

Monogamia, Poligamia y Competencia: ¿Cómo Tratar las Relaciones de Exclusividad?

Christian Chávez Verástegui*

"En el presente artículo, mediante un análisis de los diferentes criterios que ha tenido la Sala de Defensa de la Competencia, plantea el problema para definir los requisitos que se deben cumplir para sancionar los acuerdos de exclusividad vertical, y en consecuencia, el problema de seguridad jurídica que ocasiona para los administrados."

I. Introducción

De acuerdo con la definición contenida en el diccionario de la Real Academia Española, la monogamia es el **"Régimen familiar que veda la pluralidad de esposas"**¹. Como evidente contrapartida, la poligamia es definida como el **"Régimen familiar en que se permite al varón tener pluralidad de esposas"**². De ambas definiciones se aprecia que en materia de relaciones de pareja podemos encontrar dos polos claramente diferenciables. Esta diferencia se centra en un elemento muy sencillo: la exclusividad. Mientras que en el primero existe una exclusividad recíproca entre las dos partes de la relación, en el segundo caso esta exclusividad no existe.

En nuestro país, la regla que legalmente hemos adoptado es la de la monogamia, tal y como lo establecen los artículos 233 y 288 del Código Civil³. Esto respondería a que –a menos a primera impresión– parecería que la mayoría de personas consideran a la exclusividad como la mejor regla aplicable a las relaciones de pareja. Así, si una persona contrae matrimonio con otra, se encontrará impedido de establecer al mismo tiempo una relación con una tercera persona.

Si bien para muchos esta regla –que no se encuentra exenta de cuestionamientos– pudiera ser la más adecuada en el ámbito de las relaciones de pareja, ¿sucede lo mismo en el ámbito comercial? ¿Qué es mejor, una monogamia o una poligamia comercial? Esta pregunta que puede parecer extraña en realidad no lo es, si consideramos un problema que en los últimos años ha llamado la atención de las agencias de competencia a nivel mundial: los acuerdos de exclusividad.

Los acuerdos de exclusividad pueden ser entendidos como convenios que se celebran entre dos agentes que actúan en distintos segmentos de una cadena productiva y que, por tanto, no compiten entre sí en el mercado. La particularidad de este tipo de acuerdos es que limitan la capacidad de una de las partes de la relación de adquirir o comercializar productos o servicios de agentes distintos a aquel con el que se ha celebrado la exclusividad.

Siendo ello así, este tipo de acuerdos tienen la capacidad de limitar el desarrollo de la competencia en el segmento donde opera alguna de las partes, en la medida que su objeto es precisamente el restringir la posibilidad de una de ellas de contratar con otros agentes distintos a aquel con el que celebró el acuerdo.

* Abogado. Profesor de Contratos y del Seminario de Competencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Contratos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Abogado Asociado del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

1 www.rae.es

2 www.rae.es

3 "Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común (...)." (El subrayado es nuestro)

"Artículo 288.- Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia." (El subrayado es nuestro)

Sin embargo, si bien este tipo de acuerdos pueden generar una limitación a la competencia, no es menos cierto que también pueden generar distintos beneficios y mayor eficiencia en el mercado. De hecho, muchas veces este tipo de acuerdos resulta necesario para generar proyectos conjuntos entre los agentes involucrados, los cuales de no existir un acuerdo de exclusividad no podrían ser desarrollados⁴. Es precisamente por ello que muchas veces este tipo de acuerdos surgen en el marco de contratos asociativos –por ejemplo, *joint ventures*– a efectos de garantizar a una de las partes el recupero de su inversión.

Por otro lado, este tipo de restricciones permiten también evitar un problema de *free rider*⁵ vinculado a la prestación de servicios de pre y post, ya que el productor se encontrará incentivado a realizar una mayor inversión, promoción y capacitación en favor de un distribuidor exclusivo, puesto que ninguno de sus competidores podría aprovechar tales inversiones⁶. Asimismo, dichas restricciones permiten que los revendedores centren sus esfuerzos de venta en los productos contemplados en el acuerdo, mejorando de esta forma la calidad de los productos y servicios ofrecidos al consumidor⁷.

No obstante lo anterior, los acuerdos de exclusividad pueden ser utilizados también dentro de una estrategia anticompetitiva ya que fuerzan a los competidores a utilizar distribuidores con costos más altos o excluyen completamente a los competidores del mercado⁸.

En efecto, bajo determinadas circunstancias los convenios de exclusividad pueden convertirse en un mecanismo para limitar deliberadamente el acceso de otros productores a los canales de distribución o comercialización de los productos o el acceso a determinado insumo, reduciendo arbitrariamente los niveles de competencia en el mercado en perjuicio directo de los consumidores⁹. La principal circunstancia para que ello suceda es que una de las partes de la relación de exclusividad cuente con posición de dominio en el mercado. En efecto, si el principal efecto negativo que podría derivarse de este tipo de conductas es el posible efecto exclusorio de competidores, este efecto únicamente será posible en la medida que una de las partes ostente posición de dominio en el mercado.

Como puede verse, el impacto en la competencia de las restricciones verticales no puede ser establecido a priori o de manera general, sino que por el contrario debe ser establecido caso por caso, en función a las características de cada mercado y conducta en particular. Desde una perspectiva económica, el análisis de este tipo de restricciones debe estar gobernado por la aplicación de la regla de la razón –*rule of reason*– y no por una regla de ilegalidad *per se*¹⁰.

Siendo ello así, los principales aspectos que deberán ser analizados a efectos de determinar si el establecimiento

- 4 Por ejemplo, no resulta extraño ver que en algunos aeropuertos se concede exclusividad a un determinado banco para operar en las instalaciones, en la medida que éste efectúe determinadas inversiones en infraestructura. Como es claro, un banco no efectuaría una inversión de este tipo a menos que se le garantice una exclusividad que le permita recuperar su inversión. En este caso, si bien el acuerdo restringe de alguna manera la competencia, finalmente genera mayores efectos competitivos, dado que permite el desarrollo de inversiones que beneficiarán a los consumidores y que no se desarrollarían de no haber existido el acuerdo.
- 5 Se entiende por problema de *free rider* o de polizonte el caso en el que alguien recibe un beneficio sin pagar por él, aprovechándose de la inversión ajena. Si un productor hace inversiones en publicidad que atrae clientes al establecimiento de un distribuidor, y otros competidores venden a su vez productos en el mismo establecimiento, los clientes atraídos por la publicidad podrían comprar productos de los competidores quienes serían *free riders* o polizontes de la inversión publicitaria ajena.
- 6 Sobre el particular, ver: SALOP, Steven and David, SCHEMAN: "Rising Rival Costs", *American Economic Review*, 73(2), 267-271 (1983); SCHWARTZ, M. "The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment", *American Economic Review*, 77, 1063-1068 (1987); MATHEWSON, G.F y R.A. WINTER. "The competitive effects of Vertical Agreements: Comment", *American Economic Review*, 77, 1057-1062 (1987); RASMUSEN, Eric, J. Mark RAMSEYER and John WILEY Jr., "Naked Exclusion", *American Economic Review*, 81 (5), 1137-1145 (1991); BERNHEIM and WHINSTON. "Exclusive Dealing", *Journal of Political Economy*, 106 (1), 64-103 (1998).
- 7 Por ejemplo, imaginemos que un fabricante de zapatillas celebra un contrato de distribución exclusiva con una tienda de calzado para que pueda vender solo las zapatillas de sus marcas. A cambio de ello el fabricante hace inversiones en las tiendas, entrena a los vendedores y eventualmente hasta hace publicidad para atraer consumidores. Y para hacer más atractiva la exclusividad le da un descuento a los distribuidores exclusivos para compensarles el que no vendan zapatillas de otras marcas. Los consumidores reciben el beneficio de mejores locales, mejores servicios, mejores vendedores, etc. Si la tienda no respeta la exclusividad entonces venderá zapatillas de otros fabricantes, que se beneficiarán de la inversión del fabricante con quien se tiene contrato. Así, irían consumidores a la tienda atraídos por la inversión publicitaria para comprar zapatillas de otras marcas. Si ello pasará no habría incentivos para hacer todas las inversiones señaladas.
- 8 Sobre el particular se ha señalado que "Una manera por la cual las restricciones verticales pueden incrementar los costos de los competidores en detrimento de la competencia puede ser la siguiente. Asumamos que una empresa dominante en el mercado de fabricación posee poder de mercado pero no es un monopolista –es decir, existe competencia de otros fabricantes, y esta competencia restringe en alguna medida el precio que el fabricante puede cargar a sus distribuidores. Asumamos, además, que los distribuidores que participan en su mercado aguas abajo también se ocupan de comercializar los productos de varios de los fabricantes que participan de la producción aguas arriba. Finalmente, asumamos que el fabricante negocia con sus distribuidores en sus contratos que contienen una restricción vertical, una provisión de distribución exclusiva. Si estos distribuidores poseen cierta dificultad para replicar atributos, entonces la exclusiva del fabricante en la red de distribución incrementa los costos de los competidores en la distribución de sus productos a los consumidores. Como resultado de este incremento de costo, los precios pagados por los consumidores por el producto del competidor se incrementan (...)." (El subrayado es nuestro) En: BESANKO, David y Martin PERRY (1993). "Equilibrium Incentives for exclusive dealing in a differentiated products oligopoly" *RAND Journal of Economics*, 24 (4), 646-667; SEGAL, Ilya y Michael WHINSTON (2000), "Exclusive Contracts and Protection of Investments", *RAND Journal of Economics*, 31 (4), 603-633.
- 9 Anderson, Robert (Canadian Competition Bureau); Daniel, Timothy (US Federal Trade Commission); Heimler, Alberto (Italian Competition Authority); Jakop, Thinam (EC Commission-DGIV): "Abuse of dominant position in a market". Octubre 1996 (Paper). Traducción libre.
- 10 La calificación de la práctica como *per se* ilegal quiere decir que este tipo de acuerdos son ilegales por la simple realización de la conducta, sin necesidad de evaluar las posibilidades de que ésta pueda afectar o no realmente la competencia. Es decir, no se requiere prueba del daño para sancionarlos. Este tipo de regla es aplicada para la evaluación acuerdos entre competidores que tengan por objeto la fijación de precios de venta, de reparto de mercado o de condiciones de comercialización.

De acuerdo con la denominada "regla de la razón" una práctica será ilegal si, realizada esta en las circunstancias en que se dio, se espera razonablemente que pueda afectar la competencia. En esos casos las circunstancias concretas en que ocurrió la práctica serán analizadas para determinar si era o no razonable la conducta específica desarrollada.

de exclusividades en la distribución, restringen o no la competencia, son:

- (i) La existencia de posición de dominio de alguno de los involucrados en el acuerdo;
- (ii) La generación de restricciones a la competencia, es decir, la existencia de un efecto excluyente derivado de la conducta;
- (iii) La ausencia de justificaciones legítimas de negocio para el acuerdo; y,
- (iv) La existencia de efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

II. El Tratamiento Legal a las Restricciones Verticales a la Competencia

Si bien la Ley de Competencia anterior –Decreto Legislativo No. 701- no regulaba expresamente a las restricciones verticales, y la aplicación jurisprudencial sobre el tema no ha sido muy amplia, en algunos pronunciamientos el INDECOPI parecería haber reconocido la aplicación del análisis señalado en el apartado anterior.

Así, por ejemplo, en la Resolución No. 005-2008-INDECOPI/CLC, de fecha 22 de febrero de 2008, la Comisión de Libre Competencia señaló¹¹:

“96. Sin embargo, los acuerdos verticales generalmente están asociados con ganancias de eficiencias. En efecto, sólo bajo determinadas circunstancias, un acuerdo vertical será capaz de afectar el proceso competitivo mediante la exclusión de competidores (como se desarrolla en la presente resolución, en caso al menos una de las partes cuente con posición de dominio).”

97. Por ello, no se justificaría una presunción de ilegalidad de los acuerdos verticales, como aquella aplicable a los acuerdos horizontales desnudos inter marcas, puesto que, en el proceso económico, están generalmente asociados a eficiencias en la producción y distribución.”

Por su parte, en el caso *RA & CAS S.R.L. contra Fábrica de Aguas Gaseosas Huacho S.A.C.*, la Comisión de Libre Competencia decidió encausar como un abuso de posición de dominio una denuncia formulada por un distribuidor exclusivo de bebidas gaseosas en contra de su proveedor¹². El caso es interesante porque la denuncia cuestionó la modificación de una serie de

condiciones contractuales por parte del proveedor en un acuerdo vertical. Como se dijo, la Comisión calificó el caso como de abuso de posición de dominio y descartó la calificación de la misma como una práctica restrictiva.

De la evaluación de los dos casos mencionados parecería ser que bajo la Ley de Competencia anterior el INDECOPI consideraba como aspectos a ser evaluados a efectos de poder determinar la ilegalidad de una conducta de este tipo: (i) la existencia de posición de dominio de cuando menos uno de los agentes involucrados en el acuerdo; (ii) que el acuerdo genere restricciones a la competencia –efecto excluyente sobre competidores-; (iii) la ausencia de justificación para la adopción del acuerdo; y, (iv) la existencia de efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Sin embargo, las evaluaciones efectuadas hasta ese momento dejaban una importante duda: ¿Qué tipo de conducta se configura en los casos de restricciones verticales? ¿Un abuso de posición de dominio o una práctica restrictiva? Como hemos visto, en dos casos de restricciones verticales –existencia de convenios de exclusividad- la decisión del INDECOPI fue distinta. En el caso *Quimpac* la conducta fue evaluada como una práctica restrictiva –acuerdo entre empresas-, mientras que en el caso *RA & CAS* fue evaluado como uno de abuso de posición de dominio.

Si bien en el caso *Quimpac* la Comisión señaló que aún analizando el caso como una práctica restrictiva era necesario que cuando menos uno de los agentes involucrados contara con posición de dominio, no dejó claro el porqué entonces no evaluar el caso precisamente como uno de posición de dominio. Si como hemos señalado, la lógica de exigir este requisito reside en que difícilmente podría considerarse que una conducta de este tipo podría generar un efecto negativo a la competencia a menos que una parte tuviera posición de dominio, no resulta claro el porqué debería de ser analizada como una práctica restrictiva.

Nótese además que esta diferencia no es para nada inocua. Por el contrario, de ella depende la aplicación o no de determinados requisitos para la sanción de la conducta. En efecto, mientras que el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701¹³ establecía que para sancionar un supuesto de abuso de posición de dominio se requería acreditar que el agente que desarrollaba la conducta actuara **“con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros”**, este requisito no era exigido para el caso de prácticas restrictivas –artículo 6 del Decreto Legislativo No. 701¹⁴–.

11 Recaída en el expediente No. 003-2003/CLC, seguido por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. En este caso se evaluó la legalidad de un acuerdo de suministro exclusivo de cloro celebrado entre Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. Es importante tener en cuenta que este pronunciamiento de la Comisión de Libre Competencia se encuentra actualmente apelado ante el Tribunal del INDECOPI.

12 Resolución 001-2001-CLC/INDECOPI. En dicho procedimiento se declaró infundada la denuncia por cuanto la empresa denunciada carecía de una posición de dominio en el mercado.

13 “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 (...).”

14 “Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia (...).”

La exigencia de un beneficio como requisito para la configuración de una conducta es importante debido a que la lógica de nuestra regulación en materia de competencia es la de no sancionar casos en los cuales no existe una racionalidad anticompetitiva por parte de quien desarrolla la conducta en cuestión. Con ello se busca evitar que la administración intervenga de manera desproporcionada e irracional en uno de los principales derechos que consagra nuestro ordenamiento: la libertad de empresa. Si tenemos en cuenta que ya en anteriores casos el INDECOPI ha sancionado conductas de abuso de posición de dominio que no cumplen con este requisito¹⁵, resultaba aún más importante definir cómo se consideraría a estas conductas, a efectos de determinar, por ejemplo, la aplicación de este requisito.

Esta situación poco clara ha sido trasladada a la Nueva Ley de Competencia. En efecto, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas –Decreto Legislativo No. 1034-, a diferencia de su predecesora, sí regula expresamente este tipo de casos. El problema es que los regula como un supuesto de abuso de posición de dominio y como prácticas restrictivas, sin distinguir claramente cuándo se aplica uno y otro.

El artículo 10 de la Nueva Ley de Competencia –referido al abuso de posición de dominio- establece:

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

(...)

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

Por su parte, el artículo 12 de la misma norma –referido a los acuerdos entre competidores- señala:

“12.1 Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la competencia.

(...)

12.3 La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante (...).”

Como puede apreciarse, la nueva Ley de Competencia ha seguido de alguna manera la pauta de los pronunciamientos anteriores del INDECOPI. Sin embargo, ha dejado también el mismo vacío: ¿cómo diferenciar cuándo las restricciones verticales constituyen casos de abuso de posición de dominio o de prácticas restrictivas? Y en caso de ser prácticas restrictivas, ¿le son aplicables los mismos requisitos que a los casos de abuso de posición de dominio? Si tenemos en cuenta que el artículo 10 de la Nueva Ley –al igual que su predecesora- exige para los casos de abuso de posición de dominio que el agente que desarrolla la conducta obtenga un beneficio, mientras que el artículo 12 –que regula las prácticas colusorias verticales- no lo hace, este aspecto resulta de particular relevancia.

III. ¿Qué ha Dicho el Actual Tribunal del INDECOPI sobre el Tema?

Recientemente el Tribunal del INDECOPI ha emitido la Resolución No. 028-2008/SC1-INDECOPI (en adelante, la Resolución) en el procedimiento seguido por Almacenes Mundo S.A. contra Trabajos Marítimos y otros^{16 17}. Lo interesante de este pronunciamiento es que el Tribunal del INDECOPI ha efectuado un análisis sobre la forma como deben de evaluarse las restricciones verticales tanto por la antigua como por la nueva Ley de Competencia.

En el caso, Almacenes Mundo S.A. (en adelante, ALMUSA) denunció a trece agencias marítimas por un supuesto abuso de posición de dominio, consistente en el supuesto establecimiento de “penalizaciones” a los consignatarios o dueños de carga –bajo la forma de pagos por servicios no solicitados- que decidieran contratar con un terminal de almacenamiento que no se encontrara vinculado a las agencias marítimas denunciadas.

Mediante Resolución No. 040-2005-INDECOPI/CLC, la Comisión de Libre Competencia declaró improcedente la denuncia por considerar que el mercado de servicios de agenciamiento marítimo no presentaba las características necesarias para que se configure un supuesto de abuso de posición de dominio conjunta. Sin embargo, dicha decisión fue revocada por el Tribunal –Resolución No. 1046-2006/TDC-INDECOPI-, quien consideró que las evidencias existentes indicaban que la conducta denunciada no parecía desprenderse de un supuesto de posición de dominio conjunta, sino de la existencia de acuerdos verticales entre los agentes marítimos y los terminales de almacenamiento –acuerdos de integración vertical y de exclusividad-, que les permitía excluir a los terminales no vinculados.

En un segundo pronunciamiento, la Comisión volvió a declarar improcedente la denuncia de ALMUSA, toda vez que consideró que no existían indicios de la celebración

15 Sobre el particular ver los casos *Cab Cable contra Electrocento*; *Aerocontinente contra Banco de Crédito* y *ASEEG contra PETROPERÚ*.

16 Expediente No. 009-2004/CLC.

17 Es importante señalar que el autor del presente artículo fue abogado de una de las partes denunciadas en el caso bajo comentario. Sin embargo, el interés y motivación de presente trabajo es uno fundamentalmente académico, por lo que las apreciaciones vertidas constituyen, o al menos pretenden ser, opiniones estrictamente técnicas y académicas.

de acuerdos anticompetitivos, ni de que alguna de las partes involucradas tuviera posición de dominio. Esta decisión fue apelada por ALMUSA y dio origen a la Resolución, mediante la cual el Tribunal confirmó la decisión de la Comisión.

Como hemos adelantado, lo interesante de esta Resolución es que el Tribunal describe el análisis que debe efectuarse para el caso de restricciones verticales tanto bajo la antigua Ley de Competencia como bajo la nueva. Así, respecto de la regulación contenida en el Decreto Legislativo No. 701, en la Resolución se señala:

“Al no existir ninguna distinción, el artículo 6 era aplicable tanto, a las prácticas colusorias horizontales, es decir, realizadas entre agentes que se encuentran en la misma etapa del proceso productivo (v.g. fijación de precios o reparto de clientes o mercados geográficos entre competidores); como a las prácticas colusorias verticales, llevadas a cabo por agentes que están situados en distintas etapas de la cadena de valor (v.g. acuerdos de distribución exclusiva entre un productor y un distribuidor mayoristas, etc.).

(...) en virtud de los artículos 3 y 6 del derogado Decreto Legislativo No. 701, una práctica colusoria vertical constituía infracción administrativa, independientemente de que alguno de los agentes integrantes del acuerdo tuviera o no posición de dominio en alguno de los mercados relacionados (...).

Por otro lado, respecto de la regulación bajo el Decreto Legislativo No. 1034 se indica:

“(...) el párrafo primero del artículo 12 tipifica las prácticas colusorias verticales (...). Del artículo citado se desprende que las prácticas colusorias verticales tienen dos elementos típicos particulares: que las diferencian de las colusiones horizontales: (i) que la conducta sea realizada ente (sic) dos o más agentes económicos independientes que actúen en diferentes niveles de la cadena de producción; y, (ii) que uno de los agentes infractores involucrados tenga posición de dominio en uno de los mercados de la cadena productiva”.

Respecto de lo señalado por el Tribunal, lo primero que podemos señalar es que discrepamos de la interpretación realizada del Decreto Legislativo No. 701. Si bien es cierto que este dispositivo legal no regulaba de manera expresa a las restricciones verticales, no creemos que para la sanción de estas conductas no haya sido necesario acreditar la existencia de abuso de posición de dominio. Como hemos señalado, el efecto negativo que este tipo de conductas puede generar en el mercado es la limitación al desarrollo de competencia, particularmente mediante la exclusión de competidores –por ejemplo, limitando su capacidad para acceder a redes de distribución o a insumos necesarios para competir-. Siendo ello así, este efecto negativo podría

generarse en caso una de las partes de la relación ostente poder de dominio; de otra forma resulta poco probable que un efecto de este tipo pueda llegar a generarse en la realidad.

El segundo aspecto que amerita ser mencionado es que en la Resolución, el Tribunal no brinda solución a la falta de precisión respecto de la forma como deberá decidirse bajo que figura debe de ser evaluado un caso concreto de restricciones verticales. En efecto, en la Resolución el Tribunal se limita a evaluar la conducta como una práctica restrictiva, sin señalar por qué no lo hace como un supuesto de abuso de posición de dominio. Si bien reconoce que bajo la Nueva Ley de Competencia es un requisito necesario para sancionar este tipo de conductas que una de las partes cuente con posición de dominio, no establece ningún criterio para determinar cuando un convenio de exclusividad debe de ser analizado como un abuso de posición de dominio –artículo 10 de la Nueva Ley- o como una práctica restrictiva –artículo 12 de la Nueva Ley-.

Con ello, lamentablemente el Tribunal ha dejado aún abierta la discusión acerca de cómo definir bajo qué reglas se evaluará este tipo de conductas y, sobre todo, acerca de la aplicación de ciertos requisitos de ilegalidad del abuso de posición de dominio, tales como la existencia de un beneficio anticompetitivo para quien desarrolla la conducta –beneficio que normalmente ha sido entendido como el efecto exclusorio de los competidores del agente-.

IV. Conclusiones

Para muchos la regla de la monogamia es la mejor en las relaciones de pareja. Para otros, la mejor es la de la poligamia. Más allá de ello, lo cierto es que nuestro ordenamiento ya ha adoptado una decisión a nivel legislativo: la regla es la monogamia. Ello quiere decir que pese a la particular opinión que se pueda tener, los sujetos conocen con claridad cuáles son las reglas de juego.

En el ámbito de la regulación de competencia es claro que la exclusividad en las relaciones no es necesariamente mala ni buena. Dependerá de las circunstancias. Sin embargo, a efectos que los agentes de mercado cuenten con la predictibilidad suficiente que les permita decidir su actuación en el mercado, es necesario que el INDECOPI determine con claridad qué circunstancias son aquellas que precisamente harán de la conducta una ilegal.

Actualmente no cabe duda que la existencia de posición de dominio es un requisito fundamental para ello. Sin embargo, la falta de definición acerca de cuándo estas conductas deben de ser analizadas como supuestos de abuso de posición de dominio o como prácticas restrictivas, hace que se pierda claridad acerca de todas las circunstancias que hacen ilegal a la conducta.

Es claro que, por las consecuencias que una decisión de este tipo puede generar respecto de los

requisitos aplicables para sancionar la conducta –particularmente el del beneficio obtenido por la empresa con posición de dominio, consistente en la exclusión de competidores del mercado–, este es un elemento sobre el cual debe existir total claridad. De otra manera, los agentes carecerán de la predictibilidad necesaria para actuar en el mercado. Es

por ello que, más allá que a nivel conceptual podamos considerar que este tipo de conductas deberían de ser siempre analizadas como casos de abuso de posición de dominio, este aspecto debe de ser finalmente definido por el INDECOPI. Aunque a algunos no les guste la monogamia, al menos está claro que ello es una conducta prohibida 