

La posición de dominio en el mercado: entre el uso y el abuso (*)

Fernando A. Ocampo Vázquez

Alumno de noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años, el país se encuentra viviendo cambios profundos no sólo a nivel político, sino, sobre todo, económico. Desde la dación, por parte del Gabinete Hurtado Miller, del «paquete» de medidas económicas en 1991 hasta la fecha, la ruta que sigue nuestro sistema económico se encuentra orientada por el neoliberalismo, con el importante matiz constitucional de lo «social de mercado»⁽¹⁾.

En este sentido, se justifica la «intromisión» estatal únicamente como ente económico vigilante, sin llegar a ser un regulador minucioso en estricto, sólo un mero conductor del proceso a nivel macro, brindando los lineamientos generales y básicos y velando por su cumplimiento, al mismo tiempo que dejando a la «mano invisible» del mercado -al juego de la oferta y demanda- el acomodo de cada una de las piezas y las variantes que interactúan en él.

En este contexto, la importancia que toma la libre competencia justifica su protección por medio de los diferentes mecanismos legales, dado que su existencia aparece como fundamental para el normal desarro-

llo y la eficacia del modelo. De este concepto general de «libre competencia», se desprende, a su vez, una serie de términos y definiciones que resultan de gran relevancia para entender qué es lo que la implementación de un sistema de libre mercado significa en el contexto actual.

Términos como «competencia perfecta e imperfecta», «consumidor», «prácticas restrictivas a la libre competencia», «monopolios», «acceso, permanencia y salida del mercado», «competencia desleal», etc. merecen, hoy más que nunca, especial atención por parte de nuestros legisladores y entes de gobierno.

Como es de conocimiento general, en el Perú la entidad encargada de velar por el cumplimiento de las normas protectoras de la libre competencia tiene naturaleza administrativa y recibe la denominación de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI-.

Las funciones del INDECOPI no se circunscriben sólo a proteger el normal desarrollo de la libre competencia en nuestro país, sino que, además, le son propias otras tareas, como la defensa al consumidor. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, nos interesa

(*) Agradecemos especialmente los importantes comentarios y sugerencias del doctor César Guzmán Barrón referentes al presente trabajo. Asimismo agradecemos al doctor Baldo Kresalja y a José Chiarella, por su valiosa ayuda prestada.

(1) La idea de la economía social de mercado fue acuñada a mediados de la década de los años cuarenta, en Alemania, debiendo su origen a la llamada Escuela de Friburgo. A mayor abundamiento consultar FIKENTSCHER, Wolfgang. Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio). En: Revista de Derecho Mercantil, número 172-173, abril-agosto, Madrid, 1984, págs. 462 y ss.

recordar que es la Comisión de la Libre Competencia (hasta antes de la modificación introducida por el Decreto Legislativo No. 788, publicado el 31 de diciembre de 1994: Comisión Multisectorial de la Libre Competencia) el organismo integrante del INDECOPI encargado de cuidar que la libre iniciativa privada pueda desenvolverse sin más impedimentos que los señalados por ley y por el gran marco constitucional.

II. HECHOS.

Luego de esta breve introducción pasemos a analizar el caso que nos ocupa específicamente, describiendo en primer lugar los hechos acontecidos.

A pesar de que muchos de nosotros salimos todas las mañanas de los días laborables a estudiar, trabajar o a iniciar nuestras actividades del día a una hora que podemos considerar «muy temprano», existen también muchas actividades, en las que tal vez nunca hayamos reparado, que sí se inician, literalmente, en la madrugada.

Dentro de estos supuestos se encuentra el negocio de la distribución de diarios, revistas, loterías, etc. el mismo que inicia sus operaciones matutinas desde antes de las cuatro de la mañana.

Así, a la hora aludida, las casas editoras de diarios envían los ejemplares del día a distintos puntos preestablecidos de la ciudad, conocidos como «centros de acopio». Luego, una vez llegados y agrupados, los diferentes periódicos son redistribuidos, pero ahora a los puntos de venta para el público, es decir, a todos los quioscos y a los canillitas, quienes finalmente fungirán de vendedores minoristas.

Todas estas operaciones no constituyen, como pudiese parecer *a priori*, tan sólo actos aislados unos de otros; muy por el contrario, todo este procedimiento funciona como un sistema, es decir, constituye un todo

preestablecido, ordenado e interconectado.

En este contexto, existe una entidad que dirige y sostiene este sistema de distribución de diarios: la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú -en adelante la FEVENDRELP-. La importancia de la institución citada no sólo radica en su representatividad -dado que a ella se encuentra afiliado casi el 100% de propietarios de puestos de venta de periódicos, revistas y loterías- sino también en el reconocimiento que tiene incluso por parte de ciertas entidades administrativas del sector público -como muestra, un ejemplo: en muchas de las Municipalidades distritales de Lima, para obtener la licencia a fin de levantar un puesto de venta de periódicos, se exige como requisito esencial, aunque no necesariamente legal, el encontrarse afiliado a la FEVENDRELP-.

Así, en la práctica casi la totalidad de empresas editoras de diarios en nuestro medio utilizan los mecanismos previstos por la FEVENDRELP, es decir, la previa distribución a los centros de acopio y la posterior redistribución a los vendedores minoristas, para colocar sus productos en los consumidores finales. Sin embargo, la excepción a la regla en este caso la constituyó la empresa editora del diario «La Mañana», dado que, por considerarlo así conveniente, decidió sustituir a la FEVENDRELP como distribuidora de sus productos, y contratar a una tercera empresa.

Ante esta decisión, los representantes de la FEVENDRELP, en total desacuerdo con la opción adoptada por la empresa citada para la distribución de «La Mañana», consideró tomar ciertas medidas que, finalmente, dan origen a la apertura de una investigación en el INDECOPI a cargo de la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia (hoy: Comisión de la Libre Competencia). Tres meses después, la citada Comisión emitió el siguiente pronunciamiento.

III. RESOLUCIÓN No. 028-94-INDECOPI/CLC.

Lima, 5 de diciembre de 1994

Visto el informe del Secretario Técnico No. 028-94-CLC, en relación a la investigación seguida de oficio contra la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú, por presuntas violaciones a lo previsto en el Decreto Legislativo No. 701;

CONSIDERANDO:

Que, en la sesión de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia correspondiente al 19 de agosto, el Secretario Técnico dio cuenta que había tomado conocimiento que la Federación de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú (FEVENDRELP), impedía que el diario «La Mañana» pueda ser distribuido por un mecanismo distinto al establecido por la aludida Federación;

Que, ante esta situación, la Comisión adoptó la Resolución No. 020-94-INDECOPI/CLC, por medio de la cual se

dispuso que su Secretaría Técnica realice un procedimiento de investigación de oficio, en contra de la Federación de Diarios, Revistas y Loterías del Perú, por la realización de prácticas restrictivas de la Libre Competencia, y/o de abuso de posición de dominio en el mercado de distribución y venta de diarios en la ciudad de Lima;

Que, en la misma Resolución, se dispuso en forma provisional, que en tanto dure el proceso de investigación, la Federación se abstenga de impedir la libre comercialización y venta del diario «La Mañana», permitiendo que éste sea distribuido y vendido por cualquier empresa o medio que considere conveniente;

Que, la FEVENDRELPE en su escrito de descargo manifestó que en ningún momento ha impedido la distribución, circulación y venta del diario «La Mañana», basando su afirmación en que el diario sigue vendiéndose por canales alternativos al de sus afiliados;

Que, la FEVENDRELPE solicitó también que a su escrito se le dé el trámite previsto en el Artículo 20 de la Ley suspendiéndose el procedimiento porque «(...) no existe ni ha existido acto alguno de nuestros agremiados y de la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú, para impedir la libre y absoluta libertad del diario «La Mañana» para su distribución y venta (...)»;

Que, de acuerdo a lo previsto en el Decreto Legislativo No. 701, uno o varios agentes económicos gozan de 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 y servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución;

Que, los propietarios de casi el 100% de puestos de venta de periódicos son afiliados a la FEVENDRELPE, lo que genera que no se encuentren sujetos a una situación de competencia efectiva;

Que, al no estar sujeta a relaciones de competencia significativa, la FEVENDRELPE, puede tomar sus decisiones de empresa con completa independencia del resto de agentes económicos en el mercado, por lo que se cumple con el supuesto exigido por Ley para determinar una posición de dominio en el mercado;

Que, se ha comprobado en el proceso de investigación que ante una recomendación dada por los señores Jesús Cartagena, Jorge Manrique Talattino y José Paredes Soncco, dirigentes de la FEVENDRELPE, la mayor parte de los vendedores de diarios y revistas de Lima, que son afiliados a dicho gremio, se niegan a vender al público el diario «La Mañana»;

Que, la referida recomendación ha sido dada ante la intención del diario «La Mañana» de distribuir sus ejemplares a través de una empresa distinta a la FEVENDRELPE, situación que es claramente demostrada por el tenor del Oficio No. 080-CEN-94, suscrito por los señores Cartagena, Manrique y Paredes y dirigido al Gerente General del diario «La Mañana», en el que expresan, entre otras cosas, que «(...) con suma extrañeza hemos constatado el lamentable «error» cometido por vuestra representada en otorgar la distribución a la distribuidora Diselpesa, toda vez que nuestro gremio ha venido luchando, y seguirá luchando con el fin de impedir que la distribución de los diarios se efectúe mediante una distribuidora (...)»

Que, por lo expresado, queda demostrado que la FEVENDRELPE exige al diario «La Mañana» que le conceda el monopolio en su distribución, como condición indispensable para que sus afiliados procedan a la venta al público consumidor de los ejemplares que dicha casa editora coloca diariamente en el mercado;

Que, no existe algún convenio entre la FEVENDRELPE y el diario «La Mañana», en el que se estipule una exclusividad en el mecanismo de distribución por el que deban llegar los diarios a los canillitas o a los puntos de distribución;

Que, el artículo 5 inciso c) del Decreto Legislativo No. 701 establece que es un caso de abuso de posición de dominio: «La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con tales contratos»;

Que, al pretender la exclusividad en la distribución, como condición para la normal venta y voceo del diario «La Mañana», constituye la imposición de una prestación suplementaria adicional a la prestación sustantiva consistente en la venta al público consumidor de diarios en la ciudad de Lima;

Que, si bien es cierto, el caso de los mecanismos de distribución de diarios en nuestro país es uno que está basado fundamentalmente en costumbres antes que en leyes, también lo es que la costumbre como fuente de derechos, tiene sus límites, siendo que no es posible admitir la vigencia de costumbres que generen derechos a algunos agentes económicos en perjuicio de otros agentes, y menos aun, cuando ello se opone a las normas legales vigentes;

Que, al tener la FEVENDRELPE, y sus afiliados una posición de dominio en el mercado de diarios y revistas de la ciudad de Lima, no pueden negarse a la venta de ningún diario, por cuanto ello implicaría un acto de abuso de posición dominante en el mercado, prohibido y sancionado por el Decreto Legislativo No. 701,

Que, la doctrina jurídica reconoce a la figura del boicot, como aquella consistente en que un grupo de comerciantes se niegue a vender, o dificulten la venta de algún producto, de forma tal que se pretenda obligar al proveedor a aceptar alguna condición de comercialización. Ello está recogido en el Artículo 6 inciso a) del Decreto Legislativo No. 701;

Que, de acuerdo a lo expresado precedentemente, la conducta de la FEVENDRELPE y sus dirigentes se enmarca también

como la de un boicot a la comercialización del diario «La Mañana»;

Que, a pesar de haber solicitado acogerse a lo previsto en el Artículo 20 del Decreto Legislativo No. 701, la FEVENDRELP ha continuado obstaculizando la libre comercialización del diario «La Mañana», por lo que no se debe acceder a su solicitud, por lo que la Secretaría Técnica ha opinado por la no aceptación de dicho ofrecimiento;

Estando a lo previsto en el Decreto Ley No. 25868, el Decreto Legislativo No. 701 y el Decreto Supremo No. 002-94-JUS;

RESUELVE:

Primero.- Rechazar la solicitud de suspensión del procedimiento, según el artículo 20 del Decreto Legislativo No. 701 presentado por la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú (FEVENDRELP);

Segundo.- Declarar que la FEVENDRELP, a través de sus dirigentes Jorge Manrique Talattino, Jesús Cartagena Quispe y José Paredes Soncco, ha incurrido en prácticas de abuso de posición de dominio, contempladas en el artículo 5 inciso a) y c) y en prácticas restrictivas de la libre competencia contempladas en el artículo 6 inciso a) del Decreto Legislativo No. 701, en contra del diario «La Mañana»;

Tercero.- Ordenar la cesación inmediata de cualquier conducta de la FEVENDRELP, sus dirigentes o sus afiliados, que tenga por efecto restringir o impedir la libre comercialización, distribución y venta del diario «La Mañana», a través de los puestos de diarios y revistas o por cualquier otro mecanismo que considere conveniente, bajo apercibimiento de serles aplicada la multa más alta prevista en el Decreto Legislativo No. 701.

IV. APROXIMACIÓN LEGAL Y DOCTRINARIA.

En el caso a analizar apreciaremos que la investigación que motiva el procedimiento administrativo ante el INDECOPI presenta dos fundamentos que justificarían esta intervención estatal ante la comisión de ciertos actos por parte la Federación Nacional de Diarios, Revistas y Loterías del Perú -FEVENDRELP- que, de efectivamente estar llevándose a cabo, estarían atentando contra el libre mercado. Los actos aludidos son, por un lado, la comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia, y por otro, conjunta o indistintamente, la existencia de un abuso de posición de dominio en el mercado de distribución y venta de diarios en Lima.

Antes de pasar a comentar nuestra posición sobre si, de lo expuesto por la Resolución transcrita, efectivamente se desprende que están sucediendo los citados hechos, consideramos necesario realizar una aproximación teórica a las figuras jurídicas de las prácticas restrictivas de la libre competencia y al abuso de posición de dominio.

Nuestra legislación, concretamente la Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas

y restrictivas de la libre competencia -en adelante, «la Ley»-, aprobada por Decreto Legislativo No. 701 y publicada en el Diario Oficial el 5 de noviembre de 1991, prevé expresamente las figuras que constituyen un obstáculo al ejercicio de la libre empresa y del comercio⁽²⁾.

Sin embargo, las disposiciones contenidas en la citada norma no han sido una invención del legislador peruano sino, por el contrario, recogen casi literalmente los principios y el marco conceptual de un antecedente extranjero, concretamente, europeo. Nos estamos refiriendo al Tratado de Roma (1957), el mismo por el que se crea la Comunidad Económica Europea (CEE), instituyéndose un mercado común entre los países que suscribieron y ratificaron el citado convenio internacional.

Así, con relación a las prácticas restrictivas de la libre competencia, el Tratado de Roma en su artículo 85, detalla que «... serán incompatibles con el Mercado Común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros (del Tratado) y

(2) Consideramos importante resaltar que la legislación antimonopolios no es el único soporte legislativo específico que, en el Perú, se encarga de velar por el normal funcionamiento de la economía social de mercado. En tal sentido, se puede señalar que el Decreto Legislativo No. 701 da el marco legal para proteger la libre competencia de las prácticas colusorias y el abuso de la posición de dominio -términos que analizaremos más adelante-. Sin embargo, por otro lado, existe un ámbito que, aunque no regulado por la norma citada, está íntimamente vinculado al contenido de la misma, dado que persigue el mismo fin. Nos estamos refiriendo concretamente a la represión de la competencia desleal, cuya regulación se encuentra prevista en el Decreto Ley No. 26122 y las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo No. 788. Sobre el particular, consultar: KRESALJA, Baldo. «Represión de la competencia desleal». En: Invirtiendo en el Perú: guía legal de negocios. BOZA, Beatriz y Apoyo S.A. Lima, 1994, pág. 287.

que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común ...».

Por otro lado, con respecto al abuso de la posición de dominio, se pronuncia el artículo 86 en el sentido que «... 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 parte sustancial del mismo ...».

“incluso los (...) pactos de caballeros», que son concertaciones en las que dos o más empresas se ofrecen recíprocas concesiones sin mediar más garantía que su palabra, pueden constituir acuerdos prohibidos por nuestra ley”

IV.1 Concepto de prácticas restrictivas de la libre competencia.

La Ley, en su artículo 6, define lo que para nuestro ordenamiento jurídico debe entenderse por prácticas restrictivas de la libre competencia de la siguiente manera: «... 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...»; pasando luego a enumerar una serie de hechos concretos que se deben entender inmersos en tales

conductas restrictivas, tales como, la concertación injustificada de precios, el reparto de cuotas de producción, la aplicación de condiciones comerciales desiguales para prestaciones equivalentes y la subordinación de la celebración de un contrato a ciertas prestaciones suplementarias.

Sólo con fines didácticos, es conveniente notar que el citado artículo, en su último inciso (inciso g) abre la posibilidad al Poder Ejecutivo de crear nuevas causales, ampliando las expresamente señaladas para, mediante decreto supremo, tipificar conductas como prácticas restrictivas de la libre competencia.

En este punto, conviene entrar a profundizar el análisis del citado artículo 6, a fin de poder entender mejor en qué consiste cada uno de los supuestos considerados como actos que afectan la competencia. En tal virtud, el artículo hace referencia hasta a cuatro tipos de actos, los que a continuación pasamos a detallar.

IV.1.1 *Acuerdos entre empresas.* Los acuerdos, en este contexto, constituyen aquellos actos celebrados voluntariamente entre dos o más agentes que realizan actividades económicas, independientemente que sean o no competidores⁽³⁾, y que tengan como objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Los tratadistas Christopher Bellamy y Graham Child⁽⁴⁾, al comentar parte del artículo 85 del Tratado de Roma, aclaran que «... la palabra «acuerdo» (...) no se limita a contratos vinculantes en derecho (...). Un compromiso vinculante sólo moralmente es por tanto un «acuerdo» (...) pudiendo ser oral o escrito ...».

En este sentido, incluso los conocidos «pactos de caballeros», que son concertaciones en las que dos o más empresas se ofrecen recíprocas concesiones sin mediar más garantía que su palabra, pueden constituir acuerdos prohibidos por nuestra ley⁽⁵⁾.

A su vez, estos acuerdos suelen clasificarse en verticales u horizontales, atendiendo a la etapa de producción o distribución a la que pertenezcan los agentes económicos que intervengan en los mismos⁽⁶⁾.

IV.1.2 *Decisiones.* Eduardo Galán Corona considera al término «decisión», como «...un negocio jurídi-

(3) BÉRCOVITZ, Alberto. En: Tratado de Derecho de las Comunidades Económicas Europeas. Citado en los materiales de enseñanza del curso de Derecho de la Competencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. KRESALJA, Baldo. Lima, 1994, pág. 36.

(4) BELLAMY Christopher y CHILD, Graham. Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Citados en los materiales de enseñanza del curso de Derecho de la Competencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. KRESALJA, Baldo. Lima, 1994, pág. 32.

(5) Afirmación, ésta, que no es fruto de unanimidad doctrinaria. Para mayor análisis sobre esta discusión ver: CASTELL BORRAS, Brigitte. la defensa de la competencia en la C.E.E.: artículo 85 del Tratado de Roma. Editorial Praxis S.A., Barcelona, 1986, págs. 90 y 91.

(6) BELLAMY Cristopher y CHILD, Graham. Op. cit., pág. 24.

co a través del cual se manifiesta la voluntad de un ente colectivo adoptado del modo y forma previsto ya en la ley, ya en los estatutos del mismo...»⁽⁷⁾.

Las decisiones, como figuras restrictivas de la libre competencia, presuponen la existencia de una asociación o grupo de asociaciones, o agentes que realicen actividades económicas idénticas, similares o por lo menos íntimamente relacionadas.

En este sentido, y en términos muy genéricos, todo mandato originado en los órganos dirigentes o de mayor jerarquía de la asociación o grupo, impartido en forma directa, clara y precisa por medio de los canales formales internos del mismo -por ejemplo, mediante una resolución- se configura como una decisión.

Estas decisiones estarán prohibidas, al igual que el supuesto de los acuerdos, cuando tengan por objeto o efecto la restricción de la libre competencia⁽⁸⁾.

IV.1.3 *Recomendaciones*. Según la doctrina especializada⁽⁹⁾ y lo expuesto en el punto anterior, las recomendaciones parecieran constituir una modalidad de las «decisiones». En este sentido, la única característica que, a nuestro parecer, las hace distinguirse de estas figuras en estricto es la de su aparente no obligatoriedad en el cumplimiento para los miembros de la asociación o del grupo de empresas, dado que, al no asumir la forma imperativa «oficial» -por así llamarla- de los medios por los cuales se comunica los acuerdos tomados internamente, en principio parecieran no ser vinculantes.

Atendiendo a cada supuesto en concreto y a las circunstancias en las que se dieron, lo anterior implicaría que, en la práctica, tales recomendaciones podrían emanar de un órgano de tanta jerarquía e influencia al interior de la agrupación que el solo hecho de expresar u opinar lo que éste considere pertinente ante determinada situación puede constituirse en una cuestión de acatamiento obligatorio para el resto de miembros o asociados.

IV.1.4 *Actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas*. Alberto Bércovitz, al citar una sen-

tencia dictada por el Tribunal Europeo del 14 de julio de 1972, explica que para el ordenamiento jurídico de la CEE una práctica concertada es «...una forma de coordinación entre empresas, que sin haber llegado a la realización de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (...) (pudiendo) resultar especialmente de una coordinación que se exterioriza por el comportamiento de los participantes...»⁽¹⁰⁾.

A pesar de ser éste un pronunciamiento emanado de un órgano jurisdiccional extranjero, pensamos que es perfectamente aplicable para ayudarnos a definir lo que nuestro sistema legal, en concreto, el Decreto Legislativo No. 701, no define, sobre todo teniendo en cuenta que, como lo señaláramos anteriormente, la legislación de la Comunidad Económica Europea ha servido de antecedente inmediato a nuestros legisladores para el desarrollo de la normatividad protectora de la libre competencia.

Por otro lado, con relación a las prácticas restrictivas en general, debemos resaltar que en todos estos casos, salvo en el de las prácticas concertadas, la intervención del Estado -en nuestro caso, por medio del INDECOPI- puede realizarse no solamente de modo *ex post*, es decir, cuando cierta acción sea llevada a cabo y el daño a la competencia se dé en la realidad, sino, fundamentalmente, antes de que un acto que potencialmente pueda causar un daño, y por la evidencia de que su realización implicará un efecto negativo, vaya a ser concretado. Bastará, entonces, que el acto pueda producir o tenga por objeto restringir, impedir o falsear la competencia.

Hacemos la salvedad del supuesto de las prácticas concertadas porque, tal como explica acertadamente el jurista español Alberto Bércovitz⁽¹¹⁾, éstas, para ser tales, deben de «practicarse», ejecutarse en la realidad, produciendo efectivamente una restricción a la competencia.

Es preciso agregar que, para poder apreciar si

(7) Citado en: CASTELL BORRAS, Brigitte. Op. cit., pág. 97.

(8) Las figuras jurídicas del acuerdo y de la decisión hallan su punto convergente en el efecto que buscan tener: el vincular jurídicamente a los sujetos a los que van dirigidas. En cambio, se diferencian en su origen: mientras que los acuerdos «...surgen del consentimiento manifestado por todos los autores...» las decisiones «...nacen de la aprobación por la mayoría de los miembros de una unión, asociación o agrupación de empresas...». En: CASTELL BORRAS, Brigitte. Op. cit., pág. 96 y 97.

(9) BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit., pág. 36.

(10) BÉRCOVITZ, Alberto. Op. cit., pág. 32.

(11) BÉRCOVITZ, Alberto. *Ibidem*, pág. 44.

un acuerdo, una decisión o una recomendación, tienen por objeto afectar la libre competencia no se debe atender a la intencionalidad subjetiva de las partes -las empresas que intervienen en el acto-, es decir, no interesará si ellas manifiestan que querían o no que su conducta configurase una restricción a la libre competencia; por el contrario, prescindiendo de esta voluntad, es preciso observar objetivamente los fines del acto en mención y si es evidente que pudo o no haberse concretado en un daño efectivo⁽¹²⁾.

Finalmente, debemos hacer notar que, nuestro legislador considera que, a pesar de que la regla general es prohibir las aludidas prácticas restrictivas, excepcionalmente prevé que éstas podrán realizarse -es decir, permitiendo la restricción a la libre competencia- siempre que ocurran ciertas circunstancias, como que sean indispensables para la consecución de un mejoramiento en la producción o comercialización de bienes o servicios, que representen alguna ventaja para los consumidores, que promuevan la actividad exportadora, etc.

Si bien esta excepción puede parecer, a primera impresión, contraria al principio de la libre competencia, luego de apreciar las causales en las que ésta se permite, se llega finalmente a justificarla. Lo anterior significa que su objetivo mediato es, justamente, impulsar esta institución.

IV.2 Concepto de abuso de posición de dominio.

Antes de pasar a detallar lo que para nuestra legislación constituye el abuso de la posición de dominio se hace imprescindible resaltar que el citado concepto encierra dos aspectos -o, mejor dicho, subconceptos- distinguibles entre sí y de diferente naturaleza: por un lado, tenemos el requisito de la existencia de una **posición dominante en el mercado**; y por otro lado, se debe dar un **uso abusivo**, una situación de aprovechamiento ilícito de esta ventaja frente a otros competidores o agentes interactuantes en el mercado.

En este sentido, y como ya lo citáramos con anterioridad, el esquema que toma como modelo nuestra legislación está dado por el sistema europeo de la

CEE, concretamente, por lo establecido en el Tratado de Roma, en su artículo 86.

Sólo para fines didácticos, mencionaremos que, a diferencia del sistema que propugna el Tratado de Roma que consiste en castigar el **abuso** de la posición de dominio en el mercado, existe el modelo norteamericano -la llamada legislación *antitrust*-, consagrado en las conocidas Ley Sherman (*Sherman Act*), Ley Clayton (*Clayton Act*) y Ley de la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission Act*)⁽¹³⁾.

Por otro lado, la norma peruana que se encarga del tratamiento de la figura en análisis, al igual que en el caso de las prácticas restrictivas, es el Decreto Legislativo No. 701, el mismo que, en sus artículos 4 y 5, parte por definir el concepto de «posición de dominio en el mercado» para luego detallar, qué implica el «abuso» de esta posición de dominio, respectivamente.

Así, para nuestra legislación, «... se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución»⁽¹⁴⁾. Al respecto, es preciso detenernos y observar que, a pesar de que la Ley no establece ningún criterio objetivo para saber exactamente cuándo estamos frente a una posición de dominio⁽¹⁵⁾, la principal característica que nos ayudará a determinar su existencia es la **facultad de actuar de modo independiente en el mercado**, es decir, tener un poder tal que el agente o grupo de agentes de los que se trate pueda decidir o elegir libremente, sin considerar al resto de participantes en el mercado, entre otros puntos, sus políticas empresariales, el nivel de precios de sus productos, a sus contrapartes contratantes, etc.

En tal sentido, resulta de ayuda práctica la manera en la que Christopher Bellamy y Graham Child⁽¹⁶⁾, al comentar este concepto, explican que para poder determinar si existe o no una posición de domi-

(12) BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit., pág. 24.

(13) ZAMORA CABOT, Francisco Javier. «Algunas claves actuales del derecho antitrust de los Estados Unidos». En: Revista de Derecho Mercantil, números 181-182, Madrid, 1986, págs. 371 a 378.

(14) Artículo 4 del Decreto Legislativo No. 701.

(15) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Legislación Antimonopolios». En: Invirtiendo en el Perú: guía legal de negocios. BOZA, Beatriz y Apoyo S.A., Lima, 1994, pág. 268.

(16) BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit., pág. 17.

nio en el mercado habrá que realizar un análisis, considerando cuatro pasos a seguir. Estos, aplicados a nuestra realidad, básicamente serían:

- Definir el denominado «mercado relevante del producto» (es decir, el área geográfica en la que el producto o servicio tenga posibilidades reales de comercializarse);

“...de tratarse de conductas enmarcadas dentro del abuso de posición de dominio, la prohibición es absoluta, no existiendo legalmente la salvedad de ofrecer permisión alguna al agente que las haya realizado, se encuentre realizándolas o las pretenda concretar”

- Probar que la empresa tiene una cuota de mercado persistentemente alta en dicho mercado relevante; lo que implica que la importancia de su participación no sea efímera, sino que goce de relativa permanencia en el tiempo y abarque efectivamente una parte considerable de este mercado relevante;

- Demostrar que su permanencia en una posición dominante no es factible de ser afectada seriamente por otros competidores existentes o potenciales; y, finalmente,

- Probar que el mercado relevante del producto coincida con una parte sustancial del mercado local o nacional.

Por otro lado, es importante resaltar que, a

nuestro parecer, aun cuando se alude literalmente al término «empresa», éste no puede entenderse únicamente como referido a aquellas instituciones apreciadas desde un punto de vista estrictamente mercantil, es decir, como necesariamente vinculado a una de las formas societarias legalmente previstas por nuestra Ley General de Sociedades (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, etc.)⁽¹⁷⁾.

Más bien, haciendo prevalecer una interpretación lógica y sistemática, pensamos que, atendiendo al ámbito de aplicación de la Ley, previsto en su artículo 1, bastará con que se trate de cualquier persona, natural o jurídica, siempre que realice actividades económicas, no importando si es una sociedad anónima, un organismo u órgano estatal, un negocio individual, una asociación civil, etc.⁽¹⁸⁾.

Hecha esta aclaración, y siguiendo en nuestra exposición referente a lo que nuestra legislación considera como abuso de posición de dominio, debemos mencionar que el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701 se refiere a este concepto en los siguientes términos: «... cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el párrafo anterior (en una 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 ...».

A continuación, el citado precepto legal, presenta una lista, en principio taxativa, con los casos considerados como abuso de posición de dominio, entre los cuales destacan: la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra, los denominados contratos subordinados -o también cláusulas de atadura⁽¹⁹⁾- o contratos con prestaciones suplementarias, la aplicación injustificada de condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, etc.

Hemos hecho la aclaración de que esta enumeración es cerrada tan sólo en principio, dado que, al igual de lo que sucede al establecerse qué conductas deben entenderse como prácticas restrictivas de la competencia, el legislador, al final del artículo en análisis, prevé una especie de «puerta falsa» -en términos del

(17) La jurista española Brigitte Castell B., en este sentido, al comentar la parte pertinente del artículo 85 del Tratado de Roma y citando a Eduardo Galán Corona, concluye que «... como el fin perseguido por las normas de competencia consiste en reprimir las medidas limitativas que surgen en el ámbito de la producción y del comercio (...) la noción de empresa está interpretada de modo que en ella queden incluidos todos los sujetos que a consecuencia de su actuación puedan ocasionar tales restricciones ...». Ver: CASTELL BORRAS, Brigitte. Op. cit., págs. 15 y 16.

(18) Ibidem, pág. 35.

(19) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Op. cit., pág. 267.

doctor Baldo Kresalja- por la que ingresarían otros casos de abuso de posición de dominio, siempre que así sean determinados por el Poder Ejecutivo vía decreto supremo.

Por otro lado, es necesario resaltar que esta figura, en nuestra legislación, parece no admitir excepción alguna. Esto implicaría que, a diferencia de lo que sucede con el tratamiento de las prácticas restrictivas -en el que sí se da, como detalláramos anteriormente, en el artículo 7 de la Ley, supuestos de prácticas restrictivas autorizadas-, el abuso de posición de dominio estaría prohibido siempre y de manera absoluta.

Finalmente, y en relación tanto a las prácticas restrictivas de la libre competencia como al abuso de la posición de dominio en el mercado, no debemos dejar de observar que nuestro legislador, basado -como ya hemos manifestado al inicio del presente punto- en lo previsto por el Tratado de Roma, al momento de prever las diferentes modalidades que pueden tomar en la realidad estas figuras, señala dos supuestos que caben tanto dentro de una como de la otra.

Concretamente, nos estamos refiriendo a las ya citadas: aplicación inequitativa e injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y a la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de los mismos.

En principio, y a la luz de un análisis superficial, tal repetición parecería inútil dado que, de comprobarse que estos hechos se dan, efectivamente, en la realidad, el efecto inmediato parecerá ser siempre su ilicitud. Sin embargo, consideramos que sí resulta importante conocer el origen o la causa de las conductas aludidas en la medida que, de constituir alguna de éstas una práctica restrictiva, existe la posibilidad de que no sea prohibida en definitiva, dado que, como ya lo hemos mencionado, el artículo 7 de la Ley ofrece la posibilidad de autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas bajo determinadas circunstancias⁽²⁰⁾.

En cambio, de tratarse de conductas enmarcadas dentro del abuso de posición de dominio, la prohibición es absoluta, no existiendo legalmente la salvedad de ofrecer permisión alguna al agente que las haya realizado, se encuentre realizándolas o las pretenda concretar. Por esta razón, al ocurrir alguno de los dos casos aludidos, pensamos que es importante apreciar si existe o no el ejercicio abusivo de una posición de dominio como origen de los mismos.

V. COMENTARIO.

Para un mejor análisis consideramos pertinente dividir la siguiente exposición en dos aspectos básicos: ámbito procedimental y ámbito sustantivo.

V.1 Ámbito procedimental.

En líneas generales, no podemos objetar mayores dificultades o eventuales errores de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia -en adelante, la Comisión-, en relación a su actuación procesal en la investigación iniciada, salvo un aspecto: la adopción de una medida provisional o cautelar que ordena a favor del diario «La Mañana».

La Comisión, como señaláramos líneas atrás, toma conocimiento de que ciertos actos o conductas instadas por los dirigentes de la FEVENDRELP se encontraban impidiendo la libre distribución y venta del diario «La Mañana» y, por lo tanto, haciendo uso de sus facultades legalmente previstas, inicia de oficio una investigación.

En este contexto, una de las primeras medidas que toma la Comisión es la de disponer, en forma provisional en tanto dure la investigación, se cese cualquier acto que restrinja o impida la libre comercialización del diario citado. En términos procesales, ordena una medida cautelar a favor de «La Mañana». Al respecto debemos hacer notar que, en principio, no existe disposición prevista por el Decreto Legislativo No. 701 que otorgue tal facultad a la Comisión, por lo que podría pensarse en aplicar supletoriamente alguna otra norma de carácter procesal para extenderle la aludida posibilidad a ésta.

Sin embargo, lo anterior no sería estrictamente lo adecuado, dado que sí existe otra norma, concretamente el D.S. No. 025-93-ITINCI -Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI-, que en su aún vigente artículo 37, inciso c), prevé que las Comisiones podrán «...disponer la adopción de medidas cautelares siempre que (...) las (normas) que regulan las materias de su competencia les hayan otorgado dicha facultad...»

En este caso, hay una remisión tácita al Decreto Legislativo No. 701, el mismo que, como hemos mencionado, no prevé expresamente esta facultad. Por esto se puede concluir que estrictamente, desde el plano legal, la Comisión no tiene competencia para determinar este tipo de medidas, por lo que, en el caso en concreto, se

(20) No obstante esta posibilidad, es preciso resaltar que en la práctica la permisión de las prácticas restrictivas no es muy común, tal como señala el doctor Alfredo Bullard: «... la Comisión (de Libre Competencia) tiene un criterio bastante restrictivo para autorizar este tipo de acuerdos lo que hace sumamente difícil su aprobación ...»

habría extralimitado en sus funciones.

No obstante esta afirmación, es claro cómo en la práctica esta potestad resulta imprescindible para lograr una mayor eficiencia en la protección de la libre competencia. En tal sentido, de no poder paralizar o suspender un acto que inminentemente esté ocasionando un perjuicio y que, de prolongarse, podría tornarse en irreparable, existiría una gran contradicción con la esencia de la función de la Comisión de la Libre Competencia. Por esta razón, consideramos que el marco legal citado -a nuestro parecer el aplicable- estaría, en pocas palabras, «atando de manos» a la Comisión en cuestión, ante supuestos en los que una intervención inmediata evitaría mayores violaciones a la legislación antimonopólica.

Por último, cabe resaltar el acierto al declarar rechazada la solicitud por parte de la FEVENDRELP de suspensión del procedimiento, a la que alude el artículo 20 de la Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, dado que ésta sólo puede proceder cuando el supuesto agente infractor ofrece, en la etapa inicial del procedimiento, cesar o modificar su conducta. En el caso en análisis la argumentación utilizada por la FEVENDRELP para sustentar su pedido no fue ningún tipo de compromiso sino tan sólo negar que ella estuviera actuando de la manera imputada.

V.2 Ámbito sustantivo.

Con esta expresión nos estamos refiriendo al contenido mismo de la Resolución, al derecho sustantivo que ampara sus apreciaciones y conclusiones. En este sentido, podemos, a su vez, subdividir este campo en dos partes para ser analizadas por separado: en cuanto a la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia, y en cuanto a la existencia de un abuso de posición de dominio en el mercado.

Previamente consideramos pertinente traer a colación un aspecto que ya hemos mencionado anteriormente respecto a los sujetos comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo No. 701. En este sentido, debemos recordar que a pesar de que la FEVENDRELP no es una empresa en el sentido societario de la palabra, sí es un agente que realiza actividades económicas -asumir el proceso de distribución y venta de ciertos bienes, lo cual como es obvio constituye la prestación de un servicio-, por lo que efectivamente entraría dentro del campo de las normas que reprimen la afectación de la libre competencia.

V.2.1 *En cuanto a la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia.* De la Resolución transcrita se desprende la comisión de los siguientes actos por parte

de los dirigentes de la FEVENDRELP:

- Una recomendación dada por los sujetos aludidos a los afiliados de esta federación en el sentido de no vender al público el diario «La Mañana» lo cual efectivamente estaba ocurriendo en la práctica.

- Una carta -Oficio No. 80-CEN-94- enviada al citado diario en el que la FEVENDRELP califica de «error» de este periódico el optar por la distribución del mismo por una vía ajena a esta entidad, a la vez que se afirma que ella «...seguirá luchando con el fin de impedir que la distribución de los diarios se efectúe mediante una distribuidora...».

Interpretando el primero de los supuestos según las definiciones y pautas detalladas en el numeral IV.1.3 de la presente exposición podemos llegar a la conclusión de que, claramente, la recomendación aludida se encuentra comprendida dentro del concepto de prácticas restrictivas, y como tal, prohibida.

Efectivamente, de autos se desprende que a pesar de que tal decisión -en el sentido amplio de la palabra- se origina en los dirigentes de la FEVENDRELP, su pronunciamiento no ha sido efectuado de manera formal, por uno de los eventuales medios estatutariamente previstos para comunicar sus determinaciones a sus miembros, como por ejemplo por una resolución o comunicado -supuesto en el que podría tratarse, no de una recomendación, sino de una decisión en los términos del Decreto Legislativo No. 701-.

Por los resultados determinados en la práctica de tal hecho, es obvio cómo esta recomendación se constituyó en una cuestión de acatamiento obligatorio para el resto de miembros o asociados a la FEVENDRELP, por lo que se puede concluir que claramente se trata de una práctica restrictiva de la competencia.

V.2.2 *En cuanto a la existencia de un abuso de posición de dominio en el mercado.* Ya se ha destacado la importancia que tiene la FEVENDRELP dentro de la distribución de diarios, revistas y loterías en Lima, por lo que resultaría pertinente analizar, en los términos de nuestra legislación, si estamos o no frente a una posición de dominio.

Al respecto, consideramos que la opinión de la Comisión vertida en la Resolución materia del presente trabajo es lo suficientemente clara como para entrar a mayores detalles. Se parte exponiendo en qué consiste una posición de dominio, para luego analizar si, en el caso en cuestión, se está dando un uso abusivo de la misma.

Tal vez cabría sólo precisar que, de acuerdo a los criterios explicados por Bellamy y Child antes citados, se puede establecer lo siguiente:

- La ciudad de Lima, al constituir, según autos, el marco territorial donde se desarrollan los hechos, for-

ma lo que se denomina el «mercado relevante del producto». Es decir, es parte del territorio sobre el que la FEVENDRELP, tal como su nombre lo indica -«Federación de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú»- ejerce influencia.

- El hecho de que casi el 100% de los propietarios de puestos de venta de diarios sean afiliados a esta federación hace que ésta tenga lo que se denomina una «cuota de mercado persistentemente alta» en el mercado relevante.

- Por lo anterior, se puede demostrar que su permanencia en tal posición dominante no es factible de ser afectada seriamente por otros competidores, ya que, aparentemente, no los hay -al respecto, tal vez podría considerarse potenciales competidores a las empresas distribuidoras, pero en la práctica es tal el poder que rodea a la FEVENDRELP que esta posibilidad parece remota-.

- Finalmente, es claro cómo la ciudad de Lima no sólo constituye una parte sustancial del mercado local sino que, precisamente, constituye el mercado local. Además, como manifestáramos, la FEVENDRELP tiene alcance, no sólo local, sino también nacional.

En relación a otro aspecto comentado en la Resolución, concretamente, al considerando en el que se incluye a la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias como un caso de abuso de posición de dominio, debemos manifestar lo siguiente.

Tal como explicáramos en el numeral IV.2 del presente trabajo, existen dos supuestos previstos por nuestra legislación tanto dentro del ámbito de las prácticas restrictivas como del abuso de posición de dominio. Uno de estos supuestos lo constituye los llamados contratos o prestaciones atadas. Esto significa que, desde el plano jurídico, ante un caso en el que exista una prestación atada -o, lo que es lo mismo, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza no guarden relación con tales contratos- debemos analizar dentro de qué figura exactamente se sitúa.

En el caso materia de análisis, creemos que la Comisión acertadamente tal conducta al ámbito del abuso de la posición de dominio, y no al de las prácticas restrictivas.

Debemos añadir que al parecer, en el caso

específico de la FEVENDRELP y el diario «La Mañana» no reviste mayor relevancia práctica el análisis efectuado, dado que la consecuencia será la misma (la afectación de la libre competencia y la sanción del responsable); pero no por esto, el hecho de diferenciar estas figuras no deja de tener importancia, por lo ya comentado en los últimos párrafos del numeral IV.2 acerca de la posibilidad de autorizar sólo ciertas conductas en principio prohibidas.

Finalmente, en torno a la parte resolutive, vemos necesario cuestionar en parte el fallo dictado por la Comisión porque tal vez, *a priori*, podría considerárselo incongruente con el verdadero alcance de todo lo sostenido y probado durante la etapa de investigación y el resto del procedimiento.

En este sentido, podemos indicar que si bien a pesar de haberse comprobado fehacientemente los actos en perjuicio del diario «La Mañana» y, finalmente, contra la libre competencia, la sanción sólo constituye en la práctica un aviso de advertencia a fin de que tales actos no se vuelvan a cometer, cabiendo cuestionarse por qué no se impuso multa alguna o, incluso, se accionó directamente de un modo más enérgico contra los dirigentes de la FEVENDRELP.

No pretendemos que se obvие esta necesaria advertencia a fin de prever que la FEVENDRELP detenga este tipo de conductas, pero sí que se torne en eficiente, sobre todo para la eventualidad de futuros casos similares en los que se involucre a otros sujetos que puedan ver como «permitidas» ciertas conductas por lo inofensivo de la sanción de las mismas.

En relación al segundo aspecto planteado sobre la parte resolutive, es decir, a la responsabilidad de los representantes de la FEVENDRELP, la Comisión, de acuerdo al artículo 19 de la Ley, y asumiendo el hecho de que la actuación de las personas aludidas fue dolosa -afirmación que puede sustentarse, sin mayor comentario, en los actos por ellas realizados- estuvo facultada para proceder a formular denuncia penal ante la Fiscalía respectiva.

Hasta donde hemos podido averiguar, tal acción no fue tomada. Sin embargo, el análisis profundo de si, efectivamente sería o no procedente la citada denuncia, escapa a los alcances del presente trabajo por lo que no consideramos pertinente más que señalar de modo tangencial esta posibilidad. 48