

Aspectos Jurídicos y Económicos del Delito de Abuso de Poder Económico

TESIS para optar el Título Profesional de: ABOGADO
JORGE ANTONIO ROMAN SAAVEDRA
ASESOR: JUAN PORTOCARRERO HIDALGO
LIMA – PERÚ 2004

*A mis padres Saturnina y Antenor,
estereotipo de lucha y coraje*

INTRODUCCIÓN

Aunque, como es obvio, en general todas las disciplinas jurídicas han progresado en los últimos años, quizá pocas ramas del Derecho han mostrado mayor grado de evolución durante este siglo como el Derecho penal, al menos desde el punto de vista de su elaboración doctrinal. Contrariamente, la temática del Derecho Penal de la Competencia en nuestro país, es a nuestro parecer una línea de trabajo poco desarrollada, ya que la misma se enmarca dentro del desarrollo de una serie de categorías distintas a las elaboradas por el clásico derecho penal. No esta demás mencionar que el exiguo tratamiento de esta rama jurídica tiene mucho que con la poca importancia que se le otorgó hasta hace un buen tiempo al desarrollo del derecho de la competencia a nivel administrativo en nuestro país. Y es que, la normativa administrativa sobre libre competencia se desarrolló de manera seria a partir del año 1991 con la promulgación del D. Leg. N° 701, mediante el cual se dispuso la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Esta norma se aplica indistintamente a todos los sectores económicos, pero el control de los mismos se encuentra dividido, correspondiéndole a OSIPTEL supervisar su cumplimiento en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, mientras que en el resto de sectores económicos es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) el encargado de realizar dicha labor.

Pero ya con anterioridad, nuestro Código Penal de 1991 había incluido en el Capítulo Primero, del Título IX sobre los «Delitos contra el Orden Económico», el mismo que fue complementando con la dación del D. Leg. N° 701 y las normas complementarias. La importancia de dicha norma fue que estableció un reforzamiento del sistema de regulación de los mercados para que los agentes económicos desarrollen sus actividades dentro de un escenario competitivo y de esta manera los actores que en él interactúan (compradores y vendedores) carezcan de influencia para determinar individualmente las condiciones del mismo. Tal como lo estudiaremos posteriormente, el ideal en que se desarrolla en muchos casos la doctrina económica, tiende a conceptualizar al mercado de tal forma que no se requiera la intervención estatal, porque este por sí solo desarrollará los mecanismos necesarios para desarrollar situaciones eficientes. Sin embargo, en la realidad sólo existen algunos sectores económicos que se aproximen a un mercado de competencia perfecta.

Este escenario se presenta de manera frecuente en mercados como el nuestro, donde hasta la década pasada existía un conjunto de sectores económicos altamente concentrados, los cuales a raíz del proceso recesivo ocurridos a fines de los años noventa, hicieron que algunos competidores pequeños se hayan retirado del mercado o han sido adquiridos por empresas más grandes, lo que en muchos casos las ha dejado solas en una especie de posición de dominio. En tal sentido, y tal como lo veremos más adelante se considera que una empresa ostenta Posición de Dominio en un determinado mercado cuando, existiendo competidores, ésta cuenta con el suficiente poder para determinar las condiciones del mercado, pero, el que una empresa cuente con Posición de Dominio se considera una situación perfectamente válida y no sancionable en sí misma. Sin embargo, las empresas pueden hacer un uso indebido de dicha posición de

dominio para tratar de eliminar a los competidores o para evitar la entrada de otras empresas. Actualmente, la llegada de inversión extranjera en mercados donde los agentes económicos se caracterizaban por su pequeña participación, o debido a las propias características del mercado (como por ejemplos los monopolios naturales), e incluso como una consecuencia más o menos normal del sistema de mercado, como es el caso de Microsoft hacen que no sean tan infrecuentes practicas de abusos de posición de dominio. Un caso particular y que ha sido debatido hasta la saciedad en el ámbito periodístico lo ha constituido el supuesto «abuso de la posición de dominio» que realiza la empresa de telefonía en nuestro país, lo que ha generado múltiples pronunciamientos por parte de los consumidores y competidores, los cuales han reclamado la intervención del Estado controlando el mercado.

En ese sentido, la tutela administrativa de la Competencia se ha caracterizado por ser eminentemente técnicas e implican el conocimiento de conocimientos relativos a la teoría económica para determinar si existe una infracción sancionables, y en el ámbito del Derecho penal, la protección de la competencia se ha caracterizado tradicionalmente por la desidia y el desinterés. A ello contribuye, la redacción amplia y vaga de la ley penal en blanco que genera cierta inseguridad jurídica que pretendemos aclarar mediante su estudio.

Por esas consideraciones, hemos dividido el presente trabajo de investigación en tres partes, las que constan de tres, cinco y cuatro capítulos respectivamente tratando de establecer de esa forma una secuencia lógica y sistemática. En ese sentido, iniciaremos la primera parte de nuestra exposición estableciendo algunos alcances generales respecto al Derecho de la Competencia, como el develamiento del significado de términos tan importantes como competencia, eficiencia, etc., además y dada la importancia que en esta rama jurídica juega el estudio de los antecedentes históricos haremos una pequeña exposición de los dos mas grandes sistemas de protección de la competencia. Posteriormente, estableceremos cuales son los objetos de protección del derecho de la Competencia y las tendencias modernas, para inmediatamente establecer el bien jurídico y el porque de su protección. En la segunda parte del trabajo, haremos un estudio del tipo penal, empezando por configurarlo como una ley penal en blanco y como consecuencia de la citada remisión normativa, estudiaremos la estructura básica del tipo haciendo uso de conceptos que se maneja en el ámbito administrativo, como por ejemplo, el estudio del sujeto dominante, el mercado relevante, la posición de dominio y el abuso de la misma. Por último, concluiremos el presente trabajo realizando una somera reseña de los denominados tipos ejemplificativos que contempla el citado cuerpo legal.

Mediante la estructura desarrollada en el presente trabajo, pretendemos que se facilite el análisis casuístico de los supuestos de abuso de poder económico en la modalidad de abuso de posición de dominio que una empresa pueda realizar, y de esa manera establecer la efectiva punición de la misma, con lo que pretendemos llenar un vacío a nivel doctrinario que se presenta en la doctrina del derecho penal económico.

ASPECTOS JURÍDICOS ECONÓMICOS DEL DELITO DE ABUSO DE PODER ECONÓMICO

PRIMERA PARTE: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

CAPITULO PRIMERO: CONCEPTOS BÁSICOS Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

«Las leyes antitrust en general, y la Sherman Act en particular, son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para garantizar la libertad económica y nuestro sistema de libre mercado como la Bill of Rights lo es para proteger nuestros derechos y libertades individuales»¹.

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1.1. CONCEPTO DEL TERMINO COMPETENCIA

El término competencia es sin duda una palabra confusa con múltiples acepciones en el lenguaje común como en el económico y jurídico. En principio se entiende por competencia, aquella oposición o rivalidad de intereses que determina actitudes y métodos para imponer los productos propios a costa de la clientela ajena, con lo cual la competencia vendría a ser aquella acción desplegada por una o varias empresas las cuales intentan sustraer una parte de mercado a otras empresas. De otro lado, una corriente doctrinal que podríamos caracterizar como economicista y que constituye la base del sistema americano de defensa de la competencia, define a la competencia como «un statu quo en el que el bienestar del consumidor no es mejorable a través de una orden judicial que lleve a cambiar las cosas hacia otra situación»². Según este esquema, el bienestar del consumidor se maximiza mediante la eficiencia económica³, y por lo tanto cualquier actividad que tenga como consecuencia una reducción del volumen de producto final (output) será económicamente ineficiente, perjudicará al consumidor y ha de ser por ello perseguida por la legislación antitrust⁴. Además, una segunda perspectiva ligada en mayor grado a la vertiente europea, define a la competencia como la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los

¹ United States vs. Topco Associates. Sentencia 405 U. S. 596 (1972).

² BORK, Robert.: «The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself», Eitorial Free Press, Nueva York, 1983, pg. 61.

³ Este objetivo de maximización de la eficiencia económica es, sin duda ninguna, uno de los criterios que más fuertemente ha impulsado el cambio que el Derecho antitrust ha experimentado en Estados Unidos en los últimos años.

⁴ DÍEZ ESTELLA, Fernando.:«Los objetivos del derecho antitrust», en Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, Nº 224, Marzo/Abril 2003, pg. 32.

límites legales permitidos, por captar la mayor cuota de mercado posible, ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado⁵, no debemos dejar de señalar que en el concepto «europeo» de competencia, aunque no de forma explícita, la eficiencia económica también está presente⁶.

A pesar de las distintas definiciones aquí explayadas, no debemos perder de vista el hecho que la competencia que pretende defender el derecho antitrust, no es cualquier competencia, sino aquella que se desarrolla de manera **libre y leal**, términos a partir de los cuales los economistas han desarrollado la noción de «**competencia efectiva**», imperfecta pero a la vez eficaz. Ahora bien, el término «competencia» debe diferenciarse, de la palabra «concurrencia», esta última usada muchas veces de manera análoga, ya que el primer término incorpora un plus de la rivalidad, constituyendo por ello una forma cualificada de concurrencia. En ese sentido, la «concurrencia» vendría a ser aquella situación en la cual varios sujetos se juntan en un mismo lugar o tiempo; mientras que la competencia aparece en un segundo momento, cuando estos sujetos disputan o rivalizan entre sí para obtener la misma cosa⁷.

1.2. Dinámica de mercado

Un concepto relacionado directamente con el termino competencia lo constituye el concepto de mercado. En principio, este constituye una abstracción que representa la interacción existente entre los oferentes y los demandantes de un bien determinado. Los demandantes son todos aquellos que poseen una disposición a pagar por el bien; esto refleja el valor que la sociedad asigna al consumo de cada unidad adicional del mismo. En el mercado tal como lo hemos definido de manera general, tanto la teoría económica y la evidencia empírica demuestran una disposición de los consumidores a pagar por un bien determinado se encuentra inversamente relacionado con la cantidad de unidades consumidas del mismo, o sea a mayor cantidad de unidades consumidas, menor será la disposición de una persona a valorar dicho bien⁸. En cuanto a los oferentes del bien, éstos son aquellos que venden el mismo a los demandantes. Cabe destacar que las cantidades del bien que éstos ofrezcan en el mercado guardará relación con el precio y los costos de provisión del mismo; estos últimos reflejan el valor que la sociedad asigna a los insumos utilizados. Generalmente, mientras mayor sea el precio del bien, mayor será la cantidad del mismo que los oferentes querrán vender.

Un aspecto importante a destacar es que, bajo ciertas condiciones, **el máximo precio que los demandantes están dispuestos** a pagar por el bien tiende a

⁵ CALVO CARAVACA & FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA.: «Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación», en Revista General de Derecho N° 583, Abril 1993, pg. 3383.

⁶ DÍEZ ESTELLA, Fernando., Op. Cit., pg. 33.

⁷ BROSETA PONT, Manuel.: «Manual de Derecho mercantil», Madrid-España, 1991, pgs. 119 y 120.

⁸ A modo de ejemplo, supongamos un individuo que se encuentra en el desierto; tal individuo seguramente asigne un gran valor a un litro de agua. Sin embargo, una vez consumido éste y saciada en parte su sed, el segundo litro de agua que consuma probablemente le producirá una satisfacción menor. Asimismo, a medida que el individuo consuma tres, cuatro o cinco litros de agua, cada litro consumido le producirá menor satisfacción que el anterior.

reflejar **el valor que la sociedad en su conjunto otorga al consumo del mismo**, esto en cuanto a los oferentes y demandantes. En lo referido a **un mercado competitivo**, la característica principal del mismo es que ninguno de los participantes, actuando por sí mismo, puede afectar el precio. A su vez, **estos oferentes y demandantes interactúan con el objetivo de maximizar sus intereses**; en el caso de los demandantes, éstos se refieren a la adquisición del bien al menor precio posible, mientras que en el caso de los oferentes el objetivo es vender el bien al mayor precio que sea posible.

De esta interacción entre oferentes y demandantes **surgirá un precio de mercado o precio competitivo, el cual tenderá a estabilizarse en un valor para el cual la cantidad demandada del bien en cuestión sea igual a la cantidad ofrecida del mismo**. Como consecuencia de lo señalado anteriormente, se deduce que la cantidad y precio de equilibrio en un mercado será aquella para la cual las cantidades demandas y ofrecidas sean iguales. Un aspecto fundamental que debe destacarse en el caso en que **el mercado en cuestión sea competitivo** es que, si bien dicho precio surge de la interacción de todos los actores del mercado, **ninguno de ellos es capaz de modificarlo individualmente**. En este sentido, tiende a afirmarse que quienes participan de un mercado competitivo son **«tomadores de precios»**; dicha expresión sirve para poner de manifiesto el hecho de que el precio surge de una gran cantidad de transacciones independientes, razón por la cual para los actores individuales del mercado el mismo les viene dado y no lo pueden modificar.

1.3. CLASIFICACIÓN DE LOS MERCADOS

Un punto primordial al analizar el termino competencia lo constituye desarrollar la clasificación que desarrolla la doctrina económica respecto de los mercados; así, la posición mayoritaria clasifica a los mercados en: a) Mercados de competencia perfecta, b) Mercados de competencia imperfecta; y c) Mercados de Competencia Potencial («workable competition»).

1.3.1. Mercado de competencia perfecta

El «mercado de competencia perfecta», constituye un modelo «perfecto» e ideal desarrollado por los economistas clásicos y que muestra las siguientes características:

a. Atomicidad de la oferta y la demanda. Este requisito quiere decir que ningún agente puede influir en el mercado, dado que el número de compradores y vendedores es muy alto y las cantidades producidas o demandadas por cada uno de ellos son tan pequeñas en relación con el total que su influencia sobre los precios es inapreciable. En los mercados reales, la libre competencia constituye la excepción y no la regla, a tal punto que algunos economistas sugirieron que para estudiar el sistema económico habría que empezar analizandose el monopolio, que es lo más habitual, y no la libre competencia.

b. Libertad de acceso y salida del mercado. En un mercado de competencia perfecta es imprescindible la constatación de una libertad de entrada y salida del mercado de los agentes económicos, es decir, que no exista interferencia alguna

resultante de acuerdos entre las empresas o los consumidores, o debido a la intervención del estado.

c. Homogéneidad del producto o bien en todo el mercado. Esta característica implica la necesidad que el consumidor sea indiferente a comprar el producto de una empresa o de otra, dado que los productos son exactamente iguales en todo el mercado; sólo así se hará realidad que si una empresa pusiera el precio por encima del establecido por el mercado, los consumidores dejarían de comprarlo, dicha homogeneidad debe incluir todas las condiciones de venta tales como garantías o financiación. En la realidad, como todos sabemos, las empresas tratan de diferenciar sus productos mediante campañas publicitarias, envases llamativos o pequeños cambios en el diseño o la composición. Es más, una de las principales virtudes de la libre competencia es precisamente el esfuerzo que obliga a todas las empresas por mejorar continuamente sus productos tratando de diferenciarse por su mayor calidad o menor precio.

d. Información y racionalidad de los agentes. En los mercados de competencia perfecta los agentes económicos conocen los precios de todos los productos y factores, sus características y la existencia de posibles sustitutos. Pero como modelo ideal, ello no contrasta con la realidad donde la información puede ser un bien escaso y de alto coste. Pero, para que la decisión sea la correcta, además de información se necesita racionalidad, es decir, capacidad para analizarla y valorarla.

Los economistas se han sentido siempre atraídos por este modelo de mercado, pues, si se dieran estas condiciones, existiría una perfecta descentralización económica, dado que ningún agente tendría poder sobre el precio, todos serían precio aceptantes, siendo el mercado el que de forma impersonal establecería el precio competitivo y llevaría el sistema hacia la perfecta eficiencia. Se produciría entonces lo que el consumidor quiere al menor precio posible. Además, el mercado se regularía y equilibraría a sí mismo, alcanzando plenamente las funciones de la competencia sin necesidad de dirección externa. Sin embargo, aunque hay algunos mercados que se aproximan al modelo de mercado de competencia perfecta, la realidad de los mercados es la existencia de competencia imperfecta.

Dicho ideal de competencia perfecta fue el fundamento teórico del denominado «sistema de prohibición puro»⁹, el mismo que establece que sólo una **competencia estructural** garantiza la máxima eficiencia, y, por tanto, el bienestar del consumidor. Es importante por ello el rol que cumplen las autoridades encargadas de la defensa de la competencia ya que estas corrigen las conductas que tiendan a restringir la competencia, y, si estas medidas se demuestran insuficientes, se les permita adoptar incluso medidas de desconcentración, a fin de **asegurar el grado suficiente de competencia**

⁹ Sistema que parte del principio de que toda restricción de la competencia está prohibida; salvo que su licitud sea declarada por la autoridad competente, en virtud de una decisión individual, o que la exención opere de forma general por estar prevista en la Ley (de iure) o por ser fruto de una interpretación jurisprudencial, según los casos. Cfr. FONT GALAN, Juan Ignacio.: «La libre competencia en la Comunidad Europea». Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pg. 93. Además debemos señalar que el sistema de prohibición puro constituye un sistema de control que actúa a priori (ex-ante), o sea antes de la aparición misma del poder dominante.

estructural¹⁰. Un buen ejemplo de aplicación concreta de los principios emanados por el mercado de competencia perfecta y el sistema de protección de la misma, lo encontramos en el derecho antitrust americano de los años 40-50. Aquella experiencia descubrió sin embargo las limitaciones del sistema, ya que la predisposición por una competencia estructural, cedió paso a la eficiencia y en buena medida la presión del mercado, determinada por una esforzada competencia.

1.3.2 Competencia imperfecta

Los mercados de competencia imperfecta se presentan cuando faltan uno o algunos de los requisitos estructurales que definen los mercados de competencia perfecta. Este modelo se encuentra presente generalmente en situaciones de monopolio (un único productor), duopolio (dos productores), oligopolio (pocos productores), monopsonio (un comprador) y otros mercados no competitivos. Debido a su importancia, estudiaremos de manera somera solamente dos modelos de competencia imperfecta dada su importancia, esto es el caso de los monopolios y los oligopolios.

a) Monopolio. De acuerdo a la teoría económica, un monopolio es aquella situación de mercado en la que solamente existe un ofertante, que por su situación de dominio, al no haber competencia, puede imponer los precios que mas le interesa para alcanzar el máximo de beneficios¹¹, aunque no debemos olvidar que lo que bajo el punto de vista local es un mercado monopolista puede ser en realidad altamente competitivo a nivel internacional. De acuerdo a la teoría económica, el monopolio provoca una **pérdida de eficacia global para el sistema**¹², ya que una empresa que goza de dicha posición se inclina por una menor producción de sus productos y la venta más cara de los mismos. Además, puede existir también otra pérdida de eficiencia cuando la empresa monopolística tiene que dedicar recursos a mantener su posición de poder, a desalentar a los posibles competidores, a conseguir la franquicia legal, o a sobornar algún funcionario. Entre los mayores problemas que se atribuyen a los monopolios, destaca el hecho de que una empresa que ostente dicha posición tiende a aumentar sus beneficios de manera extraordinaria mediante mecanismos no competitivos como por ejemplo la discriminación de precios. Es por ello que el Estado trata de intervenir mediante reglamentaciones que promuevan sus efectos beneficiosos y contrarresten los perjudiciales. Por ello, se podrá en algunos casos, a cambio de una concesión, obligar a producir en mayor cantidad, con determinadas características de calidad o imponiendo un techo límite a los precios. En otras ocasiones bastará establecer una tributación especial para que

¹⁰ PELLISÉ CAPELL, Jaume.: «La explotación abusiva de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)», Barcelona a 22 de febrero de 2001, pg. 61.

¹¹ TAMAMES, Ramón & GALLEGO, Santiago.: «Diccionario de economía y finanzas», Alianza Editorial, Madrid, 1994, pg. 427.

¹² La pérdida de eficacia social provocada por los monopolios impulsó a los Estados, ya en el siglo pasado, a establecer reglamentaciones comerciales para la represión de las prácticas restrictivas de la libre competencia. Ese tipo de normativa no cesa de aumentar incorporándose incluso a los tratados internacionales de integración económica. Algunos monopolios ofrecen también una serie de ventajas, difundiendo ciertos efectos sociales beneficiosos, por lo que son consentidos e incluso promocionados y protegidos por los gobiernos, por ejemplo la protección legal de la monopolización de patentes industriales es una forma de estimular la investigación y el progreso tecnológico.

los beneficios extraordinarios generados por la actividad monopolista se difundan a través del Estado a toda la sociedad.

b. Los Oligopolios. Constituye una forma concreta de mercado, en la cual un reducido número de ofertantes controla la mayor parte de la oferta, pero sin llegar a un acuerdo entre sí, de modo que se mantiene una cierta competencia oligopolista. En cuanto a la modalidad de los mismos, podemos encontrar los denominados oligopolio de demanda **que se presentan en mercados con pocos compradores** y oligopolio bilateral **a los formados por pocos productores y pocos demandantes.** El problema de los mercados oligopolísticos es que cualquier agente económico que ostente dicha situación puede influir sobre los beneficios de sus competidores, en dicho esquema los esfuerzos por mejorar los resultados propios provocan inexorablemente el deterioro de los resultados ajenos. Para solucionar dichos problemas las empresas oligopolistas adoptan dos tipos de soluciones:

b.1 Soluciones colusorias. Se denomina colusión a cualquier acuerdo que restrinja la lucha competitiva entre empresas. La forma máxima de **colusión**¹³, la que maximiza los beneficios de los oligopolistas es el cártel, un acuerdo entre todos los productores de la industria que puede tomar dos formas: **1) Competencia sin precios.** Cada empresa trata de mejorar la calidad, la presentación o cualquier otro factor, pero respetando el precio conjunto acordado. **2) Reparto de cuotas o mercados.** A cada empresa se le asigna bien un área donde vender, bien una producción máxima que no puede sobrepasar. En ambos casos la situación se convierte de hecho en un monopolio, los beneficios serán máximos y se producirá la pérdida de eficiencia estudiada en el epígrafe anterior. En ambos casos la situación se convierte de hecho en un monopolio, los beneficios serán máximos y se producirá la pérdida de eficiencia del sistema.

Pero ponerse de acuerdo no es tan fácil, ya que si el pacto consiste en el reparto de cuotas, ninguna empresa quedará satisfecha con la que se le asigne, dado que todas querrán producir más. Si lo que se intenta es fijar un precio común, las empresas más eficientes, las que dispongan de tecnología avanzada que les permita producir a un menor coste, presionarán para que el precio sea bajo, mientras que las menos eficientes serán partidarias de un precio alto. Debido a la dificultad de esas negociaciones, una vez que se haya llegado a un acuerdo aparecerá cierta rigidez, habrá dificultad en cambiar los acuerdos para adaptarse a las condiciones cambiantes del mercado. Otra dificultad adicional viene dada al hecho de que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe las prácticas colusorias.

b.2 Soluciones no colusorias. Supone que la competencia oligopolista se establece no en términos de precios sino de cantidades. El análisis se refiere a un duopolio aunque sus resultados son generalizables para mayor número de empresas. Cada duopolista, teniendo en cuenta la cantidad que está produciendo el competidor, calcula la cantidad que debe producir para maximizar sus

¹³ Las gentes de la misma industria rara vez se reúnen, aunque sólo sea con fines de celebraciones y fiestas, sin que la conversación acabe en una conspiración contra el público o en alguna maquinación para elevar los precios. Es realmente imposible impedir esas reuniones mediante una ley que pueda ser aplicable y que sea compatible con la libertad y la justicia. Pero si la ley no puede impedir que las gentes de la misma industria se reúnan a veces, al menos no debería hacer nada para facilitar esas asambleas y mucho menos hacerlas necesarias. Cfr. SMITH, Adam.: «La Riqueza de las Naciones», Libro 1, Cap. X.

beneficios. Eso provocará un aumento de la producción total y una disminución del precio de mercado lo que requerirá un nuevo cálculo hasta que, por tanteos sucesivos, ambos duopolistas lleguen a una situación de equilibrio. En el resultado final existirán beneficios extraordinarios para ambas empresas pero no tan altos como los que se hubieran obtenido en el caso de un acuerdo colusorio.

Como se podrá observar, este modelo de mercado es el medio donde se desenvuelve una empresa con posición de dominio, dado que rompe con el esquema del mercado de competencia perfecta, vulnerando el supuesto básico detrás de un mercado competitivo, a saber: que ninguno de los actores que participan en el mercado puedan influir sobre las condiciones de equilibrio que surjan del mismo. En efecto, una empresa dominante es aquella que, sin ser la única oferente en el mercado analizado, es capaz por sí sola de determinar los precios vigentes y, por ende, las cantidades que se comercialicen en el mismo. Dicha capacidad puede estar fundada en distintas ventajas que la empresa posee frente a sus competidores, como tener una mejor tecnología, un acceso privilegiado a los recursos naturales necesarios para la producción y una mayor capacidad de producción, entre otros. Dicha empresa dominante determinará los precios que maximicen sus ingresos por ventas. Los ingresos provenientes de las ventas de la empresa dominante provienen **tanto del nivel de precios como de la cantidad vendida**. La conclusión dentro de este sistema será que **el precio resultante cuando existe una empresa con posición de dominio será mayor que el precio vigente en un equilibrio competitivo**, además significará la pérdida de bienestar social, puesto que su existencia generará un alejamiento de la cantidad comercializada en el equilibrio competitivo lo que se encuentra relacionada desde la perspectiva del Derecho de la Competencia con el concepto de **«daño al interés económico general»**.

Pero a pesar de dichos inconvenientes, el «sistema de abuso puro»¹⁴ se apoya en la convicción de que el poder de dominio o, incluso, el monopolio, no es malo en sí mismo, hasta puede ser beneficioso; lo único malo es el abuso de ese poder. Su base ideológica descansa en que entienden que lo que realmente interesa al consumidor es la realización de la máxima **eficiencia económica, sea cual sea la estructura de mercado en que se alcance**. Por tanto, el sistema de abuso puro vendría a ser un sistema neutro, dado que no le importa la estructura de mercado en el cual un agente económico se desenvuelva, sino importa el efecto final en los consumidores, aunque evidentemente, por las estructuras del mercado, los abusos se podrán patentizar en los mercados de competencia imperfecta. Este es un típico sistema de control ex-post, ya que no le interesa **como una empresa adquiere el poder de mercado, sino que lo primordial es controlar el ejercicio del citado poder, no su efecto sobre la estructura, sino sobre los resultados**¹⁵.

1.3.3 Mercados con competencia potencial («workable competition»)

¹⁴ Sistema que parte del principio de que toda restricción es lícita; salvo que su ilicitud sea declarada por la autoridad de control después de constatar que es abusiva. Cfr. FONT GALAN, Juan Ignacio: Op. Cit., pg. 79 y ss.

¹⁵ PELLISÉ CAPELL, Jaume., Op. Cit. 63.

A comienzos de la década del ochenta, **William Baumol** y otros asociados formularon la teoría de los mercados desafiables o disputables («contestable markets») ¹⁶, la misma que ha tenido éxito como contribución a la jurisprudencia antimonopólica, que la ha aceptado ya como un argumento estándar para demostrar que la existencia de una posición dominante, no agota necesariamente el debate sobre las consecuencias de una acumulación importante de poder de mercado ¹⁷. Según este autor, como la vida real no es estática sino dinámica, la competencia debe ser concebida más como un proceso que como un estado. El centro del aporte de **Baumol** reside en la postulación de que **no es la competencia actual el elemento verdaderamente importante en el análisis del funcionamiento de los mercados, sino la potencial**. La amenaza de entrada de nuevos competidores, cuando es creíble, servirá así de incentivo suficiente como para que las firmas instaladas, tradicionalmente llamados incumbentes, se autocontengan en el uso de su poder de mercado ¹⁸.

Entonces, desde una perspectiva dinámica, para que exista una competencia efectiva; en ciertas condiciones, lo decisivo no es que actualmente exista atonicidad, sino que lo verdaderamente importante es que haya movilidad de los factores ¹⁹. Cuando no haya barreras a la libre entrada y salida de empresas de la industria (la entrada sea libre y la salida no implique pérdidas), aunque falte la atonicidad, la o las empresas existentes en esa industria se verán empujadas a la eficiencia por la competencia potencial de otras posibles empresas del mismo modo que si hubiese competencia perfecta. En tales casos, la única o las pocas empresas actualmente existentes, aunque técnicamente sean un monopolio o un oligopolio, no podrán comportarse como tales elevando el precio y contrayendo la producción, porque de hacerlo así pronto entrarían nuevas empresas en la industria y, al aumentar la cantidad ofertada (y la competencia), harían descender el precio. De este modo, un mercado perfectamente contestable no necesita ser «perfectamente» competitivo, el requisito de la atonicidad no necesita ser actual, basta con que sea potencial. La movilidad de los factores suple la falta de atonicidad actual, pues en los mercados disputables la competencia potencial fuerza a las empresas a comportarse como si tuviesen competencia actual. Para lo defensores del concepto de «la workable competition», la competencia perfecta era un modelo irreal, y que, por ello, no podía ofrecer criterios lo suficientemente fiables o absolutos como para valorar las condiciones del mundo real.

De otro lado, los requisitos necesarios para que se de un mercado con competencia potencial o desafiable, son los siguientes:

1. Una absoluta libertad de entrada, lo que significa que una firma entrante no tendría ninguna desventaja competitiva importante con respecto a los incumbentes en términos de acceso a la tecnología, de calidad percibida del producto, de lealtad a las marcas existentes y de información sobre la respuesta

¹⁶ WILLIAM J. BAUMOL, JOHN C. PANZAR y ROBERT D. WILLIG. «Contestable Markets and the theory of industry Structure», Nueva York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

¹⁷ BOGO, Jorge. «Las pruebas de la desafiabilidad de un mercado», Boletín Latinoamericano de Competencia N° 11 Diciembre 2000.

¹⁸ PELLISÉ CAPELL, Jaume., Op. Cit., pg. 29 y ss.

¹⁹ La teoría de los mercados desafiables no requiere, en consecuencia, la existencia de numerosos oferentes y la consiguiente condición de ser tomadores (y no fijadores) de precios. Tampoco exigía que los productos transados fueran homogéneos, aceptando por lo tanto la diferenciación de productos, ni ningún otro idealismo neoclásico difícil de encontrar en la realidad..

de los consumidores, así como de cualquier otra condición que pudiera colocarla en inferioridad de condiciones para competir. De esta manera, la empresa que desee ingresar al mercado estará en condiciones de tener el mismo acceso que las empresas ya instaladas a la tecnología vigente, a los insumos y a la información relevante.

2. Una absoluta libertad de salida, lo que significa que no habría costos hundidos (no recuperables) ni costos de salida significativos, implicando entre otras cosas que el costo del capital no amortizado es recuperable –con excepción del desgaste natural que pueda haber sufrido- dado que es fungible o bien que se puede realizar en un mercado de reventa con una demanda razonablemente activa. La empresa entrante no tendrá que incurrir en inversiones en infraestructura que posteriormente no podrá recuperar. Nótese que este punto no hace referencia a las inversiones que tengan que efectuar las nuevas empresas, sino a la posibilidad que tendrán las mismas de recuperar dicha inversión posteriormente. La diferencia no es trivial debido a que, si la inversión puede ser totalmente recuperada al salir del mercado, la misma no constituirá un costo económico más allá del costo de capital involucrado en tener dinero inmovilizado en una inversión en vez de darle algún otro uso (por ejemplo, depositarlo en el banco).

3. La pasividad (no reacción) de los incumbentes luego de la entrada, lo cual requiere la inexistencia de respuestas estratégicas (de represalia) y en particular una reacción tardía de los incumbentes para modificar sus políticas y responder a los menores precios de los entrantes. Esta condición es importante porque si la misma se cumple, entonces la empresa que desea entrar al mercado sabe con certeza que los precios vigentes en el mismo no cambiarán antes de que se produzca su ingreso en forma efectiva. Por el contrario, si los precios pueden cambiar con mayor rapidez, la empresa que desee entrar al mercado no podrá conocer con certeza las condiciones que regirán en el momento de su ingreso y estará sujeta a la reacción de las empresas ya instaladas. Tal como lo señalamos anteriormente. Un debemos concluir que un mercado perfectamente desafiante representa una abstracción teórica que difícilmente sea observable en la realidad.

1.3.4 Sistema de protección de la competencia en el mercado

Luego de haber realizado una reseña de los diferentes tipos de mercado existentes, dedicaremos unas líneas a analizar cual es el sistema de protección que ha implementado nuestra legislación tomando como base la realidad de nuestro mercado. En principio, diremos que el mercado peruano se caracteriza por ser un mercado altamente concentrado en algunos sectores de la actividad económica²⁰, por tanto el tipo mercado que en el mismo se implementa se caracteriza por la imperfección (son mercados imperfectos donde eventualmente la competencia puede ser contestable). Aunque no podemos negar que en los ochenta nuestro mercado era aún más concentrados, actualmente a raíz de los procesos recesivos ocurridos a fines de los años noventa algunos competidores pequeños se han retirado del mercado o han sido adquiridos por los más

²⁰ En las leches evaporadas, Laive tiene el 75% del mercado; en gaseosas, Coca Cola e Inca Kola poseen en conjunto el 60%; en cigarrillos, BAT-Tanasa tienen el 95% de participación; e en el caso del café, la firma Nescafé (con su café instantáneo) tiene el 85%; en el mercado de fideos, Alicorp y Molitalia tienen en conjunto el 75%, ahora que Lucchetti ha salido de circulación; en papitas fritas, Snack tiene el 85% de la plaza; y así sucesivamente.

grandes, lo que los ha dejado solos a un grupo de empresas constituyendo posiciones de dominio, por ejemplo en sectores como el cervecero y de las gaseosas²¹. Pero paralelamente, nuestro mercado se caracteriza en muchos sectores por ser altamente atomizado, con lo que sería absurdo la existencia de un sistema de protección puro en nuestra realidad (El análisis de los sistemas puros: a) de prohibición y b) de abuso; ya han sido estudiados anteriormente al analizar la competencia perfecta e imperfecta). Por tanto al igual que la mayor parte de los países del orbe, nuestro sistema legislativo de protección de la competencia se caracteriza por ser un «sistema mixto»²², donde perviven los sistema de prohibición y abuso, tal como observar al confrontar los artículos 5 y 6 del D. Leg. N° 701. Por tanto podemos concluir que dicha norma no es un sistema de prohibición puro, porque admite en el art. 5, las posiciones de dominio que vienen definidas por una estructura de mercado, en la que la competencia estructural o no existe o está muy debilitada; no es tampoco un sistema de abuso puro, porque no toda limitación a la competencia estructural está permitida, el art. 6 establece una clara prohibición general de restricciones colusorias.

1.4. CONCEPTO Y CLASES DE EFICIENCIA ECONOMICA

Otro concepto importante dentro del derecho de la competencia lo constituye la eficiencia económica, el cual pasaremos a dilucidar.

1.4.1 Concepto de eficiencia económica

En principio, el termino eficiencia significa capacidad o cualidad de la actuación de un sistema o sujeto económico, para lograr el cumplimiento de un objetivo determinado, minimizando el empleo de recursos²³. El concepto de eficiencia resulta central para la política de competencia, ya que se considera que su aplicación constituiría un medio más directo y menos costoso para promover una mejor asignación de recursos a sus usos más productivos, lo cual a su vez propicia una mayor producción de bienes y servicios con menores precios y mejor calidad. De otro lado, el termino eficiencia guarda especial relevancia en la medida que dentro de la teoría económica constituye, el objetivo perseguido por

²¹ En este sector, utilizando el índice de Herfindahl-Hirschman (HH), que mide el grado de concentración industrial, se observa que en el rubro cervecero este indicador alcanza un valor de 9,801 puntos, mientras que en el de gaseosas llega a los 2,333 puntos, cifras bastante altas. Sobre este aspecto, debemos destacar que En el sector cervecero, el proceso de consolidación industrial hacia la formación de una posición monopolista reporta tres hitos. En 1996 el Grupo Backus adquiere la Compañía Nacional de Cerveza (CNC), en ese mismo año se forma la Unión de Cervecerías Backus y Johnston con la fusión de CNC, Sociedad Cervecera Trujillo, Cervecería del Norte y Backus, mientras que en el 2000 ocurre la adquisición de Cervecería del Sur (Cervesur) por parte del Grupo Backus. Por su parte, el mercado de gaseosas es considerado «singular», pues si bien el 92% de la participación es explicado por cuatro embotelladoras, existe una intensa rivalidad y competencia, debido a la ampliación de la base de consumo originada por el ingreso de embotelladoras regionales a partir de 1997 (algunas de las cuales fueron antes concesionarias de las principales embotelladoras), tras la apertura de la planta del Grupo Añaños, ubicada en Huachipa. También se debe destacar que el sector experimentó en su interior importantes reestructuraciones, destinadas a incrementar la eficiencia empresarial. Así, en 1998 Embotelladora Latinoamericana (ELSA) realizó la fusión de sus divisiones en el interior del país, mientras que en el 2001 se firmó la alianza entre ELSA y la Corporación Lindley, para compartir la distribución de sus productos mediante la zonificación de sus operaciones al interior del país..

²² El sistema general mixto que hemos adoptado se ha inspirado en su estructura del sistema configurado del Tratado de Roma, el cual se edifica sobre los artículos 81 y 82 TCE que definen a su vez los dos subsistemas de defensa de la competencia antes señalados (Sistema de prohibición y sistema de abuso).

²³ TAMAMES, Ramón & GALLEGO, Santiago., Op. Cit. pg. 248.

Derecho de la Competencia²⁴, conjuntamente con la satisfacción óptima del consumidor. De otro lado, la eficiencia económica tiene como una de sus objetivos primordiales la denominada **función selectiva** de la competencia, por la que mediante este mecanismo, las empresas actúan en un proceso darwiniano de selección, en virtud del cual las actividades que tienen éxito otorgan una mayor fuerza a las empresas y las que nos la tienen las debilitan o arruinan. Se espera que la competencia depure las empresas ineficientes y deje sólo las más preparadas y eficaces²⁵. El objetivo de maximización de la eficiencia económica es, sin duda ninguna, uno de los criterios que más fuertemente ha impulsado el cambio que el Derecho antitrust ha experimentado en Estados Unidos en los últimos años²⁶.

La valoración de las eficiencias tiende a buscar el mejoramiento de la asignación de recursos, ya que en todo mercado la actuación de los agentes económicos mediante procesos productivos presentan externalidades negativas, como por ejemplo la contaminación, que tienen el efecto de disminuir el bienestar aun de aquellos individuos que no estén involucrados ni en la producción ni en el consumo del bien²⁷. Es por ello que los resultados eficientes deben estar vinculados con el bienestar del consumidor ya que el concepto de eficiencia debe estar ligado a una buena asignación de los recursos y al bienestar del consumidor.

El bienestar del consumidor como base del concepto de eficiencia se encuentra reconocido por las autoridades de los Estados Unidos²⁸, las mismas que requieren la acreditación de que una concentración produzca eficiencias específicas que no puedan lograrse mediante algún otro medio alternativo. Las eficiencias alegadas deben ser suficientes para contrarrestar cualquier daño potencial al consumidor, en particular debe demostrarse que los precios en el mercado relevante no se incrementarán. Por su parte, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCEE), establece en su artículo 81²⁹ que a pesar de estar prohibidos y por lo tanto ser nulos los actos incompatibles con el mercado común (acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los estados miembros y que tengan como objeto o efecto la prevención, distorsión, o restricción de la competencia), también menciona que dichos actos pueden ser permitidos cuando contribuyan a **mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico**, siempre que: 1) Los consumidores reciban una parte justa del beneficio resultante; 2) Que no se impongan restricciones que no sean

²⁴ BORK, Robert., Op. Cit., pg. 346; POSNER, Richard.: «The Chicago School of Antitrust Analysis» 127 University of Pennsylvania Law Review, 1979, pg. 925 a 948; LANDES, William M.: «Harm to Competition: Cartels, Mergers, and Joint Ventures», American Bar Association, 1984, pg. 73.

²⁵ CALVO-CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GANDARA., Op. Cit., pg. 3381.

²⁶ KWOKA, J. E. y WHITE, L. J.: «The Antitrust Revolution, The Role of Economics», en Oxford University Press, 2ª ed. Nueva York, 1994, pg. 4.

²⁷ Un artículo que se vende a un precio relativamente bajo, porque no contempla el costo externo de la contaminación producida al mismo tiempo, no representa una eficiente asignación de recursos; en este caso una mayor competencia mediante precios cada vez más bajos no necesariamente producirá un mayor nivel de bienestar en el consumidor.

²⁸ Horizontal Merger Guidelines Sección 4, Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, abril de 1997.

²⁹ Con el Tratado de Amsterdam que entró en vigor el 1 de mayo de 1999 se cambió la numeración de algunos artículos del Tratado Constitutivo que tenían como materia el Derecho Comunitario de la Competencia por ejemplo el ex-art. 85 paso a numerarse como el art. 81 y lo mismo ocurrió con el ex-art. 86, ahora art. 82.

indispensables para obtener los objetivos señalados; 3) Las partes no adquieran la posibilidad de eliminar la competencia con respecto a una parte sustancial de los productos relevantes.

1.4.2 Clasificación de la eficiencia

Las formas de clasificar la eficiencia económica son variadas, pero en esta parte del trabajo señalaremos las más comunes, la primera de ellas toma en cuenta la eficiencia en la producción, en la asignación y en la innovación: **a. La eficiencia en la producción.** Se alcanza cuando los bienes se producen utilizando la combinación más efectiva, de recursos disponibles bajo la tecnología existente, es decir aquellas que permita alcanzar el mayor nivel de producción con los menores costos; **b. La eficiencia en la innovación.** Consiste en conseguir, mediante la invención y el desarrollo, la difusión de nuevos productos que incrementen la riqueza social; **c. La eficiencia en la asignación.** Se obtiene cuando el stock existente de bienes e insumos es asignado mediante el sistema de precios, a aquellos compradores que lo valoran más. Tal concepción de la eficiencia se conoce también como eficiencia paretiana, es decir una situación en la que no se pueden reasignar los bienes o recursos para mejorar las condiciones de algún agente, sin perjudicar los de algún otro.

Otra forma de clasificar las eficiencias (clasificación muy utilizada en los procesos de concentración de empresas) consiste en distinguir: **a. Las eficiencias productivas**³⁰. Están directamente relacionadas con mejoras en los procesos de producción y se reflejan en la posibilidad de producir lo mismo a menores costos. Se las puede obtener mediante transferencia de tecnología, integración de la cadena de suministro, optimización de las redes de distribución y servicio, etc. Entre estas ganancias en eficiencia están las **economías de escala**, que son el mecanismo en virtud del cual cuando una empresa amplía su volumen de producción, los costos medios disminuyen. También están las **economías de alcance**, generadas cuando al producir una gama más amplia de productos, el costo medio disminuye pues se reparten los gastos comunes entre un mayor número de productos. La integración vertical de empresas involucradas en diferentes etapas de un proceso de producción también puede generar eficiencias productivas al estrechar la coordinación y disminuir los costos de transacción. **b. Las eficiencias distributivas.** ocurren cuando las eficiencias productivas son transferidas en todo o en parte al consumidor, proporcionándole un mayor bienestar, al disponer de los bienes y servicios a un menor precio o al mismo precio pero con mayor calidad, seguridad, variedad u oportunidad.

1.5 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Uno de los aspectos básicos al momento de la evaluación del Derecho de la Competencia lo constituye el estudio histórico del mismo dado que uno de los rasgos paradigmáticos de esta rama jurídica lo constituye la evaluación de los casos a través de los precedentes jurisprudenciales y la filosofía que cada sistema normativo informa al respecto. Por, ello dedicaremos un largo apartado a tratar

³⁰ Las eficiencias productivas benefician directamente a quienes se concentran y generalmente forman parte de la razón de ser de la concentración, por lo que se puede esperar que las partes interesadas cuenten con la información necesaria para acreditarlas ante la autoridad.

este delicado tema, centrándonos básicamente en analizar el marco evolutivo de los dos principales sistemas jurídicos del orbe, esto es el análisis del derecho *antitrust* norteamericano y el derecho de la competencia en el continente europeo, para finalmente analizar el marco jurídico en nuestro país.

1.5.1 El derecho antitrust norteamericano

1.5.1.1 Régimen anterior a la Sherman Act

En los Estados Unidos la cuestión del **poder creciente de las grandes empresas** y los **trust** y por otra parte la **decadencia progresiva de la competencia** en el mercado fueron dos de los temas centrales y polémicos a finales de siglo XIX y comienzos del siglo XX dentro de la política y la economía americana. Hasta antes de la dación de la **Sherman Act**, el sistema jurídico americano se basaba en las reglas del **Common Law**³¹, las mismas que regulaban tres tipos de actos relacionados directamente con el fenómeno concurrencial: 1. Los acuerdos para restringir la competencia, 2. Los trust y, 3. Las fusiones de empresas.

Pero, a pesar de la existencia de estas normas, basadas en el derecho consuetudinario, el movimiento de concentración económica y progresivo declive de la libre competencia avanzaban sin tregua, por lo cual los partidarios de una acción antitrust mas efectiva lograron la publicación de leyes federales para abordar la cuestión, con lo cual el esquema de protección de la competencia quedaba configurado a partir de una acción por separado de los estados, los mismos que no en todos los casos prohibían los «trust», sino que muchos estados toleraban dicha practica por motivos políticos o económicos y otros estados no tenían competencia legislativa cuando se trataba de comercio entre estados, la única solución efectiva solo podía darse a través de una ley federal³².

1.5.1.2 La Sherman Act (1890)

Es en este contexto que el 2 de julio de 1890 se firma la **Sherman Act**, cuya denominación oficial es **«An act to protect Trade and Commerce against unlawfull Restrains and Monopolies»**. De las ocho secciones de este primer cuerpo legal, especial importancia merecen las dos primeras, las cuales las reproduciremos a continuación: Sección 1º. «Se declarara ilegal todo contrato o asociación de empresas, en forma de trust, o en cualquier otra forma o practica concientemente paralela que restrinja la competencia en la industria o el comercio entre los Estados, o con naciones extranjeras, (...)». Sección 2º. «Toda persona que monopolice o intente monopolizar o se ponga de acuerdo con otra u otras personas para monopolizar una rama cualquiera de la industria o del comercio (entre los distintos Estados, o estos con naciones extranjeras), será considerado culpable de un delito (...)».

³¹ TAMAMES, Ramón. «la lucha contra los monopolios», Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1961, pg. 61.

³² ABANTO VASQUEZ, Manuel. «El Derecho de la Libre Competencia», Editorial San Marcos 1º Edición, Lima-Perú, pg. 253.

Esta redacción ha dado pie a un extenso debate sobre sus fines y objetivos: la maximización del bienestar, la justicia³³ y la equidad en el mercado, fines redistributivos de la renta³⁴ o simplemente defender los intereses de grupos de presión, como los comerciantes o los granjeros. En el caso de Ley, la doctrina señala que lo que el Congreso pretendía era proteger a los consumidores de la reducción de output y aumento de precios provocados por la actuación de los grandes trust y los cárteles³⁵.

Estas disposiciones funcionaron como cláusulas generales que serían concretadas jurisprudencialmente³⁶. Los redactores de la **Sherman Act**, concientes que en el mercado se podía alcanzar situaciones de monopolio u oligopolios, reduciendo o suprimiendo por completo la competencia existente entre las diversas empresas, eliminando las firmas rivales, sacándolas del mercado o absorbiéndolas, desarrollaron sus cláusulas atacando por igual estos métodos de monopolización, al **prohibir por un lado la colusión** (en la Sección 1^o) y la **monopolización pura y simple** (en la Sección 2^o), con dichos instrumentos se buscó cimentar una competencia que sin llegar a ser perfecta por lo menos se le acercara³⁷.

La Sección 1^o de la Sherman Act, como se puede apreciar prohibía en un primer momento las restricciones de la competencia que derivasen de los **trust**, siendo de especial importancia la sentencia del caso **Standard Oil of New Jersey vs. U.S. (1911)**, la misma que es doblemente celebre, ya que por un lado la Corte Suprema de los Estados Unidos ordenó la disolución de la compañía **holding** de la magnitud de la **Standard Oil of New Jersey**, y además por que se expuso por primera vez el criterio jurisprudencial de la **rule of reason**³⁸, en cuyo marco se

³³ HOVENKAMP, Herbert.: «Distributive Justice and the Antitrust Laws», *George Washington Law Review* N° 51, 1982.

³⁴ LANDE, Robert.: «Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged», *34 Hastings Law Journal* 65, 1982.

³⁵ DÍEZ ESTELLA, Fernando., *Op. Cit.*, pg. 42.

³⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Op. Cit.* pg. 253.

³⁷ En sus orígenes, el derecho antitrust norteamericano nace con el objetivo de proteger el libre comercio restringiendo determinadas concentraciones empresariales e impidiendo que los operadores asuman un papel intervencionista que el Estado no ha querido para sí. Es probablemente por ello que suele decirse que es difícil encontrar otro derecho de la competencia distinto del norteamericano que exprese con tanta fuerza la ideología de un país. En el mundo del derecho este planteamiento se traducirá en una condena fulminante de los pactos anti-competitivos, condena que en principio no admite excepción de ningún tipo y que actúa incluso en ausencia de una posición de dominio. La búsqueda de la competencia perfecta, concepto que había acuñado la escuela liberal a principios del siglo XIX, se convierte en un fin en sí mismo, en un valor quasi-absoluto, e incluso cuando se abandona la búsqueda de esta utopía, cuando el fin no es alcanzar la competencia perfecta sino la llamada competencia efectiva, el derecho antitrust no se pondrá al servicio de otro objetivo. Cfr. FAUS, Jordi. «Evolución histórica y caracteres básicos del derecho de la competencia», www.faus-moliner.com.

³⁸ La «rule of reason» en su origen era un método de análisis jurisprudencial propio del «Common Law» para evaluar la validez o nulidad de los «Contracts in Restraint of Trade», es decir de aquellos acuerdos en los cuales a una de las partes contratantes se le prohibía dedicarse a una particular ocupación, industria o negocio, o hacerlo en un determinado modo o lugar; en base al cual se consideraba legal, por razonable, cualquier «Restraint of Trade», necesario para asegurar, a la parte a favor de la cual se pactaba, el ejercicio pacífico y pleno de los derechos derivados de un contrato, siempre que no atentara a los intereses públicos. La aprobación de la Sherman Act planteó la cuestión de si podía usarse ese método de análisis en la aplicación de esta norma. La primera jurisprudencia negó esta posibilidad interpretando literalmente lo dispuesto en la sección 1^o de la Sherman Act (*U.S. vs. Trans-Missouri Freight Association*, 166 US 290, 17 S. Ct. 540, 41 L. Ed. 1007 (1987)). Una primera evolución jurisprudencial apareció en el caso *U.S. vs. Addyston Pipe and Steel Co.*, 85 F. 271, 6th Cir. 1898, en la cual se desarrolló la famosa doctrina de las «Ancillary Restraints», tomando como método de análisis la «Rule of Reason», y según la cual una restricción puede ser válida si es una cláusula meramente accesorio en un contrato cuyas estipulaciones esenciales sean legales y sea necesaria para proteger al contratante, respecto al disfrute de los legítimos frutos del contrato o de los peligros de un injusto cuyo uso de dichos frutos por la otra parte.

aceptaban a menudo la justificación a la realización de conductas anticompetitivas cuando de las mismas se podría derivar ventajas para la economía del país³⁹.

1.5.1.3 Contexto y regulación posterior a la Sherman Act

En los años posteriores se dieron otras leyes que complementaron o precisaron las disposiciones de la **Sherman Act** destaca de manera particular la ley de Creación de la «**Federal Trade Comisión**» (FTC o Comisión Federal de Comercio) en el año 1914, ente administrativo que apoya a las autoridades y tribunales en los procesos antitrust, dentro de su ámbito de competencia destacan sus facultades de investigación y los poderes para impedir la utilización de métodos desleales de restricción de la competencia en el mercado «**case and desist orders**», es decir ordenes para el cese o desistimiento de practicas, las que pueden ser contradichas judicialmente. En el mismo año, 1914, se dicto la **Clayton Act**, cuya denominación oficial fue «**An act to supplement existing Laws against unlawful restrains and monopolies, and for other purposes**», prohibió algunas practicas restrictivas de la competencia especialmente las denominadas «tentativas de monopolizar». Además prohibió concretamente la «discriminación injustificada de precios», diversos acuerdos de exclusividad, fusiones y entrelazamientos de empresas. Por ultimo preciso que las fusiones sindicales y las cooperativas no estaban comprendidas por las leyes antitrust, y reguló el proceso civil del «**treble damage**» (demanda por el triple del daño causado). La promulgación de la Federal Trade Commission Act y la Clayton Act parecen dirigidas a la protección de los «pequeños comerciantes» frente las prácticas abusivas de las «grandes empresas»⁴⁰.

La **Robinson-Patman Act** de 1938 mejoro la prohibición de discriminar que estableció la Sección 2º **Clayton Act** y prohibió los «**precios predatorios**». La misma enuncia y sanciona conductas discriminatorias que son consideradas anticompetitivas **per se**, sin necesidad de comprobarse daño a la competencia, como por ejemplo el pago de comisiones y otras compensaciones en forma diferenciada a distintos compradores. Además, una vez comprobada la diferencia de precios, pone al vendedor la carga de la prueba y establece cuáles son las líneas de defensa admisibles. De otro lado, las primeras Sentencias del Tribunal Supremo norteamericano que abordó esta cuestión, en al asunto Morton Salt, se dice expresamente que: «cuando se promulgó la Ley Robinson-Patman, el Congreso estaba especialmente preocupado por proteger a los negocios pequeños que eran incapaces de comprar en grandes cantidades». Esta ley es considerada bastante rígida y sólo más recientemente las interpretaciones judiciales han sido un poco más benévolas en su aplicación.

1.5.1.4 Introducción jurisprudencial del «workable competition»

En 1940, **Jhon M. Clark** revolucionaba el Derecho antitrust con la introducción del concepto «**workable competition**» (competencia eficaz, practicable o

³⁹ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Op. Cit. pg. 253.

⁴⁰ DÍEZ ESTELLA, Fernando., Op. Cit., pg. 42.

funcional). La importancia de esta teoría no solamente radica en que se elige como objetivo político-económico a una competencia imperfecta, sino también en que se crea una íntima vinculación entre la teoría de la competencia y la política de la competencia al hacer que sea el teórico de la competencia el que, determinado la función de la competencia, señale cuales son las tareas de política económica que debe cumplir la competencia. En los años siguientes lucharon por la primacía muchas concepciones de la «**workable competition**» en el marco de una instrumentalización de la teoría de la competencia por la jurisprudencia.

Recién se llega a una teoría unitaria de la competencia con la presentación del «**Report of the Attorney general's National Communittee to Study The antitrust Law**» el 31 de marzo de 1955. Los editores del documento eran juristas y economistas, que constituían lo que se dio a llamar la **Escuela de Harvard**, cuyas tesis tienen representantes hasta nuestro días partiendo de la representación sobre determinados resultados deseables en el mercado, se afirma que existe una relación entre la estructura del mercado, la conducta de mercado y el resultado en el mercado (**structure, conduct, performance**). Al mismo tiempo se cimentó la influencia de los análisis económicos y de los economistas en las decisiones mediante el desarrollo de criterios manejables para una solución jurídica “correcta”. En ello no se reconocía un objetivo económico único, sino se hacía referencia al poder de mercado y a las desventajas y ventajas para los consumidores.

1.5.1.5 El derecho antitrust a partir de los años cincuenta

La ley antifusiones **Celler-Kefauver** de 1950 mejoro la prohibición de la sección 7 **Clayton Act** introduciendo la prohibición de monopolizaciones mediante la adquisición de activos de otras empresas. En este sentido, debemos señalar que los textos legislativos de la Robinson Patman Act (1936) y la Celler-Kefauver Act (1950) se separan claramente del objetivo de preservar el bienestar del consumidor, ya que son dos cuerpos normativos dirigidos específicamente a proteger a los pequeños comercios de los competidores más grandes –que debido a su tamaño afrontan costes menores–, aunque el resultado de esta «protección» sea reducir el volumen final de producto o incluso un nivel de precios al consumidor sensiblemente mayor⁴¹.

Finalmente la **Antitrust Civil Process Act** de 1962 posibilito a la División Antitrust, en el mercado de investigaciones de carácter civil, investigar practicas restrictivas sospechosas para recopilar material de prueba, aplicando medidas coercitivas. Siguiendo con el control de fusiones y concentraciones, el primer intento de formalizar la estructura y técnicas analíticas para evaluar las mismas ocurrió en 1968, con las primeras **Merger Guidelines** introducidas en forma conjunta por el DOJ y FTC. Este intento de establecer métodos para la definición del mercado y para evaluar poder de mercado fue en parte una reacción a dos decisiones de la Corte Suprema relacionadas a fusiones: **Brown Shoe Co. vs US. y US. vs. Von's Grocery** ⁴².

⁴¹ DÍEZ ESTELLA, Fernando., Op. Cit., pg. 42.

⁴² Casos de Brown Shoe Co. vs US., 370 US 294 (1962) y US. vs. Von's Grocery et al. 384 US 270 (1966).

Ambas decisiones rechazaban las propuestas de fusión alegando temores de que ocurriera monopolización, aún cuando las fusiones traían como consecuencia una participación de mercado inferior al 10%. Esta pautas fueron mejorada con la **Hert-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act** de 1978; entre otras novedades se introdujo la posibilidad de solicitar coercitivamente informaciones a empresas y personas naturales no involucradas en la restricción de la competencia.

Asimismo debemos destacar que a mediados de los 70, se abrió paso en la discusión poco a poco la llamada Escuela de Chicago. Su influencia fue impulsada por los cambios políticos, alcanzando su apogeo a partir de los años 80 con el comienzo del gobierno republicano. Esto significó un retroceso en la política antitrust, pues la Escuela de Chicago invocaba el aumento de la eficiencia, al que se oponían las prohibiciones antitrust «estáticamente concebidas».

1.5.1.6 El derecho antitrust americano en la actualidad

Actualmente, la División Antimonopolios del DOJ se encuentra abocada en instituir la aplicación penal de la Sección 1 de la **Sherman Act**, en contra de las actividades denominadas «cárteles duros»⁴³, los mismos que pueden constituir entre otras conductas: la fijación de precios, la colusión en licitaciones y acuerdos de repartición de mercados. En virtud de esta política la División Antimonopolios del DOJ ha interpuesto acciones judiciales contra cárteles internacionales que operan en una amplia gama de actividades comerciales que comprende vitaminas, aditivos para alimentos humanos y animales, productos químicos (lisina), electrodos de grafito (que se utilizan en la producción de acero) y servicios de transporte y construcción marítimos.

De otro lado el 18 de mayo de 1998, en uno de los casos antitrust mas sonados de los últimos años, el DOJ acuso a la Microsoft (**US vs. Microsoft Corp.**), de haber violado las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act* ya que considero que dicha empresa había realizado una serie de practicas destinadas a monopolizar el mercado de navegadores de Internet con el objeto de proteger la posición monopólica que ostentaba la citada compañía en el mercado de sistemas operativos para computadoras personales (Específicamente, los demandantes afirmaron que la empresa Microsoft violó la Sección §2 de la *Sherman Act* realizando una serie de prácticas exclusorias, anticompetitivas y predatorias para mantener su poder del monopolio). En la denuncia se alegó, entre otras cosas, que Microsoft empaquetó ilegalmente su navegador de Internet junto con su sistema operativo Windows (conducta denominada **tying agreement**), además de intentar repartirse los mercados con sus competidores e imponer términos y

⁴³ Aunque no debemos dejar de mencionar que la persecución de los cárteles se ha ubicado en el centro de las acciones antimonopólicas del Departamento de Justicia (DOJ) desde la aprobación de la *Sherman Act* en 1890 y nunca ha cejado. No obstante, en los últimos años, la División Antimonopolios ha adoptado como una de sus más altas prioridades la persecución de los cárteles internacionales cuyas víctimas son empresas y clientes estadounidenses. La estrategia de la División Antimonopolios de concentrar sus recursos penales en los cárteles internacionales ha generado un éxito nunca antes visto en el desmantelamiento de los cárteles y gracias a ella se ha logrado condenar a importantes conspiradores y se han obtenido multas sin precedentes. Comité Tripartito Organización de los Estados Americanos Unidad de Comercio «Informe sobre Desarrollos y Aplicación de las Políticas y Leyes de Competencia», 15 de enero de 2003, pg. 197.

condiciones de exclusión en sus contratos con diversos clientes y distribuidores. El juicio se inició el 19 de octubre de 1998, y la primera etapa de este proceso acabo el 7 de junio de 2000 cuando el Juez Thomas Penfield Jackson decidió adoptar la propuesta del DOJ y decidió imponer sanciones a la Microsoft que abarcaban desde su división en dos compañías independientes hasta la regulación de su producto mas significativo, el Windows. Dichas medidas significan el desmembramiento de la compañía, la expropiación de gran parte de sus derechos de propiedad intelectual, así como la imposición de un freno a su capacidad de innovación.

1.5.2 El derecho de la competencia en la Comunidad Europea.

1.5.2.1 Fase medieval hasta la primera Guerra Mundial

La regulación de la competencia en Europa no es reciente, ya que desde la época medieval se realizó una reglamentación de las actividades económicas en aspectos relacionados con la competencia aunque el mismo tubo un carácter accesorio ya que los operadores económicos o el Estado consideraron que no era digno de protección. De hecho, la competencia quedaba prácticamente anulada tanto por los operadores como por el Estado. Los operadores, organizados en corporaciones o gremios que ejercían potestades diversas al amparo de los privilegios que el Estado les atribuía, regulaban no sólo el acceso a la profesión sino también los elementos básicos de lo que hoy es la competencia: precios, destino de los productos, capacidades de producción, publicidad, sistemas de comercialización, etc.

El Estado, por su parte, no dudaba en ofrecer ventajas monopolísticas obteniendo a cambio sustanciosos beneficios. Ejemplos de éstas situaciones se encuentran en la historia económica de todos los países europeos⁴⁴. Entre los abusos propios de aquella época suelen citarse la obstaculización del comercio exterior o la imposición del carácter hereditario de la maestría en detrimento de oficiales y aprendices cualificados. No será hasta el siglo XVII en que se producirán las primeras reacciones contra estos abusos, reacciones que en 1.623 desembocarán en la aprobación, en Inglaterra, del Statute of Monopolies.

Pero es realmente en el siglo XVIII cuando en pleno apogeo de los principios de libertad e igualdad, la reglamentación de la actividad económica sufre una gran transformación. Las corrientes liberales arrastran la aprobación de normas cuyo objeto es liberalizar el acceso a la industria y el comercio, suprimiendo el poder de los gremios. Es en este contexto que en 1.791 se aprueba en Francia la denominada Ley Chapelier, que suprime las corporaciones.

1.5.2.2 La ley de competencia desleal y de carteles alemana

⁴⁴ Así, por ejemplo, algunos autores hacen referencia a los pactos que suscribían los Fugger en Alemania o los Medici en Italia para asegurarse determinados mercados. En el ámbito español podemos citar el Privilegio de 1494 mediante el que los Reyes Católicos concedieron a Burgos la exclusividad del comercio exterior de todo el Cantábrico, privilegio que impidió a la marina santanderina ejercer el libre comercio en la cornisa cantábrica hasta el siglo XVIII. En la misma época, el comercio entre España y América debía necesariamente canalizarse a través de la «Casa de Contratación». Más adelante, Felipe V concederá a la Compañía de Honduras el monopolio del tráfico de caoba, a la Compañía de Caracas el comercio exterior con Venezuela, etc. Cfr. FAUS, Jordi., Op. Cit.

Uno de los principales ordenamientos previos a la formación del derecho comunitario de la competencia, fue dado en 1909 a través de la Ley de Competencia Desleal alemana (**Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**), la misma que introdujo en Europa una ley caracterizada por un marcado carácter jurídico privado, que prima la tutela individual sobre la general y la pretensión de lo que los autores han venido en denominar «neutralidad político-económica»: la protección de los intereses mercantiles de los empresarios es ajena a cuestiones de orden público económico⁴⁵.

En ese sentido, en Alemania hasta la Primera Guerra Mundial rigió el principio general de la **libertad de pactos para cualquier tipo de acuerdo entre particulares**, incluidas las limitaciones contractuales a la competencia. No había para las empresas ninguna reglamentación específica⁴⁶, todo ello en virtud de una decisión del **Reichsgericht** de 4 de febrero de 1887, donde la jurisprudencia alemana estableció que las limitaciones contractuales a la competencia, y en especial los carteles, en base al principio de libertad de pactos, eran perfectamente válidos y no contravenían el principio de libertad de comercio. Años más tarde se aprobó la Ley alemana sobre los carteles el 2 de noviembre de 1923, llamada «**Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico**». Esta norma no contenía normas contra los carteles, sino que se limitaba a establecer un control a posteriori para evitar posibles abusos, constituyendo un perfecto paradigma del sistema de abuso⁴⁷. Sin embargo, este sistema se demostró poco operativo ya que los grandes carteles no sufrieron molestia seria alguna.

Sin embargo, la construcción individualista de la competencia desleal se quiebra a partir de los años 30, al entenderse que el derecho de la competencia tiene también una función social, y que persigue por tanto también intereses generales. El régimen nazi fomentará los carteles e incluso llega a aparecer una **Ley de Carteles Obligatorios**. La misma que quiebra el principio individualista introducido a partir de la Ley de Competencia Desleal, al entenderse que el derecho de la competencia tiene también una función social, y que persigue por tanto también intereses generales. Acabada la segunda Guerra Mundial, la idea de prohibir las concertaciones se tiñe de un clarísimo móvil político y militar, ya que los aliados impusieron a Alemania una rígida legislación antitrust basada en el principio de prohibición, que trasladaba a Alemania sin modificación los principios antitrust americanos y toda la cultura jurídica que lo seguía, rompiendo así con la tradición alemana del abuso. Posteriormente las ordenanzas de la ocupación fueron consideradas como parte integrante del Derecho Alemán de la Competencia.

⁴⁵ PAZ-ARÉS, C.: «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust», Revista de Derecho Mercantil N° 159, Madrid-España, 1981, pgs. 7 a 147.

⁴⁶ «Alemania se convirtió en el típico país de los cárteles y de la concentración económica, sin control alguno por parte del Estado, o incluso, en ocasiones, bedecida por éste, (...). El Estado creyó estar en el deber de proteger la economía y fomentó las concentraciones. Finalmente, la economía alemana, así concentrada, se convirtió en un instrumento idóneo al servicio de la política del Estado. (...)». Cfr. FIKENTSCHER. «Las tres funciones del control de la economía», Revista de Derecho Mercantil (enero-marzo, 1984), pg. 462.

⁴⁷ GARRIGUES, Joaquín.: «La defensa de la competencia mercantil», Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, 1964; pg. 23 y ss.

1.5.2.3 La escuela neoliberal de Friburgo y la ley alemana contra las limitaciones de la competencia

Una vez Alemania recobró su independencia, se comprendió la necesidad de establecer una nueva legislación alemana reguladora de la competencia, que sustituyera a las ordenanzas de ocupación y estableciera las bases del nuevo orden económico. Esto trajo como consecuencia que se suscitara un fuerte debate económico, social y político en torno a los principios que deberían configurarla. De un lado estaba **la Escuela neoliberal de Friburgo**, partidaria del principio de prohibición. **La Escuela de Friburgo**, fuertemente imbuida por la doctrina antitrust americana llegada con las ordenanzas de ocupación, postulaba el establecimiento de una legislación de la competencia inspirada en el principio de prohibición único capaz de realizar la máxima eficiencia y de obtener, por tanto, los máximos resultados económicos y sociales⁴⁸. Y, de otro, estaba la industria alemana, partidaria del principio del abuso. Organizada en torno al poderoso **lobby Bundesverband der deutschen Industrie**, exigía la retirada del proyecto de ley neoliberal de **la Escuela de Friburgo**, y su sustitución por un texto inspirado en el principio tradicional del abuso, que limitara la intervención del Estado a la represión de los abusos. Este debate trató de decidir si la nueva ley fundamental de la economía alemana habría de fundarse en el principio americano de prohibición, o, por el contrario, se edificaría sobre el principio tradicional del abuso. El resultado fue una ley ecléctica que, aunque salvando los principios básicos del proyecto neoliberal, intentó establecer un sistema mixto que congeniara ambos principios, la anterior y la posterior a la ocupación de Alemania: la Ley alemana contra las limitaciones de la competencia (**Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB**) de 27 de julio de 1957, que establecía el principio de prohibición para los acuerdos restrictivos y el principio del abuso para las posiciones de dominio. Con la dación de esta ley se llega a un entendimiento de la unidad sistemática de todo el derecho de la competencia, centrándose en el objetivo de asegurar el buen funcionamiento del mercado. Se llega así a un entendimiento de la unidad sistemática de todo el derecho de la competencia. Este acercamiento conceptual entre ambas normativas se construye sobre la idea de que las dos tienen, en su base, un elemento común: el objetivo de asegurar el buen funcionamiento del mercado⁴⁹.

Así el artículo 22 GWB, tras definir la posición de dominio en sus puntos 1 y 2, establecía, en su punto 3, que había abuso en dos hipótesis: «1) Cuando [la/s empresa/s dominante/s] utilizan su posición en el mercado de forma abusiva imponiendo precios de compra o venta, o condiciones comerciales, con ocasión de la conclusión de los contratos; o; 2) Cuando, utilizando de manera abusiva su posición en el mercado, hacen depender la conclusión de contratos sobre mercancías o servicios de la adquisición por el contratante de otros artículos o servicios que, por sí mismos o por su uso comercial, no guardan relación con los primeros. En la apreciación del abuso todas las circunstancias deben ser tomadas en consideración».

⁴⁸ Se atribuía al Derecho de la Competencia finalidades extraeconómicas, al igual que en la cultura americana de la época, se daba al Derecho de la Competencia un fuerte contenido social y político, hasta el punto incluso de confiarle la salvaguarda de la dignidad humana.

⁴⁹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: «La Competencia Desleal», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Editorial Civitas, Madrid-España, 1988, pg. 45.

En el caso de que se apreciase el abuso, la autoridad antitrust podía prohibir la práctica de que se tratase y declarar nulos los contratos (punto 4); pero no podía ordenar conductas positivas al monopolio, ni disponer su disolución. Se trata de un sistema radicalmente opuesto al americano de prohibición⁵⁰. Para el Derecho de la Competencia alemán la voluntad de adquirir una posición de dominio no implica la voluntad de abusar de él⁵¹. Por ello, se establecía un sistema de control a posteriori, consecuente con la idea de que una cosa es el monopolio, que no es malo en sí mismo y por tanto no estaba prohibido, y otra comportarse como un monopolista, que sí se prohibía.

1.5.2.4 La Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)

Al iniciarse la década de los cincuenta, aparece en escena la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), embrión de la futura CEE. El Tratado CECA de 1.951 nace con la finalidad de ser la primera realización concreta de lo que posteriormente se conocería como la Comunidad Europea. Con esta finalidad, el objetivo específico de la CECA era colocar bajo una Alta Autoridad común el conjunto de la producción francesa y alemana de carbón y acero, sustituyendo de esta forma el organismo de control interaliado que se había instaurado en todo el Rhur desde el final de la guerra. Pues bien, en este contexto político y económico, las disposiciones del Tratado CECA prohíben las concertaciones anticompetitivas (Artículo 65), determinadas concentraciones (Artículo 60) y algunas conductas que se asimilan a abusos de posición de dominio (Artículo 60). La prohibición, sin embargo, se somete a matizaciones importantes, inexistentes en el derecho antitrust americano. Así, se reconoce la competencia de la Alta Autoridad (antecesora de la Comisión Europea) de autorizar para productos determinados ciertos acuerdos de especialización o de compra o venta en común siempre que concurren determinadas circunstancias en base a las cuales pueda concluirse que los efectos contrarios a la competencia de dichos acuerdos quedan compensados por los beneficios que reportan al mercado. Además, el propio Tratado CECA prevé la posibilidad de intervenciones directas de la Alta Autoridad en casos de crisis. Aparece así el concepto de «**cartel de crisis**», que abrió las puertas a la posibilidad de que en situaciones de contracción de la demanda, las empresas llegasen a acuerdos de fijación de precios, cuotas de producción y otras medidas anticompetitivas.

Con estos antecedentes, con el derecho de la competencia absolutamente sometido a objetivos más importantes no sólo de política económica sino también de creación de lo que después será la Unión Europea, las normativas nacionales que irán apareciendo giran en torno a la idea de que no todas las restricciones de competencia deben condenarse y, consiguientemente, coinciden en el papel

⁵⁰ En efecto, a la Sherman Act y a la interpretación y aplicación que de ella hacía la jurisprudencia americana en aquellas fechas, le preocupaba sólo el modo de adquirir la posición de dominio y, prohibía, por tanto, las prácticas restrictivas que conducían a ella por el sólo hecho de ser idóneas para alcanzarla (Alcoa). Se pensaba que nadie adquiriría conscientemente una posición de dominio, si no era para abusar de ella (para comportarse como un monopolista), la intención de abusar se presumía implícita en la práctica de adquisición o consolidación de la posición de dominio.

⁵¹ Puede decirse que, en el tratamiento de las posiciones de dominio, mientras el sistema americano del artículo 2 de la Sherman Act era un sistema de prohibición puro; el alemán del párrafo 22 GWB y siguientes era un sistema esencialmente de abuso.

determinante que se atribuye a los órganos administrativos encargados de la gestión de esta normativa. Así, la **Restrictive Trade Practices Act** de 1.956 regula la inscripción de los acuerdos restrictivos de la competencia en un registro especial, y atribuye a un tribunal especial la facultad de determinar aquellos acuerdos que deben ser considerados contrarios al interés público.

1.5.2.5 Tratado de fundación de la Comunidad Europea

Luego sucede algo similar cuando se aprueba la denominada el «**Tratado de Fundación de la Comunidad Europea**» (Tratado de Roma o TCE), suscrito en 1.957, donde se introduce expresamente la idea de que algunos carteles pueden ser autorizados previa notificación a una oficina especial. El TCE creó prohibiciones contra aquellas prácticas restrictivas de la competencia que influyan o puedan influir negativamente en el tráfico económico entre los estados miembros. Al mismo tiempo el art. 87, segundo párrafo, literal a del Tratado estableció expresamente una facultad sancionadora supranacional, la misma que recién se hizo efectiva cuando en 1962 el Consejo de la Comunidad promulgó el Reglamento N° 17, el cual introdujo como sanciones multas efectivas y multas coercitivas, así como otras medidas preventivas y procesales (entre otras el otorgamiento de «**certificados negativos**», obligación de notificar acuerdos, etc.) a partir de entonces se empieza a hablar de un Derecho de carteles comunitarios, es decir, de un Derecho de la Libre Competencia válido para todos los países de la Comunidad Europea⁵².

El sistema de prohibición de carteles y conductas abusivas de la CEE contempla la prohibición de conductas mediante tipos abiertos (“tipos ejemplificativos”), dichas cláusulas son decisivas para la aplicación de las sanciones las cuales han sido dejadas a la jurisprudencia. Primeramente se restringe la aplicación de los tipos contemplados en los arts. 81 y 82 (ex arts. 85 y 86)⁵³ mediante la llamada «**cláusula interestatal**», es decir la **exigencia de una afección al comercio** entre los Estados miembros, aceptando el Tribunal Europeo una **idoneidad** de la conducta para afectar de manera inmediata o mediata dicho fin, dicha idoneidad viene limitada por el concepto de «**efecto sensible**», los cuales se determinan mediante criterios cuantitativos.

Otros aspecto relevante lo constituye la sumisión jerárquica de los derechos nacionales sobre el Derecho comunitario de la Competencia, tal como lo ha establecido el Tribunal de la CEE. Así, la política de competencia desarrollada por los órganos de la CE influyen la política de los Estados miembros sobre la materia. El Tribunal de Justicia desde hace tiempo reconoció que «la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional al beneficio del cual los Estados limitaron, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y cuyos temas son no sólo los Estados miembros sino también sus nacionales». El ordenamiento jurídico comunitario es pues autónomo y las normas del Derecho comunitario pueden ser invocadas por los particulares ante

⁵² La Comunidad Económica Europea fue rebautizada Comunidad Europea luego del Tratado de Maastricht, fue instituida mediante el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 para un período indeterminado.

⁵³ Con el Tratado de Amsterdam que entró en vigor el 1 de mayo de 1999 se cambió la numeración de algunos artículos del Tratado Constitutivo que tenían como materia el Derecho Comunitario de la Competencia por ejemplo el ex-art. 85 paso a numerarse como el art. 81 y lo mismo ocurrió con el ex-art. 86, ahora art. 82.

los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que deben, si es necesario, garantizar la primacía sobre el derecho nacional, actual y posterior.

En cuanto al campo de aplicación de los tipos de carteles de la CE rige el «**principio de los efectos**». En consecuencia, las reglas protectoras de la competencia del tratado también son aplicables a las acciones cometidas por empresas extranjeras, siempre que tengan efectos mediatos en el ordenamiento de la competencia de la Comunidad. En cuanto a las prohibiciones, es incompatible con el mercado común y se prohíbe en la medida en que el comercio entre Estados miembros puede verse afectado, por el hecho de una o varias empresas el explotar incorrectamente una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste. Contrariamente a lo que pasa en el caso de los monopolios, la posición dominante no excluye la existencia de una cierta competencia pero permite a la empresa que se beneficia de adoptar comportamientos ampliamente independientes frente a sus competidores y a los usuarios. El TCE no prohíbe las posiciones dominantes naturales, sino simplemente la explotación abusiva del poder de mercado, es decir, los comportamientos restrictivos susceptibles de debilitar más aún el grado de competencia que subsiste en el mercado⁵⁴.

1.5.2.6 El derecho comunitario de la competencia en la actualidad

Actualmente en el ámbito del Derecho de la Competencia, existe gran preocupación en la Comunidad Europea respecto al tema de los mercados recientemente liberalizados y la obstaculización del acceso a los mismos por parte de empresas que tengan un gran poder dentro de ellos lo cual conlleva a poner en peligro la materialización de las ventajas que suponen la reestructuración, la innovación o la creación de puestos de trabajo. Por este motivo, la Comisión presta especial atención a los efectos de los abusos de posición dominante⁵⁵ sobre estos procesos. Además, la Comisión prestó especial atención a las repercusiones de los contratos de empresas en posición dominante que contienen cláusulas de exclusividad puesto que tales cláusulas pueden colocar al signatario en una situación de dependencia con respecto a la empresa en posición dominante como consecuencia de la cual, los restantes competidores se ven enormemente limitados para contrarrestar el poder que ocupa en el mercado la empresa en posición dominante.

1.5.4 El derecho de la competencia en el Perú

1.5.3.1 Marco normativo anterior a los años noventa

⁵⁴ RUIZ, Nuno.: «El derecho y la política de competencia comparados en la Comunidad Europea, el Mercosur y Chile», Boletín Latinoamericano de Competencia N° 7 (Parte 4) Julio 1999.

⁵⁵ En lo que se refiere al artículo 86 la Comisión consideró abusiva las prácticas de rechazo de venta, las reducciones de entrega en período de escasez, los contratos de suministro exclusivo, los descuentos de fidelidad, los precios predatorios, la negativa a conceder licencias de derechos de propiedad intelectual, los contratos de concesión exclusiva, las obligaciones de información contemplando la alineación de los precios y la obligación de compra, la concesión de las primas, ventajas y entregas en mercados dominados como contrapartida de resultados obtenidos en los mercados competitivos, algunas formas de concentración disfrazadas por medio de adquisiciones de participaciones minoritarias, la exclusión de los competidores del acceso a instalaciones esenciales

Desde principios de los años 20 dominaba en el Perú como única medida política económica el control estatal de los precios, a pesar de existir aisladamente algunas leyes que prohibían de manera general los monopolios. Paralelamente la Constitución de 1933 había declarado prohibido con carácter general, a los monopolios. Hasta 1968 los gobiernos favorecieron directa e indirectamente a un pequeño grupo de poderosas empresas nacionales y extranjeras, tratando de asegurar que solo sean un grupo de empresas las que pudieran actuar en determinados sectores de la producción, incluso con la dación de leyes «con nombre propio». Posteriormente, el gobierno militar de 1968, emprendió una política de expropiación y estatificaciones de grandes empresas nacionales y extranjeras. Al mismo tiempo constituyó monopolios estatales y decreto un control de precios y divisas. En este periodo, era el propio Estado el que desarrollaba el monopolio.

La Constitución de 1979 (en adelante C79), por intermedio del art. 115 introdujo la «economía social de mercado», de otro lado el art. 133 declaraba prohibido los monopolios, oligopolios, el acaparamiento, los acuerdos y conductas restrictivas en la actividad industrial y mercantil. Este artículo no distinguía e cuanto a la prohibición de los monopolios, haciendo lo propio incluso con los monopolios naturales, en cambio se permitía excepcionalmente la creación de monopolios legales por causa de interés social o seguridad nacional (art. 114). Esta concepción de la C79 desconfiaba profundamente del poder económico y tendía a la atonicidad del mercado. Lo cierto es que dicha concepción desarrollada por la C79 debía ser especificada por una futura ley, la cual cumpliría la tarea de garantizar el normal funcionamiento del mercado y de formular las sanciones correspondientes. Los gobiernos sucesivos se conformaron con dar leyes contra el acaparamiento y la especulación, pues se pensaba que con ello se daría cumplimiento al precepto constitucional.

Después de la dictadura, el nuevo gobierno democrático emprendió desde 1980 una política desmonopolizadora en cumplimiento de los nuevos preceptos constitucionales, pero se limitó a aplicarla a los monopolios estatales. Se reclamó que la interpretación dada en el art. 133 de la C79 había afectado a monopolios estatales estratégicos, como la industria del petróleo, dejando intocables a los monopolios privados. De otro lado, en 1980 el Dr. Eduardo Mc Lean elaboró el primer proyecto de ley antimonopolios por encargo del entonces Ministro de Economía y Finanzas. Por motivos políticos el proyecto no pudo convertirse en realidad. En este periodo además se instauró nuevamente el sistema de fijación de control de precios. Así, en 1981 se promulgó el **D. Leg. 123** «Ley sobre delitos económicos», a la cual le siguieron tres años después la promulgación de los reglamentos correspondientes para llenar dichas leyes en blanco.

Posteriormente, en el año 1985 se promulgó el **D. Leg. 407-85-EF**, el cual sometía a un control de precios a las empresas con posición dominante en el mercado que tuvieran una participación en el mercado de 75 a 100%. En noviembre de 1990 se promulgó el **D. S. 296-90-EF**. Este prohibía por primera vez, mediante tipos concretos, el abuso de posiciones dominantes en el mercado y las acciones colusorias, creando para ello la «Comisión de Defensa de la Libre

Competencia», paralelamente se permitió que el Estado pueda concertar o fijar precios. Este texto legal no fue aplicado⁵⁶.

1.5.3.2 Decreto Legislativo Nº 701

El Perú a partir de 1990 se implementó una serie de reformas que han tenido por objetivo estabilizar la economía y sentar las bases de una **«economía de mercado»**. Como parte de este proceso, se ha impulsado la apertura comercial y financiera y se han creado nuevas instituciones con la finalidad de fortalecer la defensa de la competencia en el Perú⁵⁷. En forma simultánea al programa de estabilización, el gobierno inició un amplio programa de reformas estructurales, con el fin de sentar las bases de una economía de mercado. Así, durante los primeros años de la década del noventa, el marco normativo e institucional en el cual se desarrollaba la actividad económica del país. Se modificó radicalmente, redefiniéndose la relación entre sector público y privado, revalorándose el mercado y la competencia como elementos esenciales para una asignación eficiente de recursos en la economía.

Como parte del proceso de reformas se modificó el marco general de la actividad económica. En particular, se creó una nueva Ley de Inversión Privada, se modificó el marco normativo para la Inversión Extranjera y se introdujo normas de protección del mercado. Asimismo, se redefinió el rol del Estado en la economía, iniciándose un amplio programa de privatización de empresas públicas, brindando acceso al sector privado a la provisión de servicios públicos, que hasta entonces eran de ámbito exclusivo del Estado⁵⁸.

La nueva concepción acerca del rol del Estado en la economía y en los mercados, implicó la creación de instituciones y mecanismos que tuvieran como finalidad lograr **el funcionamiento eficiente de los mismo** (del mercado). Bajo esta concepción, se creó una serie de entidades cuyo fin constituía promover la eficiencia en los mercados y proteger los derechos del consumidor. Entre las múltiples entidades creadas bajo esta concepción podemos mencionar a: PROMCEPRI, OSINERG (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía), SUNASS (Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento), OSIPTEL (Organismo Supervisor de la Inversión en Telecomunicaciones), OSITRAN (Organismo Supervisor de la Inversión en Transporte)⁵⁹, destacando nítidamente la creación de **INDECOPI**⁶⁰ (Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual)⁶¹, con la finalidad de regular la libre competencia

⁵⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel, Op. Cit., pgs. 341 a 348.

⁵⁷ CÁCERES V. Armando y RUIZ D. Gonzalo.: «El nuevo marco de competencia y comercio exterior en el Perú», Boletín Latinoamericano de Competencia, N° 3-A, marzo-1998.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Todas estas entidades mencionadas son reguladoras que garantizan una asignación eficiente de recursos en sectores con características de monopolio natural o cuya regulación requiera de un alto grado de especialización

⁶⁰ Creada mediante el D. Ley 25865 del 24 de noviembre de 1992.

⁶¹ INDECOPI es una agencia del gobierno que está a cargo de diversos temas como: protección al consumidor, competencia desleal, publicidad, libre competencia, normas técnicas, medidas anti-dumping, evaluación de barreras para-arancelarias y de barreras burocráticas al acceso y permanencia en los mercados (i.e. regulaciones y cobros costosos e innecesarios de diversa naturaleza que impone el Estado a los negocios). Los casos pueden ser iniciados de oficio o como consecuencia de una denuncia de parte. Para cada tema, Indecopi tiene una comisión compuesta por seis miembros quienes se reúnen dos o tres veces por semana para emitir fallos sobre los casos de su competencia. Cada comisión tiene una secretaría técnica que realiza las investigaciones necesarias y la tramitación de los expedientes. Las decisiones de las comisiones pueden ser

entre los agentes económicos, así como proteger los derechos de propiedad intelectual.

De otro lado, inicialmente, el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701 contemplaba la facultad de la Comisión para autorizar la existencia de las prácticas restrictivas de la libre competencia. Dicho artículo señalaba que la Comisión de Libre Competencia –en adelante CLC– podría autorizar acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas restrictivas de la competencia, o categorías de las mismas, por ejemplo, cuando contribuyeran a mejorar la producción y comercialización o a promover el progreso técnico o económico, o cuando tuvieran por objeto la adecuación de la oferta a la demanda de manera temporal.

Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo 788 (31 diciembre 1994) se derogó el artículo 7° antes mencionado. Actualmente no se encuentra prevista ninguna excepción específica. Sin embargo, se admite que los casos de abuso de posición de dominio así como algunas modalidades de prácticas restrictivas, sean analizados bajo la regla de la razón. El D. Leg. N° 701 tuvo por modelo a la jurisprudencia y legislación de la CE y los principios normativos establecidos en la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, sobre control de prácticas restrictivas de la libre competencia, el mismo que constituye un referente normativo⁶².

1.5.3.3 El Código Penal de 1991

En abril de 1991 fue publicado el Código Penal, el mismo que introdujo el título «Delitos contra el orden económico». El primer capítulo abarca en un solo artículo, el art. 232, al así llamado «abuso del poder económico». El tipo penal remite a una ley especial ya que se trata de una «ley penal en blanco», dicha norma (la ley especial) no existía al momento de entrar en vigencia el nuevo Código Penal, por lo que este no pudo desde un inicio tener aplicación alguna. Recién con la dación del D. Leg. 701 «Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia»⁶³ se pudo complementar el tipo penal. El citado Decreto Legislativo tiene como objetivo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio para los usuarios y consumidores. De esta manera se impuso en nuestro país una nueva especialidad jurídica: El Derecho de la Competencia⁶⁴.

1.5.3.4 Regulación de la competencia posterior al D. Leg. N° 701

apeladas al tribunal del INDECOPI, el que tiene una estructura similar a la de las comisiones. Finalmente las decisiones del tribunal pueden ser impugnadas ante la Corte Suprema del Poder Judicial. Cfr. EYZAGUIRRE, Hugo.: «Políticas de competencia en países menos desarrollados», Boletín Latinoamericano de Competencia, N° 5 (Parte 2) Noviembre 1998.

⁶² QUINTANA Eduardo y URBINA Cristina.: «Panorama de la aplicación de la política de competencia en el Perú», Boletín Latinoamericano de Competencia N° 2, Septiembre-1997, pg. 54.

⁶³ Mediante el art. 19 del D. Leg. 701 se limitó la persecución penal de los delitos denominados «abuso de poder económico» ya que este solo permitía la persecución penal de determinados casos dolosos de abuso de poder y prácticas restrictivas de la competencia. Una ulterior limitación resulta de la necesidad de verificar, según el art. 3 los daños para el «interés económico general en el territorio nacional», requisito introducido como elemento de los tipos penales según las modificaciones introducidas al art. 18 del D. Leg. 701 por el D. Leg. 807. el tipo de peligro abstracto del art. 232 del C.P. peruano fue convertido en un tipo de lesión, con lo cual la protección penal del bien jurídico se tornó más lejana. Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. Idem. pg. 349.

⁶⁴ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Idem. pg. 348.

Complementando el sistema jurídico antes señalado, a continuación se dictó el D. Leg. 757 «Ley Marco para el crecimiento de la actividad privada», el mismo que dispone que la libre iniciativa privada de las empresas se ejerce en un marco de libre competencia, lo que implica que el establecimiento de precios es resultado del libre juego de la oferta y demanda. Igualmente, establece que los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos. Adicionalmente deroga toda reserva en favor del Estado, parcial o total, para la realización de actividades económicas o explotación de recursos naturales.

En cuanto a la estructura orgánica encargada de la defensa de la competencia en el sistema peruano, debemos señalar que el mismo se encuentra constituido por una Comisión integrada por seis miembros dirige el proceso administrativo contra los responsables y formula, dado el caso, la denuncia penal de conformidad con el art. 19. las investigaciones son emprendidas de oficio o por denuncia por la Secretaria Técnica de la Comisión de Libre Competencia y culminan con su dictamen presentando a la Comisión para la decisión en primera instancia. El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual revisa las decisiones de las comisiones en vía de apelación. Contra las decisiones de este Tribunal cabe la apelación en vía ordinaria ante la Sala Civil de la Corte Suprema, en primera instancia, y ante la Sala de Derecho Constitucional y Social, en segunda instancia.

Por otro lado, existe un organismo estatal que goza de funciones exclusivas para regular el proceso de libre competencia en materia de servicios públicos de telecomunicaciones. Se trata del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL creado por la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo 013-95-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones), está encargado de regular el comportamiento de las empresas operadoras, así como las relaciones de dichas empresas entre sí, de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas. Dentro de sus funciones se encuentra el mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido. OSIPTEL está encargado de resolver las controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia señaladas en dicha Ley. De otro lado, la nueva Constitución de 1993 consagra la «economía social de mercado» como mecanismo de dirección del desarrollo del país (art. 58) y establece una prohibición general de las restricciones de la competencia y del abuso de posiciones dominantes y monopólicas en el mercado (art. 61) señalando que el Estado facilita y vigila la libre competencia combatiendo **toda práctica que la limite y prohibiendo el abuso de posiciones dominantes o monopólicas**, así como estableciendo que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

En cuanto a al régimen de concentraciones económicas hasta la dación de Ley 26876, la única regulación existente en el Perú sobre esta materia era el Decreto Supremo N° 27-95-ITINCI (19 octubre 1995). Dicha norma establece un régimen de control de concentraciones en el sector eléctrico. Según este decreto se considera infracción al Decreto Legislativo N° 701 si dentro de un mismo sistema

interconectado, las personas que controlan una empresa con posición dominante, titular de una concesión o autorización de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, son socios o poseen el control de otra empresa dedicada a las mismas actividades, o cuando dicha empresa se fusiona o se asocia con otra del mismo ramo.

Una de las principales novedades en la legislación nacional protectora de la libre competencia lo constituye la promulgación de la Ley 26876 «Ley Antimonopolio y Antioligopolio en el Sector Eléctrico». Esta norma establece un mecanismo de control previo de las fusiones y adquisiciones de empresas eléctricas. Con ello, y de conformidad con las consideraciones expuestas en la propia norma, se busca evitar la conformación de concentraciones empresariales que tengan como efecto limitar, restringir, dañar o eliminar la libre competencia dentro de los mercados de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Dicha norma tiene un carácter preventivo. Antes de la celebración del acto o contrato que originará la concentración empresarial, la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) evaluará las posibles consecuencias de la unión para el sistema económico. Si existe el peligro potencial de dañar o restringir la competencia, dicha autoridad administrativa vetará la realización de la conducta.

En cuanto a la aplicación jurisprudencial debemos mencionar el caso **INDECOPI vs. Asociación Peruana de Avicultura y Otras (caso conocido como el «cartel del pollo»)**⁶⁵, el cual constituye uno de los precedentes más importantes en lo que se refiere a «concertación de precios» y otras condiciones de comercialización donde el monto de la multa global llegó a alcanzar una cifra elevadísima, aunque de ninguna manera desproporcionada a la gravedad de los ilícitos: 6,373 UIT (poco menos de seis millones de dólares). Entre los casos que merecen la pena mencionar en el siguiente apartado debemos mencionar entre otros: **AFP Integra S.A. vs. Colegio de Abogados de Loreto**⁶⁶, **Fundición de Metales Bera S.A. vs. Minsur S.A.**⁶⁷, **Carlos León Madalengoitia vs. Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte y otro**⁶⁸, etc.

También merece la pena mencionar que actualmente uno de los temas que está concitando mucha atención por parte de los especialistas se viene dando a cabo por la publicación del informe N° 012-2002/CLC de fecha 11 de diciembre de 2002, basado en una investigación iniciada de oficio por parte de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI respecto a la presunta concertación de precios en el mercado del SOAT por parte de los miembros de la Asociación Peruana de

⁶⁵ Resolución N° 276-97-TDC. En dicho procedimiento se llegó a demostrar que los miembros de la Asociación Peruana de Avicultura en reuniones gremiales se acordaron una serie de medidas para afrontar la sobreproducción y evitar la caída del precio del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao, medidas tales como disminuir la crianza de pollos, estandarizar su peso promedio, congelar el pollo junto con la realización de una campaña publicitaria para incentivar el consumo y facilitar así la reducción del precio hasta eliminar los excedentes de producción; luego variar el precio elevándolo también concertadamente.

⁶⁶ Resolución N° 012-98-INDECOPI/CLC.

⁶⁷ Resolución n° 007-98-INDECOPI/CLC.

⁶⁸ Resolución N° 068-96-INDECOPI/CLC.

Empresas de Seguros. En dicho documento se determinó que las empresas Apeseg, La Positiva, Royal&SunAlliance, Wiese Aetna, Generali, Mapfre, Pacífico, Rimac, Interseguros y Sul América habrían infringido el literal a) de artículo 6 del Decreto Legislativo 701 al haber concertado el precio de las primas de las pólizas correspondientes al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT durante el período comprendido entre el 28 de julio de 2001 y el 20 de abril de 2002. Sobre el particular debemos señalar que el 8 de enero de 2003, la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT) y el señor Diez Canseco denunciaron a las AFP por una supuesta infracción a lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701. La denuncia formulada atribuía a las AFP el haber incurrido en un abuso de posición de dominio derivado del cobro de comisiones cuyos montos eran excesivos por concepto de administración de cartera. Asimismo, la CUT y el señor Diez Canseco denunciaron que las AFP habrían incurrido en prácticas restrictivas a la libre competencia prohibidas por lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, al haber fijado, de manera concertada, el monto de las comisiones que cobran por concepto de administración de cartera. Finalmente, denunciaron que las AFP no contaban con un “Fondo Previsional de Administración de Cartera” que garantizara a los afiliados la administración de sus fondos en el tiempo, es decir, hasta el momento efectivo de su jubilación. Sobre el citado caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Indecopi mediante Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI de fecha 4 de junio de 2004, declaró improcedente la denuncia señalando que si bien la imposición de un precio excesivo constituye una conducta de explotación incluida en la definición legal de abuso de posición de dominio contemplada en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701 y prohibida por los artículos 3 y 5 literal f) del mismo Decreto Legislativo N° 701, cuando la posición de dominio que sustenta dicha conducta es originada por mandato legal, la norma nacional no atribuye competencia a la autoridad de competencia para conocer de dicha denuncia.

Por último, y en uno de los casos antitrust más resonantes de los últimos tiempos, la empresa cervecera brasileña Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. con fecha 8 de enero de 2004 interpuso denuncia contra la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A., la Sociedad Nacional de Industrias entre otras por intentar impedir o retrasar injustificadamente la entrada de Ambev al mercado, valiéndose para ello del control que ejerce sobre el Comité, el cual administra, desde hace más de treinta años y negándose a operar respecto a la denunciante el sistema de intercambiabilidad de envases cerveceros existente entre las empresas que operan en ese mercado. Al respecto, mediante Resolución N° 010-2004-INDECOPI/CLC de fecha 10 de marzo de 2004, la Comisión de Libre competencia de Indecopi admitió a trámite la denuncia presentada por Ambev contra Backus, Cervesur, San Juan, Maltería Lima, el Comité, la Confederación y la SNI por presunto abuso de posición de dominio en el mercado en la modalidad de negativa injustificada de acceso al sistema de intercambiabilidad de envases y contra Backus, Cervesur y San Juan por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de "acuerdos verticales de venta exclusiva". Las connotaciones del presente caso y los mencionados anteriormente los estudiaremos en el devenir del presente trabajo.

CAPITULO SEGUNDO: LOS OBJETIVOS DEL DERECHO ANTITRUST

«Mi preocupación es que las normas de competencia no se están usando para permitir a las empresas eficientes crecer a costa de las ineficientes, sino para proteger a las pequeñas y medianas empresas a expensas de las eficientes o más grandes. Pienso que los intereses de los consumidores, y la economía en su conjunto, al impulsar el desarrollo de la eficiencia de empresas de cualquier tamaño, se está subordinando a los intereses de los negocios y comercios más pequeños»¹.

2.1 DERECHO ANTITRUST NORTEAMERICANO

Al abordar el tema de los objetivos del Derecho de la Competencia debemos señalar que no existe actualmente un consenso sobre cuáles sean los objetivos del Derecho antitrust y cómo han de definirse correctamente las políticas de competencia. A grandes rasgos, el Derecho de la Competencia presenta dos sistemas normativos básicos, tanto en sus aspectos materiales como procesales; nos estamos refiriendo a la doctrina americana y comunitaria o europea. Por ello debemos afirmar que los objetivos del Derecho de la Competencia en el largo plazo, cuando se considera como una herramienta de política legislativa cuyo impacto trasciende ampliamente los efectos sobre el mercado o las empresas, son diferentes según el ámbito en el que nos encontramos. Aunque en el presente capítulo, veremos un conjunto de posiciones que buscan justificar los objetivos del Derecho de la Competencia, no debemos olvidar que los fines principales de las leyes antitrust tienden hacia un equilibrio entre los objetivos de eficacia económica, equidad social y libertad política.

En tal sentido, no siempre la doctrina ha podido establecer con claridad cual es el «fin de protección» del sistema antitrust norteamericano. Los argumentos sobre dicho ámbito de protección se han identificado desde la protección de la libertad personal, hasta la protección exclusiva de la eficiencia². Esta última incluso tiene una escuela propia (la teoría monista), que la cataloga como el único fin de protección del derecho antitrust, siendo los demás fines, puras tonterías³. En este somero análisis, no debemos dejar de señalar que en un inicio la jurisprudencia norteamericana se preocupó por otorgar un marco de protección a las empresas pequeñas, ya que la idea era conseguir una economía organizada atomísticamente para de esta forma garantizar el mantenimiento de una forma democrática de gobierno favorable a los consumidores. Dichas pociões hoy en

¹ KORAH, Valentine.: «An Introductory guide to EC Competition Law and Practice», Editorial Maxwell, 1994, pg. 106.

² ABANTO VASQUEZ, Manuel.: «El derecho de la competencia», Editorial San Marcos, 1era. Ed. 1997, Lima-Perú, pg. 259.

³ BORK, Robert.: «Panel discusión: Merger enforcement and practice», 50 Antitrust L. J. 238 (1981). Citado por MOSCHEL, Wernhard.: «Fines de protección de un derecho de la competencia», en Themis, Revista de Derecho N° 36, Lima-Perú, PUCP, pg. 8.

día no tienen una validez general⁴, tal como lo señala Louis Kaplow y Steven Shavell: «(...) el enfoque normativo basado en el bienestar debe ser el único empleado en analizar las normas jurídicas. Es decir, las leyes deben promulgarse enteramente atendiendo a su impacto en el bienestar de los individuos en la sociedad. Esta postura implica que nociones de equidad como la justicia correctiva no deben tener ningún peso en el análisis legal»⁵. Aunque no debemos dejar de mencionar que la economía de los Estados Unidos, no se orienta de manera exclusiva dentro de un sistema referencial de economía de competencia. Eventualmente se hacen correcciones estatales de los resultados de mercado mediante redistribuciones y subvenciones⁶, lo que no significa que se cuestione la orientación del Derecho antitrust hacia la eficiencia⁷.

En consonancia con dicha posición, Fikentscher señala que: «(...) se ha intentado en el Derecho de cárteles no hablar de justicia, sino de utilidad. Pero no se podrá llegar a desterrar en absoluto la justicia como fin del derecho antimonopolio»⁸. Tras explicar como la utilidad (o eficiencia) buscada por el Estado en su regulación de la economía y la sana competencia tiene sus raíces en el sentido de justicia, de proporcionar a cada uno de los agentes que operan en el mercado (productores, intermediarios, consumidores, etc.) lo que les corresponde, viene a concluir que el control de la economía comparte también simultáneamente con el derecho fiscal y el derecho social la tarea de llevar a cabo una justa y equitativa distribución de la renta⁹.

De esta forma el análisis se aleja de las pretensiones minimalistas de la Escuela de Chicago de llevar a cabo una valoración exclusivamente económica basada en conceptos como el bienestar del consumidor o la eficiencia, las cuales han sido criticadas por esconder tras de sí un ineludible componente político, social, y, en última instancia, ético. En todo caso, hoy en día se procura realizar correcciones estatales que no tienen nada que ver con la eficiencia económica, como por ejemplo: la protección de los pequeños negocios favoreciendo su participación en las obras públicas, control de las adquisiciones de empresas locales por empresas extranjeras, etc. Lo preocupante de dicho esquema es que se han reconocido diversos fines de protección del derecho antitrust, como por ejemplo el control local de los negocios y la evitación de la pérdida de puestos de trabajo, fines trasladados de otras áreas del derecho que amenazan con difuminar el carácter autónomo del derecho de la competencia.

Lo cierto es que en las últimas décadas la discusión en la doctrina norteamericana respecto de los fines de protección de la normativa antitrust esta

⁴ Aunque no debemos dejar de señalar que la jurisprudencia no ha desterrado totalmente esta concepción ya que en opinión de muchos autores, el derecho antitrust tiende a proteger a los consumidores y a las pequeñas empresas.

⁵ KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven.: «Fairness versus Welfare», en *Harvard Law Review* N° 966, Febrero 2001, pg. 967.

⁶ Por ejemplo, las «small business» son protegidas a través de alguna participación preferente en el reparto de obras públicas, además de los acuerdos de restricciones mutuas activadas a través de la Trade Act de 1988. Igualmente pueden controlarse las adquisiciones de empresas norteamericana por empresas extranjeras,, tomando en consideración el aspecto de seguridad pública, etc.

⁷ MOSCHEL, Wernhard., *Op. Cit.*, pg. 10.

⁸ FIKENTSCHER, Wolfgang.: «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)», *Revista de Derecho Mercantil* N° 172-173, 1984, pgs. 459 y ss.

⁹ *Idem.* 473.

basada en la «desregulación», lo cual implica una eliminación de los controles estatales que limiten la entrada al mercado, los precios y las ganancias en determinadas áreas. Por ello, algunos autores propugnadores del Análisis Económico del Derecho, han llegado a señalar que la discusión sobre la desregulación es más interesante que la discusión sobre los fines de protección¹⁰. Por último, no debemos dejar de mencionar dentro de las peculiaridades del Derecho antitrust norteamericano, la vigencia de la «rule of reason» o «regla de la razón», criterio que pueden seguir las autoridades encargadas de la defensa de la competencia cuando quieren proteger los objetivos del derecho antitrust.

2.2 FINES DE PROTECCION DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA CEE

Tal como lo señalamos al analizar el devenir histórico del derecho comunitario de competencia, este presenta unas peculiaridades respecto del sistema implementado por la legislación americana de protección de la competencia, consecuencia básica de la diferente realidad económica, social y política que su par europeo, y del abismo conceptual y práctico que media entre el derecho continental y el common law¹¹. En ese sentido, en la doctrina continental dominan las doctrinas pluralistas, o sea las tesis que la legislación de protección de la competencia tiene más de un objeto de protección. En ese sentido, merece destacar ordenamientos jurídicos nacionales como el GWB (Ley Contra Practicas Restrictivas de la Competencia Alemana)¹², o el Sistemas de Control de Fusiones ingles¹³. Pero, ahora analizaremos a continuación los objetivos que protege el Derecho comunitario de la competencia.

2.2.1 La integración de mercados

Para Moschel¹⁴ el Derecho Comunitario de la competencia presenta un objetivo de política de integración, dado que su finalidad primordial es la aparición de un mercado unificado. Para ello, si bien el Tratado de la Comunidad Económica Europea regula conductas restrictivas de la competencia en los arts. 81 y 82 del citado instrumento legal, en el inciso tercero del art. 81 regula exenciones a la prohibiciones de los acuerdos respectivos de la competencia. esto ocurre a través de decisiones de la Comisión para casos particulares, así como también mediante los llamados reglamentos de exenciones por grupos. Regularmente hay una

¹⁰ ABANTO VASQUEZ, Manuel., Op. Cit. pg. 261.

¹¹ DÍEZ ESTELLA, Fernando.:«Los objetivos del derecho antitrust», en Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, N° 224, Marzo/Abril 2003, pg. 38.

¹² Este ordenamiento jurídico inicia prohibiendo los carteles, aunque en el art. 4° permite los carteles de crisis estructurales. Al mismo tiempo, en el art. 5° se crea facilidades de cooperación para empresas medianas y pequeñas, incluso en el art. 8 se otorga al Ministerio Federal de Economía alemán la posibilidad de permitir carteles cuando excepcionalmente la restricción de la competencia es necesaria por motivos superiores de la macroeconomía y del bienestar general. Siguiendo esta lógica, el art. 15 del citado ordenamiento legal prohíbe las ataduras verticales de precios, pero en el art. 16° establece una excepción para libros por motivos culturales y políticos, etc.

¹³ El control de fusiones en Gran Bretaña esta a cargo del «Secretary of State» del «Departamento of Trade and Industry», oficina que puede ordenar a la «Monopolies and Mergers Commission» que inicie investigaciones o, eventualmente, que imponga medidas. La justificación para esta competencia consiste en que se trataría por regla general de la decisión acerca de conflictos entre objetivos con contenido político. El criterio material de intervención es que se trate de una infracción contra el «interés público».

¹⁴ MOSCHEL, Wernhard, Op, Cit., pg. 10.

orientación hacia la competencia, sin embargo, sigue siendo posible considerar objetivos ajenos a la competencia.

Asimismo, se ha señalado que en ámbito del derecho comunitario, el ordenamiento antitrust tiene dos objetivos claramente definidos, por un lado, evitar que a través de prácticas abusivas o acuerdos colusorios se llegue a una partición del Mercado Común; por otro, favorecer los procesos de concentración necesarios para, sin entrar en contradicción con el objetivo anterior, que las empresas europeas alcancen el suficiente tamaño para estar en condiciones competitivas equiparables a las de sus homólogas estadounidenses y japonesas. Todo ello, además, sazonado con una serie de objetivos que claramente poco tienen que ver con la eficiencia económica: integración de los mercados nacionales, protección de los pequeños y medianos negocios, protección de los regímenes democráticos en el seno de la Unión Europea y la protección de los consumidores¹⁵.

Dicha posición se apoya en principio en un análisis literal del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o Tratado de Roma, el cual no sólo busca maximizar la eficiencia, sino también tiene en cuenta otros objetivos, como el establecimiento de un mercado único, la convergencia de las políticas económicas de los Estados miembros, promover un crecimiento armonioso y sostenible, elevar el nivel de vida de las regiones menos desarrolladas, la globalización de los mercados, la consolidación de las libertades individuales y de la ciudadanía europea, etc. Debido a estas razones, es difícil la operatividad de los postulados de la Escuela de Chicago en Europa, ya que esta tiene como premisa la existencia de un mercado único e integrado, situación que en Europa se encuentra en proceso y, por ello, cualquier análisis de la política comunitaria de competencia que obvie estos fines extra-competenciales estará viciado en su raíz. Por el contrario, sería perfectamente posible que gane reconocimiento una teoría más dinámica como la de las «conductas estratégicas» y las teorías sobre «predatory prices» discutidas en Norteamérica¹⁶.

Que la integración de los mercados sea uno de los principales elementos de la política comunitaria de competencia, lo reconocen las autoridades comunitarias en todas las áreas en que este derecho se aplica, ya que las mismas han implementado un sistema de ayudas de Estado a las restricciones verticales que coadyuvan a la consecución de este fin, y que entre los múltiples y variados objetivos que las Decisiones de la Comisión y las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea han perseguido en aplicación de los Artículos 81 y 82 «sobre todo, el objetivo específico de promover la integración». Pero, en los últimos tiempos se ha extendido la opinión de que la política de competencia comunitaria debe resolver esa tensión existente entre las consideraciones de

¹⁵ La protección de los intereses de los consumidores tampoco es ajena al derecho comunitario de competencia. En tal sentido, conviene por ejemplo estudiar el razonamiento de la Comisión en la fusión -aprobada en la Comunidad Europea bajo condiciones- entre las empresas americanas Alcoa y Reynolds Metals. En dicha operación, la Comisión decidió autorizar esta transferencia, pero como esa fusión provocaría la creación del mayor grupo empresarial integrado productor de aluminio en todo el mundo, y la consecuente posición de dominio en varios mercados de producto (SGA, o aluminio para fusión; hidrato compacto de aluminio y aluminio de alta pureza PO404), Alcoa propuso una serie de medidas para asegurar el mantenimiento de una competencia saneada en el sector y la consecuente protección de los intereses de los consumidores. Vid., Nota de Prensa de la Comisión, IP/00/424, Bruselas, 3 de mayo de 2000.

¹⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel., Op. Cit. pg. 209.

eficiencia y las de integración de mercados, dado que ambas son importantes en el análisis global.

2.2.2 Las consideraciones de eficiencia en el derecho comunitario

Pero a pesar de lo arriba reseñado, ello no debe llevarnos a creer que la legislación de la competencia en el continente europeo no tiene por finalidad proteger la competencia. Actualmente la doctrina comunitaria considera a la maximización del bienestar del consumidor y el mantenimiento de un proceso competitivo eficiente, como objetivos no reñidos al Mercado Común, por ello, algunos autores como Díaz Estella señalan que el Derecho comunitario no «penaliza» la eficiencia¹⁷. En el XXXI Informe sobre Política de Competencia (2001) la Comisión Europea se hace eco de esta consideración cuando señala: «(...) la enorme importancia que la Comisión otorga a las consideraciones hacia el consumidor del derecho y la política de competencia»¹⁸, en el sentido de que cuando los mercados funcionan correctamente y sin alteraciones debidas a acuerdos colusorios o abusos de posición dominante, son los clientes finales, los particulares, los que se ven beneficiados de unos precios más bajos, mejor servicio y calidad y mayor amplitud de posibilidades de elección. Prueba de ello es la importante Sentencia Michelin c. Comisión de la Comunidad Europea, en la que se sanciona por prácticas de abuso de posición de dominio restrictivas de la competencia, y en cuyo párrafo N° 57 el TJCE sentó la doctrina de la «especial responsabilidad»¹⁹.

Veinte años después, la Comisión ha vuelto a sancionar a esta misma empresa por unos hechos prácticamente idénticos, en su Decisión Michelin 2²⁰, donde se aprecia que la Comisión Europea tiene en cuenta consideraciones de eficiencia y realiza un análisis económico por lo menos en lo que se refiere a políticas de descuentos de las empresas y los precios discriminatorios. En tal sentido, hay algunos autores que afirman que la consecución de la máxima eficiencia ha adquirido carta de naturaleza entre los principios de la Unión Europea y «amenaza» con primar sobre el de la integración de mercados. Prueba de ello son también los propios documentos emanados de la Comisión Europea, que representan un cambio de orientación en la política comunitaria en el sentido de que la integración pierde peso como elemento interpretativo de las normas de competencia. Así, en las recientes Directrices sobre las Restricciones Verticales, se dice en el párrafo n° 7: «La protección de la competencia es el objetivo principal de la política comunitaria de competencia, ya que ello favorece el bienestar del consumidor y consigue una asignación eficiente de recursos»²¹.

¹⁷ DÍEZ ESTELLA, Fernando., Op. Cit., pg. 39.

¹⁸ Comisión Europea, XXXIst REPORT ON COMPETITION POLICY 2001, Sec (2002) 462 Final, (disponible en la web: <http://www.eu.int/competition/annualreports/>), pg. 18.

¹⁹ Sentencia del TJCE, de 9 de Noviembre de 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión de la CE, Caso 322/81, E.C.R. (1983) p. 3461, Considerando n° 57: «No es posible aceptar los argumentos (...) de que Michelin NV es castigado por la calidad de sus productos y servicios. La determinación de que una empresa tiene posición de dominio no es, en sí misma, recriminatoria, simplemente significa que, al margen de las razones por las que se haya llegado a esa posición, dicha empresa tiene una especial responsabilidad en no falsear, con su conducta, el mantenimiento de una competencia efectiva en el Mercado Común».

²⁰ Decisión 2002/405/CE de la Comisión, de 20 junio de 2001, D.O.C.E. L 143/1, (2002) 5 C.M.L.R. 8.

²¹ «The protection of competition is the primary objective of EC competition policy, as this enhances consumer welfare and creates an efficient allocation of resources», Comunicación de la Comisión, Directrices sobre las Restricciones Verticales, D.O.C.E. C291/01, de 13 de octubre de 2000, n° 7.

Pero a pesar de lo señalado anteriormente, lo que parece claro es que, junto a la apreciación de los efectos que sobre el mercado tiene una determinada práctica empresarial (análisis de la eficiencia), la política de competencia comunitaria también tiene que tener en cuenta los objetivos que le marca el Tratado de la Unión Europea, por lo que una política sistemática debe tratar de integrar todos esos elementos.

2.2.3 Balance comparativo entre el derecho antitrust y el derecho comunitario de la competencia

Luego de haber desarrollado de manera resumida los principales aspectos guías del ordenamiento antitrust norteamericano y del derecho comunitario de la competencia, concluiremos esta parte haciendo referencia a una confrontación entre las peculiaridades que cada uno de los ordenamientos mantiene, en ese sentido, destacaremos por su importancia cinco, estas son:

1) Mientras que uno de los objetivos fundamentales del Derecho comunitario de competencia es la eliminación de las prácticas que interfieran con el fin de la integración de los mercados, semejante «cláusula» no existe en el derecho antitrust norteamericano.

2) Mientras que la eficiencia asignativa ha sido uno de los principios rectores –si no el único– de la mayoría de las decisiones de política legislativa y judicial en los Estados Unidos, en la Unión Europea se da una mayor importancia a consideraciones de carácter social y político.

3) Mientras que en Estados Unidos el sistema de aplicación del derecho antitrust es eminentemente descentralizado, en la Unión Europea las potestades más importantes se atribuyen en exclusiva a las autoridades a nivel nacional o comunitario.

4) Mientras que en el ámbito estadounidense el tamaño no era un objetivo a conseguir, en la Unión Europea sí, si se quería estar en situación de competir eficientemente con las grandes corporaciones mundiales. En consecuencia, el poder de mercado que de ahí se derivaría sería inevitable y no se prohibirían por tanto las situaciones de dominio, sino sólo el abuso de las mismas.

5) En la Unión Europea la tradición reguladora ha sido mucho mayor que en los Estados Unidos, y también la confianza en que la intervención estatal solucionaría los problemas existentes en el mercado, al tiempo que existía la creencia comúnmente generalizada de que un monopolio, una vez creado, duraría por siempre. Por el contrario, al otro lado del Atlántico el derecho antitrust es más reacio a atribuir a los jueces capacidad para evaluar la eficiencia, a la vez que se piensa que existen fuerzas en el mercado que terminarán por destruir los monopolios (excepto cuando la situación de monopolio se debe a una mayor eficiencia).

2.3. LA PROTECCIÓN DE LOS «COMPETIDORES» Y LA «COMPETENCIA»

2.3.1 El derecho estadounidense

Luego de haber reseñado a grandes rasgos los objetivos que persiguen los dos sistemas de protección más importantes del orbe, es necesario verificar si los mismos se encuentran acordes con el desarrollo doctrinario y jurisprudencial. En

tal sentido, tal como lo señalamos anteriormente, dentro de los múltiples objetivos o fines que se han presentado como alternativa a la maximización del bienestar del consumidor, durante muchos tiempo estuvo muy enraizado la cuestión de la protección de los intereses de los pequeños comerciantes o pequeños negocios, que es frecuentemente formulada en la doctrina con la expresión: «proteger a los competidores en vez de la competencia». Si fervientes son los partidarios del objetivo de la eficiencia económica, en Estados Unidos, no menos rotundos son los que afirman que el Derecho antitrust tiene como objetivo primordial la protección de los intereses de los pequeños negocios²².

En efecto, tal como lo estudiamos en el análisis histórico del sistema antitrust norteamericano, a finales del siglo XIX, dicho país experimento un rápido desarrollo y crecimiento económico e industrial, creándose una serie de grandes unidades empresariales que – parecía- se encaminarían rápidamente al monopolio. En este contexto se promulgó la Sherman Act, que estuvo: «muy vinculada a la creencia jeffersoniana de que los monopolios son incompatibles con la tradición democrática de los Estados Unidos»²³. Esta idea se fortaleció con la promulgación de la Robinson Patman Act, regla que fue el fruto del movimiento contrario al poder económico de las cadenas de supermercados que utilizaban este para conseguir de sus proveedores precios más bajos que los obtenidos por los modestos mayoristas y los minoristas²⁴. Es por ello que la doctrina norteamericana se incline a señalar que el objetivo de la Robinson Patman Act no era la protección del proceso competitivo sino la protección de los competidores.

Desde entonces hasta la fecha esta Ley no ha parado de recibir las críticas de la doctrina estadounidense²⁵ y de la misma jurisprudencia, por entender que con ella no se conseguía ni una mejora competitiva ni una mejora del bienestar sino que simplemente se protegía al pequeño comerciante frente a las grandes cadenas, lo que en muchas ocasiones significaba proteger al ineficiente a expensas del eficiente. Esta deficiencia de la ley quedo reflejado en la Sentencia **Brown Shoe Co. vs. United States**²⁶, en la que el alto Tribunal decretó la ilegalidad de la adquisición por parte de dicha empresa –fabricante de zapatos- de la firma G. R. Kinney Co., un distribuidor de zapatería. En efecto, en esta polémica decisión, la doctrina ha señalado que este caso constituye la peor decisión antitrust jamás dictada²⁷ o como el máximo exponente de lo errado que es proteger los pequeños negocios en vez de el proceso competitivo. Por ello, algunos autores señalan que actualmente ningún tribunal norteamericano secundaría hoy la doctrina **Brown Shoe**²⁸, inclinándose más bien antes por la eficiencia que por la protección de los consumidores.

²² DÍEZ ESTELLA, Fernando., Op. Cit., pg. 39.

²³ ZAMORA CABOT, F. J.: «Algunas claves actuales del Derecho antitrust de los Estados Unidos», en Revista de Derecho Mercantil N° 181-182, 1986, pg. 380.

²⁴ FERNÁNDEZ NOVOA, C.: «Un hito en la historia del Derecho de la Competencia: Centenario de la Sherman Act», Derecho de los Negocios N° 2, 1990, pg. 99 (Nota n° 24).

²⁵ BORK, Robert., Op. Cit., pg. 383.

²⁶ 370 U. S. 294 (1962).

²⁷ BORK, Robert., Op. Cit., pg. 210.

²⁸ DÍEZ ESTELLA, Fernando., Op. Cit., pg. 46.

2.3.2 El derecho comunitario

En la política comunitaria de la competencia, las consideraciones sobre justicia, protección de los compradores de la explotación, la regulación directa de los precios y el acceso a las redes contrastan de forma aguda con el Derecho antitrust estadounidense que se centra en el análisis económico (lo que significa sólo en la eficiencia asignativa, no en cuestiones de redistribución de renta) y en la protección de la competencia y no de los competidores.

Pero a pesar de ello, no debemos dejar de señalar que la discusión sobre la protección de la competencia o los competidores también encuentra acogida en la doctrina y los instrumentos legislativos a nivel comunitario. En este sentido, debemos destacar el IX Informe sobre Política de Competencia (1979), la cual casi de manera textual nos hace recordar a la Robinson Patman Act, pues se afirma (nº 10) que el principio de equidad es una de las principales herramientas de la política comunitaria de competencia, cuyo objetivo, entre otros, es la protección de la pequeña y mediana empresa, **con independencia de que sean eficientes o no**. Lo cierto es que, lejos de este pronunciamiento digamos que aislado por la contundencia de su contenido, en el derecho comunitario de la competencia, la disyuntiva entre «proteger a los competidores» versus «proteger la competencia» parece que ambos términos están en igualdad de condiciones, en el sentido de que ambos son, por igual, un objetivo digno de protección. Aunque algunos autores hayan señalado que los Tribunales encargados de regular la competencia en algunos casos de negativa injustificada de contratar se haya reflejado una tendencia favorable a beneficiar a los consumidores. Por ello se dice que en pronunciamientos de este tipo, puede interpretarse perfectamente como un intento de introducir consideraciones de equidad en la aplicación del derecho de la competencia, ya que puede que estén justificados por un interés (del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) en proteger a las empresas. Aunque en muchos casos dichas opiniones estén teñidas de un sesgo generalizador, no se puede negar que las consideraciones en torno a la justicia o equidad mueven la política comunitaria de competencia en mucha mayor medida que la política antitrust norteamericana. En tal sentido, la preocupación por los pequeños competidores, muchas veces mueve gran parte de la jurisprudencia relativa al Abuso de Posición de Dominio.

2.3.3 Las actuales corrientes del pensamiento antitrust

Luego de haber analizado someramente las tendencias que se manejan a nivel de los dos sistemas más elaborados de protección de la competencia, nos queda señalar a grandes rasgos de acuerdo a la clasificación elaborada por Díez Estella²⁹, las actuales corrientes que opinan que el ordenamiento antitrust en su conjunto ha de ser sometido a una intensa reforma y a un cambio de planteamiento y formulaciones, o, mejor aún, que debería directamente desaparecer.

²⁹ DÍEZ ESTELLA, Fernando., Op. Cit., pg. 47-52.

a) La teoría de la ventaja competitiva

La teoría de la ventaja competitiva sostenida entre otros por Easterbrook³⁰, señala que el papel que el Derecho antitrust es propender a que los mercados se regulen a sí mismos y que sea la propia rivalidad entre competidores la que premie o sancione las conductas. Por ello, si un juez condena equivocadamente como abusiva una práctica mercantil que es eficiente y beneficiosa para los consumidores, eso sería un falso positivo; los consumidores estarían mejor si el juez hubiera tomado otra decisión distinta. En cambio, si un juez equivocadamente decreta la legalidad de una práctica que no está siendo beneficiosa para los consumidores, eso es un falso negativo. La conclusión que se extrae es que en el Derecho antitrust es mejor que los mercados se regulen a sí mismos cuando los procesos legales son rápidos, cuando los falsos positivos no son frecuentes (o pueden corregirse fácilmente) y cuando los mercados tardan en reaccionar para corregir los falsos negativos³¹.

b) La perspectiva de la «elección pública» o «public choice»

La teoría de la «elección pública» (public choice)³², lo que plantea no es tanto si el Derecho antitrust está obsoleto, sino si fue alguna vez útil como medida de política legislativa. En ese sentido, se señala que en 1890, cuando se promulgó la Sherman Act, no había ningún problema de trusts que mereciera una ley que fuera dirigida contra ellos. En vez de restringir el nivel de output o subir los precios a través de prácticas abusivas o monopolísticas, lo que estas grandes empresas (p. ej., la ya citada Standard Oil Company) hacían era introducir eficiencia en los procesos productivos, que llevaba a aumentar en volumen de producción y a reducir los precios. Por ello, a través del repaso de una serie de casos «históricos» del Derecho antitrust (Alcoa, Dr. Miles, Trans-Missouri, United Shoe, etc.) se llega a la conclusión de que lo único para lo que sirve este ordenamiento es para proteger intereses particulares de determinados lobby, que se justifica unas veces por un razonamiento y otras veces por su contrario, y que lejos de limitarse a la utilidad que podría tener en principio (ordenación del mercado) va «conquistando» terreno hasta pretender inmiscuirse en las mismas relaciones privadas entre comprador y vendedor.

c) La crítica a la existencia misma del derecho antitrust

Las más feroces críticas del derecho antitrust provienen de esta teoría, la cual cuestiona la existencia misma del Derecho antitrust³³, dado que atacan el núcleo mismo de esta disciplina jurídica, y afirman que, en el fondo, hoy por hoy no hay ninguna teoría económica sólida que pueda distinguir con certeza entre comportamiento competitivo y anticompetitivo. En ese sentido, Ronald Coase

³⁰ EASTERBROOK, F. H.: «Does antitrust have a comparative advantage?», Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 23 (1), Otoño 1999, pgs. 5 a 10.

³¹ Estas condiciones se dan en algunos casos (cárteles evidentes, abusos de posición de dominio, grandes fusiones con creación de barreras de entrada, etc.) pero no en otros (principalmente) negocios nuevos, prácticas mercantiles innovadoras ante las cuales se enfrentan los tribunales por vez primera).

³² GRAGLIA, L. A.: «Is Antitrust Obsolete?», Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 23 (1), Otoño 1999, pgs. 11 a 21.

³³ SMITH, F. L.: «The case for reforming the Antitrust regulations (if repeal is not an option)», Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 23 (1), Otoño 1999, pgs. 23 a 58.

denuncia que se pretende analizar un fenómeno tan complejo como el mercado únicamente con instrumentos de teoría económica (que, básicamente se reducen a la teoría de los precios), lo cual considera un mecanismo reduccionista y que lleva inevitablemente a conclusiones erróneas. Este autor critica a los abogados y economistas de la Escuela de Chicago por haber «prohibido» prácticas que, más que demostrar su carácter perjudicial para la competencia y el bienestar de los consumidores, simplemente no comprendían. En conclusión, para este sector doctrinal, las leyes antitrust:

- 1) Restringen la libertad individual y el derecho a decidir con quién y en qué condiciones quiero negociar;
- 2) Es incapaz de determinar qué comportamientos o prácticas son o no son competitivos;
- 3) No consiguen ninguna ganancia en términos de eficiencia;
- 4) perjudican a los consumidores; y,
- 5) Hacen que los empresarios estén más preocupados de obtener apoyos en el gobierno y las agencias reguladoras que luchar por el éxito en el mercado.

Pero, las opiniones respecto a la desaparición del Derecho antitrust cuando se analiza el papel que le tocaría en la llamada Nueva Economía, en el sentido de que –para esta corriente doctrinal- si tenía poco sentido antes la existencia de esta rama jurídica, ahora lo tiene menos. Se llega a la conclusión que la búsqueda de beneficios en un mercado libre es suficiente para proteger a los consumidores de posibles abusos monopolísticos.

d) Derecho antitrust y Nueva Economía

Otra de las teorías que actualmente se encuentra en boga, analiza cual es el papel que le corresponde al derecho antitrust en la denominada «Nueva Economía». Para esta corriente, no se pone en duda la necesidad y conveniencia de una regulación al respecto; simplemente se cuestiona la operatividad de las actuales normas de Derecho de la competencia en este nuevo entorno económico caracterizado por sectores como el software informático, Internet, la telefonía móvil, la biotecnología, etc., fundamentados básicamente en la creación industrial e intelectual y sometidos a una serie de externalidades (efecto de red, estándares industriales, vertiginoso cambio tecnológico, etc.). En tal sentido, los autores que se adhieren a esta posición opinan que a pesar de la modificación reglamentarias y legislativas operadas en los últimos años en el régimen de la política antitrust, estas no tienen en cuenta suficientemente las implicaciones radicales de los cambios tecnológicos recientes³⁴.

³⁴ AHLBORN, C.; EVANS, D. y PADILLA, A.: «Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?», *European Competition Law Review*, Vol. 22 (5), May 2001, pg. 156.

CAPITULO TERCERO: LA COMPETENCIA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

«Rechazamos la construcción de las leyes penales como simples reglas aseguradas en su vigencia mediante la amenaza de una pena en los casos de incumplimiento, sin que las mismas valoren y tomen como punto de orientación los hombres y la sociedad concreta en la que van a regir, pues es precisamente allí donde surgen los intereses o bienes necesitados, merecedores y capaces de tutela penal. Tal construcción representa un claro proceso de etización de la norma, (...) con lo que, en últimas, terminan identificándose vigencia de la norma, bien jurídico y daño, con el querer y voluntad del gobernante de turno, quien finalmente criminalizará la mera desobediencia, precisamente por ser desobediencia»¹.

3.1. CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

El Derecho penal arbitrario, sin límites ni limitaciones del Antiguo Régimen, en el que no existían distinciones entre actos inmorales, pecados y delitos, fue cuestionado y derrotado por el pensamiento penal liberal de la Ilustración, pero sólo fue hasta el siglo XIX cuando la dogmática jurídico-penal alcanzó suficiente desarrollo para introducir al ius puniendi una preposición próxima a un axioma: el delito constituye lesión de bienes jurídicos y el derecho penal tiene como función primordial la protección de bienes jurídicos. Esta característica es aceptada mayoritariamente por la doctrina debido a que de esta manera se limita el poder penal del Estado en función del principio de exclusiva tutela de los bienes jurídicos², lo que se traduce en el ejercicio del poder penal solamente cuando exista una lesión o puesta en peligro de los mismos. De esta última afirmación se deriva principio de ofensividad o lesividad³, -principio que viene condicionado por el principio de legalidad- según el cual, todo delito comporta un daño u ofensa a un bien jurídico determinado, no siendo imaginable un delito que no la realice, lo que permite diferenciar el delito de las actitudes interiores y de los hechos materiales no lesivos de bien alguno⁴. Así, la lesión al bien jurídico y la contradicción con el precepto jurídico penal se unifican, de modo que toda

¹ FERRAJOLI, Luigi.: «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal». Editorial Trotta, Madrid-España, 1995, pg. 469.

² SILVA SANCHEZ, Jesús María.: «Aproximaciones al derecho penal contemporáneo», Editorial José María Bosch, 1992, pg. 267.

³ La idea del bien jurídico que se remite al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo (con referencia a bienes considerados políticamente primarios) o interno (con referencia a bienes estimados, constitucionalmente protegidos) del Derecho Penal. Cfr. FERRAJOLI, Luigi.: «Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales», Traducción del profesor Walter Antillón M., en Revista de Ciencias Penales N° 5, San José-Costa Rica.

⁴ Con lo que se descarta el caso de aquellos que aspiraran a garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral, o de los que castigaran conductas cuyos efectos negativos en la realidad social no sean fácilmente apreciables o individualizables.

contravención de la norma supone un menoscabo del bien jurídico. Pero a pesar que un sector mayoritario de la doctrina se incline por resaltar la importancia del bien jurídico y su relación necesaria con el principio de lesividad, actualmente las políticas del Derecho Penal parecen orientarse en sentido diametralmente opuesto. En efecto, prosigue la expansión incontrolada de la intervención penal que parece haber llegado a ser, en algunos ordenamientos legislativos, el principal instrumento de regulación jurídica y de control social, aunque sólo sea por la total ineficiencia de los otros tipos de sanciones: civiles, administrativas, disciplinarias, políticas. En ese sentido, desde las pequeñas infracciones contravencionales hasta la tutela del ambiente y de otros intereses colectivos hasta la represión de las desviaciones políticas y administrativas de los poderes públicos, cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción y la única técnica de responsabilización dotada de eficacia y de efectividad. De ahí ha resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos, que se ha perdido toda consistencia conceptual de la figura del bien jurídico. Por ello es necesario rescatar el concepto del mismo para delimitar su marco de actuación.

En principio, la idea de bien jurídico constituyendo en los últimos tiempos un instrumento técnico jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales del delito, ya que por medio de él se dotaría al Derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodar a los principios estructurales de la intervención penal⁵. Por estas consideraciones, para un sector de la doctrina penal, el bien jurídico constituye el nódulo o corazón del delito, pues ofrece un criterio material decisivo en la interpretación y construcción de la teoría jurídica del delito, y de los tipos en particular⁶. Debido a las anteriores consideraciones, resulta interesante elucubrar respecto a la noción de bien jurídico y al contenido material de los mismos. Por ello, abordaremos en este primer apartado el estudio del concepto del bien jurídico a pesar que se ha cuestionado su búsqueda por creer que en dicha tarea lo que se realiza es admitir objetos de protección de naturaleza puramente ideal, de modo que su utilidad metodológica sería dudosa en un Derecho penal que procura cada vez con más ahínco vincular sus decisiones tutelares a daños sociales efectivos.

Dicha crítica ha sido mediatizada señalándose que a pesar que el concepto de bien jurídico, en tanto constituye un juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la realidad social, posee un componente ideal; tal juicio supone integrar esa relación o situación en las realidades sociales. Además que la producción del daño en el que se apoya la concepción de bien jurídico se encuentra asentada en una realidad natural, que es la que sirve de soporte a las precedentes unidades de la realidad social. Tal alteración viene, como mínimo, representada por la misma realización o ausencia de un comportamiento externo, pero normalmente supone alteraciones ulteriores de la realidad natural unidas causalmente al comportamiento externo, y en las que se produce con frecuencia

⁵ DIEZ RIPOLLES, José Luis.: «El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista», Ponencia presentada en el Congreso Internacional en conmemoración del 75 aniversario del Código Penal Argentino celebrado en Buenos Aires, Agosto-1997.

⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel.-VIVES ANTÓN, Tomas S.: «Derecho penal. Parte general», Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 1996, pg. 289.

la afección de un objeto material constitutivo del apoyo físico que posibilita la realización de la conducta protegida.

Luego de este pequeño preámbulo, debemos abocarnos a desentrañar una aproximación histórica de la definición del bien jurídico, en ese sentido debemos señalar que sobre el concepto de bien jurídico no se ha establecido en la doctrina un adecuado consenso, pero sobre la importancia del mismo se dan pautas, como afirmar que lo protegido debe representar un interés⁷, o un bien vital⁸, o un valor, o las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales⁹, o posibilidades de participación en los sistemas sociales¹⁰, o como condición de funcionamiento de los sistemas sociales¹¹, resultando todas, aparentemente, insuficientes para describir lo que se debe entender por bien jurídico, bien por su amplitud ora por su estrechez, motivo por el cual, últimamente, se ha venido destacando la importancia del bien jurídico no para saber que es sino para comprobar que no es¹².

En ese contexto, es importante reseñar los antecedentes de la teoría del bien jurídico, por ello es importante empezar esta exposición señalando que el inicio científico de la teoría del bien jurídico empezó con los estudios dogmáticos de Von Liszt, quien desde principios de siglo afirmó que «el bien jurídico es el interés jurídicamente protegido», aclarando que «el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida»¹³, para finalmente dejar constancia en cuanto a que «el Derecho penal tiene como misión peculiar la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección»¹⁴. Posteriormente Mezger, seguramente el máximo exponente del neokantismo, durante un período de «espiritualización» del bien jurídico, con todo, destacó que el mismo «está destinado a circunscribir más exactamente, siempre, la función protectora de cada hecho punible, y por ello se presenta como un medio extraordinariamente valioso e imprescindible para interpretar correctamente la esencia íntima de los preceptos del Derecho penal. En virtud del bien jurídico, se reconoce siempre, con claridad y evidencia, cuál es el interés del individuo y de la sociedad protegido por la ley, frente a una situación determinada de relaciones sociales»¹⁵. Luego, Welzel, expuso que bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere

⁷ MAURACH, Reinhart.: «Tratado de Derecho Penal», T. I., Editorial Ariel, Barcelona-España, 1962, pg. 251.

⁸ WELZEL, Hans.: «Derecho penal alemán. Parte general», Editorial Jurídica de Chile, 11ª edición, Santiago de Chile, 1970, pg. 15.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan.: «La Satisfacción de Necesidades como Criterio de Determinación del Objeto de Tutela Jurídico-Penal», RFDUC N° 63, Madrid-España, 1981, pg. 139.

¹⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, José M.: «Sobre la Teoría del Bien Jurídico (Aproximación al Ilícito Penal)», RFDUC N° 69, Madrid-España, 1983, pg. 106.

¹¹ MIR PUIG, Santiago.: «Introducción a las Bases del Derecho Penal». Editorial Bosch, Barcelona-España, 1976, pg. 140.

¹² FERRAJOLI, Luigi., Op. Cit., pg. 471; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo.: «Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos», CPC N° 39, Edersa, Madrid, 1989, pg. 734. Este último autor señala que dada la dificultad de determinar cuándo un valor reúne las condiciones necesarias para ser considerado bien jurídico penal, es preferible establecer un método progresivo de minimización por el que se establezcan los bienes jurídicos que no merecen protección penal, y en el que la solución radique, por consiguiente, no tanto en determinar cuáles son los intereses trascendentales para el Derecho penal, sino aquellos que en ningún caso merecen su defensa. Probablemente a través de esta técnica de exclusión, puedan obtenerse mejores resultados que mediante el intento de configurar (positivamente) un concepto de bien jurídico.

¹³ VON LISZT, Franz.: «Tratado de Derecho Penal», 3era. Ed., T. II., Traducido por Luis Jiménez de Asua, de la 20ª edición alemana, Editorial Reus, Madrid-España, s/f, pg. 6.

¹⁴ VON LISZT, Franz., Op. Cit., pg. 9.

¹⁵ MEZGER, Edmundo.: «Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio». Traducción de Conrado A. Finzi, de la 6ª edición alemana, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pg. 159.

resguardar de lesiones y, en consecuencia, la misión del Derecho penal consiste en su protección¹⁶.

En los inicios del pensamiento funcionalista moderado Roxin señalaría que los bienes jurídicos constituyen «en cada situación histórica y social de un grupo humano los presupuestos imprescindibles para su existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas»¹⁷ y agregaría que «las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección, preventivo-general y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones», rechazándose la moral como objeto de tutela. Posteriormente y siguiendo dicha concepción conceptuó los bienes jurídicos como aquellas: «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema»¹⁸. Esta definición, al atender a circunstancias dadas y finalidades en vez de a intereses de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por él mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa.

Por su parte, desde el funcionalismo radical Günter Jakobs realiza una reelaboración del concepto de bien jurídico entendiéndolo como: «(...) la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico penal (...). El bien jurídico ha de entenderse entonces como sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares o como abreviatura de la idea fin»¹⁹. Por su parte, Zaffaroni lo define así: «(...) bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan»²⁰.

Estas diferentes posiciones respecto a lo que debemos entender por bienes jurídicos debemos ahondarlas a continuación, estudiando el contenido material del concepto de bien jurídico.

3.2. CONTENIDO MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO

Como se ha señalado anteriormente, definir al bien jurídico es una tarea inconclusa si no tenemos en cuenta el contenido del mismo así como la fijación de sus límites, los cuales no han respondido a criterios uniformes y satisfactorios. en dicha disputa aparecen dos grandes sectores doctrinarios, el primero de ellos adopta una posición constitucional, en tanto que el otro adopta criterios sociológicos para determinar el contenido material del concepto de bien jurídico.

¹⁶ WELZEL, Hans., Op. Cit., pgs. 15 y 16.

¹⁷ ROXÍN, Claus.: «Sentido y Límites de la Pena Estatal», en Problemas Básicos del Derecho Penal. Editorial Bosch, Barcelona, 1976, pg. 21.

¹⁸ ROXIN, Claus.: «Derecho Penal, Parte General», Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, 1997, pg. 55.

¹⁹ JAKOBS, Günter.: «Derecho penal. Parte general», Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid-España, Marcial Pons, 1995, pg. 45.

²⁰ HASSEMER, Winfried.: «Fundamentos del Derecho Penal», Editorial José María Bosch, Barcelona-España, 1984, pg. 37.

3.2.1 Teorías Constitucionalistas

La teoría constitucionalista basa sus ideas en la comparación jerárquica de normas, pues la Constitución, como norma fundamental, posee capacidad suficiente para imponer los intereses que el ordenamiento penal debe acoger²¹. En tal sentido, la protección penal se ejerce en función de un orden de valores constitucionalmente establecidos, pues el Estado social es también Estado de Derecho, lo que no resta valor a la concepción social del Estado, que indudablemente repercutirá en la elección de los bienes a proteger y en su importancia²². Pero, para esta teoría será el marco de principios que proporciona la Constitución, fruto del consenso, la referencia base y fundamental para el establecimiento del sistema de bienes jurídicos que merecen protección penal²³. Por tanto, la Constitución ha de ser el obligado punto de referencia en el tema del ilícito penal, dado que la construcción de la teoría jurídica del delito, se justificaría desde una doble perspectiva: **1) Jurídica**. En cuanto constituye la norma fundamental a la que deben acomodarse el resto de las que conforman el ordenamiento jurídico; **2) Política**. Desde el momento en que por su procedimiento de elaboración es el instrumento más fiable (aunque evidentemente imperfecto) al que acudir en búsqueda de los principios y valores socialmente compartidos y a los que debe responder un Derecho penal que quiera reflejar adecuadamente las características básicas de la comunidad en que ha de aplicarse. En el mismo sentido, señala Roxin que la única restricción previamente dada al legislador, se encuentra en los principios de la Constitución²⁴, ya que es el texto constitucional el que engloba las valoraciones esenciales para la elaboración del concepto de bien jurídico que, por tanto, será previo a la legislación penal y vinculante para ella²⁵. En el mismo sentido, Abanto Vasquez señala que la importancia del bien jurídico se deriva de su ubicación dentro de un ordenamiento constitucional jerárquico²⁶. Una vez establecidos los contornos básicos de la teoría constitucionalista, nos queda señalar que dentro de esta corriente existen a su vez dos orientaciones, una de contenido restringido y otra de amplio espectro²⁷.

a) Teoría constitucionalista estricta

Esta teoría entiende que la Carta Magna contiene las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico, exigiendo en

²¹ REYNA ALFARO, Luis Miguel.: «Los delitos informáticos: Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal», Jurista Editores, Lima-Perú, 2002, pg. 214.

²² MORILLAS CUEVA, L., Op. Cit., pg. 73. Este autor señala que el contenido de los bienes jurídicos que protege el Derecho penal hay que buscarlo en la realidad social, y dicha realidad social está, en un Estado de Derecho, en una norma directriz obligatoria para la convivencia, esto es, la Constitución, que siempre será más adecuada como vehículo garantizador de las libertades y necesidades ciudadanas que expresiones como las de condiciones valiosas o funcionalidad o disfuncionalidad del sistema social estatal. En defensa de las posturas constitucionalistas Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José.: «Bien Jurídico y Constitución (Bases para una teoría)», Madrid-España, 1983, pg. 33.

²³ GONZÁLEZ RUS, Juan José., Op. Cit., pg. 35.

²⁴ ROXIN, Claus. (1997), Op. Cit., pg. 75.

²⁵ MORILLAS CUEVA, L., Op. Cit., pg. 74

²⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel.: «El derecho de la libre competencia», 1era. Ed., Editorial San Marcos, Lima-Perú, pg. 25.

²⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel., Op. Cit., pg. 214.

todo caso una vinculación directa entre bien jurídico y preceptos constitucional, de forma que todo objeto de protección penal esta condicionado por las decisiones del constituyente, ya que si la norma fundamental no valora positivamente una realidad tampoco podrá hacerlo el legislador penal²⁸. en el mismo sentido, Alfaro Moreno señala que esta posición considera como intereses jurídicos penalmente relevantes sólo aquellos expresamente contenidos en clave constitucional con lo que la Constitución Política se convierte también en programa penal; así, el proceso de criminalización primaria (elaboración de la ley penal) alcanzaría sus orígenes en la decisión del constituyente²⁹.

Se ha señalado que esta posición resultaría estática y no tendría en cuenta los nuevos fenómenos de incriminación como consecuencia de la evolución social, lo que significaría de manera concreta el carácter inconstitucional de algunos tipos penales, por no haber una correspondencia entre la tipificación y la correspondiente regulación constitucional, lo que ha tratado de ser salvado con la inclusión de los denominados intereses asimilables, integrables u homologables, lo que permitiría actualizada vía interpretación para responder a las nuevas necesidades de criminalización, lo que ha significado una salida por la puerta falsa para un sector de nuestra doctrina³⁰.

b) Teoría constitucionalista amplia

La segunda modalidad de las teorías constitucionalistas se denomina amplia, la cual adopta un doble sentido: el modelo de Estado social y democrático de derecho constitucionalmente consagrado, conservan matices diferenciables. La primera línea presenta a la constitución como un marco referencial, o sea como un espacio político libre y democrático dentro del cual los actores sociales definen las condiciones esenciales para el desarrollo del sistema social. En ese sentido, la vinculación que debe existir entre norma penal y una norma constitucional se limita a las características básicas del Estado, constituyendo la carta magna un marco de referencia obligatoria al legislador penal en la configuración de bienes jurídicos, que ha criterio de Reyna Alfaro no ofrece nada novedoso³¹.

La segunda tendencia pone de relieve una vinculación programática entre el bien jurídico y el sistema socio-personalista al que la Constitución desea servir de marco. En tal sentido, el sistema social constitucionalmente reflejado es un sistema al que se pretende llegar, por lo que no coincide con el sistema social realmente vivido que tiene carácter dinámico³². Así, el sistema social de la Constitución va por delante del sistema, motivo por el cual a la idea de funcionalidad social debe añadirse el correctivo de lo necesario para que el sistema evolucione hacia las metas señaladas en la Carta Magna. Las críticas a este sistema, están basadas en estimular, en palabras de Ferre Olive un

²⁸ CARO CORIA, Carlos.: «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jacobs», en Themis N° 35, PUCP, Lima-Perú, pg. 158.

²⁹ REYNA ALFARO, Luis Miguel., Op. Cit., pg. 214.

³⁰ CARO CORIA, Carlos., Op. Cit., pg. 159.

³¹ REYNA ALFARO, Luis Miguel., Op. Cit., pg. 216.

³² CARO CORIA, Carlos., Op. Cit., pgs. 159-160.

conformismo masivo ante los problemas del sistema social hacia el advenimiento, mediante el derecho, del sistema social futuro constitucionalmente planteado³³.

3.2.2 Teorías Sociológicas

En contraposición al origen constitucional del bien jurídico, hay un grupo de autores que defienden el origen social de este concepto³⁴. En ese sentido, repasando las diferentes concepciones de bien jurídico, sostiene que la teorías constitucionales, de indudable valor orientativo para la determinación del merecimiento de protección no constituye propiamente «teorías del bien jurídico», pues no expresan lo que es éste, sino que simplemente buscan en la Constitución política el referente que da fundamento a una política penal coherente con los lineamientos del modelo de Estado que da la propia Constitución. La doctrina sociológica material del bien jurídico defiende su procedencia entendiéndola como el producto de las condiciones concretas de la sociedad³⁵. En tal sentido, debemos entender que en un Estado democrático la determinación del objeto protegido por la norma penal no puede estar reducido a una exclusiva decisión del legislador, ya que corresponde a la base social que comunicará su decisión a las instancias políticas que formalmente tengan el deber de materializar dicha decisión. Hormazabal discrepando de las teorías constitucionales, advierte que no puede esperarse de la Constitución otra cosa que orientación para el establecimiento de los bienes jurídicos, pero desde el concepto más amplio y general del de necesidad humana³⁶. Esta posición establece que la responsabilidad penal no deriva simplemente de la realización formal de una conducta definida previamente como delito, sino que será necesario que esta conducta este dotada de la significación social que sólo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico le puede dar. Por tanto, no bastará ya con la realización antijurídica de una conducta típica dolosa o culposa, sino que será necesario además que esa conducta sea socialmente significativa. Será socialmente significativa en cuanto tenga capacidad y afecte efectivamente a un bien jurídico. La doctrina clasifica a esta corriente en dos subsistemas: a) Teorías Monistas Individuales; b) Teorías relativas al perjuicio social.

a) Tesis monista individualista

Según esta teoría, los bienes jurídicos deben velar por proteger un interés individual indispensable, acomodándose a la protección de los individuos y delimitándose en base a dicha función, de esta manera se pretende evitar la desmesurada ampliación de la intervención penal, aceptando la protección de aquellos intereses colectivos que de manera cercana protejan valores individuales, por eso el rechazo de esta corriente a los delitos de peligro abstracto³⁷, a través de la cada vez cada vez más difundida anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto que

³³ FERRE OLIVE, Juan Carlos.: «El delito contable. Análisis de los art. 35 del Código Penal», Barcelona-España, citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel., Op. Cit., pg. 217.

³⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.: «Bien jurídico y Estado Social y democrático de Derecho», Barcelona-España, 1991, pg. 140.

³⁵ Como producto social se entiende a un producto histórico, que no pertenece a la sociedad en abstracto sino que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado.

³⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE, H. Op. Cit., pg. 167.

³⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel., Op. Cit., pg. 219.

buscan proteger básicamente bienes jurídicos de carácter colectivo o supraindividual, caracterizados por ser altamente hipotético y hasta improbable la lesión del bien; con un reflejo inmediato sobre la taxatividad de la acción que se desvanece en figuras abiertas o indeterminadas del tipo de los «actos preparatorios» o «idóneos para poner en peligro» o similares³⁸.

b) Teoría relativas al perjuicio social

Seguramente la primera normativización del Derecho penal corrió por cuenta de Binding propuesta metodológica con poca aceptación en la doctrina³⁹, quien proclamaba que el eje de todo el sistema penal lo constituía la norma, por lo que, consecuente con ello, la determinación de qué es bien jurídico pasaba a ser asunto inmanente al propio sistema penal, lo que presuponía, entonces, que éste no fuera más que una creación arbitraria del legislador. La aparición en la doctrina penal de las elucubraciones de Gunter Jakobs⁴⁰ introdujo una corriente de pensamiento denominada «Funcionalismo sistémico», el cual pretende deleznar el concepto material del bien jurídico en favor de una concepción formal que se sustenta en una perspectiva normativa, la cual no pretende renunciar al concepto de bien jurídico sino que propone sustituir dicho concepto por el de «lesividad social». En tal sentido, el Derecho Penal así concebido no protege bienes jurídicos; sólo garantiza que no se va a contradecir toda expresión de sentido que manifieste que la norma carece de validez, contradicciones que eventualmente pueden contener un bien jurídico⁴¹. Para esta corriente de pensamiento, el derecho penal no protege los bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma jurídica⁴², añadiendo como filtro del mismo el concepto de «dañosidad social»⁴³.

En tal sentido, las teorías sociológico-funcionalistas del bien jurídico aprecian la necesidad de entender el bien jurídico en su dimensión social, como condiciones necesarias para la conservación del orden social, de modo que los hechos lesivos de bienes jurídicos se caracterizan por su dañosidad social⁴⁴. Para, fortalecer dicha concepción, Jakobs afirma que actualmente no toda norma de derecho se orienta a la protección de bienes jurídicos (...). por tales motivos el núcleo de todos los delitos se hallaría en el cumplimiento de un deber⁴⁵. La teoría sociológica-funcionalista ha sido una de las corrientes de referencia no exenta de

³⁸ FERRAJOLI, Luigi., Op. Cit., pg.

³⁹ A pesar de ello, la teoría del bien jurídico no ha dejado de ser criticada desde hace ya bastante tiempo. Uno de los autores que en forma destacada cuestionó desde 1971 la validez del concepto de bien jurídico, propugnando por la importancia de los deberes que surgen de la norma, fue Rodríguez Devesa cuando escribió: «La teoría de que todo delito es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es insostenible a la luz del Derecho positivo, pues es incuestionable que hay numerosas figuras de delito en que no se precisa la concurrencia, ni, por tanto, la demostración, de que se ha producido tal lesión o puesta en peligro para que la acción se repunte punible, presupuesta siempre, como es obvio, la culpabilidad. Por de pronto, todos los delitos de simple actividad y también los puros delitos de omisión». Cfr. RODRIGUEZ DEVESA.: «Derecho penal español. Parte general», Edición elaborada por Serrano Gómez, Alfonso, Editorial Dykinson, 18ª edición, Madrid-España, 1995, pg. 345.

⁴⁰ Sobre Jakobs y el funcionalismo, son importantes las siguientes obras: «La Imputación Objetiva en Derecho Penal», Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1994; «Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación», Marcial Pons Editores, Madrid, 1995; «Sociedad, Norma y Persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional», Editorial Civitas, Madrid, 1996.

⁴¹ VIVES ANTÓN, Tomás.: «Fundamentos del Sistema Penal», Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 1996, pg. 435.

⁴² CARO CORIA, Carlos., Op. Cit., pg. 146.

⁴³ REYNA ALFARO, Luis Miguel., Op. Cit., pg. 223.

⁴⁴ CARO CORIA, Carlos., Op. Cit., pg. 143.

⁴⁵ JAKOBS, Günter., Op. Cit., pg. 53-54.

críticas, en ese sentido, se afirma que la debilidad del funcionalismo radica en que su pretensión de neutralidad valorativa tiende a servir a todo sistema social, incluyendo los que quieren y no quienes prescindir de valores⁴⁶.

La justificación jakobsiana de la neutralidad del sistema es considerada por tanto insuficiente porque al marginar del ámbito penal el valor de los subjetivo (de la persona humana) y derivarlos al terreno social, se mantiene el riesgo de que el orden punitivo sirva a un modelo social en donde dicho valor importe poco⁴⁷. Por ello, a pesar de que no se acuse a Jakobs de defender algún modelo político especial, para algunos resulta peligroso centrar la preocupación en la funcionalidad del sistema y no en los valores, lo que puede generar que los contenidos sean reñidos con la libertad o la dignidad humana.

c) Toma de posición

Luego de haber analizado los distintos sistemas de configuración del contenido material del bien jurídico, nosotros nos inclinamos por adoptar una tesis intermedia, que sin privar de importancia al aspecto social, reconoce como pauta limitativa de la protección penal los valores que la Constitución, recogiendo ya sea de forma directa, ya de forma derivada sus principios básicos constituyendo dichas normas constitucionales, el parámetro legal más estable. Debemos desterrar las tesis funcionalistas absoluta del Derecho penal, dado que implican hacer desaparecer el concepto persona, y con ello el de dignidad humana, toda vez que «las conciencias, o sea, las elecciones individuales, deben subordinarse a los roles que las hacen funcionales al sistema y lo equilibran»⁴⁸, lo que supone, entonces, que en la medida en que la persona nos interesará en tanto en cuanto sujeto perteneciente a una relación de sistemas y subsistemas, no nos deberá importar en cuanto tal, en cuanto persona, pues sólo tiene valor dentro del sistema en la medida en que cumple unas funciones (rol).

Pero dicha crítica no debe soslayar el hecho de que en nuestra sociedad moderna, el bien jurídico no puede entenderse ni como derecho subjetivo, como lo concibió la Ciencia del Derecho Penal de la Ilustración⁴⁹, pues en ocasiones los tipos penales no exigen la lesión a un derecho subjetivo, pero sí se reconoce la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sociológicamente necesario, como por ejemplo la seguridad del tráfico; aunque ello no puede entenderse como un interés jurídicamente protegido, según el parecer de LISZT, pues puede existir bien jurídico lesionado sin existir interés (quien no desea seguir viviendo no tiene interés en su vida, pero su lesión sí constituye la lesión a un bien jurídico), ni es un mero medio auxiliar de la interpretación⁵⁰. En todo caso, a las consideraciones

⁴⁶ ARROYO ZAPATERO, Luis.: «Fundamentos y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha N° 1, Agosto-1987, pg. 100. Las críticas ala neutralidad del sistema jakobsiano también es desarrollada por BARRATTA, Alesaandro.: «Integración-prevención: una nueva fundamentación de l pena dentro de la teoría sistemática», Traducción de Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas. En: CPC N° 24 (1984), pgs. 544-551.

⁴⁷ CARO CORIA, Carlos., Op. Cit., pg. 153.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl.: «El Funcionalismo Sistemico y sus Perspectivas Juridico-Penales». En Homenaje al Profesar Agustín Fernández Albor, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pg. 754.

⁴⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán., pg. 139-140.

⁵⁰ JESCHECK, Hans.: «Tratado de derecho penal. Parte general», Traducción de Manzanares Samaniego., Editorial Comares, Granada-España, 1993, pgs. 231-232

antes señaladas, la doctrina moderna pone especial relevancia al binomio «Constitución-Aspecto social», señalando en algunos casos la especial interrelación que puede existir entre las mismas, pero limitando el carácter extensivo los criterios de merecimiento y necesidad de protección penal, es decir, un interés social vital para la sociedad podrá ser elevado a la categoría de bien jurídico penal solo si es acorde con la constitución y es merecedor de protección penal, habiendo anteriormente fracasado los medios de protección que le dispensan las demás ramas del derecho.

Por lo dicho, defendemos el principio del bien jurídico como un elemento indispensable para el desarrollo de una teoría del delito que reconozca y respete los postulados de una organización social en la que se potencie el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y los valores superiores libertad, justicia e igualdad, lo que puede encontrar eco en el proyecto a materializar del Estado social democrático de Derecho donde el bien jurídico no sólo es un concepto fundamentador de la intervención, sino al mismo tiempo garantizador para el ciudadano, pero además deslegitimador de la propia intervención⁵¹.

3.3. CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS

Tal como hemos venido haciendo referencia, el desarrollo de la teoría del bien jurídico tiene también una incidencia directa en el debate doctrinal respecto al carácter expansionista que se viene desarrollando en su seno, transigiendo de esta manera la idea del Derecho Penal como ultima ratio⁵². En ese orden de ideas, el desarrollo y legitimación de los bienes jurídicos de carácter colectivo han alimentado dicha discusión.

3.3.1 Bienes Jurídicos Individuales

Cuando se implemento el modelo penal liberal, este se concibió para privilegiar la esfera de la libertad, implementando para ello los llamados bienes jurídicos individuales, articulándose estos con los principios de legalidad, lesividad y causalidad⁵³. Pero, ¿Qué se debe entender por bienes jurídicos individuales?, la doctrina señala que por esta categoría conceptual debemos entender aquellos bienes jurídicos cuya lesión o puesta en peligro afecta de manera directa a la persona, entendida como individualidad, esto es: la vida, la libertad, el honor, etc.⁵⁴.

3.3.2 Bienes Jurídicos Colectivos

El paradigma elaborado por la doctrina clásica de los bienes jurídicos se encuentra acorde a una etapa histórica, la cual actualmente viene siendo repensado por una serie de circunstancias, que entre las más destacadas encontramos a fundamento de los «nuevos riesgos» que tienen su fuente en el

⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan.: «Manual de derecho penal. Parte general», Editorial Ariel, 3ª edición, Barcelona-España, 1989, pg. 55

⁵² REYNA ALFARO, Luis Miguel., Op. Cit., pg. 227.

⁵³ CARO CORIA, Dino Carlos.: «Sociedades de Riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo», en Revista de Ciencias penales N° 9, Lima-Perú, pg. 181.

⁵⁴ REYNA ALFARO, Luis Miguel., Op. Cit., pg. 227.

mundo moderno⁵⁵ y que exigen una adecuación del contenido del bien jurídico para que pueda realizarse una efectiva protección de los mismos. Es por ello que la doctrina penal reconoce que uno de los problemas fundamentales que afronta la teoría del bien jurídico es su empleo en el ámbito de los denominados bienes jurídicos colectivos que son aquellos cuyo ataque afecta mas a la comunidad como tal, o sea al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales, y supone un cierto orden social estatal⁵⁶. En ese sentido, la proliferación de reformas legales que introducen en los códigos penales preceptos protectores de tales bienes ha dado origen a una intensa polémica sobre su procedencia. Respecto a la legitimidad de la introducción de los bienes jurídicos colectivos en los cuerpos legales penales, se ha señalado que su toma en consideración refleja el paso del Estado de derecho liberal, preocupado fundamentalmente por asegurar el orden social en un contexto de garantías formales de la convivencia pacífica por medio del aseguramiento a todos los ciudadanos de determinados presupuestos materiales.

Sin duda su masiva integración en los códigos ha creado disfunciones importante, entre las que podrían destacarse la extrema vaguedad de algunas de sus formulaciones, la tendencia, probablemente derivada del déficit anterior, a acomodarse en estructuras típicas de peligro con los riesgos para la seguridad jurídica a que ello da lugar, y su fácil abuso por un legislador que quiere servirse del Derecho penal para labores de transformación social que son a éste ajenas, cuando no para producir efectos meramente simbólicos en la sociedad⁵⁷.

Es por ello que para algunos autores⁵⁸, las propuestas de limitar la aceptación de tales bienes a sólo aquellos que tengan claras connotaciones individualistas, lejos de implicar un avance en el Derecho penal garantista, suponen reconocer anticipadamente el fracaso de nuevas elaboraciones conceptuales más ajustadas a las actuales necesidades de tutela de las sociedades democráticas, que es lo mismo que decir, de los individuos que las integran. La admisión de que vivimos en una sociedad de riesgo, que tiene que asumir construcciones conceptuales tan poco precisas como las que actualmente ofrecen muchos bienes jurídicos colectivos, parecen a criterio de estos autores⁵⁹, pretender sustituir el concepto de bien jurídico por otros instrumentos técnico-jurídicos más concordes con una visión expansiva del sistema de control penal y menos respetuosos con los actuales principios estructurales de intervención penal.

Frente a estas alternativas, parece más acertado concluir que la presencia de los bienes jurídicos colectivos confronta al Derecho penal de modo anticipado con la necesidad de llevar a cabo esa tarea siempre pendiente de colaboración entre las ciencias sociales, singularmente en este caso la sociología, y la política criminal, colaboración que debería orientarse en dos direcciones fundamentales: a) Por un

⁵⁵ CARO CORIA, Dino Carlos.: «Sociedades de (...)», Op. Cit., pg. 181.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCIA ARAN, Mercedes.: «Derecho penal. Parte general», Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, pg. 55.

⁵⁷ HASSEMER, Winfried.: «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en Pena y Estado N°1, 1991, pgs. 31-36; BARATTA, Alessandro.: «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal», en Pena y Estado N°1, 1991, pgs. 40-49.

⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis.: «La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista», en Revista de Ciencias Penales N° 15, San José-Costa Rica.

⁵⁹ Idem.

lado, la búsqueda de bienes jurídicos que compatibilicen una adecuada descripción empírica de realidades sociales merecedoras de protección jurídico-penal con una delimitación conceptual aceptable en los estrictos términos de la dogmática penal. b) Como consecuencia de lo anterior, se debe buscar la elaboración de un concepto de lesión material o dañosidad de tales bienes jurídicos colectivos que, cumpliendo las exigencias dogmáticas, permita sustituir en un buen número de casos las muy cuestionables estructuras típicas de peligro, hoy tan generalizadas en relación con estos objetos de tutela.

Por último, a la hora de seleccionar los bienes jurídico-penalmente protegibles no ha de pasarse por alto la polémica sobre la naturaleza secundaria o meramente sancionatoria del Derecho penal. Desde antiguo un sector minoritario de la doctrina penal ha defendido que al ordenamiento jurídico-penal no le competiría la función valorativa de determinar qué conductas merecerían ser calificadas como ilícitas, sino que habría de limitarse a sancionar con una pena las formas más graves de los ilícitos previamente identificados como tales por los otros sectores del ordenamiento jurídico; dicho de otro modo, la política criminal estaría condicionada por las valoraciones de ilicitud previamente desarrolladas en los otros sectores de la política jurídica. Frente a tales tesis, un sector doctrinal mayoritario ha alegado que se pueden identificar preceptos penales que castigan conductas no prohibidas por otros sectores jurídicos, lo que demostraría que la política criminal toma decisiones de penalización basadas en valoraciones autónomas sobre determinadas conductas, sin importarle que no hayan sido consideradas ilícitas en otros sectores jurídicos; en todo caso se reconoce la excepcionalidad de tales supuestos⁶⁰.

La precedente afirmación debe ser aclarada a partir de la constatación de que la intervención penal realiza dos funciones valorativas autónomas de gran trascendencia: a) En primer lugar, selecciona con criterios propios las formas de esos ilícitos respecto a las que procede una decisión de penalización. En ello jugarían un papel decisivo los principios estructurales de la protección, pero también los principios coyunturales, además de todos los contenidos adicionales propios de una teoría de la legislación; b) En segundo lugar, la integración de tales ilícitos en el Derecho penal conlleva su reformulación a tenor de criterios específicamente penales, en concreto su acomodación a la peculiar estructura del sistema de responsabilidad jurídico-penal tal como está plasmado en el concepto técnico-jurídico de delito, y el aprovechamiento de las diversas alternativas valorativas y conceptuales en él existentes. Ello significa que la Política criminal y el Derecho penal, desde un substrato de ilicitud procedente de otros sectores jurídicos, elaboran finalmente sus contenidos a partir de pautas valorativas propias y autónomas, por lo que ha de hablarse de una limitada naturaleza secundaria de ellos⁶¹.

⁶⁰ CEREZO MIR, José.: «Curso de derecho penal español. Parte general», 5ª Edic., Editorial Tecnos, Madrid-España, 1996, pgs. 43-53.

⁶¹ DIEZ RIPOLLES, José Luis.: «La categoría de la antijuricidad en Derecho penal», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1991, pgs. 752-753.

3.4 LA PROTECCION PENAL DE LA COMPETENCIA

Legislativamente la protección penal de la competencia se encuentra enmarcada en el Título IX del Código Penal, bajo la rubrica del art. 232 denominado «abuso de poder económico», el cual señala que: «El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición de monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en practicas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objetivo de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia (...).». Pero desentrañar el objeto de tutela en este delito es un tarea ardua, en la medida que el bien jurídico protegido no se encuentra en muchos casos perfectamente definido a nivel doctrinario.

En ese sentido, algunos autores⁶² señalan que la protección jurídico-penal de la libre competencia distingue la protección de la existencia de la competencia y de otro lado la lealtad competitiva, lo que le lleva a diferenciar, dentro de la protección jurídico-penal de la competencia, dos grandes grupos de delitos: a) Por un lado, los relativos a la restricción de la competencia, como es el caso del delito de abuso de poder económico el cual técnicamente comprende tanto el abuso de posición de dominio, así como las prácticas concertadas dentro de los mercados; b) Por otro lado, los delitos referentes a la competencia desleal: como los delitos que atentan contra los derechos de exclusiva derivados de la propiedad industrial, denigración del competidor, publicidad engañosa, etc.

Este esquema de protección, muchas veces ha tratado de ser unificado, como se puede contrastar en el pensamiento de algunos autores alemanes⁶³, los cuales intentaron en algún momento establecer un marco único de protección que englobe el amparo de los consumidores y los competidores a través de la actuación económica, garantizada por el derecho al «libre desarrollo de la personalidad», situando por tanto sus postulados en un derecho subjetivo, aspecto que ha sido criticado por la doctrina por entender que la protección en un componente individual en perjuicio del componente supraindividual postulado por el Estado Social, podría llegar a ser considerado como la protección de un grupo de competidores en desmedro de todos. Por eso se ha dicho que el componente individual aislado no puede explicar la prohibición de muchas conductas que no solo atentan contra el interés de una persona determinada, sino también (y a veces solamente) contra el interés general en la protección y el mantenimiento de la estructura competitiva⁶⁴.

Es por ello que siguiendo a Abanto Vásquez⁶⁵, llegaremos a la conclusión que la doctrina moderna opta por reconocer el mismo objeto de protección, o sea la competencia y los mismos intereses, esto es el del Estado y los participantes en el proceso competitivo, tanto para el Derecho de la Competencia como para el Derecho de la Competencia Desleal. La diferencia entre ambas ramas surge de la orientación de protección que cada rama establece, ya que el Derecho de la Competencia

⁶² MOLINA BLAZQUEZ, Concepción.: «La Criminalización de la competencia desleal en el Proyecto de Código Penal de 1992», en Poder Judicial, Diciembre-1992, pg. 228.

⁶³ FIKENTSCHER, Wolfgang.: «Das verhältnis von kartellrecht und Rect. Des unlauteren wettbewerbs im deutschen und europäischen recht», LH a Walter Hallstein, Francfort del Meno 1966, pg. 127. Citado por ABANTO VASQUEZ, Manuel., Op, Cit., pg. 32.

⁶⁴ ABANTO VASQUEZ, Manuel., Op, Cit., pg. 33.

⁶⁵ ABANTO VASQUEZ, Manuel., Op, Cit., pg. 33.

protege a libertad, mientras que el Derecho de la competencia desleal protege la lealtad en el mercado.

Una vez deslindada las particularidades del objeto de protección del derecho de la competencia, esto es la libertad de los agentes de mercado en su actuación económica, nos toca establecer a que clase de libertad nos estamos refiriendo. En tal sentido, debemos empezar señalando que actualmente para la doctrina, la competencia es considerada como un principio rector de la economía de mercado, que representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad y constituye, en el plano de las libertades el ejercicio de la libertad de empresa. Esta libertad de empresa o libertad de los agentes económicos, puede contener muchos matices que debemos señalar.

En primer lugar, la doctrina ha entendido que la protección de la competencia debe centrarse en la **«libertad de los participantes en el proceso económico»**, lo cual ha sido criticada porque aparentemente en su seno solo se protegerán a los actores económicos que tengan acceso al mercado, y por ello, se hace que dependa de estos la persecución de las infracciones. Debido a esta perspectiva reduccionista de la competencia, un criterio mas elaborado señalo que no debe concebirse esta como una institución que persigue solamente la libertad de los participantes en el mercado, sino además como la única capaz de proporcionar el marco adecuado para el libre desarrollo de la personalidad del individuo, por lo que comprende tanto la protección de la libertad económica privada, así como la eficiencia económica productiva⁶⁶. En consonancia con dicha posición, Mazuelos señala que en este delito el bien jurídico protegido es la libre competencia, definida como el libre acceso a la actividad económica, en la medida en que se refiere a la participación de las personas naturales o jurídicas en la actividad económica de su preferencia, comprendiendo la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por el ordenamiento jurídico⁶⁷.

Entonces, la competencia no constituye un fin en si misma, sino que es un instrumento eficaz para maximizar la libertad individual de los agentes económicos, que merece protección jurídico penal solo cuando contravenga la libertad del individuo y los mecanismos de intervención extrapenales hayan fracasado (necesidad de pena), ello en la medida que no debemos perder de perspectiva que el Derecho penal de la competencia debe estar acorde con el principio de intervención mínima o ultima ratio. Sin embargo, aun fracasados los medios extrapenales para la prevención de este ilícito, éste no puede intervenir si ello se muestra, a la vista del ilícito en cuestión, abiertamente desproporcionado (ausencia de merecimiento de pena), con la conducta que se pretende punir y la afectación que la misma haya realizado a los bienes jurídicos protegidos. Por ello, no debe considerarse la punición de una conducta basados enteramente en criterios de eficiencia, ya que este criterio debió haber sido considerado para determinar dicha conducta como prohibida a nivel administrativo⁶⁸.

⁶⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel., Op, Cit., pg. 26.

⁶⁷ MAZUELOS COELLO, Julio.: «Control social y dogmática penal», Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1995, pg. 130.

⁶⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel., Op, Cit., pg. 30.

Pero la libertad que pretende proteger el ordenamiento penal, no debe ser entendida en sentido absoluto, es decir como libertad general de decisión y de realización de la voluntad, dado que estas libertades en la práctica, no son protegidas legalmente en ninguna parte. Se trata por tanto de proteger una especial expresión de la libertad individual: la «libertad económica» o «libertad de competencia», la misma que evidentemente tiene trascendencia individual, pero que no se reduce a ella, ya que no solo se protege a las partes participantes de una situación concreta, sino además, dicha protección alcanza las posibilidades de elección de otros sujetos económicos en la etapa previa o posterior.

SEGUNDA PARTE: EL DELITO DE ABUSO DE PODER ECONÓMICO

CAPITULO PRIMERO: EL ABUSO DE PODER ECONÓMICO COMO LEY PENAL EN BLANCO

1.1 ASPECTOS PRELIMINARES

La instauración en el art. 61 del Texto Constitucional de 1993 implementó una regulación protectora de la libre competencia mediante la «vigilancia y facilitación» por parte del Estado, así como el combate a toda práctica que la limite y que constituya un abuso de posición de dominio o posición monopólica, siendo este hecho la reafirmación constitucional de la proyección en el mundo jurídico del entonces incipiente proceso de concienciación social en nuestro país de la protección de la competencia.

Dicha regulación, pretendió otorgar una base constitucional sólida a un sistema normativo que ya establecía sanciones penales e incluso, administrativas. En tal sentido, nuestro vigente Código Penal se había aventurado a intervenir en un nuevo ámbito social y económico, protegiendo un bien jurídico hasta ese momento, carente de regulación penal. En ese contexto, la punición de conductas que contravienen uno de los pilares básicos sobre los cuales se asienta una sociedad democrática, cual es «la competencia» económica entre los agentes de mercado constituye un avance muy importante y un reconocimiento formal del rumbo tomado por nuestra actual sociedad.

La tipificación del delito de abuso de poder económico regulado en el art. 232 del Código Penal, constituye en tal sentido, un alcance muy importante en dicho marco legislativo, teniendo dicho ilícito penal la peculiaridad de configurar técnicamente una norma penal en blanco donde, el punto central que ayudara a definir completamente la conducta típica es lo que el propio tipo penal señala como: «(...) infringiendo la ley de la materia»¹. Este hecho pone de relieve un problema práctico muy importante, cual es que la tipificación de atentados contra la competencia implica la «accesoriedad del derecho penal respecto del derecho administrativo»², designación que hace referencia a determinadas formas de reenvío a que puede recurrir el derecho penal para su más correcta aplicación. En este caso, nos referimos al D. Leg. N° 701, Ley contra las practicas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. esto quiere decir que a nivel del delito tipificado en el art. 232 de nuestro CP, la contravención de la normativa administrativa se configura como un elemento del tipo, pues de no existir dicha infracción, la conducta no será típica. Existe, pues, una accesoriedad del Derecho Penal al Derecho Administrativo, lo que se encuentra

¹ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCIA CANTIZANO, Maria del Carmen.: «Manual de derecho penal. Parte especial», 4ta. Ed., Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1998, pg. 436.

² La accesoriedad del Derecho penal respecto de otras ramas del derecho, no es más que la manifestación expresa de la función de ultima ratio del Derecho penal, el cual solo debe intervenir en aquellas cuestiones en las que otras ramas del derecho resulten insuficientes.

acorde con las nuevas tendencias del moderno Derecho que reconocen que construir hoy en día un Derecho Penal separado del Administrativo sería anacrónico, todo lo cual se justifica teniendo por base el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que obliga a una estrecha relación entre el aparato normativo de protección. En definitiva, hay que partir del principio de que la situación de legalidad administrativa excluye cualquier posible responsabilidad penal de quien actúa a su amparo. En ese sentido, el cumplimiento de la normativa administrativa garantiza la inocuidad penal de la actividad, proporcionando al mismo tiempo unos niveles de tolerancia o riesgo permitido que tiene que tolerar el Derecho Penal en aras de la unidad del ordenamiento jurídico.

Este carácter complementario de la normativa penal adquiere especial relevancia en materia de regulación de la competencia, ya que en dicha rama jurídica las normas básicas de protección corresponden al derecho administrativo. La existencia en todo caso, de dos cuerpos normativos favorece una regulación ordenada, que se complementa mediante el uso adecuado de técnicas jurídicas y medidas de presión o de sanción previstas legalmente y que operan de forma escalona buscando que el contenido penal del objeto de protección en sede penal, en virtud del principio de fragmentariedad o ultima ratio del derecho penal constituya un límite a la punición de los abusos de poder económico. Pero, la relación entre el derecho administrativo y el derecho penal, a través de la normas penales en blanco nos obliga a abordar de manera somera su problemática en las siguientes líneas.

1.2 CONCEPTO DE LEYES PENALES EN BLANCO

Una primera aproximación al concepto de leyes penales en blanco equivale a señalar que nos encontramos frente a ella cuando se utilizan «tipos penales abiertos», los cuales no describen enteramente la acción y/o la materia de prohibición y se encuentran, por consiguiente, necesitados de complementación³ o sea en la tipificación de los tipos penales, se incorporan elementos normativos ajenos al Derecho penal, mediante un reenvío a otra disposición, de manera que es necesaria la aplicación de normas ajenas para su integración o interpretación. En ese contexto, se entiende que un precepto penal emplea «**conceptos normativos**»⁴ para la delimitación de la conducta que pretende tipificar cuando al llevar a cabo la descripción de dicha conducta, recurre a términos cuyo sentido e interpretación nos vienen dados, a su vez, por preceptos previstos en otras normas jurídicas, ya sea de naturaleza penal o, incluso, pertenecientes a otras ramas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, debe advertirse que la mera coincidencia terminológica de un concepto empleado en un concreto tipo penal

³ TIEDEMANN, Kluas.: «La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas», en «Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental», Editorial Idemsa, Lima-Perú, 1999, pg. 67.

⁴ Los conceptos normativos debemos distinguirlos de otro grupo de conceptos también presentes en el ordenamiento penal, cuales son los «conceptos valorativos» cuya delimitación viene dada por el común sentir popular, por las reglas habituales de la experiencia, por valores provenientes del mundo científico-técnico, etc. La inclusión de esta clase de elementos indeterminados en el tipo puede obedecer a muy diversas razones o utilidades; sin embargo, su empleo se muestra especialmente conflictivo en aquellos casos en que el «concepto valorativo» incluido en el tipo tiene por objeto determinar el «quantum de antijuridicidad» que debe concurrir en un comportamiento para poder ser considerado como penalmente relevante o, en su caso, si dicho comportamiento debe considerarse subsumido en un tipo básico o en el correspondiente subtipo cualificado.

con los definidos por otras normas jurídicas no implica necesariamente la asunción por el tipo penal de la acepción extrapenal definida⁵.

De lo señalado anteriormente, debemos mencionar que en algunos casos se ha planteado el problema de la distinción entre las normas penales en blanco y la utilización de elementos normativos cuya interpretación requiere la integración de normativa ajena al Derecho Penal, construyéndose para tal caso criterios que permitan realizar una efectiva discriminación de ambos conceptos. En ese sentido, se han creado las denominadas «normas de remisión en bloque» y «normas de remisión interpretativa». Las primeras se definirían por la comprensión de expresiones tales como la utilizada por el art. 232 del CP con la expresión «(...) infringiendo la ley de la materia», por lo que constituirían normas penales en blanco, en tanto en las segundas, se caracterizarían por la existencia de una remisión a la legislación extrapenal que no implica la infracción directa de la misma, debido al uso de expresiones sólo aprehensibles a través del estudio de la normativa administrativa, laboral etc., por lo que en el caso de estos últimos, únicamente podría hablarse de caracteres normativos o hechos institucionales. Tal diferencia afecta más al ámbito conceptual de ambas modalidades de conformación de los tipos que a las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse. Pues, en definitiva, sea cual fuere la hipótesis, elementos normativos o elementos en blanco de la Ley penal, la solución de los problemas dependerá de una decisión valorativa que a su vez se hará depender de la normativa de remisión.

Volviendo a la definición de las leyes penales en blanco, Mir Puig⁶ establece un cierto orden a la hora de delimitar con claridad su concepto, para ello recurriendo a la doctrina alemana, distingue dos grandes bloques de conceptualización dogmática:

a) La primera, defendida por Binding, quien interpretaba esta clase de normas penales como la autorización de delegación por parte de un órgano legislativo superior respecto de órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es sólo válida, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la ley penal en blanco (caso en el que el complemento debe buscarse en una instancia inferior)⁷.

b) La corriente encabezada por Mezger, quien era partidario de una interpretación amplia de las leyes penales en blanco, según la cual, además del supuesto anterior se debería incluir también los casos en que: 1) El complemento se halla contenido en el mismo código o ley que contiene el precepto penal en blanco, y 2) El complemento se halla previsto en otra ley, pero emanada de la misma instancia legislativa.

⁵ Así, la permanente persecución de la realidad material que caracteriza al Derecho penal (frente, por ejemplo, al Derecho privado, que se conforma con alcanzar la verdad formal) provoca, en ocasiones, el rechazo desde el ámbito de lo punitivo del formalismo conceptual de otras ramas del derecho, haciéndose necesario acudir a una especificidad terminológica más material (esto es, menos formal), que se traduce en el nacimiento de preceptos penales creados ad hoc para desarrollar definiciones específicas para el concreto ámbito de las sanciones penales. Es el caso, por ejemplo, de expresiones como «autoridad» o «funcionario público», en los delitos contra la Administración Pública; «documento» en las falsedades documentales, etc.

⁶ MIR PUIG, Santiago.: «Tratado de derecho penal. Parte general», Barcelona-España, 1985, pgs. 26 y ss.

⁷ En el mismo sentido, TIEDEMANN, Klus., Op. Cit., pg. 68.

Por su parte, de manera indirecta también García Arán⁸ recoge la diferenciación entre estas dos posturas, afirmando que: «(...) en términos amplios, suele partirse de un concepto de norma penal en blanco que se define como aquella en la que parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido en una norma no penal. Sin embargo, el concepto estricto de norma penal en blanco se corresponde con el de aquella que se remite a una norma extrapenal de rango inferior, que de esta forma interviene en la definición de la conducta prohibida⁹. Como afirma la misma autora, las normas penales en blanco que plantean mayores problemas son las que contienen remisiones a normas de rango inferior, en la medida en que es aquí donde aparecen los principales riesgos de deslegalización de la materia penal y, en definitiva, de posible ejercicio de competencia legislativa por instancias que no la poseen¹⁰.

De otro lado, para determinar cuando nos encontramos violando una norma extrapenal, la dogmática penal ha elaborado dos orientaciones en cuanto a la incidencia de tal contravención en el marco de la conducta típica del sujeto activo del delito o la falta¹¹. Se afirma en primer lugar que la conducta de contravenir el estatuto extrapenal es un elemento puramente objetivo del tipo, una condición objetiva de punibilidad o incluso de perseguibilidad, de forma que no ha de quedar abarcado, para que la conducta típica se concrete, por el dolo del autor. Pero cabe asimismo entender, que la conducta de contravenir el régimen extrapenal se encuadra en el tipo subjetivo, de forma que es exigible, en su caso, para la concreción del comportamiento típico doloso, que quede abarcada por la conciencia y voluntad del sujeto¹², siendo esta última corriente la que predomina actualmente.

1.3 CLASIFICACION DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Existen distintos criterios para clasificar las normas penales en blanco, entre los que destacan la utilización de criterios formales, materiales y la función que cumple el elemento normativo en el tipo penal, supuestos que a continuación pasaremos a estudiar.

1.3.1 Utilización del criterio formal

Usando un criterio formal, los tipos penales en blanco se clasifican en:

a) Tipos penales en blanco expresos: son aquellos tipos que incorporan elementos extrapenales, que aparecen claramente en la propia redacción del delito, por ejemplo, el art. 232 del CP constituye un ejemplo cuando señala de manera expresa que se realiza el tipo penal cuando se «(...) infringe (infringiendo) la ley de la materia».

⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes.: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», Estudios Penales y Criminológicos XVI, Santiago de Compostela, 1993, pg. 66.

⁹ TIEDEMANN, Kluas., Op. Cit., pg. 69. Este autor señala que nos encontramos ante una norma penal en blanco en sentido estricto cuando la vulneración de normas no jurídicas es presupuesto constitutivo de la infracción.

¹⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes., Op. Cit., pg. 66.

¹¹ La disyuntiva, en todo caso, tiene importantes consecuencias prácticas, especialmente en el ámbito del error, cuestiones que habrán de resolverse conforme a las reglas generales de la Teoría del mismo.

¹² BLANCO LOZANO, Carlos.: «La posible inconstitucionalidad de las normas penales en blanco», en Diario La Ley N° 5243, jueves, 8 de febrero de 2001.

b) Tipos penales en blanco implícitos: son aquellos tipos que incorporan elementos remisivos de manera menos perfecta y advertible, por ejemplo en el caso de las tenencia de armas prohibidas.

1.3.2 Utilización del criterio material

Utilizando un criterio material, las normas penales en blanco se clasifican en:
a) Tipos penales en blanco con incorporación de elementos jurídicos: donde podemos destacar los delitos societarios, tributarios y aduaneros, delitos de seguridad e higiene en el trabajo, lo fraudes procesales, etc.

b) Tipos penales en blanco con incorporación de elementos no jurídicos: en este caso podemos señalar como ejemplo clásico a los delitos ecológicos, la manipulación de alimentos, etc., siendo la diferencia con los anteriores en que no sólo es necesario el estudio de la normativa que rigen las distintas áreas o actividades a las que se refiere, sino que se mezclan con la anterior normativa conceptos y relaciones ajenas al ámbito jurídico, lo que obliga, en muchas ocasiones a la participación en los procesos judiciales, de personas con conocimientos especializados.

1.3.3 Función que cumple el elemento normativo extrapenal en el tipo

Atendiendo a la función que el elemento normativo extrapenal cumple en el tipo, podemos distinguir entre:

a) Tipos penales integrados: son aquellos tipos penales donde el elemento normativo extrapenal integra completamente el tipo penal.

b) Tipos penales interpretados: son aquellos tipos penales en los cuales el elemento normativo extrapenal sólo sirve como cauce interpretativo del tipo penal. Son mucho más difíciles de descubrir y requieren un esfuerzo muy superior. En los tipos penales integrados, basta con sumar el tipo penal y el elemento normativo externo, para encontrar la norma completa, en estos, no.

1.4 REQUISITOS DE LA LEY PENAL EN BLANCO

En cuanto a los requisitos que deben contener las leyes penales en blanco para su validez, Iribarren Oscariz¹³ cita la Sentencia Tribunal Supremo español de 22 de enero de 2001, la cual establece los requisitos que debe contener una ley penal; estos son:

a) Que el reenvío normativo sea expreso.

b) Que esté justificado (el reenvío normativo) en razón de la naturaleza del bien jurídico protegido por la norma penal¹⁴.

c) Que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición, ya que sería inaceptable, por incumplimiento del principio de

¹³ Citado por: IRIBARREN OSCÁRIZ, Juan.: «Los tipos penales en blanco», Boletín Mensual Aranzadi Penal Año VI- Nº 47 – Abril-2003.

¹⁴ Este requisito es particularmente importante en el ámbito de los delitos económicos, donde debido a la existencia de bienes jurídicos que por sus condiciones cambiantes -ciertamente coyunturales- pueden ser, gravemente afectados por regulaciones cambiantes. Estas variables, se producen en el ámbito de una dinámica de la economía nacional y global que se caracteriza por exhibir cierta inestabilidad. Confluyen a la complejidad de las regulaciones los intereses sociales de mayor significación que en muchos casos son fácilmente asimilables mediante normas de rango inferior a la ley.

tipicidad, en el que luego nos introduciremos con más profundidad, que la remisión a la norma extrapenal sea total.

d) Que se satisfaga la exigencia de certeza, es decir, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

1.5 PROBLEMÁTICA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Una de las mayores preocupaciones de los penalistas en el campo de las leyes penales en blanco, lo constituye la cuasi infinita amplitud, prolijidad y dispersidad del Derecho extrapenal, especialmente el Ordenamiento jurídico-administrativo, hecho que va a conllevar en muchos casos, a una imposibilidad para los destinatarios de la norma punitiva, el poder conocer con exactitud los límites permisibles de su conducta debido a la existencia de un cúmulo de disposiciones heterogéneas y de muy diversa procedencia, y no caracterizadas muchas veces precisamente por su claridad. De esta forma, es prácticamente imposible para los destinatarios de la norma penal en blanco el conocer el verdadero perfil de la conducta tipificada, por lo que, si no excluidas, sí que se ven al menos muy severamente mermadas las posibilidades motivadoras de la norma penal. Nada pacífica viene a resultar la conclusión de si con ello resultan infringidas las exigencias materiales del principio de legalidad penal, exigencias que se entroncan con el principio, también constitucionalmente garantizado, de seguridad jurídica y reserva de la ley penal.

1.6 CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

La Constitución Política de 1993 incorpora en nuestro ordenamiento jurídico positivo una serie de principios que se presentan como límites al ejercicio del ius puniendi por el Estado, condicionando la aplicación de las normas penales. Entre los principios fundamentales existentes en nuestra carta magna y que se encuentra en relación directa con las labores de tipificación de las normas punitivas, se encuentra básicamente dos: el principio de legalidad y el principio de reserva de la Ley en materia penal. La relación de estos principios con las leyes penales en blanco deriva de los numerosos inconvenientes derivados de la estructura anómala de estos últimos en el seno de un Derecho, como el penal, regido de una manera *absoluta* por el principio de legalidad, y más concretamente, de regulación a través de la Ley. En tal sentido, se ha llegado a afirmar que las leyes penales en blanco constituyen un mal necesario en el marco de una legislación penal económica justificando su existencia en constituir tipos sancionados en virtud de una realidad económica eminentemente circunstancial, respondiendo a valoraciones de coyunturas que por las mismas características fluctuantes del proceso económico deben ser adaptadas rápidamente a nuevos fenómenos o a situaciones no previstas originalmente. Debido a estos inconvenientes conceptuales, pretendemos en este apartado dar algunos alcances respecto a la problemática de las leyes penales en blanco y las soluciones que la doctrina y la jurisprudencia han realizado en este campo.

1.6.1 Principios Constitucionales

a) Principio de legalidad

De conformidad con lo establecido por el art. 2 de la Constitución de 1993: «Toda persona tiene derecho: (...) 24) A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: (...) d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». En el mismo sentido, el art. II del Título Preliminar del Código Penal señala que: «Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre previsto en ella». De esta manera, tanto la normativa constitucional y penal reconocen el principio de legalidad como límite de la intervención punitiva del estado y que tiene como requisitos que lo definen¹⁵:

a) La implica de una reserva normativa que, a su vez, se proyecta en cuatro diferentes manifestaciones de la norma jurídico-penal:

- 1) Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*).
- 2) Garantía penal (*nulla poena sine lege*).
- 3) Garantía jurisdiccional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*).
- 4) Garantía de ejecución conforme a la Ley.

b) El contenido de dicha Ley en sentido formal debe estar diseñado de manera que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1) Que se trate de una ley escrita (*lex scripta*).
- 2) Que dicha ley describa la totalidad del elenco de conductas penalmente tipificadas (*lex stricta*).
- 3) Que se aplique tan sólo a los comportamientos posteriores a su entrada en vigor (*lex praevia*).
- 4) Que sea clara y comprensible, sin ambigüedades que dificulten su interpretación (*lex certa*).

b) Reserva de la Ley en materia penal

Este es uno de los principios más importantes del ordenamiento penal y que se deriva del principio de legalidad. La reserva de la ley se encuentra relacionada con la potestad normativa en la esfera jurídico-penal, cuestión que entronca con las exigencia formal derivada del principio de legalidad y que llega a alcanzar al principio de separación de poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial)¹⁶, sobre el que se alza la estructura del moderno Estado de Derecho. La problemática respecto de este punto es establecer si la Ley constituye la única fuente del Derecho penal, o bien, más matizadamente, hasta qué punto puede o no serlo. En este sentido, no podemos dejar de lado la opinión de Rodríguez Devesa, el cual

¹⁵ BORJA JÍMENEZ, Emiliano.: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: estado actual de un debate permanente», Revista General de Derecho N° 585, 1993, pgs. 5696 y ss.; COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomas.: «Derecho penal. Parte general», Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 1996, pgs. 200 y ss.

¹⁶ En ese sentido, debemos tener en cuenta que siendo un principio fundamental en nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos.

incluso cuestionaba el carácter de la ley como fuente única del Derecho penal cuando afirmaba: «(...) las urgentes reformas que demanda nuestra legislación penal encuentran una barrera cuasi infranqueable en la oficialidad de las tesis de que cualquier ley o modificación penal ha de verificarse por la vía de una ley (...), con la lentitud que lleva aparejada aun cuando se recurra al procedimiento de urgencia. La llamada reserva de la ley (...) para las leyes penales está produciendo un retraso de reformas necesarias y urgentes (...)»¹⁷.

Esta opinión a pesar de provenir de un autor de la magnitud del ya citado, constituye una excepción al parecer de la doctrina mayoritaria, esto la vigencia del principio de reserva de la ley en materia penal. Pero dicho principio necesita unas precisiones en torno al carácter absoluto o relativo que reconoce la doctrina y que a continuación pasaremos a estudiar:

- a) La reserva absoluta de Ley se da cuando ningún acto normativo de rango inferior puede constituir fuente, ni siquiera en aspectos marginales.
- b) La reserva relativa de la Ley se da cuando la norma principal fija solamente las líneas fundamentales de la regulación con la posibilidad de ser completada con disposiciones de rango inferior¹⁸.

Aunque sin perjuicio de la existencia de opiniones contrapuestas, actualmente se puede afirmar que la doctrina mayoritaria se muestra partidaria de la reserva absoluta de ley en materia penal. Este principio ha sido materia de un importante número de resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional español; resoluciones a través de las cuales se diseñó una clara doctrina legal. Así, puede citarse a modo de ejemplo, la sentencia N° 118/1992 de 16 de septiembre, en la que se afirma: «Con respecto al derecho a la legalidad penal, este Tribunal ha manifestado que comprende una doble garantía: Por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (lex certa), y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley: Exigencia que, en el ámbito penal estricto, en el que nos movemos en el presente supuesto, debe implicar la reserva absoluta de Ley».

1.6.2 Teorías afirmadoras y negadoras de la constitucionalidad de la ley penal en blanco

Como se habrá podido observar, la peculiar estructura de las leyes penales en blanco ha generado una serie de cuestionamientos respecto a la constitucionalidad de los mismos, discusión doctrinaria que a continuación pasaremos a reseñar.

¹⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, José María.: «Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal», 1982, pg. 18. Citado por BLANCO LOZANO, Carlos., Op. Cit.

¹⁸ CASABÓ RUIZ, José Ramón.: «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente», en Estudios Penales y Criminológicos N.º V, 1981, pgs. 254 y 255.

a) Teorías negadoras de la constitucionalidad de la ley penal

Al desarrollar los principios de legalidad y reserva de la ley penal nos hemos dado cuenta que los mismos sufren una relativa afectación debido a la peculiar estructura de las leyes penales en blanco, motivo por el cual algún sector de la doctrina opina que su admisión resulta indeterminada e improcedente en el marco de un tipo legal de delito, ya que contiene una grave inobservancia de las exigencias de seguridad y certeza jurídica que han de presidir la tipificación de las leyes penales, por lo que resulta seriamente objetable¹⁹ su utilización. En tal sentido, las críticas a los tipos penales en blanco están basadas primordialmente en el mantenimiento de los principios constitucionales de legalidad, certeza y seguridad jurídica de las normas penales, por lo que señalan que es inadmisibles que las normas completadoras del vacío de las normas penales en blanco sean, generalmente, de rango inferior²⁰.

En el mismo sentido, Berdugo señala que en la praxis legislativa de la norma penal en blanco, se excluye la posibilidad motivadora de la norma penal, generando problemas en la relación entre Derecho penal y Derecho administrativo. De esto modo, puede llegarse a pensar, que más que sancionarse penalmente una lesión a un bien jurídico esencial, se responde a la desobediencia a una decisión de la Administración²¹. Por ello, se ha llegado a señalar que si el Derecho penal ha de aspirar siempre a los ideales de claridad y de tipificación tan sólo de las conductas más gravemente lesivas o peligrosas para los bienes jurídicos más esenciales, probablemente sea un requisito necesario (no suficiente), del que carece la actual regulación penal, el de conseguir una descripción penal autónoma, esto es, carente de normas penales en blanco²².

Los propugnadores de la teoría negativa de la constitucionalidad de las leyes penales en blanco señalan que no se puede decir que una norma penal gana en certeza cuando se produce el reenvío a una normativa que, lejos de ser clara y unitaria, se caracteriza por ser infinitamente amplia, confusa, heterogénea, farragosa, difusa y contradictoria, dándose una superposición de normas, puesto que en algunos temas muchas autoridades administrativas están dotadas de competencias, por lo que la utilización de esta técnica legislativa constituye para esta corriente doctrinaria una clara infracción del principio de legalidad, de manera que no se puede justificar esta práctica ni en la naturaleza de la materia ni en la pretendida defensa de la naturaleza del Derecho penal como Derecho penal administrativo²³.

¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel.: «La criminalidad ecológica en la legislación penal española», en Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, 1993, pgs. 877 y ss.

²⁰ DE VEGA RUIZ, José.: «El delito ecológico», 2.^a edic., Ed. COLEX, Madrid-España, 1994, pg. 30 y ss.

²¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», en Terradillos Basoco, «El delito ecológico», 1992, pg. 49.

²² PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel.: «Sobre algunos problemas dogmáticos que plantea la punición de los delitos contra el medio ambiente», en VV.AA., La protección penal del medio ambiente, pg. 147.

²³ COLAS TURÉGANO, M.A.: «Art. 347 bis, ¿Ruptura con el principio de legalidad? (Comentario a la Sentencia 173/91 del Juzgado de lo Penal número 3 de Valencia)», en PJ N° 26, 1992, pgs. 213 y ss.

b) Teorías afirmadoras de la constitucionalidad de la ley penal en blanco

A pesar de las críticas vertidas por las teorías negadoras de la constitucionalidad de las leyes penales, numerosos autores consideran que esta técnica de tipificación de la norma penal no resulta contradictoria a los principios constitucionales de legalidad, reserva de la ley y eventualmente de seguridad jurídica, siempre y cuando se establezca algunos principios que informen su elaboración. En tal caso, se ha señalado que el empleo de las leyes penales en blanco son admisibles siempre que se trate de un mero complemento técnico y ejecutivo de la ley penal²⁴. Además, los inconvenientes derivados de su peculiar forma de tipificación, se ven en muchos casos superados por los beneficios que al mismo tiempo conlleva, en la medida que existen innumerables circunstancias imposibles de detallar en el Código Penal.

Incluso se ha señalado que a través de la técnica legislativa de las leyes penales en blanco queda debidamente precisado el injusto y, además, la remisión a los reglamentos sólo servirá para precisar sus contornos específicos, por lo cual no se planteará un problema de constitucionalidad. En tal sentido, el empleo de la norma penal en blanco, es a veces el único recurso existente para proteger determinados bienes jurídicos, si se quiere hacer con certeza y seguridad jurídicas y, además resulta coherente con el carácter de Derecho penal administrativo que establece que corresponde a determinados sectores del Ordenamiento penal proteger ciertos bienes jurídicos a través del reforzamiento de la normativa penal que tiene un papel secundario, auxiliar e indirecto²⁵.

La jurisprudencia constitucional española se ha pronunciado en sentido favorable hacia el empleo de las leyes penales en blanco siempre que, sean tomados en cuenta algunos parámetros señalados por ejemplo en la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) N° 127/1990 de 5 de julio²⁶, la cual establece que: «es posible la incorporación al tipo de elementos normativos y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco; esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte

²⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis.: «La tutela penal de las aguas continentales», en Embid Irujo (dir.), La calidad de las aguas, 1994, pg. 180.

²⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis.: «Artículo 347 bis», en López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos (coords.), Código penal comentado, 1990, pgs. 652 y ss.

²⁶ El propio Tribunal Constitucional español reitera esta misma argumentación en su sentencia de 13 de febrero de 1996 (núm. 24/1996), según la cual: «(...) la técnica que permite completar el perfil de los tipos penales mediante el reenvío normativo, constituye una práctica que, si bien desde la ortodoxia conceptual puede justificar ciertos recelos iniciales, resulta del todo necesaria en una sociedad altamente desarrollada y que requiere una respuesta sumamente precisa acerca de los límites que deslindan la actuación lícita de aquella que no sólo no lo es, sino que lleva aparejada la más enérgica y contundente reacción que permite el ordenamiento jurídico, como es la sanción penal.

de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada»²⁷.

En un sentido similar se pronuncia también la STC N° 62/1994 de 28 de febrero cuando señala que la norma penal en blanco: «reúne los requisitos de *lex praevia*, *certa* y *scripta* exigidos constitucionalmente, puesto que formula una remisión expresa y completa a normas específicas y define el núcleo esencial de la conducta prohibida, remitiéndose solamente para completar el tipo a una determinada circunstancia, con lo cual queda definido asimismo de modo suficiente este elemento, consistente en una infracción administrativa de normas que tengan aquella finalidad».

Por todas las consideraciones arriba señaladas, solo nos queda decir que a pesar que desde un punto de vista puramente teórico las críticas elaboradas por las teorías negadoras de la constitucionalidad de la ley penal en blanco sean en muchos casos plenamente justificadas y técnicamente irreprochables, desde un punto de vista pragmático, la cuestión deviene más compleja, ya que en muchos casos en virtud a las características especiales de determinadas infracciones jurídicas de fuerte gravedad y complejidad, el ordenamiento jurídico sin la existencia de este tipo de normas se mostraría ineficaz, siendo por ello necesaria su implementación. En todo caso, como señala Blanco Lozano los problemas que plantea la supresión de la norma penal en blanco son infinitamente menores cualitativamente que los que plantea su previsión legal²⁸.

1.7 CONTORNOS DEL DELITO DE ABUSO DE PODER ECONOMICO

Luego de haber establecido la constitucionalidad de las leyes penales en blanco como técnica de tipificación en materia penal, debemos concluir señalando que nuestro vigente Código Penal utiliza la ley penal en blanco para establecer los contornos del delito de abuso de poder económico, lo que nos obliga a acudir a otras disposiciones ajenas al texto penal para completar la figura delictiva. En ese sentido, el art. 232 del CP señala que: «El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición de monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorcionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 36, incisos 2 y 4».

Como se puede observar del análisis del tipo penal, el comportamiento típico consiste en infringir la ley de la materia, abusando de una posición monopólica u oligopólica en el mercado, o en participar en prácticas y acuerdos restrictivos, conductas contempladas en el art. 5 y 6 del D. Leg. N° 701, ya antes mencionado. Nosotros en el presente trabajo solo nos dedicaremos al análisis del primer supuesto, o sea la comisión de un abuso de poder económico mediante el abuso de posición de dominio (abuso de posición monopólica u oligopólica en el Código

²⁷ Citada por CERES MONTES, José Francisco.: «La regulación en el nuevo Código Penal de los delitos relativos a la protección de los recursos naturales y del medio ambiente. Los delitos contra la flora y fauna, y los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes», en Actualidad Penal N° XIII-1999, Madrid-España.

²⁸ BLANCO LOZANO, Carlos., Op. Cit.

Penal), dejando de lado la modalidad relativa a las prácticas y acuerdos restrictivos realizados por los agentes económicos.

Como hemos podido apreciar, a pesar de la existencia de sanciones administrativas, nuestra legislación se ha inclinado por penalizar dicha conducta, para la que ya están previstas una serie de consecuencias jurídicas a nivel administrativo. Por tanto, la penalidad de abuso de poder económico significa la satisfacción de un interés «difuso», colectivo. Dentro de esa finalidad es necesario señalar que dado que la norma remisiva en que se apoya el delito de abuso de poder económico, se sirve de conceptos jurídicos indeterminados, lo que requiere para la correcta tipificación desentrañar conceptos como mercado relevante, posición de dominio, abuso de posición de dominio, etc., que a continuación pasaremos a desentrañar.

CAPITULO SEGUNDO: EL SUJETO DOMINANTE

2.1 EL SUJETO DOMINANTE EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA PERUANO

Para analizar la tipificación del delito de abuso de poder económico en su modalidad de abuso de posición monopólica u oligopólica (en adelante abuso de posición de dominio o APD), es necesario hacer un análisis comparativo entre la legislación administrativa y la normativa penal, dado que en estos dos ámbitos existen ciertas peculiaridades en cuanto al criterio que debe regir para ser sujeto pasivo de sanción administrativa o penal. En ese sentido, el art. 2 del D. Leg. N° 701, señala dentro del ámbito de aplicación subjetivo que: «La presente Ley (D. Leg. N° 701) es de aplicación a todas las **personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado**, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley»^{1 2}. De acuerdo a lo señalado por el citado artículo, la ley de Defensa de la Libre Competencia considera comprendido en su ámbito de control y regulación a las personas físicas o jurídicas que contraten a título **oneroso o gratuito**, sea para consumo final o para su beneficio propio, o de terceros, pues la ley se coloca en todas las posibilidades al señalar «que realicen actividades económicas»³. Por su parte, la normativa comunitaria, fuente de inspiración de nuestro texto legislativo para determinar al sujeto que ostenta una posición de dominio utiliza el termino «empresa», el cual es definido más desde una perspectiva económica que jurídica⁴, en el asunto **Polypropylene**, establece que debemos entender por «empresa» a **aquellas entidades que, cualquiera que sea su forma o categoría jurídica, sean capaces de desarrollar algún tipo de actividad económica en los mercados de bienes y servicios**⁵. Es importante observar que la definición señalada no se centra tanto en el dato jurídico de la personalidad, como en el dato de la naturaleza económica o comercial de la actividad en la que incurre la empresa. Por ello, la doctrina señala que en el Derecho de la competencia comunitario, el concepto de sujeto que goza de una posición de dominio se aplica a toda entidad, que, con personalidad física o jurídica, o simplemente con personalidad moral, o incluso sin ellas, realiza una actividad con fines

¹ Artículo modificado por el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18-04-96. Originalmente decía: Artículo 2.- La presente Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas.

² La formula utilizada por nuestra legislación no guarda relación con la adoptada por el art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea el mismo que prohíbe: «(...) la explotación abusiva, **por parte de una o más empresas**, de una posición dominante (...). Esta prohibición trata en lo posible de ser amplia en la medida que rige también para las empresas publicas o monopolios legales e incluso para carteles exentos.

³ FLINT BLANCT, Pinkas.: «Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L.701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia», Fondo Editorial PUCP, 2002, Lima-Perú, pg. 385.

⁴ VILA COSTA, Blanca.: «El «abuso de posición dominante» en la CEE», en Colección Cuadernos de Administración Pública, Madrid-España, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1979, pgs. 95 y ss.

⁵ La Comisión acoge esta definición de carácter marcadamente funcional y económico en la decisión del 23 de abril de 1986, **Polypropylene**, DOCE L 230/1 de 18 de agosto. 1978.

económicos en el mercado, no constituyendo la personalidad jurídica como un elemento esencial del concepto comunitario de empresa⁶.

Por ello, en principio, en el Derecho de la competencia dicho concepto es susceptible de ser aplicado a toda «persona jurídica» incurso en actividades económicas en el mercado⁷, sea cual sea la forma o categoría jurídica que esta pueda adoptar, incluso no se exige el ánimo de lucro, bastará con que se trate de una actividad de producción o distribución de bienes y servicios y se preste normalmente contra remuneración. Así, por ejemplo, personas físicas, sociedades mercantiles y civiles, asociaciones profesionales, cooperativas agrícolas, comerciantes individuales, fundaciones y instituciones públicas, agrupaciones de interés económico etc. han sido consideradas «empresas» por las autoridades comunitarias⁸, criterio que también podemos trasladar para configurar el sujeto infractor en nuestra normativa nacional.

Pero si bien es cierto, el criterio de atribución de responsabilidad administrativa es amplio, en el derecho penal rige el principio que señala que sólo la persona física puede ser sujeto activo del delito en virtud del axioma «societas delinquere non potest», fundamentado básicamente en la afirmación que entes distintos del ser humano no tienen, conforme al tradicional Derecho penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de padecimiento de pena. Este principio se encuentra consagrado en el art. 27 del Código Penal, el cual señala que: «El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito, es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero si en la representada». En este caso, es interesante señalar que para efectos de determinar quien puede ser sujeto dominante, la normativa penal no es aplicable, ya que la remisión expresa señalada en el art. 232 del CP establece que dicho concepto se determine en base a normas administrativas, utilizándose este principio solo a efectos de la individualización de la pena y atribución de la misma a personas naturales mediante la **transferencia de las cualidades** que residen en el representado a la persona que actúa en su nombre o representación. Por ello, el presente capítulo tendrá dos objetivos fundamentales, en primer lugar determinar los alcances de las normas y la jurisprudencia administrativa en cuanto a la determinación del sujeto que ostenta una posición de dominio y de otro lado realizar unos alcances

⁶ FONT GALAN, Juan Ignacio.: «La libre competencia en la Comunidad Europea», Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, Madrid-España, pg. 63 y ss. Este autor señala de otro lado que la aplicación de este criterio no debe hacerse de manera arbitraria, ya que dicha definición a pesar de ser amplia y flexible no excusa que, para que una entidad económica pueda ser calificada como «empresa» a los efectos del Derecho comunitario de la competencia, deba ser de algún modo capaz de sostener derechos y obligaciones, y económicamente autónoma, pues de otro modo no se entendería que pudiera actuar eficazmente en el mercado; pero sin que los requisitos de la personalidad y de la capacidad de obrar, tal como son definidos en los ordenamientos jurídicos internos, sean necesarios para la calificación de la entidad económica de que se trate como «empresa».

⁷ Ello ocurrirá cuando la entidad se dedique a alguna actividad de producción o distribución de bienes o servicios en el mercado. Este criterio (que realice actividad económica en el mercado) es además interpretado de forma amplia y flexible, no siendo necesario que se trate de una actividad formal y principal, pues a la hora de decidir si una determinada entidad puede ser calificada como empresa, no atienden tanto al objeto formal de su actividad, como a si su actividad de hecho es económica o no, aunque sea de forma incidental o marginal, y a si afecta de facto a la competencia.

⁸ BELLAMY, Christopher /CHILD, Graham.: «Derecho de la competencia en el Mercado Común», Editorial Civitas, Madrid-España, 1992, pg. 73-74.

respecto a los criterios de punición de los sujetos que abusan de su posición de dominio.

2.2 CASOS ESPECIFICOS DE SUJETOS DOMINANTES

2.2.1 Las personas naturales

El art. 2 del D. Leg. N° 701 dentro del ámbito de aplicación subjetivo y por ende quienes pueden ostentar una posición de dominio en el mercado son: **«todas las personas naturales (...) que realicen actividades económicas»**. La ley al ocuparse de las personas individuales o personas naturales, se plantea el problema referente a su personalidad; esto es, su carácter de sujeto de derecho. En tal sentido, la persona es el ser humano jurídicamente apreciado, cuyo atributo o calidad intrínseca de ser jurídico es la personalidad. En tal sentido, la persona entre su nacimiento y su muerte, cuenta con personalidad jurídica, es decir, con capacidad de tener derechos y deberes⁹. Y a eso se refiere, el D. Leg. N° 701 cuando hace referencia a todas las «personas naturales» que realicen actividades económicas, el que intrínsecamente se refiere a la capacidad jurídica, o sea la capacidad de cumplir actos jurídicos o sea, actos que tienen efectos jurídicos. Pero, si bien es cierto, la capacidad jurídica es en principio general e inseparable al ser humano, la ley no reconoce aptitud jurídica a ciertas personas en ciertos casos por motivos especiales. Esto quiere decir que la capacidad jurídica es por definición genérica, y que las incapacidades sólo pueden establecerse para ciertos casos especialmente establecidos¹⁰.

2.2.2 Las personas jurídicas

Las personas jurídicas o colectivas son entidades constituidas por una pluralidad de personas individuales (también las pueden constituir otras personas colectivas) o por un patrimonio o masa de capital (fundaciones), a las que el ordenamiento jurídico reconoce como posibles titulares de derechos y obligaciones. El Estado les atribuye personalidad o individualidad propia, distinta de los elementos que la componen, ejercitando derechos y siendo susceptibles de cumplir obligaciones, y actuando mediante los correspondientes órganos de representación constituyendo centros unitarios de referencia normativa¹¹. Según el art. 17 del Código Civil a partir del acto formal de la inscripción en un determinado registro surge, la persona jurídica. Esta requiere de esa peculiar existencia formal para constituir un centro unitario de imputación de normas, y de esta menara ser distinta de la real existencia de todas y cada una de las personas naturales que la integran que actúan con voluntad y decisión propia, actuando y representando a la misma. Las personas jurídicas, tal como lo señala el art. 2 del D. Leg. 701, admite modalidades, ya que pueden ser: empresas privadas, una empresa estatal (de derecho público, de derecho privado o de economía mixta) o una Entidad del Sector Público que realiza actividad

⁹ MAZEAUD, Henri y Leon. Lecciones de Derecho Civil, parte primera. V. II. Buenos Aires: Ed. Ediciones Jurídicas Europa-America, pg. 7; RUBIO CORREA, Marcial.: «El ser humano como persona natural», Fondo Editorial de la PUCP, Lima-Perú, 1992, pg. 22.

¹⁰ Cfr. art. 42 a 46 del Código Civil.

¹¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.: «Derecho de las personas». Ed. Cuzco, s/f, p. 147.

empresarial (por ejemplo, una municipalidad que presta servicios de fumigación en competencia con otras empresas privadas).

a) Las personas jurídicas de derecho público

Las personas jurídicas de derecho público son instituciones cuyo origen radica directamente en la índole misma de la colectividad como organismo político, o sea, que su nacimiento emana inmediatamente de la ley o de un acto administrativo. El ente que así existe, asume la categoría del ente público, quien obra ejerciendo su inherente *jus imperium*. En ese sentido, son personas de derecho público el Estado, los Municipios, las sociedades de beneficencia pública, etc.; En ese sentido, El D. Leg. N° 701 ha establecido de manera clara que las empresas de Derecho Público son susceptibles de cometer restricciones a la competencia, diferenciándose de esta forma de su homóloga comunitaria (el Tratado de la Comunidad Europea), donde la regulación de las empresas del sector público bajo las normas del Derecho de la Competencia constituye una cuestión muy controvertida ya que se discute el hecho de determinar si los entes públicos pueden ser considerados como «empresa, y por tanto, si éstos pueden estar en posición de dominio en el mercado e incurrir en algún supuesto de abuso regulado en el artículo 82 TCE. Aunque como se menciona este aspecto no es una cuestión resuelta ni pacífica, en la actualidad se predice una tendencia en las autoridades comunitarias a considerar que nos encontramos frente a una «empresa», aun cuando quien realiza la actividad económica o comercial en el mercado es un organismo de la administración pública. El criterio delimitador se situaría pues en la naturaleza propiamente administrativa o comercial de la actividad¹². En conclusión una «empresa» pública puede tener una posición de dominio y explotarla abusivamente, provocando la aplicación del D. Leg. N° 701.

b.2 Las personas jurídicas de derecho privado

De otro lado las personas jurídicas de derecho privado son aquellas entes cuyo nacimiento se encuentra ligado a satisfacer la necesidad de solidaridad humana o de carácter económico cuyo origen se encuentra ligado a voluntad de dos o más personas naturales.

2.2.3 La extensión de la responsabilidad

La segunda parte del art. 2 del D. Leg. N° 701, señala que el mismo se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por dicha Ley. El texto de esta segunda parte es fruto de la modificación efectuada por el artículo 11 del Decreto Legislativo 807, cuya exposición de motivos señala lo siguiente: «El Artículo 2 del

¹² Puede exigir un análisis profundo de la naturaleza de determinadas actividades de los entes públicos para ver si se ocultan bajo la apariencia de prerrogativas públicas verdaderas actividades económicas. Sería una doctrina del «levantamiento del velo» aplicada al control de ciertas actuaciones de la Administración en el mercado. Cabe encontrar un referente en la jurisprudencia comunitaria, donde el Tribunal de la CEE consideró que la cesión a British Telecommunications de la facultad de adoptar disposiciones relativas a la fijación de tarifas de precios y otras modalidades de prestaciones que ofrecía a los usuarios, no tenían carácter regulador y, por lo tanto, eran consideradas actividad empresarial y quedaban sometidas por ello al artículo 82 TCE. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 1985, as. C-41/83 Italia c. Comisión, considerandos 19 y 20.

Decreto Legislativo N° 701 sólo contemplaba, dentro del ámbito de la Ley de Libre Competencia, la responsabilidad que tienen las personas naturales o jurídicas que desarrollan la actividad económica, y la de sus representantes. Pero dicho articulado contenía un vacío desde su promulgación ya que en ocasiones las decisiones que constituían la base del desarrollo de prácticas abusivas en el mercado eran tomadas por personas que no necesariamente ejercían la representación de la empresa, pero que dirigen la misma, tal es el caso, por ejemplo, de los miembros del directorio, que sin ser representantes, toman decisiones que determinan el accionar de la empresa. Por ello, la citada norma incorpora a las personas que ejercen la dirección de la empresa¹³ y, con ello, las hace pasibles de sanciones por las decisiones que adopten. De esta forma se busca desincentivar de manera más efectiva las prácticas contrarias a la libre competencia, al extender la responsabilidad incluso al patrimonio personal de quienes toman las decisiones.

Como puede advertirse, lo que ha hecho la modificación introducida por el artículo 11 del D. Leg. N° 807 a la segunda parte del art. 2 del D. Leg. N° 701, es ampliar la responsabilidad por infracciones a la libre competencia, a las personas que toman las decisiones y ostentan la dirección de las empresas sin que necesariamente tengan la representación de las mismas. Con ello se busca no excluir la necesidad de determinar una persona física o jurídica, responsable en último término de la actividad de la entidad económica infractora, sobre la que deberán hacerse efectivas las obligaciones impuestas por las reglas de la competencia y las eventuales sanciones que puedan seguir a su infracción, pues se ha entendido que no necesariamente quien ejecuta las decisiones de una empresa es quien contraviene la ley (en este caso podría existir una responsabilidad conjunta, de quien decide aplicar restricciones a la competencia y quien ejecuta las mismas), por ello se busca implícitamente delimitar responsabilidades para aplicar de manera correcta las consecuencias jurídicas. Siguiendo este razonamiento, los directores de una empresa privada o estatal como los funcionarios directivos de una Entidad del Sector Público o privado que realizan actividad empresarial, podrían ser pasibles de ser sancionados administrativamente por abuso de una posición dominante.

2.2.4 Los grupos de empresas

Un supuesto interesante en el presente análisis lo constituye los casos de infracción de las normas de protección de la Libre competencia por parte de los grupos de empresas. En primer lugar debemos mencionar que el grupo de sociedades (o empresas) es un fenómeno derivado de la concentración empresarial, donde dos o más empresas jurídicamente autónomas pero bajo una dirección unificada se unen con la finalidad de tomar decisiones de satisfacción al

¹³ El término dirección implica dirigir, gestionar. El directorio de una empresa por tanto se encarga de administrar la sociedad, y se encuentra conformado por directores que tienen una función, facultad y obligación individual. Las empresas están conformadas básicamente por tres órganos: la junta de accionistas, el directorio y la gerencia. La junta de accionistas es el órgano de la sociedad donde se encuentran representadas las personas naturales o jurídicas que tienen intereses económicos en la empresa, por su parte la gerencia es el órgano ejecutivo encargada del manejo empresarial. El gerente es el empleado de mayor jerarquía y representante legal de la empresa en tanto que el directorio es el órgano colegiado al cual reporta la gerencia. Por su parte el directorio es el órgano colegiado nombrado por la Junta General de Accionistas que se encarga de gestionar y ejercer la representación legal para la administración de la sociedad dentro de su objeto con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general.

interés grupal, consolidando entre las mismas relaciones de dominación-dependencia, las que importan el control ejercido por uno o varios sujetos dominantes (pudiendo ser alguna de las empresas) sobre la empresa o empresas dominadas. Las características estructurales de los grupos de empresas son tres:

1) Autonomía jurídica. Esto quiere decir una autonomía jurídica *strictu sensu* y no económica o formal, o sea una autonomía de derecho y no de hecho, normativa y no empresarial, porque éstas (las empresas o sociedades) conservan su individualidad, de manera formal aunque la autonomía de su conducta se comprometa en mayor o menor medida¹⁴.

2) Relación de dominación-dependencia o «influencia dominante»¹⁵. Esta característica entraña cinco elementos que van apareciendo sucesivamente, pero que se mantienen en el tiempo; ellos son: dominación, intensidad, duración, control y dependencia. De la interacción de estos factores tenemos que la dominación intensa y duradera ejercida por un sujeto sobre una empresa genera para el primero el control y, para la segunda, la dependencia y;

3) la Dirección unificada. La dirección unificada es otro elemento tipificante de los grupos de empresas que consiste en la capacidad del sujeto dominante para imponer sus decisiones a la empresa, rigiéndose para tal efecto por el principio del interés grupal. Es, en buena cuenta, transferir el poder de dirección, planificación y gestión de la empresa que normalmente incumbe a sus titulares, hacia un tercero (que puede ser, incluso, ajeno a dicha empresa) y que tiene la calidad de sujeto dominante.

Nuestro país, cuenta con una legislación sectorial sobre grupos de empresas; esto es, no tiene una legislación propia para este sector, entre las leyes y reglamentos nacionales mas importantes que hacen referencia a los grupos de empresas, podemos citar los siguientes¹⁶:

a) La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (LGSF), Ley 26702 (9/12/1996), que se define a los conglomerados financieros y mixtos.

b) La Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley 26876 (19/11/1997), que define que se entiende por concentración. Dentro de esta definición incluye a la empresa que se constituye en común y a la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas, a través de la adquisición de acciones, participaciones o por medio de algún contrato de gerencia, gestión, sindicación de acciones u otro que confiera el control directo o indirecto de una empresa (art. 2).

c) El Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico, Res.SBS N° 722-97-EF/92.10 (29/11/1997), que brinda una regulación general de los grupos de empresas que operan en el sector del mercado de valores¹⁷.

¹⁴ SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, Tula.: «Las empresas transnacionales y la imputación de responsabilidad: problemática jurídica», en Revista Peruana de Derecho de la Empresa N° 40, Lima-Perú, 1991, pg. 211.

¹⁵ EMBID IRUJO, José.: «Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo», 1987, pgs. 32-33.

¹⁶ LEYVA SAAVEDRA, José. «Los grupos de empresas», en <http://articulos.derechoempresarial.deamerica.net/?art=8>.

¹⁷ Además la Ley General de Sociedades, Ley 26887 (9/12/1997), que regula el control indirecto de acciones. Se señala que las acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones no dan a su titular derecho de voto ni se computan para formar quórum. Además, se dice que la sociedad controlada es aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más del 50% de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de las acciones (art. 105).

d) El Reglamento para la Supervisión Consolidada de los Conglomerados Financieros y Mixtos, Res. SBS N° 226-2000 (6/7/2000), que diferencia al grupo consolidable del sistema financiero del grupo consolidable del sistema de seguros (art. 2), al tiempo que dispone medidas prudenciales, para lo cual señala los requerimientos patrimoniales (arts. 5-8) y los límites consolidados (arts.9-13). En las normas siguientes detalla la información requerida para la supervisión consolidada (arts.15-20).

En el Derecho Comunitario de Competencia y, en particular la aplicación que se le da en relación al 82 TCE, se considera que un grupo de sociedades constituyen una misma empresa, cuando éstas conforman una unidad económica en el mercado. En tal sentido, la unidad económica viene definida, no por el dato de la personalidad¹⁸, sino por la **ausencia de autonomía de unas sociedades** en la determinación de su actuación en el mercado¹⁹. Para determinar el grado de control o autonomía existente en un grupo y considerarlo o no como una misma empresa se suele atender a factores tales como la importancia de la participación en el capital social que una empresa sobre otra, la composición de los consejos de administración, o el modo como una empresa influencia a otra y el alcance con que la filial sigue las instrucciones de la matriz. Se trata, no obstante, de una cuestión de hecho que se habrá de valorar en cada caso en atención al conjunto de condiciones y circunstancias concurrentes. Se trata de una cuestión que puede afectar de forma muy importante a la definición de la posición de dominio y al tratamiento subjetivo del abuso ya que permite aplicar las consideraciones establecidas en el D. Leg. N° 701, al grupo en su conjunto, aunque la sociedad que haya realizado el abuso en el Mercado no sea la misma que ostenta la posición de dominio. Ello permite dirigir las decisiones o imponer las multas no sólo a las sociedades que han participado directamente en la decisión, sino también a las otras sociedades del grupo que la han facilitado o que pudiendo hacerlo no se han opuesto. Y también permite extender la responsabilidad a sociedades del grupo establecidas fuera de un determinado mercado por infracciones realizadas por sus sociedades filiales sin tener que recurrir a la problemática teoría de los «efectos».

2.2.5 Los colegios profesionales

Otro supuesto particular de personas que eventualmente podrían ser considerados como sujetos que ostentan una posición de dominio lo constituyen los Colegios Profesionales²⁰ (organizadas como personas jurídicas de Derecho Público por delegación), organismos que detentan un monopolio en el otorgamiento de colegiaturas a los profesionales titulados, algunos incluso exigen la colegiatura obligatoria como presupuesto para el desarrollo profesional del profesional respectivo como por ejemplo ocurre con los Colegios de Abogados ya

¹⁸ Para las autoridades comunitarias el término empresa es sinónimo de unidad económica, aunque esta unidad esté integrada por dos o más personas físicas o jurídicas (Sentencia de 12 de julio de 1984, as. 170/83, Hydrotherm , Rep. 2999, 3016; Comisión, decisión de 18 de junio de 1969, Christian & Nielsen , DOCE L 156/12).

¹⁹ La dependencia o subordinación o, su contrario, la autonomía de decisión se descubre así el criterio esencial en el que se centran las autoridades comunitarias para calificar un grupo de sociedades como una misma empresa o como distintas empresas.

²⁰ Los Colegios Profesionales son agrupaciones de profesionales a los cuales el Estado les ha conferido una función de carácter público: habilitar a ciertas personas, mediante el otorgamiento de la "colegiatura", para la prestación de determinados servicios

que los profesionales no colegiados se encuentran impedidos de ejercer la profesión en el ámbito de la defensa legal; es decir, el Colegio de Abogados controla el acceso de los profesionales a dicho mercado.

Los Colegios Profesionales pueden afectar la competencia en el desarrollo de sus funciones ya que actúan como «empresas»²¹ y también en el rol de «agrupaciones de empresas»²². Así, un Colegio Profesional será una empresa respecto a la actividad económica que realice por sí mismo, pero actuará como una agrupación de empresas en tanto adopte, por medio de sus correspondientes órganos, decisiones que vinculen a las «empresas miembros». En tal sentido, los Colegios Profesionales, como agrupaciones de profesionales, son importantes en el ámbito del Derecho de la Competencia no sólo por la actividad empresarial desarrollada por sí mismos, sino sobre todo por que cuentan con una estructura organizativa que, apoyada en normas legales o convencionales, constituye el medio para la adopción de decisiones que determinan o influyen en la conducta competitiva de sus miembros. Sobre el particular, el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi, con ocasión de asunto **INDECOPI vs. Colegio Químico Farmacéutico del Perú** se pronunció estableciendo el siguiente precedente: «Siendo que los Colegios Profesionales realizan actividades económicas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 701, se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha ley. En tal sentido, serán pasibles de sanción en la medida que sus decisiones, recomendaciones y cualesquiera de sus actividades produzcan o puedan producir limitaciones, restricciones o distorsiones a la libre competencia, en los términos establecidos en la ley mencionada»²³.

2.3 LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

Tal como lo establece el art. 2 del D. Leg. N° 701, uno de los elementos configuradores para determinar la posición de dominio, es la realización de actividades económicas, las cuales son todas aquellas actividades que tienen relación con la satisfacción de las necesidades de los individuos y de la sociedad en su conjunto. La satisfacción de estas necesidades sean materiales como no materiales obligan a las personas a realizar actividades productivas. Realizando estas actividades se obtienen los bienes y servicios que se necesitan para satisfacer las necesidades que puedan ser primarias, secundarias y terciarias²⁴. Las «**actividades económicas**» funcionan como un filtro que permite descartar actividades no económicas que realizaran en el mercado personas naturales o jurídicas de derecho público o privado que generen distorsiones en el mercado y que afecten la competencia, por ejemplo, si bien es cierto que el D. Leg. N° 701 puede aplicarse a las Entidades del Sector Público, esto solo se dará en tanto dicha Entidad desarrolle actividad empresarial. **Contrario sensu**, dicha norma no se aplica cuando la Entidad del Sector Público ejerce potestades

²¹ GALÁN CORONA, Eduardo.: «Acuerdos restrictivos de la competencia». Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1977, pg. 141.

²² GALÁN CORONA, Eduardo., Op. Cit., pg. 291.

²³ Resolución No. 229-97-TDC, de fecha 12 de septiembre, recaída en la investigación seguida de oficio por la Comisión de Libre Competencia contra el Colegio Químico Farmacéutico del Perú, por presunta realización de prácticas restrictivas de la libre competencia al fijar sueldos mínimos para los profesionales químicos farmacéuticos.

²⁴ FLINT BLANCT, Pinkas., Op. Cit., pg. 389.

administrativas o funciones de derecho público (actividad donde despliega el ejercicio de **ius imperium**). En efecto, la **ratio legis** del artículo 2 del Decreto Legislativo 701 determina que sólo las decisiones de naturaleza empresarial se encuentren supervisadas por las normas que disponen la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Las decisiones efectuadas como autoridad administrativa no se encuentran bajo el ámbito de dichas normas. Es por ello que se descartara la aplicación del D. Leg. N° 701 cuando órganos de la Administración Pública dentro del ejercicio de sus potestades administrativas y sin realizar actividades económicas, propician, instigan o recomiendan la realización de prácticas restrictivas de la libre competencia, dicha conducta no será de conocimiento de la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI pero serán susceptibles de investigación por parte del Sistema Nacional de Control²⁵.

2.4 EL SUJETO DOMINANTE Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

Una vez determinado el sujeto dominante, el cual puede ser en nuestro ordenamiento cualquier personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que realicen actividades económicas, aplicándose extensivamente dicho criterio a efectos de expandir el ámbito subjetivo de la norma a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley, no tendremos ningún problema en sancionar penalmente a los que hayan desarrollado tales conductas, siempre y cuando estos sean personas naturales, dado que tal como lo señala nuestra doctrina penal, sujeto activo del presente delito puede ser cualquier persona²⁶ que desarrolle actividad económica. Pero el problema se da cuando el sujeto dominante y quien abusa de dicha posición es una persona jurídica que realiza una actividad económica, en este caso si bien administrativamente se puede sancionar a dicha empresa mediante la imposición de una multa, la doctrina penal es reticente en establecer una pena a la persona jurídica que ostenta dicha posición. En tales casos, nuestra legislación penal establece la responsabilidad penal de los órganos de administración autorizados o del socio representante autorizado inclinándose de esta manera por la teoría del actuar «en nombre de otro», regla mediante la cual se pretende determinar el sujeto responsable de una conducta delictiva.

Por lo tanto, de *lege laga* cabe afirmar que en nuestro derecho, tal como se encuentra configurado, no se puede hablar de una responsabilidad penal de las personas jurídicas dado que perdura la vigencia del aforismo *societas delinquere non potest*. Pero, para un sector considerable de la doctrina, el tema es objeto de una revisión profunda ante la intensificación del tráfico jurídico y el surgimiento de una criminalidad económica con fuerte incidencia sobre las personas

²⁵ En efecto, de acuerdo al Artículo 6 de la Ley 27785 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, publicada el 23 de julio de 2002), corresponderá a los órganos de control gubernamental interno (auditoría interna de cada Entidad) y externo (la Contraloría General de la República) supervisar, vigilar y verificar los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como velar por el cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción.

²⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCIA CANTIZANO, María del Carmen.: «Manual de derecho penal. Parte especial», 4ta. Ed., Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1998, pg. 436.

jurídicas, esta corriente habla de una «erosión» del aforismo *societas delinquere non potest*²⁷. Por lo tanto en este apartado desarrollaremos algunos alcances materiales respecto a la aplicación y nuevas tendencias del citado principio.

2.5 EL ACTUAR EN NOMBRE DE OTRO

Nuestro artículo 27 del Código penal, en concordancia con los criterios elaborados por la dogmática penal moderna, ha creado una suerte de subsistema de imputación que actúa en paralelo con categorías equiparables a la teoría clásica, pero con contenidos adecuados a la persona ideal, conocida como la institución del «actuar por otro»^{28 29}, principio mediante el cual se sostiene que la persona física que actúa en nombre de una persona ideal, se le traspasan todas las calidades de esta última para los efectos de señalarlo como sujeto activo de un tipo penal. Por tanto, la finalidad del art. 27 del Código Penal sería permitir la **transferencia de las cualidades** que residen en el representado a la persona que actúa en su nombre o representación, evitando la *atipicidad* que, de otra manera, se produciría, al existir la escisión de las características típicas. Por ello, la introducción del art. 27 del Código Penal tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal de los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, *pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva*.

En conclusión, nuestro Código Penal extiende la responsabilidad penal proveniente de la comisión de un **delito especial propio**³⁰ a los sujetos no cualificados, siempre que hayan obrado en representación de una persona jurídica que poseyera dicha calificación. En ese sentido, el delito de abuso de

²⁷ LASCANO, Carlos Julio.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos», en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie N° 3, 2000, UNC y Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba-Argentina, pg. 177.

²⁸ Respecto a la «teoría del actuar por otro», en la doctrina española se verifican dos tesis argumentales para su sostenimiento y aplicación, la primera de ellas es la denominada «la teoría de la disociación de los elementos típicos», que indica que el actuar en nombre de otro presupone que la totalidad de los elementos del tipo se reparten entre dos sujetos concretos que luego aparecen disociados personalmente. Por ello, el sujeto que ejecuta la acción típica carece de los elementos de la autoría (representante), mientras que el representado, que no ha actuado, sí cumple los elementos personales de la autoría. Ante la laguna de punibilidad, se prevé una fórmula de ajuste de dispersión de los elementos típicos, que exige que los elementos típicos de que carece el representante concurren necesariamente en el representado (ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina.: «Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades», Editorial Tecnos, Madrid-España, 1996, pgs. 12-13). La otra, es la denominada «teoría de los delitos de dominio social o delitos especiales de garante», que es sostenida por Gracia Martín, quien advierte que una gran mayoría de elementos especiales de la autoría describen a sujetos caracterizados por ejercer una función que implica el dominio del ámbito de protección de la norma (dominio social). Tal dominio social es fundamento de la posición de garante del autor especialmente cualificado, estableciéndose como criterio formal de equivalencia el deber de actuar. Así, se establece la posición de garante como presupuesto de aplicación de la cláusula de actuar en lugar de otro. En la postura de Gracia Martín, se mantiene la viabilidad de aplicar la fórmula citada a todos los delitos especiales, ya sea propios o impropios, mientras que la citada Alonso de Escamilla la limita a los primeros.

²⁹ La figura del actuar por otro nace como solución a una laguna legal de punibilidad representada por la imposibilidad de imponer una sanción a la persona que realiza la acción que la norma penal pretende evitar por no reunir esta ciertas condiciones que el tipo de lo injusto del delito especial propio exige, constituyendo una cláusula de extensión de la autoría. Cfr. GRACIA MARTIN, Luis.: «La responsabilidad penal de la empresa y sus órganos ó una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del derecho penal», en Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Editorial José María Bosch, Barcelona-España, 1995, pg. 430-431.

³⁰ Los delitos especiales propios son aquellos en los que para atribuir la autoría de una conducta se exige necesariamente la presencia de ciertas características, las que únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes.

poder económico contemplado en el art. 232 del CP en su modalidad de abuso de posición de dominio constituye un delito especial propio, ya que se requiere un determinado status para cometer el mismo, cual es, el ostentar una posición de dominio en el mercado, característica que en la mayoría de casos recae en una persona jurídica, por lo que serán los órganos de representación autorizados de la misma o el representante autorizado a quien se le imputara a título de autor la conducta desplegada por la misma.

De esta forma, el art. 27 del Código Penal vendría a constituir «una regla complementaria del modelo de autoría» fijado en el art. 23 del mismo texto, el cual tiene por objeto, en aras de preservar el principio de legalidad, delimitar la existencia de posibles autores en aquellos casos en que por tratarse de delitos especiales, se exige la concurrencia de determinadas condiciones o cualidades para ser considerado autor de los mismos. En conclusión, mediante la cláusula de extensión de autoría se busca castigar una conducta infractora cometida por una o varias personas jurídicas y que sea susceptible de ser considerada como delito, mediante la personalización del castigo en los miembros de sus órganos, o sea, en las personas físicas individuales que, componiendo la sociedad, tengan facultades de dirección, gestión, representación, administración o cualquier otra o simplemente gobiernen o impulsen el comportamiento de la persona moral, y la razón estriba en que detrás de cada decisión social hay una o varias personas físicas responsables, que son las que en nombre de aquélla, ya sea la base asociativa o corporativa, tomen y cumplen los acuerdos.

CAPITULO TERCERO: EL MERCADO RELEVANTE

3.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

Como lo hemos señalado anteriormente, el delito de abuso de poder económico constituye una norma penal en blanco, por lo que para que se produzca su comisión es necesario complementar los elementos normativos del mismo, mediante la integración de conceptos extraídos de otras ramas jurídicas. En ese sentido, el presupuesto para que se configure el citado ilícito penal es en principio determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado (requisito necesario en este tipo de conductas) para lo cual es necesario establecer los contornos del mercado relevante.

En efecto, en áreas como el abuso de posición de dominio (e incluso en el control de concentraciones empresariales), la definición del mercado constituye, muchas veces, la clave de la legalidad de la práctica en cuestión, porque su definición provee del marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación tiene o no capacidad de falsear la competencia o perjudicar a los consumidores, presupuestos esenciales exigidos por la normativa administrativa para que se produzca un ilícito administrativo, requisito exigido por la norma penal para que pueda analizarse penalmente la conducta. De ahí que la doctrina considere que la definición de mercado relevante constituye en muchos casos la cuestión crítica en los temas antitrust y, en muchos casos, marcará el resultado final del caso¹. No está de más mencionar que de acuerdo a los **Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Libre Competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones (en adelante *Los Lineamientos*)**², una definición errada del mercado relevante llevará a que las conclusiones del estudio sean erradas y se deje de sancionar a una empresa que realmente infrinja la ley o que se sancione a una empresa que no haya cometido falta alguna.

En nuestro Derecho de la Competencia, el requisito de la determinación del mercado relevante se exige por medio del art. 4º del D. Leg. N° 701, el cual señala literalmente que: «Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio **en el mercado** (...); lo que quiere decir que al analizar una situación anticompetitiva nos estamos refiriendo a un mercado en abstracto, sino a un mercado determinado sobre el que se proyecta la posición de dominio.

En cuanto al concepto de mercado relevante, nuestra doctrina entiende que es el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación en el mercado y que productos deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con

¹ El concepto de mercado relevante es uno de los problemas no resueltos de manera expresa en las normas de libre competencia. En términos generales se establece que este concepto se refiere al área geográfica sobre la base de la cual se va a definir la participación en el mercado y a los productos o servicios que deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con qué productos o servicios se compete.

² Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD/OSIPTEL. «Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Libre Competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones», publicado en El Peruano 08.02.00.

que productos se compite³. Este concepto merece un análisis más detallado en virtud de la complejidad y los matices que el mismo conlleva. Parte del problema se basa en el hecho que las empresas denunciadas o demandadas, frente a un caso concreto de «abuso de posición de dominio», siempre trataran de definir el mayor mercado posible para así reducir su porcentaje de participación y tratar de probar que no tienen un posición de dominio de la que puedan abusar; además, trataran de señalar el mayor número de sustitutos posibles a fin de sostener la existencia de una competencia que les impide aumentar unilateralmente el precio o fijar las condiciones de comercialización en el mercado del bien específico que producen⁴. Pero, con el objeto de determinar de manera correcta este concepto pasaremos a hacer una breve reseña de cómo han venido definiendo a lo largo de la historia el concepto de mercado relevante las agencias de defensa de la competencia y los tribunales de EEUU y la CE, para luego hacer una pequeña aproximación al concepto utilizado en el Perú.

3.2 EL MERCADO RELEVANTE EN EL DERECHO NACIONAL Y COMPARADO

3.2.1 El mercado relevante en el derecho antitrust americano

En el ámbito del derecho antitrust norteamericano, el concepto de mercado relevante (relevant market)⁵ se encuentra relacionado directamente con el concepto de **«poder de mercado»** (o poder monopolístico)⁶, estado que pretende graficar una situación en la cual quien lo ostenta podría realizar prácticas anticompetitivas que hacen difícil a los competidores que ya están en el mercado su supervivencia, y a los que no están, su entrada. Sin embargo, para poder determinar la existencia –o los indicios- del poder de mercado, los organismos de defensa de la competencia en Norteamérica primero definen el mercado relevante, tal como lo establece la Corte Suprema, la cual afirma que: «sin una definición de dicho mercado no hay posibilidad de medir la capacidad de una empresa de reducir o eliminar la competencia»⁷.

En cuanto a la delimitación del mercado relevante una de las decisiones más polémicas al respecto la estableció la Corte Suprema en la famosa **«Sentencia Celofán»**⁸, donde se estableció que: «(...) el mercado se compone de los productos que tienen en grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad». Este concepto de mercado relevante de producto fue objeto de dos cuestionamientos básicos; en primer lugar, se entendió que el mismo ignoraba la **sustituibilidad** en

³ BULLARD, Alfredo. «¿Dejar competir o no dejar competir?. He ahí el dilema. Las practicas predatorias y el abuso de posición de dominio», Themis N° 36, pg. 68.

⁴ Idem.

⁵ Este término fue acuñado por la jurisprudencia americana en del artículo 1, párrafo 2 de la Sherman Act que castiga la monopolización. Es precisamente en este ámbito, donde en la sentencia que posteriormente estudiaremos del Tribunal Supremo de 1957, caso US v. Du Pont de Nemours, 253 JS. 586-593, más conocido como «cellophane case», se subrayó por primera vez la necesidad previa de delimitar el mercado relevante.

⁶ American Tobacco Co. v. United States, 328 U. S. 781 (1946). Se ha definido al «poder de mercado» como «el poder de controlar los precios o de evitar la competencia».

⁷ Walker Process Equipment v. Food Mach & Chem. Corp., 382 U. S. 294, 324 (1962).

⁸ United States vs. E. I. du Pont de Nemours & Co, 118 F. Supp. 41 (D.Del. 1953), aff'd 351 U.S. 377 (U.S. Sup. Ct. 1956). En este caso se discutía si para determinar el mercado relevante se debía tener en cuenta solamente el papel celo (en el que la empresa Du Pont tenía una cuota de mercado del 75%) o el concepto más amplio de «material flexible de embalaje» (en el que Du Pont tenía menos del 20% del mercado).

la fase de producción⁹, y en segundo lugar, esta formulación tampoco especificaba el nivel de precios al que la **intercambiabilidad** de los productos puede producirse de forma razonable¹⁰. A partir de esta Sentencia se habla de la «**Falacia del Celofán**», frase que pretende abordar cuestiones técnicas relacionadas con la definición del mercado relevante que fueron erróneamente consideradas por la Corte Suprema en la «Sentencia Celofán». Otra deficiencia de la citada sentencia fue haber tenido en cuenta para la definición del «mercado relevante» a un amplio grupo de consumidores (denominados **consumidores libres**) que pudieron haber cambiado de producto fácilmente, y ante los cuales no es posible ejercer el poder de mercado, sin embargo, la definición adoptada dejaba «indefensos» a otro grupo de consumidores que no estaban en condiciones de cambiar tan fácilmente de producto, (denominados **consumidores cautivos**), y que sí podían ser objeto de conductas anticompetitivas.

Posteriormente el Departamento de Justicia publicó en 1982 sus **Horizontal Merger Guidelines**, en las que se ofrece tres criterios a tener en cuenta para determinar un mercado relevante: sustituibilidad de demanda, sustituibilidad de oferta y condiciones de acceso al mercado. De acuerdo con los **Horizontal Merger Guidelines (HMG)**: «Un mercado (relevante) se define como un producto o grupo de productos y un área geográfica en la que se producen o venden tales productos, de manera que una empresa hipotética, maximizadora de utilidades y no sujeta a regulación de precios fuera el único productor o vendedor presente y futuro de dichos productos en dicha área aunque imponga un aumento «pequeño pero significativo y no transitorio» en el precio¹¹, y aún así los términos de venta de los demás productos no varíen.

Por tanto, en el «mercado relevante», el monopolista sólo impondrá un incremento en el precio si suficientes consumidores no fueran capaces de cambiar de producto o de buscar otras locaciones para la compra de dichos productos, a fin de contrarrestar el efecto del incremento de precio. Para entender esta definición es crucial la interpretación de un incremento en el precio «**significativo**», y «**no transitorio**». En Estados Unidos se utiliza un 5% como aproximación para definir lo que constituye un incremento «**significativo**»¹². En cuanto al concepto de «no

⁹ Cuando dos productos, aunque sean distintos, están fabricados con el mismo tipo de componentes, el aumento de precio por encima del nivel competitivo en uno de los productos llevará automáticamente a que otras empresas próximas empiecen a fabricarlo. Si los costes en que dichas empresas incurren para introducirse en el mercado no son muy grandes, habrán de incluirse también ellas en la definición de mercado relevante de producto. Citado por DÍEZ ESTELLA, Fernando.: «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU», en Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICO-Marcial Pons, pg. 325.

¹⁰ Cuando los precios son suficientemente altos, hasta los productos que se consideraban malos sustitutos empiezan a ser mirados con buenos ojos por los consumidores. DÍEZ ESTELLA, Fernando. Op. Cit. pg. 325.

¹¹ Departamento f Justice y Federal Trade Comisión (1992), pg. 4.

¹² En base a ello, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos para atacar las fusiones de empresa utiliza el criterio del incremento del 5%, que consiste en determinar cual sería el efecto de un incremento en 5% del precio en la aparición de nuevos proveedores de un mismo bien o en las decisiones de los consumidores. Así, por ejemplo, se considera que si incrementar un oferta en el precio de un producto en un 5% se crea incentivos para que los proveedores en otras lugares (nacionales o internacionales) participen en este mercado, o para que los consumidores hagan sus adquisiciones en otro mercado, siempre y cuando dicha reacción se produzca en un plazo relativamente corto (un año), mediante dicho mecanismo se concluye que se debe incluir en esos mercados a todos aquellos potenciales ofertantes del producto a efectos de definir el porcentaje de participación de la empresa en cuestión. Si el incremento de 5% en el precio del único proveedor de un bien, hace que proveedores de otros lugares se trasladen o abran una distribuidora en esta ciudad o que los consumidores viajen a hacer sus adquisiciones en Arequipa dentro del plazo establecido, debe incluirse a aquellos proveedores como parte del mercado relevante.

transitorio», los **Horizontal Merger Guidelines** (1982) de EEUU señalan el termino de un año (sujeto a cambios basados en las características de cada mercado). Este criterio ha sido parcialmente criticado por nuestra doctrina, en ese sentido se ha señalado que si la inflación es significativa los consumidores no siempre sustituirán el consumo de ciertos productos ante cambios pequeños en los precios relativos¹³.

Otro elemento que la doctrina norteamericana toma en cuenta para analizar el mercado relevante lo constituye el análisis del grado de desarrollo del mercado, ya que por ejemplo, cuando un producto esta en la fase inicial de su desarrollo se entiende que las cuotas de mercado no son significativas, pero estas cuotas pueden cambiar rápidamente.

3.2.2 El mercado relevante en la CEE

Al igual que su par americano, las autoridades comunitarias también son concientes que una delimitación excesivamente amplia del mercado relevante puede diluir la posición de dominio; y una delimitación demasiado estrecha podría definirla donde no existe¹⁴, por lo que su correcta determinación es un tema de suma trascendencia. En este sentido, la Comisión Europea ha marcado un hito especial con la publicación en 1997 de la «Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia»¹⁵, en adelante Comunicación (1997), se reconoce que: «(...) La definición de mercado de referencia tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica tiene con frecuencia una influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia».

Las autoridades de la competencia europea también tienen en cuenta el hecho que en nuestros complejos **sistemas económicos post-industriales**, no existe un sólo mercado de referencia sino una pluralidad indefinida y en constante cambio de mercados, cuya individualidad viene determinada fundamentalmente por tres elementos que se han de contemplar en el tiempo: la existencia de diferentes productos, **las separaciones geográficas o espaciales y las barreras creadas por la Administración**.

3.2.3 El mercado relevante en el Perú

Los instrumentos de interpretación a nivel nacional que buscan establecer la delimitación del mercado relevante de un bien o producto, coinciden en señalar influenciados por la jurisprudencia de la Corte Suprema americana y los instrumentos normativos comunitarios y las decisiones de sus órganos de aplicación, que cuando nos referimos a un mercado relevante dicho concepto se refiere al área geográfica en base a la que se va a definir la participación en el mercado y a los productos o servicios que deben ser considerados sustitutos

¹³ FLINT BLANCK, Pinkas.: «Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia», Fondo Editorial PUCP, Lima-Perú, 2002, pg. 214.

¹⁴ VILÀ COSTA, Blanca.: «El abuso de posición dominante en la CEE», Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid-España, 1979, pg. 121.

¹⁵ D.O.C.E. C 372, de 9 de diciembre de 1997, pgs. 5 a 13.

adecuados para determinar con qué productos o servicios se compite, en tal sentido, para nuestras autoridades, el análisis de un mercado relevante suele involucrar dos factores importantísimos: a) La delimitación del producto¹⁶; y, b) La delimitación geográfica¹⁷; aunque un sector de la doctrina nacional, con el cual coincidimos también toma en cuenta la delimitación temporal¹⁸; incluso a nivel de las telecomunicaciones, se toma en cuenta un cuarto elemento, cual es: La Delimitación del Nivel Comercial¹⁹, por todo ello dentro de este sector específico y dadas las particulares características que presenta, se ha definido al mercado relevante como: «La relación de servicios que puede considerarse que compiten con un servicio determinado en un ámbito geográfico y un nivel de la cadena comercial determinados, para lo cual se requiere analizar de manera conjunta la delimitación de producto, la geográfica y la del nivel comercial»²⁰. En el mismo sentido, Quiroga Glave señala que un mercado relevante es el espacio donde efectivamente compite un producto; es decir, el grupo de clientes a los cuales dicho producto está dirigido y por los cuales compite²¹.

Ello quiere decir que cuando hacemos referencia al mercado relevante, no se debe pensar en sectores económicos como si los mismos fueran industrias o mercados específicos, ya que por ejemplo, cuando pensamos en el sector minero, carece de sentido analizar la industria minera en su totalidad, ya que bienes como el zinc, la plata y el plomo, no son sustitutos entre sí, por lo que en estos casos lo correcto es referirnos al mercado de zinc, del plomo y de la plata de manera diferenciada²², pero teniendo en cuenta los sustitutos que tienen, sean o no de la industria minera. Lo cierto es que el análisis del mercado relevante constituye una operación muy compleja, dado que las situaciones cambian según las circunstancias de cada mercado articular, la movilidad de los recursos necesarios para producir un bien competitivo, el nivel de tecnología disponible, las preferencias de los consumidores, etc., por lo que la casuística puede hacer de cada caso diferente. Además, tal como lo señalamos anteriormente, en muchas ocasiones las argumentaciones de las empresas en muchos casos están basadas en definir el mayor mercado posible para así reducir su porcentaje de participación en el mercado y tratar de probar que no tienen una posición de dominio de la que puedan abusar²³. Por ello, a continuación trataremos de

¹⁶ Es decir, la determinación de aquellos servicios que son buenos sustitutos, desde el punto de vista de los compradores, del Servicio en Cuestión que previamente se haya definido.

¹⁷ Para lo cual se requiere hallar aquel espacio en el cual la empresa demandante puede adquirir el Servicio en Cuestión o alguno de sus sustitutos en términos comercialmente similares.

¹⁸ PEREZ-REYES ESPEJO, Raúl.: «Política de competencia en servicios públicos», Documento de discusión N° 5-1998 del Área de Estudios Económicos de INDECOPI, Lima-Perú, pg. 3.

¹⁹ Lo cual implica identificar el nivel de la cadena comercial en el cual los consumidores adquieren los servicios respectivos.

²⁰ Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL Pedro Laca Buendía vs. Electronorte S.A.

²¹ QUIROGA GLAVE, María del Rosario & RODRIGUEZ, Miguel.: «La concentración de empresas y la libre competencia», ediciones Cultural Cuzco, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima-Perú, 1997, pg. 52.

²² PEREZ-REYES ESPEJO, Raúl., Op. Cit., pg. 3.

²³ En el caso Sociedad Nacional de Industrias vs. Pesca Perú (Resolución N° 039-94-INDECOPI/CLC), la primera denunció a la segunda argumentando que tenía posición de dominio en el mercado de adquisición de sacos de polipropileno para envasar harina de pescado y que venía abusando de la misma al establecer condiciones discriminatorias a la adquisición de los mismos en una licitación pública. La Comisión considero que el mercado relevante no era el de sacos de polipropileno para envasar harina de pescado, sino el mercado de sacos de plásticos en general, estableciendo implícitamente que las empresas que actúan en el mercado podían fabricar otro tipo de sacos, con lo que Pesca Perú no podía actuar con independencia de sus proveedores. En el mismo sentido, en el asunto Instalaciones Electrodomésticos S.A. vs. SEDAPAL (Resolución N° 030-94-INDECOPI/CLC), la denuncia sostuvo que SEDAPAL gozaba de posición de dominio en la compra de esclusas de fierro fundido. La Comisión determino que el mercado relevante no era el de esclusas de fierro, sino que incluía

estudiar como se determina el mercado relevante y cuales son los criterios más importantes desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional.

3.3 DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Tal como lo señalamos anteriormente, actualmente existe un consenso a nivel internacional en cuanto a que para determinar el «mercado relevante» de un bien o producto, este debe tener en cuenta básicamente dos niveles de análisis²⁴: a) El funcional, a través de la identificación de los productos que lo componen; y b) El geográfico, mediante la delimitación espacial del mercado²⁵. Además en esta operación se debe tener en cuenta dos elementos que pueden incidir sustancialmente sobre el análisis del mercado relevante: El elemento temporal y el elemento normativo²⁶.

3.3.1 El mercado de producto

Cuando hacemos referencia a la delimitación del mercado del producto, lo que buscamos evaluar es, en que medida un conjunto de productos son sustitutos entre ellos²⁷, por eso es necesario evaluar los distintos usos que tienen los productos analizados, luego de lo cual se establece cuales de estos productos son sustitutos cercanos y, pasan a ser reales o potenciales competidores²⁸. Teniendo en cuenta la citada definición, la delimitación del producto se restringe a considerar que productos son **buenos sustitutos** desde el punto de vista de los compradores o vendedores, no siendo condición necesaria para que los productos o servicios sean idénticos. En la jurisprudencia nacional respecto a los bienes y servicios sustitutos, un criterio interesante nos lo ofrece el caso Cable Cab. vs. Electrocentro S.A.²⁹, donde a efectos de delimitar el producto se señala que nos encontraremos frente al mismo cuando: «(...) dos o mas productos o servicios satisfacen las necesidades del consumidor o usuario sin que este incurra en nuevos o elevados costos de intercambio, dichos productos podrían en principio ser considerados sustitutos. En el caso que un consumidor intermedio que utiliza el producto como insumo para un bien final, el producto sustituto debe permitirle

además las compuertas de acero fundido o de plancha estructural que eran perfectos sustitutos. A pesar de ello, considero que igualmente SEDAPAL tenía la posición de dominio en ese mercado ampliado pues era el principal comprador de esclusas. En FONGALSUR vs. Gloria S.A. (Resolución N° 003-93-INDECOPI/CLC), la primera denuncia que la segunda abusaba de su posición de dominio en el mercado de compra de leche cruda en la cuenca lechera del sur. La Comisión estableció, sin que la resolución permita establecer con claridad cuales fueron los criterios utilizados, que el mercado relevante era el de la cuenca lechera del sur (cuyos límites geográficos no fueron definidos) respecto de la adquisición para usos industriales. Como se puede apreciar, se uso un concepto restrictivo de «mercado relevante» asumiendo implícitamente un mercado geográfico reducido. En todo caso, en base a la definición de posición de dominio, la Comisión encontró que si había posición de dominio, aunque luego determinaría que no existió abuso de la misma.

²⁴ RUIZ, Gonzalo.: «Definición del mercado relevante y política de competencia», en Themis, Revista de Derecho N° 41, Lima-Perú, 2000, pg. 299.

²⁵ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea señaló en la Sentencia del 14 de febrero de 1978, as. 27/76, United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission, Rep. 237, consid. 11, que «las posibilidades de competencia a efectos del artículo 86 TCE (actual 82), deben examinarse en función de las características del producto relevante y en referencia a una zona geográfica definida (...)».

²⁶ VILÁ COSTA, Blanca., Op. Cit., pgs. 116-120.

²⁷ FLINT BLANCT, Pinkas., Op. Cit., pg. 211.

²⁸ PEREZ-REYES ESPEJO, Raúl., Op. Cit., pg. 3

²⁹ Exp. N° 006-1998-CLC, Resolución N° 011-2000-INDECOPI/CLC

obtener el mismo producto final, sin incurrir en nuevos o elevados costos de intercambio».

Ya anteriormente, la Comisión de Libre Competencia se había pronunciado al respecto en el Informe Técnico N° 012-97-CLC, respecto al asunto IEQSA c. CENTROMIN, donde se señala que: «(...) la definición de mercado relevante del producto se basa principalmente en el análisis del lado de la demanda del bien, mientras que el análisis del lado de la oferta se utiliza, mas bien, para establecer si una empresa tiene o no posición de dominio en el mercado definido. Así, en primer lugar, debemos precisar si es que los productos son sustituibles o intercambiables para el consumidor, ante un litigio incremento en el precio del bien o servicio que se esta estudiando. Además se debe tener en cuenta los costos en los que podría incurrir el consumidor si es que sustituye un bien por otro»³⁰.

De las definiciones ensayadas anteriormente podemos concluir que para evaluar el grado de sustitución de los productos analizados se suele realizar un estudio sobre el producto, sus características y usos; además también debemos tener en cuenta las reacciones pasadas del mercado ante cambios en los precios. Otras técnicas usadas para la delimitación del producto son pruebas cuantitativas que permiten estimar las elasticidades de precios y elasticidades cruzadas de los mismos.

a. Sustituibilidad (o Intercambiabilidad) en el lado de la demanda

El análisis del mercado relevante por el lado de la demanda nos indica la posibilidad que tienen los consumidores de sustituir un bien por el otro, lo que determina que ambos deben formar parte del mismo mercado. Sobre este aspecto la percepción de los consumidores es crucial a efectos de definir un mercado relevante con argumentos provenientes de la demanda³¹. Por tanto cuando nos referimos a sustituibilidad en la demanda tendremos que tener en cuenta la capacidad que tienen los consumidores del bien de sustituirlo en forma razonable por otros productos que posean un uso similar. En economía, esta sustitución se mide utilizando el concepto de «elasticidad cruzada de la demanda».

Un aspecto importante que debemos tener en cuenta para averiguar la sustituibilidad de un producto, es la cantidad de consumidores que estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles en respuesta a un pequeño (entre el 5 y 10%) y permanente incremento de los precios relativos

³⁰ FLINT BLANCT, Pinkas., Op. Cit., 212.

³¹ Una fuente muy importante de información está constituida por los demandantes de los productos analizados. El procedimiento que se utiliza es el de entrevistar a éstos para conocer su opinión sobre lo que consideran como sustitutos cercanos y una vez que se determina que un bien tiene esta característica, entonces se le considera como un competidor del producto analizado. Además de estos criterios, se debe tener en cuenta los precios de los productos en el análisis ya que lo que se pretende averiguar no es únicamente la posibilidad de sustitución física. Más específicamente para determinar la delimitación de producto por el lado de la demanda se suele plantear ciertas interrogantes y delimitar el mercado según las respuestas que se obtengan. Inicialmente se podría plantear cuáles son los productos que compiten con el producto analizado; para determinar si los productos compiten efectivamente o no, debe tomarse en cuenta si los consumidores al usar un producto alternativo no son afectados en su nivel de bienestar. En términos generales se busca reunir a todos aquellos productos que presentan características similares desde el punto de vista de los consumidores, aislando en un primer momento el factor de los precios. Es decir, se busca determinar la posibilidad de sustitución física de los productos.

para los productos considerados³². Pero, sumado al análisis del precio, también debemos tener en cuenta al momento de determinar el mercado de producto: **las características del producto³³ y el uso que se prevea hacer con ellos³⁴, eventualmente y cuando existen, también se debe tener en cuenta otros criterios.**

b. Sustituibilidad en el lado de la oferta y la competencia potencial

La sustituibilidad de oferta implica considerar la facilidad con la que los productores de otros bienes pueden trasladar sus esfuerzos productivos hacia la producción del bien en cuestión³⁵, porque la sustituibilidad de un producto tanto puede interesar al consumidor a la hora de contemplar las posibles alternativas válidas para satisfacer su demanda, como al productor en el momento de orientar su oferta hacia la satisfacción de las demandas del mercado que considera más interesantes. A los efectos de la intercambiabilidad de la oferta, debe tenerse en cuenta que además de los oferentes actuales pueden existir otras empresas que, aunque actualmente no ofrezcan productos intercambiables, pueden cambiar fácilmente sus procesos de producción para ofrecer productos que los consumidores consideren sustitutivos³⁶. Por tanto, la sustituibilidad en la oferta se diferencia de la sustituibilidad de la demanda en que, mientras ésta última se refiere a la existencia de una posibilidad efectiva para el comprador de encontrar sustitutivos razonables, aquel se refiere a si los suministradores de productos que en principio no son sustituibles desde el punto de vista de la demanda pueden fácilmente pasar a producir y ofrecer productos que sí lo sean. En la economía, la forma de calcular la sustitución en la oferta se denomina «elasticidad cruzada de la oferta»³⁷, la cual establece el incremento porcentual que se produce en la producción de un bien (análisis cuantitativo) por cada punto

³² DÍEZ ESTELLA, Fernando. Op, Cit., pg. 328.

³³ Caracteres objetivos tales como el peso, la caducidad o la perennidad, el volumen, la presentación, la calidad, el color, las innovaciones incorporadas, etc., ayudan a delimitar el mercado de que se trate. En *United Brands* (1978) el Tribunal de Justicia consideró que algunas características físicas de las bananas (como su apariencia, sabor, consistencia suave, ausencia de pepitas, facilidad de mondar, etc.) eran lo suficientemente relevantes para pensar razonablemente que constituían un mercado distinto del de las otras frutas. Sin embargo, la intercambiabilidad no tiene por que estar necesariamente relacionada con los rasgos físicos de los productos, ya que productos distintos pueden servir para un mismo uso y formar por ello parte de un mismo mercado.

³⁴ Puede afirmarse que, cuando un mismo producto es destinado a usos distintos, cada uno de esos usos puede ser visto como un mercado de producto independiente, por lo que nada impide que un mismo producto pueda estar presente en varios mercados.

³⁵ BELLAMY, Christopher /CHILD, Graham.: «Derecho de la competencia en el Mercado Común», Editorial Civitas, Madrid-España, 1992, pg. 514.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Supongamos que existen dos bienes, denominados A y B en un mercado determinado donde existe una elevada elasticidad cruzada de la oferta entre los bienes A y B. Ello implicaría que, si los precios del bien A aumentan, se registrará un incremento en la oferta del bien A y una disminución en la del bien B. Intuitivamente, lo que se está diciendo es que las tecnologías de producción de los bienes A y B son similares, por lo cual un productor del bien A puede fácilmente dedicarse a producir el bien B y viceversa. Por lo tanto, al registrarse un incremento en los precios del bien A, a los productores del bien B les conviene disminuir la producción de este último para dedicar parte de sus esfuerzos productivos a la producción del bien A. La sustitución por el lado de la oferta es importante porque permite determinar el grado de competencia potencial que enfrenta el productor de un bien dado. Si la sustitución cruzada de la oferta entre los bienes A y B es elevada, el productor del bien A no podrá aumentar libremente sus precios sin temer que el productor del bien B ingrese rápidamente al mercado y se convierta en su competidor. De esta manera, la competencia potencial que representa el productor del bien B limitará el accionar del productor del bien A, por lo cual resulta lógico que ambos sean incluidos dentro de un mismo mercado. Nótese que no sólo hay que considerar si el productor del bien B puede adaptar parte de sus instalaciones para producir el bien A, sino que resulta crucial que pueda hacerlo en un período de tiempo relativamente corto y a bajo costo, de modo que represente una amenaza de competencia concreta.

porcentual en que disminuye el precio de otro bien; pero además, también podemos aplicar la elasticidad cruzada de oferta para verificar el aumento del número de productores de un bien cuando aumenta el precio de éste.

Sobre la sustituibilidad por el lado de la oferta, **Los Lineamientos** señalan que: «Una vez que ha determinado la posibilidad de sustitución por el lado de la demanda, se requiere determinar su contraparte, es decir la posibilidad de sustitución por el lado de la oferta. En esta parte del análisis se busca determinar que empresas pueden ser consideradas competidoras reales o potenciales de la empresa en cuestión. Para lograr este objetivo se suele determinar si existe algún tipo de dificultad para que nuevos competidores ingresen al mercado y en el caso que exista algún tipo de barrera a la entrada, determinar si ésta tiene un carácter temporal que puede ser eliminada en un período razonable de tiempo. Al igual que en el caso anterior se desea conocer si ante un pequeño -pero significativo- incremento en los precios, ingresarían nuevos competidores al mercado en un período razonable de tiempo». Respecto a la sustituibilidad de la oferta, nuestra jurisprudencia administrativa ha señalado que: «Para considerar a una empresa como competidora potencial cuando no participa del mercado relevante, se suele analizar si su voluntad de ingresar al mismo no se manifiesta solamente en intenciones, sino en decisiones específicas adoptadas a nivel directivo para desarrollar los proyectos requeridos o, incluso, en medidas que se hayan adoptado para implementar los planes de ingreso al mercado»³⁸.

3.3.2 El factor espacio: el mercado geográfico.

La delimitación geográfica de un mercado es un dato muy importante que implica obtener la información sobre los flujos de comercio, las correlaciones entre las series de precios entre regiones, así como aquella información que podría proporcionar las partes involucrada en la investigación. Además se debe analizar las barreras legales tales como los aranceles, medidas para-arancelarias, cuotas de importación o actividades otorgadas en concesión exclusiva a empresas privadas o públicas que evitan la entrada a un mercado geográfico de determinado periodo³⁹. Por ende, realizando una primera aproximación del concepto de mercado relevante geográfico debemos señalar que el mismo constituye el área o extensión en la que todos los operadores económicos se hallan en condiciones de competencia similares, en lo que respecta a los productos de que se trata⁴⁰.

En el ámbito normativo, el artículo 3 del D. Leg. N° 701 señala que: «Están prohibidos y serán sancionados (...), los actos o conductas, (...) que constituyen abuso de posición de dominio en el mercado (...) en el territorio nacional». Esta referencia normativa nos estaría indicando que para determinar una conducta como susceptible de encuadrarse en una práctica de «abuso de posición de

³⁸ Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTTEL. PEDRO JUAN LACA BUENDÍA vs. ELECTRONORTE S.A.

³⁹ FLINT BLANCKT, Pinkas., Op. Cit., pg. 213.

⁴⁰ En el ámbito del derecho comunitario, la posición dominante de que se trate debe existir en un mercado geográfico, que debe ser el Mercado Común en su conjunto o una parte sustancial del mismo. El mercado geográfico debe ser un área en que las condiciones de la competencia aplicables al producto de que se trate sean las mismas para todos los comerciantes, y por eso se define en relación al área en que el abuso tiene efecto o en la que están situadas las personas afectadas negativamente por el mismo.

dominio en el mercado» la misma debe recaer necesariamente en un mercado geográfico determinado que debe situarse en el territorio nacional. Esta primera aproximación es susceptible de ser matizada, ya que no necesariamente la conducta debe recaer en todo el territorio nacional, sino que podría desarrollarse en una parte del mismo, aspecto que desarrollaremos en el presente apartado.

En principio y tal como lo hemos expresado en el párrafo anterior, la delimitación del mercado relevante geográfica considera la localización de los compradores y vendedores que influyen en la formación del precio de un producto. **Los Lineamientos** consideran que el principal criterio para la delimitación geográfica del mercado es el del **costo de transporte** de los productos, del lugar donde son producidos hacia el lugar donde se venden. Este criterio considera el hecho de que sea posible que dos bienes sean **sustitutos cercanos** desde el punto de vista del mercado de producto por que son intercambiables entre si, pero que siendo producidos en dos lugares distintos, el costo de transporte de un lugar a otro haga que no sea rentable la comercialización de un producto en el otro mercado, por tanto se considera que ambos productos se encuentran en dos mercados relevantes distintos ya que uno no compite efectivamente con el otro. En términos técnicos tendríamos que decir que a efectos de definir el mercado geográfico relevante, debemos analizar los mismos aspectos mencionados en el caso del mercado relevante del producto, vale decir, las posibilidades de **sustitución en la demanda y en la oferta pero no relacionado al producto sino teniendo en cuenta el área geográfica como una barrera de entrada**⁴¹.

En conclusión, con el análisis del mercado de producto se procura identificar las posibles barreras que protegen a las empresas localizadas en una determinada zona y la presión competitiva que puedan ejercer empresas situadas fuera de esa área geográfica, a fin de determinar con precisión el grado de penetración de estas últimas. En el estudio de la sustituibilidad geográfica, **la estructura y la evolución efectiva de los flujos comerciales (importaciones y exportaciones)**, así como la localización de las compras, ofrecen indicaciones complementarias útiles para valorar la importancia de las características de la demanda o de la oferta, no obstante, pese a su utilidad, los flujos comerciales son sólo un indicador complementario y no absoluto. Es necesario además que existan barreras a la entrada que lo aislen efectivamente de su entorno.

⁴¹ En este caso, la sustitución por el lado de la demanda se refiere a la facilidad con la que los consumidores **de un área determinada** pueden abastecerse de productores que operan en otras áreas geográficas. Por ejemplo, supongamos la existencia de dos zonas, denominadas A y B. La existencia de una elevada posibilidad de sustitución en la demanda implica que, si aumentan los precios en la zona A, los consumidores de la misma pueden fácilmente adquirir el producto en la zona B. En cuanto a la sustitución por el lado de la oferta, la misma se refiere a la facilidad con la que los oferentes pueden vender su producto en áreas distintas a aquella en la que operan habitualmente. En referencia a las zonas A y B, la existencia de una elevada sustitución en la oferta implica que, ante un aumento en los precios de la zona A, los productores de la zona B pueden fácilmente vender parte de su producción en ella. Nótese que tanto una elevada sustitución en la demanda como una elevada sustitución en la oferta implican que ambas zonas integran un mismo mercado geográfico, puesto que en ambos casos los productores ubicados en cada una de ellas enfrentan una potencial competencia por parte de los productores ubicados en la otra zona. Se desprende de las consideraciones anteriores que una delimitación adecuada del mercado geográfico requiere la consideración de aspectos tales como el área de operación de las principales empresas productoras del bien en cuestión, la correlación existente entre los precios del bien registrados en las distintas zonas a ser incluidas en dicho mercado y la existencia o no de elevados costos de transporte que puedan actuar como barreras a la integración de distintas zonas.

3.3.3 El factor temporal y normativo.

a) El factor tiempo.

El factor temporal ha sido desarrollado con bastante seriedad, principalmente desde que irrumpió con fuerza en la doctrina la idea de la competencia potencial. En ese sentido, se afirma que la delimitación de un mercado nunca debe perder de vista el factor temporal, pues los mercados lejos de ser instituciones estáticas, son profundamente dinámicos y es normal que su configuración funcional y especial varíe con el tiempo. Con la perspectiva temporal con que se valora la posición de una empresa en el mercado, se quiere constatar las presiones competitivas a que está sujeta la empresa durante un determinado periodo de tiempo. Para determinar el Mercado temporal debemos tener en cuenta aquellos periodos cortos de tiempo durante los cuales las empresas pueden ejercer su dominación en el mercado. Ello la ha llevado a considerar barreras de entrada factores como el tiempo que se necesita para construir nuevas plantas, crear una imagen de marca, acceder a la tecnología, crear una buena estructura comercial, cambiar los gustos de los consumidores, momento a partir del cual la competencia de otras empresas podría ser efectiva.

b) El factor administración o normativo.

Las normas emanadas de la autoridad pública pueden tener también una importancia determinante, en la delimitación de un mercado. Una ley puede limitar artificialmente la entrada de un producto en un área geográfica y por un periodo definido o indefinido de tiempo en una parte del mercado e individualizar así un mercado relevante distinto del que resultaría de la sola fuerza de la competencia y de la sola conjunción de los factores vistos. Este es el caso por ejemplo, de las concesiones administrativas, de las barreras técnicas o arancelarias, de ciertos derechos de propiedad intelectual e industrial⁴², o de ciertas políticas de contratación pública. En estos supuestos, el principal factor delimitador del mercado será sin duda la propia norma, y a ella se habrá de atender principalmente en la definición del mercado relevante y de la posición de dominio. Es más, cuando una norma delimite con nitidez el mercado relevante ninguna o muy pocas averiguaciones adicionales serán necesarias para determinarlos.

⁴² BELLAMY, Christopher /CHILD, Grahah., Op. Cit., pgs. 522 y 523.

CAPITULO CUARTO: LA POSICIÓN DE DOMINIO

4.1 ASPECTOS GENERALES

4.1.1 La no prohibición de la posición de dominio

La Constitución de 1993 (en adelante C93) reconoce como una de los derechos fundamentales a la libertad económica y sus derechos dimanantes, los cuales constituyen un medio para la satisfacción de los intereses económicos particulares de los agentes económicos y además les permite desarrollar el ejercicio de su libertad económica. De igual modo, el artículo 5º del D. Leg. N° 701 reconoce dicha libertad económica, ya que actúa en concordancia con lo establecido en el art. 59 de la C93, el cual establece que: «El Estado (...) garantiza (...) la libertad de empresa, comercio e industria», en ejercicio del cual una empresa puede conseguir el goce de una posición de dominio, la misma que debe ser protegida para obrar de acuerdo a la lógica interna del sistema económico querido por la Constitución, el mismo que se encuentra establecido por el art. 58º de la C93, señalando por un lado que: «La iniciativa privada es libre» y «Se ejerce (en el marco) de una económica social de mercado», siendo el rol del Estado «(...) facilitar y vigilar la libre competencia», y solo debe intervenir cuando detecte alguna practica que la limite, además, el art. 61 de la C93 señala que: «El Estado (...). Combate (...) el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (...).

Por tanto, el escenario en que se desenvuelven las empresas en nuestro país, se caracteriza por estar sustentado en la libertad que el ordenamiento jurídico les otorga para desenvolverse dentro del mercado, en el cual debido a su eficiencia u otros factores colaterales puede que llegue a conseguir una posición de dominio, la misma que no se puede castigar, ya que como hemos visto es la propia Constitución la que incentiva directamente su consecución a través de la libre competencia entre los agentes económicos. Por tanto sería absurdo que, de un lado, se exija la mayor eficiencia a los agentes mediante el establecimiento de un sistema competitivo que selecciona sólo a los más eficientes; y, de otro, si su mayor eficiencia les conduce a una posición de dominio, se reprenda esa posición prohibiendo su adquisición o mantenimiento por la sola virtud de la mayor eficiencia. Pero, las empresas que gozan de una posición de dominio, también gozan de un poder excepcional cuyos efectos derivados de su ejercicio no serian en nada igualables a los efectos que produciría en el mercado las mismas conductas ejercidas por una empresa que carezca de dicha posición. Por ello, tanto el art. 5 del D. Leg. N° 701, como la C93 no prohíben que una empresa o un grupo de empresas ostenten una posición dominante, sino que abusen de esa posición.

Este criterio es compartido por la doctrina nacional¹ e internacional², y además, se encuentra consagrado en los: «Lineamientos Generales para la aplicación de

¹ BULLARD, Alfredo. «¿Dejar competir o no dejar competir?. He ahí el dilema. Las practicas predatorias y el abuso de posición de dominio», Themis N° 36, pg. 66.

las normas de Libre Competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones»³ (en adelante **Los Lineamientos**), el cual establece que: «Un punto importante es que no se considera como infracción la situación dominante en sí misma, sino el abuso que se haga de ella. Mientras el uso de la posición dominante permita generar eficiencia y un mayor bienestar en los consumidores, dicho uso no podrá ser cuestionado». Por ello, una empresa no puede ser sancionada por tener un monopolio natural o por gozar de mayor tecnología o un acceso especial a recursos, ya que lo que se sanciona es el uso del poder que tales situaciones podrán estar dando a la empresa.

4.1.2 Responsabilidad cualificada de una empresa con posición de dominio

El art. 3 del D. Leg. N° 701 permite que una empresa pueda detentar una posición de dominio en el mercado, con lo cual se admite la existencia de un poder de mercado tal que posibilite a la empresa dominante obstaculizar una competencia efectiva y defender su actuación en el mercado sin tener en cuenta a sus competidores, clientes y proveedores. En estos supuestos, nos encontramos frente a una situación de competencia restringida en la que la empresa dominante puede sustraerse a la competencia y actuar autónomamente en el mercado. En ese sentido, mientras una empresa goza de una amplia libertad económica que le permite actuar independientemente del mercado, los demás agentes pueden ver sus libertades constreñidas por la actuación de la empresa dominante. Pero, este reconocimiento no significa que la legislación adopte una postura donde se constate la ausencia de control, todo lo contrario, es precisamente el reconocimiento de la posición de dominio lo que permitirá sujetar su ejercicio al control antiabuso.

Sobre el particular, el Tribunal de la CE, en la sentencia Michelin (1983)⁴ establece el principio de la responsabilidad cualificada de la empresa que goza de una posición de dominio cuando establece que: «(...) la constatación de una posición dominante no implica en sí misma ningún reproche para la empresa en cuestión, sino que sólo significa que, independientemente de las causas de esa posición, tiene una responsabilidad particular de no perjudicar con su comportamiento a una competencia efectiva y no falseada en el mercado común».

4.2 NOCIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO

Cuando se hace referencia a una «posición de dominio» se puede pensar que este término implica la existencia de un solo agente económico en un determinado mercado. En tal sentido, era bastante común, tanto en la doctrina jurídica y en la económica, que la expresión «posición monopolista» (concepto muchas veces equiparado a la «posición de dominio»), fuera utilizada para referirse a aquellos agentes que son los únicos actores que realizan operaciones económicas en el

² D'AMORE, Marcelo.: «Poder de mercado y análisis antitrust: con especial referencia a la ley argentina de defensa de la competencia (Ley 25.156)», Boletín Latinoamericano de Competencia N° 15 Octubre 2002; TAJAN, Guillermina.: «Comentarios acerca de la efectiva aplicación de la ley de defensa de la competencia argentina», Boletín Latinoamericano de Competencia N° 13 Noviembre 2001.

³ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD/OSIPTTEL, publicado en El Peruano 08.02.00.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, Michelin c. Comisión, Rec. 3461, consid. 57.

mercado relevante. Pero dicha concepción dista mucho de lo que realmente debemos entender por «posición de dominio», término proveniente de la legislación europea, en particular el art. 82 (ex 86) del Tratado de Roma.

Una aproximación correcta para definir la «posición de dominio» sería que la misma constituye «aquella posición de **fortaleza económica** disfrutada por una empresa que le permite a la misma **evitar que una competencia efectiva** sea mantenida en el mercado relevante, confiriéndole la posibilidad de comportarse en una medida apreciable en forma **independiente de sus competidores**, clientes y en definitiva de sus consumidores»⁵. En ese sentido, **Los Lineamientos** han definido el citado concepto señalando que el mismo se da cuando no existen suficientes oferentes y/o demandantes en un mercado como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado. En el plano jurisprudencial, la posición de dominio no solo se determina en un mercado en particular, sino que tiene en cuenta otros factores como el grado de concentración industrial o de umbrales de participación de mercado, el grado de rivalidad que existe entre los agentes que operan en los mercados relevantes definidos y asociado a esto con el grado de facilidad para la entrada de nuevas empresas⁶. Luego de esta pequeña introducción pasaremos a desarrollar como se conceptúa la posición de dominio, no solo en nuestra legislación y jurisprudencia administrativa, sino además como se ha desarrollado dicho concepto en otros sistemas jurídicos.

4.2.1 Noción de posición de dominio en el TCE

El concepto «Posición de Dominio», constituye el pilar fundamental para la aplicación del art. 82 del TCE, ya que constituye el supuesto de hecho necesario para continuar el análisis de una conducta denunciada por constituir un «comportamiento abusivo» en el mercado. Pero a pesar de la importancia del concepto, la legislación comunitaria de la competencia (especialmente el artículo 82 del TCE), ni los reglamentos que lo desarrollan, contienen una definición de lo que debemos entender por posición de dominio. Con el objeto de determinar su contenido, la doctrina comunitaria suele acudir a la interpretación establecida por la Comisión y por el Tribunal de Justicia de la CE en sus sentencias.

En cuanto a la definición adoptada por la Comisión, la doctrina comunitaria divide los pronunciamientos de dicho organismo dos etapas:

- a) La primera etapa se baso en concebir a la posición de dominio como una situación donde predomina la ausencia de competencia efectiva⁷.
- b) La segunda fase de la citada definición se da mediante la dación de la sentencia en el asunto **Continental Can Company (1971)**⁸, donde se señala que: «(...) las empresas (están) en posición de dominio, cuando son capaces de desarrollar **comportamientos independientes** que les permiten tomar decisiones sin tener en cuenta a las empresarias competidoras, compradoras o

⁵ Cfr. Decisión *United Brands* de 17 de diciembre de 1975, DOCE L 95 de 9 de febrero de 1976, definición adoptada para la CEE.

⁶ Resolución N° 062-CCO-2000. TELE CABLE S.A. vs. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. y otro.

⁷ Decisión GEMA de 2 de junio de 1971; DOCE L 134/15 de 20 de junio.

⁸ Decisión de 9 de diciembre de 1971, *Continental Can*, DOCE L 7/25 de 8 de enero de 1972.

vendedoras; (...) esta posibilidad **no tiene que derivar necesariamente de una dominación absoluta** que permita a la empresa dominante eliminar toda capacidad de decisión autónoma de sus competidores, sino que basta con que en su conjunto sea lo suficientemente importante como para asegurarse una **independencia global de comportamiento**, aun en el caso de que existan diferentes mercados parciales».

En cuanto a la doctrina elaborada por el Tribunal de la CE, la definición de la posición de dominio ha tenido dos pilares fundamentales:

a) En primer lugar la sentencia recaída en el asunto **United Brands (1978)**⁹, donde el Tribunal hizo hincapié en la importancia del **comportamiento autónomo**, cuando señaló que: «(...) la posición de dominio en el artículo 86 (actual 82) TCE se refiere a una posición de poder económico (tendiente a) obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre **el mercado en cuestión**, proporcionándole de forma importante la **posibilidad de adoptar comportamientos independientes** frente a los competidores, los clientes y los consumidores».

b) Un año después se dicta la sentencia en el asunto **Hoffmann La Roche (1979)**¹⁰, donde el Tribunal recalcó que: «La posición dominante (...) se refiere a una posición de fortaleza económica disfrutada por una empresa, la cual le posibilita prevenir que se mantenga una competencia efectiva en el mercado relevante mediante el otorgamiento del poder de comportarse en un grado apreciable **en forma independiente de sus competidores**, de sus clientes y en última instancia de los consumidores. Tal posición no excluye algún grado de competencia como sucede en el caso de un monopolio o cuasi-monopolio, pero sí le permite a la empresa que goza de la misma, si no determinar, al menos influir de manera apreciable las condiciones bajo las cuales dicha competencia se desarrollará, y en cualquier caso actuar en gran parte sin consideraciones por la misma, siempre que dicha conducta no resulte en su propio perjuicio (...). La existencia de una posición dominante puede derivar de diversos factores que tomados por separados no son necesariamente determinantes pero entre dichos factores uno muy importante es la existencia de elevadas participaciones en el mercado».

4.2.2 Noción de posición de dominio en la Legislación peruana

En cuanto a la definición de la posición de dominio en la normativa nacional, el art. 4º del Decreto Legislativo N° 701, señala que una empresa goza de una: «(...) posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente, con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico de los bienes o servicios involucrados, el

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission (1978)*, Rep. 1978-2, apartados 65 y 66.

¹⁰ La Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission (1979)*, consid. 38. Párrafo que se puede también extraer de: CABRERA, María Clara. «La política de competencia de la comunidad europea y la comunidad andina», *Boletín Latinoamericano de Competencia* N° 6 (Parte 1) Mayo 1999, pg. 56.

acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución».

De acuerdo con dicha definición y siguiendo la noción establecida por la jurisprudencia comunitaria europea, se desprende que la posición de dominio se determina en un mercado determinado (tal como se desprende cuando se dice «en los mercados respectivos»), además de considerar el grado de concentración industrial o de umbrales de participación de mercado, teniendo en cuenta el grado de rivalidad que existe entre los agentes que operan en los mercados relevantes definidos y asociado a esto con el grado de facilidad para la entrada de nuevas empresas. Este punto de vista es adoptado de manera parcial por la doctrina nacional¹¹, la cual establece que para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado deben seguirse dos pasos: 1) Debe determinarse el mercado relevante, es decir que bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de que espacio geográfico se da dicha competencia; y, 2) Debe determinarse el nivel de concentración en el mercado, es decir cual es el poder de mercado real relevante.

De otro lado, **Los Lineamientos** también prevén dos pasos para determinar la existencia de una posición de dominio:

1. En primer lugar se debe determinarse el mercado relevante, es decir, qué bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico se da dicha competencia; y
2. En segundo lugar se debe determinar el nivel de competencia en el mercado relevante previamente determinado, y el poder real de mercado de la empresa investigada en dicho mercado.

4.3 MÉTODO Y CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

Para que exista una posición de dominio en el mercado, el poder de una empresa deberá ser sustancial y persistente; para ello, la doctrina ha elaborado una serie de criterios que deben ser considerados a efectos de definir si una empresa ocupa o no una posición de dominio en un mercado dado, lo que vislumbra dos importantes problemas: a) El de determinar las causas del poder de mercado¹²; b) La valoración de la importancia de este poder. En ese sentido, las autoridades de la competencia en el estudio o valoración del poder dominante siguen tres criterios de análisis para determinar si existe una posición de dominio, estos son: a) El criterio de la **estructura**, b) **El criterio del comportamiento** y c) **El resultado**. Este método se desarrolla fundamentalmente en dos fases: una primera aproximación inquiriere el aspecto estructural relativo al mercado; y una segunda atiende a «la posibilidad de comportamientos independientes», referente a la estrategia de la empresa. De este modo, a un primer análisis estático centrado en la estructura, le sigue un segundo análisis dinámico que atiende a criterios de comportamiento y resultado.

¹¹ BULLARD, Alfredo., Op. Cit., pg. 70.

¹² KORAH, Valentine.: «Concept of dominant position within the meaning of art. 86» , 17/3 CMLR, 396.

4.3.1 Análisis estructural

El análisis estructural comprende la indagación de la cuota de mercado que ocupa una determinada empresa (participación de mercado), y los factores estructurales que presenta la propia empresa.

a) La cuota de mercado

En lo que a la participación en el mercado se refiere, dicha característica ocupa una posición privilegiada, ya que generalmente constituye el punto de partida del análisis de la posición de dominio de una empresa en el mercado. En el caso del análisis de la cuota de mercado esta se calcula teniendo en cuenta las ventas realizadas, de una parte, por la empresa encausada, y, de otra, por sus competidores más inmediatas. Pero, junto al número de ventas, existen según el producto o el sector, otros indicadores como la capacidad de producción o la producción total efectiva, el número de licitadores, las unidades de flota en la industria aerospacial, o las reservas existentes cuando se trata de sectores como la minería, que también pueden ser utilizados¹³.

En ese sentido, el Decreto Legislativo 701 en su art. 4° a la cuota de mercado como un factor que determina la existencia de una posición dominante de una o varias empresas, a la participación significativa en el mercado respectivo. Si bien no se establece qué debe entenderse por una «**participación significativa**», se dispone de referencias internacionales sobre la aplicación de este indicador. Uno de los sistemas más completos para determinar las condiciones estructurales de un mercado y la cuota de participación de una empresa lo desarrolla la División de Competencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Federal de Comercio, instituciones que establecen dos maneras para expresar una participación de mercado: **a) En términos monetarios** (e.g. niveles de ventas, producción, entre otros); o, **b) En términos físicos** (e.g. niveles de ventas, capacidad, entre otros). Al respecto se señala que: «Las participaciones de mercado se pueden expresar tanto en términos de dólares (midiendo las ventas, los envíos o la producción), como en términos físicos (midiendo las ventas, los envíos, la producción, la capacidad o las reservas)»¹⁴. Por su parte, para el Tribunal de la CE, las cuotas extremadamente grandes, como las que superan el 80% del mercado, si se mantienen en el tiempo, tienden a demostrar por sí mismas la existencia de una posición dominante¹⁵, aunque factores excepcionales, como una fuerte competencia potencial, pueden llegar a descartarla. Cuando las cuotas de mercado rondan en torno al 40 o 45%, cobrarán especial protagonismo otros factores como el número y la talla de sus competidores más próximos¹⁶. Adicionalmente a las consideraciones relacionadas

¹³ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DOCE C 372 de 9 de diciembre de 1997, pt.s 54-55.

¹⁴ U.S. Department of Justice y Federal Trade Commission, «Horizontal Merger Guidelines», emitidos en abril de 1992 y revisados en abril de 1997.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission, Rec. 1139 consid. 46, consid. 56 y 60, donde el Tribunal consideró que cuotas del 75, 84, 87 y 90 mantenidas durante periodos de 3 años eran por sí mismas prueba suficiente de posición de dominio.

¹⁶ Sobre la participación significativa de las empresas en el mercado de acuerdo al Memorandum de 1 de diciembre de 1965 sobre las concentraciones en el Mercado común, señala que: «(...) Se entiende que una empresa ocupa una posición de dominio en el sentido del artículo 86 (actual 82) TCE, cuando domina un mercado. **La dominación de un mercado no debe definirse sólo sobre la base de la cuota de mercado detentada o de otros criterios cuantitativos de una determinada estructura de mercado.**»

a la participación de mercado, la Comisión Europea analiza dentro del análisis estructurales, la competencia potencial, o sea la posibilidad de ingreso de nuevas empresas al mercado.

En el caso peruano el criterio de la participación en el mercado es importante a efectos de determinar la posición de dominio de una empresa en el mercado, así es menester señalar que en el caso de **INEMEC vs. SEDAPAL**¹⁷, la Comisión considero que una participación de 80% en el mercado relevante en los últimos dos años daba a SEDAPAL la posición de dominio en el mercado de compuertas y esclusas. En el caso **Florencio Daga Salgado vs. Cemento Andino**¹⁸, se determino que la denunciada, Cemento Andino, gozaba posición de dominio en la costa y sierra central del país, pero sin indicar el porcentaje de participación, limitándose a afirmar que son: «(...) zonas donde se ha demostrado que la empresa denunciada puede actuar con independencia de sus proveedores, clientes y competidores (...)». En **BERA vs. MINSUR**¹⁹ la Comisión considero que 47% del mercado relevante (estaño producido en Perú Y Bolivia) no constituía posición de dominio a favor de la denunciada. De manera similar en el caso de **Asociación Editorial Bruño vs. Comité de Fabricantes de Material Didáctico de la SIN**²⁰ se considero que no existía posición de dominio porque existía una participación de mercado inferior al 50%. Por último en el caso **V.O. CABLE S.A. vs. LUZ DEL SUR S.A.A.**²¹, se considero que la participación de mercado de LUZ DEL SUR ascendía a 50%, un porcentaje lo suficientemente alto como para suponer de antemano que existe una posición dominante, pero al mismo tiempo se hizo la salvedad que la participación en el mercado de la única otra empresa que podría competir con **LUZ DEL SUR** en el servicio de arrendamiento de postes -es decir **TELEFÓNICA**-, tendría también una participación de mercado de 50%. En dichas circunstancias, ambas empresas tenían un poder de mercado similar, por lo que resultaba según el criterio de OSIPTEL menos probable que una de las empresas pueda actuar con prescindencia de la otra. Es distinto el caso en el cual una empresa ostenta el 50% de mercado y existen pequeñas empresas que se reparten el 50% restante, puesto que en este último supuesto es más probable que exista una posición dominante.

En general, puede decirse que cuanto mayor sea una cuota de mercado, mayor será la probabilidad de apreciar dominación en quien la detenta. Por el contrario, cuando mayor sea el número de competidores y menor su tamaño e importancia, menor podrá ser también el tamaño de la cuota para considerar la posición de dominio. Y, en general, cuando la cuota de mercado no supera el 10%, se excluye la posición de dominio, salvo que concurren circunstancias excepcionales, como una fuerte atomicidad de los restantes competidores teniendo en cuenta la **concentración en el mercado analizado**²². Por ello, no

¹⁷ Resolución 030-94-INDECOPI/CLC.

¹⁸ Resolución 018-95-INDECOPI/CLC.

¹⁹ Resolución 066-96-INDECOPI/CLC.

²⁰ Resolución 067-96-INDECOPI/CLC.

²¹ Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL.

²² A diferencia de la participación de mercado, la concentración de mercado no se centra exclusivamente en una única firma, sino que toma en cuenta a la totalidad de empresas que actúan en el Mercado Relevante, para analizarlas en conjunto. Se considera que en mercados más concentrados es más probable que pueda existir una posición dominante. Existen diversos índices que permiten medir el nivel de concentración de un mercado determinado, sin embargo los más utilizados suelen ser los siguientes: el índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) y el índice de Dominancia (ID). El Departamento de justicia de los EEUU utiliza lo que se conoce como el HHI

basta establecer el porcentaje de participación de una empresa, sino el nivel de concentración del mercado en el que dicha empresa (o empresas) actúa. En la jurisprudencia nacional no aparece claro aun el uso de índices de concentración (salvo algunos casos de concertaciones de precios) habiéndose sustentado la calificación de posición de dominio mas en el simple porcentaje de participación en el mercado relevante²³.

Pero, la cuota de mercado, aún poniéndola en relación con las de los competidores, es un criterio estático que por sí mismo no refleja suficientemente las tensiones dinámicas de la competencia. Cuando no existe verdaderas barreras de entrada (criterio dinámico) para las empresas en el mercado, aunque en un momento dado una empresa pueda detentar una gran cuota de mercado, se verá constreñida por la competencia potencial del mismo modo que si tuviera una competencia actual. Y, en tales casos, aunque técnicamente se pudiera llegar a calificarla como un monopolio, en la práctica no podría comportarse como tal. Además debemos considerar que una determinada cuota, por importante que ésta sea, si no tiene una cierta continuidad en el tiempo²⁴. La duración de este periodo dependerá en buena medida de las características del mercado relevante. Uno de los factores que ejerce notable influencia para mantener en el tiempo una cuota de mercado significativa, lo constituye **las barreras de entrada**²⁵, las que impiden que los competidores y los consumidores puedan responder de una forma rápida y masiva a un abuso de ese poder, por ello creemos necesario desarrollar en este apartado algunos aspectos relativos a las barreras de entrada.

b) Barreras de entrada

Las barreras de entrada se definen por el Banco Mundial y la Organización para el Desarrollo y Cooperación Económica (OECD)²⁶, como: «(...) las condiciones o conductas que restringen la movilidad del capital hacia o desde el mercado en respuesta a la existencia de beneficios sobrenormales o subnormales». Basándose en esta definición, es claro que las barreras de entrada se asocian con el grado de movilidad del capital hacia o desde una industria. Esta clasificación parte del hecho de que existen barreras de entrada eficientes e ineficientes y por lo tanto es necesario desvirtuar la connotación peyorativa asociada a la existencia de barreras de entrada como opuesto a la competencia y por lo tanto al bienestar de la sociedad.

para medir el nivel de concentración en un mercado determinado. Este índice se calcula sumando los porcentajes de participación de todas las empresas en un mercado luego de elevarlos al cuadrado. Por ejemplo, si en el mercado existen cuatro firmas con participaciones de 30%, 30%, 20% y 20%, existe un HHI de 2600 %. El HHI puede ir desde 10,000 (en el caso de monopolio puro, es decir, una empresa con 100% del mercado) hasta un numero cercano a 0 (en el caso de un proveedor supero el 0.1% de participación). Si bien puede ser deseable tener información sobre todas las empresas involucradas, la falta de información sobre pequeñas empresas no es indispensable, pues no afectan el HHI de manera significativa. En el caso del Departamento de Justicia en los EEUU, en base a observación empírica, se han dividido los niveles de concentración en tres áreas: mercados desconcentrados (con un HHI menor a 1,000), mercados moderadamente concentrados (HHI entre 1000 y 1800). En estos últimos los riesgos a la competencia se consideran mas altos.

²³ BULLARD, Alfredo., Op. Cit., pg. 71.

²⁴ BELLAMY, Christopher /CHILD, Graham: «Derecho de la competencia en el Mercado Común», Editorial Civitas, Madrid-España, 1992, pg. 519.

²⁵ Se deberá tener en cuenta si se dan en el mercado economías de escala, ventajas de costes absolutos, si existen regulaciones que restringen la competencia y en qué sentido, si los agentes generan algún tipo de restricciones, si hay diferenciación de productos, etc.

²⁶ Banco Mundial y Organización para el Desarrollo y Cooperación Económica (1999). «A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy», pg. 102.

Para determinar el grado de competencia en un mercado, se considera que es necesario definir las barreras de entrada que en él existen, con el objetivo de poder determinar si la materia controvertida genera barreras de entrada que puedan estar restringiendo artificialmente la competencia, con la finalidad de realizar conductas que se constituyen en abuso de posición de dominio²⁷. Las barreras de entrada en un mercado se refieren en general a todos aquellos **costos en los que debe incurrir una empresa que desea ingresar a proveer un servicio en un mercado determinado**. Como señala Bork²⁸, es necesario establecer que ciertas barreras de entrada surgen como consecuencia de la eficiencia de las empresas y que se requiere diferenciarlas de aquéllas que resultan generadas artificialmente.

Respecto a las barreras a la entrada, estas suelen clasificarse en tres categorías²⁹:

a) Barreras naturales³⁰. Las barreras naturales son las que están presentes en mercados en los cuales las propias características tecnológicas de los procesos de producción y distribución y el tamaño del mercado determinan que sea económicamente más eficiente que haya pocas empresas a que haya muchas. La barrera natural clásica está dada por la existencia de economías de escala en la producción y distribución, que hace que –dentro de un cierto rango–, cuanto mayor sea el nivel de producción y ventas de una empresa, menores sean sus costos medios. En una situación en la que existe una barrera como ésta, el ingresante potencial a un mercado se topará con el problema de que, si desea entrar con un nivel de producción menor al de la empresa establecida, sus costos medios serán mayores que los de dicha empresa, y por lo tanto su capacidad de competir estará seriamente disminuida.

b) Barreras legales. Las barreras legales a la entrada surgen en situaciones en las cuales el estado regula de alguna manera el acceso al mercado, sea a través de disposiciones directas que lo limitan o de cargas tributarias o requisitos administrativos extraordinarios que lo vuelven más costoso.

c) Barreras artificiales creadas por la acción de las empresas. Por último, las otras barreras artificiales son las que ponen las empresas que ya actúan en el mercado para impedir que otros accedan al mismo. Los tres ejemplos de barreras artificiales más analizados en la literatura son la inversión en capacidad instalada de producción o distribución, el gasto en publicidad y el gasto en investigación y desarrollo. Estas actividades son normales dentro de la operatoria de una empresa, pero tienen la particularidad de que –efectuadas en niveles más intensos que los habituales– sirven para incrementar los costos de acceso al mercado de un competidor potencial³¹.

²⁷ Resolución N° 062-CCO-2000. TELE CABLE S.A. vs. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. y otro.

²⁸ BORK, Robert.: « The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself», The Free Press, pg. 311.

²⁹ COLOMA, Germán.: «La ley argentina de defensa de la competencia», Presentación en la XXII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política, Buenos Aires-Argentina, 1997, pg. 6.

³⁰ En el Perú es importante señalar que la Resolución N° 062-CCO-2000. TELE CABLE S.A. vs. TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. y otro, estableció que en el mercado del servicio de Televisión por Cable presenta barreras de entrada naturales, también denominadas tecnológicas, tales como las economías de escala o el tamaño reducido de la demanda.

³¹ Así, por ejemplo, la instalación de capacidad excedente por parte de una empresa establecida puede acentuar la diferencia en términos de costos hundidos *versus* costos no hundidos entre el que ya está dentro del mercado y el que todavía está afuera; en tanto que un mayor gasto en publicidad por parte de la empresa establecida puede hacer que los costos de captar clientes del competidor potencial se incrementen. Por último,

Debemos tener en cuenta el D. Leg. N° 701 no critica ni sanciona la existencia de una barrera de entrada al mercado en si misma, ni emite juicio de valor sobre su existencia, pero ello no quiere decir que todas las barreras a la entrada, tanto las naturales como las artificiales legales o las creadas por las empresas, no deben ser tenidas en consideración a la hora de evaluar una posición de dominio, pues, aunque mucha de ellas no hayan sido creadas por las empresas establecidas, sino por el propio mercado o por el Estado, contribuyen todas ellas a constituir la posición dominante. Ahora, que una barrera a la entrada, cualquiera que sea naturaleza, sea considerada un factor constitutivo de posición dominante, no supone en sí mismo ningún reproche a la empresa, pues el art. 5° del D. Leg. N° 701 no prohíbe la posición de dominio, sino sólo el abuso de la misma.

c) Poder de compra de los clientes

De otro lado el poder de compra de los clientes, constituye un aspecto relevante puesto que se considera que el mismo puede compensar el poder económico de una empresa con posición de dominio. La capacidad de los compradores importantes de generar oposición a su proveedor puede contribuir a mantener una presión competitiva. Por otra parte, los compradores importantes pueden también estar en condiciones de alterar la estructura del mercado mediante la atracción de empresas provenientes de otros mercados geográficos.

d) La estructura de la empresa

El análisis de la estructura interna de la empresa implica averiguar su organización y la implantación que la empresa dominante tiene en las distintas fases del ciclo productivo y comercial del producto relevante o incluso en el mercado general fuera de ese ciclo: financiación, materias primas, investigación, fabricación, acondicionamiento, transporte, distribución, política de ventas, diversificación. Se trata de averiguar los efectos que la organización de la empresa, su integración vertical o, en su caso, su organización en conglomerado pueden tener en el mercado³². Dentro de este punto se ha puesto de relieve la especial importancia de algunos factores como son las posibilidades de acceso a los mercados financieros internacionales o la diversificación de productos, el control de la tecnología necesaria para la fabricación de los productos, la integración vertical que lleva a la empresa a controlar algunas o todas las fases del ciclo del producto, la presencia del producto relevante con distintas funciones en distintos mercados, la capacidad de la empresa de cubrir toda la gama de productos y accesorios relativos al producto relevante, la imagen de marca que la empresa tiene en el mercado, o la detentación de una red de distribución sólida con filiales en la mayoría de estados miembros.

los gastos en investigación y desarrollo tendientes a producir una innovación (en especial si dicha innovación puede patentarse) pueden tener el efecto de incrementar el costo de que otro acceda al mercado, obligándolo a que él también tenga que gastar en investigación y desarrollo o en adquirir una patente para poder ingresar.

³² KORAH, Valentine., Op. Cit., pgs. 75-85.

4.3.2 El análisis de comportamiento y resultados.

Una vez que se ha realizado el análisis estructural del mercado, el paso siguiente para determinar si hay o no una posición dominante en el mercado consiste en el estudio de las estrategias comerciales de la empresa y su repercusión en el mercado a fin de averiguar si la(s) empresa(s) objeto de estudio demuestra(n) un poder de comportamiento independiente o si revisten carácter monopolístico. En el estudio de las estrategias comerciales de la empresa encausada, se suelen diferenciar dos momentos: a) Un primer periodo en el que la empresa está formando su poder dominante; y, b) Un segundo momento en el que procura mantener la dominación alcanzada. Al igual que ocurre con el tamaño de la cuota, los resultados del comportamiento de una empresa no son tampoco un criterio absoluto, aunque constituyen un criterio muy importante.

4.4 LA POSICIÓN DE DOMINIO COLECTIVA

Cuando hablamos que una empresa puede ostentar una posición de dominio, ello no significa que necesariamente esta afirmación se de en todos los casos, dado que acertadamente el art. 4º del Decreto Legislativo 701, establece la consideración de la denominada «posición de dominio colectivo», cuando señala que: «Se entiende que **una o varias empresas** gozan de una posición de dominio (...)»; con lo que nuestra legislación contempla la posibilidad de que una posición de dominio pueda ser ostentada por más de una empresa. Reafirmando dicha noción, el art. 5 del D. Leg. N° 701 establece que: «Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando **una o más empresas** que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior (entiéndase con posición de dominio) (...)».

En el mismo sentido, **Los Lineamientos** señalan que: «Algunas estructuras del mercado pueden permitir que **dos o más empresas** se comporten de una manera abusiva aun cuando ninguna de ellas sea dominante, y sin que existan acuerdos formales (o informales) o prácticas concertadas entre ellas, produciéndose lo que se denomina **joint dominance** o **dominio común**. Además, este mismo instrumento señala que: «Tal dominación común probablemente sea encontrada donde hay conexiones económicas entre las compañías implicadas. La dominación común puede también presentarse donde hay barreras significativas a la entrada, aun si no existe conexión económica entre las empresas. Estos casos pueden presentarse, por ejemplo, donde existen restricciones de espectro que limiten el número de competidores de un servicio».

De lo señalado anteriormente, debemos concluir que a pesar que nuestra regulación establece taxativamente la existencia de la «posición de dominio colectiva», aspecto corroborado por nuestra jurisprudencia³³. En tal sentido, la «posición de dominio colectiva» esta relacionada directamente con el problema

³³ Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL. V.O. CABLE S.A.vs. LUZ DEL SUR S.A.A. En dicho caso se condujo que se concluye que, al tener LUZ DEL SUR y TELEFÓNICA una posición de dominio colectiva en el Mercado Relevante, la sola negativa injustificada de LUZ DEL SUR se podría configurar en un caso de abuso de posición de dominio por dicha empresa. En estas circunstancias las firmas pueden ser en común dominantes, y su comportamiento individual o colectivo podría ser abusivo. Tal dominación común se encontró en este caso porque habían conexiones económicas entre las compañías implicadas.

del control de los oligopolios³⁴, pudiendo establecerse básicamente tres posibilidades:

4.4.1 Empresas Filiales que siguen instrucciones de la Matriz.

Las empresas filiales están relacionadas directamente con los denominados grupos de empresas, los cuales son definidos por Hundskopf como aquellas uniones de empresas que conservan por sí solas su individualidad, es decir, su independencia por lo menos formal, aunque en algunas ocasiones no en el aspecto funcional, en donde prima una relación de subordinación-dependencia, que se ejerce sometiendo a las mismas a una dirección unificada³⁵. En tal sentido, cuando los grupos de empresas constituidos por la matriz y sus filiales actúan como una unidad económica en el mercado, pueden ser calificados como una sola «empresa» y aplicarse sin más dilación el art. 5º del D. Leg. N° 701, basándose en la conveniencia de aplicar la figura del abuso plural cuando no se puede constatar la existencia de un acuerdo o concierto entre las empresas por faltar el concurso de voluntades verdaderamente independientes, lo que impide también la aplicación del artículo 6º del mismo cuerpo legal. Pero lo resaltante es que, calificar la posición de un grupo de sociedades como colectiva no deja de ser una cuestión de hecho, que como tal se debe valorar en cada caso concreto en la aplicación del artículo 5º del D. Leg. N° 701.

4.4.2 Supuestos derivados de un Acuerdo o una Práctica Concertada.

La posición de dominio colectiva también puede descansar sobre un acuerdo o una práctica concertada³⁶ entre varias empresas autónomas, que busquen con dicho pacto limitar su competencia recíproca, generando así una posición de dominio colectiva. En estos casos no puede hablarse de una sola unidad económica, porque cada una de las empresas que integran el acuerdo conserva su independencia y puede readquirir su libertad de acción si se rompe el acuerdo. En tales casos, la particularidad de esta figura deriva de **un problema de concurrencia normativa** entre las reglas que regulan los supuestos de concertaciones y abuso de posición de dominio (art. 5 y 6 del D. Leg. N° 701), constituyendo una primera posibilidad la aplicación alternativa de las normas señaladas. Respecto a este punto, la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, señaló respecto a la posibilidad de evaluar una misma conducta bajo el supuesto establecido en el artículo 5 (abuso de posición de dominio) y en el artículo 6 (concertación) del D. Leg. N° 701, que no se puede sancionar un mismo hecho realizado por el mismo agente bajo dos supuestos distintos, expresándose en los siguientes términos: «(...) debe indicarse que una misma conducta realizada por los mismos agentes en el mercado no podría evaluarse y, de ser el caso, sancionarse bajo los dos supuestos previstos en el Decreto Legislativo N° 701, **dado que el abuso de posición de dominio se comete normalmente por el agente más importante del mercado a través de un acto unilateral de su**

³⁴ COLOMA, Germán.: «Estrategia competitiva de la empresa y teoría de los juegos», Documentos de Trabajo de la Universidad de CEMA, pg. 2.

³⁵ HUNDSKOPF, Oswaldo.: «La regulación jurídica de los grupos de empresas», Estudios de derecho en homenaje al Dr. José Antonio Silva Vallejo, Lima-Perú, 1998, pg. 259.

³⁶ COLOMA, Germán. Op. Cit., pg. 4. Para este autor, una práctica concertada puede definirse como una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo.

parte, mientras que la concertación se realiza mediante el acuerdo de dos o más agentes que buscan a través de la coordinación de sus comportamientos lograr el poder de mercado necesario para realizar la práctica prohibida. Una segunda posibilidad, para sancionar conductas desarrolladas por empresas que ostentan una «posición de dominio colectivo» consiste en la **aplicación cumulativa** de los art. 5 y 6 del D. Leg. N° 701, criterio que ha sido aplicado por la Comisión de la CE³⁷. En ese sentido, la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, se pronuncia de manera negativa sobre este aspecto señalando que: «(...) el marco jurídico vigente impediría establecer una doble sanción por la misma conducta»³⁸.

4.4.3 Supuestos derivados de las características estructurales del mercado

El paralelismo de conductas entre empresas independientes, y la consiguiente la monopolización del mercado pueden presentarse sin que exista un acuerdo o una práctica concertada entre ellas. **En este caso, no podrá aplicarse el artículo 6 del D. Leg. N° 701 que, para poder reprimir un paralelismo de conductas restrictivo, exige la existencia y prueba de alguna forma de acuerdo entre las empresas implicadas, por mínimo que éste sea.** A este tipo de conductas se les denomina «**paralelismo consciente**» ya que no deriva de un acuerdo, sino de las peculiares características estructurales del oligopolio que derivan la interdependencia hacia el paralelismo de conductas, en la medida que en esta estructura de mercado, cuando las cuotas de mercado entre los competidores son parecidas, el riesgo de fracasar al desarrollar estrategias comerciales, se ve seriamente disminuido. **En cuanto a la definición de este término, la Comisión de Libre Competencia señala que debemos entender por «actuaciones paralelas» o «paralelismo» a aquella situación en que se producen movimientos simultáneos de los niveles de precios u otras condiciones de comercialización o producción entre las distintas empresas que participan en el mercado**³⁹. Se considera, asimismo que, el paralelismo en sí mismo no es prueba suficiente para determinar la existencia de concertaciones. Los competidores en una industria pueden incrementar o disminuir sus precios o sus volúmenes de producción en respuesta a aumentos o disminuciones de precios o volúmenes de producción de otros competidores, en especial si estos últimos son líderes en el mercado, constituyendo este tipo de conductas económicamente racionales y justificadas. En efecto, en mercados relativamente concentrados, las empresas con «líderes» o con mayor participación establecerán precios que tenderán a ser seguidos por las pequeñas empresas, tanto cuando suben

³⁷ Compagnie Maritime Belgue Transports SA y otros c. Comisión , Rep. II-1207, 1229, consid. 56. En esta sentencia se afirmó que: «(...) no está de acuerdo (...) en que la aplicación del artículo 85 (actual 81) TCE sea excluyente de la del artículo 86 (actual 82). A su juicio, es posible una aplicación cumulativa de dichas disposiciones, siempre que se cumplan los requisitos para la aplicación de cada uno de estos artículos 81La Comisión estima asimismo que (...) no existe una jurisprudencia que permita excluir la aplicación del artículo 86 (actual 82) TCE del Tratado a una situación resultante de una práctica colusoria».

³⁸ Resolución N° 007-99-CLC. Compañía Impresora Peruana S.A. vs. FENVENDRELP.

³⁹ Ver Informe N° 060-96-CLC (publicado el 14 de setiembre de 1996), que obra en el Expediente N° 029-96-CLC.

(en el intento de las empresas pequeñas de aumentar su margen de ganancia) como cuanto bajan (en el afán de mantenerse en niveles competitivos)⁴⁰.

⁴⁰ BULLARD GONZALES, Alfredo.: «Las concertaciones de precios y la protección al consumidor». Revista Electrónica de Derecho Privado, N° 3, febrero de 2000. (<http://www.vlex.com/pe/rvdp>)

CAPITULO QUINTO: EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

5.1 DEFINICIÓN DE «ABUSO» EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Una vez establecida la posición de dominio de una empresa en el mercado relevante, el paso siguiente es establecer si se abusó o no de tal posición, para ello debemos analizar si la conducta infractora denunciada se encuadra dentro de los supuestos tipificados expresamente en el art. 5º del D. Leg. Nº 701¹, o si constituye un caso no contemplado como **«tipo-ejemplificativo»**, pero que tiene efectos equivalentes a los mismos y por ende debe ser reprobado². De esta forma, el sistema trata de establecer una coherencia sistemática con lo señalado en el art. 3º del mismo cuerpo legal, el que contempla la denominada «cláusula general de prohibición de abuso» al establecer que: «Están prohibidos (...) los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, **que constituyen abuso de una posición de dominio** en el mercado (...), de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional».

Como se puede observar, nuestro ordenamiento contempla una cláusula general antiabuso, siguiendo la tendencia marcada por la regulación comunitaria, la cual contempla dicha cláusula en el art. 82.1º del TCE mediante la prohibición de la denominada **«explotación abusiva de una posición dominante»**, que conceptualmente guarda una equivalencia con la prohibición contemplada en nuestro país, complementada con la regulación de los denominados «tipos ejemplificativos»³. De otro lado, el artículo 2º de la Sherman Act (1890) contempla la prohibición de la denominada **«monopolización»** de un mercado, noción considerada mas flexible que la expresada en nuestro sistema, lo cual trae como consecuencia que muchas veces se pueda asimilar dicho concepto como una prohibición incluso a la simple existencia de una posición de dominio sin que medie un abuso de dicha posición por parte de la empresa.

¹ El art. 5 del D. Leg. Nº 701 establece que: «(...) Son casos de abuso de posición de dominio:

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

b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

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

² El art. 5 del D. Leg. Nº 701 establece que: «(...) Son casos de abuso de posición de dominio.

f) Otros casos de efecto equivalente».

³ El artículo 82.2 TCE señala a su vez que: « (Las) prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos».

Pero, a pesar de la importancia de noción «Abuso de Posición de Dominio» (o **explotación abusiva de una posición de dominio**), los ordenamientos extranjeros no contemplan una definición de la misma⁴ (no es el caso del ordenamiento peruano, el cual hace un pequeño esbozo de lo que debemos entender por «abuso de posición de dominio», tal como lo veremos mas adelante), sino que trata de integrar dicho vacío señalando una enumeración no exhaustiva de supuestos de presunciones de abuso de posición de dominio, los mismo que buscan solo ilustrar dicho concepto pero no agotarlo. Esta técnica legislativa ha sido catalogada por algunos autores como una política voluntaria de imprecisión conceptual que, a fin de salvaguardar la flexibilidad normativa, no define los términos típicos básicos que utiliza, dejando dicha tarea a las autoridades antimonopolio las que en su práctica han tenido que ir definiendo este término típico.

Pero este hecho no significa que a nivel jurisprudencial no se hayan hecho esfuerzos por determinar los contornos del término abuso de posición de dominio, en tal sentido, uno de primeros y más importantes pronunciamientos en el ámbito comunitario fue el asunto **GEMA (1971)**⁵, donde se estableció que hay: «(Una) explotación abusiva sobre un mercado de una posición dominante, cuando el detentador de esa posición utiliza las posibilidades que de ella se derivan para obtener ventajas que no hubiera podido obtener de haber habido una competencia efectiva». Esta misma idea de abuso será reiterada más tarde en **United Brands (1978)**⁶, donde el Tribunal de Justicia de la CE señaló en el fundamento de derecho n° 249 que «conviene, pues, investigar si quien detenta esa posición ha utilizado las posibilidades derivadas de ella para obtener ventajas de operaciones que no habría obtenido en caso de competencia practicable y suficientemente eficaz». Estos dos pronunciamientos han influido de manera decisiva en la configuración del concepto de abuso de posición de dominio que establece el D. Leg. N° 701, el cual señala en el art. 5 que: «Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado cuando una o mas 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».

5.2 REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE EL ABUSO DE POSICION DE DOMINIO

Tal como lo hemos señalado en el punto anterior, el art. 5° del D. Leg. N° 701 distanciándose de la técnica señalada anteriormente establece una definición de lo que debemos entender por «Abuso de Posición de dominio en el mercado», concepto del cual se desprenden una serie de requisitos para la existencia del abuso de posición de dominio, entre los que podemos destacar⁷:

a) Que exista posición de dominio. Tal como ésta ha sido definida en el capítulo anterior.

⁴ Cfr. PELLISÉ CAPELL, Jaume.: «La explotación abusiva de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)», Barcelona a 22 de febrero de 2001.

⁵ Decisión de 2 de junio de 1971, GEMA , DOCE L 134/15 de 20 de junio.

⁶ Sentencia de de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission , Rep. 1978-2.

⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD/OSIPTEL. «Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Libre Competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones», publicado en El Peruano 08.02.00.

b) Que se actúen de manera indebida. Es decir, que la empresa actúe en contra de principios básicos de conducta tipificados expresamente en la ley, o que su conducta pueda tener efectos análogos, lo que no necesariamente implica una intencionalidad por parte de empresa infractora. En conclusión, el «**actuar de manera indebida**» debe entenderse referido a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir de aquel daño derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización.

c) Que exista la posibilidad de obtener beneficios o de causar perjuicios que no se podrían producir de no tener posición de dominio. No es necesario acreditar que se han causado los daños y se han obtenido los beneficios, basta con que ambos sean potencialmente consecuencia de la conducta. Conviene aquí destacar que el perjuicio realmente relevante es el que se ocasionaría al consumidor; sin embargo, en muchos casos el daño al consumidor es consecuencia o se produce simultáneamente con los daños a los competidores. Pero un daño a los competidores que no afecte o perjudique a los consumidores es un daño que no debe preocupar a la autoridad, pues podría ser considerado un simple daño concurrencial.

d) Perjuicios para el interés económico general. Si bien este presupuesto no se desprende de la definición elaborada por el art. 5 del D. Leg. N° 701, una interpretación sistemática de este cuerpo de leyes nos lleva a concluir que el art. 3 del mismo cuerpo legal, establece como un requisito general para que se configure una restricción a la competencia (la misma que puede derivar tanto de una «**practica colusoria**» o de un supuesto de «**abuso de posición de dominio en el mercado**»), que la citada practica genere un perjuicio al «**interés económico general**», el cual es un concepto deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico, lo cual no ocurre desde el punto de vista económico donde la doctrina argentina de la competencia ha elaborado durante mucho tiempo elucubraciones para otorgar una precisión del citado concepto, señalando de manera resumida que para entender la extensión del mismo es necesario remitirnos a conceptos tales como: «**excedente del consumidor**»⁸, «**excedente del productor**» y «**excedente total de los agentes económicos**»⁹.

En ese sentido, debemos destacar que la aplicación del concepto «interés económico general» fue utilizado en el dictamen de la Comisión Nacional de

⁸ La idea en la cual se basa la definición del excedente del consumidor es que los bienes y servicios consumidos por una persona pueden valorarse a través de sus funciones de demanda por dichos bienes y servicios. Tales funciones de demanda muestran hasta cuánto estaría dispuesto a pagar el consumidor por cada una de las unidades. La diferencia entre esta disposición al pago y lo que verdaderamente eroga es un excedente que el consumidor se lleva, y puede interpretarse como el beneficio que el mismo obtiene por haber adquirido el bien en cuestión. El excedente del consumidor tiene la ventaja de que es un concepto objetivo que se puede definir en términos monetarios, y resulta por lo tanto comparable con el concepto de beneficio de la empresa o «excedente del productor».

⁹ La consideración conjunta del excedente del consumidor y del excedente del productor nos permite elaborar una primera definición operativa del valor del interés económico general generado en un mercado. Esta definición es la del «excedente total de los agentes económicos», entendido como la suma de los excedentes que obtienen los consumidores y los productores que participan en el mercado. Este concepto es de particular interés para el análisis económico de la legislación de defensa de la competencia, ya que es justamente la magnitud que se maximiza cuando la estructura del mercado es de competencia perfecta. Puede entenderse por lo tanto que, si una ley busca penalizar los desvíos del paradigma competitivo que sean perjudiciales para el interés económico general, la identificación entre este último concepto con el de excedente total es un buen punto de partida para la interpretación de dicha norma.

Defensa de la Competencia («Comisión Nacional de Defensa de la Competencia») en el asunto **CNDC vs. YPF**¹⁰ hizo una explícita identificación del interés económico general con el concepto de excedente total de los agentes económicos, o eficiencia económica. En el dictamen se explicaron los efectos de la conducta de YPF, que al incrementar el precio doméstico con relación al del mercado internacional y, consecuentemente, restringir la oferta interna de GLP, produjo dos consecuencias previsibles en el mercado doméstico de dicho producto. **La primera consecuencia es que se consumieron menos toneladas de GLP** de las que se hubieran consumido si el mercado fuese competitivo, es decir si no se hubiera producido el abuso¹¹. **Esta disminución de la cantidad consumida es lo que la CNDC identificó como el perjuicio al interés económico general** del que habla el art. 1º de la derogada Ley 22.262¹² (Ley de Defensa de la Competencia). La segunda consecuencia es que el precio interno del GLP aumentó, debido a que el mismo se tornó más escaso a raíz de la conducta imputada¹³.

5.3 VALORACIÓN DEL ABUSO DE POSICION DE DOMINIO

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido mayoritariamente en señalar que la conducta de una empresa dominante debe entenderse y valorarse de forma objetiva, lo que significa que su carácter abusivo deberá desprenderse sólo de los rasgos económico-objetivos del acto, y no de la intención de su autor¹⁴. Este aspecto, no se encuentra corroborado en nuestra normativa, ya que como vimos, en la definición de abuso de posición de dominio ofrecida por el art. 5 del D. Leg. N° 701, este hace referencia al: **«fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros»**, circunstancia que debe tener una empresa para que se configure el supuesto descrito.

Esta circunstancia contrasta con la doctrina elaborada por los tribunales europeos, los cuales opinan que los rasgos objetivos que se desprendan de una conducta puede otorgar al actor una ventaja inmerecida en perjuicio de los otros agentes, que no habría podido obtener en una situación de competencia efectiva, lo cual constituye una circunstancia que corrobora y tiene por constatado el

¹⁰ El dictamen de la CNDC puede ser consultado por Internet en <http://www.mecon.gov.ar/SICyM/cndc/CASOS.HTM>, y fue emitido el 24 de noviembre de 2000 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de Argentina, con la disidencia de uno de sus tres miembros, donde se confirmó la sanción de multa de 109 millones de pesos (aproximadamente el mismo valor en dólares) impuesta a YPF por abuso de posición dominante en el mercado de gas licuado de petróleo (GLP). Dicha multa había sido dispuesta por Resolución N° 189/99 del Sr. Secretario de Industria, Comercio y Minería de la Nación, en base al dictamen elaborado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC).

¹¹ Ya que existió un conjunto de consumidores de GLP que se vieron obligados a reducir su consumo o dejar de consumir dicho combustible destinado a calefacción y cocina, entre otros usos.

¹² El art. 1º de la Ley 22.262 establece que: «Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general».

¹³ D'AMORE, Marcelo R.: «Abuso explotativo de posición dominante. el caso YPF en Argentina», Boletín latinoamericano de competencia N° 11 Diciembre 2000, pg. 8.

¹⁴ En ese sentido, destaca por su claridad y contundencia la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la CE de fecha 1 de abril de 1993, asunto T-65/89 BPB Industries y British Gypsum c. Comisión, Rep. II-389, que señala en el apartado 70 que: «El concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo y que, por tanto, el comportamiento de una empresa que ocupa una posición de dominio puede considerarse abusivo con arreglo al artículo 86 (actual 82) TCE, al margen de cualquier culpa. En consecuencia, la alegación del demandante según la cual BG nunca tuvo la intención de desanimar o debilitar a Iberian carece de incidencia alguna en la calificación jurídica de los hechos».

abuso, cualquiera que sea la valoración moral de la conducta o la intención de su autor¹⁵. En ese sentido, debemos destacar la famosa sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto **Continental Can (1973)**¹⁶, la cual establece en el considerando nº 27 que: «(...) el refuerzo de la posición de dominio por la empresa puede ser abusivo y prohibido cualesquiera que sean los medios o procedimientos [entiéndase conductas] utilizados al efecto, desde el momento en que tengan los efectos descritos». En este concepto, mas que la incidencia en la conducta de la empresa, se valoran los efectos que de la misma podrían derivar sobre la estructura del mercado¹⁷. Esta sentencia fue una de las pioneras de la denominada «**objetivización absoluta**» del abuso de posición de dominio, que más tarde fue abordada en los asuntos **Hoffmann La Roche (1979)** y **AKZO (1991)**, sentencias donde, después de recordar que: «El concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a los comportamientos de una empresa que ocupa una posición dominante que puedan influir sobre la estructura de un mercado (...)»¹⁸, se apuntaba que: «(...) mediante el recurso a medios diferentes de los que rigen una competencia normal (...)»¹⁹, con lo que a juicio de cierto sector de la doctrina, se instauro una tendencia de «**objetivización moderada**», ya que traslada el centro valorativo a la conducta y con ello se introduce un trasfondo subjetivista.

Pero aun así, esta última corriente, ni por asomo se equipara a la corriente de «**subjetivización absoluta**» establecida en nuestra legislación, lo que hace muy dificultoso condenar a nivel administrativo a una empresa que abuse de su posición de dominio. A nuestro entender dicha subjetivización, debería dejarse de lado en el ámbito administrativo, donde debería primar si no la «objetivización absoluta», por lo menos la «objetivización moderada», ya que esto contribuiría a que se pueda establecer sanciones efectivas a nivel administrativo, sin la dificultad de probar la subjetividad del accionar de la empresa, cuestión que sería debatida en sede penal, donde para que se configure el «abuso de poder económico», es necesario la concurrencia de la tipicidad subjetiva, más específicamente, la concurrencia del dolo.

5.4 EL VINCULO ENTRE LA POSICIÓN DE DOMINIO Y EL ABUSO DEL MISMO

Tal como lo hemos señalado anteriormente, el art. 3 del D. Leg. Nº 701 establece la prohibición de «abusar» de una «posición de dominio», estableciendo de esta manera un vinculo causal entre la «posición de dominio» y el «abuso» que de la misma se puede instrumentar, ya que parece difícil que se pueda explotar o abusar de una condición de la cual se carece. Como se ha podido apreciar, por lo menos en la interpretación formal del artículo antes citado la causalidad es vista como un elemento necesario del abuso. La citada relación de causalidad viene exigida por la misma lógica interna del abuso, que, como hemos visto, en la

¹⁵ PELLISÉ CAPELL, Jaume., Op. Cit. pg. 375.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21/2/1973, as. 6/72, Europemballage vs. Continental Can Co. v. Comisión.

¹⁷ FONT GALAN, Juan Ignacio.: «La libre competencia en la Comunidad Europea», Editorial Publicaciones del Real Colegio de España, Madrid-España, 1986; pg. 278.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, caso 85/76, Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission, Rep. 1979-2. También sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, caso C-62/86, AKZO-Chemie c. Commission, Rep. I-3359.

¹⁹ *Ibidem*.

interpretación formal, se concibe como un acto por el que la empresa en posición de dominio utiliza las posibilidades que de ella se derivan para obtener, en perjuicio de sus competidores, clientes y proveedores, ventajas que no habría podido obtener de no haber ostentado una posición de dominio. Es precisamente la posición de dominio del actor la que impide a los clientes y proveedores eludir el abuso acudiendo a la competencia, en el abuso explotativo; o a los competidores hacer frente a la conducta monopolizadora, en el abuso anticompetitivo²⁰.

Pero dicha relación de causalidad, no se ha presentado siempre en la jurisprudencia, a estos efectos solamente debemos destacar lo señalado por el Tribunal de la Comunidad Europea en el asunto **Continental Can (1973)**²¹, cuando en el considerando 27 se señala que: «(...) el problema evocado por los recurrentes, de la conexión de causalidad, que en su opinión, debería existir entre la posición de dominio y su explotación abusiva, **no reviste interés, el refuerzo de una posición de dominio por una empresa podrá ser abusivo y prohibido por el artículo 86 (actual 82) TCE, cualesquiera que sean los medios o procedimientos utilizados al efecto, desde el momento que tengan tales efectos**». De este modo, se perdía interés de analizar la relación de causalidad como elemento necesario del abuso, dejando abierta la posibilidad de que el abuso pueda tener lugar en un mercado distinto de aquél en el que se detentaba la posición de dominio. Solo años después, en el asunto **United Brands (1978)**, el Tribunal de Justicia vuelve a afirmar la importancia del vínculo causal, cuando señala en el punto 249 que es necesario «(...) averiguar si el detentador de la posición de dominio **hizo uso de las posibilidades que de ella se derivaron, para obtener ventajas de las transacciones que no habría obtenido de haber habido una competencia suficientemente eficaz**»²².

Es por ello, en el ámbito comunitario, específicamente del análisis del art. 82 del TCE (ex-86), se ha establecido por lo menos tres tipos de relaciones de causalidad entre la posición de dominio y el abuso de la misma, dos conexas y una tercera desconexa:

a) Relación de causalidad inmediata dominio-conducta. Este primer supuesto se presenta cuando la conducta abusiva en sí misma sólo puede ser realizada por una empresa en posición de dominio, por ejemplo, la imposición de un precio monopolístico (por ejemplo los supuestos de precios excesivos), que sólo puede hacer quien tiene poder para ello.

b) Relación es la de causalidad mediata dominio-resultado. Este supuesto se presenta cuando la conducta abusiva en sí misma pueda ser realizada por agentes sometidos a una competencia normal (una fusión, una política de descuentos, etc.), **el resultado sólo es posible si el autor está en posición de**

²⁰ PELLISÉ CAPELL, Jaume., Op. Cit., pg. 402.

²¹ Aunque no debemos dejar de mencionar que muchos autores opinan que no debemos de interpretar literalmente las palabras del Tribunal sino mas bien, lo que se refería el mismo era que no revestía interés encontrar una perfecta relación entre el abuso y el dominio, por ello, si existía en el asunto Continental Can una cierta relación de causalidad entre esa posición y la gravedad del cambio en la estructura del mercado. Si esa posición de dominio no se diera el acto en cuestión no revestiría en absoluto la misma trascendencia BERCOVITZ, Alberto.: «Normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea», en Tratado de Derecho comunitario europeo, dirigido por GARCIA ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS /MUÑOZ MACHADO, Madrid-España, 1986; T. II, pg. 427.

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, United Brands, Rep. 1978, 207, considerando 249.

dominio. Por ejemplo, cualquier empresa puede negar una compra o una venta, lo que ocurre es que las consecuencias para los proveedores y compradores de esa negativa no serán las mismas si quien la deniega es una empresa sometida a una competencia normal o una empresa dominante.

c) Desconexión o ausencia de relación. Este último supuesto se presenta cuando el abuso no guarda ninguna conexión, ni en la conducta ni en los resultados, con la posición de dominio. Esa misma conducta podía haberla realizado con igual resultado una empresa sometida a una competencia normal.

5.6 TIPOLOGIA DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

5.6.1 Teniendo en cuenta el interés afectado por el consumidor

Dentro de las distintas formas en que se puede clasificar un abuso de posición de dominio, podemos destacar el criterio relacionado a los diversos intereses afectados al consumir este tipo de conducta. Dentro de este orden de ideas podemos diferenciar tres tipos de abusos²³:

1. **Los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores de la empresa dominante**, restringiendo injustificadamente la competencia del mercado sobre el que se proyecta la posición de dominio (es lo que en el Derecho americano se convino en llamar la primera línea de competencia).

2. **Los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores)**, alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivas fuerzas de mercado (lo que en el Derecho americano se ha venido a llamar la segunda línea de competencia); por ejemplo, mediante discriminaciones anticompetitivas que sitúan a los discriminados en desventaja competitiva frente a los beneficiados con la discriminación.

3. **Y los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores**; por ejemplo, mediante la imposición general de precios o condiciones de contratación desproporcionadamente onerosos o gravosas. En este caso, no parece que se afecte directamente la estructura competitiva, lo que se hace es fortalecer la posición de dominio en el mercado al tiempo que debilita la de otros agentes, con lo que se sitúa en una mejor posición en la competencia que se desarrolla entre todos los agentes del mercado para captar o retener los votos monetarios del sistema.

5.6.2 Teniendo en cuenta el sujeto lesionado

De otro lado, Bellamy & Child²⁴ suelen agrupar las modalidades de abuso de posición de dominio en dos grupos, teniendo en cuenta el criterio del sujeto lesionado: a) Los abusos anticompetitivos o exclusorios; b) Los abusos explotativos o desleales²⁵.

²³ PELLISÉ CAPELL, Jaume., Op. Cit., pg. 493.

²⁴ BELLAMY, Christopher /CHILD, Graham: «Derecho de la competencia en el Mercado Común», Editorial Civitas, Madrid-España, 1992, pgs. 186, 187 y 196.

²⁵ Cfr. También Resolución 010-2004-INDECOPI/CLC, Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. c. Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. y otros, de fecha 10 de marzo de 2004.

a) Abusos anticompetitivos o exclusorios.

Las conductas exclusorias son aquellas que, a través de un abuso de posición de dominio, tienen como objeto y efecto desplazar a los competidores del mercado o impedir el acceso de nuevos competidores al mismo. Dicha exclusión no se realiza en función del desempeño eficiente de la empresa dominante ni de su éxito dentro del proceso competitivo, sino que se da en función de un comportamiento anticompetitivo. Las conductas exclusorias están dirigidas a afectar a los competidores actuales o potenciales, dificultando su permanencia o ingreso al mercado respectivamente. El objetivo final de la práctica exclusoria es reforzar una posición dominante y en el extremo crear un monopolio. El principal problema que plantean las conductas exclusorias, es que en muchos casos es difícil diferenciarlas de una activa rivalidad entre los competidores de un mercado, que es precisamente aquello que la legislación de defensa de la competencia intenta preservar. Para ello, debemos señalar que nos encontramos frente a una conducta exclusoria cuando: «(...) se pretenda mejorar la posición competitiva del actor, no a través de la mejora de su performance, sino amenazando dañar o dañando a competidores actuales o potenciales, de manera de sacarlos o mantenerlos fuera del mercado, o forzarlos a competir en forma menos efectiva».

Asimismo, es necesario resaltar que el abuso de una posición de dominio como práctica exclusoria se puede manifestar respecto a los competidores actuales o potenciales. En particular, las prácticas anticompetitivas dirigidas a los competidores potenciales se caracterizan por entorpecer, desalentar o evitar la entrada de éstos al mercado, donde la realización de dichas prácticas equivale a establecer barreras a la entrada al mercado. Las prácticas contenidas en las denominadas barreras a la entrada, también pueden ser realizadas cuando el competidor ya ingresó al mercado.

La casuística americana contiene casos muy importantes en los que se prohibió las prácticas comerciales exclusorias, uno de los más importantes es el caso **Alcoa** (1945)²⁶, en el que la Suprema Corte estableció que esta firma había

²⁶ *Aluminium Co. Of America vs. US*, 148 F. 2d 416, 427 (2d. Cir. 1945). El caso *Alcoa* (1945) es muy importante en la jurisprudencia americana, ya que representó la lucha estatal contra los monopolios y marcó una tendencia de los tribunales durante el *New Deal* al poner el énfasis más en la estructura que en la conducta. *Alcoa* era una empresa que había alcanzado y mantenía una clara de dominio en el mercado (tenía de mercado del 90%) por medios o conductas que en sí mismos no eran desleales, pero que de facto actuaban como una barrera a la entrada de nuevos competidores: se avanzaba a los crecimientos de la demanda estableciendo nuevas fábricas, lo cual, unido a una política de precios bajos y a su mayor experiencia e implantación en el mercado, se traducían en una barrera de entrada para los nuevos competidores. Frente a ello, el juez *HAND* reaccionó con la máxima energía, sosteniendo que: 1) Sólo quedan fuera de la *Sherman Act* los monopolios accidentales, esto es, aquellos que, además de haber llegado a esa posición sólo en virtud de su mayor laboriosidad e industria, no han alcanzado el monopolio de forma deliberada o consciente, lo decisivo no es el tipo de conducta empleada, sino la búsqueda consciente del monopolio (habrá monopolización en el sentido del artículo 2 de la *Sherman Act*, cualquiera que sea el tipo de conducta de la empresa, si podía preverse razonablemente que había de conducir al monopolio); 2) La conducta monopolizadora se ha de apreciar, no frente a los usuarios o consumidores, sino en relación a los competidores, por ello, quedará fuera de la *Sherman Act*, aunque una empresa demuestre la máxima eficiencia, los beneficios sociales que comporta y que no se aprovechó de su posición para obtener beneficios monopolísticos, porque, en palabras de *HAND*, la *Sherman Act* no distingue entre buenos y malos *trust*, sino que los condena todos, de lo contrario, las autoridades encargadas de velar por la defensa de la competencia se verían obligadas a vigilar la conducta de los monopolios y a intervenir cuando ésta se hiciera ineficiente o lesionara los intereses de los usuarios y consumidores, lo cual no parece ser la voluntad de la *Sherman Act* (*Aluminium Co. Of America v. US*, 148 F. 2d 416 (2d. Cir 1945). El fallo de *HAND* se fundó en tres convicciones profundamente arraigadas en el mundo antitrust americano de la época: 1) Evitar pasar al control

monopolizado el mercado de aluminio habiendo actuado en el mercado siendo algo más que un mero «beneficiario pasivo» de un poder monopólico, al haber realizado: «(...) acciones reiteradas con el propósito de alcanzar y mantener ese poder». Aclarando más adelante en el mismo fallo que la exclusión no se limitaba a la realización de: «(...) maniobras no honestamente industriales, o activadas solamente por el deseo de prevenir la competencia», ya que la figura es más amplia e incluye: «(...) cualquier curso de acción que sea deliberado, en el sentido de que una firma tiene la libertad de adoptarlo o de no adoptarlo, y que tiene el efecto de excluir a firmas rivales». Una definición similar se produjo en el caso **American Tobacco**²⁷, en el que la sentencia estableció que hay una violación de la sección 2 de la Ley Sherman cuando una firma «(...) gana o mantiene poder monopólico, mediante una conducta que no es una respuesta normal a oportunidades de mercado, sino que está primariamente dirigida a limitar las oportunidades de sus competidores, de manera de expulsarlos del mercado o forzarlos a competir menos eficientemente».

En el ámbito comunitario debemos destacar el caso **Michelin (1981)** ²⁸, en el que la Corte Europea, refiriéndose a las conductas realizadas por quienes tienen una posición dominante en un mercado, señaló que: «El artículo 86 (actual art. 82) cubre las prácticas que puedan afectar la estructura de un mercado en el que, como resultado directo de la acción del incumbente en cuestión, la competencia ha sido ya debilitada, mediante la apelación a métodos diferentes de aquellos que gobiernan la competencia normal en los mercados de productos y servicios en los que es importante la efectividad del comercializador, teniendo por efecto disminuir el nivel de competencia subsistente en el mercado o sus posibilidades de desarrollo [de la competencia]». Esta cita revela que en el caso de empresas con posicionamiento dominante, la más grave de las conductas anticompetitivas es aquella que tiene por objeto la exclusión de competidores, esto es la disminución de la franja competitiva de un mercado.

b) Abusos explotativos o desleales.

Las conductas explotativas son aquellas que representan el ejercicio (o uso) directo del poder de mercado de la empresa dominante mediante la elevación de los precios por encima del nivel de competencia y la reducción del nivel de producción. Este tipo de conductas no tiene como objetivo lesionar a los competidores actuales o potenciales sino que su objetivo es “explotar” directamente a los consumidores y usuarios reduciendo su producción e imponiéndoles mayores precios respecto a los niveles vigentes en un mercado competitivo. La fijación de “precios abusivos” es la práctica explotativa más representativa.

Este tipo de abuso se encuentra relacionado directamente con la posición de fuerza económica que disfrutaban las empresas monopolistas o que detentan una

directo de la actividad empresarial del monopolio, lo cual repugna al espíritu liberal americano; 2) La honda convicción de que, se diga lo que se diga, la competencia siempre es más eficiente que el monopolio; 3) El ideal de evitar la impotencia del individuo aislado frente a las grandes agrupaciones de capital.

²⁷ American Tobacco Co. et. al. vs. U.S., 147 F. rd 3 (1944).

²⁸ Bandengroothandel Frieschebrug BV vs. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV (81/969/EEC), 7 de octubre de 1981, O.J. 1981, L353/33, [1982] 1 C.M.L.R. 643, C.M.R. 10340.

posición de dominio que les permite desarrollar una serie de comportamientos abusivos por una parte frente a sus proveedores y por otra frente a sus clientes. La imposición de condiciones contractuales abusivas (especialmente precios), la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y la limitación de la introducción de avances tecnológicos, son algunos de los abusos comunes. **Estos abusos son propios de estructuras monopolísticas, y por lo tanto no son una novedad en los servicios públicos**, como por ejemplo en los casos de monopolios naturales o legales existe el riesgo de abuso por parte del monopolista. **La intervención pública de manera indirecta (a través de la fijación de precios, calidades etc.) constituye el mecanismo de control mas eficaz en este tipo de supuestos.**

Sobre esta última clasificación, es necesario señalar que la jurisprudencia administrativa nacional ha establecido en la Resolución N° 054-2003-CLC/INDECOPI de 10 de diciembre de 2003²⁹, que nuestra legislación sólo sanciona aquellas prácticas que constituyen un abuso de posición de dominio y tienen un carácter exclusorio, no sancionando aquellas que tienen carácter explotativo.

²⁹ Resolución N° 001-2003-CLC, cuyo procedimiento fue iniciado por denuncia de la Central Unitaria de Trabajadores del Perú - CUT contra cuatro Administradoras Fondos de Pensiones (AFP) por supuesta infracción al Decreto Legislativo 701.

TERCERA PARTE: SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

CAPITULO PRIMERO: NEGATIVA INJUSTIFICADA DE TRATO

1.1 NEGATIVA INJUSTIFICADA DE TRATO

1.1.1 Las negativas injustificadas de trato y la libertad de contratación

La primera cuestión que se debe abordar al entrar en el estudio de esta modalidad típica de abuso de posición de dominio es señalar que la actual redacción del literal a) del artículo 5º del D. Leg. N° 701 no es el párrafo primigenio de la citada norma, ya que el texto original sancionaba sólo: «La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos del mercado local». Tal como puede desprenderse de su lectura, dicha redacción resultaba insuficiente en cuanto a su ámbito de aplicación material ya que solo contemplaban la negativa injustificada de una petición de compra realizada por el comprador de un producto, con lo cual dicho supuesto no reflejaban la variedad de actos económicos que podían ser susceptibles de realización de una «negativa injustificada», limitando de manera inexplicable las posibilidades de aplicación de esta prohibición y además, desde el punto de vista sistemático dicha autolimitación no se encuadraban dentro de un amplio sistema de ejemplos como los establecidos en el Tratado de Roma¹, los cuales pudieran haber menguado en algo la citada carencia legislativa.

Es por ello que ya desde su redacción, se vio la necesidad de realizar una modificación del citado literal, en la medida que la descripción típica del mismo tenía que ser ampliada para incluir mas conductas. Es por ello que el 18 de abril de 1996 se publica el D. Leg. N° 807, norma que modifica el tenor literal antes señalado y trata de corregir los errores antes expuestos, para ello amplia los supuestos regulados, ya que no se refiere solamente a la a conductas catalogadas de «negativa injustificada» en el campo de las «demandas de compra de productos» (supuesto que sólo podría ser realizado en el mercado upstream), sino que además contempla la posibilidad de que dicha conducta pueda desarrollarse por una empresa que gozando de posición de dominio en el mercado se niegue de manera injustificada a satisfacer las ofertas de venta (supuesto que se podría realizar en el mercado downstream). Pero el citado texto legal, no solo se limito a complementar las deficiencias en que incurrió la norma primigenia en el ámbito subjetivo, sino que fue aun mas lejos, ya que también prohibió la «negativa injustificada» que realizaran las empresas no solo de sus productos, sino de los «servicios» que las mismas oferten o demanden en el mercado. Actualmente el supuesto de «negativa injustificada de trato» se encuentra configura de la siguiente manera en el D. Leg. N° 701: «Art. 5º. Son casos de abuso de posición

¹ ABANTO VASQUEZ, Manuel. «El Derecho de la Libre Competencia», Editorial San Marcos 1º Edición, Lima-Perú, pg. 586.

de dominio: a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios»².

Otro problema derivado de la propia estructura de la figura aquí estudiada lo constituye la constitucionalidad de las «negativas injustificadas de trato». En ese sentido, la Constitución de 1993 en su art. 2 inciso 14º establece expresamente que: «Toda persona tiene derecho: A contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público». Este precepto ha sido delimitado por nuestro Tribunal Constitucional, el cual señala que dicho derecho se concibe como: «(...) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, prima facie:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc. »³.

Por ello, cuando nos referimos al Derecho de contratar, nos estamos refiriendo aquella libertad otorgada a los particulares para que tengan derecho a decidir cuándo, cómo y con quién contratar. Pero como todo derecho, este no tiene carácter absoluto, sino que también encuentra límites, ya que como lo señala el profesor Sessarego: «La libertad de contratar está, naturalmente, en función de la libertad y del derecho de los demás. Desconocer esta realidad equivale a negar la calidad ontológica del ser humano, lo que significaría sostener, erradamente, que existen derechos subjetivos absolutos»⁴.

Por ello, si bien es cierto que la negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa derivada de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar (ya que la empresa en virtud de esta libertad puede determinar con quien desea contratar), sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado, queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor o con un cliente⁵, ya que en tal caso se podrá entender que dicha negativa tiene por intención desarrollar alguna forma de

² Inciso modificado por el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18-04-96.

³ Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero en representación de más de 5000 ciudadanos, EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, de fecha 11 Noviembre de 2003.

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. En: Prólogo al libro titulado «Contrato y Mercado», 1ª edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima 2000, pg. 5.

⁵ En principio, la Ley deja libertad a las empresas individuales a negarse a contratar con otras, salvo que la negativa tenga por intención apoyar alguna otra restricción considerada ilegal o constituya un intento para monopolizar el mercado. Sin embargo existen casos en los que la práctica es comprensible y refleja condiciones de mercado. Ello debido a que a pesar de lo anteriormente señalado, las leyes de la competencia no imponen la obligación de cooperar con los competidores, incluso en los casos en que se trata de una empresa con posición de dominio. Cfr. BORK, Robert H.: «The antitrust Paradox. A Policy at War with Itself», New York: The Free Press, 1993, pg. 344.

restricción considerada ilegal o que puede constituir un intento para monopolizar el mercado⁶. Pero, incluso, si una empresa con posición de dominio se niega a contratar con otra empresa, el resultado no necesariamente será anticompetitivo, sino que eventualmente la ley puede establecer algunas excepciones a dicho supuesto⁷. Todo ello, evaluado sistemáticamente implica que la libertad de contratar tiene como límite constitucional expreso, normas de orden público que constituyen reglas imperativas que no pueden dejarse sin efecto. Por ello y dado que la Libre Competencia constituye parte integrante del sistema de normas de orden público económico establecido por la C93 en el art. 61º, el ejercicio de la libertad de contratar de los agentes económicos que ostenten una posición de dominio en el mercado se vera limitada en relación a los principios que establezcan las normas que desarrollan el sistema de Libre Competencia en nuestro país, como es el caso del inciso a) del art. 5º del D. Leg. N° 701.

1.1.2 Algunos alcances de la negativa injustificada de trato

De conformidad con el inciso a) del artículo 5º del Decreto Legislativo 701, se considera como un caso de abuso de posición de dominio, la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. El tipo proviene del derecho comunitario de la competencia, el cual lo consagra en el art. 82.2 del Tratado de la CE y es conocido desde antiguo como un caso típico de abuso de poder económico en las otras legislaciones⁸. Dentro de dicho ordenamiento, un rasgo característico es que el concepto de negativa a prestar servicios no sólo abarca la negativa total, sino también las situaciones en que las empresas dominantes supeditan el servicio a la aceptación de unas condiciones objetivamente irrazonables.

En cuanto a lo establecido por el inciso a) del art. 5 del D. Leg. N° 701, este señala dos requisitos básicos para que se configure la citada conducta: 1) que la empresa demandada ostente una posición de dominio en el mercado y 2) que la negativa sea injustificada. Respecto al segundo requisito, lo injustificado de la conducta⁹, esta se encuentra relacionada directamente con la depredación en el mercado (generación de un efecto anticompetitivo), diferenciándose dicha situación de aquellos casos en los que la negativa es una conducta legítima,

⁶ BORK, Robert H., Op. Cit., pg. 144.

⁷ Por ejemplo, un productor puede justificar la negativa de venta de su producto por razones económicas muy simples, como el incumplimiento de ciertos acuerdos relativos a la venta, incumplimientos en el pago o la violación de derechos de propiedad intelectual por parte del consumidor del bien.

⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Op. Cit. pg. 366.

⁹ La norma establece que la negativa sea injustificada, pero no define qué debe entenderse por injustificada. Sin embargo, recogiendo lo que establece la doctrina puede señalarse como algunos casos que justifican la negativa, la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del servicio solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda, la escasez de insumos o recursos requeridos para brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente, u otras de naturaleza similar. Por ejemplo Cfr. En el caso PEDRO JUAN LACA BUENDÍA vs. ELECTRONORTE S.A., donde se determino que el demandante incrementó el número de postes que utilizaba para el tendido de su red a más del doble de los inicialmente pactados, sin contar con la autorización de ELECTRONORTE, que permitía a esta empresa evaluar las condiciones técnicas y de seguridad en que se encontraban sus postes para resistir el tendido de cables por lo cual se concluyo el Sr. Laca incumplió con obligaciones contractuales que el mismo había pactado y que resultaban sustanciales (pago del precio y autorización para utilizar un número mayor de postes), lo cual constituye justificación suficiente para que ELECTRONORTE se negara a continuar permitiéndole el uso de sus postes.

derivada de razones que atañen a una mayor eficiencia y al simple ejercicio legítimo de la libertad de contratar.

En la jurisprudencia comunitaria, respecto a las negativas injustificadas de trato destaca el caso **United Brands (1978)**¹⁰, donde la Comisión de la CE estableció el principio según el cual «(...) una empresa con posición de dominio en la comercialización de un producto –que goza de la reputación de una marca conocida y valorada por los consumidores- no puede dejar de suministrar a un cliente que lo es desde antiguo y que cumple con los términos usuales del comercio, si los pedidos de tal clientela no exceden de lo ordinario». Sin embargo, recogiendo lo que establece la doctrina puede señalarse como algunos casos que justifican la negativa, la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del servicio solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda, la escasez de insumos o recursos requeridos para brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores imposibilidad de satisfacer la demanda de quien quiere contratar con ella, o si esta es manifiestamente insolvente o, a su vez, no satisface las condiciones contractuales que la otra parte suele exigir a cualquiera que quiera contratar con ella. Tampoco puede obligarse a contratar (salvo excepciones a quien tiene un derecho de patente, pues la propia ley le otorga al titular un derecho de explotación exclusiva¹¹.

En nuestro país (y en muchos países del orbe), un supuesto particular por la especialidad del sector y las normas que lo regulen lo constituye las negativas injustificadas que se desarrollan en el sector de las telecomunicaciones donde aparecen recogidas la prohibición de la negativa a contratar para algunos supuestos. Por ejemplo, se establece que las empresas que presten servicios portadores no pueden aprovecharse de tal situación para obtener ventajas frente a otras empresas con las que compiten en el mercado de servicios de valor añadido impidiendo la sana competencia. Asimismo, se determina que las empresas prestadoras de los servicios de telecomunicaciones no deben negarse a brindar el servicio a cualquier persona que cumpla con las condiciones establecidas en dicho servicio y se prohíbe limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio. En conclusión, si bien es cierto que en general las leyes de competencia no imponen una obligación de negociar a la empresa con posición de dominio, la interrogante respecto a cuando una práctica de negativa de trato es considerada «anticompetitiva» o «ilegal» o, dicho de otro modo, en que casos las justificaciones expresadas por la empresa dominante serán tomadas en cuenta por las autoridades de la competencia, dependerán en gran medida de los objetivos específicos que cada ley de la competencia contemple, ya que de esta manera las justificaciones se adecuarán a los fines perseguidos.

1.2 CLASES DE «NEGATIVAS INJUSTIFICADAS DE TRATO»

Una de las posibles clasificaciones que se podría realizar en relación a las negativas injustificadas de trato, se encuentra en relación a quien desarrolla este tipo de conducta, así, si la conducta desplegada constituye una concertación

¹⁰ United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, Rep. 237.

¹¹ ABANTO VASQUEZ, Manuel. «Derecho Penal Económico», Lima-Peru 2000, pg. 49.

entre empresas para negarse a contratar con otra empresa, dicha practica se tipificaría como un «boicot», la misma que se considera una practica ilegal per se, sin perjuicio del análisis de sus efectos reales o potenciales. Esta conducta se encuentra regulada en el art. 6.g) del D. Leg. N° 701: «La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios»¹². En ese sentido, como se podrá observar, los casos de «boicot» son mas sencillos que los casos de negativa individual a contratar, debido a que **lo único que importaría sería la evaluación de la conducta, independientemente de averiguar si la misma ha sido desarrollada por una empresa que goce de posición de dominio**. De otro lado, también es necesario mencionar la **negativa unilateral**, es decir, la que lleva a cabo una empresa por propia decisión y que tiene una posición de dominio en el mercado plantea muchas dificultades, pues existen numerosos casos en los que dicha practica es perfectamente comprensible y refleja condiciones de mercado, ya que cuando potencialmente puede derivarse eficiencia de la negativa unilateral de una empresa, y no existe evidencia clara de que la intención de dicha negativa es depredar el mercado, entonces es preferible no intervenir en el caso.

Dicha clasificación ha sido adoptada en nuestra jurisprudencia en el caso **Cable S.A. c. Electrocentro S.A.**¹³, donde se señala que: «Las negativas injustificadas de trato o negociación (refusal of deal) se enmarcan dentro de un conjunto amplio de practicas que pueden ser realizados por una sola empresa -negativas unilaterales de trato- o por un grupo de empresas -negativa concertada de trato (boicots)- que tienen por objeto la exclusión de competidores en un mercado determinado y/o el intento de monopolización de un mercado relacionado».

Otra forma de clasificar este tipo de conductas son las denominadas:

1.2.1 Negativas injustificadas directas. Son aquellas que se realizan de manera abierta y clara.

1.2.2 Negativas injustificadas de trato» indirectas. Son aquellas en las cuales la negativa no necesariamente tiene que ser abierta y clara¹⁴. Formas de negativa sofisticadas son simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulen, o dar excusas sobre la posibilidad de atenderlos en los términos solicitados sin que tales excusas tengan fundamento, o pedir nuevas aclaraciones o dar información errónea para bloquear o retrasar la atención de las solicitudes. Toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción plena de un pedido efectuado o la demora sistemática de su atención, podría quedar tipificada bajo este rubro. Uno de los

¹² Inciso modificado por el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18-04-96, originalmente decía: g) Otros casos de efecto equivalente, que sean tipificados por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, Justicia e Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración.

¹³ Resolución N° 011-2000-INDECOPI/CLC.

¹⁴ BULLARD, Alfredo., Op. Cit., pg. 83. Dicho autor señala que: «Toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción de un pedido efectuado o la demora sistemática de su atención, podrá quedar tipificados bajo este rubro». En el mismo sentido, **Los Lineamientos** establecidos mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD/OSIPTEL «Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Libre Competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones», publicado en El Peruano 08.02.00, señala que es: «evidente (que) la negativa puede darse de manera abierta y directa, o de manera indirecta, a través de omisiones o silencio, evasivas o recorte de información al solicitante. Incluso la depredación de calidad, además de un caso de discriminación, podría ser considerado un caso de negativa indirecta de brindar un servicio adecuado. Lo importante es más el efecto que la forma que se usa para conseguirlo.

supuestos mas característicos de negativas injustificadas indirectas lo constituye el abuso por medio de precios inequitativos o excesivos¹⁵.

1.3 TEORIA DE LAS FACILIDADES ESENCIALES

Una característica común a los sectores de infraestructura, pero no exclusiva de estos, es la coexistencia de segmentos donde la competencia es posible con otros agentes económicos, aún cuando estos constituyan monopolios naturales o que tengan una posición de dominio en el mercado, para ello las firmas que participan en estos sectores económicos específicos requieren contar con las denominadas «facilidades esenciales» para llegar a sus clientes. En función a este tipo de casos se ha dado en el ámbito doctrinario una interesante problemática, en cuanto a la evaluación de las negativas injustificadas de trato de las «facilidades esenciales», **o sea aquellos insumos o elementos productivos necesarios para producir un bien o brindar un servicio, y que se encuentre en poder de la una empresa.** En ese sentido, al Derecho de la Competencia le interesa sobremanera los asuntos en los cuales la llamada «facilidad esencial» se encuentra en poder de una empresa que a su vez compite con otra, y no la brinda en los mismos términos en que lo brinda a si misma. De acuerdo a la doctrina que desarrolla este punto, una empresa que ostenta una posición dominante en la concesión de instalaciones que son esenciales para el suministro de bienes o servicios en otro mercado abusa de su posición dominante cuando se niega a dar acceso a dichas instalaciones, sin una justificación objetiva, ya que una empresa dominante no sólo se halla obligada a abstenerse de todo comportamiento restrictivo de la competencia que genere efectos distintos a los daños concurrenciales, sino que en determinados sectores económicos, la ley le obliga a promover la competencia, dando acceso a sus competidores actuales o potenciales a las instalaciones que haya desarrollado. Como se puede observar, la doctrina de las facilidades esenciales o «infraestructuras esenciales» (esencial facilities doctrine) establece que el propietario de una infraestructura que es declarada «esencial» para la competencia tiene la obligación de compartir la misma con terceros, estos supuestos se presentan en industrias específicas, tales como las redes eléctricas o gaseoductos. En estos casos la doctrina de las infraestructuras esenciales ha sido empleada para sustentar casos de negativa injustificada de trato, aunque su aplicación ha estado restringida a supuestos en los que existía una relación de competencia entre las partes¹⁶.

¹⁵ Sobre el particular, merece destacar en la jurisprudencia nacional el asunto PEDRO JUAN LACA BUENDÍA vs. ELECTRONORTE S.A., donde el organismo regulador de la competencia en Telecomunicaciones (OSIPTTEL) estableció que: «No obstante, en casos excepcionales, el establecimiento de un precio excesivo podría convertirse en una negativa indirecta de trato que restringe la competencia en el mercado. Sin embargo, es necesario precisar que, como consecuencia de su carácter excepcional, la consideración de esta práctica como prohibida debe limitarse únicamente a aquellos casos en que sea evidente que el establecimiento de un precio excesivo tiene una intención anticompetitiva. De lo contrario, se pondría en riesgo la autonomía que ha sido reconocida legalmente a las empresas para fijar sus precios. De acuerdo con lo anterior, un precio excesivo sólo debe considerarse como una negativa indirecta a contratar cuando se demuestre que el agente que fija dicho precio tiene la intención de restringir la competencia a través de dicha práctica o, cuando menos, que tiene algún incentivo para negar la venta a través de un precio excesivo. Tal sería el caso, por ejemplo, de empresas integradas verticalmente, ya que en tales supuestos el infractor se encuentra vinculado a un competidor del cliente a quien pretende aplicar dicho precio». Cfr. Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTTEL. PEDRO JUAN LACA BUENDÍA vs. ELECTRONORTE S.A.

¹⁶ HOVENKAMP, Herbert.: «Federal antitrust policy. The law of competition and its practice», West Publishing Co., 1994, pg. 284.

En cuanto a lo que debemos entender por facilidad esencial, la normativa nacional ofrece un concepto en el art. 6 del Reglamento de Interconexión aprobado mediante la resolución de Presidencia N° 001-98-CD/OSIPTTEL, el cual establece que: «Para los fines de interconexión, y teniendo en cuenta los Acuerdos de la Organización mundial de Comercio, una red o servicio pueden ser desagregados en instalaciones esenciales. Se entiende que es instalación esencial toda parte de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que: 1) sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores y 2) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico».

En cuanto a la obligación de contratar que tiene una empresa que ostenta una posición de dominio, merece destacar lo dispuesto en el art. 33 de la Ley de Concesiones eléctricas, Decreto Ley N° 25844, el cual señala que: «Los concesionarios de transmisión están obligados a permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros (...)». en el mismo sentido, el art. 34 del mismo cuerpo legal señala que: «Los concesionarios de transmisión están obligados a: (...) d) permitir la utilización de sus sistemas por parte de terceros, para suministrar energía a usuarios que no tengan carácter de servicio Público de electricidad, ubicado dentro o fuera de su zona de concesión». De otro lado, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi, en sendas resoluciones, ha impuesto la obligación de prestar servicios o permitir el ingreso y/ o uso de infraestructuras, como se puede observar en el asunto **Empresa Holguín e Hijos c. Empresa Nacional de Coca (ENACO)**¹⁷.

1.4 SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE NEGATIVAS INJUSTIFICADAS DE TRATO

Comúnmente, las negativas de trato se consideran prácticas ilícitas si tienen alguno de los siguientes efectos en el mercado¹⁸:

a) Cuando la negativa busca evitar el trato con competidores. En este caso, la empresa con posición de dominio niega la venta porque la afectada también le compra a su competidor. Bajo este supuesto la negativa funciona como una sanción para quienes son clientes del competidor y busca perjudicar a este último restándole clientela.

b) Cuando la negativa busca restringir la competencia que enfrenta una empresa integrada verticalmente. La figura más común bajo este supuesto es la de una empresa con posición de dominio que se encuentra integrada verticalmente y niega la venta a las empresas que compiten con su vinculada, incrementando así las barreras de acceso al mercado para las competidoras de esta última.

c) Cuando la negativa busca monopolizar un segundo mercado a través de un precio excesivo («price squeeze»)¹⁹. En este caso, una empresa con posición de

¹⁷ Resolución N° 016-94-INDECOPI/CLC. En este caso, la Comisión señaló: «Declarar fundada la denuncia presentada por la Empresa Holguín e Hijos, en contra de la empresa Nacional de la Coca (ENACO), por abuso de posición de dominio consistente en negarse injustificadamente a satisfacer las demandas de compra del mercado local, y en consecuencia disponer que ENACO satisfaga las ordenes de compra de la empresa denunciante, sin perjuicio de las facultades de fiscalización y control que deba ejercer el Estado».

¹⁸ Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTTEL. PEDRO JUAN LACA BUENDÍA vs. ELECTRONORTE S.A.

¹⁹ Cabe indicar que esta figura también se encuentra contemplada por los LINEAMIENTOS bajo la denominación de “precios comprimidos” dentro del conjunto de prácticas de efectos depredadores. Al respecto, los

dominio que se encuentra verticalmente integrada vende, por un lado, el bien en el que ostenta posición de dominio a un precio muy elevado y, por otro, el bien en el que enfrenta competencia a un precio bastante bajo, de manera que sus competidoras tienen que comprar el insumo a un precio muy alto pero vender el producto terminado a un precio muy bajo para poder competir. En este caso, se considera que la venta del bien a un precio muy elevado podría constituirse en una negativa indirecta de venta, cuya finalidad sería restringir la competencia en el mercado aguas abajo (downstream).

No se puede descartar los casos de «negativas injustificadas arbitrarias»²⁰, las mismas que no generan ni actual ni potencialmente algún incentivo ni beneficio a la empresa con posición de dominio, por lo que no podrían constituir un supuesto de abuso de posición de dominio en los términos requeridos por el primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, el mismo que establece expresamente que: «Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el 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». La jurisprudencia nacional ha señalado que en dichos supuestos («negativas injustificadas arbitrarias»), no pueden ser analizadas según el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, pero que sin embargo se pueden evaluar según el artículo 3 de dicha ley (o sea mediante la cláusula de prohibición de abusos)²¹, siempre que se demuestre que a pesar de la falta de incentivos anticompetitivos del infractor dicha conducta ocasionaría un daño de magnitud considerable a la competencia²².

LINEAMIENTOS señalan: «Esta práctica en general se presenta cuando una firma verticalmente integrada es dominante en un mercado hacia atrás (upstream market) que provee de un insumo esencial a compañías que compiten con una empresa relacionada en un mercado hacia adelante (downstream market). Esta firma puede tener una conducta tal que vaya en detrimento de sus competidores. La firma verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de sus competidores (en el mercado hacia adelante) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado hacia adelante (downstream market)».

²⁰ En el supuesto de negativa de trato arbitraria, la empresa con posición de dominio no tendría intención de restringir la competencia, en tanto no compite con la empresa a la cual niega la venta, ni tiene un interés específico en ingresar a su mercado; adicionalmente, tampoco utiliza la negativa como medio de sancionar al cliente por contratar con su competidor. La negativa de venta arbitraria no genera un beneficio para el agente que incurre en ella -mas bien podría generarle un perjuicio al limitar la posibilidad de incrementar los ingresos por una venta adicional-, pero sin embargo perjudica al comprador afectado.

²¹ La negativa de trato arbitraria no puede ser sancionada a la luz del artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701, en tanto que no puede sostenerse con certeza que dicha figura genere un beneficio para el agente que incurre en la negativa. Sin embargo, la negativa injustificada de trato arbitraria podría ser analizada como infracción a la cláusula general contenida en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, pero debería aplicarse únicamente ante casos excepcionales que no se encuentren previstos expresamente por el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 o que no puedan incluirse dentro de los casos de efecto equivalente contemplados por el inciso f) del mencionado artículo 5.

²² Para analizar los casos de abuso de posición de dominio por negativa de trato arbitraria a la luz del artículo 3 del Decreto Legislativo 701, debería demostrarse que, a pesar de que el infractor no tiene una intención anticompetitiva ni incentivos para perjudicar al afectado, la negativa arbitraria finalmente termina ocasionando un daño de magnitud considerable a la competencia, en tanto que la mencionada norma requiere que como consecuencia de la conducta ilegal “se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.

CAPITULO SEGUNDO: DISCRIMINACIÓN ABUSIVA

2.1 ASPECTOS GENERALES

Cuando nos referimos al tipo de discriminaciones, contemplado en el art. 5º, literal b), del D. Leg. N° 701, debemos tener en cuenta que el mismo corresponde casi palabra por palabra¹ al tipo contemplado por el art. 82º, literal c) del Tratado de Roma², teniendo como particularidad la redacción peruana, una enumeración de los criterios que excluyen la tipificación de la conducta³. Con ello se tiene en cuenta el hecho de que tales conductas, efectuadas en el marco de la libertad de disposición y de la libertad contractual, son en realidad immanentes a una libertad de competencia, y solo deberían ser prohibidas y tipificadas aquellas que sean indeseables y graves desde el punto de vista de la competencia. En ese sentido, uno de los principios en que se asienta el ordenamiento jurídico peruano es la «no discriminación», la que se encuentra consagrada en el art. 2.2 de la Constitución de 1993, la misma que expresamente señala que toda persona tiene derecho a: «La igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivos de origen, raza, sexo idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole».

Esta prohibición a discriminar es un principio general que en el ámbito de la contratación podría vulnerar la libertad de contratar, debido a que un agente económico es en principio libre de realizar dicha elección, o sea es libre de elegir con quien desea contratar. Evidentemente, si en un mercado existen proveedores que ofrezcan el mismo bien o sustitos adecuados, la implicancia económica de tal discriminación no tendría, a nivel estrictamente económico influencia alguna, ya que el demandante podría satisfacer sus necesidades acudiendo a otros oferentes, pero si este último goza de una posición de dominio en el mercado la situación cambia ostensiblemente, debido a que la elección de los oferentes disminuye radicalmente. Por ello se afirma que la discriminación abusiva esta vinculada a un poder real y efectivo de mercado de parte de la firma dominante. **Pero, debemos tener en cuenta que no toda diferenciación en sentido económico supone una discriminación en sentido legal**⁴.

¹ ABANTO VASQUEZ, Manuel. «El Derecho de la Libre Competencia», Editorial San Marcos 1º Edición, Lima-Perú, pg. 369.

² Art. 82 del TCE (ex artículo 86) Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva (...).

³ Artículo 5.b) del D. Leg. N° 701, establece que: «(...) No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones».

⁴ DÍEZ ESTELLA, Fernando. «Precios discriminatorios en el sector de las Telecomunicaciones», Gaceta Jurídica de la Competencia y la Unión Europea, n° 208, Marzo /Abril 2000, pg. 77. Este autor menciona que si hay una diferencia de costes, una identidad nominal en los precios de los productos, aunque no provoque ninguna objeción legal, será económicamente discriminatoria. A la vez, factores como la estructura de los mercados, el nivel de concentración de empresas, las condiciones de producción y distribución de un producto o las características de la demanda pueden hacer que un precio uniforme redunde en una pérdida de bienestar de los consumidores. Por otro lado, imponer un precio uniforme puede, en ocasiones, provocar una disminución de la eficiencia en la asignación de recursos o el cierre de un mercado para un determinado grupo de consumidores.

Las discriminaciones abusivas han sido estudiadas generalmente, centrando su objeto de acción en el precio, lo cual es parcialmente correcto ya que las mismas pueden tener por objeto cualquier otro aspecto relacionado al bien o servicio en tanto este sea razonablemente necesario, aspecto que se encuentra claramente señalado en nuestra normativa, la cual en el art. 5.b) señala que dicha conducta puede operar sobre cualquier condición comercial.

Uno de los casos más comunes de implementación de una política de discriminación abusiva de precios esta relacionados generalmente a **restricciones verticales**⁵. En dichas circunstancias la restricción territorial suele ser una condición necesaria para llevar a cabo la discriminación, ya que de no implementarse podría aparecer una oportunidad para el arbitraje entre los distribuidores que pueden comprar más barato y los que deben comprar más caro. Si, por el contrario, dicho arbitraje está vedado a través de una restricción de exclusividad territorial (acompañada, quizás, por la fijación de precios de reventa distintos en las distintas zonas), la discriminación de precios puede volverse factible y permitir la obtención de rentas adicionales para el productor y para los distribuidores⁶.

2.2 CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

Es difícil dar una definición precisa de qué se entiende por discriminación en el ámbito del derecho de la competencia, al ser una figura en la que se entrecruzan los conceptos legales con el análisis económico. Según una aproximación económica un productor discrimina (en precios) cuando dos unidades de un mismo bien físico se venden a precios diferentes, al mismo consumidor o bien a consumidores diferentes⁷. Se puede matizar aún más este concepto, diciendo que en realidad «la discriminación de precios es vender a un precio o precios tales que el ratio precio/coste marginal es diferente en las diferentes ventas»⁸.

Por su parte, la discriminación de precios según **Khemani** se da cuando: «(...) **En diferentes segmentos del mercado, la clientela no recibe la aplicación de un mismo precio para un mismo bien o servicio, por motivos no relacionados a los costos.** (...)». Puede asumir numerosas formas, incluyendo el establecimiento de diferentes precios en función del grupo de edad, de la implantación geográfica y del tipo de usuario (por ejemplo, diferenciación de las tarifas eléctricas según que se trate de un particular o de una empresa). Resulta posible identificar subdivisiones en los mercados y segmentar el mercado demostrando que resulte rentable para la empresa fijar precios mas elevados para los mercados en los que la demanda es menos elástica. (...) De este modo, una empresa dominante podrá

⁵ Un ejemplo de esto se da cuando un productor le otorga territorios exclusivos a sus distribuidores y comienza a vender a diferentes precios en los distintos territorios.

⁶ Cabe aclarar que, si bien la discriminación de precios es una práctica directamente relacionada con el ejercicio del poder de mercado, su presencia no implica necesariamente una pérdida social de eficiencia. Por ejemplo, para el caso particular de la discriminación de precios de tercer grado (es decir, para situaciones en las cuales se cobran diferentes precios en distintos mercados pero no se discrimina entre las unidades vendidas en un mismo mercado), se ha demostrado que ciertas discriminaciones de precios logran incrementar la cantidad total comerciada y generan un aumento del excedente total de los agentes económicos.

⁷ TIROLE, J.: «Teoría de la Organización Industrial», Ed. Ariel Economía, Madrid-España, 1990, pg. 203.

⁸ POSNER, Richard.: «Antitrust Law, An Economic Perspective», The University of Chicago Press, Londres 1976, pg. 62.

rebajar sus precios en ciertos mercados para eliminar a competidores locales especialmente dinámicos. No obstante, queda planteada la pregunta de si la discriminación por los precios constituye verdaderamente un medio de restringir la competencia. Dicha cuestión esta sujeta a amplio debate. La discriminación por los precios se advierte asimismo en las industrias reglamentadas por los poderes públicos, en las que es frecuente aplicar precios diferentes según el periodo de horario (fijación de tarifas punta) o hacer que se aprovechen de tarifas mas bajas a los grandes usuarios fijación de tarifas decrecientes) (...)»⁹.

Por tanto se entiende que una empresa discrimina en precios cuando impone, en sus relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes¹⁰, tal como lo señala el art. 5.b) del D. Leg. N° 701 con lo cual se considera que estamos ante un supuesto de discriminación cuando se tratan casos iguales de forma distinta y no se daría este supuesto cuando el trato diferente se funda en **razones objetivas que hacen a un caso distinto de otro**. Un ejemplo típico de discriminación podría consistir las diferenciaciones por razones de nacionalidad que, en caso de ser realizada por una empresa en posición de dominio, tendrá muchas posibilidades de incurrir en el ámbito del artículo antes señalado¹¹.

De otro lado, en los supuestos de abuso de posición de dominio en el mercado, siempre tenemos que tener en cuenta que no toda diferencia de precios constituye una discriminación, mientras que un precio igual para todos los compradores puede resultar discriminatorio si las transacciones tienen distintas características. En tal sentido, el mercado puede generar situaciones esporádicas de discriminación de precios, ya sea por las condiciones naturales de cada actividad, por las distintas condiciones contractuales que se hayan pactado, o según los costos en debe incurrir el vendedor para atender a cada cliente¹². Así, las fluctuaciones del tipo de cambio pueden ocasionar precios distintos en cuestión de minutos en la compra-venta de dólares; igualmente, condiciones contractuales como la compra por volumen pueden justificar precios de venta distintos; de la misma forma, los precios pueden ser diferentes dependiendo del costo de atender a cada comprador (por ejemplo si se encuentran en distintas ciudades y el vendedor debe incluir el costo del transporte en el precio). En estos casos no puede hablarse válidamente de una conducta discriminatoria prohibida por el Decreto Legislativo 701¹³.

⁹ Citado por FLINT BLANCT, Pinkas.: «Tratado de defensa de la libre competencia : estudio exegético del D.L. 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia», Fondo Editorial PUCP, Lima-Perú, 2002, pg. 543.

¹⁰ DIEZ ESTELLA, Fernando., Op. Cit., pg. 81.

¹¹ BELLAMY, Christopher /CHILD, Grahah.: «Derecho de la competencia en el Mercado Común», Editorial Civitas, Madrid-España, 1992, pg. 532.

¹² HOVENKAMP, Herbert.: «Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice», West Group (1999), pgs. 565-567.

¹³ Al respecto, los LINEAMIENTOS, señalan lo siguiente: «Las empresas, en principio, se encuentran en absoluta libertad para discriminar precios y condiciones entre sus clientes. Sin embargo, las normas de libre competencia depositan obligaciones más gravosas sobre las empresas que gozan de posición de dominio. Pero incluso en este último caso la discriminación podría ser una práctica necesaria y legítima, pudiendo beneficiar a los consumidores. Los costos de suministrar bienes y servicios a todos los clientes no son los mismos; la ubicación geográfica, las cadenas de distribución y comercialización, el nivel de riesgo, la disponibilidad de tecnología o de facilidades técnicas, las condiciones de compra (como volumen, forma de pago, etc.) determinan que no necesariamente los precios y condiciones deban ser los mismos para todos. Ello es lo que origina que esta práctica deba ser analizada bajo la «regla de la razón». De esta manera OSIPTEL actuará en los casos de discriminación de precios cuando ésta no tenga efectos favorables para el bienestar de los consumidores y sea

2.3 CONDICIONES NECESARIAS PARA LA DISCRIMINACIÓN

Para que una empresa que comercializa un bien o servicio tenga la posibilidad de discriminar entre los precios que cobra por las distintas unidades que vende, es necesario de acuerdo a la doctrina¹⁴, que se cumplan al menos tres condiciones básicas:

2.3.1 Segmentabilidad del mercado. Implica que la empresa que desea discriminar precios debe tener la posibilidad de distinguir entre las demandas de diferentes grupos de clientes. Dicha división puede obedecer a diferentes características de los compradores (estudiantes, jubilados, etc), a distintos usos que los mismos le dan al bien que adquieren (residencial, industrial, etc) o a diferente localización geográfica (clientes domésticos y del exterior, rurales y urbanos, etc). La posibilidad de distinguir puede basarse en hechos externos que permitan una separación directa de los sub-mercados (localización del punto de venta del producto, posesión de un determinado carné de estudiante o jubilado, etc) o bien puede tener lugar a través de la manera en la que el comprador elige adquirir el bien o servicio (en un local comercial o en su domicilio, en envases grandes o pequeños, etc).

2.3.2 Capacidad de impedir o dificultar la reventa. La segunda condición necesaria para la discriminación de precios es la dificultad o imposibilidad de que los distintos grupos en los cuales el mercado ha sido segmentado comercien el bien entre ellos. De nada le sirve a una empresa cargar un precio más bajo a un grupo de compradores y uno más alto a otro si los miembros del primero de tales grupos pueden revender sin costo sus unidades a los miembros del segundo, y arbitrar de ese modo entre los precios impuestos por el vendedor original. De la misma manera, resulta también estéril vender cantidades mayores a precios unitarios menores si quien adquiere dicho producto puede a su vez fraccionarlo y revenderlo sin costo.

2.2.3 La existencia de una posición de dominio. El último requisito esencial, y el que debe verificarse en primer lugar antes de realizar el análisis de la conducta es la existencia de un posición de dominio en el mercado, de esta manera la discriminación de precios será posible. En efecto, si no existe poder de mercado (es decir, si la empresa es tomadora de precios), la capacidad de fijar precios es por definición nula, y por lo tanto todas las diferencias que se encuentren entre los precios que pagan los distintos compradores obedecerán a factores ajenos a la empresa vendedora. La posesión de poder de mercado, sin embargo, no implica necesariamente que la empresa no enfrente competencia de ningún tipo, sino tan sólo que tenga influencia sobre los precios.

Respecto a los requisitos que se debe constatar para acreditar una discriminación de precios, la jurisprudencia peruana ha establecido un conjunto de criterios necesarios, los cuales han sido dilucidados en el asunto **LACA BUENDÍA vs.**

meramente un mecanismo para transferir ingresos de los clientes y consumidores al proveedor, sin efectos de eficiencia que los compensen; o cuando tenga por efecto hacer exigible un acuerdo de concertación de precios».

¹⁴ COLOMA, Germán.: «La discriminación de precios y la defensa de la competencia», Serie Seminarios Nro 13/99, Buenos Aires-Argentina, Instituto y Universidad Torcuato Di Tella, 1999, pg. 27.

ELECTRONORTE S.A.¹⁵, donde se exige la concurrencia de los siguientes elementos:

a) La empresa debe tener posición de dominio en el mercado, de lo contrario el afectado podría acudir a fuentes alternativas de suministro y así neutralizar los efectos de la discriminación.

b) La empresa con posición de dominio debe contar con suficiente información sobre la disponibilidad de pago de sus clientes (su precio de reserva), para cobrarle a cada uno o al menos a cada grupo de clientes aquel precio que estén dispuestos a pagar como máximo antes de dejar de comprar el bien.

c) No debe ser posible el arbitraje (reventa) o al menos la empresa debe estar en capacidad de evitarlo; de lo contrario quien adquiere al precio más bajo podría tratar de venderle el bien a quien lo adquiere al precio mayor, impidiendo así que se produzca efectivamente la discriminación¹⁶.

2.4 LA DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

2.4.1 Discriminación de precios en la jurisprudencia de los EEUU.

En Estados Unidos, como es bien sabido, el cuerpo principal de la normativa antitrust está contenido en dos leyes: la **Sherman Act** y la **Clayton Act**. No obstante, la ley reguladora de la discriminación de precios es la **Robinson-Patman Act**, cuya génesis está ligada al enfrentamiento de las grandes cadenas comerciales (chain stores) contra los pequeños comerciantes (independent retailers). En efecto, entre 1920 y 1930, las primeras experimentaron un vertiginoso crecimiento, llegando a triplicar su cuota de mercado, en detrimento de los pequeños comercios. Al emplear su poder de mercado para obtener importantes rebajas y descuentos de sus suministradores dejaba a los pequeños comercios indefensos ante una práctica que las leyes entonces vigentes no prohibían. De ahí que la máxima autoridad en materia *antitrust*, la **Federal Trade Commission** abriera una investigación al respecto, que acabó con la promulgación en 1936 de la **Robinson-Patman Act**. Dicha Ley, establecía en la sección segunda las condiciones requeridas para establecer la existencia de una discriminación de precios prohibida, siendo ellas las siguientes: a) Que existan ventas a compradores a precios diferentes; b) Que sean razonablemente contemporáneas en el tiempo; c) Que sean realizadas por una misma empresa; d) Que los bienes vendidos sean de la misma calidad o composición; y, e) Que la discriminación lesione substancialmente la competencia.

Una de las primeras Sentencias del Tribunal Supremo norteamericano en materia de discriminación de precios, fue la recaída en el asunto «FTC vs. Morton SALT» (1948), donde se estableció expresamente que: «Cuando se promulgó la **Robinson-Patman Act**, el Congreso estaba especialmente preocupado por proteger a los negocios pequeños que eran incapaces de comprar en grandes cantidades»¹⁷. Desde entonces hasta la fecha esta Ley no ha parado de recibir las

¹⁵ Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL. PEDRO JUAN LACA BUENDÍA vs. ELECTRONORTE S.A.

¹⁶ Dichos requisitos, también son citados por CARLTON, D. y PERLOFFF, J.: «Modern Industrial Organization»; Addison-Wesley (2000), pg. 277.

¹⁷ F.T.C. v. Morton Salt Co., 334 U.S. 37 (1948), párrafo n° 12.

críticas de la doctrina americana¹⁸, por entender que con ella no se conseguía ni una mejora competitiva ni una mejora del bienestar sino que simplemente se protegía al pequeño comerciante frente a las grandes cadenas, lo que en muchas ocasiones significaba proteger al ineficiente a expensas del eficiente.

Uno de los casos más citado (y también el más criticado), en cuanto a la aplicación de la **Robinson-Patman Act**, fue el asunto «**Utah Pie vs. Continental Baking y otros**» (1967)¹⁹, donde se sanciona a una empresa por constatar la existencia de una diferencia de precios que dañaba a un competidor y que no podía justificarse en términos de costos o de igualación de precios de otro competidor. Asimismo, uno de los últimos casos resueltos por la Corte Suprema de los EEUU lo constituye el asunto «**Brook vs. Brown & Williamson Tobacco**» (1993), en el cual este organismo entendió que una empresa productora de cigarrillos que había ofrecido importantes descuentos por volumen a sus distribuidores (Brown & Williamson), y que había sido demandada por otro competidor presumiblemente dañado por esa actitud (Liggett & Myers, parte del grupo Brook), no había infringido la Robinson-Patman Act. En su sentencia, el tribunal consideró que, en virtud de la estructura oligopólica del mercado de cigarrillos, no resultaba probable que una política de precios discriminatorios por parte de un productor tuviera éxito en eliminar la competencia de las restantes empresas, y que por lo tanto no existía un peligro potencial de que el denunciado monopolizara luego la industria y fijara precios abusivos en una segunda etapa de su estrategia comercial.

2.5.2 Discriminación de precios en la jurisprudencia comunitaria

En cuanto a la jurisprudencia comunitaria, la diferencia en las condiciones de comercialización para ser consideradas como discriminatorias han de ser en principio **injustificadas**, es decir, **no obedecer a una diferencia de costes, y además ha de tener un impacto sobre la competencia, de manera que ésta resulte falseada y se deje a una parte en situación de desventaja competitiva frente a otra**. En ese sentido, las principales diferencias entre el enfoque de las legislaciones norteamericana y europea tienen que ver con que la primera se concentra en el análisis de la discriminación de precios como una práctica abusiva explotativa en vez de una práctica exclusoria, y en que no se limita a los mercados de bienes tangibles sino que también abarca a los bienes intangibles y a los servicios. Sin embargo, la práctica europea parece realizar una defensa que abarca el **perjuicio a los compradores** en las cuales los mismos quedan ubicados en una posición de «desventaja competitiva», lo que hace presumir que

¹⁸ BORK, Robert.: «The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself», Ed. The Free Press, Nueva York, 1993, pg. 383.

¹⁹ En dicho caso, un productor local de postres helados del estado de Utah (Utah Pie) denunció a tres productores nacionales (Continental Baking, Pet Milk y Carnation Company) que ingresaron a competir en dicho estado a precios más bajos que los que cobraban en otros puntos del país. A pesar de que en ese caso quien tenía una participación mayor en el mercado de postres helados de Utah era el denunciante y a que su volumen absoluto de ventas no disminuyó luego del ingreso de las nuevas empresas, el hecho de que la participación de Utah Pie en el mercado se redujera y de que se comprobara la existencia de una diferencia de precios por parte de las empresas denunciadas no justificable en términos de costos hizo que la Corte Suprema de los Estados Unidos sancionara a estas últimas empresas por infringir la ley Robinson-Patman. Poco importó en esa circunstancia que el mercado bajo análisis hubiera pasado a ser más competitivo después de la entrada de Continental, Pet Milk y Carnation, ni que los consumidores de postres helados se hubieran beneficiado con una reducción apreciable de los precios (que impulsó un incremento en el volumen comercializado en el mercado).

la discriminación de precios que le preocupa más intensamente al Tratado de la CE es aquella que tiene lugar en condiciones de monopolio o cuasi-monopolio y que afecta a mercados de insumos intermedios o de reventa de bienes, antes que la que ocurre en mercados de bienes finales y afecta directamente a los consumidores²⁰.

La sentencia que marca la pauta en cuanto a la forma de interpretar y aplicar el art. 82.c) del Tratado de la CE, es el famoso caso **United Brands**²¹. La valoración sobre este asunto, ha sido, en general bastante negativa respecto a la postura adoptada por el Tribunal. Se ha criticado, sobre todo, la falta de seguridad jurídica a la que se enfrentan las empresas en sus políticas de precios, ya que, la misma no es absolutamente clara, tomando como referencia los términos de la decisión del Tribunal. A esta Sentencia no tardó en seguirle el pronunciamiento «**Comisión Europea vs. Hoffmann-La Roche**» (1979)²², en el cual un laboratorio con posición dominante en el mercado de las vitaminas fue sancionado por el Tribunal de Justicia por ofrecer reintegros por lealtad a los distribuidores de sus productos. En este caso, lo que se tuvo principalmente en cuenta fue que la práctica en cuestión incentivaba a los compradores a no adquirir vitaminas suministradas por los proveedores que competían con **Hoffmann-La Roche** y tenía por lo tanto un efecto de exclusión de los mismos del mercado. La sentencia hizo también referencia a que los reintegros por lealtad provocaban que diferentes compradores pagaran distintos precios por la misma cantidad del mismo producto, según le adquirieran sus vitaminas exclusivamente a la empresa denunciada o utilizaran varios proveedores. Esta sentencia tampoco ha sido recogida de manera entusiasta ya que se afirma que, solo debe prohibirse la discriminación de precios cuando tiene el efecto de dejar a una de las partes en situación de desventaja competitiva, y no en otros supuestos. Así mismo, luego de las sentencias antes mencionadas la conclusión a la cual llego la doctrina comunitaria es que: «(...) el enfoque del Tribunal revela una vez más que el objetivo principal de las autoridades comunitarias en materia de antitrust es proteger la expansión de los pequeños comerciantes a costa de los grandes, en vez de favorecer el crecimiento de los eficientes a costa de los menos eficientes»²³.

²⁰ COLOMA, Germán., Op. Cit., pg. 14.

²¹ *United Brands vs. E.C. Commission*, Caso 27/76, (1978) E.C.R. 207. *United Brands Co.* En este asunto la discriminación no afectaba la competencia entre compradores sino que incidía sobre el excedente de los consumidores finales. En efecto, en este caso un productor de bananas con posición dominante en el mercado fue sancionado por discriminar precios entre unidades vendidas en condiciones similares en puertos de diferentes países de Europa, para los cuales sus costos de transporte eran virtualmente idénticos. Quienes compraban las bananas en los distintos países para luego revenderlas no eran en este caso distribuidores que competían entre sí, por lo cual la discriminación no los ponía en desventaja a unos respecto de los otros. El efecto que esta práctica tenía era encarecer relativamente las bananas en algunos países, afectando directamente a los consumidores finales que pagaban los precios más altos. En su decisión condenatoria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ponderó fundamentalmente esa distorsión, argumentando que los mecanismos de mercado se veían adversamente afectados cuando los precios de una transacción intermedia (entre **United Brands** y sus distribuidores) se fijaban teniendo en cuenta «la ley de la oferta y la demanda entre el vendedor y el consumidor final y no entre el vendedor y el comprador directo».

²² *Hoffmann-La Roche v. E.C. Commission*, Caso 85/76, (1979) E.C.R., p. 504.

²³ ZANON, L.: «Price Discrimination and Hoffmann-La Roche», *J.W. Trade L.*, 1981, vol. 15, pg. 320. Citado por PELLISÉ CAPELL, Jaume.: «La explotación abusiva de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)», Barcelona a 22 de febrero de 2001.

2.5.3 Discriminación de precios en la jurisprudencia peruana

La practica peruana ya conoce muchos casos de discriminación abusiva como los problemas de su aplicación. Cabe mencionar los casos **Best Clean S.A. vs. Consejo Distrital de San Luis**²⁴ o **Chomin's Promotion S.R.L. vs. APDAYC/SPAC**²⁵. En este último caso la Comisión comprobó la comisión de «prácticas discriminatorias» por parte de ambas sociedades de gestión colectiva, pues cobraban diferentes tarifas de concesión por las mismas licencias. Además, dado que las denunciadas trataban de imponer contratos de atadura para que los usuarios pagaran por la licencia del 100% de las obras del autor determinado, se tendía a cobrar el mismo precio incluso si solo se quería utilizar una o unas pocas obras de un autor determinado. Debido a esto y a otras practicas restrictivas, la Comisión considero que se trataba de restricciones graves e impuso multas de 10 UIT a cada denunciada.

Pero, en ocasiones la jurisprudencia nacional ha establecido que las discriminaciones de precios han obedecido ha criterios no discriminatorios²⁶. Es especialmente interesante el caso de **FONGALSUR vs. GLORIA S.A.**, en donde, si bien la Comisión comprobó una posición dominante en el mercado de la empresa de productos lácteos Gloria S.A., no pudo comprobar el abuso en el trato discriminatorio contra la denunciante, pues el criterio utilizado por la denunciada para pagar un menor precio por la leche que esta le suministraba era objetivo y de carácter general²⁷. La resolución final de la Comisión en este caso señaló que: «(...) la discriminación no es siempre una práctica prohibida, dado que el mismo Decreto Legislativo N° 701, permite aplicar condiciones desiguales para prestaciones que aparentemente son similares, pero que por razones intrínsecas a la misma operación, determinan una diferenciación entre una y otra, justificando de ese modo la aplicación de condiciones desiguales». El carácter justificado de las dicriminaciones, también se pudo apreciar en el asunto **Asociación de Menudencieros de Ganado vacuno vs. Regidor del Consejo provincial de Huaral**²⁸, donde se comprobó la existencia de discriminaciones no abusivas provenientes de la Asociación de Proveedores de Ganado Vacuno. Estos, quienes tenían una posición dominante en el mercado Huaralino de venta de menudencias (por la existencia de una sobredemanda de producto debido a la fuerte competencia entre los «menudencieros»), escogían a sus clientes en virtud de su confiabilidad y puntualidad en el pagos, considerándose este criterio, un justificación adecuada.

La Comisión de Libre Competencia también ha establecido que respecto a los alcances del inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, en el caso **Minera Cobreña vs. Minera del Centro- Centromin Perú y Minero Perú**²⁹, que: «En relación al segundo de los requisitos existentes para que se configure el supuesto

²⁴ Resolución 012-93-INDECOPI/CLC del 06-12-93.

²⁵ Resolución 015-95-INDECOPI/CLC del 08-05-95.

²⁶ CHICLAYO GAS S.A. vs. SOLGAS. , Resolución 002-93-INDECOPI/CLC del 30-09-93.

²⁷ FONGALSUR vs. GLORIA S.A., Resolución 003-93-INDECOPI/CLC del 31-08-93. En efecto, en este caso se comprobó que la empresa Gloria S.A., usaba un sistema de bonificaciones y descuentos por cantidades: mejores precios según la calidad de leche (en función al contenido graso) y el volumen de venta (a partir de 30 kilos diarios de leche).

²⁸ Resolución 039-95-INDECOPI/CLC del 11-10-95.

²⁹ Resolución No. 013-94-INDECOPI/CLC

de infracción a las normas de libre competencia contemplado en el inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701, se tiene que la empresa denunciante **no ha demostrado que Minera Michiquilla de Chile sea su competidora**; Que, al no ser competidoras en el mercado, las condiciones de venta desigual que ofrece Minero Perú en ácido sulfúrico, no pueden generar ningún perjuicio directo a Minera Cobreña, en beneficio de Minera Michiquilla de Chile, con lo que no es posible acreditar la presencia del supuesto de discriminación contemplado en la Ley (...).

Respecto a la existencia de daño mercado, es interesante destacar el caso VALE S.A. vs. CORPAC S.A.³⁰, donde la empresa Vale S.A. presentó una denuncia contra Corpac S.A. por presunta violación al Decreto Legislativo N° 701 en la modalidad de condiciones discriminatorias, señalando que la empresa denunciada venía aplicando a las empresas prestadoras del servicio integral de rampa en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez el denominado **«Porcentaje por Uso de Instalaciones» de forma diferenciada, cobrando una tarifa del 15% de su facturación mensual a las empresas independientes y un 7.5% de la facturación a las empresas subsidiarias de las aerolíneas cuando prestan servicios a sus matrices**. En este asunto la Comisión de Libre Competencia consideró que no se habían dado las condiciones necesarios para la configuración del abuso de la posición de dominio en la modalidad de prácticas discriminatorias, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 701; toda vez que si bien no existe una justificación suficiente para el cobro por Corpac de un porcentaje diferenciado por los servicios de rampa, brindado por empresas independientes y subsidiarias, **no se ha acreditado que dicha diferenciación hubiere causado daño al mercado o a la competencia**.

De otro lado, en el caso **LACA BUENDÍA vs. ELECTRONORTE S.A.**³¹ se determinó que la empresa ELECTRONORTE S.A. contaba con una posición de dominio en el mercado relevante. Asimismo, esta no tenía la posibilidad de realizar arbitraje o reventa, ya que el bien transado consistía en un derecho de uso, lo cual restringe la posibilidad de reventa. Más aún, ELECTRONORTE tenía los medios para impedir cualquier transacción adicional a la inicialmente pactada sobre dicho bien, puesto que ni el Sr. Laca ni otras empresas de cable podrían haber subarrendado el uso o cedido la posición contractual a un tercero sin contar con su autorización. Por ello el órgano colegiado de OSIPTEL, concluyó que en el presente caso se presentaron los tres requisitos para la existencia de una discriminación y además que las justificaciones de ELECTRONORTE no llegarían a explicar las razones por las cuales suscribió el contrato con TV Cable Satélite Bagua en condiciones más beneficiosas que las del Sr. Laca. Pero en la medida que dicho esquema no puso en desventaja al Sr. Laca en relación a sus competidores³², el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL concluyó que la tarifa fijada por

³⁰ Resolución 023-97-INDECOPI/CLC del 19-11-97.

³¹ Resolución N° 041-2002-CCO/OSIPTEL. PEDRO JUAN LACA BUENDÍA vs. ELECTRONORTE S.A.

³² Para que la diferenciación de precios sea considerada contraria a la normativa sobre libre competencia, la misma tendría que haber colocado en desventaja al Sr. Laca frente a Telefónica Multimedia S.A.C. o a la competencia potencial que enfrentaba. Según la información que obraba en el expediente, ninguno de los competidores potenciales del Sr. Laca inició operaciones en el mercado relevante. Asimismo, la competencia que pudiera haberle ocasionado Telefónica Multimedia S.A.C. tampoco limitó el crecimiento del Sr. Laca, ya que su número de usuarios se incrementó consecutivamente y sin retrocesos desde junio del 2000 (110 usuarios) hasta noviembre del 2001 (400 usuarios). Adicionalmente, debe agregarse que el Sr. Laca dejó de pagar el precio de los postes que utilizaba desde marzo de 2001, con lo cual dicho precio tampoco podría haberlo puesto en desventaja

ELECTRONORTE por el uso de sus postes al Sr. Laca no constituye un precio discriminatorio prohibido por el artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo 701.

competitiva desde esa época. En consecuencia, aún de no encontrarse justificada la diferenciación de precios para uno de los contratos de ELECTRONORTE, la misma no habría puesto en desventaja competitiva al Sr. Laca frente a sus competidores actuales o potenciales.

Jorge Román Saavedra

CAPITULO TERCERO: LAS CLÁUSULAS DE ATADURA

3.1 ASPECTOS GENERALES

En principio, cuando hablamos de cláusulas de atadura, la primera idea que debemos deslindar es delimitar el concepto de subordinación, el cual hace referencia a aquella relación de dependencia que existe entre dos o mas productos o servicios, uno de los cuales tiene el carácter de principal, mientras que el resto tienen carácter de accesorios o sea que existe vinculación cuando el proveedor supedita la venta de un producto a la compra de otro producto distinto a sí mismo o a un tercero designado por él. Al primer producto se le denomina bien o servicio vinculante y al segundo producto(s) vinculado(s). Para Khemani la venta vinculada es aquella: : «Situación en la que **la venta de un producto se encuentra subordinada a la compra de otro producto**. Una variante la constituye la venta forzada de una gama completa de productos, mediante la cual un vendedor empuja u obliga aun comprador a adquirir la **gama completa de productos, mientras que este ultimo solo tiene un interés principal en la compra de un producto específico**¹.

Como se podrá observar, esta figura está constituida por el condicionamiento de la venta de un bien de alta demanda (bien principal o vinculante) a la compra de un bien de baja demanda (bien atado o vinculado); siendo sus elementos constitutivos los siguientes: a) La existencia de dos bienes diferentes, b) La venta del bien principal condicionada a la compra conjunta del bien atado y, c) La posición de dominio de la empresa respecto del primer bien. Por ello la forma más común de evadir la calificación de una venta atada es sosteniendo que no existen dos bienes diferentes sino que se trata de uno sólo, como sucede por ejemplo con un automóvil y todos los accesorios que contiene (vidrios, espejos, llantas, etc.), ya que el hecho que puedan venderse por separado no impide que sean componentes de un mismo producto².

Una de las ventajas de las ventas atadas se encuentra en la protección del prestigio del bien principal, cuando la venta conjunta es la mejor forma de asegurar que el bien principal funcione adecuadamente utilizándolo con el bien atado, (por ejemplo, una fotocopiadora y la tinta que utiliza). Por otro lado, puede ser un mecanismo de reducción de costos de distribución del «paquete» (publicidad, entrega, gastos en vendedores, etc.), asimismo, esta practica constituye un factor de eficiencia, al rebajar los costos de producción y de distribución de la gama de productos y al garantizar para los productos complementarios una calidad similar a la del producto principal. Así, un fabricante de ordenadores podría subordinar la venta de este producto a la compra de ciertos disquetes con objeto de evitar todo daño o mal funcionamiento de su material debido al uso de disquetes de inferior calidad. Se admite cada vez mas que, en ciertas situaciones de mercado, la venta vinculada puede estar

¹ Citado por FLINT BLANCT, Pinkas. «Tratado de defensa de la libre competencia : estudio exegético del D.L. 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia», Fondo Editorial PUCP, Lima-Perú, 2002, pg. 552.

² MARTÍNEZ L., Martha y QUINTANA S., Eduardo. «Contratos de exclusividad y ventas atadas. cuando lo atado es la exclusividad», Boletín Latinoamericano de Competencia N° 5, parte 2, Noviembre 1998, pg. 51.

justificada en el plano comercial. Además, la vinculación puede llevar a precios supracompetitivos, especialmente en tres tipos de situaciones. En primer lugar, cuando los bienes vinculante y vinculado son parcialmente (y no totalmente) sustituibles desde el punto de vista del comprador. En segundo lugar, cuando la vinculación permite que se produzcan discriminaciones de precios en función uso que haga el cliente del bien vinculante; por ejemplo, cuando se vincula la venta de cartuchos de tinta a la venta de máquinas fotocopadoras (metering). En tercer lugar, cuando en el caso de contratos a largo plazo o de contratos suscritos en un mercado secundario con respecto a un equipo original con un plazo largo de sustitución, resulta difícil para los clientes calcular las consecuencias de la vinculación³.

De otro lado, el principal efecto negativo que produce la vinculación sobre la competencia es la posible exclusión en el mercado del bien vinculado, otros de los efectos perjudiciales de la figura comentada se ha planteado en el traslado de la posición de dominio que tiene la empresa respecto del bien principal al bien atado. Igualmente y como problema más grave según la mayoría de especialistas, se sostiene que a través de la venta atada se puede conseguir la discriminación de precios, cargando con un precio mayor - el correspondiente al producto atado - al consumidor intensivo del bien principal⁴, además se puede obstaculizar las ventas de productos afines por parte de las empresas competidoras o crear barreras de entrada para las empresas que no ofrezcan la gama completa.

Como lo hemos señalado anteriormente, el primer requisito para determinar la comisión de una «**cláusulas o de atadura**», es determinar cuando nos encontramos con dos productos que pueden ser considerados «**distintos**», siendo el factor mas importante establecer si se está ante un bien distinto utilizando como criterio los «usos comerciales». Sin embargo, dependiendo de las circunstancias y de las características del mercado o bienes involucrados, incluso dos productos totalmente distintos pueden considerarse como una unidad (autos

³ Sobre este ultimo supuesto Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. «El Derecho de la Libre Competencia», Editorial San Marcos 1º Edición, Lima-Perú, pg. 149-150. En la sentencia «Kodak». Hasta antes de 1985, la empresa Kodak ofrecía servicios de asesoramiento y de reparaciones a todos sus compradores, independientemente de que estos hayan comprado o no sus aparatos construídos por las empresas. Pero, dado que los servicios de Kodak eran caros, los clientes solían recurrir a los servicios de otras empresas. A partir de este año Kodak comenzó a vincular las ventas de sus nuevos productos a nuevos consumidores, así como la venta de repuestos a los antiguos, a contratos de los servicios de asesoramiento y reparaciones ofrecidas por la propia Kodak. Esto implicaba así mismo un «after-tie», es decir una vinculación posterior entre la venta y el servicio para aquellos clientes antiguos que compraron en condiciones de no-vinculación. Pese a que existía, en principio, libertad para aceptar o rechazar nuevas condiciones de venta de Kodak, los clientes antiguos se vieron forzados a asumir el servicio para evitar los costos de readaptación de sus sistemas ya instalados con tecnología Kodak. Según la sentencia, ellos no habrían podido protegerse contra ese cambio de política de la firma, pese a ser comerciantes experimentados, dado que no disponían de información suficiente sobre modificaciones de precios en el mercado y sobre el tiempo de vida de la maquina. La venta de maquinas Kodak que al principio no estaba vinculada al servicio caro, funciona así, en la practica, como un señuelo anticompetitivo (locked-in installed base) en relación con el servicio posterior y la venta de repuestos (after-market), independientemente de la verdeara estrategia de la dirección de Kodak. Aunque Kodak no tenia una posición dominante en el mercado de ventas de maquinas, poseía un monopolio en relación con los repuestos de sus propias maquinas, ya que estos eran insustituibles y resultaba imposible para los consumidores una readaptación de sus instalaciones (compra de maquinas en otros mercados) debido a los altos costes. Esto permitía a la empresa con poder de mercado alcanzar grandes ganancias mediante la vinculación del servicio a la venta de repuesto, con lo cual se tubo que verificar la posibilidad real de un abuso de poder de mercado. Esta idea reconduce, en ultima instancia, al concepto de libertad de competencia: los consumidores no pueden decidir libremente en el mercado cuando son engañados y cuando se les oculta información sobre el precio y la calidad de sus productos.

⁴ BORK, Robert.: «The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself», Ed. The Free Press, Nueva York, 1993, pgs. 365-378.

y llantas) o, de lo contrario, son tan similares que resulta muy difícil catalogarlos como bienes diferentes. Pero por regla general, se considera que dos productos son distintos si, en ausencia de vinculación, desde el punto de vista de los compradores los productos son adquiridos en dos mercados⁵. Distinto es el caso de servicios subordinados que no tienen ninguna relación con el servicio principal, este sería el caso de una nueva máquina de afeitar que viene con una nueva tecnología de limpieza de cuchillas que permite un uso mayor de las mismas. El limpiador que se vende con la máquina de afeitar no es una venta atada sino un suplemento competitivo que busca diferenciar el producto en el mercado frente a la competencia⁶.

Este tipo de conducta muchas veces reflejan una poderosa finalidad anticompetitiva cuando son realizadas por empresas que cuentan con una posición dominante en el mercado sobre el producto o servicio principal, por lo cual goza de los suficientes incentivos para que el monopolista de cierto bien puede querer imponer la obligación de que los compradores del mismo le adquieran también otro producto que él fabrica pero sobre el cual no tiene el mismo poder de mercado (por ejemplo, un bien en el cual enfrenta competencia). Como consecuencia de ello, cuando los bienes en cuestión tienen un carácter complementario para el comprador, la «venta atada» de ambos productos tiene el efecto de inducir a dicho comprador a adquirir ambos bienes al mismo productor, volviendo menos competitivo el mercado del producto atado e incrementando el poder de mercado del monopolista. Dicho incremento del poder de mercado hace entonces que la empresa que ya monopolizaba el mercado del producto vinculante pueda monopolizar también el mercado del producto atado (o una parte de éste), con el efecto de aumentar el precio de este último y disminuir el excedente de los consumidores⁷. En resumen, lo que busca, la empresa dominante en un mercado es monopolizar otro mercado no dominado a través de cláusulas o contratos de atadura⁸.

De otro lado, para que un «negocio atado o cláusula de atadura» constituya un supuesto de abuso de posición de dominio, en la mayor parte de supuestos debe ser una práctica vertical⁹, ya que debemos tener en cuenta que la mayoría de supuestos de «abuso de posición de dominio» constituyen restricciones verticales, aplicadas por una empresa, las cuales, por su propia naturaleza, tienen efectos directos que no se aprecian necesariamente en el mismo mercado relevante donde

⁵ Por ejemplo, habida cuenta de que los clientes desean comprar zapatos con cordones, los fabricantes de zapatos han adoptado como práctica suministrar zapatos con cordones. Por tanto, la venta de zapatos con cordones no representa una práctica de vinculación. A menudo este tipo de combinaciones se han convertido en práctica aceptadas porque la naturaleza del producto hace que sea difícil desde el punto de vista técnico suministrar un producto sin suministrar otro producto.

⁶ FLINT BLANCK, Pinkas.: «Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L.701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia», Fondo Editorial PUCP, 2002, Lima-Perú, pg. 553.

⁷ COLOMA, Germán. «Integración y contratos verticales entre empresas». Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, pg. 8.

⁸ Aunque no debemos descartar que en alguna medida podría existir en algunos casos alguna justificación económica para imponer cláusulas de atadura; por ejemplo, si una empresa vende una maquinaria e impone la obligación de contratar los servicios de reparación de la maquinaria al no existir en el mercado ninguna empresa que los brinde o que garantice un servicio adecuado.

⁹ Las restricciones verticales se entienden como aquellas conductas que se realizan en el marco de la relación contractual entre dos empresas, siendo una de ellas compradora y la otra, vendedora; y, participando ambas en mercados de bienes o servicios distintos pero relacionados verticalmente.

se configuran, sino que mas bien pueden observarse en el mercado al cual abastece (downstream).

En cuanto a la naturaleza jurídica de los «negocios atados o cláusulas de atadura» es interesante señalar que algunos autores sostienen que los contratos de compra en exclusiva pueden ser vistos como ventas atadas debido a que en determinados casos la adquisición de un producto o servicio es condicionada a que el comprador lo adquiera solamente de una empresa¹⁰. Igualmente, se señala que tratándose de productos de marca renombrada, el otorgamiento de la distribución condicionado a la venta en exclusiva podría considerarse legítimamente como una venta atada, distinguiéndose dos bienes diferentes: el derecho a distribuir un bien y la posibilidad de ser el único distribuidor autorizado de dicho producto¹¹.

3.2 LOS «NEGOCIOS ATADOS O CLÁUSULAS DE ATADURA» EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

3.2.1 Las cláusulas de atadura en la jurisprudencia norteamericana

La primera disposición normativa que hizo mención implícita a los denominadas «**negocios atados o cláusulas o de atadura**», fue la sección III de la Clayton Act de 1914, cuando estableció que son punibles las operaciones que prohíben el comercio con otros competidores. Los «negocios atados o cláusulas o de atadura» fueron así incluidos dentro de las practicas anticompetitivas ilícitas usadas para falsear o distorsionar la competencia o a tender o favorecer a la creación de un monopolio. La primera aplicación jurisprudencia de este precepto se dio con el asunto **Henry vs. A.B. Dick Co**¹², las interpretaciones adoptadas en dicho caso fueron la base de la decisión en el caso **Motion Picture Patents vs. Universal Film Mfg. Co**¹³, en el cual el alquiler de una sala de cine se condicionaba a que el locatario pase la programación exclusiva de la empresa que le alquilaba el local. De otro lado, si bien en un primer momento la definición realizada por la **Clayton Act**, no considero la prestación de servicios como un «bien» susceptible de ser atado, esta laguna jurídica fue posteriormente colmada en la sentencia **Times Picayune Publ. Co. vs. United States**¹⁴, en la cual se estableció que todo «negocio atado o cláusula o de atadura», que no se encuentre sancionado por la **Clayton Act** no necesariamente constituía una conducta lícita sino que podía ser configurada como una restricción a la competencia de acuerdo a lo establecido en la sección I de la **Sherman Act**, al afirmar que en dichos contratos se realizaba una «**restricción al comercio**».

Pero, si bien es cierto que en un principio la Corte Suprema norteamericana tendió a considerar a las ventas atadas como actos anticompetitivos en sí

¹⁰ BORK, The antitrust paradox ..., Op.cit., 300, MARTÍNEZ L., Martha y QUINTANA S., Eduardo. «Op. Cit., pg. 55. Así, señalan: « (...) los tribunales han estudiado los contratos de exclusividad según la regla de la razón y sancionado las ventas atadas como ilegales *per se*. Ello no obstante que los contratos de exclusividad también podrían ser tratados como ventas atadas, debido a que la venta del producto se condiciona a la exclusividad (...)»

¹¹ HOVENKAMP, Herbert.: «Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice», West Group (1994), pgs. 385-386.

¹² Henry vs. A.B. Dick Co., 224 U.S. I, 49 (1912).

¹³ Motion Picture Patents vs. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502 (1917).

¹⁴ Times Picayune Pub. Co. vs. U.S., 345 U.S. 594, 73 S. Ct. 872 (1953).

mismos. Con el correr del tiempo este criterio se suavizó, y hoy en día se considera que sólo son anticompetitivas *per se* aquellas ventas atadas que reúnen los siguientes requisitos: a) Los bienes o servicios atados son claramente distintos y separables; b) La venta de uno de ellos está condicionada a la del otro; c) El vendedor tiene suficiente poder en el mercado del bien vinculante como para restringir el comercio en el mercado del bien atado¹⁵. Cuando alguno de estos requisitos no se cumple, la imposición de prestaciones subordinadas pasa a ser estudiada de acuerdo a la **rule of reason**, y el análisis se centra sobre los efectos anticompetitivos de la operación en el mercado del bien atado (fundamentalmente, sobre la posibilidad de que la misma tenga como propósito o efecto la exclusión de competidores).

El caso más importante de los últimos años que involucró la imposición de una prestación subordinada fue probablemente *US vs. Microsoft* (1997)¹⁶, en el cual el Departamento de Justicia denunció al mayor productor de programas de computación por vincular la venta de su sistema operativo Windows 95 con la del navegador Internet Explorer¹⁷. En este caso el debate se centró en si ambos

¹⁵ Estos requerimientos fueron enunciados explícitamente por la Corte Suprema en su sentencia para el caso «Jefferson Parish vs. Hyde» (1984), en la cual se revocó una condena a un hospital por subordinar el uso de sus quirófanos al empleo simultáneo de sus propios anestesiastas.

¹⁶ En octubre de 1997 el DOJ (Department of Justice) solicitó a un tribunal federal procesar a Microsoft Corporation en demanda civil por violar la sentencia de 1995 en la que se le impedía imponer a los fabricantes de ordenadores determinadas condiciones anticompetitivas en sus licencias. En particular Microsoft violaba esta decisión judicial al exigirles licenciar y distribuir el Internet Explorer como una condición de licencia del Windows 95. Como es sabido, los fabricantes de PCs pre-instalan Windows 95, que es el sistema operativo dominante en el mercado, en la propia fábrica. Esta es la principal red de distribución de este sistema operativo. Como declaraba la Fiscal General Janet Reno, «Microsoft se aprovecha ilegalmente de su monopolio de Windows, que es del 80% en los EEUU, para consolidarlo y disminuir la capacidad de elección del consumidor». En la sentencia de 1995 a Microsoft se le prohíbe obligar a los fabricantes de PCs a licenciar otros productos como condición de licencia del Windows. Muchos de ellos quieren tener la opción de elegir entre varios programas competidores para ofrecer la mejor «mix» de software disponible. Microsoft es acusada asimismo por negarse a aceptar a los fabricantes que se oponían a entregar el IE con Windows. Lo que el DOJ planteó fue que Microsoft no puede imponer a los consumidores tener que usar IE si son usuarios de Windows. «Cada producto de Microsoft, afirmaba Klein, de la División anti-trust, debe competir por sus propios méritos». Algunas de las peticiones del Ministerio de Justicia americano que fueron aceptadas por el juez eran: que parase a Microsoft cuando exige aceptar el IE como condición para tener Windows 95, además de requerir a Microsoft que notifique a todos los consumidores de PCs que tienen Windows 95 que son libres de usar cualquier navegador de Internet compatible, así como a darles instrucciones simples sobre cómo eliminar el icono de IE de su ordenador si ellos lo desean. El DOJ pidió que se le impusiese a Microsoft una multa diaria de 1 millón de dólares si continuaba violando la sentencia. Como resultado de esta petición, el Juez de Columbia, Thomas Penfield Jackson, del mismo tribunal que dictó la sentencia de 1995, estableció medidas cautelares, temporales, impidiendo a Microsoft vender empaquetado el IE con Windows. Se trataba pues de una demanda civil por anti-trust (Case 94-1564) contra Microsoft, que debe mostrar que no ha desobedecido el llamado «final judgment» o «consent decree» de 1995. El Juez en su decisión de diciembre de 1997 procede contra Microsoft «para que Microsoft, sus empleados, agentes, abogados u otros que estén en concierto con ella, cesen y desistas desde esta fecha, en la práctica de licenciar el uso de cualquier sistema operativo para PC (incluyendo Windows 95 o versiones posteriores), condicionándolo explícita o implícitamente, a que el licenciatario instale Internet Explorer 3.0, 4.0 o versiones posteriores), hasta una futura sentencia del tribunal». Se trata pues de una decisión que obligaba a Microsoft a cambiar su estrategia comercial. Con indudable coste económico y quizá, como ella misma ha dicho, de imagen y desprestigio de un programa el W95, y su nueva versión, el Windows 98, a los que se le eliminaron determinadas características.

¹⁷ A este asunto debemos dedicarle atención. En el mercado de Internet es común la distribución de programas o versiones Beta gratis; tal práctica comercial, lícita, promociona el producto, genera un público fiel y fomenta su posterior venta. El software que permite acceder a Internet habitualmente es facilitado por los IP (Internet providers) o por los Servidores que dan el acceso. Esos kits incluyen habitualmente uno de los navegadores cuando no varios. Aquellos que realmente pagan altos derechos a Netscape, Microsoft u otro son los servidores, que a su vez son muchas veces también IP. Los usuarios tienen pues la posibilidad, por la compatibilidad de ambos navegadores con todos los sistemas operativos, de usar uno, dos o más. Por otra parte, cualquier usuario puede «bajarse» de la red desde el IE o Netscape sin cargos. Así pues, dada la estructura de este mercado, en el caso del «bundling» del IE con Windows 95, la cuestión de la gratuidad no es muy relevante. Sin embargo, este punto, unido a otras coordenadas del caso, presenta un riesgo que incrementa el abuso de dominio. En otras

programas eran productos separados o no, y el argumento de la fiscalía fue que Microsoft quería extender el poder que tenía en el mercado de sistemas operativos (en el cual es prácticamente monopolista) al de navegadores de internet (en el cual no es el principal proveedor y enfrenta competencia de al menos otras dos empresas importantes). La situación no quedó del todo resuelta en la sentencia del juez de primera instancia, ya que, si bien Microsoft no fue condenado, sí se le ordenó que debía darle a sus compradores la opción de adquirir el sistema operativo con y sin el navegador de Internet incluido. Actualmente, los tribunales norteamericanos no han concluido aun el presente asunto.

3.2.2 Las cláusulas de atadura en la jurisprudencia comunitaria

A nivel europeo, las «cláusulas de atadura» se encuentra reguladas tanto en el art. 82.1.e), así como en el artículo 82.d), siendo definidos como aquella practica que consiste en: «subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos»¹⁸. O sea, que dicha practica es contemplada, tanto como un acto concertado entre las empresas, así como un acto de naturaleza unilateral adoptado por una o varias empresas (en este ultimo supuesto véase el denominado «abuso de posición de dominio colectivo») que gocen de posición de dominio. En lo que respecta a la posición tomada por la jurisprudencia europea, debemos mencionar que desde el asunto **Michelin (1983)**¹⁹ ya se desprende que una empresa que disfrute de una posición dominante en un mercado y que proponga distintos grupos de productos, en principio no puede supeditar una ventaja tarifaria concedida sobre las ventas en un mercado a la realización de un objetivo de venta dependiente de otro mercado.

Pero, el caso más importante de sanción de una venta atada que resolvió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el asunto **Elopak Italia y otros vs. Tetra Pak (1992)**²⁰, en el cual una empresa con posición dominante en el mercado de tecnologías de envasado de productos líquidos fue condenada por subordinar la venta del equipamiento que producía y del know-how necesario para su uso a la venta simultánea de los propios envases de cartón (respecto de los cuales enfrentaba mucha más competencia por parte de otras compañías). El citado sistema de ventas asociadas limitó las posibilidades de comercialización y subordinaba la celebración de contratos a la aceptación de condiciones (compra

palabras, integrando IE en Windows 95 Microsoft se aprovecha de la inercia que la mayoría de los usuarios tienen respecto a las características que vienen por «default» en su ordenador.

¹⁸ En estas líneas solo nos centraremos en los «negocios atados o cláusulas o de atadura» considerados como conductas que configuran un supuesto de «abuso de posición de dominio».

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin contra Comisión, Recopilación 1983, p. 3461), punto 92 y ss.

²⁰ Asunto IV/31.043 - Elopak Italia SRL vs. Tetra Pak II, Decisión de la Comisión de 24 de julio de 1991, Diario Oficial n° L 072 de 18/03/1992 P. 0001 - 0068. La practica utilizada por Tetra Pak, consistía en la celebración de contratos en los cuales, la empresa imponía la obligación de utilizar únicamente envases producidos por ella en las máquinas vendidas o arrendadas por la misma empresa para la elaboración de envases y reforzaba dicha practica mediante una cláusula que obligaba a la empresa contratante el suministro exclusivo de envases de Tetra Pak. Estas dos cláusulas se completan para hacer hermético el sistema: no sólo el comprador de la máquina no puede utilizar en ésta (máquinas) materiales de envasado que no lleven la marca Tetra Pak, sino que, además, **sólo podrá obtener estos materiales del propio Tetra Pak (o de una empresa designada por este grupo)**. Así, una vez adquirido el equipo queda excluida toda posibilidad de competencia en los mercados secundarios de envases.

de envases) que no guardaban relación con el objeto de los mismos (venta de máquinas), practica que constituía una infracción grave del artículo 86 (ahora 82 del TCE) que habían sido condenada varias veces por la Comisión y el Tribunal de Justicia. No debemos olvidar además que en el presente caso, las restricciones de competencia se vieron reforzadas por **el sistema de distribución integrado** de Tetra Pak y por la **política seguida en materia de patentes** (tendencia a patentar las diversas particularidades técnicas secundarias de los productos o las pequeñas modificaciones que se aportan)²¹. **Este sistema convertía el mercado de envases de cartón (mercado secundario) en un mercado totalmente dependiente del mercado de los bienes de equipo** y favorecía la práctica de precios discriminatorios o, incluso, de operaciones comerciales deficitarias en este último mercado. Por consiguiente, las cláusulas señaladas anteriormente fueron consideradas por el Tribunal además de abusivas en potencia generadoras de abusos ya que dichas cláusulas colocaban a los competidores en una posición extremadamente incómoda, principalmente a aquellos que sólo comercializan uno de los productos que constituyen productos asociados para Tetra Pak (maquinaria y envases), y que, por consiguiente, contrariamente a este grupo, no pueden compensar las posibles pérdidas correspondientes a un producto con los beneficios generados por otro.

3.3.3 Las cláusulas de atadura en la jurisprudencia peruana

Las «cláusulas de atadura» han sido regulados por nuestra legislación en los art. 5.c) y 6. f) del D. Leg. N° 701, el mismo que establece que nos encontramos ante este tipo de conductas cuando se da: **«La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos»**, como se podrá observar nuestra normativa adopto de manera idéntica la prohibición contemplada en el art. 82.d) del TCE, ya que definió las llamados «cláusulas o de atadura» como la **«subordinación»** en la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.

De acuerdo a la doctrina nacional²², entre los diversos tipos de cláusulas de atadura, podemos encontrar las vinculaciones de exclusividad conocidas en el Derecho extranjero como los denominados descuentos por fidelidad. Este tipo de practicas dentro de la jurisprudencia peruana debe ser analizada de acuerdo a los estándares establecidos por la denominada **«rule of reason»**, es por ello que si una empresa que goza de posición de dominio en el mercado realiza la conducta aquí estudiada, la misma que no se encuentra **objetivamente justificada** por la naturaleza de los productos o su uso comercial, tal practica puede constituir un abuso a efectos del art. 5 del D. Leg. N° 701.

²¹ **Tetra Pak** había seguido una política de patentes particularmente amplia. Tetra Pak no sólo había patentado toda la tecnología de base que ha puesto a punto en materia de máquinas, envases de cartón y procedimientos. También había patentado todas las modificaciones, incluso las de menor importancia, aportadas posteriormente a estos productos o algunas particularidades técnicas de carácter secundario (por ejemplo, la forma de plegado del cartón). De esta manera, al momento de iniciar las investigaciones Tetra Pak tenía más de cien patentes respecto de los envases de cartón y más de cien patentes igualmente respecto de las máquinas.

²² ABANTO VASQUEZ, Manuel. «El Derecho de la Libre Competencia», Editorial San Marcos 1º Edición, Lima-Perú, pg. 371.

Dentro de la jurisprudencia nacional, una de las primeras resoluciones que desarrolló este tema se dio en el caso **Sertemar vs. Enapu**²³, donde la Comisión comprobó una imposición abusiva, no objetiva, de condiciones de comercialización. En ese sentido, se determinó que la empresa estatal ENAPU PERU tenía un monopolio legal en la prestación de servicios de atraque en el muelle del puerto del Callao y había empezado a vincular estos servicios al contrato de sus propios servicios de remolque hasta el puerto (donde había competencia). con ello se excluía a otras empresas de remolque de este mercado secundario no monopolizado. De otro lado, en el asunto **INDECOPI vs. Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú (FENVENDREL P)**²⁴, se comprobó que en represalia a la decisión de la editora del Diario La Mañana de distribuir el diario a través de una empresa distribuidora - Diselpesa -, la FEVENDREL P recomendó a sus miembros no comercializar dicha publicación hasta que la empresa le otorgara la distribución exclusiva. La Comisión de Libre Competencia consideró que la conducta investigada era una **venta atada**, puesto que la FENVENDREL P - que agrupa casi el 100% de propietarios de puestos de venta de diarios y publicaciones periódicas a nivel nacional - **condicionaba la venta del Diario La Mañana por sus afiliados - prestación principal - al otorgamiento de la distribución exclusiva en su favor - prestación atada** -, impidiendo de esa forma la distribución a través de un mecanismo distinto al de dicha entidad, lo cual constituía un abuso de posición de dominio. La Comisión tomó en cuenta para evaluar el efecto de la práctica que la FENVENDREL P representaba el principal canal de distribución de diarios y publicaciones periódicas, es decir la posición de dominio que ostentaba dicha entidad, aprovechando esta situación los miembros de la FENVENDREL P acordaron negarse a comercializar el Diario la Mañana con la intención de impedir la generación de mecanismos alternativos de distribución. Por ello, de acuerdo al razonamiento de la Comisión, la FENVENDREL P había incurrido en el supuesto de ventas atadas prohibido por la ley, puesto que sujetaba **la prestación del servicio de comercialización de diarios - prestación principal a que la editora del Diario La Mañana le otorgara la distribución exclusiva**.

En el asunto **Distribuidora La Victoria S.A. vs. San Nicolás Distribuidores S.A.**²⁵, se aplicó la doctrina de la separabilidad de los productos (y servicios), dado que se distinguió la existencia de dos bienes diferentes, por un lado se encuentra **el otorgamiento municipal de la licencia** para expender alimentos y bebidas en las dos playas y por **otro la venta exclusiva de Cristal y Coca Cola**. Además, se probó que los comerciantes interesados en realizar sus actividades en Punta Rocas y Las Pocitas eran obligados a aceptar la distribución exclusiva de

²³ Resolución N° 014-93-INDECOPI/CLC, de fecha 23 de diciembre de 1993.

²⁴ Resolución N° 028-94-INDECOPI/CLC, de fecha 05 de diciembre de 1994.

²⁵ Resolución N° 022-95-INDECOPI/CLC, de fecha 22 de mayo de 1995. En este caso, se comprobó la existencia de un convenio suscrito por las empresas denunciadas con la Municipalidad de Punta Negra - distrito ubicado en la costa sur de Lima - por medio del cual la Municipalidad se obligaba a otorgar durante la temporada de verano de 1994 únicamente 30 licencias de funcionamiento para locales de venta de alimentos y bebidas en las playas Punta Rocas y Las Pocitas, ubicadas dentro de su jurisdicción. Adicionalmente, la Municipalidad se comprometió a otorgar la licencia a quienes vendieran de forma exclusiva las bebidas distribuidas por las empresas denunciadas. La Comisión consideró que el convenio mencionado constituía una barrera de acceso al mercado de venta de alimentos y bebidas en Punta Rocas y Las Pocitas, puesto que aseguraba a las empresas denunciadas que la Municipalidad no otorgaría licencia a los comerciantes que no aceptaran la venta exclusiva de las bebidas que ellas distribuían. En tal sentido, declaró que el convenio permitía a dichas empresas condicionar el otorgamiento de la licencia al contrato de venta exclusiva de cerveza Cristal y Coca Cola; constituyéndose así en una venta atada ilegal.

dichas bebidas, es decir que la licencia era condicionada a la exclusividad. Sin embargo, la posición de dominio de las empresas que realizaban la práctica respecto del bien principal no era tan evidente, debido a que por si mismas las empresas no ostentaban ninguna posición de dominio en el otorgamiento de licencias de funcionamiento, es decir sobre el permiso para acceder al mercado de comercialización de alimentos y bebidas en las playas anteriormente citadas. Al respecto, dicha función correspondía exclusivamente a la Municipalidad de Punta Negra, por lo tanto su intervención distorsionaba la validez que en condiciones normales hubiera tenido el contrato de exclusividad. En efecto, la Municipalidad condicionaba la licencia al requisito imprescindible de la venta exclusiva a raíz del convenio suscrito con las denunciadas. De esta forma, el control del acceso al mercado que correspondía a la Municipalidad había sido trasladado a las distribuidoras denunciadas, otorgándoles el poder de mercado suficiente como para imponer la exclusividad a todos los vendedores de alimentos y bebidas que quisieran desarrollar actividades comerciales en dichas playas. Es por ello que la Comisión resolvió a favor de los denunciados, dado que las ventas atadas habían sido realizadas por una empresa que ostentaba **una posición de dominio delegada** por la Municipalidad.

El caso **Chomin's Promotion S.R.L. vs. APDAYC-SPAC**²⁶, la Comisión descubrió que estas últimas habían incluido en el contrato celebrado con las primeras, cláusulas de atadura, unidas a prácticas concertadas y discriminatorias. Ambas sociedades de autores y compositores **no daban licencia por una obra determinada, sino que exigían la adquisición del 100% de obras de un autor determinado**. Con ello se obligaban a pagar la licencia por obras no solicitadas. La Comisión, en su resolución no invocó expresamente a las «cláusulas de atadura», pero sancionó también por dichos hechos²⁷.

De otro lado, en el asunto **ASPEC vs. CORPAC y otro**²⁸, la denunciante la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios había denunciado por abuso de posición de dominio a la «Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A.», como empresa titular del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, después de una licitación efectuada a mediados de 1993, había otorgado la administración de la playa de estacionamiento a la empresa Los Portales S.A., la cual incluía la vía de ingreso al aeropuerto. Con esto el público usuario que quisiera ingresar al aeropuerto se veía obligada a pagar necesariamente el servicio de estacionamiento. Además, la empresa privada cobraba por un mínimo de 2 horas de estacionamiento, negándose a aceptar el pago de estacionamiento durante periodos de tiempo menores. **Precisamente este hecho fue considerado como una «cláusula de atadura», ya que se «condicionaba» el ingreso al aeropuerto al pago obligatorio del uso de la playa de estacionamiento, implicaba un abuso de posición dominante.**

En el caso **AFP Integra S.A. vs. Colegio de Abogados de Loreto**²⁹, la primera denunció por abuso de posición de dominio al Colegio de Abogados de Loreto, ya que este último había acordado internamente el establecimiento de una «Papeleta

²⁶ Resolución N° 015-95-INDECOPI/CLC, de fecha 17 de abril de 1995.

²⁷ Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. (1997), Op. Cit., pg. 149-150.

²⁸ Resolución N° 057-95-INDECOPI/CLC, de fecha 24 de enero de 1996.

²⁹ Resolución N° 012-98-INDECOPI/CLC de fecha 09 de diciembre de 1998.

de Habilitación», cuyo previo pago debe ser realizado a efectos de permitir la presentación de cualquier demanda ante cualquier Juzgado del Distrito Judicial de Loreto. El servicio materia de la denuncia es el servicio de defensa legal prestado por abogados en los procedimientos seguidos ante autoridades, el mismo que, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 284 y 285 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo puede ser proporcionado por abogados que se encuentran colegiados y se encuentran habilitados. Dichos **servicios profesionales se encontraban condicionados al pago de una papeleta de habilitación por parte del Colegio de Abogados de Loreto**, como ya se ha señalado.

Como se puede apreciar, la variedad y cantidad de los casos denunciados por ventas atadas permiten concluir que este tipo de conductas son realizadas de manera recurrente por las empresas que ostentan una posición de dominio en el mercado, por lo que es necesario tener en cuenta los criterios desarrollados en la parte general, y determinar el nivel de incidencia que las mismas pueden causar en el mercado, para de esta manera evitar una sobreprotección administrativa, y tener en cuenta además los fines que protege actualmente nuestra ley de competencia y de esa manera establecer criterios que estén acordes al sistema establecido.

CAPITULO CUARTO: LOS PRECIOS PREDATORIOS

4.1 ASPECTOS GENERALES

El tema de las practicas predatorias y específicamente los precio predatorios ha constituido un tema escasamente tratado por la doctrina nacional, lo cual no se condice con el interés que ha mostrado la legislación¹ y la doctrina internacional². A nivel de pronunciamientos jurisprudenciales tampoco nuestras instituciones han recepcionado muchas denuncias respecto a este tema, lo cual no indica que su tratamiento no sea de suma importancia, y de gran controversia dentro del Derecho de la Competencia, y específicamente dentro del ámbito del «abuso de posición de dominio».

En principio, si razonamos de una manera intuitiva, la primera conclusión que tendríamos respecto del presente tema, es que una conducta de este tipo (la venta de un producto o servicio por debajo de un nivel determinado de precios), no constituiría ninguna infracción respecto al ordenamiento jurídico en la medida que los precios en una economía de mercado se establecen a través del mecanismo de la oferta y la demanda y que es justamente el mecanismo de la competencia el que nos impulsa a realizar dicha conducta, con el objetivo de ampliar la masa de consumidores para nuestro negocio en desmedro de nuestro competidores, por ello mal podría un tercero (en este caso la autoridad administrativa) imponer o prohibir vender un producto o servicio a un precio determinado, ya que los precios constituyen uno de los elementos en que se manifiesta de manera mas clara la competencia económica, unos precios bajos, iguales o ligeramente superiores a los costos indican generalmente la existencia de un mercado fuertemente competitivo, que obliga a las empresas a producir y vender mas barato para poder subsistir. El precio constituye así en un instrumento que permite a las empresas mas eficientes triunfar en el mercado, en cambio, en los mercados monopolísticos la ausencia de una competencia efectiva se manifiesta en el mantenimiento de precios elevados.

¹ En los Estados Unidos esta practica esta prohibida por dos instrumentos legales, primero la Sección 2 de The Sherman Act, la cual prohíbe e incluso criminaliza los intentos de monopolización o la monopolización efectiva de un mercado y por la Sección 2(a) de The Clayton Act, la que luego fue modificada por la The Robinson-Patman Act, la cual sanciona la discriminación de precios que busque disminuir de manera sustancial la competencia. El artículo 82 del Tratado de Roma (ex 86 de acuerdo a la nueva numeración del Tratado, de acuerdo a la modificación efectuada por el tratado de ...), ya que este nos habla sobre el abuso de posición de dominio de una empresa, particularmente usaremos el inciso 82(a) que prohíbe imponer de manera directa o indirecta precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas y el inciso 82(c) que prohíbe la aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionan a estos desventajas competitivas.

² Entre los trabajos mas importantes sobre el presente tema, cabe destacar que en el derecho americano sin animo de ser exhaustivo, durante los últimos se ha desarrollado los siguientes: POSNER, Richard A.: «Antitrust Law An Economic Perspective», en 185-186 (1976), John S. McGEE, «Predatory Pricing Revisited», 23 Journal of Law and Economics 289 (1980), Frank H. EASTERBROOK.: «Predatory Strategies and Counterstrategies», 48 University of Chicago Law Review 263 (1981), SELTEN, Richard.: «The Chain Store Paradox», 9 Theory and Decision 127, 131 (1978), MILGROM, Paul and ROBERTS, John.: «Predation, Reputation and Entry Deterrence», 27 Journal of Economic Theory 280, 284-285 (1982), MILLER, James G.: «Predation: The Changing View in Economics and the Law », remarks before the Antitrust and Economic Efficiency Conference, Hoover Institution, Stanford, California, 30th August 1984, at page 3, ORDOVER Janusz A. y WILLIG, Robert D.: «An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation», 91 Yale Law Journal 8, 9 (1981), CRASWELL Richard y FRATRICK, Mark R.: «Predatory Pricing Theory Applied: The Case of Supermarkets vs. Warehouse Stores», 36 Case Western Law Rev. 1 (1986).

Pero llevado a la práctica dicho razonamiento, choca en ocasiones con los más elementales principios del Derecho de la Competencia ya que existen muchos reparos que cuestionan la lealtad de dicha conducta cuando la realiza una empresa con un gran poder de dominio dentro del mercado, ya que, se entiende que esta tiene como finalidad desplazar a los competidores o retardar su entrada a uno o varios mercados a través de dicha competencia de precios luego de lo cual situada en una cómoda posición de monopolio poder controlar los precios a su criterio. De esta manera el descenso acusado de los precios por parte de una empresa con posición de dominio no se debe a una mayor eficiencia que le permitiría vender a precios manifiestamente inferiores a los de su rival, sino que responde a un intento de eliminar competidores confiando en que la empresa en cuestión no podrá soportar durante mucho tiempo las pérdidas que estos precios excesivamente bajos le ocasionen. Si la estrategia da resultado, los competidores arruinados, se verán obligados a abandonar el mercado y la empresa subsistente podrá obtener grandes beneficios elevando sus precios a niveles monopolísticos.

4.2 CONCEPTO DE PRACTICAS PREDATORIAS

Para analizar el tema de los precios predatorios es necesario desarrollar la posición de la doctrina sobre el término genérico de prácticas predatorias (dentro de las cuales también podemos englobar conductas como la negativa injustificada de trato y las discriminaciones en las condiciones de comercialización), para lo cual citaremos primeramente a Bork³, quien ha definido esta conducta como: «(...) aquella agresión deliberada de una empresa que goza de posición de dominio contra uno o más rivales mediante el empleo de prácticas comerciales que no se consideran maximizadoras de beneficios de no ser por la esperanza de que:

- 1.- Los rivales tengan que salir del mercado, dejando al predador con una cuota de mercado suficiente para obtener beneficios monopolístico.
- 2.- Los rivales estén lo suficientemente castigados como para abandonar el comportamiento competitivo que el predador considere inconveniente o amenazador».

La doctrina nacional⁴ de otro lado define las prácticas predatorias como: «(...) aquellos supuestos en los que una empresa que goza de posición de dominio en el mercado utiliza dicha situación para desarrollar conductas dirigidas o que tienen por efecto desplazamiento de uno o varios competidores por medios distintos a la competencia normal. Por ello son conductas que en su estructura afectan directamente a competidores y en consecuencia afectan a los consumidores de manera indirecta, por la vía de reducir las opciones de los mismos en el mercado».

Es importante tener en cuenta que no toda eliminación de competidores por parte de una empresa que goza de una posición de dominio en el mercado debe ser considerado como una práctica predatoria y mala para el consumidor, ya que si bien este hecho puede redundar en la desaparición de una o más opciones en la esfera de los consumidores, esta puede ser coproducida por un esquema de

³ BORK Robert. «The Antitrust Paradox». A Policy t war with itself. The Free Press, 1993 Pag. 144.

⁴ BULLARD, Alfredo. «¿Dejar competir o no dejar competir?. He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio», Themis N° 36, pg. 74.

precios reducidos, mejora en las condiciones y calidad de los productos o servicios, sin que exista ninguna conducta ilícita, entonces se nos presenta un proceso competitivo no reprimible. Por ello el Dr. Bullard opina que es en el área de las practicas predatorias donde se presenta de manera mas clara el dilema entre el uso eficiente de las economías de escala (dado al tamaño y los recursos que podría ostentar la empresa implicada) y el posible abuso de posiciones de dominio, por eso el dilema se torna mas complejo y difícil de resolver. Ello debido a que el daño al consumidor es indirecto en este tipo de practicas, lo que hace difícil distinguir cuando estamos frente a una competencia agresiva y cuando frente a un posible abuso de posición de dominio⁵.

4.3 CONCEPTO DE PRECIOS PREDATORIOS

En el ámbito internacional la preocupación respecto al problema de los precios predatorios se encuentra relacionada de manera directa con el tema del abuso de posición de dominio, cuya practica se encuentra proscrita en la mayor parte de legislaciones a nivel mundial, es justamente esta modalidad (los precios predatorios), una practica que a menudo se alega en los tribunales administrativos y judiciales como parte de una política de **monopolización** del mercado, siendo los reclamos en su mayoría rechazados debido a que se entiende que es mal utilizada dicha figura y que a menudo se la confunde con una política de precios agresivos. Esta falta de claridad en cuanto a las política de precios llevadas a cabo por las empresas con posición de dominio nos lleva a determinar cuando estamos ante un precio predatorio.

Sobre el particular, la jurisprudencia europea⁶ entiende que nos encontramos ante un supuesto de precios predatorios cuando una empresa dominante persigue la **exclusión de la competencia** ofreciendo sus productos o servicios por debajo de su precio de coste con objeto de expulsar a las empresas competidoras o de impedir que éstas accedan al mercado, de tal manera que la empresa dominante pueda aumentar aún más su poder global en el mercado. **Tales precios injustificadamente bajos (según la Comisión) infringen lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 82 del Tratado CE**⁷. Según la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, el precio es abusivo cuando se sitúa por debajo de los **costes variables medios de la empresa dominante**⁸. Este principio se estableció en la sentencia AKZO, en el que el Tribunal de

⁵ Idem. pg. 74.

⁶ Decisión de la Comisión Europea de fecha 23 de diciembre de 1992. Caso CEWAL.

⁷ El mismo establece literalmente que: «Artículo 82 (ex-art. 86). Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. 2) Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; (...)»

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86: AKZO/Comisión, (Recopilación 1991, p. I-3359) y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, asunto T-65/89: BPB Industries y British Gypsum (Recopilación 1993, p. II-389). En este caso, ECS comercializo sus producto durante mucho tiempo en el mercado de harinas. Por su parte AKZO, empresa con posición de dominio en el mercado de peroxido benzoico, que incluía el suministro a la industria de harinas y a la de plásticos, amenazo con excluir del mercado a ECS cuando esta empezó a comercializar dicha sustancia en el mercado de plásticos luego de haber suministrado al mercado de harinas. La estrategia de AKZO consistió en vender la sustancia con rebajas a los clientes de harinas ECS. Tanto la Comisión de las comunidades Europeas como el tribunal consideraron que la estrategia de AKZO estaba orientada a expulsar a ECS del mercado, por lo cual determinaron su sanción.

Justicia definió los costes variables medios como costes que varían en función de las cantidades producidas.

4.4 PRECIO BASE PARA DETERMINAR UNA POLÍTICA DE PRECIOS PREDATORIOS

Como se podrá observar, uno de los elementos fundamentales para definir cuando nos encontramos frente a una política de precios predatorios es el precio base que debemos utilizar, y es justamente este punto donde encontramos las mayores divergencias por parte de la doctrina para determinar cuando una conducta es predatoria. Como se ha dicho anteriormente, la jurisprudencia europea establece que nos encontraremos ante una política de precios predatorios cuando los precios de venta se sitúan por debajo del **coste variables medios**. Por el contrario, apenas se pone en entredicho el carácter predatorio de los precios que se fijan deliberadamente por debajo del **coste marginal** (con el objeto de eliminar a los competidores), o, con mayor motivo, por debajo del **coste variable marginal**⁹. Por ello de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria de la competencia, la concesión de rebajas importantes por una empresa en posición dominante, no condicionadas por la importancia del pedido, sino por la intención de eliminar competidores de algunos mercados, constituye una infracción del artículo 86 del Tratado de la CE (actual art. 82). Esta infracción reviste un carácter aún más grave cuando estas rebajas son de tal magnitud que la venta se realiza con pérdidas.

De otro lado, en muchos casos las autoridades administrativas que evalúan este tipo de casos utilizan el denominado «**test de Areeda y Turner**»¹⁰, el cual que deben considerarse como predatorios los precios inferiores al costo marginal, mientras que los inferiores al costo total pero superiores al costo marginal son legales salvo la prueba en contrario. Asimismo, dichos autores señalan que la diferencia entre los costos fijos y variables es relativa ya que a largo plazo todos los costos de la empresa son variables, mientras que ha corto plazo todos los costos resultan ser fijos, por lo cual es usual que las comparaciones se realicen en un plazo de tiempo corto en el cual la empresa no asuma costos adicionales¹¹. El Tribunal de Justicia de la CE, también señala que los precios inferiores al coste variable medio deben considerarse como abusivos, ya que la única justificación para este nivel de precios es la intención de eliminar a un competidor. Igualmente, se ha señalado que los costos inferiores al costo total, pero superiores al **costo variable medio**, serán predatorias únicamente si se encuentran dentro de una estrategia que busca eliminar al competidor.

Nuestra jurisprudencia administrativa ha recogido el «test de Areeda y Turner» señalando que se considera como un precio predatorio aquel que este por debajo

⁹ Elopak Italia vs. Tetra Pak Italiana. Decisión de la Comisión 92/163/CEE, de 24 de julio de 1991. Aunque también debemos destacar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad europea haya considerado en el punto 71 de su sentencia Akzo, asunto C-62/86, que incluso los precios inferiores a la media de los costes variables, practicados por una empresa dominante que trata de eliminar a un competidor deben considerarse como abusivos.

¹⁰ AREEDA Philip y TURNER Donald F.: «Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherinan Act», 88 Harvard Law Review 697 (1975).

¹¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. «La aplicación del artículo 86 del Tratado de Roma a los precios predatorios: El caso AKZO», en Actas de Derecho Industrial, Madrid-España, 1991-92, Vol. 14, pg. 248.

del costo variable medio, es decir, aquel que resulte de la suma de todos los costos variables entre el número de unidades producidas. Los precios inferiores al precio total pero superiores al costo variable medio serán predatorios únicamente si son parte de una estrategia para eliminar al competidor¹². Además el «test de Areeda y Turner» fue usado para resolver el caso *Inter American Trade Development Company-INTRADEVCO- vs. Reckitt & Colman del Perú S.A*¹³. La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI –cuya resolución no fue apelada– señaló en dicha oportunidad que la lógica de la metodología diseñada por Areeda y Turner se sustentaba en el hecho de que ninguna empresa puede razonablemente elegir seguir operando por un periodo prolongado cuando el precio se encuentra por debajo del costo medio variable, a menos que se trate de una política que sea parte de una estrategia destinada a eliminar a sus competidores del mercado para maximizar beneficios en el futuro a través de la imposición de precios monopólicos. Pero, a pesar que durante el proceso se comprobó que efectivamente los costos variables excedieron el precio del producto, se determinó que el tiempo durante el cual se mantuvo esta situación fue muy breve, con lo cual se demostró que no era una práctica sistemática y constante; incluso se determinó que teniendo en cuenta las características del mercado analizado, se trataba de un comportamiento acorde con la libre competencia que apuntaba a mantener su posición en el mercado.

De este modo, el test de Areeda y Turner es utilizado tanto en la jurisprudencia europea como en los escasos procedimientos peruanos sobre la materia, y suponen el establecimiento de una presunción iuris et de iure de predación para los precios inferiores al costo variable medio y una presunción iuris tantum para los precios inferiores al costo total pero superiores al costo variable medio.

4.5 LA PREDACION EN LA TEORIA ECONOMICA

4.5.1 La no racionalidad de la depredación: la Escuela de Chicago

Actualmente, la racionalidad económica de la predación de precios es discutida por dos corrientes de pensamiento económico. Cronológicamente la primera en aparecer fue la Escuela de Chicago, la cual pone énfasis en que la predación es una política comercial irracional, ya que resulta demasiado costosa y su éxito no se encuentra asegurado, además de existir alternativas menos costosas en términos generales, como por ejemplo la adquisición de una empresa rival o la fusión con la misma, que sería menos costosa y más segura que la predación, para excluir a los competidores. Para esta escuela el éxito de una política predatoria no está asegurado porque la víctima tiene la posibilidad de defenderse, financiando sus políticas a través del mercado de capitales o haciendo firmar a

¹² Resolución N° 070-96-INDECOPI-CLC, *Molta Wondell vs. PROQUINSA*.

¹³ En dicho caso **INTRADEVCO** sostenía que la empresa **Reckitt & Colman** fijó el precio del betún en pasta que comercializaba asumiendo pérdidas entre 19.6% y 35% para cada uno de sus productos, sobre el costo variable o costo de importación, los cuales, al agregársele los costos de publicidad, administrativos, de ventas y financieros, daban como resultado un nivel de pérdida de 39% y 55% para cada uno de los productos, sobre los costos totales. Agregaba **INTRADEVCO S.A.** que la denuncia había sufrido una pérdida de 8.8% sobre las ventas netas registradas en sus estados financieros al 30 de noviembre de 1996, con lo cual pretendía demostrar las pérdidas sufridas por este a consecuencia de la estrategia predatoria.

sus clientes contratos de largo plazo¹⁴. Esta escuela argumenta que la depredación es irracional porque la recuperación de pérdidas es prácticamente imposible.

La duración del periodo de la política predatoria de precios es un factor muy importante a tener en cuenta ya que incide de manera directa en el monto de pérdidas para la empresa que los realiza, así, mientras mas largo sea el periodo de predacion, mayores serán las pérdidas de la empresa. Por otra parte la mayor participación de una empresa en el mercado aumentara de manera global la cantidad de recursos que se deben desplazar para hacer exitosa dicha conducta y sacar del mercado a su competidora¹⁵. A medida que la empresa gana participación en el mercado frente a la victima, la demanda total se incrementara debido a una alta elasticidad-precio, aumentando los costos que la empresas predatora destinada para mantener su política¹⁶. Otro problema es que el depredador debe disponer de capacidad para absorber la demanda extra (el quinto factor).

Por último, las condiciones de entrada y salida en el mercado relevante, constituye un factor crucial, ya que de adquirir el predador una condición monopolica, le seria muy difícil de mantenerla si las condiciones de entrada son muy flexible aun cuando lograra desplazar a sus actuales competidores. En general, un escenario ideal para la predacion debe presentar **asimetría en cuanto a las condiciones de entrada y salida del mercado**, o sea la salida de la victima deberá ser fácil, mientras que la entrada debe ser costosa para que no entre nuevos competidores, el problema es que en un mercado real, las condiciones de entrada y salida generalmente son similares.

4.5.2 La escuela Post-Chicago y la racionalidad de la predacion.

La aplicación por parte de la jurisprudencia americana de los criterios desarrollados por la Escuela de Chicago genero un debate intenso, entre las criticas que se le achacaron destaca la critica respecto al carácter estático de sus conceptos a pesar que son usadas para explicar relaciones dinámicas. Este fue el criterio del cual partió la denominada corriente Post-Chicago, la cual acepta relativamente los conceptos vertidos por la Escuela de Chicago en la medida que afirma que cuando una empresa dominante opera en un solo mercado, la depredación no sería una conducta racional porque no se podrían recuperar las pérdidas. Sin embargo, cuando una empresa opera en mercados múltiples y hay información imperfecta, entonces las pérdidas de depredación de la empresa en

¹⁴ Si los agentes económicos son racionales, un cliente estaría dispuesto a comprometerse con la victima a fin de evitar futuros precios monopólicos por parte del depredador. NIELS, Gunnar.: «El consenso internacional sobre el análisis de predacion de precios», en Boletín Latinoamericano de Competencia, N° 2, pg. 30.

¹⁵ Por ejemplo, si una empresa que tienen una participación de 50% (con una venta de 5000 productos) del mercado quiere sacar a su competidora que solo tiene un 20% (con una venta de 2000 productos) de participación en el mismo, el costo en que incurriría la empresa predatora será la diferencia negativa entre el costo de producción y el precio predatorio (o sea la diferencia entre el costo de producción que es 100 y el precio de predacion 50 seria 50) multiplicado por su participación en el mercado(5000*50=250000), si el mercado de la empresa que tiene que predar, se acrecienta o sea es mas que 50% (por ejemplo 60%), la base para calcular las pérdidas se acrecienta (6000*50=30000), siendo las pérdidas mayores.

¹⁶ Ya que si en un inicio su participación en el mercado era de 50 % como en el ejemplo anterior, los precios bajos implicarían que su participación aumente progresivamente, debido a la desviación de la demanda atraída por los bajos precios, haciendo que el costo de mantener tal estrategia, aumente en la misma proporción.

un mercado se pueden recuperar por medio de los beneficios obtenidos en otros mercados¹⁷ (política de subsidios), desanimando al resto de entrar a los otros mercados donde opera la empresa predadora, esta incertidumbre sobre la viabilidad de la predación puede detener la entrada de empresas. En conclusión podemos concluir que tanto la escuela de Chicago como la escuela post Chicago coinciden en que la predación es poco probable cuando la empresa opera en un solo mercado, por ello en el caso de realizar una práctica predatoria, esta debe tener como presupuesto que la empresa predadora opere en múltiples mercados.

4.6 ELEMENTOS DE LOS PRECIOS PREDATORIOS

En los Estados Unidos ha habido una posición vacilante respecto a la aplicación de una metodología para determinar la forma adecuada de evaluar las prácticas predatorias, aunque actualmente las cortes americanas comparten la concepción de que los precios predatorios prohibidos deben reunir por lo menos **tres elementos**¹⁸, para ser consideradas como tales:

a.- **Un precio de venta debajo de los costos de producción** (como sea que este se calcule)¹⁹. Aunque como lo señalamos anteriormente, dichos costos según los profesores Areeda y Turner son lo «**costos medios variables**».

¹⁷ EASTERBROOK Frank H.: «Predatory Strategies and Counterstrategies», N° 48 University of Chicago Law Review 263 (1981), pgs. 282-286. Opina que no encuentra un sólido argumento persuasivo con respecto a la imagen que quiere proyectar la empresa en otros mercados, aun mas le parece poca creíble.

¹⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Op. Cit. Pg. 168

¹⁹ Desde la sentencia UTAH PIE CO. vs. CONTINENTAL BAKING CO. (1967), la Corte Suprema americana admitió la posibilidad de dictar una sanción a las empresas que fijan el precio en determinado mercado local por debajo del costo medio total, a fin de competir con un competidor local, independientemente de que si la empresa victima incurriera en pérdidas o si disminuyera su participación de mercado. Luego de la confusión que el citado estamento judicial incurrió sobre el contorno en que se debía desarrollar una predación de precios al evaluar el presente caso (vease pie de pagina siguiente), este tema fue delimitado por los profesores AREEDA y TURNER, los que señalaron que una predación debe determinarse con base a la relación precio-costo, así un precio igual al costo marginal de corto plazo es eficiente y por tanto no predatorio estableciendo como criterio practico debido a la dificultad de calcular el costo marginal, que sea el costo medio variable, el valor a tener en cuenta como medida para la aproximación del costo marginal. En la sentencia HANSON vs. SHELL CO. (1976) la Corte Suprema americana aplicó la regla Areeda-Turner, comparando el precio con el costo medio variable de corto plazo. La corte reconoció que es importante considerar tanto la maximización del bienestar de corto plazo como la de largo plazo. Sin embargo, debido a la dificultad para evaluar la situación del mercado en el largo plazo, la corte no comparó el precio con el costo medio total (el cual implicaría la maximización del bienestar en el largo plazo). En el caso W. INGLIS and SONS BAKING CO. vs. ITT CONTINENTAL BAKING CO. (1976), la corte estableció que cuando los precios se encuentran entre el costo medio variable y el costo medio total, la denunciante debe demostrar que esos precios forman parte de una estrategia deliberada de predación por parte de la denunciada. De esta manera la corte estableció la regla de la rule of reason para determinar si un precio debe considerarse predatorio ya que pueden considerarse elementos no relacionados al costo que pueden justificar tal medida. En JANICH BROS. INC. vs. AMERICAN DISTILLING CO. (1977), la corte desechó la denuncia con base en la regla Areeda-Turner, aunque reconoció que bajo ciertas circunstancias no comunes un precio por arriba del costo marginal o variable podría ser depredatorio. En NORTHEASTERN TELEPHONE CO. vs. AT&T (1981), la denuncia fue en contra de una empresa regulada y multiproducto (AT&T). La corte estableció que los precios por debajo de un costo marginal anticipado se consideran predatorios (de manera similar a la regla de Areeda y Turner), aun cuando se trate de una empresa regulada. La corte reconoció la dificultad de aplicar la prueba del costo medio total en empresas multiproducto, debido a que el calculo de los costos comunes es esencialmente arbitrario. En el caso BARRY WRIGHT CORP. vs. ITT GRINNELL CORP. (1983), la corte rechazó el argumento de la denunciante de que aun los precios por arriba del costo medio total podían ser ilegales, y en lugar de ello aceptó la regla de Areeda y Turner.

Actualmente, en cuanto a los criterios de costos hay menos claridad en la jurisprudencia estadounidense. En general se ha aceptado la regla Areeda-Turner del costo medio variable. Precios por debajo del costo medio variable son sospechosos, precios entre el costo medio variable y el medio total pueden ser predatorios en determinadas circunstancias, y precios por arriba del costo medio total siempre se permiten. Esto corresponde en gran medida con los criterios de la segunda fase de la regla de dos etapas. Cabe señalar que en el caso de la empresa multiproducto (AT&T) se aplicó el criterio del costo medio total pero se aceptó el método de asignación de costos indirectos de la propia empresa. Además, conviene destacar que las cortes, en caso de utilizar un

- b.- **La intención «predatoria»** (de eliminar competidores), y;
c.- **La acusación de un daño a la competencia (competitive injury)**²⁰ de algún tipo, este criterio se le considera de manera general, como una «probabilidad peligrosa» (dangerous probability), de una monopolización exitosa, o sea como un intento serio de monopolizar²¹.

Para que una política de precios predatorios pueda tener éxito tienen que darse a su vez dos prerequisites:

1. Que la empresa predatora tenga una mayor capacidad financiera que sus rivales para poder resistir las pérdidas durante mas tiempo.-

Generalmente, solo las empresas con una posición de dominio en el mercado menos probable es el caso de una colusión predatoria, aunque teóricamente se puede desarrollar dicha practica), podrá llevar a cabo con éxito una estrategia de precios predatorios. La empresa dominante tendrá una dimensión considerablemente mayor a las que trata de expulsar del mercado²² y, por tanto

estándar de costos, generalmente lo aplican a la entera línea de productos del presunto depredador dentro del mismo mercado relevante, y no a una marca o presentación específica.

²⁰ UTAH PIE CO. vs. CONTINENTAL BAKING CO. (1967). Esta sentencia introdujo el elemento de la causación de daño a la competencia (competitive injury) que constituye uno de los elementos que utilizan las cortes norteamericanas para evaluar los precios predatorios, además de impulsar un gran debate debido a la confusión que provoco, ya que amplio de gran manera los fines de protección de la política de competencia, los cuales debían de dirigirse a la protección de la competencia como institución y no a los competidores de manera individual, ya que la empresa Utah Pie, respecto al daño del cual estaba siendo victima y comparando a la envergadura de la empresa, podía defenderse por si misma.

²¹ Para ello se a vinculado la «probabilidad peligrosa» al poder de mercado de la empresa (además de la conducta y la intención anticompetitiva) como se observa en el caso SPECTRUM SPORT, INC. vs. McQUILLAN, 113 S. Ct. 884(25-01-93). O sea se debe estudiar la estructura del mercado y relacionar el resultado con la participación de la empresa predatora en el mismo (la cual debe tener una posición de dominio), exigiendo además el ejercicio efectivo de la posición de dominio dentro de dicha estructura. En el caso MATSUSHITA ELECTRIC INDUSTRIAL CO. vs. ZENITH RADIO CORP. (1986), la Suprema Corte reconoció que no había consenso sobre la medida apropiada de comparar precios y costos, pero concluyó que la depredación es raramente exitosa y que una intervención podría desincentivar una legítima competencia de precios. Además en este caso se introdujo el concepto de recoupment, es decir, la recuperación de las pérdidas de la predación la cual fue definida de manera subjetiva mediante el criterio de la “convicción razonable” del vendedor, respecto de su realización, o sea se da importancia al elemento subjetivo de la intención (para desplazar o disciplinar competidores), así como la noción de tentativa de monopolizar. En el caso BROOKE GROUP LTD. vs. BROWN WILLIAMSON T OBACCO CORP. (1993), la Suprema Corte se distanció definitivamente de la decisión Utah Pie de 1967, estableció criterios detallados para el análisis de la predación, especialmente en lo concerniente a la recuperación de las pérdidas, donde se abandona el criterio subjetivo del caso Matsushita Electric Industrial Co, para exigir una probabilidad objetiva de recuperación de las pérdidas, con esto se abandona el criterio subjetivo y se centra el análisis en las estructuras de mercado y el poder de mercado, junto con el análisis objetivo del precio bajo el costo. O se a en este caso se determinó que para comprobar la predación se requiere de precios por debajo de una medida apropiada de costos, pero que además debe existir una posibilidad razonable para el presunto depredador de recuperar pérdidas mediante futuros precios monopólicos. De acuerdo a la Suprema Corte, los precios por debajo de costos, aunque sean dañinos para las víctimas, no son relevantes para las leyes de competencia si no dañan la competencia. Y si no hay posibilidad de recuperar las pérdidas, el intento a depredar sólo implica precios más bajos en el mercado y por tanto aumenta el bienestar del consumidor. Aquí se definió explícitamente el estándar de recoupment para evaluar la depredación. La Corte mencionó algunas situaciones en las que la recuperación de pérdidas no sería posible: 1.- Un mercado altamente difuso o competitivo, o en el que la entrada es fácil; 2.- Un depredador que no tiene capacidad ociosa para absorber la participaciones de mercado de sus rivales o que no puede expandir su capacidad rápidamente y; 3.- Una depredación demasiado costosa, debido a una larga duración de la práctica o a que los precios están muy por debajo del costo. Por otra parte, la Suprema Corte rechazó en Brooke Group el uso de un solo estándar basado en costos, considerando los peligros de utilizar una relación precio-costo que en la práctica un tribunal judicial no podría controlar sin desincentivar la reducción legítima de precios. En casos más recientes las cortes se enfocaron más en elementos de la estructura de mercado en lugar de los criterios precio-costo, aunque para el doctor ABANTO VASQUEZ, el triunfo de la concepción estructural del mercado es solamente aparente, ya que el estudio de la estructura del mercado dificulta la comprobación del precio predatorio, pues agrega un examen mas, ya que no se acepta que la sola existencia de una estructura del mercado sea por si misma el fundamento para la prohibición de los precios predatorios, sino que se exige el ejercicio de un poder de mercado dentro de dicha estructura. Op. Cit. Pg. 168.

²² Los Predatory Pricing Enforcement Guidelines de Canadá (1992) establecen que para determinar el poder de mercado de una empresa se deben analizar algunos elementos como su participación en el mercado (que debe

se le presupone una mayor capacidad financiera. Asimismo, le resultara mucho mas fácil cubrir el aumento de demanda que se producirá como consecuencia del descenso inicial de los precios. Por ello en esta etapa es necesario analizar el mercado relevante, el poder del presunto depredador y, además sobre la existencia de barreras a la entrada. En caso de que la estructura del mercado y las condiciones de entrada dificultaran que el presunto depredador ejerciera poder de mercado en el periodo posterior a la depredación, la investigación debería darse por terminada, aun cuando hubiera daño para algunos competidores durante el periodo de los precios bajos²³.

2. Una perspectiva clara de que los beneficios a largo plazo, cuando pueda implantar precios monopolísticos, serán mayores que las pérdidas iniciales. Para ello resulta esencial que el mercado permita la recuperación de pérdidas. En este sentido es muy importante la existencia de barreras de entrada que dificulten la aparición de nuevos competidores cuando la empresa subsistente eleve los precios.

4.7 LOS PRECIOS PREDATORIOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En la legislación nacional, los precios predatorios no se encuentran contemplados de manera expresa en el D. Leg. N° 701, pero son regulados de manera indirecta mediante la aplicación de la cláusula residual contenida en el artículo 5(f) que faculta a la Comisión de Libre Competencia y a la Sala de Competencia del tribunal de INDECOPI a conocer y sancionar practicas que posean efectos equivalentes a las establecidas expresamente en la norma (los denominados «tipos ejemplificativos»). Ello quiere decir que, aún cuando el ordenamiento peruano, no haya adoptado una tipificación específica como ilícito administrativo, no quiere decir que no sean sancionables como un supuesto de abuso de posición de dominio, ya que si este por los efectos que produce en el mercado, contraviene la «cláusula general» contenida en el artículo 3° del D. Leg. N° 701 y en el primer párrafo del art. 5° del mismo cuerpo legal²⁴, entonces no es necesario que este típicamente determinada para que la misma se pueda sancionar. Es por este motivo que la realización de este tipo de prácticas deben ser analizada por la autoridad para determinar sus beneficios y sus costos, bajo el principio de la regla de la razón (**per se rule**).

ser por lo menos de 35%), los índices de concentración y las tendencias en las participaciones de mercado en el tiempo, así como las condiciones de entrada. Si no hay importantes barreras a la entrada para nuevos competidores entonces el presunto depredador no podría recuperar sus pérdidas mediante futuros precios monopolísticos.

²³ De la misma forma los Predatory Pricing Enforcement Guidelines de Canadá (1992) establecen que para determinar la posición de dominio de una empresa se debe analizar si el presunto responsable tiene una alta participación de mercado y si existen barreras de entrada, comprobada la misma se procede a la segunda etapa que comprende una comparación de precios y costos.

²⁴ REBAZA TORRES, Alberto y ZEGARRA MULANOVIICH, Gonzalo.: «La predación imperfecta o el uso de remedios de Derecho antimonopolico para solucionar las distorsiones de la intervención del Estado en la actividad productiva», Revista de Estudios Privados N° 4, Lima-Perú, 1999, pg. 138-139. Estos autores opinan que el art. 3° del D. Leg. N° 701 establece la prohibición de realizar actos relacionados con actividades económicas que constituyen abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generan perjuicios para el interés económico general. Por su parte, el art. 5° de la norma citada, en su primer párrafo, establece que el abuso de posición de dominio en el mercado se configura cuando uno o mas empresas con posición de dominio 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.

En cuanto a los pronunciamientos de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, destaca el caso **Molta Wondell vs. Proquinsa**²⁵, donde si bien al final considero que en dicho caso, los precios predatorios no se había desarrollado, considero que de haberse encontrado elementos de juicio suficientes se debería de haber sancionado a la denunciada, aunque no se cito en base a que articulo hubiera podido sancionar por precios predatorios, limitándose a citar, de manera genérica, el D. Leg. N° 701. Una posibilidad, se señaló en la cita sentencia, era considerar que la mismas se encuentra contemplado en el inciso «b» del art. 5° del d. Leg. N° 701, que establece que es un caso de abuso de posición de dominio la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. En todo caso, la sentencia concluyo que una conducta con las características de los precios predatorios deben ser contemplados mediante la utilización de la cláusula de prohibición de abusos (primer párrafo del articulo, concordado con el inciso «f» del mismo articulo que permite sancionar otros casos de efecto equivalente).

En el caso **Molta Wondell vs. PROQUINSA**, la Comisión definió como precios predatorios «(...) aquellos que resulten inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores (...)». como se puede apreciar la Comisión establece un requisito de intencionalidad en la practica, común a lo que se conoce como practicas predatorias. Los efectos que la Comisión considera que se derivan de una política de precios predatorios son: 1. rebaja selectivas de precios, 2. nivel de precios no rentables o poco rentable, y 3. una política de precios dirigida a un competidor en especifico. Nótese como estos requisitos, en especial el primero y el tercero, establecen una posible vinculación entre la política de precios y una posible política de discriminación de precios, lo que reforzaría la hipótesis de una eventual aplicación del inciso b del art. 5° del D. Leg. N° 701.

La Comisión advierte, sin embargo de los riesgos de confundir una política de precios predatorios con competencia efectiva en el mercado: «(...) debe tener presente que la competencia por precios es una característica normal y esperada del proceso competitivo. Por tanto, las reducciones de precios pueden ser muestras del proceso de competencia efectiva incluso en un mercado donde una empresa detenta posición de dominio y no deben estar prohibidos por el hecho de perjudicar al competidor, puesto que ello constituirá solo un daño concurrencial». Como hemos visto, la conjunción de precios no rentables junto con la intencionalidad en la acción constituyen elementos claros para tipificar una conducta determinada como un caso de precios predatorios. Sin embargo, la Comisión hace algunas precisiones, estableciendo incluso una situación en la que parecería no ser necesario ir a la intención que inspira la conducta: «(...) no todo precio establecido por debajo de los costos es un precio predatorio. Por el contrario, siempre será un precio predatorio aquel que este por debajo del costo variable medio es decir-, el resultado de la suma de todos los costos variables entre el numero de unidades producidas. Los costes variables son aquellos que están en función al nivel de producción, es decir, que aumentan si se incrementa la producción, es decir, que aumentan si se incrementa la producción. Finalmente, los precios inferiores al precio total pero superiores al costo variable

²⁵ Resolución N° 070-96-INDECOPI-CLC.

medio solo serán predatorios si son parte de una estrategia dirigida a expulsar del mercado a uno o varios competidores».

Es importante destacar la importancia que le otorga la Comisión de Libre Competencia a la existencia de una intención predatoria para poder sancionar la practica, y evitar así su confusión con una simple competencia efectiva de precios. Una estrategia de precios predatorios podría incluir el caso de ofertar bienes o servicios gratuitos, por lo menos de un inicio. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ello debe analizarse con cuidado. Es usual en la introducción de bienes al mercado o en estrategias agresivas de competencia, que se ofrezcan muestras gratis o se otorgue un servicio gratuito por un periodo. Ello se puede ver en mercados como la televisión por cable en los que el posicionamiento permite «capturar clientes» en el mediano plazo lo que lleva a que algunas empresas ofrezcan instalación gratuita. En consecuencia, dicho echo en si mismo, no permite acreditar la existencia de una practica predatoria, sobre todo si los plazos de gratuidad son razonables y obedecen a practicas usuales en el mercado. Así, la gratuidad por plazos razonables es mas una estrategia competitiva antes que un abuso de posición de dominio, salvo que se demuestre la existencia de subsidios cruzados con otros productos o servicios que permiten ejercer la practica de manera poco razonable.

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

CONCLUSIONES

1. En nuestro país, a raíz de una serie de cambios operados en la década pasada se implementaron una serie de reformas que han tenido por objetivo estabilizar la economía y sentar las bases de una «economía de mercado». Como parte de este proceso, se ha impulsado la apertura comercial y financiera y se han creado nuevas instituciones con la finalidad de fortalecer la Defensa de la Competencia.

2. El moderno Derecho de la Competencia se debate en dos perspectivas jurídicas y filosóficas muy marcadas, tanto en sus aspectos materiales como procesales, nos estamos refiriendo a la concepción americana y comunitaria o europea. En esta última, se toman en cuenta a menudo consideraciones sobre justicia, integración de mercados, bienestar de los consumidores, etc., concepción que contrastan con la desarrollada por el Derecho antitrust americano, el cual se centra en un análisis económico y en la protección de la competencia y no de los competidores.

3. La competencia ha sido considerada durante estos últimos años como uno de los principios rectores del orden económico, y representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Sociedad, aspecto que justifican su protección penal mediante el desarrollo del bien jurídico que fundamenta su protección penal.

4. El tipo contemplado en el artículo 232 de nuestro CP, prevé la remisión expresa a la norma administrativa como paso previo para su análisis en el ámbito penal, por lo que la misma se enmarca como una norma penal en blanco que necesita complementarse con normas de referencia pertenecientes a otras ramas jurídicas. Estas normas, en nuestro caso particular nos permitirán desentrañar conceptos técnicos, como que debemos entender por sujeto dominante, mercado relevante, posición de dominio, abuso de una posición de dominio, etc.

5. En cuanto al sujeto dominante que puede desarrollar conductas tipificadas como abusivas, de acuerdo a la legislación administrativa, puede considerarse a cualquier persona natural o jurídica, sea de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Además, se aplica dicho concepto a aquellas personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, o las instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley. Dicho concepto se ve limitado en el ámbito penal donde en virtud al principio «societas delinquere non potest» el cual establece que únicamente la persona física puede ser sujeto activo del delito.

6. En cuanto al concepto de mercado relevante, este es el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación en el mercado y que productos deben ser considerados sustitutos adecuados de un determinado bien, lo que nos permitirá determinar con que productos este compite. Por ende, al analizar el mercado relevante tendremos que indagar dos elementos esenciales: a) La delimitación del producto; y, b) La delimitación geográfica; incluso un sector de la doctrina también toma en cuenta la delimitación temporal.

7. En cuanto a la posición de dominio, esta es considerada aquella posición de fortaleza económica disfrutada por una empresa que le permite evitar que otra empresa desarrolle una competencia efectiva teniendo la posibilidad de comportarse en forma independiente de sus competidores, clientes y en definitiva de sus consumidores. En nuestra legislación, las posiciones de dominio no son reprimidas *per se*, incluso pueden en muchos casos ser beneficiosas en el ámbito económico, ya que eventualmente podrían desarrollar economías de escala que redundaría en beneficios para el consumidor. Su regulación se justifica en la medida que si bien muchas veces las posiciones de dominio nacen espontáneamente como producto del propio sistema de mercado, no es menos cierto que también se deben proveer las herramientas adecuadas para su eventual desviación.

8. En cuanto a lo que debemos entender por abuso de una Posición de dominio, esta es definida como aquella explotación abusiva sobre un mercado en el cual se goza de una posición dominante, cuando el detentador de esa posición utiliza las posibilidades que de ella se derivan para obtener ventajas que no hubiera podido obtener de haber habido una competencia efectiva. En cuanto a la clasificación de las prácticas abusivas, estas suelen agruparse y distinguirse en: a) Los abusos anticompetitivos o exclusorios; y, b) Los abusos explotativos o desleales. Los primeros tienen como objeto y efecto desplazar a los competidores del mercado o impedir el acceso de nuevos competidores al mismo, mientras que las conductas explotativas son aquellas donde se ejerce de manera directa el poder de mercado de la empresa dominante mediante la elevación de los precios por encima del nivel de competencia y la reducción del nivel de producción. Sobre el particular, es necesario mencionar que nuestra jurisprudencia administrativa ha establecido que nuestra legislación sólo sanciona aquellas prácticas que tienen un carácter exclusorio, no sancionando aquellas que tienen carácter explotativo.

BIBLIOGRAFIA

- ABANTO VASQUEZ, Manuel. «El Derecho de la Libre Competencia», Editorial San Marcos 1º Edición, Lima-Perú.
- AHLBORN, C.; EVANS, D. y PADILLA, A.: «Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?», *European Competition Law Review*, Vol. 22 (5), May 2001.
- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina.: «Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades», Editorial Tecnos, Madrid-España, 1996.
- ARROYO ZAPATERO, Luis.: «Fundamentos y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* N° 1, Agosto-1987.
- AREEDA, Phillip & KAPLOW.: «Antitrust Analysis», Ed. Aspen Law & Business, 5ª ed., Nueva York 1997.
- AREEDA Philip y TURNER Donald F.: «Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act», *88 Harvard Law Review* 697 (1975).
- BARRATTA, Alesaandro.: «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática», Traducción de Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas. En: *CPC* N° 24 (1984).
- BARATTA, Alessandro.: «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal», en *Pena y Estado* N° 1, 1991.
- BAUMOL, WILLIAN J., JOHN C. PANZAR y ROBERT D. WILLIG. «Contestable Markets and the theory of industry Structure», Nueva York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982.
- BELLAMY, Christopher /CHILD, Grahah.: «Derecho de la competencia en el Mercado Común», Editorial Civitas, Madrid-España, 1992.
- BERCOVITZ, Alberto.: «Normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea», en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por GARCIA ENTERRIA/GONZALEZ CAMPOS /MUÑOZ MACHADO, Madrid-España, 1986; T. II.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio.: «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», en *Terradillos Basoco*, «El delito ecológico», Madrid-España, 1992.
- BLANCO LOZANO, Carlos.: «La posible inconstitucionalidad de las normas penales en blanco», en *Diario La Ley* N° 5243, jueves, 8 de febrero de 2001.
- BOGO, Jorge.: «Las pruebas de la desafiabilidad de un mercado», *Boletín latinoamericano de competencia* N° 11 Diciembre 2000.
- BORK, Robert.: «The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself», Eitorial Free Press, Nueva York, 1983.
- BORJA JÍMENEZ, Emiliano.: «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: estado actual de un debate permanente», *Revista General de Derecho* N° 585, 1993.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCIA CANTIZANO, Maria del Carmen.: «Manual de derecho penal. Parte especial», 4ta. Ed., Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1998.
- BROSETA PONT, Manuel.: «Manual de Derecho mercantil», Madrid-España, 1991.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan.: «Manual de derecho penal. Parte general», Editorial Ariel, 3ª edición, Barcelona-España, 1989.
- BULLARD, Alfredo. «¿Dejar competir o no dejar competir?. He ahí el dilema. Las practicas predatorias y el abuso de posición de dominio», *Themis* N° 36.

- BULLARD GONZALES, Alfredo.: «Las concertaciones de precios y la protección al consumidor». Revista Electrónica de Derecho Privado, N° 3, febrero de 2000. (<http://www.vlex.com/pe/rvdp>)
- CÁCERES V. Armando y RUIZ D. Gonzalo.: «El nuevo marco de competencia y comercio exterior en el Perú», Boletín latinoamericano de competencia, N° 3-A, marzo-1998.
- CALVO CARAVACA & FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA.: «Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación», en Revista General de Derecho N° 583, Abril 1993.
- CARO CORIA, Carlos.: «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jacobs», en Themis N° 35, PUCP, Lima-Perú.
- CARO CORIA, Dino Carlos.: «"Sociedades de Riesgo", bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo», en Revista de Ciencias penales N° 9, Lima-Perú.
- CARLTON, D. y PERLOFFF, J.: «Modern Industrial Organization»; Addison-Wesley (2000).
- CEREO MIR, José.: «Curso de derecho penal español. Parte general», 5ª Edic., Editorial Tecnos, Madrid-España, 1996.
- CERES MONTES, José Francisco.: «La regulación en el nuevo Código Penal de los delitos relativos a la protección de los recursos naturales y del medio ambiente. Los delitos contra la flora y fauna, y los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes», en Actualidad Penal N° XIII-1999, Madrid-España.
- CASABÓ RUIZ, José Ramón.: «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente», en Estudios Penales y Criminológicos N.º V, 1981.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomas.: «Derecho penal. Parte general», Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 1996.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y BOIX REIG, Javier.: «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en Comentarios a la Legislación Penal (dir. COBO DEL ROSAL), Edersa, Madrid-España, 1982
- COLAS TURÉGANO, M.A.: «Art. 347 bis, ¿Ruptura con el principio de legalidad? (Comentario a la Sentencia 173/91 del Juzgado de lo Penal número 3 de Valencia)», en PJ N° 26, 1992.
- COMISIÓN EUROPEA, XXXIst REPORT ON COMPETITION POLICY 2001, Sec (2002) 462 Final, (disponible en la web: <http://www.eu.int/competition/annualreports/>).
- COMISION DE LA CE.: «Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia», DOCE C 372, de 9 de diciembre de 1997.
- COLOMA, Germán.: «La ley argentina de defensa de la competencia», Presentación en la XXII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política, Buenos Aires-Argentina, 1997.
- COLOMA, Germán.: «Estrategia competitiva de la empresa y teoría de los juegos», Documentos de Trabajo de la Universidad de CEMA.
- COLOMA, Germán.: «La discriminación de precios y la defensa de la competencia», Serie Seminarios Nro 13/99, Buenos Aires-Argentina, Instituto y Universidad Torcuato Di Tella, 1999.
- CREUS CARRERAS, Antonio y LACALLE MANGAS, Natalia .«Comunicación de la comisión sobre la definición del mercado relevante a los efectos del derecho

comunitario de competencia», Boletín Latinoamericano de Competencia, N° 3-A, marzo-1998.

D'AMORE, Marcelo.: «Poder de mercado y análisis antitrust: con especial referencia a la ley argentina de defensa de la competencia (Ley 25.156)», Boletín Latinoamericano de Competencia N° 15 Octubre 2002

D'AMORE, Marcelo R.: «Abuso explotativo de posición dominante. el caso YPF en Argentina», Boletín Latinoamericano de Competencia N° 11 Diciembre 2000.

DE VEGA RUIZ, José.: «El delito ecológico», 2.ª edic., Ed. COLEX, Madrid-España, 1994

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis.: «La tutela penal de las aguas continentales», en Embid Irujo (dir.), La calidad de las aguas, 1994.

DÍEZ ESTELLA, Fernando.: «Los objetivos del derecho antitrust», en Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, N° 224, Marzo/Abril 2003.

DÍEZ ESTELLA, Fernando.: «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU», en Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICO-Marcial Pons.

DÍEZ ESTELLA, Fernando. «Precios discriminatorios en el sector de las Telecomunicaciones», Gaceta Jurídica de la Competencia y la Unión Europea, n° 208, Marzo /Abril 2000.

DIEZ RIPOLLES, José Luis.: «El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista», Ponencia presentada en el Congreso Internacional en conmemoración del 75 aniversario del Código Penal Argentino celebrado en Buenos Aires, Agosto-1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis.: «La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista», en Revista de Ciencias Penales N° 15, San José-Costa Rica.

DIEZ RIPOLLES, José Luis.: «La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1991.

EASTERBROOK, F. H.: «Does antitrust have a comparative advantage?», Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 23 (1), Otoño 1999.

EASTERBROOK Frank H.: «Predatory Strategies and Counterstrategies», N° 48 University of Chicago Law Review 263 (1981).

ECHAIZ, Daniel.: «Regulación jurídica de los grupos de empresas en el derecho empresarial peruano (bases para una legislación integral)», Tesis para optar título de Abogado, Lima-Perú, 2000.

EMBID IRUJO, José.: «Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo», 1987.

EYZAGUIRRE, Hugo.: «Políticas de competencia en países menos desarrollados», Boletín latinoamericano de competencia, N° 5 (Parte 2) Noviembre 1998.

FAUS, Jordi. «Evolución histórica y caracteres básicos del derecho de la competencia», www.faus-moliner.com.

FERNÁNDEZ NOVOA, C.: «Un hito en la historia del Derecho de la Competencia: Centenario de la Sherman Act», Derecho de los Negocios N° 2, 1990, pg. 99 (Nota n° 24).

FERRAJOLI, Luigi.: «Derecho y razón. Teoría del garantismo penal». Editorial Trotta, Madrid-España, 1995.

FERRAJOLI, Luigi.: «Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales», Traducción del profesor Walter Antillón M., en Revista de Ciencias Penales N° 5, San José-Costa Rica.

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. En: Prólogo al libro titulado «Contrato y Mercado», 1ª edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima 2000.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.: «Derecho de las personas». Ed. Cuzco, s/f.
- FIKENTSCHER, Wolfgang.: «Las tres funciones del control de la economía», Revista de Derecho Mercantil (enero-marzo, 1984).
- FLINT BLANCT, Pinkas. «Tratado de defensa de la libre competencia : estudio exegético del D.L. 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia», Fondo Editorial PUCP, Lima-Perú, 2002.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio.: «La libre competencia en la Comunidad Europea». Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986.
- FRIGNANI, Aldo / WAELBROECH, Michel.: «Derecho europeo de la competencia», Barcelona: Bosch, 1998.
- GALÁN CORONA, Eduardo.: «Acuerdos restrictivos de la competencia». Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1977.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes.: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», Estudios Penales y Criminológicos XVI, Santiago de Compostela, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La Regulación del Sector Eléctrico: Intervención Normativa sobre el Mercado y Defensa de la Competencia», en Regulación Sectorial y Competencia, Ed. Civitas, Madrid 1999, pg. 116.
- GARRIGUES, Joaquín.: «La defensa de la competencia mercantil», Sociedad de estudios y publicaciones, Madrid-España, 1964.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José M.: «Sobre la Teoría del Bien Jurídico (Aproximación al Ilícito Penal)», RFDUC N° 69, Madrid-España, 1983.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José.: «Bien Jurídico y Constitución (Bases para una teoría)», Madrid-España, 1983.
- GRACIA MARTIN, Luis.: «La responsabilidad penal de la empresa y sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del derecho penal)», en Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Editorial José María Bosch, Barcelona-España, 1995.
- GREGORY J. WERDEN.: «The History of Antitrust Market Delineation», 76 Merqer Law Review, 123 (1992).
- HASSEMER, Winfried.: «Fundamentos del Derecho Penal», Editorial José María Bosch, Barcelona-España, 1984.
- HASSEMER, Winfried.: «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en Pena y Estado N°1, 1991.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. «La aplicación del artículo 86 del Tratado de Roma a los precios predatorios: El caso AKZO», en Actas de Derecho Industrial, Madrid-España, 1991-92, Vol. 14.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.: «Bien jurídico y Estado Social y democrático de Derecho», Barcelona-España, 1991.
- HOVENKAMP, Herbert.: «Distributive Justice and the Antitrust Laws», George Washington Law Review N° 51, 1982.
- HOVENKAMP, Herbert.: «Federal antitrust policy. The law of competition and its practice», West Publishing Co., 1994.
- HUNDSKOPF, Oswaldo.: «La regulación jurídica de los grupos de empresas», Estudios de derecho en homenaje al Dr. José Antonio Silva Vallejo, Lima-Perú, 1998.
- IRIBARREN OSCÁRIZ, Juan.: «Los tipos penales en blanco», Boletín Mensual Aranzadi Penal Año VI- N° 47 - Abril-2003.

- JAKOBS, Günter.: «Derecho penal. Parte general», Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid-España, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans.: «Tratado de derecho penal. Parte general», Traducción de Manzanares Samaniego,, Editorial Comares, Granada-España, 1993.
- KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven.: «Fairness versus Welfare», en Harvard Law Review N° 966, Febrero 2001.
- KEYTE, J.: «Market Definition and Differentiated Products: The need for a Workable Standard», 63 Antitrust Law Journal 697 (1995), pg. 697.
- KNAUTH, Williams. «The policy of United States towards Industrial monopoly», Columbia Iniversity Studies in history, economics and Public Law, vol. 56, 1914..
- KWOKA, J. E. y WHITE, L. J.: «The Antitrust Revolution, The Role of Economics», en Oxford University Press, 2ª ed. Nueva York, 1994.
- KORAH, Valentine.: «An Introductory guide to EC Competition Law and Practice», Editorial Maxwell, 1994.
- KORAH, Valentine.: «Concept of dominant position within the meaning of art. 86», 17/3 CMLR, 396.
- LANDES, William M.: «Harm to Competition: Cartels, Mergers, and Join Ventures», American Bar Association, 1984.
- LANDE, Robert.: «Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged», 34 Hastings Law Journal 65, 1982.
- LASCANO, Carlos Julio.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos», en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie N° 3, 2000, UNC y Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba-Argentina.
- LEYVA SAAVEDRA, José. «Los grupos de empresas», en <http://articles.derechoempresarial.deamerica.net/?art=8>.
- MACHLUP, Fritz.: «The political economy of monopoly; business, labor and government policies», Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1952.
- MAURACH, Reinhart.: «Tratado de Derecho Penal», T. I., Editorial Ariel, Barcelona-España, 1962.
- MARTINEZ MEDRANO, Gabriel Alejandro. «El abuso de posición dominante en la ley argentina de defensa de la competencia», Boletín Latinoamericano de Competencia, N° 14, Abril 2002.
- MARTÍNEZ DEL PERAL CAGIGAL, Isabel: «La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas», D-20 GJCE (1993).
- MARTÍNEZ L., Martha y QUINTANA S., Eduardo. «Contratos de exclusividad y ventas atadas. cuando lo atado es la exclusividad», Boletín Latinoamericano de Competencia N° 5, parte 2, Noviembre 1998.
- MAZUELOS COELLO, Julio.: «Control social y dogmática penal», Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1995.
- MAZEAUD, Henri y León. Lecciones de Derecho Civil, parte primera. V. II. Buenos Aires: Ed. Ediciones Jurídicas Europa-America.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: «La Competencia Desleal», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Editorial Civitas, Madrid-España, 1988.
- MEZGER, Edmund.: «Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio». Traducción de Conrado A. Finzi, de la 6ª edición alemana, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

- MIR PUIG, Santiago.: «Introducción a las Bases del Derecho Penal». Editorial Bosch, Barcelona-España, 1976.
- MIR PUIG, Santiago.: «Tratado de derecho penal. Parte general», PPU, Barcelona-España, 1985.
- MOLINA BLAZQUEZ, Concepción.: «La Criminalización de la competencia desleal en el Proyecto de Código Penal de 1992», en Poder Judicial, Diciembre-1992.
- MOSCHEL, Wernhard.: «Fines de protección de un derecho de la competencia», en Themis, Revista de Derecho N° 36, Lima-Perú, PUCP.
- MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCIA ARAN, Mercedes.: «Derecho penal. Parte general», Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España.
- OTAMENDI, Jorge.: «El proyecto de ley sobre defensa de la competencia sancionado por la Cámara de Diputados», diario La Ley del 25 de octubre de 1994.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel.: «Sobre algunos problemas dogmáticos que plantea la punición de los delitos contra el medio ambiente», en VV.AA., La protección penal del medio ambiente.
- PAZ-ARÉS, C.: «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust», Revista de Derecho Mercantil N° 159, Madrid-España, 1981.
- PELLISÉ CAPELL, Jaume.: «La explotación abusiva de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)», Barcelona a 22 de febrero de 2001.
- PEREZ-REYES ESPEJO, Raúl.: «Política de competencia en servicios públicos», Documento de discusión N° 5-1998 del Área de Estudios Económicos de INDECOPI, Lima-Perú.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel.: «La criminalidad ecológica en la legislación penal española», en Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, 1993.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo.: «Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos», CPC N° 39, Edersa, Madrid, 1989.
- POSNER, Richard.: «Antitrust Law. An Economic Prospectus», University of Chicago Press, 1976.
- POSNER, Richard.: «The Chicago School of Antitrust Analysis» 127 University of Pennsylvania Law Review, 1979.
- QUINTANA, Eduardo y URBINA, Cristina. «Panorama de la aplicación de la política de competencia en el Perú», Boletín Latinoamericano de Competencia N° 2, Septiembre-1997.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel.: «Los delitos informáticos: Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal», Jurista Editores, Lima-Perú, 2002.
- RODRIGUEZ DEVESA.: «Derecho penal español. Parte general», Edición elaborada por Serrano Gómez, Alfonso, Editorial Dykinson, 18ª edición, Madrid-España, 1995.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis.: «Artículo 347 bis», en López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos (coords.), Código penal comentado, 1990.
- ROXÍN, Claus.: «Sentido y Límites de la Pena Estatal», en Problemas Básicos del Derecho Penal. Editorial Bosch, Barcelona, 1976.
- ROXIN, Claus.: «Derecho Penal, Parte General», Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, 1997.
- RUIZ, Nuno.: «El derecho y la política de competencia comparados en la Comunidad Europea, el Mercosur y Chile», Boletín latinoamericano de competencia N° 7 (Parte 4) Julio 1999.

- RUIZ, Gonzalo.: «Definición del mercado relevante y política de competencia», en Themis, Revista de Derecho N° 41, Lima-Perú, 2000.
- RUBIO CORREA, Marcial.: «El ser humano como persona natural», Fondo Editorial de la PUCP, Lima-Perú, 1992.
- SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, Tula.: «Las empresas transnacionales y la imputación de responsabilidad: problemática jurídica», en Revista Peruana de Derecho de la Empresa N° 40, Lima-Perú, 1991.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María.: «Aproximaciones al derecho penal contemporáneo», Editorial José María Bosch, 1992.
- SMITH, F. L.: «The case for reforming the Antitrust regulations (if repeal is not an option)», Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 23 (1), Otoño 1999.
- TAMAMES, Ramón & GALLEGRO, Santiago.: «Diccionario de economía y finanzas», Alianza Editorial, Madrid, 1994.
- TAMAMES, Ramón. «la lucha contra los monopolios», Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1961
- TAJAN, Guillermina.: «Comentarios acerca de la efectiva aplicación de la ley de defensa de la competencia argentina», Boletín Latinoamericano de Competencia N° 13 Noviembre 2001
- TERRADILLOS BASOCO, Juan.: «La Satisfacción de Necesidades como Criterio de Determinación del Objeto de Tutela Jurídico-Penal», RFDUC N° 63, Madrid-España, 1981.
- TIEDEMANN, Kluas.: «La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas», en «Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental», Editorial Idemsa, Lima-Perú, 1999.
- TIROLE, J.: «Teoría de la Organización Industrial», Ed. Ariel Economía, Madrid-España, 1990.
- VILÀ COSTA, Blanca.: «El abuso de posición dominante en la CEE», Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid-España, 1979.
- VILÀ COSTA, Blanca.: «El «abuso de posición dominante» en la CEE», en Colección Cuadernos de Administración Pública, Madrid-España, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1979.
- VIVES ANTÓN, Tomás.: «Fundamentos del Sistema Penal», Editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 1996.
- VON LISZT, Franz.: «Tratado de Derecho Penal», 3era. Ed., T. II., Traducido por Luis Jiménez de Asua, de la 20ª edición alemana, Editorial Reus, Madrid-España, s/f.
- WELZEL, Hans.: «Derecho penal alemán. Parte general», Editorial Jurídica de Chile, 11ª edición, Santiago de Chile, 1970
- WHISH, Richard.: «Competition Law», London/Edinburgh: Butterworths, 1993.
- ZAMORA CABOT, F. J.: «Algunas claves actuales del Derecho antitrust de los Estados Unidos», en Revista de Derecho Mercantil N° 181-182, 1986.
- ZANON, L.: «Price Discrimination and Hoffmann-La Roche», *J.W. Trade L.*, 1981, vol. 15.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl.: «El Funcionalismo Sistémico y sus Perspectivas Jurídico-Penales». En Homenaje al Profesar Agustín Fernández Albor, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989.