



“ANÁLISIS DE LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS PRÁCTICAS EXCLUSORIAS EN EL MERCADO DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES”

**Trabajo de Investigación presentado
para optar al Grado Académico de
Magíster en Regulación y Gestión de Servicios Públicos**

Presentado por

**Sra. Roxana Beatriz Arellano García
Sra. Matilde Judith González Villanueva**

Asesor: Profesor José Luis Bonifaz Fernández

2017

Dedicatoria

A nuestros padres y esposos, por su apoyo
incondicional.

A Gabriela Judith, por su amor y comprensión.

Resumen ejecutivo

La presente investigación evalúa la necesidad de que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - Osiptel, como agencia de competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, realice un análisis de efectos anticompetitivos de las prácticas *exclusorias* de manera uniforme, y siguiendo criterios que otorguen mayor predictibilidad a los agentes económicos, minimizando el riesgo de sancionar prácticas empresariales eficientes.

Al respecto, se revisó el marco legal que regula el tratamiento de las prácticas *exclusorias* y se estudiaron los estándares señalados por la doctrina para valorar los efectos de este tipo de conductas: Test de balance de efectos, Test de competidor igualmente eficiente, Test *profit sacrifice*, Test *no economic sense* y Test de la desproporcionalidad. Asimismo, se revisó jurisprudencia de las cortes de los Estados Unidos de América y de la Comisión Europea, así como pronunciamientos de las autoridades de Chile, México y Perú (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual -Indecopi- y Osiptel). Del mismo modo, como parte de la investigación se realizaron encuestas y entrevistas a diversos expertos del tema de libre competencia, de formación económica y jurídica, a fin de conocer su posición sobre el análisis de las conductas *exclusorias* y sus efectos anticompetitivos.

Luego de la investigación realizada, se plantearon los lineamientos que debería seguir el Osiptel en esta materia. La propuesta comprende el empleo del test de balance de efectos como estándar de análisis de los efectos de las conductas *exclusorias*, y la aplicación de los criterios de variación de participación de mercado, variación de los niveles de precios, posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado, limitación de la libertad de elección de los consumidores y variación de la calidad de los productos o servicios para determinar el efecto anticompetitivo de las conductas *exclusorias*.

Posteriormente, se analizaron los pronunciamientos del Osiptel a fin de verificar los criterios empleados por dicha agencia de competencia y corroborar la necesidad de aplicar los lineamientos planteados. A partir de ello, se concluyó que el Osiptel se adhiere al estándar propuesto para el análisis de los efectos de las prácticas *exclusorias*: test de balance de efectos anticompetitivos y procompetitivos. No obstante, en cuanto a los criterios para el análisis de efectos anticompetitivos se observó que la referida agencia de competencia aplica, en forma reiterada, solo aquellos referidos a determinar la afectación directa de los competidores; tales como variación de la

participación de mercado de los competidores y la posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado.

Por tanto, se concluye que resulta necesario se sigan los lineamientos planteados en la presente investigación, toda vez que permiten determinar la afectación que la práctica ocasiona no solo en los competidores, sino directamente en el bienestar del consumidor. Ello considerando que las normas de libre competencia tienen como objeto proteger el proceso competitivo, promoviendo la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Índice

Índice de tablas.....	vii
Índice de gráficos	viii
Índice de anexos.....	ix
Capítulo I. Introducción	1
Capítulo II. Metodología	4
Capítulo III. Marco legal, doctrina, revisión de experiencias y posición de expertos en la evaluación del efecto <i>exclusorio</i> de las prácticas anticompetitivas.....	6
1. Revisión del marco legal.....	6
2. Revisión de literatura teórica	9
2.1 Test balance de efectos.....	10
2.2 Test de competidor igualmente eficiente (<i>Equally efficient competitor test</i>)	10
2.3 Test <i>profit sacrifice</i> y Test <i>no economic sense</i>	11
2.4 Test de la desproporcionalidad (<i>Disproportionality test</i>).....	11
3. Experiencia internacional.....	12
3.1 Estados Unidos de América.....	12
3.2 Comisión Europea.....	14
3.3 México	16
3.4 Chile.....	16
4. Práctica nacional	16
4.1 Indecopi	16
4.2 Osiptel.....	21
5. Entrevista y encuesta aplicadas a expertos nacionales.....	24
6. Balance	26
Capítulo IV. Propuesta de análisis de efectos.....	28
Capítulo V. Evaluación de los lineamientos propuestos en los casos de prácticas <i>exclusorias</i> desarrollados por el Osiptel.....	32
1. Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. por abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad.....	32

2. Procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A. por abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas	34
3. Procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra América Móvil S.A.C. por abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes	36
4. Análisis y discusión de los resultados	37
Conclusiones y recomendaciones	40
1. Conclusiones	40
2. Recomendaciones	41
Bibliografía	42
Anexos	46
Notas biográficas... ..	63

Índice de tablas

Tabla 1.	Matriz de criterios para determinar el efecto anticompetitivo empleados en las jurisprudencias internacional y nacional	27
----------	---	----

Índice de gráficos

Gráfico 1.	Metodología del trabajo de investigación.....	5
Gráfico 2.	Nivel de aceptación por parte de los expertos respecto de la finalidad de las normas de libre competencia	25
Gráfico 3.	Nivel de aceptación por parte de los expertos respecto de los test para determinar el efecto anticompetitivo.....	25
Gráfico 4.	Nivel de aceptación por parte de los expertos de cada uno de los criterios propuestos para determinar el efecto anticompetitivo	26
Gráfico 5.	Nivel de aceptación por parte de los expertos respecto de aplicar un estándar de análisis para todas las conductas	26

Índice de anexos

Anexo 1.	Decreto Legislativo N° 1034	47
Anexo 2.	Modelo de cuestionario de la encuesta y entrevista estructurada	54
Anexo 3.	Tabla de resultados de encuesta y entrevista	55
Anexo 4.	Tablas de resumen de jurisprudencia del Indecopi.....	58

Capítulo I. Introducción

En la norma de competencia peruana – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹, existen dos tipos de conductas prohibidas: (i) prácticas colusorias: las cuales se clasifican en horizontales y verticales; y (ii) abuso de posición de dominio². Si bien el denominado efecto *exclusorio* se puede presentar en todas las modalidades de conductas anticompetitivas, conforme se verá a continuación, son las prácticas colusorias verticales y el abuso de posición de dominio aquellas conductas que con mayor frecuencia pueden producir el efecto que sanciona la ley: excluir del mercado o impedir el ingreso al mercado de un competidor, afectando con ello el proceso competitivo.

A manera de ejemplo, puede plantearse el caso hipotético de un procedimiento por abuso de posición de dominio iniciado por la denuncia de un competidor presuntamente afectado, quien podría alegar una supuesta negativa injustificada de trato, discriminación de precios, ventas atadas, entre otras prácticas unilaterales que podrían ser implementadas por el presunto agente dominante³.

La posición de dominio de un agente económico no es sancionable per se. Conforme a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, son las prácticas de abuso de posición aquellas que son susceptibles de sanción, es decir, el ejercicio de conductas reñidas con la eficiencia económica que generan un efecto *exclusorio*. De este modo, una empresa puede ser la única en el mercado y haber logrado dicha posición como consecuencia de su eficiencia o por la preferencia de los consumidores. Lo reprimible será que busque ser la única en el mercado o excluir a potenciales competidores recurriendo a prácticas prohibidas por la Ley.

Según la referida Ley, en concordancia con la práctica a nivel comparado, una presunta negativa de trato o cualquier práctica de abuso de posición de dominio deben circunscribirse a un mercado relevante determinado. El mercado relevante, de acuerdo con la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se encuentra conformado por el mercado de producto y el mercado geográfico⁴. El mercado de producto se conforma por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.

¹ Aprobada por el Decreto Legislativo N° 1034.

² Los artículos 10.1, 10.5, 11.1, 12.1 y 12.3 de la norma pueden ser revisados en el anexo 1.

³ Estas conductas están definidas en el artículo 10.2 de la norma y pueden ser revisadas en el anexo 1.

⁴ Sobre el mercado relevante, la Ley señala lo consignado en su artículo 6 (ver el anexo 1).

Es solo en un mercado relevante determinado donde se evaluará si existe posición de dominio por parte del presunto agente dominante. A efectos de determinar la posición de dominio, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que se evaluará si el agente tiene una participación significativa en el mercado relevante, las características de la oferta y la demanda de los bienes y servicios, la existencia de barreras a la entrada, entre otros.

Una vez acreditado que un agente ostenta posición de dominio en un mercado relevante determinado, corresponde establecer si se ha configurado la práctica denunciada. Es decir, si por ejemplo el agente dominante se negó injustificadamente a contratar, se implementó una estrategia de discriminación de precios o se configuró una práctica de atadura. Luego de verificar que la conducta se ejecutó, corresponde establecer si aquella generó o pudo generar efectos negativos en el mercado, lo que implica evaluar si se verificó el efecto *exclusorio* previsto en la Ley. Precisamente en este nivel del análisis se centra el presente trabajo de investigación, dado que resulta un aspecto en el cual observamos que no existen reglas que otorguen suficiente predictibilidad a los agentes económicos.

En efecto, actualmente se identifica la problemática de ausencia de criterios claros y predecibles sobre cómo es que las agencias de competencia a nivel local evalúan los efectos anticompetitivos de las prácticas de exclusión. La posible causa de este problema radica en que dichas agencias de competencia han realizado una evaluación aislada de cada una de las controversias sometidas a su consideración, y han dejado de lado la labor de dictar pautas de evaluación de aplicación general que otorguen suficiente predictibilidad a los agentes del mercado.

Esta problemática cobra mayor relevancia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, dado que: i) una decisión errónea podría afectar significativamente el desarrollo del sector o desalentar las inversiones, que en este mercado en particular se caracterizan por altos costos hundidos; ii) resulta prioritario para los consumidores el acceso y prestación continua de dichos servicios motivo por el cual tienen el carácter de servicios públicos; y iii) permite ampliar la conectividad del país.

Sobre el problema planteado, se debe indicar que en sus pronunciamientos, Osiptel e Indecopi – agencias de competencia en el Perú– han esbozado algunos criterios que revisaremos en la presente investigación, pero no los han desarrollado de manera orgánica o sistematizada. De ahí que no se aprecie una evaluación uniforme para determinar cuándo se considera que una práctica *exclusoria* genera un efecto anticompetitivo que debe ser reprimido mediante la aplicación de las normas de libre competencia.

En este contexto, surge la interrogante: ¿Es necesario que el Osiptel realice un análisis de efectos anticompetitivos de las prácticas *exclusorias* de manera uniforme y como mínimo evalúe los criterios de participación en el mercado, niveles de precios, creación de barreras de entrada, limitación de la libertad de elección del consumidor y variación de calidad de los productos o servicios?

Al respecto, consideramos que sí. Es necesario que el Osiptel, en su calidad de agencia de competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, aplique estos criterios para determinar el efecto anticompetitivo de las prácticas *exclusorias* a fin de brindar mayor predictibilidad a los agentes económicos y minimizar el riesgo de sancionar prácticas empresariales eficientes. Por tanto, mediante la presente investigación se pretende establecer que dichos criterios configuran un estándar que como mínimo debería seguir la agencia de competencia para acreditar que se genera un efecto anticompetitivo como consecuencia de una práctica *exclusoria*. Dicho objetivo se pretende alcanzar a partir de la revisión de la experiencia comparada y nacional que se ha desarrollado sobre la materia.

La finalidad de ello es brindar mayor predictibilidad a los agentes económicos sobre cómo se realizará dicha evaluación y, a su vez, permitirá que la agencia pueda expedir decisiones debidamente sustentadas, considerando que la carga de la prueba sobre la afectación al mercado generada por una práctica *exclusoria* recae sobre la autoridad.

Cabe indicar que la presente investigación apunta a brindar específicamente pautas de evaluación para determinar cuándo es que una práctica *exclusoria* genera un efecto anticompetitivo en el mercado. Por tanto, debemos precisar que esta investigación no abarca otros aspectos previos a la evaluación de los efectos anticompetitivos de las prácticas *exclusorias*, tales como la definición del mercado relevante, la determinación de la posición de dominio, la configuración de la práctica (a manera de ejemplo, si el presunto dominante se negó a contratar o no), o sus eventuales justificaciones de eficiencia. En esa misma línea, tampoco pretendemos abordar cuáles serían los efectos pro competitivos que podrían ser alegados al evaluar la legalidad de una conducta *exclusoria*, siendo que aquellos dependen de cada caso en particular y del mercado en el cual se configure la práctica.

Debe indicarse que si esas etapas previas no se realizan adecuadamente, pese a que se pretendan aplicar los criterios propuestos en la presente investigación, no se llegará a un resultado óptimo, por el contrario, la agencia de competencia podría intervenir indebidamente mediante la represión y sanción de una conducta empresarial eficiente.

Capítulo II. Metodología

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación, en una primera fase se revisará el marco legal, la doctrina y experiencia (internacional y nacional) sobre el análisis de efectos de las conductas *exclusorias*.

El marco normativo que tendremos en consideración es el previsto en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante el Decreto Legislativo 1034, ley de libre competencia vigente, y que rige la actuación del Osiptel y del Indecopi como agencias de competencia en el Perú.

Asimismo, se consultarán los documentos elaborados por expertos en materia de libre competencia, principalmente en el ámbito de la doctrina norteamericana, y por autoridades nacionales e internacionales que versan sobre la evaluación de prácticas *exclusorias*. En este punto, corresponde precisar que el mayor desarrollo de la práctica antitrust se genera en los Estados Unidos de América, razón por la cual la mayoría de los documentos consultados versan sobre dicha experiencia. De igual manera, se han revisado los lineamientos más recientes expedidos por la Comisión Europea sobre cómo analizar las prácticas *exclusorias*.

Del mismo modo, se revisarán las principales decisiones expedidas sobre prácticas *exclusorias* por las cortes de los Estados Unidos de América, así como por las autoridades de Chile, México y Perú (pronunciamientos expedidos por el Osiptel e Indecopi). En el caso peruano, la revisión de las decisiones del Osiptel versa sobre tres procedimientos sobre prácticas *exclusorias* en aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Por su parte, la revisión jurisprudencial de las decisiones del *Indecopi* abarca aquellas expedidas en el periodo 2007-2015, teniendo en cuenta que en dicho periodo se encuentra la casuística más relevante en la materia y que a partir de mediados del año 2008 empezó la aplicación de la referida Ley.

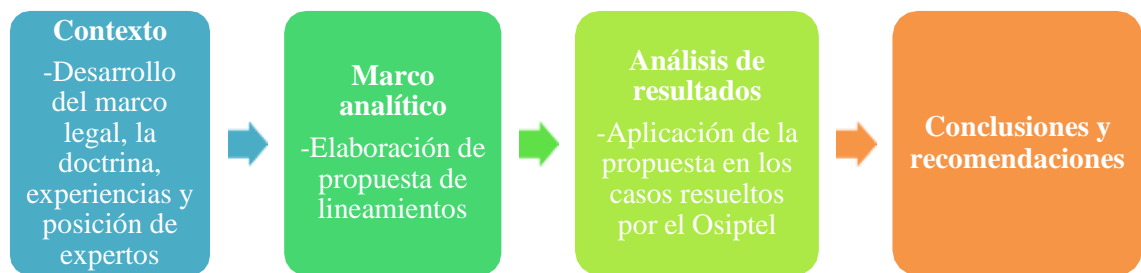
Posteriormente, empleando la encuesta y entrevista estructurada como técnica de investigación, se obtendrá información de la posición de expertos en libre competencia sobre el análisis de las referidas prácticas *exclusorias*.

Sobre la base del análisis de la información recabada, se plantearán los lineamientos que proponemos debería seguir el Osiptel para dicho análisis de efectos, en su calidad de agencia de competencia en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones.

Luego de la formulación de dicha propuesta, se procederá a evaluar los pronunciamientos del Osiptel a fin de corroborar la necesidad de aplicar los lineamientos planteados, así como verificar su viabilidad y beneficios. Seguidamente, se realizará la discusión de los resultados obtenidos. Cabe indicar que la crítica de los pronunciamientos del Osiptel se centrará en el análisis de efectos anticompetitivos.

Finalmente se presentan las conclusiones y recomendaciones, a partir del estudio realizado.

Gráfico 1. Metodología del trabajo de investigación



Fuente: Elaboración propia 2017.

Capítulo III. Marco legal, doctrina, revisión de experiencias y posición de expertos en la evaluación del efecto *exclusorio* de las prácticas anticompetitivas

1. Revisión del marco legal

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es la norma que rige la actuación del Osipitel y del Indecopi como agencias de competencia en el Perú. Dicho cuerpo normativo define en su artículo 1 que tiene por finalidad promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Asimismo, en sus artículos 9, 10, 11 y 12 regula lo relativo a las prácticas colusorias verticales y al abuso de posición de dominio, conductas *exclusorias* que son materia de análisis en la presente investigación, así como su condición de prohibiciones relativas en los siguientes términos:

- **Abuso de la posición de dominio (artículo 10 del Decreto Legislativo 1034):** Se presenta cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto *exclusorio* tales como: a) negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios; b) aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; c) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; d) obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación; e) establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados; f) utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia; g) incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o, h) en general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

- **Prácticas colusorias horizontales (artículo 11 del Decreto Legislativo 1034):** Se consideran como tales a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como: a) la fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; b) la limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones; c) el reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas; d) la concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor; e) la aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; f) concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; g) la negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios; h) obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación; i) concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva; j) concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de estas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u, k) otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales intermarca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto: a) fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; b) limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; c) el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o, d) establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en este párrafo constituyen prohibiciones relativas.

- **Prácticas colusorias verticales (artículo 12 del Decreto Legislativo 1034):** Se consideran como tales a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados

por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

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. Estas prácticas constituyen prohibiciones relativas.

Del mismo modo, esta norma desarrolla las competencias atribuidas al Indecopi y al Osiptel para la investigación y sanción de prácticas *exclusorias* que afecten el proceso competitivo. La referida Ley indica que la Comisión y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi son las autoridades de competencia. Asimismo, se precisa que la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Osiptel, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel.

Finalmente, cabe indicar que como parte del marco normativo nacional se han revisado los Lineamientos generales para la aplicación de las normas de represión de conductas anticompetitivas en el ámbito de las telecomunicaciones, aprobados en junio de 2016 mediante la Resolución N° 006-2016/TSC-OSIPTEL expedida por el Tribunal de Solución de Controversias del Osiptel.

En dicho documento el Osiptel describe el ámbito de su aplicación, los elementos que se considerarán al analizar el mercado relevante, los factores a tomar en cuenta para identificar la posición de dominio, y desarrolla las principales conductas de abuso de posición de dominio (negativa injustificada a contratar, discriminación de precios y condiciones, empaquetamientos, prácticas con efectos depredadores y abuso de procesos legales). Del mismo modo, señala el análisis a seguir respecto a las prácticas colusorias horizontales y verticales, y los criterios que emplea para la graduación de las sanciones.

De la revisión de dichos lineamientos, se aprecia que el Osiptel optó por brindar solo algunos alcances para la evaluación de prácticas *exclusorias* como discriminación⁵ y ventas

⁵ Sobre el particular, Osiptel considera que para que una práctica de discriminación tenga efectos anticompetitivos, se deberán tomar en consideración, entre otros, los siguientes criterios:

- El patrón de conducta usual del operador denunciado y si en el caso concreto se registra una variación sustancial o bastante atípica.
- Si existen evidencias de intención de eliminar a los rivales.
- Si la diferenciación de precios está dirigida a afectar a un competidor en particular.

atadas⁶. No obstante, estos alcances están referidos a la configuración de la práctica y no a la determinación del efecto *exclusorio* que se puede generar sobre el proceso competitivo.

2. Revisión de literatura teórica

En primer lugar, abordaremos cuáles son los estándares de análisis que han sido esbozados por la doctrina comparada en la evaluación del efecto *exclusorio* de las prácticas anticompetitivas, los cuales pretenden establecer reglas generales sobre cómo la agencia de competencia debería valorar los efectos que puede producir una conducta de tipo *exclusorio* (efectos anticompetitivos y procompetitivos) y determinar en qué casos esta deviene en ilegal.

En el ámbito internacional, ha surgido un intenso debate sobre cuál es el estándar apropiado que debería ser aplicado para el análisis de las prácticas *exclusorias*. Al respecto, un sector de la doctrina destaca que en la actualidad existe una elevada incertidumbre en los agentes económicos sobre cómo es que actuarán las agencias para evaluar una conducta anticompetitiva de tipo *exclusorio*⁷.

Asimismo, existe controversia sobre si debería existir un test por cada una de las conductas *exclusorias* (discriminación de precios, contratos de exclusividad, etc.) o si por el contrario, debería existir un solo test aplicable a todos los tipos de conductas de exclusión⁸. Mientras el debate antes referido aún se mantiene vigente, hasta este momento se han desarrollado los siguientes estándares con la finalidad de evaluar la legalidad de las prácticas *exclusorias*:

-
- Si los menores precios aplicados pueden resultar predatorios.
 - Si se está aplicando un esquema de subsidios cruzados donde las rentas de segmentos monopolísticos solventen los menores precios en los segmentos de competencia.

⁶ Sobre las prácticas de atadura, los Lineamientos señalan que para que se configure dicha conducta se requieren: (i) bienes diferentes, (ii) efectos de exclusión, (iii) ausencia de justificación objetiva y (iv) coerción. En particular, sobre los efectos de exclusión que estarían vinculados a los efectos anticompetitivos de la conducta se señala que la práctica debe estar destinada a excluir a los competidores, ya sea en el mercado del bien vinculado o atado trasladando la posición de dominio de un mercado a otro, como por ejemplo, a través de un subsidio cruzado, o en el mercado del bien *atante* protegiéndose la posición de dominio existente.

⁷ US Department of Justice. (2008).

Nota: Cabe indicar que si bien este documento efectúa una descripción detallada y completa del tratamiento de conductas *exclusorias*, en mayo de 2009 los representantes de la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos anunciaron su retiro, de modo que su contenido no podía entenderse como parte de su política de cumplimiento de la legislación antimonopolio. Según el comunicado, el contenido del documento planteó demasiados obstáculos para la aplicación de medidas antitrust del gobierno y favoreció la extrema cautela. De este modo, se indicó que el retiro del informe era un cambio de filosofía y buscaba transmitir el mensaje de que la División tratará agresivamente aquellos casos en los cuales los monopolistas intentan emplear su dominio en el mercado para afectar a la competencia y dañar a los consumidores. De este modo, pese a que el informe fue consecuencia de un intenso debate y trabajo de especialistas en la materia, dejó de tener el carácter de documento que recoge la posición de la institución. Pese a ello, consideramos que proporciona importantes insumos para nuestro objeto de investigación y precisamente revela la controversia existente en el tratamiento de prácticas *exclusorias*. Ver: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law> Fecha de consulta: 09/06/2016.

Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD (2006).

⁸ US Department of Justice. (2008), p. 34. Grimm, Karen L. (2008).

2.1 Test balance de efectos

El test del balance de efectos consiste principalmente en cuantificar y sopesar los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la conducta⁹. De este modo, se declarará ilegal toda conducta por la cual el investigado adquiriera o mantenga su poder de mercado causando un daño neto a los consumidores¹⁰. Este test tiene como principal ventaja concentrar el análisis de la conducta *exclusoria* en el impacto que esta puede generar sobre los consumidores¹¹, lo que en general es una preocupación clave para las leyes de competencia. La principal crítica a este test es que no es fácilmente administrable pues existe demasiada discrecionalidad del juzgador¹². Así, se ha señalado que:

El test del balance de efectos enfrenta a la Corte al reto de medir un sinnúmero de efectos, lo que incluye comparar el mundo existente con un mundo hipotético que es objeto del debate. Estos problemas incluyen las limitaciones que los economistas midan de manera precisa el efecto neto en el consumidor que puede llegar a generar una conducta, así como la habilidad o capacidad de los jueces y el jurado de evaluar la evidencia¹³.

Lo anterior, se vincula al hecho de que no está adecuadamente definido cuál es el horizonte temporal en el que se aplicará este test, lo que puede tener un efecto importante en las estrategias dinámicas¹⁴. Otra crítica a este test es que se focaliza demasiado en lo estático y en los efectos en el corto plazo sobre los consumidores. De este modo, dado que los efectos dinámicos son más difíciles de establecer, se indica que se podrían estar sacrificando importantes eficiencias¹⁵.

2.2 Test de competidor igualmente eficiente (*Equally efficient competitor test*)

Este test señala que una conducta *exclusoria* será ilegal si mediante aquella se busca afectar a un competidor igualmente eficiente que el presunto dominante¹⁶. Entre las críticas a este test destaca el hecho de que no es fácil de administrar; principalmente, encuentra problemas la definición de lo que se entiende como un competidor igualmente eficiente¹⁷. Asimismo, según anota la Organización

⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD (2006), p. 2.

¹⁰ US Department of Justice (2008), pp. 36 y 37.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*. En la misma línea se encuentra la OECD que señala que al tener que determinar cuál es el efecto más fuerte, podría darse que este test no se aplique objetiva y cuidadosamente.

¹³ Traducción libre del siguiente texto:

“The effects-balancing test confronts a court with the administrative challenge of conducting an open-ended measuring of effects that includes comparing the existing world with a hypothetical world that is subject to debate. These administrability problems include limitations on both the ability of economists accurately to measure the net consumer –welfare effects of particular conduct and the ability of judges and juries to evaluate this evidence.”
US Department of Justice (2008), p. 37.

¹⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development (2006), p. 5.

¹⁵ US Department of Justice (2008), p. 38.

¹⁶ US Department of Justice (2008), pp. 43 y 45.

¹⁷ Grimm (2008), pp. 28 y 29.

para la Cooperación Económica y Desarrollo - OECD¹⁸, el problema de la aplicación de este test es que dejaría pasar la eliminación de firmas que por el momento son menos eficientes, pero que eventualmente se habrían convertido en igual o más eficientes que el *incumbente* si ellos hubiesen sobrevivido en el mercado¹⁹.

2.3 Test *profit sacrifice* y Test *no economic sense*

De acuerdo con el Test *profit sacrifice*, una conducta será considerada ilegal cuando involucre un sacrificio de ganancias que sería irracional si la conducta no estuviera dirigida a eliminar o reducir competencia²⁰.

Por su parte, el Test *no economic sense* implica evaluar si mediante su conducta el investigado ha sacrificado los beneficios en el corto plazo con la finalidad de recuperar dichas ganancias en el futuro, luego de que sus rivales hayan salido del mercado²¹. En general, si bien ambos test han sido reconocidos como útiles para el análisis de cierto tipo de conductas unilaterales (como precios predatorios o negativas a contratar), es difícil que puedan suplantar el análisis de la regla de la razón²² para evaluar un rango más amplio de conductas que puedan ser más controversiales²³.

2.4 Test de la desproporcionalidad (*Disproportionality test*)

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (DOJ), en el marco del caso *Trinko*²⁴, y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América (FTC) recomendaron a la Corte Suprema que, ante la ausencia de una regla en específico, una conducta resultaría anticompetitiva en el marco de la Sección 2 de la Sherman Act, si resulta en un daño a la competencia que es desproporcionado en relación con los beneficios generados a los consumidores y los beneficios económicos del investigado.

Bajo el test de desproporcionalidad, la conducta que tiene efectos tanto negativos como positivos, solo será ilegal si genera un daño substancialmente anticompetitivo que pesa más que los beneficios procompetitivos²⁵.

¹⁸ Por sus siglas en inglés: Organisation for Economic Co-operation and Development.

¹⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development (2006). pp. 4 y 5.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Grimm (2008), p. 20.

²² La evaluación de las prácticas anticompetitivas bajo regla de la razón implica que, para verificar la existencia de la infracción, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

²³ Grimm (2008), p. 25.

²⁴ *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 US 398 (2004).

²⁵ US Department of Justice (2008), pp. 45 y 46.

Del mismo modo, se ha indicado que adecuadamente aplicado este test reduce la necesidad de un balance preciso entre efectos competitivos y anticompetitivos. Así, se indica que las firmas podrían competir vigorosamente sin el temor de incurrir en algún tipo de responsabilidad antitrust, pese a que en los hechos su conducta puede tener solo un pequeño efecto negativo en la competencia estática. Esta posición tiene sustento en la idea que lo que corresponde defender es el proceso competitivo y no a un competidor individual. Considera también que otorga mayor predictibilidad a los agentes económicos y que se reducen los costos administrativos, y en particular, la posibilidad de que se castigue indebidamente una conducta que puede resultar procompetitiva²⁶.

3. Experiencia internacional

En este apartado se pretende identificar cuáles son los principales criterios empleados por las agencias de competencia a nivel internacional, para determinar cuándo una práctica *exclusoria* genera un efecto anticompetitivo.

3.1 Estados Unidos de América

En el análisis de los efectos de las conductas *exclusorias* y, en general, al investigar sobre la práctica antitrust, resulta imprescindible hacer referencia al desarrollo de la jurisprudencia norteamericana sobre dicha materia. Sin embargo, si bien, como describiremos a continuación, a lo largo de los años se ha procurado brindar algunas pautas de evaluación, ha sido recientemente que la Corte de Apelaciones en el caso Microsoft²⁷ ha dictado algunos lineamientos que pueden otorgar mayor predictibilidad a los agentes económicos sobre cómo será el análisis de la autoridad, específicamente, en la determinación del carácter *exclusorio* de la conducta.

Uno de los primeros casos a mencionar es el de Standard Oil²⁸, en el cual se estableció la regla de la razón para analizar las prácticas que se encuentran comprendidas en la Sección 2 de la Sherman Act²⁹. Esta última norma establece que toda persona que monopolice o intente monopolizar, así como conspire con cualquier otra persona a efectos de monopolizar el mercado, se considerará culpable de un delito grave. La regla de la razón dicta que para determinar la ilegalidad de las

²⁶ US Department of Justice (2008), pp. 45 y 46.

²⁷ United States of America v. Microsoft Corporation 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001).

²⁸ Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 62 (1911).

²⁹ La sección 2 de la Sherman Act establece lo siguiente:

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony.”

Traducción libre: Toda persona que monopoliza o intenta monopolizar, o combinar o conspirar con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o el comercio entre varios Estados, o las naciones extranjeras, se considerará culpable de un delito grave.

conductas comprendidas en la Sección 2, deberán establecerse cuáles son los efectos negativos que se generan en el mercado.

Por otro lado, en el caso *Alcoa*³⁰, la Corte de Apelaciones realizó una importante distinción entre ostentar la condición de monopolio y lo que constituye un supuesto de monopolización del mercado. De este modo, se estableció que mientras tener la condición de monopolio puede ser resultado natural de la eficiencia de un competidor, la monopolización del mercado implica incurrir en prácticas que se encuentran reñidas con la eficiencia económica. Sin embargo, como señala la doctrina³¹, esta distinción efectuada por la Corte seguía siendo insuficiente para que los operadores puedan determinar cuándo una conducta vulnera las disposiciones de la Sección 2 de la *Sherman Act*.

Posteriormente, destacan los casos *Aspen*³² y *Kodak*³³, que si bien pueden considerarse decisiones controvertidas por un sector de la doctrina³⁴, son importantes en tanto revelan que existe mayor preocupación de la Corte Suprema por el bienestar del consumidor y las ganancias de eficiencias³⁵. En particular, como criterio de análisis sobre el efecto anticompetitivo de la práctica *exclusoria*, la Corte en el caso *Aspen* determinó que no bastaba considerar el efecto causado hacia un competidor, sino principalmente: (i) el impacto en los consumidores y (ii) si se ha afectado la competencia de una manera innecesariamente restrictiva³⁶. A su vez, en estos casos se estableció que la existencia de justificaciones de eficiencia es el principal factor que puede influir en la ilegalidad o no de una práctica anticompetitiva de tipo *exclusorio*.

Un importante hito en el análisis de prácticas *exclusorias* es el caso *Brooke Group*³⁷. A partir de este caso, en el cual se denunció una estrategia de precios predatorios, se estableció como criterio

³⁰ *United States v. Aluminum Co. Of Am. (Alcoa)*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

³¹ Grimm (2008), pp. 4 y 5.

³² *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

³³ *Eastman Kodak Co. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

³⁴ Como parte de los cuestionamientos, se ha señalado que al evaluarse la negativa de trato cuestionada, la intervención de la Corte en el caso *Aspen* carecía de lógica económica, pues se consideró que la negativa del demandado de aceptar precios menores por parte de *Aspen* constituía una vulneración a las normas antitrust. En el caso *Kodak*, se cuestionó que incluso *Kodak* haya tenido poder de mercado en el mercado de distribuidores de fotocopiadoras. Carlton, Dennis W. (2001).

³⁵ Grimm (2008), pp. 7 y 8.

³⁶ Al respecto, la Corte Suprema señaló expresamente que: “La pregunta si la conducta de *Ski Co.* puede ser correctamente caracterizada como *exclusoria* no puede ser respondida por simplemente considerar su efecto sobre *Highlands* (el denunciante). Además, es importante considerar su impacto en los consumidores y si ha dañado la competencia de una manera innecesariamente restrictiva”. Traducción libre de: “*The question whether Ski Co.’s conduct may properly be characterized as exclusionary cannot be answered by simply considering its effect on Highlands. In addition, it is relevant to consider its impact on consumers and whether it has impaired competition in an unnecessarily restrictive way.*”.

³⁷ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

que serán calificados como predatorios aquellos precios que se encuentren por debajo de cierto nivel de costos y que exista una alta probabilidad de que se recupere la pérdida por vender debajo de costos luego de haber eliminado a la competencia.

No obstante, recientemente, en el caso Microsoft³⁸, la Corte estableció criterios que han otorgado mayores elementos de análisis en la evaluación de conductas *exclusorias*³⁹. Conforme a la Corte, es el demandante quien debe acreditar que la conducta tiene o puede tener un efecto negativo en la competencia, es decir, la conducta debe generar un daño al “proceso competitivo” y a los consumidores. De este modo, se advierte que no es suficiente dañar solo a un competidor. Por su parte, el demandado deberá dar una justificación procompetitiva de su conducta. Y de ser así, el demandante debe rebatir esa justificación o demostrar que los efectos negativos sobrepasan a los beneficios procompetitivos. En el caso, la Corte declaró la ilegalidad de la práctica luego de haberse acreditado la existencia de efectos anticompetitivos, y ante la incapacidad de Microsoft de acreditar efectos positivos de la conducta. En los extremos en los cuales se desestimó la demanda, la razón fue que el demandante no acreditó los efectos negativos de la conducta.

De la revisión de la decisión de la Corte de Apelaciones se advierte que para la evaluación de los efectos anticompetitivos de la conducta se recurrió a dos criterios que pueden ser considerados como determinantes: (i) nivel de cobertura de los principales canales de distribución (por ejemplo, las restricciones impuestas en las licencias de Windows a los fabricantes originales de los equipos, lo cual estaría vinculado a la imposición de una barrera de entrada al mercado)⁴⁰; y (ii) la expansión del poder de mercado de Microsoft en el mercado de exploradores de internet.

3.2 Comisión Europea

A nivel de la práctica europea, el documento que recoge importantes lineamientos sobre nuestro objeto de estudio a partir de la experiencia comunitaria es la Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado de CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes⁴¹.

³⁸ United States of America, Appellee v. Microsoft Corporation, Appellant, 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001). Cabe indicar que finalmente el caso dio lugar a un *settlement agreement* entre el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América y Microsoft.

³⁹ No obstante, un sector de la doctrina considera que incluso en este caso, los criterios para determinar cuándo una conducta *exclusoria* en el ámbito de la Sección 2 de la Sherman Act es anticompetitiva seguían sin ser suficientemente claros. Melamed, A. Douglas y Rubinfeld, Daniel L. (2007), p. 309.

⁴⁰ Un ejemplo de las restricciones era prohibir a los fabricantes pre-instalar en las computadoras un explorador de internet que pertenezca a otro competidor. Otra conducta cuestionada fue los acuerdos suscritos por Microsoft con los proveedores de acceso a internet (los IAP), concluyéndose que al tratarse de uno de los dos principales canales de distribución de internet, se había suscrito acuerdos de exclusividad con catorce de los quince principales proveedores en Norteamérica.

⁴¹ Diario Oficial de la Unión Europea, 2009/C 45/02.

Según señala la Comisión, un concepto fundamental en el análisis de las conductas *exclusorias* o excluyentes es el “cierre anticompetitivo del mercado”, el cual describe una situación en la que el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o al mercado se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, de modo tal que es probable que esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios en detrimento de los consumidores.

Para tales efectos, la identificación del perjuicio probable para los consumidores se puede sustentar en pruebas cualitativas y, si es factible, en pruebas cuantitativas. De este modo, la Comisión considera que para su evaluación, son pertinentes los siguientes factores:

- La posición de la empresa dominante: mientras más sólida es la posición dominante, mayor es la probabilidad de que la conducta genere un cierre anticompetitivo de mercado.
- Las condiciones del mercado: condiciones de entrada, de expansión, la presencia de economías de escala o efectos de red.
- La posición de los competidores del dominante: la importancia de los competidores para mantener una competencia efectiva, con independencia de su cuota de participación en el mercado.
- La posición de los clientes o de los proveedores de insumos: la conducta se podría aplicar a clientes o proveedores estratégicos.
- El alcance de la conducta presuntamente abusiva: en cuanto mayor es el porcentaje de ventas totales en el mercado relevante afectadas por la conducta será mayor su duración, y en tanto más se haya aplicado con regularidad, se incrementará el efecto probable de cierre de mercado.
- Las posibles pruebas de la existencia del cierre del mercado: si la conducta ha tenido una duración significativa, el cierre de mercado puede verificarse mediante el incremento de la cuota de mercado del dominante o si su descenso se ha ralentizado; en la misma línea, podría verificarse la expulsión de competidores o intentos fallidos de ingreso de nuevos agentes.
- Las pruebas directas de una estrategia de cierre: documentos que expresamente dan cuenta de la estrategia, tales como planes detallados para excluir o impedir la entrada, o amenazas concretas.

De otro lado, también se propone aplicar algunos factores adicionales según el tipo de conducta, así como recurrir a construir un escenario contrafactual. Del mismo modo, la Comisión consideró que no es necesario efectuar una evaluación detallada de que es probable que la conducta perjudique a los consumidores. De esta manera, si se concluye que la conducta crea obstáculos a la competencia y no genera eficiencia alguna, cabe deducir que produce un efecto anticompetitivo.

3.3 México

En el 2013, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) de México resolvió multar a Pemex y Pemex Refinación⁴² debido a que esta última obligaba a las gasolineras a contratar el traslado de combustibles desde los terminales de almacenamiento y reparto a las estaciones de servicio con pipas (toneles) operadas por el personal sindicalizado de la empresa, generando una práctica monopólica de atadura. En consecuencia, la COFECE consideró que la práctica obstaculizaba el derecho a contratar al prestador del servicio que mejor les convenga para el traslado de gasolina y diésel, extendiendo su poder de mercado en perjuicio de sus competidores.

3.4 Chile

En Chile destaca el caso seguido por la Fiscalía Nacional Económica contra la Compañía Chilena de Fósforos S.A.⁴³, en el cual se le imputó a la empresa dominante haber estipulado descuentos por exclusividad en los acuerdos comerciales suscritos con sus distribuidores, que impedirían la entrada de competidores en el mercado relevante. A efectos de determinar el carácter anticompetitivo de la conducta *exclusoria*, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile determinó que los descuentos por exclusividad fueron pactados con distintas cadenas de supermercados que representaban un porcentaje significativo en el mercado y, por ende, el dominante había creado dificultades objetivas para el ingreso de nuevos competidores, generando con ello barreras estratégicas a la entrada⁴⁴.

4. Práctica nacional

4.1 Indecopi

De la revisión de los pronunciamientos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Indecopi respecto de prácticas *exclusorias*, durante los años 2007-2015⁴⁵, se puede observar que dicha agencia de competencia, en el referido periodo, al momento de analizar los efectos anticompetitivos de la conducta *exclusoria* ha aplicado uno o más de los criterios que se citan a continuación:

⁴² Comisión Federal de Competencia Económica.

⁴³ Este proceso culminó con la sentencia 90/2009 del 14 de diciembre de 2009 expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la República de Chile.

⁴⁴ Cabe indicar que en el caso materia de análisis, el Tribunal consideró que se debía tener en cuenta las características particulares del mercado en cuestión, las cuales generaban dificultades para el ingreso de nuevos competidores, debido a: (i) la posición de dominio de la demandada como productor en el mercado interno; (ii) el importante valor de las marcas del *incumbente*; (iii) el significativo costo de la importación de fósforos; y, (iv) una demanda total con clara tendencia decreciente. A ello se sumaba el hecho de que no se presentaron justificaciones en condiciones generales, uniformes y objetivas.

⁴⁵ El detalle de los pronunciamientos analizados obra en el anexo 4 de la presente investigación.

- **Aptitud o potencialidad de la conducta imputada de dañar la competencia, y la capacidad de competir de los denunciantes**

El Indecopi, en algunos de sus pronunciamientos, ha considerado como parte de su análisis de efectos anticompetitivos, la aptitud o potencialidad de la conducta imputada de dañar la competencia o la capacidad de competir de los denunciantes, esto es, que la práctica tenga la capacidad de generar un efecto negativo.

Así por ejemplo, en el caso E&B contra Gloria y Distribuidora Feria Pucallpa ⁴⁶ la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi concluyó que, si bien quedó acreditado el cambio de condición de E&B de cliente distribuidor a cliente mayorista, dicha conducta no tuvo la capacidad de afectar el proceso competitivo. Ello debido a que, aun cuando la firma proveedora ostentara posición dominante en el mercado aguas arriba, la entrada en la siguiente etapa de la cadena productiva no se encontraba restringida y, por tanto, el cambio de la categoría de E&B y la consecuente suspensión voluntaria de sus relaciones comerciales con Feria Pucallpa, no le impidió seguir siendo distribuidor de leche evaporada de otras marcas como Nestlé, en el mercado geográfico relevante.

Del mismo modo, es importante mencionar el caso seguido contra Unión Andina de Cementos (Unacem) y otros⁴⁷, por la comisión de prácticas colusorias verticales en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra de sus productos (entre ellos, cemento “Sol”) hacia aquellos distribuidores que adquirirían cemento “Quisqueya” de su competidora Cemex Perú S.A. (Cemex). En este procedimiento, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi al momento de analizar los efectos anticompetitivos de la conducta evaluó si esta tenía la capacidad necesaria para generar un efecto *exclusorio* en perjuicio de Cemex, para lo cual consideró: (i) la importancia de cemento “Sol” de Unacem para las ferreterías y consumidores; (ii) el abastecimiento de cemento “Sol” de Unacem por canales alternativos a mayor precio; (iii) capacidad de la política de castigos para disciplinar a todas las empresas del canal ferretero (efecto multiplicador); (iv) importancia del canal de ferreterías existente; y el (v) control y supervisión de ferreterías mediante la organización en la distribución de zonas por parte de las denunciadas. Luego de lo cual concluyó que el efecto anticompetitivo potencial sobre el mercado derivado de la negativa de ventas era netamente *exclusorio*.

⁴⁶ Resolución N° 0589-2015/SDC-INDECOPI.

⁴⁷ Resolución N° 857-2014/SDC-INDECOPI.

- **Impacto en los niveles de venta, en las participaciones del mercado y en los resultados financieros de los denunciantes**

En la controversia seguida por Depósito Santa Beatriz y otros contra Distribuidora Norte Pacasmayo (DINO)⁴⁸, por supuesto abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas, sobre la base de un contrato de afiliación de ferreterías, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi analizó la evolución de las ventas del producto relevante para cada una de las empresas denunciantes, la participación en las ventas de DINO de cada uno de los principales agentes del mercado de sub-distribución de cementos en el departamento de Piura (afiliados y no afiliados), y la evolución de los estados financieros de las empresas denunciantes. A partir de ello, se concluyó que la práctica denunciada no tuvo efectos significativos sobre ninguno de estos indicadores por lo cual no se verificaba un daño a la competencia.

De igual manera, en el caso Operaciones Arcos Dorados del Perú contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. y otros⁴⁹, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi consideró que era posible estimar la restricción del nivel de competencia en el mercado afectado a partir del porcentaje de ventas de hamburguesas que Arcos Dorados podría haber tenido en el Jockey Plaza si no se hubiera realizado la conducta restrictiva.

Para aproximar ese porcentaje, utilizó como referencia la cuota de mercado alcanzada por Arcos Dorados en un escenario en el que sí haya podido competir con los denunciados durante el periodo investigado, concluyendo que este hubiera sido significativo y por ende consideró que se restringió sustancialmente el nivel de competencia⁵⁰.

- **Beneficio anticompetitivo que habría obtenido la empresa como consecuencia del presunto abuso de su posición dominante**

El beneficio anticompetitivo obtenido por el denunciado ha sido en algunos casos considerado como parte del análisis de efectos anticompetitivos; así, por ejemplo, en el caso E&B contra Gloria y Distribuidora Feria Pucallpa⁵¹ la Sala Especializada en de Defensa de la Competencia

⁴⁸ Resolución N° 006-2003/CLC-INDECOPI.

⁴⁹ Resolución N° 059-2011/CLC-INDECOPI.

⁵⁰ Cabe indicar que mediante Resolución 460-2016/SDC-INDECOPI del 8 de septiembre de 2016, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi declaró la nulidad de la Resolución 059- 2011/CLC-INDECOPI, e integrándola, declaró infundada la denuncia. Si bien la segunda instancia declaró que la empresa denunciada no ostentaba posición de dominio y por ende, no se analizaron los efectos de la práctica en el mercado, se recogen los criterios antes señalados al haber sido empleados por la autoridad de competencia para determinar el efecto *exclusorio* de la conducta.

⁵¹ Resolución N° 0589-2015/SDC-INDECOPI.

del Indecopi manifestó que la primera instancia debió completar el análisis de los efectos de la conducta sobre la competencia a nivel de los diversos mercados afectados y debió evidenciar el beneficio anticompetitivo que habría obtenido la empresa con posición de dominio como consecuencia de la conducta analizada.

Asimismo, en el caso de la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú contra Vopak Serlipa y PetroPerú⁵², por abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en el acceso al arrendamiento de capacidad de almacenamiento de GLP en el Terminal del Callao, no se efectuó un análisis de los efectos anticompetitivos de la conducta sino únicamente se evaluó los siguientes beneficios anticompetitivos: (a) beneficio anticompetitivo de Vopak al aplicar tarifas diferenciadas entre Llama Gas y PetroPerú; y (b) beneficio anticompetitivo de PetroPerú al evitar perder a un cliente antiguo como Aseeg, con menor poder de negociación, y/o que se disminuya su consumo al facilitar la importación del GLP, así como preservar su posición en el nivel comercial donde participa dentro de la cadena de comercialización del GLP.

- **Imposición de eventuales precios anticompetitivos o monopólicos**

Este criterio fue señalado como parte del análisis de efectos anticompetitivos en el caso del Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu contra Fetransa⁵³ por abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa injustificada de trato, al haberse negado a atender su solicitud de alquiler de material tractivo y rodante. Al respecto, es de indicar que si bien no se realizó una evaluación de los niveles de precios, al momento de determinar los efectos anticompetitivos se consideró como uno de ellos el hecho de que producto de la conducta analizada el grupo Fetransa-Perurail pueda imponer eventuales precios anticompetitivos o monopólicos, que no podrían ser desalentados mediante la amenaza de competencia de potenciales entrantes en el mercado.

- **Traslado de la posición de dominio a otros bienes - *leverage theory***

En la controversia de Depósito Santa Beatriz y otros contra Distribuidora Norte Pacasmayo (DINO)⁵⁴, por supuesto abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas, el Indecopi analizó como un efecto anticompetitivo la posibilidad de que la conducta permita el traslado de la posición de dominio que ostenta el denunciado en el mercado relevante a otros bienes relacionados.

⁵² Resolución N° 0454-2007/TDC-INDECOPI.

⁵³ Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI.

⁵⁴ Resolución N° 006-2003/CLC-INDECOPI.

- **Posibilidad de elevar las barreras de entrada**

Al respecto, podemos citar la evaluación realizada por la Comisión de Defensa de Libre Competencia del Indecopi, en el caso de Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú contra Ferrocarril Transandino, PerúRail y otros⁵⁵, por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales en el mercado de servicios de transporte ferroviario en el Ferrocarril Sur-Oriente; la cual, si bien fue revocada, desarrolló este criterio:

En dicho caso, se señaló que la conducta investigada generó barreras a la entrada a partir de los procesos legales iniciados, toda vez que enfrentar numerosas acciones legales que impiden, ponen en riesgo o retrasan el ingreso al mercado, puede desincentivar la entrada de nuevos competidores al generar inseguridad respecto de su acceso y ocasionarle mayores costos.

- **Limitación de la libertad de los consumidores**

Como parte del análisis de efectos anticompetitivos, en la controversia de Depósito Santa Beatriz y otros contra Distribuidora Norte Pacasmayo (DINO)⁵⁶, por supuesto abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi señaló que un supuesto efecto negativo no económico de las cláusulas de atadura es el referido a que estas limitan la libre elección de los consumidores pues se obliga a estos a adquirir productos que no desean comprar (el bien atado)⁵⁷.

- **Cierre de mercado**

Al evaluar si correspondía aceptar el desistimiento de la pretensión y del procedimiento formulado por Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C (Ambev) en relación con la denuncia interpuesta contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (Backus) y otros, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi también consideró pertinente establecer que el índice de cierre de mercado es un criterio relevante para determinar si la celebración de un acuerdo vertical de venta exclusiva constituye abuso de posición de dominio.

Al respecto, la Comisión señaló que “el índice de cierre de mercado es una medida de la

⁵⁵ Resolución N° 026-2010/CLC-INDECOPI.

⁵⁶ Resolución N° 006-2003/CLC-INDECOPI.

⁵⁷ Cabe indicar que, respecto del caso bajo análisis, la referida Comisión consideró que no se presentaba tal limitación, en la medida que la obligación de comprar además del cemento los otros materiales de construcción se da en el marco del contrato de afiliación y, por lo tanto, tiene efectos únicamente para quienes suscriban dicho documento; asimismo, dado que el referido contrato cuenta con una cláusula de rescisión que lo alejaría de la afiliación sin expresión de causa y sin responsabilidad en un corto plazo.

proporción de agentes comercializadores que se han vinculado de forma exclusiva a la empresa dominante y, principalmente, de los niveles de ventas que aquellos representan. Un índice de cierre de mercado bajo podrá indicar directamente la inexistencia de una práctica anticompetitiva puesto que la conducta investigada no tendría la capacidad de afectar el proceso competitivo. La aplicación de este criterio por parte de las principales agencias de competencia a nivel internacional ha llevado a establecer el umbral de 30% a 40%, por debajo del cual podría descartarse la existencia de una conducta de abuso de posición de dominio”.

4.2 Osiptel

Del análisis de las decisiones emitidas por los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias del Osiptel, durante los años 2011-2015⁵⁸, se puede observar que dicha agencia de competencia, en el referido periodo, al momento de analizar los efectos anticompetitivos de la conducta *exclusoria* ha aplicado uno o más de los criterios que se citan a continuación:

- **Impacto en la cuota de mercado de los competidores**

En el procedimiento seguido por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. (en adelante, TVSAM) por abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad ⁵⁹, el Osiptel recurrió al análisis de la cuota de mercado de los competidores y el consiguiente aumento de la participación de TVSAM para determinar la ilegalidad de la práctica.

En el referido procedimiento, se verificó que luego de la suscripción de los acuerdos de exclusividad, empezó a crecer la cuota de mercado de TVSAM, apartándose de la tendencia a la baja mostrada desde enero de 2011; y, casi paralelamente a partir de octubre de 2011, se detuvo el crecimiento del número de suscriptores de las empresas competidoras.

De otro lado, en setiembre de 2013, Osiptel inició un procedimiento administrativo sancionador contra América Móvil Perú S.A.C. (América Móvil)⁶⁰ por presuntos actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes con efectos *exclusorios* en el mercado de llamadas de larga distancia internacional (LDI) desde teléfonos móviles prepago a través del sistema de llamada por llamada (LLxLL). Específicamente se cuestionaba la conducta de América Móvil de haber reducido el margen de ganancias de sus competidores en el mercado de llamadas

⁵⁸ Periodo en el cual se observan pronunciamientos de esta agencia de competencia aplicando la actual Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁵⁹ Expediente N° 006-2011-CCO-ST/LC. Resolución N° 007-2013-TSC/OSIPTEL

⁶⁰ Expediente 010-2013-CCO-ST/LC. Resolución N° 023-2015-CCO/OSIPTEL

de LDI desde redes móviles prepago.

En el procedimiento antes señalado, se verificó la reducción de la tasa de participación de sus competidores, principalmente a partir de junio de 2012. Se indicó que la participación de los competidores con respecto al tráfico total de LDI desde móviles prepago de América Móvil se redujo especialmente a partir de la vigencia de la Promoción Prepago 1912⁶¹. De este modo, la conducta en cuestión habría elevado el grado de concentración del mercado afectado en términos del tráfico generado en la red de América Móvil y de ingresos obtenidos por las empresas operadoras.

- **Afectación al bienestar de los consumidores o limitación de su libertad**

En el procedimiento seguido contra TVSAM antes reseñado, el Tribunal recurrió al criterio de afectación al bienestar de los consumidores para determinar la ilegalidad de la práctica. Debido a que TVSAM tenía la exclusividad de los canales locales, consideró que los suscriptores de las empresas de televisión por cable competidoras verían limitado su acceso al contenido local de mayor preferencia. En el caso en particular, el Tribunal valoró que un estudio de CPI para Tarapoto indicó que solo el 7,6% de los hogares que cuentan con el servicio de televisión por cable estarían dispuestos a desconectar este servicio para conectar la antena de señal abierta, y concluyó que ello revelaría que para la mayor parte de usuarios del mercado analizado resultaría muy costoso cambiar las conexiones de su televisor cada vez que se desee visualizar un canal de señal abierta que no está en la grilla de canales de su operador de televisión por cable.

De otro lado, en el procedimiento seguido contra Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica)⁶² por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas por condicionar la venta del servicio Speedy (acceso a internet a través de la tecnología ADSL) a la compra de su servicio de telefonía fija, al analizar los efectos de la práctica sobre el bienestar de los consumidores, se indicó que dado que la conducta afectó el crecimiento de los competidores y generó efectos *exclusorios* en el mercado de telefonía fija, aquella también afectó de manera final el bienestar de los consumidores.

- **Creación de barreras a la entrada**

En el procedimiento seguido contra América Móvil por abuso de posición de dominio en la modalidad

⁶¹ Se indicó que si bien la participación de los competidores llegó a niveles de 4,1% en julio de 2012, esta se redujo hasta niveles de alrededor del 1% a partir de agosto del mismo año. Del mismo modo, se indica que las tasas de participación con respecto a los ingresos generados en el mercado por los competidores se acercó al 10% en el mes de julio de 2012; sin embargo, coincidiendo con el relanzamiento de la Promoción Prepago 1912, a partir del mes de agosto de 2012, los ingresos de los competidores volvieron a niveles alrededor del 3%, que incluso resultan menores a los que se observaban antes del relanzamiento de la Promoción Prepago 1912.

⁶² Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC. Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL.

de estrechamiento de márgenes, se concluyó que la práctica daba lugar a la creación de una barrera a la entrada al mercado, ya que no permitía una operación rentable para los estándares competitivos propios del mercado en cuestión. Al respecto, se estimó que si bien algunas concesionarias de larga distancia ingresaron al sistema de LLxLL en redes móviles, a la fecha solo eran tres los operadores que ingresaron a dicho mercado. Ello pese a que existían 42 empresas que tienen asignado un código de operador de larga distancia 19XX, y a que el número de operadores del mercado de LDI desde teléfonos fijos de abonado y públicos se encuentra alrededor de 30.

- **Cierre de mercado**

En el procedimiento seguido contra TVSAM por abuso de posición de dominio en la modalidad de suscripción de acuerdos de exclusividad, el Tribunal del Osiptel sostuvo que dicha empresa generó un cierre parcial del mercado de televisión por cable, considerando su estrategia de abarcar la mayor cantidad de canales que gozan de gran preferencia por el contenido local en la ciudad de Tarapoto⁶³, dejando a sus competidores sin insumos importantes.

- **Potencialidad de la conducta imputada de dañar la competencia, y la capacidad de competir de los denunciantes**

En el procedimiento seguido contra TVSAM por abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad, el Osiptel estableció que existían efectos *excluserios* potenciales, los cuales se verían materializados cuando aquellas personas que no cuentan con el servicio de televisión por cable decidan contratar este servicio, quienes considerarán suscribirse a la empresa que tiene exclusividad con el canal de señal abierta de su preferencia. A largo plazo, el Tribunal manifestó que, de intensificarse estos efectos *excluserios*, la afectación a los usuarios sería mayor, a través de menos empresas que presten el servicio (ante la posible salida del mercado de algunas empresas de televisión por cable) o de mayores precios de la empresa dominante (ante la falta de competidores que puedan disputarle los usuarios del servicio).

En el caso seguido contra Telefónica por ventas atadas, el Osiptel examinó como criterio la factibilidad de que la práctica genere efectos anticompetitivos. Al respecto, se estableció que a diciembre de 2011, Telefónica concentraba el 91,97% de líneas en servicio fijas alámbricas, América Móvil Perú S.A.C. tenía una participación de 5,71% y Americatel Perú S.A. (Americatel) 1,51% ⁶⁴. A decir de Osiptel, esta distribución evidenciaba la existencia de cierto nivel de competencia en el mercado de telefonía fija. Sin embargo, se consideró que la reducida cobertura

⁶³ TVSAM suscribió contratos de exclusividad con SONORA, Vía TV y 7 canales locales más.

⁶⁴ Cabe indicar que según los datos expuestos en la resolución apelada el 0,81% restante se encontraba repartido entre varias empresas competidoras.

del servicio de los competidores del dominante, impedía que estos puedan ofrecer un producto atado con el mismo impacto que Telefónica. De ahí que se infiriera que la práctica podía generar efectos anticompetitivos.

- **Los efectos en un mercado relacionado**

En el procedimiento seguido contra Telefónica por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas por condicionar la venta del servicio Speedy (acceso a internet a través de la tecnología ADSL) a la compra de su servicio de telefonía fija, el Osiptel analizó los efectos de la práctica cuestionada en el mercado de telefonía fija. De este modo, se concluyó que mientras el servicio de internet fijo ADSL de Telefónica no es influenciado por presiones competitivas, el mercado de telefonía fija sí enfrenta ese tipo de presiones, aunque se trate de pequeñas empresas. A su vez, se consideró la factibilidad de Telefónica de explotar las economías de red a través de las tarifas *on net* en la medida que contaba con el 71,89% de participación en el mercado de telefonía fija, situación que disuadía a los usuarios para contratar una línea fija con un competidor pequeño pues implicaría pagar una tarifa más alta, dado el menor número de líneas afiliadas a su red. Otro aspecto analizado sobre este mercado fue el desempeño de los principales indicadores, de los cuales se observaba que el crecimiento de los operadores que competían en el mercado de telefonía fija presentó un estancamiento en el 2009 (a nivel de líneas de servicio y tráfico originado), lo que permitió concluir al Osiptel que la estrategia de la empresa evitó que los competidores crezcan de acuerdo con la tendencia que habían seguido. Finalmente, la autoridad construyó un escenario contrafactual que buscó estimar cuál hubiera sido el crecimiento del número de líneas de los competidores si Telefónica no hubiese implementado la práctica cuestionada, concluyendo que el número de líneas hubiese sido mucho mayor al que se dio en los hechos⁶⁵.

5. Entrevista y encuesta aplicadas a expertos nacionales

De otro lado, acudimos a diversos expertos del tema de libre competencia en el Perú, de formación económica y jurídica, quienes laboran en las autoridades de competencia locales, representan a los administrados en los procesos seguidos antes estas, y/o son investigadores de reconocidas universidades del país⁶⁶, a fin de conocer su posición sobre el análisis de efectos anticompetitivos.

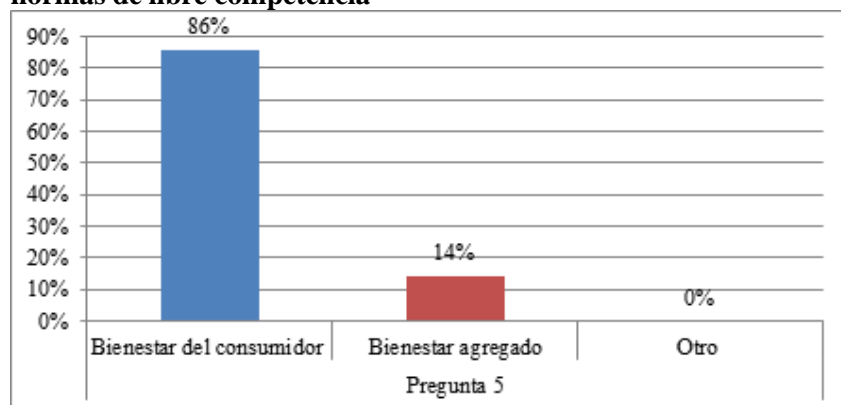
⁶⁵ Tal como se desprende de la resolución del Tribunal, para tales efectos, se realizó un ejercicio de proyección que tomó en cuenta dos variables: (i) la primera trata de recoger la dinámica poblacional y de externalidades de red a través de la introducción del número rezagado de líneas; (ii) la segunda recoge el ingreso, medido a través del Producto Bruto Interno (PBI). El análisis efectuado mostró dos tendencias, un primer periodo 2001-2005 donde el crecimiento era relativamente lento y otro periodo a partir del 2006 donde se aprecia un crecimiento acelerado que habría sido interrumpido por la conducta. Al respecto, se efectuó una estimación razonable del crecimiento del número de líneas de los competidores obtenido de la modelización efectuada, en el cual se observó que el crecimiento de líneas de los competidores hubiese sido significativamente mayor al que se dio en los hechos. De este modo, partiendo del dato histórico de 104.377 líneas a finales del 2008 y la existencia de externalidades de red, sumadas a la evolución del PBI, hubieran llevado a que aquellas lleguen a alrededor de 692.862 líneas a diciembre del 2011.

⁶⁶ Los expertos consultados fueron los siguientes:

- Abogado Alejandro Falla Jara, Socio de Bullard, Falla, Ezcurra – Abogados, Ex Secretario Técnico de la

Las técnicas empleadas en este extremo de la investigación fueron la entrevista estructurada y encuesta, con un mismo cuestionario que obra en el anexo 2 del presente documento. Sobre la finalidad de las normas de libre competencia, los expertos consideran, en su mayoría, que estas últimas apuntan a procurar proteger el bienestar de los consumidores, conforme se observa del siguiente gráfico.

Gráfico 2. Nivel de aceptación por parte de los expertos respecto de la finalidad de las normas de libre competencia

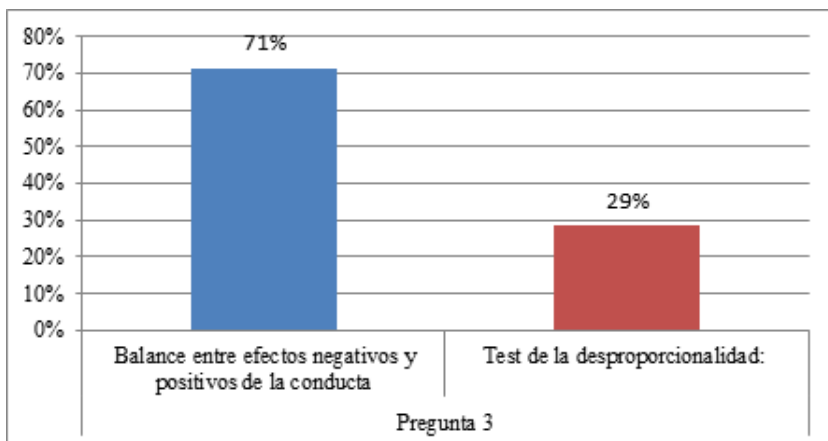


Fuente: Entrevistas y encuestas a expertos. Elaboración propia 2017.

Del mismo modo, se aprecia que la mayoría de los profesionales encuestados considera que el test idóneo para la evaluación de las conductas *exclusorias* es el test de balance de efectos. Esta conclusión se desprende del siguiente gráfico:

Gráfico 3. Nivel de aceptación por parte de los expertos respecto de los test para determinar el efecto anticompetitivo

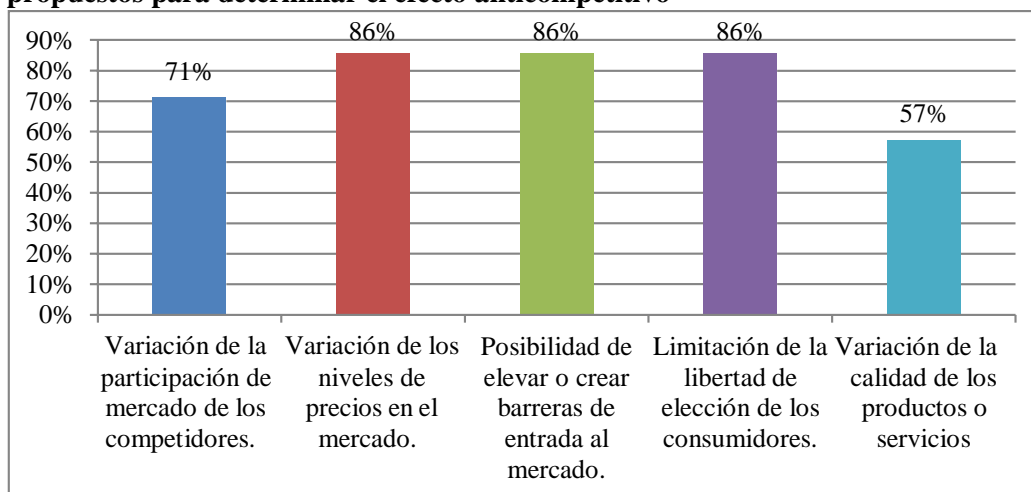
-
- Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.
- Abogado Eduardo Quintana Sánchez, Socio de Bullard, Falla, Ezcurra – Abogados, Ex Secretario Técnico del Tribunal de Solución de Controversias del Osiptel.
 - Abogado Jesús Espinoza Lozada, Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.
 - Abogada Joselyn Olaechea Flores, Ex Secretaria Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y Ex Secretaria Técnica del Tribunal de Solución de Controversias del Osiptel
 - Economista Claudia Barriga Choy, Subgerente de Evaluación y Políticas de Competencia de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del Osiptel,
 - Economista Hugo Figari Kahn, Ejecutivo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.
 - Economista Humberto Ortiz Ruiz, Asesor de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.



Fuente: Entrevistas y encuestas a expertos. Elaboración propia 2017.

Asimismo, de las encuestas efectuadas se pudo concluir que los criterios propuestos para determinar el efecto anticompetitivo cuentan con un alto nivel de aceptación por parte de los expertos, conforme se aprecia en el gráfico 4.

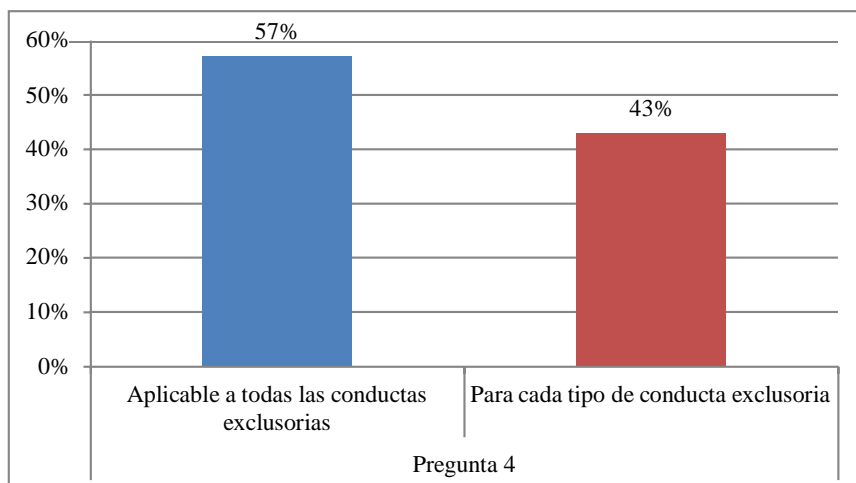
Gráfico 4. Nivel de aceptación por parte de los expertos de cada uno de los criterios propuestos para determinar el efecto anticompetitivo



Fuente: Entrevistas y encuestas a expertos. Elaboración propia 2017.

Finalmente, los expertos en su mayoría coinciden con aplicar un estándar de análisis para todas las conductas *exclusorias*.

Gráfico 5. Nivel de aceptación por parte de los Expertos respecto de aplicar un estándar de análisis para todas las conductas



Fuente: Entrevistas y encuestas a expertos. Elaboración propia 2017.

6. Balance

Conforme se ha descrito en los apartados precedentes, en la doctrina se han desarrollado, principalmente, los siguiente test o estándares de evaluación de las conductas *exclusorias*: (i) Test de balance de efectos, (ii) Test de competidor igualmente eficiente (*Equally efficient competitor test*), (iii) Test *profit sacrifice* y el Test *no economic sense* y (iv) Test de la desproporcionalidad (*Disproportionality test*).

De la revisión de la jurisprudencia nacional y comparada se observa que el test del balance de efectos es el más empleado por las agencias de competencia y aceptada por los expertos, de modo que estas últimas realizan una ponderación entre los efectos anticompetitivos y procompetitivos de las conductas *exclusorias*. Cabe indicar que en muchos casos la mención al empleo de dicho estándar no es expresa, no obstante, se advierte su utilización. En cuanto a los criterios para determinar los efectos anticompetitivos, es principalmente a nivel de la jurisprudencia que se observa su desarrollo. Los principales criterios empleados, actualmente, son los siguientes:

Tabla 1. Matriz de criterios para determinar el efecto anticompetitivo empleados en las jurisprudencias internacional y nacional

Criterios para determinar el efecto anticompetitivo:	Experiencias		
	Internacional	Indecopi	Osiptel
Aptitud o potencialidad de la conducta imputada de dañar la competencia, y la capacidad de competir de los denunciantes.		X	X
Impacto en los niveles de venta, en las participaciones del mercado y en los resultados financieros de los denunciantes.	X	X	X
Beneficio anticompetitivo que habría obtenido la empresa como consecuencia del presunto abuso de su posición dominante		X	
Imposición de eventuales precios anticompetitivos o monopólicos		X	

Traslado de la posición de dominio a otros bienes o efectos en mercados relacionados		x	x
Posibilidad de elevar las barreras de entrada	x	x	x
Limitación de la libertad de los consumidores	x	x	x
Cierre de mercado	x	x	x

Fuente: Elaboración propia 2016.

En el caso de la jurisprudencia internacional, destacan como criterios más utilizados el hecho de que la práctica genere o eleve barreras de entrada al mercado en el cual se desempeña el presunto dominante, o que mediante aquella se limite la libertad de los usuarios o consumidores.

En sede nacional, se observa que el empleo de estos criterios no es uniforme ni concurrente, lo cual puede generar incertidumbre y falta de predictibilidad sobre cómo se realizará la evaluación del efecto anticompetitivo de las prácticas de exclusión.

Capítulo IV. Propuesta de análisis de efectos

De lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1034 se desprende que, principalmente, para verificar la existencia de la infracción administrativa en las conductas de abuso de posición de dominio y de prácticas colusorias verticales, dado su carácter de prohibiciones relativas, se requiere que la autoridad de competencia pruebe no solo la existencia de la conducta, sino también que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

En ese contexto, a partir de la práctica jurisprudencial y de la doctrina, se advierte que, en primer término, la agencia de competencia debería definir la metodología que empleará para realizar la valoración de los efectos de manera uniforme en todos sus pronunciamientos.

Luego de revisar los distintos test que propone la doctrina y que son seguidos por las diversas agencias de competencia, consideramos que el test de balance de efectos anticompetitivos y pro-competitivos es el que mejor se enmarca dentro de nuestro esquema normativo de carácter legal⁶⁷ y constitucional, que propugna la defensa de la libre competencia y el bienestar de los consumidores⁶⁸.

En efecto, nuestro ordenamiento no ha previsto una regla de *minimis* que excluya de responsabilidad a las empresas por afectaciones que se puedan considerar como poco significativas para la competencia; sino que, por el contrario, establece que corresponde sancionar toda conducta que afecte la competencia y con ello el bienestar del consumidor. En tal sentido, el test del balance de efectos resulta ser idóneo y acorde con dichos postulados; situación que no se observa en la aplicación de otros test, como el de desproporcionalidad, o competidor igualmente eficiente, que solo reprimen aquellas conductas sustancialmente anticompetitivas o no amparan a todos los competidores.

⁶⁷ Decreto Legislativo N° 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Título I Disposiciones Generales

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.- La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

⁶⁸ Dentro del Régimen Económico de nuestra Constitución Política se establecen –entre otros– los siguientes Principios Generales:

TÍTULO III. DEL RÉGIMEN ECONÓMICO
CAPÍTULO I. PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.
(...)

El mencionado test permite a la autoridad de competencia establecer cómo efectuará la valoración de los efectos de la conducta infractora; no obstante, resulta necesario dotar de contenido al concepto de efectos anticompetitivos, esto es, se requiere que, de manera previa y uniforme, se definan los criterios a evaluar, como mínimo, para determinar los efectos perjudiciales de la práctica.

En esta línea, teniendo en cuenta los criterios empleados a nivel jurisprudencial, consideramos que para determinar el efecto anticompetitivo de una práctica *exclusoria*, la autoridad de competencia debe realizar los esfuerzos a fin de evaluar de manera conjunta los siguientes criterios:

- **Variación de la participación de mercado de los competidores**

Uno de los principales indicadores a los que debe recurrir la agencia de competencia para determinar el efecto anticompetitivo de una práctica *exclusoria* es la variación de la participación de mercado de los competidores actuales. Este indicador debería ser evaluado en todos los casos pues permite revelar con mayor certeza cuál habría sido el impacto de la conducta sobre la situación de los otros competidores.

En tal sentido, la agencia deberá determinar si la participación de mercado de los competidores del dominante ha disminuido, o pese a tener una tendencia creciente, esta se ha detenido. En la mayoría de los casos, las cuotas de mercado son estimadas mediante data o información sobre los niveles de venta (en unidades de producto o unidades monetarias) o de producción.

- **Variación de los niveles de precios en el mercado**

De la investigación realizada, consideramos que es necesario evaluar cuál ha sido la variación de los niveles de precios en el mercado luego de implementada la conducta *exclusoria*. Este criterio permitirá establecer si como consecuencia de la práctica, los consumidores acceden a los bienes o servicios a mayores precios. O si por el contrario, la conducta no ha tenido mayor impacto en los precios pagados por los consumidores, o inclusive se ha producido una reducción de aquellos.

Debe tenerse presente que las normas de competencia deben salvaguardar el proceso competitivo, y no se limitan a establecer si se excluyó a un competidor en particular. Por ello, corresponde determinar cuál fue el impacto de la conducta en las condiciones de competencia del mercado en general, lo que implica establecer cómo se comportaron los precios luego de ocurrida la práctica de exclusión.

- **Posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado**

Por definición, una práctica *exclusoria* apunta a impedir el ingreso de nuevos competidores o a excluir a los ya existentes del mercado. Por tanto, corresponde establecer si la conducta *exclusoria* genera o eleva barreras de entrada significativas que impiden que se incrementen las condiciones de competencia en el mercado.

Las barreras de entrada pueden ser entendidas como aquellos factores que impiden o dificultan el ingreso de nuevas empresas a un determinado mercado. Las barreras pueden ser estructurales o estratégicas, siendo que las primeras no dependen de la acción directa de la empresa y las segundas sí⁶⁹.

Dentro de las barreras estructurales se encuentran las barreras económicas vinculadas a las ventajas absolutas en costos, presencia de economías de escala, la existencia de facilidades esenciales, entre otros. Por su parte, las barreras legales que también son tipo estructural están vinculadas con las regulaciones que interfieren de manera directa en la entrada o permanencia de los agentes en el mercado⁷⁰.

De otro lado, son las barreras estratégicas o de conducta, aquellas que nos interesan en la presente evaluación y que se vinculan a comportamientos empresariales que restringen o disuaden a las empresas a entrar a la industria. Estas conductas tienen como objetivo influir negativamente sobre los beneficios esperados de los entrantes o a elevar sus costos de operación en el mercado. Precisamente este es el caso de las restricciones verticales, los precios predatorios, entre otras figuras⁷¹.

En consecuencia, dado su efecto nocivo, al disuadir la entrada, corresponde a la autoridad determinar si la práctica *exclusoria* genera barreras estratégicas.

- **Limitación de la libertad de elección de los consumidores**

De la revisión de la jurisprudencia, estimamos que se debe determinar si las prácticas de exclusión pueden tener un impacto directo en la libertad de elección de los consumidores para contratar productos o servicios. La razón es que los consumidores también participan del proceso competitivo, el cual es objeto de protección por las normas de libre competencia.

Según se observa, las conductas *exclusorias* pueden afectar directamente la libertad de elección

⁶⁹ Figari, Hugo; Gómez, Hugo; y Zúñiga, Mario (2005).

⁷⁰ *Ibídem*.

⁷¹ *Ibídem*.

de los consumidores al implicar que estos se vean coaccionados a contratar un producto o servicio, o vean imposibilitado su acceso a estos últimos como consecuencia de la salida del mercado de los competidores (vg.: cierre de canales de distribución). Por ende, estimamos que resulta un factor importante a evaluar, dado que permitirá establecer el alcance de la conducta anticompetitiva.

- **Variación de la calidad de los productos o servicios:**

Una estructura de mercado monopólica está generalmente asociada no solo con el incremento de precios, sino también con la disminución en la calidad de los productos o servicios. Esta situación es la que puede presentarse cuando el dominante logra desplazar a sus competidores del mercado. Es por ello que una manifestación de los efectos anticompetitivos de una conducta *exclusoria* es la disminución o degradación de la calidad de los productos o servicios.

En tal sentido, corresponderá a la agencia de competencia determinar si luego de la conducta *exclusoria* ha existido una evolución desfavorable en términos de calidad respecto del producto o servicio ofrecido.

Finalmente, se debe señalar que estos criterios constituyen parámetros mínimos que deben ser aplicados por la agencia de competencia para determinar el efecto anticompetitivo de las prácticas *exclusorias*. De este modo, algunos podrían verificarse y otros no, o dependiendo de la importancia de cada uno de ellos podría concluirse que se configura un efecto anticompetitivo en el mercado. Sin embargo, consideramos que todos ellos deberían ser evaluados por la agencia con la finalidad de que se pueda arribar a conclusiones más fehacientes sobre el carácter anticompetitivo de la conducta.

Capítulo V. Evaluación de los lineamientos propuestos en los casos de prácticas *exclusorias* desarrollados por el Osiptel

Una vez establecido el estándar para el análisis de efectos (procompetitivos y anticompetitivos) de la conducta, así como los criterios para determinar, en específico, sus efectos anticompetitivos, procederemos a examinar los pronunciamientos del Osiptel, como agencia de competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, referidos a prácticas *exclusorias*. En particular, evaluaremos el análisis de efectos realizado por el Osiptel en tres procedimientos seguidos en aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

1. Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. por abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad⁷²

Según se señaló precedentemente, Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. (REDCOM) presentó una denuncia contra Televisión San Martín S.A.C. (TVSAM) y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L. (Sonora) por la comisión de actos contra la libre competencia, en la modalidad de abuso de posición de dominio por parte de TVSAM mediante acuerdos de exclusividad para la difusión de canales de televisión local con Sonora y otras empresas. En el procedimiento, el Osiptel determinó que TVSAM gozaba de posición de dominio, que la práctica se había configurado y que se verificó el efecto *exclusorio* requerido para determinar que se trataba de una conducta ilegal.

En particular, sobre el análisis de efectos de la práctica, el Colegiado concluyó señalando que: “(...) realizado el balance de efectos positivos y negativos de la práctica analizada, se ha demostrado la existencia de efectos anticompetitivos producto de los acuerdos de exclusividad en cuestión. A su vez, los beneficios alegados por TVSAM no justifican la realización de la práctica investigada, no se ha acreditado la existencia de beneficios al bienestar del consumidor derivados de eficiencias que contrapesen, en suficiente medida, los efectos anticompetitivos de la práctica, y no se advierten efectos positivos tangibles que hayan sido generados directamente por los contratos de exclusividad suscritos por TVSAM con las empresas de televisión de señal abierta local”

Sobre el análisis de efectos realizado, se advierte que el Osiptel señala expresamente que el estándar de análisis empleado para determinar los efectos de la conducta analizada es el test de balance de efectos anticompetitivos y procompetitivos. Dicho estándar coincide con el marco de

⁷² Expediente N° 006-2011-CCO-ST/LC. Resolución N° 007-2013-TSC/OSIPTTEL. En este procedimiento, el Tribunal de Solución de Controversias del Osiptel confirmó la resolución de primera instancia y la multa impuesta de 68,62 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

análisis propuesto en la presente investigación.

De otro lado, la agencia de competencia emplea los criterios de variación de la participación de mercado de los competidores, posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado y limitación de la libertad de elección de los consumidores, los cuales –conforme se indicó en la presente investigación– consideramos necesarios para determinar de manera fehaciente el efecto anticompetitivo. No obstante, se observa que el Osiptel no empleó en su análisis de efectos el criterio de variación de niveles de precios. Al respecto, estimamos que el Osiptel, en este caso, parte de una premisa una tanto cuestionable, siendo que considera que los canales de señal abierta constituyen un insumo esencial para la prestación del servicio de televisión por cable en la ciudad de Tarapoto. A partir de ello, se atribuyó el aumento de la cuota de mercado de la empresa denunciada, únicamente, a los acuerdos de exclusividad, pese a que en el periodo analizado la empresa ofertó su servicio a precios más bajos que sus competidores.

Cabe indicar que el carácter “esencial” de un insumo es dado cuando sin este el servicio no podría prestarse según las condiciones que requiere el mercado. En este sentido, Kresalja y Quintana⁷³, dentro de su análisis de la doctrina de facilidades esenciales, describen cuándo se puede considerar un recurso o insumo como imprescindible (o esencial), señalando que no significa solamente que este sea importante o útil para mejorar la posición competitiva del interesado, sino que sea indispensable para ingresar o mantenerse en el mercado.

En esa línea, se observa que resulta poco sustentable el hecho de considerar un canal de señal abierta, al cual los usuarios pueden acceder sin ningún pago, como determinante para prestar el servicio de radiodifusión por cable, cuando este servicio lo que ofrece es, precisamente, una parrilla de canales distinta a los de señal abierta, con un contenido variado. Conforme lo señala Barrantes⁷⁴, un componente importante de la oferta del servicio de radiodifusión por cable está

⁷³ Ciertamente dichos autores manifestaron lo siguiente:

«b) Acceso imprescindible al recurso

Asimismo, debe ser imprescindible acceder al activo en cuestión, lo cual no significa solamente que el mismo sea importante o útil para mejorar la posición competitiva del interesado, sino que sea indispensable para ingresar o mantenerse en el mercado. Ello implica que si el interesado no logra acceder al referido bien abandonaría el mercado o no podría ingresar a él.

No basta que un competidor no pueda ingresar al mercado sin acceder al recurso, sino que se debe demostrar que ninguna otra empresa puede hacerlo. Esta es la única forma de garantizar que la DFE se utilice para proteger el proceso competitivo, representado por el conjunto de las empresas participantes, y no a un competidor en particular. Si solo uno o algunos de los que pretenden entrar al mercado se ven imposibilitados pero otros podrían hacerlo sin acceder al mencionado recurso, no debería considerarse que el acceso al mismo es esencial para la competencia. (...)». Kresalja Rosselló, Baldo y Quintana Sánchez, Eduardo (2005).

⁷⁴ Documento de Trabajo N° 001-2005, Gerencia de Relaciones Empresariales-Os iptel, “Medidas Regulatorias que promuevan la competencia en el Mercado de Radiodifusión de Televisión Por Cable”. Elaborado por: Roxana Barrantes Cáceres, Mayo 2005.
<https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/info_empresas/Políticas_competencias/Doc_trabajoMedidas_promoción_competencia_Cabl.pdf>

constituido por la parrilla de canales y las posibles combinaciones en la oferta por parte de cada operador, lo cual, a su vez, permite discriminar, ofreciéndose diferentes combinaciones parrilla-tarifa y pudiendo así ampliar las suscripciones, y por tanto, la mayor atracción relativa de una parrilla respecto de otra dependerá de la estrategia de cada empresa⁷⁵.

En ese contexto, consideramos que la omisión del análisis de la variación de los niveles de precio facilitó que no se determine con objetividad las causas que realmente generaron las variaciones en el mercado, como por ejemplo el referido a la variación de la participación de los competidores. En atención a lo expuesto, se observa que para la evaluación de los efectos anticompetitivos de la conducta *exclusoria* se han seguido en cierta medida las pautas metodológicas que proponemos en la presente investigación. Sin embargo, a nuestro criterio, se han incurrido en errores conceptuales sobre las figuras del derecho de la libre competencia que nos llevan a discrepar con la decisión final adoptada por el Osiptel, y que pudieron haber sido superados, en alguna medida, de haberse analizado los criterios propuestos en la presente investigación de manera conjunta.

2. Procedimiento de oficio iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A. por abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas⁷⁶

Según se desprende del caso, el Osiptel como parte de su metodología para evaluar la conducta, realizó un análisis de efectos, empleando el test de balance de efectos anticompetitivos y procompetitivos, propuesto en nuestro marco analítico⁷⁷.

Del análisis efectuado por Osiptel y a partir de los criterios esbozados en el capítulo anterior, apreciamos que se evaluó cómo la práctica afectó la participación de mercado de los

⁷⁵ Del mismo modo, cabe citar el voto en discordia emitido por Bullard y Pollarolo en el caso Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C. por la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas, derivadas de la celebración de convenios de exclusividad en la transmisión de contenidos para las empresas de distribución de radiodifusión por cable, en el cual señalaron lo siguiente:

“Las preferencias de los consumidores son consecuencia del éxito de los proveedores por generarlas y/o captarlas. Por ello, cualquier intervención del Estado sobre las preferencias debe hacerse con cuidado para evitar que se envíe al mercado mensajes que pongan en riesgo los incentivos existentes para esforzarse en obtener tales preferencias. (...) La adquisición de la titularidad exclusiva sobre cierta programación que goza de las preferencias de los consumidores es una estrategia de diferenciación de producto que se transforma en una ventaja competitiva. Esa ventaja dificulta a los competidores su participación en el mercado pero, precisamente, los fuerza a buscar alternativas de diferenciación, lo que genera más y mejores opciones. Un segundo aspecto relevante es que las preferencias sobre programación son menos estables de lo que se sugiere en la resolución adoptada por la mayoría. La programación es producto básicamente de creatividad y esfuerzo para identificar preferencias de los consumidores, que no son permanentes. Los consumidores cambian continuamente sus gustos por canales, lo que se aprecia en la información de ratings y preferencias contenida en el expediente.”
Resolución N° 062-CCO-2000.

⁷⁶ Expediente N° 005-2011-CCO-ST/LC. Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL.

⁷⁷ Ciertamente en la resolución, el análisis de efectos se concluye señalando lo siguiente:

“En conclusión, los beneficios asociados a la práctica de TELEFÓNICA no justifican la realización de la práctica investigada, dado que no se ha acreditado la existencia de beneficios al bienestar del consumidor derivados de eficiencias que contrapesen, en suficiente medida, los efectos anticompetitivos de la práctica”.

competidores. Para ello, se recurrió al análisis de la evolución de los principales indicadores del mercado (en particular, el mercado de telefonía afectado por la práctica), así como se estableció un escenario contrafactual que revelaría que el crecimiento de los competidores fue sustancialmente menor al que se hubiese producido en un escenario de competencia.

En definitiva, la aplicación de estos criterios permitió concluir que se afectó la participación en el mercado de los competidores de Telefónica.

En lo que se refiere al análisis de las variaciones de precios de los servicios en cuestión, se aprecia que Osiptel no realizó una evaluación detallada sobre el particular. La autoridad solo concluyó que debido a que se habría afectado a los competidores, como consecuencia necesaria existiría una afectación al bienestar de los consumidores. Sin embargo, se omite realizar un análisis de las tarifas de los servicios involucrados a efectos de determinar si la práctica habría tenido un impacto directo en la posibilidad de los usuarios de acceder a ellos. A nuestro criterio, hubiese sido conveniente determinar cuál fue el real impacto de la venta atada en los precios de los servicios en el mercado, en particular, si en una parte del análisis se concluyó que se habrían producido beneficios a nivel tarifario en un grupo de usuarios⁷⁸. Esta omisión deja abierta la real dimensión de la práctica anticompetitiva desde el punto de vista de los usuarios o consumidores.

Otro de los criterios que hemos esbozado precedentemente para evaluar los efectos anticompetitivos de la conducta es la posibilidad de crear barreras de acceso al mercado como consecuencia de la práctica. Al respecto, el Osiptel concluyó que un efecto de la venta atada fue la limitación de la expansión de la red de los competidores de Telefónica. Así, se puede aducir que a consideración de la autoridad, se habría generado una barrera de tipo estratégica en el mercado al haber evitado ilícitamente la reducción del tamaño de su red fija, con el consecuente efecto de impedir el incremento del tamaño de la red de sus competidores.

De otro lado, se advierte que la práctica de atadura sí habría limitado la libertad de elección de los consumidores. Esta situación habría sido verificada por el Osiptel a partir de las constataciones

⁷⁸ En la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTTEL, se indica lo siguiente:

“542. Al respecto, en la misma línea de lo señalado en la resolución apelada, se debe anotar que no basta que una determinada práctica suponga un ahorro de costos en beneficio del usuario, sino que además este debe ser suficiente en modo tal que supere los perjuicios ocasionados por el efecto *exclusorio* de la práctica.

543. Así, si bien en el corto plazo la práctica habría generado un beneficio a nivel tarifario para un grupo de usuarios, se ha demostrado que la estrategia de comercialización de TELEFÓNICA estaría afectando a sus competidores del mercado de telefonía, causando con esto un perjuicio reflejado en la disminución de eficiencia en la asignación de recursos, con un impacto desfavorable a la libre competencia que ha sido analizado en los puntos precedentes”.

efectuadas en sus actuaciones de fiscalización, en donde se acreditó que no era posible para los usuarios adquirir el servicio de internet fijo vía ADSL sin adquirir el servicio de telefonía fija. Ello pese a que se acreditó la factibilidad técnica de prestar ambos servicios de manera independiente. A partir de la verificación de los criterios metodológicos propuestos en la presente investigación para realizar el análisis del efecto *exclusorio*, se podría concluir que al darse 3 de ellos nos encontramos ante una práctica sancionable por el efecto anticompetitivo que se generó en el mercado. Sin embargo, al no realizarse un exhaustivo análisis sobre las variaciones de precios o de la variación de la calidad de los servicios, consideramos que ello le resta contundencia a la evaluación realizada por el Osiptel para acreditar si en efecto, la conducta de atadura generó un impacto directo en el bienestar de los consumidores.

3. Procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra América Móvil S.A.C. por abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes⁷⁹

Sobre el análisis de efectos realizado por el Cuerpo Colegiado del Osiptel, cabe resaltar que, al igual que en las resoluciones precedentes, dicha autoridad de competencia señaló expresamente el estándar de análisis empleado para determinar los efectos de la conducta analizada: el test de balance de efectos anticompetitivos y procompetitivos, lo cual –conforme se indicó anteriormente– sigue en la línea del marco analítico propuesto.

De otro lado, se observa que el referido Colegiado empleó los criterios de variación de la participación de mercado de los competidores⁸⁰ y posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado, los cuales –según se indicó precedentemente– consideramos son necesarios para determinar en forma certera el efecto anticompetitivo.

No obstante, dentro del análisis efectos no se consideró la variación de los niveles de precios que habría generado o generaría la conducta, visto desde la perspectiva del consumidor o usuario.

Al respecto, si bien la empresa presentó un informe señalando que se habría incrementado el excedente del consumidor entre 2 a 26 millones de soles, tales cifras no fueron verificadas, toda vez que, en términos generales, el Osiptel manifestó que a largo plazo, la práctica desplazaría a los competidores y reduciría las posibilidades de poder obtener mejores precios en el mercado.

En nuestra opinión, un análisis de variación de precios al consumidor hubiera permitido conocer el impacto de la práctica en toda su dimensión, siendo que un efecto innegable de ella fue que los

⁷⁹ Expediente 010-2013-CCO-ST/LC. Resolución del Cuerpo Colegiado N° 023-2015-CCO/OSIPTEL.

⁸⁰ Lo cual incluye el análisis de la participación en los ingresos y el tráfico, concentración del mercado en función al tráfico e ingresos, y crecimiento del tráfico generado por las empresas en la red de América Móvil y otras redes.

usuarios de la red de América Móvil contaron con precios más bajos para acceder al servicio de LDI.

Otro de los criterios propuestos, que no fue evaluado a detalle en la resolución, fue el de libertad de elección del consumidor. En este caso, solo se indicó que la restricción a dicha libertad podría ser un efecto potencial a largo plazo, luego que la práctica permitiera excluir a los competidores. Sobre el particular, consideramos que correspondía que la agencia de competencia realice un análisis de si la práctica redujo las opciones de los consumidores en el corto y largo plazo, evaluando para ello los diversos medios que podrían emplear los usuarios para acceder al servicio de LDI (efectuar llamadas desde una línea fija, teléfono público, tarjeta de pago, portarse a otro operador móvil, entre otros). Dicho análisis hubiera contribuido a poder evaluar la conducta en su integridad, y determinar con mayor precisión su carácter anticompetitivo.

Cabe indicar que si bien la presente investigación tiene como materia de estudio el análisis de los efectos de las prácticas *exclusorias*, no podemos dejar de mencionar que ello no implica que suscribamos las conclusiones arribadas sobre la definición de mercado relevante, ni la metodología empleada para determinar la práctica de estrechamiento de márgenes.

En cuanto a este último punto, cabe mencionar que si bien el Osiptel optó por la teoría seguida por la Comisión Europea, existen otras posturas como la desarrollada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América⁸¹, que postula que el estrechamiento de márgenes es de carácter excepcional, ante: i) Condiciones de obligación de trato *–essential facilities–*, y ii) Condiciones de depredación de precios. De haberse seguido en el presente caso dicha posición, correspondía que para determinar la configuración de la práctica, el Osiptel evalúe si en el mercado aguas arriba y/o aguas abajo los precios impuestos por la empresa verticalmente integrada *predaban* el mercado.

4. Análisis y discusión de los resultados

En primer término, de los pronunciamientos revisados se advierte que la agencia de competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones ha manifestado su adhesión al estándar propuesto en la presente investigación para el análisis de los efectos de la práctica *exclusoria*: test de balance de efectos anticompetitivos y procompetitivos.

Ahora bien, en cuanto a los criterios que corresponde que sean evaluados como mínimo y de manera

⁸¹ Pavón-Villamayor (2014).

conjunta en el análisis de efectos anticompetitivos, es de indicar que, en todos los casos estudiados, se han seguido los criterios de variación de la participación de mercado de los competidores y posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado. Ello permite advertir que la referida agencia de competencia ante una conducta de carácter *exclusorio* tiene como prioridad determinar si esta tiene la capacidad de afectar a los competidores (actuales o potenciales).

No obstante, se observa que, en los casos bajo estudio, el Osiptel no empleó el criterio de variación de niveles de precios, ni de variación del nivel de calidad del servicio o producto.

Asimismo, respecto del criterio de la libertad de elección de los consumidores, si bien fue mencionado en sus pronunciamientos, no se efectuó un análisis profundo de este.

Al respecto, consideramos que los tres criterios descritos en el párrafo anterior permiten determinar la afectación que la práctica ocasiona directamente en el bienestar del consumidor. Ciertamente, a través de una revisión de aquellos se podrá verificar si la conducta afectó los precios al consumidor (y con ello observar si se disminuyó o no en su excedente), o si incidió en la calidad del producto o servicio que recibe el usuario y/o si se limitó su capacidad de elección.

Sobre el particular, es de indicar que las normas de libre competencia tienen como objeto, proteger el proceso competitivo para el bienestar de los consumidores, por lo que, para poder sancionar una práctica por afectación a tales normas corresponde se evalúe no solo la afectación directa a los competidores, sino también a los consumidores, siendo que ambos forman parte del proceso competitivo que la ley de represión de conductas anticompetitivas busca proteger.

De no analizarse de manera conjunta los criterios propuestos, consideramos se generaría el riesgo de no evaluar los efectos de la conducta en su real dimensión, en específico, desde el punto de vista de los usuarios o consumidores.

De otro lado, es de indicar que, de aplicar la agencia de competencia de manera uniforme los lineamientos propuestos, no solo contribuirá a evaluar la conducta en su integridad y determinar con mayor precisión su carácter anticompetitivo, sino que también brindará mayor predictibilidad de sus decisiones a los administrados.

Cabe indicar que si bien se propone un estándar para el análisis de efectos anticompetitivos de todas las conductas *exclusorias*, los criterios se proponen como mínimos, siendo que corresponderá a la agencia de competencia aplicar aquellos criterios propios de la conducta, como

por ejemplo el de traslado de la posición de dominio para el caso de prácticas de atadura.

De otro lado, es de indicar que si bien la evaluación de los criterios planteados demandará un mayor tiempo y recursos de parte de las agencias de competencia, este se puede reducir considerablemente, en tanto desde el inicio de la investigación por parte de los órganos instructores se requiera la información necesaria que permita su análisis. Asimismo, conforme se indicó en los párrafos precedentes, son altos los beneficios que otorgan, por lo que bien puede superar los costos en los que incurra la administración al respecto.

Para viabilizar la aplicación de la presente propuesta, correspondería que el Tribunal de Solución de Controversias del Osipitel emita lineamientos para la evaluación de efectos anticompetitivos en las conductas *exclusorias*, incluyendo los criterios antes expuestos. Ello permitirá contar con un documento de mayor difusión hacia los administrados y que vincula, en mayor medida, su aplicación por parte de la propia administración.

Sobre este último punto, se debe resaltar que la emisión de lineamientos por parte de dicho órgano tiene un proceso más expeditivo que el de una modificación normativa que permita su incorporación en las normas de defensa de la libre competencia.

Conclusiones y recomendaciones

1. Conclusiones

1. En la doctrina se han desarrollado, principalmente, los siguientes test o estándares de evaluación de las conductas *exclusorias*: (i) Test de balance de efectos, (ii) Test de competidor igualmente eficiente (*Equally efficient competitor test*), (iii) Test *profit sacrifice*, el Test *no economic sense* y (iv) Test de la desproporcionalidad (*Disproportionality test*). De la revisión de la jurisprudencia nacional y comparada se observa que el test del balance de efectos es el más empleado por las agencias de competencia, el cual considera una ponderación entre los efectos anticompetitivos y procompetitivos de las conductas *exclusorias*.
2. Respecto de los criterios para determinar los efectos anticompetitivos, es principalmente a nivel de la jurisprudencia que se observa su desarrollo. En el caso de la jurisprudencia internacional, destacan como criterios más utilizados el hecho que la práctica genere o eleve barreras de entrada al mercado en el cual se desempeña el presunto dominante, o que mediante aquella se limite la libertad de los usuarios o consumidores. En sede nacional, se observa que el empleo de criterios adicionales; sin embargo, su aplicación no es uniforme, ni concurrente, lo cual puede generar incertidumbre y falta de predictibilidad sobre cómo se realizará la evaluación del efecto anticompetitivo de las prácticas de exclusión.
3. De la revisión de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia nacional y comparada, hemos concluido que corresponde el empleo del test de balance de efectos como estándar de análisis de los efectos de las conductas *exclusorias*, toda vez que es el que mejor se enmarca dentro de nuestro esquema normativo de carácter legal y constitucional, que propugna la defensa de la libre competencia para el bienestar de los consumidores. Asimismo, proponemos que los criterios que como mínimo deberían ser empleados para determinar el efecto anticompetitivo de las prácticas de exclusión sean los siguientes:
 - Variación de la participación de mercado de los competidores.
 - Variación de los niveles de precios en el mercado.
 - Posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado.
 - Limitación de la libertad de elección de los consumidores.
 - Variación de la calidad de los productos o servicios.
4. La idoneidad de aplicar los criterios antes señalados en la evaluación de prácticas *exclusorias* también se sustenta en la encuesta y la entrevista estructurada efectuada a los expertos en materia de libre competencia en sede nacional. En primer término, los expertos en su mayoría coinciden con la propuesta de aplicar un estándar de análisis para todas las conductas *exclusorias*, así como de aplicar el test de balance de efectos para realizar el análisis de efectos

de tales conductas (con un porcentaje de 71% y 57% de aceptación, respectivamente). Asimismo, de las encuestas efectuadas se pudo concluir que los criterios propuestos en la presente investigación para determinar el efecto anticompetitivo, cuentan con un alto nivel de aceptación por parte de los expertos (un 77% en promedio).

5. De la revisión de las tres decisiones expedidas por el Osiptel que versan sobre prácticas de exclusión, advertimos que se ha dado preponderancia a la evaluación de criterios como la variación de la participación de mercado de los competidores y la posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado. Sin embargo, se han dejado de lado o no se han analizado con profundidad los criterios de variación de los niveles de precios en el mercado, limitación de la libertad de elección de los consumidores y variación de la calidad de los productos o servicios. Desde nuestro punto de vista, en la medida que corresponde determinar el impacto de las conductas anticompetitivas sobre el proceso competitivo (lo que incluye el impacto sobre los consumidores), la aplicación de estos criterios hubiese permitido a la autoridad tener una mayor certeza sobre el alcance de las prácticas *exclusorias* analizadas en los procedimientos en mención.

2. Recomendaciones

1. Con la finalidad de brindar mayor predictibilidad a los agentes económicos y evitar sancionar conductas empresariales que pueden resultar eficientes, recomendamos que el Osiptel como agencia de competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones considere los criterios detallados en el numeral 3) como parte de su evaluación de las prácticas anticompetitivas de exclusión.
2. Los criterios propuestos podrían ser aplicados no solo por el Osiptel sino también por el Indecopi, en la medida que ambas entidades son encargadas de la implementación de la política de competencia en el Perú.
3. Para viabilizar la aplicación de los referidos criterios, se recomienda que el Tribunal de Solución de Controversias del Osiptel emita lineamientos para la evaluación de efectos anticompetitivos en las conductas *exclusorias*. Asimismo, para facilitar su aplicación se recomienda que sea su órgano instructor quien requiera la información necesaria para evaluar los criterios propuestos, dentro de la etapa de investigación.

Bibliografía

- Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985). En: *Justia Us Supreme Court*. Fecha de consulta 10/09/2016. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/case.html>>
- Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993). En: *Justia Us Supreme Court*. Fecha de consulta 10/09/2016. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/209/case.html>>
- Carlton, Dennis W. (2001). “A general analysis of exclusionary conduct and refusal to deal – why Aspen and Kodak are misguided”. En: *National Bureau of Economic Research*. Fecha de consulta 11/07/2016. <www.nber.org/papers/w8105>.
- Constitución Política del Perú (1993). En: *Sistema peruano de información jurídica – SPIJ*. Fecha de consulta 10/07/2016. <<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>>
- Comisión Europea. (1997). “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”. Diario Oficial N° C 372. Págs. 05 a 13. En: *Eur – Lex*. Fecha de consulta: 10/09/2016. <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209(01))>
- Comunicación de la Comisión Europea - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, 2009/C 45/02. En: *Eur– Lex*. Fecha de consulta: 09/06/2016 <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52009XC0224(01))>
- Decreto Legislativo N° 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En: *Indecopi*. Fecha de consulta: 10/07/2016. <<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583>>
- Eastman Kodak Co. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992). En: *Justia Us Supreme Court*. Fecha de consulta 10/09/2016. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/case.html>>
- Gerencia de Relaciones Empresariales-OSIPTTEL (2005). “Documento de Trabajo N° 001-2005. Medidas Regulatorias que promuevan la competencia en el Mercado de Radiodifusión de Televisión Por Cable. Elaborado por: Barrantes Cáceres, Roxana. En: *Osiptel*. Fecha de consulta: 15/06/2016. <https://www.Osiptel.gob.pe/Archivos/info_empresas/Políticas_competencias/Doc_trabajo-Medidas_promocion_competencia_Cabl.pdf>

- Figari, Hugo; Gómez, Hugo; y Zúñiga, Mario (2005). “Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio”. En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual – INDECOPI*. Fecha de consulta: 20/07/2016.
<<http://servicio.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2005/HFigari%20HGomez%20MZuniga.pdf>>
- Grimm, Karen L. (2008). “General standards for exclusionary conduct”. En: *Federal Trade Commission*. Pp. 2 y 3. Fecha de consulta: 07/06/2016
<https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/section-2-sherman-act-hearings-single-firm-conduct-related-competition/section2generalstandards.pdf>
- Kresalja Rosselló, Baldo y Quintana Sánchez, Eduardo (2005). “La Doctrina de las Facilidades Esenciales y su recepción en el Perú”. *Ius Et Veritas*. Lima: Año XV N° 31. Fecha de consulta: 10/06/2016. Disponible en:
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12409/12972>>
- Melamed, A. Douglas y Rubinfeld, Daniel L. (2007). *U.S. v. Microsoft: Lessons Learned and Issues Raised*. En: *Antitrust Stories*, Foundation Press. New York: Berkeley Law University of California. Fecha de consulta: 20/09/2016. <https://www.law.berkeley.edu/files/Antitrust_stories_Microsoft.pdf>
- Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD (2006). “What is Competition on the Merits?” Pág. 1. En: *OECD*. Fecha de consulta: 09/06/2016.
<<http://www.oecd.org/competition/mergers/37082099.pdf>>
- Pavón-Villamayor, Víctor (2014). “Tarifas On-Net & Off-Net: Margin Squeeze en el sector de las Telecomunicaciones”. En: *Superintendencia de Poder de Mercado del Gobierno del Ecuador*. Fecha de consulta 30/06/2016.
<<http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/01/4.-Victor-Pav%C3%B3n-Villamayor-Tarifas-on-net-y-off-net.pdf>>
- Procedimiento seguido contra Pemex Refinación por ventas atadas. En: *Comisión federal de competencia económica*. Fecha de consulta: 20/06/2016 <https://www.cofece.mx/cofece/images/Promocion/Historias/PEMEX_vf_24Mar15.pdf>
- Resolución N° 460-2016/SDC-INDECOPI. En: *Expediente N° 007-2007/CLC*. Archivo Indecopi.
- Resolución N° 062-CCO-2000. En: *OSIPTEL*. Fecha de consulta 15/07/2016.
<https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/info_empresas/Solucion_controversias/006-99-1P.pdf>
- Resolución N° 006-2003/CLC-INDECOPI. En: *Centro regional de competencia para América Latina*. Fecha de consulta: 15/04/2016. <http://www.crcal.org/eventos/10-03-14/rel_wong/Resolucion_Comision.pdf>

- Resolución N° 0454-2007/TDC-INDECOPI. En: *Expediente N° 011-2002/CLC*. Archivo Indecopi.
- Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI. En: *Expediente N° 010-2004/CLC* y *Expediente N° 012-2004/CLC*. Archivo Indecopi.
- Resolución N° 857-2014/SDC-INDECOPI. En: *Expediente N° 003-2008/CLC*. Archivo Indecopi.
- Resolución N° 026-2010/CLC-INDECOPI. En: *Autoridad Nacional de Protección al Consumidor*. <<https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/Res026-2010.pdf>>
- Resolución N° 059-2011/CLC-INDECOPI. En: *Autoridad Nacional de Protección al Consumidor*. <<https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/Res059-2011CLC.pdf>>
- Resolución N° 0589-2015/SDC-INDECOPI. En: *Expediente N° 011-2009/CLC*. Archivo Indecopi.
- Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL. En: *Osiptel*. Fecha de Consulta 15/04/2016. <<https://www.osiptel.gob.pe/articulo/81306-resolucion-n-0042013tscosiptel>>
- Resolución N° 007-2013-TSC/OSIPTEL. En: *Osiptel*. Fecha de Consulta 15/04/2016. <<https://www.osiptel.gob.pe/articulo/86463-resolucion-n-0072013tscosiptel>>
- Resolución del Cuerpo Colegiado N° 023-2015-CCO/OSIPTEL. En: *Osiptel*. Fecha de Consulta 15/04/2016. <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/exp010-2013-cc/Res023-2015-CCO-_Exp003-2013.pdf>
- Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 62 (1911). En: *Justia Us Supreme Court*. Fecha de consulta 10/09/2016. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html>>
- Sherman Act. En: *Nyu Stern*. Fecha de consulta 10/09/2016. <http://www.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf>
- United States of America, Appellee v. Microsoft Corporation, Appellant, 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001). En: *Justia Us Law*. Fecha de consulta 10/09/2016. <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/253/34/576095/>>
- Sentencia 90/2009 del 14 de diciembre de 2009 expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la República de Chile. En: *Fiscalía Nacional Económica*. Fecha de consulta 10/09/2016. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/sent_0090_2009.pdf>
- United States v. Aluminum Co. Of Am. (Alcoa), 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945). En: *Justia Us Law*. Fecha de consulta 10/09/2016. <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/>>
- US Department of Justice (2008). “Competition and Monopoly. Single firm conduct under Section 2 of the Sherman Act”. En: *The United States Department of Justice*. Chapter 3. General standards for exclusionary conduct, pp. 33 y ss. Fecha de consulta: 09/06/2016.

- <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2009/05/11/236681.pdf>
- US Department of Justice (2009). “Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law”. Fecha de publicación: 11/05/2009. Fecha de consulta: 09/06/2016
<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>
 - Verizon Commc´ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 US 398 (2004). En: *Justia Us Supreme Court*. Fecha de consulta 10/09/2016. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/opinion.html>

Anexos

Anexo 1. Decreto Legislativo N° 1034

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;
Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS **TÍTULO I** **DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

2.2. Las personas naturales que actúan en nombre y por encargo de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, con sus actos generan responsabilidad en éstas, sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil.

2.3. A los efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término “agente económico”. También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico.

2.4. La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta. Se incluye en esta disposición a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.” (*)

(*) Numeral incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015.

Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo.-

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.

No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor.

Artículo 4.- Ámbito de aplicación territorial.-

La presente Ley es de aplicación a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aún cuando dicho acto se haya originado en el extranjero.

Artículo 5.- Primacía de la realidad.-

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

TÍTULO II **MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO**

Artículo 6.- El mercado relevante.-

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

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

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

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

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

TÍTULO III

DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Capítulo I

Sobre la Naturaleza de las Prohibiciones

Artículo 8.- Prohibición absoluta.-

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

Artículo 9.- Prohibición relativa.-

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

Capítulo II

Del Abuso de la Posición de Dominio

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

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

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
- g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,
- h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

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

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

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

Capítulo III

De las Prácticas Colusorias Horizontales

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

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

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

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

"11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

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

11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.

Capítulo IV

De las Prácticas Colusorias Verticales

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

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 libre competencia.

12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.

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.

12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.

TÍTULO IV

DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Artículo 13.- Las autoridades de competencia.-

13.1. En primera instancia administrativa la autoridad de competencia es la Comisión, entendiendo por ésta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI.

13.2. En segunda instancia administrativa la autoridad de competencia es el Tribunal, entendiendo por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

Artículo 14.- La Comisión.-

14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público.

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

- a) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente;
- b) Dictar medidas cautelares;
- c) Dictar medidas correctivas respecto de las conductas anticompetitivas;
- d) Expedir Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley;
- e) Sugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros; y, (*)

(*) Literal modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

"e) Sugerir, exhortar o recomendar a las entidades de la Administración Pública señaladas en el Artículo I de la Ley N° 27444 sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada o la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros. La Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI deberá remitir las recomendaciones de la Comisión a las entidades de la Administración Pública correspondientes, las cuales deberán responder explicando su posición en relación con las propuestas planteadas en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles desde su notificación, bajo responsabilidad. Las recomendaciones también serán comunicadas a la Presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Economía y Finanzas; y "

f) Las demás que le asignen las disposiciones legales vigentes.

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

- a) Efectuar investigaciones preliminares;
- b) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas;
- c) Tratándose de una denuncia de parte, decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia, según corresponda;
- d) Solicitar a la Comisión el dictado de una medida cautelar;
- e) Instruir el procedimiento sancionador, realizando investigaciones y actuando medios probatorios, y ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del INDECOPI;
- f) Excepcionalmente y con previo acuerdo de la Comisión, podrá inmovilizar por un plazo no mayor de diez (10) días hábiles prorrogables por otro igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registros en general de la persona natural o jurídica investigada, tomando copia de los mismos. En iguales circunstancias, podrá retirarlos del local en que se encuentren, hasta por quince (15) días hábiles, requiriendo de autorización judicial para proceder al retiro, conforme al proceso especial previsto en el literal c) del numeral 15.3 del presente Artículo;

g) Realizar estudios y publicar informes; (*)

(*) Literal modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

"g) Realizar estudios y publicar informes, incluyendo actividades de investigación dirigidas a proponer a la Comisión el ejercicio de las facultades establecidas en el literal e) del numeral 14.2 del artículo 14;"

h) Elaborar propuestas de Lineamientos;

i) Canalizar el apoyo administrativo que requiera la Comisión;

j) Realizar actividades de capacitación y difusión de la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia; y,

k) Otras que le asignen las disposiciones legales vigentes.

15.3. Para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para:

(a) Exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas. (*)

(*) Literal modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

"(a) Exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos o electrónicos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas."

(b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, en vídeo, disco compacto o cualquier otro tipo de instrumento electrónico.

(c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos, magnéticos o electrónicos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública.

La Secretaría Técnica deberá obtener autorización judicial previa para proceder al descerraje en caso hubiera negativa a la entrada en los locales o éstos estuvieran cerrados, así como para copiar correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos, conforme al proceso especial que a continuación se detalla:

(i) *La Secretaría Técnica solicitará al Juez Penal de Turno una cita para obtener una autorización especial de descerraje o copia de correspondencia privada, sin mencionar el nombre de la persona natural o jurídica, sociedad irregular o patrimonio autónomo que será materia de inspección sin previo aviso.*

(ii) *Recibida la solicitud, el Juez programará, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, y bajo responsabilidad, una reunión con la Secretaría Técnica, en la que podrá estar presente un Fiscal.*

(iii) *En el despacho del Juez, y en la hora programada, el Secretario Técnico explicará al Juez y, de ser el caso, también al Fiscal, las razones de su solicitud de autorización especial de descerraje o copia de correspondencia privada, presentando la información o exhibiendo los documentos que evidencian la existencia de indicios razonables de la comisión de una infracción administrativa por parte de la persona o empresa que será materia de inspección, la que será identificada en el acto así como el lugar donde se realizará la inspección. En dicha reunión, si el Juez estima que la solicitud resulta justificada, la declarará procedente, emitiendo en el acto la resolución correspondiente, levantándose un Acta suscrita por todos los presentes.*

(iv) *En la resolución mencionada en el párrafo anterior se señalará el nombre, denominación o razón social de la persona o empresa que será inspeccionada por la Secretaría Técnica así como el lugar donde se encuentra ubicado el local o locales materia de inspección, y se motivará y especificará los alcances de la autorización correspondiente, la que podrá comprender, entre otros, la revisión y copia de los correos electrónicos recibidos o remitidos por los directivos, administradores o representantes de la persona o empresa materia de investigación.*

(v) *En un plazo no mayor de tres (3) días de culminada la visita de inspección, la Secretaría Técnica elaborará un informe dando cuenta de los pormenores de la diligencia, la que será remitida al Juez y, de ser el caso, al Fiscal que estuvo en la reunión.*

(vi) *Tanto el Juez como el Fiscal antes mencionados deberán guardar reserva absoluta del proceso especial, bajo responsabilidad, desde el inicio de la reunión en la que se evalúe la solicitud de autorización especial de descerraje y/o copia de correspondencia privada presentada por la Secretaría Técnica hasta el momento en que reciban de ésta el informe a que se refiere el párrafo anterior.*

(vii) *En caso de negativa, la Secretaría Técnica se encuentra habilitada para formular una segunda solicitud de autorización especial de descerraje o copia de correspondencia privada. (*)*

(*) Acápites modificados por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

"(i) La Secretaría Técnica solicitará al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo con competencia para conocer de las impugnaciones contra las decisiones de los órganos resolutivos del Indecopi una audiencia reservada, sin mencionar el nombre de la persona natural o jurídica, sociedad irregular o patrimonio autónomo que será materia de inspección sin previo aviso, o de la solicitud de levantamiento del secreto de las comunicaciones.

(ii) Recibida la solicitud, el Juez programará, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, y bajo responsabilidad, una audiencia reservada con la Secretaría Técnica, en la que podrá estar presente un Fiscal.

(iii) En el despacho del Juez, y en la hora programada, el Secretario Técnico explicará al Juez y, de ser el caso, también al Fiscal, las razones de su solicitud de autorización, presentando la información o exhibiendo los documentos que evidencien la existencia de indicios de la posible comisión de una infracción administrativa por parte de la persona o empresa que será materia de inspección o de levantamiento del secreto de las comunicaciones, la que será identificada en el acto, así como el lugar donde se realizará la inspección. En dicha audiencia, si el Juez estima que la solicitud resulta justificada, la declarará procedente y emitirá la resolución correspondiente. Asimismo, se levantará un Acta suscrita por todos los presentes. El Juez no comunicará esta decisión a la persona o empresa que será materia de inspección sin previo aviso o del levantamiento del secreto de las comunicaciones.

(iv) En la resolución mencionada en el párrafo anterior se señalará el nombre, denominación o razón social de la persona o empresa materia de levantamiento del secreto de las comunicaciones o de inspección, en cuyo caso deberá

identificarse el lugar donde se encuentra ubicado el domicilio, local o locales materia de inspección. Dicha resolución deberá motivar y especificar los alcances de la autorización correspondiente.

(v) En un plazo no mayor de siete (7) días de culminada la visita de inspección o de (30) días de obtenida la autorización para el levantamiento del secreto de las comunicaciones, la Secretaría Técnica elaborará un informe dando cuenta de la información obtenida, que será remitido al Juez y, de ser el caso, al Fiscal que estuvo en la audiencia reservada.

(vi) Tanto el Juez como el Fiscal antes mencionados deberán guardar reserva absoluta del proceso especial descrito en los párrafos anteriores, bajo responsabilidad. Especialmente, tanto el Juez como el Fiscal deberán guardar absoluta reserva de los documentos remitidos por la Secretaría Técnica o de la información comunicada por ella al sustentar su pedido de autorización judicial, bajo responsabilidad.

(vii) En caso en que el Juez deniegue el pedido de autorización judicial solicitado por la Secretaría Técnica, se levantará un acta en la que se consignen los motivos de la negativa. El Juez no comunicará esta decisión a la persona o empresa que fue materia de la solicitud denegada. Además, la Secretaría Técnica podrá formular una nueva solicitud de autorización judicial. El incumplimiento, por parte del juez, de los plazos establecidos en el procedimiento antes mencionado podrá ser informado al órgano de control interno del Poder Judicial.”

“(d) Solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones para recabar elementos de juicio sobre una infracción, en los casos que corresponda. La solicitud se presenta ante el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo con competencia para conocer de las impugnaciones contra las decisiones de los órganos resolutivos del Indecopi. Para estos efectos, la Secretaría Técnica sigue el procedimiento descrito en el literal precedente y puede solicitar la colaboración del Ministerio Público o de la Policía Nacional.” (*)

(*) Literal incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015.

Artículo 16.- El Tribunal.-

16.1. El Tribunal es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica.

16.2. El Tribunal, a través de su Secretaría Técnica, está facultado para, de oficio, actuar medios probatorios que permitan esclarecer los hechos imputados a título de infracción.

Artículo 17.- Del OSIPTEL.-

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

TÍTULO V

DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Capítulo I

De la Postulación

Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento.-

18.1. El procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte.

18.2. *En el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. (*)*

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

"18.2. En el procedimiento sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio."

18.3. El procedimiento sancionador podrá ser iniciado cuando la conducta denunciada se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos.

Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

(a) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso.

(b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.

(c) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.

(d) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador. Esta tasa está exceptuada del límite en cuanto al monto establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 20.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte.-

Presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de conductas anticompetitivas, la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas. Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados desde la presentación de la denuncia.

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.

21.2. La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:

- a) La identificación de agente o agentes económicos a los que se imputa la presunta infracción;
- b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder;
- c) La identificación del órgano competente para la resolución del caso, indicando la norma que le atribuya dicha competencia; y,
- d) La indicación del derecho a formular descargos y el plazo para su ejercicio.

21.3. La resolución de inicio del procedimiento se informará a la Comisión en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles y, en este mismo plazo, se notificará a los agentes económicos denunciados y a quienes presentaron la denuncia de parte, las que se consideran apersonadas al procedimiento por dicha presentación, de ser el caso.

21.4. La resolución que declare inadmisibles o improcedentes la denuncia es impugnables ante el Tribunal en el plazo de quince (15) días hábiles.

21.5. Admitida a trámite la denuncia, si la Secretaría Técnica lo considera pertinente, publicará una nota sucinta sobre su objeto, de manera que cualquiera con interés legítimo pueda apersonarse al procedimiento o simplemente aportar información a la investigación. Dicha nota se publicará en la página web del INDECOPI, en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional.

Artículo 22.- Plazo para la presentación de descargos.-

22.1. El denunciado o denunciados podrán contestar los cargos imputados en la resolución de inicio del procedimiento en un plazo de treinta (30) días hábiles, presentando los argumentos que estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes.

22.2. Durante el plazo mencionado en el párrafo precedente, otras partes con interés legítimo pueden apersonarse al procedimiento, expresando los argumentos y ofreciendo las pruebas que resulten relevantes, previo cumplimiento de los requisitos para formular una denuncia de parte.

Capítulo II

De las Medidas Cautelares

Artículo 23.- Medidas cautelares.-

23.1. Antes de iniciarse el procedimiento sancionador o en cualquier etapa dentro de éste, la Comisión podrá dictar, a solicitud de la Secretaría Técnica o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte o de tercero con interés legítimo que también se haya apersonado al procedimiento, una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas que se pudieran dictar en la resolución final.

23.2. La Comisión podrá adoptar la medida cautelar innovativa o no innovativa, genérica o específica, que considere pertinente, en especial la orden de cesación de actividades, la obligación de contratar, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos, la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la competencia afectada y evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere.

23.3. Las medidas cautelares deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

23.4. Cuando la medida cautelar se otorgue antes de iniciarse un procedimiento sancionador, dicha medida caducará si no se inicia un procedimiento sancionador dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de su notificación.

23.5. Tratándose de solicitudes de parte, la Comisión podrá aceptarlas o desestimarlas en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, prorrogables por una sola vez y por el mismo plazo. No son exigibles, a quien presente la solicitud, medidas de aseguramiento civil como contracautela o similares. La Comisión podrá conceder medidas cautelares distintas a las solicitadas, siempre que considere que se ajusten de mejor manera a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar.

23.6. En cualquier momento del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, se podrá acordar la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares.

23.7. Las resoluciones que imponen medidas cautelares son apelables ante el Tribunal en el plazo de cinco (5) días hábiles. La apelación de medidas cautelares se concederá sin efecto suspensivo, tramitándose en cuaderno separado, y sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 216 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. El Tribunal se pronunciará sobre la apelación en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles.

23.8. El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas cautelares.

Artículo 24.- Requisitos para el dictado de medidas cautelares.-

Para el otorgamiento de una medida cautelar, la Comisión deberá verificar el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos:

- (a) El pago de la tasa por derecho de trámite ascendente a media (1/2) Unidad Impositiva Tributaria;
- (b) La verosimilitud de la denuncia;
- (c) El peligro en la demora del pronunciamiento final; y,
- (d) La posibilidad de lo pedido.

Capítulo III

Del Compromiso de Cese y la Solicitud de Exoneración de Sanción

Artículo 25.- Del Compromiso de Cese.-

25.1. *Dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, el presunto o presuntos responsables podrán ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.*

25.2. *La solicitud de compromiso de cese se tramitará en cuaderno aparte, siendo accesorio del expediente principal.*

25.3. *Para evaluar la solicitud de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Secretaría Técnica tomará en consideración el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:*

(a) Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese;

(b) Que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores. Para ello se podrá tomar en cuenta, de modo indiciario, el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores; y,

(c) Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.

25.4. *La Secretaría Técnica evaluará la propuesta y, en caso de estimarla satisfactoria, propondrá a la Comisión la suspensión del procedimiento administrativo principal, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o denegatoria de la propuesta, siendo su pronunciamiento inimpugnabile debido a su naturaleza eminentemente discrecional.*

25.5 *En caso de incumplimiento del compromiso se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. El referido incumplimiento será tratado como una infracción grave, por lo que la Comisión podrá imponer al denunciado una multa de hasta mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias.*

25.6. *Las declaraciones e información que los investigados aporten en el procedimiento de solicitud de compromiso de cese no podrán ser utilizadas en el expediente principal del procedimiento de investigación y sanción de la conducta anticompetitiva, bajo sanción de nulidad de este último.*

25.7. *La aprobación del compromiso de cese no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso. (*)*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 25.- Compromiso de Cese.-

25.1. *Dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, los investigados podrán ofrecer, de manera individual o conjunta, un compromiso de cese referido a la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador a cambio de implementar medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta infractora.*

25.2. *La solicitud de compromiso de cese se tramitará como cuestión incidental, siendo accesorio del expediente principal.*

25.3. *Para evaluar la propuesta de compromiso de cese, y en ejercicio de una facultad discrecional, la Secretaría Técnica tomará en consideración que los solicitantes ofrezcan medidas correctivas que permitan asegurar el restablecimiento del proceso competitivo, así como revertir los efectos lesivos de la conducta infractora. Adicionalmente, los solicitantes podrán ofrecer medidas complementarias que evidencien su propósito de enmienda.*

25.4. *La Secretaría Técnica evaluará el ofrecimiento en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles y, en caso de estimarlo satisfactorio, propondrá a la Comisión su aprobación sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso de cese y los plazos de vigilancia que resulten aplicables. Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos de la propuesta.*

25.5. *La Comisión decidirá la aprobación o denegatoria de la propuesta en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles de recibida la propuesta de la Secretaría Técnica, siendo su pronunciamiento inimpugnabile debido a su naturaleza eminentemente discrecional. Con la aprobación de la propuesta, la Comisión emitirá una resolución dando por concluido el procedimiento administrativo sancionador únicamente respecto del imputado a quien se le hubiese*

aprobado el compromiso de cese, declarando su responsabilidad por las conductas materia del compromiso, y estableciendo las medidas correctivas que correspondan, así como los plazos de vigilancia aplicables.

25.6. De verificarse el cumplimiento oportuno de los compromisos asumidos, la Comisión declarará dicha situación mediante pronunciamiento escrito en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles desde el vencimiento del plazo de vigilancia correspondiente.

25.7. El incumplimiento del compromiso de cese constituirá una infracción autónoma y calificada como una infracción grave, por lo que la Comisión podrá imponer una multa de hasta mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la decisión de la Comisión. Adicionalmente, la Comisión podrá ordenar la imposición de multas coercitivas para exigir el cumplimiento de los compromisos aprobados aplicándose las reglas previstas en el Artículo 47 de la presente Ley.

25.8. Las declaraciones y documentación que los solicitantes aporten en el procedimiento de solicitud de compromiso de cese no podrán ser utilizadas en su contra en el expediente principal del procedimiento de investigación y sanción de las conductas anticompetitivas reconocidas. No obstante, podrán ser incorporadas al expediente principal para acreditar la responsabilidad de otros imputados, una vez aprobado el compromiso de cese por parte de la Comisión.

25.9. La aprobación del compromiso de cese no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

25.10. La Comisión podrá expedir Lineamientos estableciendo plazos, reglas y condiciones particulares para la mejor aplicación del presente artículo.”

Artículo 26.- Exoneración de sanción.-

26.1. *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento.*

26.2. *El compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el interesado y la Secretaría Técnica y contendrá la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado, lo exonera de sanción respecto de la conducta llevada a cabo, no pudiendo la Comisión, ni ninguna otra autoridad administrativa o jurisdiccional, seguirle o iniciarle procedimiento administrativo o proceso judicial por los mismos hechos.*

26.3. *Si son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado pruebas de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración. Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información es distinta a la que posee la autoridad de competencia, ya sea por propias investigaciones o por la solicitud de exoneración presentada con anterioridad. La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa.*

26.4. *La aprobación de exoneración de sanción no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso. (*)*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 26.- Exoneración de sanción.-

26.1. Antes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a detectar y acreditar la existencia de una práctica colusoria, así como a sancionar a los responsables.

26.2. La solicitud de exoneración de sanción se presentará por escrito y será tramitada, en un expediente confidencial, de conformidad con el siguiente procedimiento:

a. Recibida la solicitud, la Secretaría Técnica verificará inmediatamente que ésta contenga información general sobre la conducta delatada que resulte suficiente para otorgarle un orden de prelación al solicitante. De ser el caso, otorgará al solicitante un plazo máximo de cinco (5) días hábiles para completar dicha información, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada.

b. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de presentada la solicitud, la Secretaría Técnica comunicará al solicitante el orden de prelación que le corresponderá en el caso de solicitudes concurrentes, otorgándole un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para que presente toda la información vinculada con las infracciones reveladas, bajo apercibimiento de perder la prelación otorgada. Dicho plazo podrá ser prorrogado, por un período equivalente, cuando la complejidad de la investigación lo exija. La Secretaría Técnica podrá realizar las actividades de investigación complementarias que estime pertinentes.

c. De considerar que el solicitante ha aportado elementos relevantes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, la Secretaría Técnica negociará con él la suscripción de un compromiso de exoneración de sanción, que establecerá los alcances del deber de colaboración del solicitante, el compromiso de la Comisión de exonerarlo de sanción, así como el deber de reserva de la Secretaría Técnica y la Comisión respecto de la identidad del

solicitante. El compromiso de exoneración de sanción será suscrito por el solicitante y la Secretaría Técnica. Para ello, la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del compromiso. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de información declarada reservada por la Comisión.

d. El cumplimiento del deber de colaboración establecido en el compromiso de exoneración de sanción, desde su suscripción hasta el momento en que la Comisión emita su decisión final en el marco del procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas, exonera de sanción al solicitante respecto de la infracción o infracciones materia del compromiso, no pudiendo la Comisión, ni ninguna otra autoridad administrativa, seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos.

e. Si, en el marco del procedimiento sancionador sobre conductas anticompetitivas materia de la solicitud de exoneración, la Secretaría Técnica considera que el solicitante no se encuentra cumpliendo con su deber de colaboración, le informará de esta circunstancia, otorgándole un plazo razonable para subsanar su incumplimiento, bajo apercibimiento de informar a la Comisión al momento en que ésta deba decidir otorgar el beneficio de exoneración.

f. Si la Comisión impusiese sanciones en el marco del procedimiento administrativo sancionador, deberá otorgar la exoneración de sanción a la solicitante. Únicamente podrá denegar dicho beneficio cuando la Secretaría Técnica haya informado del incumplimiento no subsanado del deber de colaboración por parte del solicitante, en cuyo caso la Comisión deberá valorar dicho incumplimiento al decidir si otorga o no dicho beneficio. La Comisión también podrá denegar dicho beneficio si del análisis de los elementos de prueba se verifica de manera indubitable que el solicitante se encuentra en la situación a la que se refiere el artículo 26.5, previo informe de la Secretaría Técnica en el mismo sentido.

26.3. Si son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado elementos de prueba respecto de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración. Otros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información aporta un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión. La Secretaría Técnica analizará en cada caso la pertinencia de la reducción de la multa, de acuerdo con los siguientes rangos:

a. El segundo solicitante de exoneración de sanción podrá recibir una reducción entre el treinta y el cincuenta por ciento (30 - 50%) de la multa que hubiese resultado aplicable.

b. El tercer solicitante podrá recibir una reducción entre el veinte y el treinta por ciento (20 - 30%) de la multa que hubiese resultado aplicable.

c. Los subsiguientes solicitantes podrán recibir una reducción máxima del veinte por ciento (20%) de la multa que hubiese resultado aplicable.

26.4. La Secretaría Técnica podrá rechazar las solicitudes de exoneración o reducción de sanción que se presenten luego de iniciado un procedimiento administrativo sancionador. No obstante, podrá aceptar dichas solicitudes en la medida que introduzcan elementos de juicio que aporten un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión. En este último caso, el solicitante podrá beneficiarse únicamente con una reducción de la multa, aplicándose los rangos indicados en el numeral anterior.

26.5. El agente económico que haya ejercido coerción sobre otros agentes para la ejecución de una conducta infractora no podrá beneficiarse con la exoneración de la sanción aplicable. Podrá, no obstante, beneficiarse con una reducción de la multa en la medida que introduzca elementos de juicio que aporten un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión, aplicándose los rangos indicados en el numeral 26.3 del presente artículo.

26.6. La exoneración o reducción de la sanción aplicable no elimina ni limita la responsabilidad civil de los imputados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

26.7. La Comisión podrá expedir Lineamientos estableciendo plazos, reglas y condiciones o restricciones particulares para la mejor aplicación del presente artículo.”

“26-A.- Reconocimiento.-

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, dentro del plazo para presentar descargos, cualquier agente económico investigado podrá reconocer la comisión de una o más infracciones contenidas en la imputación de cargos de la Secretaría Técnica. En este caso, la multa que hubiese resultado aplicable será reducida hasta en un quince por ciento (15%) en lo que corresponde a las infracciones reconocidas. Dicho beneficio se perderá si el imputado impugna la decisión de la Comisión en lo que corresponde a la determinación de responsabilidad.” (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015.

Capítulo IV De la Instrucción

Artículo 27.- Período de prueba.-

El período de prueba no podrá exceder de siete (7) meses contados a partir del vencimiento del plazo para la contestación. Los gastos de actuación de las pruebas son de cargo de las partes que las ofrecen y no tienen naturaleza tributaria.

Artículo 28.- Medios de prueba.-

28.1. La Secretaría Técnica podrá actuar, o las partes ofrecer, los siguientes medios probatorios:

- a) Documentos;
- b) Declaración de parte;
- c) Testimonios;
- d) Inspecciones;
- e) Pericias; u,
- f) Otras pruebas si a criterio de la Secretaría Técnica son necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados o imputados.

28.2. En caso fuera necesario realizar una inspección, ésta será efectuada por la Secretaría Técnica o por el funcionario designado por ésta para dicho efecto. Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien se encuentre a cargo de ella, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del almacén, oficina o establecimiento correspondiente.

28.3. Tanto para la actuación de las pruebas como para la realización de las diligencias, la Secretaría Técnica o el funcionario designado por ésta podrá requerir la intervención de la Policía Nacional, sin necesidad de notificación previa, para garantizar el cumplimiento de sus funciones;

28.4. Los medios probatorios deberán ser costeados por quien los ofrezca. Los costos de aquellos que sean ordenados por la autoridad podrán ser distribuidos entre el imputado y quien haya presentado la denuncia de parte, de ser el caso, al finalizar el procedimiento y dependiendo de su resultado.

Artículo 29.- Improcedencia de medios probatorios.-

La Secretaría Técnica podrá rechazar los medios probatorios propuestos por los agentes económicos investigados, por quienes hayan presentado la denuncia de parte o por terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, cuando sean manifiestamente impertinentes o innecesarios, mediante resolución motivada.

Artículo 30.- Actuaciones de instrucción.-

30.1. La Secretaría Técnica está facultada, en razón de su competencia, a realizar de oficio cuantas actuaciones probatorias resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los documentos, información u objetos que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia o no de la infracción administrativa que se imputa.

30.2. Si, como consecuencia de la instrucción del procedimiento, resultase modificada la determinación inicial de los hechos o de su posible calificación, la Secretaría Técnica emitirá una nueva resolución de imputación que sustituirá como pliego de cargos a la resolución de inicio del procedimiento, informando de ello a la Comisión y notificando a las personas imputadas, así como a las personas que hayan presentado la denuncia de parte, si fuera el caso. En caso de emitirse esta nueva resolución, se inicia un nuevo cómputo de plazos para la formulación de los descargos y un nuevo cómputo del plazo legal que corresponde a la tramitación del procedimiento.

30.3. Un mes antes de finalizar el período de prueba, la Secretaría Técnica informará a las partes de dicha circunstancia.

30.4. Dentro de un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación a que se refiere el numeral anterior, las partes que lo consideren pertinente podrán presentar, como pruebas adicionales, únicamente documentos, de lo que se correrá traslado a todas las partes del procedimiento.

30.5. Al finalizar el período de prueba, la Secretaría Técnica informará a las partes que la etapa probatoria a su cargo terminó, por lo que ya no admitirá la presentación de medios probatorios adicionales.

Capítulo V

De la Información Pública y Confidencial

Artículo 31.- Acceso al expediente.-

En cualquier momento del procedimiento, y hasta que éste concluya en sede administrativa, únicamente la parte investigada, quien haya presentado una denuncia de parte o terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a éste y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial. ()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 31.- Acceso al expediente.-

En cualquier momento del procedimiento, y hasta que éste concluya en sede administrativa, únicamente la parte investigada, quien haya presentado una denuncia de parte o terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a éste y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial. A partir del día siguiente de la notificación de la Resolución final de la Comisión a las partes interesadas, las versiones no confidenciales de dicha resolución y del Informe Técnico de la Secretaría Técnica serán públicas, debiendo informarse de la falta de agotamiento de la vía administrativa, cuando corresponda.”

Artículo 32.- Información confidencial.-

32.1. A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto comercial o

industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

La solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial o industrial será concedida, siempre que:

- a) Dicha información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
- b) Quienes tengan acceso a dicho conocimiento tengan la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
- c) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

32.2. Sólo podrán acceder a la información declarada bajo reserva los miembros de la Comisión y los vocales del Tribunal, sus Secretarios Técnicos y las personas debidamente autorizadas por éstos que laboren o mantengan una relación contractual con el INDECOPI.

32.3. En los casos en que la Comisión o el Tribunal conceda el pedido de reserva formulado, tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva de la información confidencialidad, bajo responsabilidad.

32.4. Para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Para evaluar si la información tiene carácter confidencial, la Comisión evaluará la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación.

32.5. Tratándose de una visita de inspección o una entrevista, y en el momento de realizarse esta diligencia, el interesado podrá solicitar la reserva genérica de toda la información o documentación que esté declarando o suministrando a la Secretaría Técnica. Ésta, con posterioridad, deberá informar al interesado qué información o documentación resulta pertinente para la investigación, otorgando un plazo razonable para que el interesado individualice, respecto de la información pertinente, la solicitud de confidencialidad conforme a lo establecido en el párrafo anterior.

32.6. La autoridad podrá declarar de oficio la reserva de información vinculada a la intimidad personal o familiar.

32.7. *Los procedimientos y plazos para la declaración de reserva de información confidencialidad serán establecidos por Directiva conforme lo prevé la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.* (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

"32.7. La información que constituya prueba de cargo no podrá ser declarada o mantenida como confidencial para los imputados en el procedimiento administrativo sancionador. La calificación de prueba de cargo corresponde a la Secretaría Técnica como órgano instructor del procedimiento administrativo sancionador y será ésta quien resuelva los pedidos de confidencialidad que recaigan sobre pruebas de cargo. Su pronunciamiento podrá ser objeto de apelación dentro del plazo de cinco (5) días hábiles de notificado, debiendo resolverse por el Tribunal en un plazo improrrogable de treinta (30) días hábiles."

"32.8. Los procedimientos y plazos para la declaración de reserva de información confidencial serán establecidos por Directiva de la Sala Plena del Tribunal conforme lo prevé la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI" (*)

(*) Numeral incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015.

Capítulo VI

De la Conclusión del Procedimiento en Primera Instancia

Artículo 33.- El Informe Técnico.-

33.1. En un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles contados desde el vencimiento del período de prueba, la Secretaría Técnica emitirá un Informe Técnico dando cuenta de lo siguiente:

- (i) Hechos probados;
- (ii) Determinación de la infracción administrativa;
- (iii) Identificación de los responsables;
- (iv) Propuesta de graduación de la sanción; y,
- (v) Propuesta de medidas correctivas pertinentes.

33.2. En caso de que la Secretaría Técnica no encuentre pruebas de la existencia de una conducta anticompetitiva, propondrá a la Comisión la declaración de inexistencia de infracción administrativa.

33.3. El Informe Técnico será notificado a las partes del procedimiento, quienes contarán con un plazo de quince (15) días hábiles para formular alegaciones y presentar escritos solicitando el uso de la palabra ante la Comisión.

33.4. Vencido el plazo para formular alegaciones, la Secretaría Técnica dispondrá de un plazo de cinco (5) días hábiles para poner en conocimiento de la Comisión lo actuado en el procedimiento, su Informe Técnico, las alegaciones de las partes respecto del Informe Técnico y, de ser el caso, las solicitudes de uso de la palabra que se hubieran presentado.

Artículo 34.- La audiencia de informe oral.-

Una vez puesto en su conocimiento el Informe Técnico y las alegaciones, la Comisión podrá, conforme a las solicitudes formuladas o de oficio, citar a las partes a audiencia de informe oral, considerando la necesidad de dicha diligencia para contar con suficientes elementos de juicio para resolver, con no menos de cinco (5) días de anticipación.

Artículo 35.- Preclusión en la presentación de pruebas y alegatos finales.-

35.1. Excepcionalmente, la Comisión dispondrá la actuación de medios probatorios adicionales si, a su juicio, resultan pertinentes para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

35.2. Si la Comisión ordena la actuación de medios probatorios adicionales, las partes tendrán derecho a presentar los suyos, abriéndose una fase probatoria de treinta (30) días hábiles, lo que será notificado a todas las partes del procedimiento.

35.3. Concluida la fase probatoria mencionada en el numeral anterior, la Comisión podrá citar a las partes a una segunda audiencia de informe oral, con no menos de cinco (5) días de anticipación.

35.4. Las partes podrán presentar alegatos finales sólo hasta los diez (10) días hábiles siguientes de realizado el informe oral a que se refiere el numeral anterior. Las partes no podrán presentar pruebas adicionales en sus alegatos finales.

35.5. Cualquier documento presentado con posterioridad al vencimiento del plazo antes indicado no será tomado en consideración por la Comisión.

Artículo 36.- Resolución final.-

36.1. La Comisión tendrá un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir del vencimiento del plazo que tienen las partes para presentar alegatos finales, para emitir su pronunciamiento.

36.2. La resolución de la Comisión será motivada y decidirá todas las cuestiones que se deriven del expediente. En la resolución no se podrá atribuir responsabilidad a los involucrados por hechos que no hayan sido adecuadamente imputados en la instrucción del procedimiento.

36.3. La resolución se notificará a las partes comprendidas en el procedimiento en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde su expedición.

Capítulo VII

Del Procedimiento en Segunda Instancia

Artículo 37.- Recurso de apelación.-

37.1. La resolución final de la Comisión es apelable por el imputado, por quien haya presentado la denuncia de parte y por los terceros con interés legítimo que se hayan apersonado al procedimiento, ante el Tribunal, en el plazo de quince (15) días hábiles. La Secretaría Técnica podrá apelar la resolución que exculpa a los investigados, así como la multa impuesta.

37.2. Asimismo, son apelables ante el Tribunal, en el mismo plazo, los siguientes actos de la Secretaría Técnica o la Comisión, según corresponda:

- a) Los que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento; y,
- b) Los que puedan producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

37.3. La apelación será concedida por el órgano que emitió el acto que se impugna y sin efecto suspensivo, salvo que dicho órgano disponga lo contrario.

37.4. Contra los actos y resoluciones de la Secretaría Técnica y la Comisión no cabe recurso de reconsideración.

37.5. El recurso de apelación se tramita en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días hábiles. La resolución del Tribunal se notificará a las partes del procedimiento y a los terceros que se hayan apersonado en un plazo máximo de diez (10) días hábiles desde su expedición.

Artículo 38.- Interposición del recurso de apelación.-

38.1. El recurso se presentará ante el órgano que expidió la resolución que se apela, el que lo remitirá al Tribunal, junto con el expediente principal, o en cuaderno por cuerda separada, según corresponda, y una vez comprobado que reúne los requisitos de admisibilidad y procedencia, en el plazo de quince (15) días hábiles. Frente a la declaración de inadmisibilidad o improcedencia del recurso se podrá interponer recurso de queja ante el Tribunal.

38.2. Las partes interesadas en la determinación de la existencia de una conducta infractora y la imposición de una sanción sólo podrán apelar la resolución final cuando ésta haya exculpado al denunciado.

Artículo 39.- Tramitación del recurso de apelación.-

39.1. El Tribunal notificará a los interesados, en un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la recepción del expediente, el arribo de éste y el inicio del trámite del recurso de apelación.

39.2. Los apelantes podrán presentar las alegaciones, documentos y justificaciones que estimen pertinentes, en un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación señalada en el numeral anterior.

39.3. A pedido de parte, o de oficio, el Tribunal citará a audiencia de informe oral a las partes para que expongan sus alegatos finales, con no menos de cinco (5) días de anticipación.

39.4. Las partes podrán presentar alegatos finales sólo hasta los cinco (5) días hábiles siguientes de realizado el informe oral. Cualquier documento presentado con posterioridad no será tomado en consideración por el Tribunal.

Artículo 40.- Resolución del Tribunal.-

La resolución del Tribunal no podrá suponer la imposición de sanciones más graves para el infractor sancionado, cuando éste recurra o impugne la resolución de la Comisión.

Artículo 41.- Cuestionamiento a las resoluciones del Tribunal.-

Las resoluciones definitivas del Tribunal agotan la vía administrativa. No cabe la interposición de recurso alguno en la vía administrativa y únicamente podrá interponerse contra ellas una demanda contenciosa administrativa en los términos fijados en la legislación de la materia.

Capítulo VIII

Prescripción de la Infracción

Artículo 42.- Plazo de prescripción de la infracción administrativa.-

Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de realizado el último acto de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de noventa (90) días hábiles por causa no imputable al investigado.

TÍTULO VI

SANCIÓN Y ELIMINACIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Capítulo I

De la Sanciones por la Infracción Administrativa

Artículo 43.- El monto de las multas.-

43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,

c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

43.2. En caso de tratarse de colegios profesionales o gremios de empresas, o agentes económicos que hubieran iniciado sus actividades después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1 000) UIT.

43.3. Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, sociedad irregular, patrimonio autónomo o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

43.4. La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

43.5. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo a la presente Ley, se utilizará la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción.

43.6. *La multa aplicable será rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele su monto con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución de la Comisión que puso fin a la instancia y en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución. (*)*

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

"43.6. La multa aplicable será rebajada en un quince por ciento (15%) cuando el infractor cancele su monto con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución de la Comisión que puso fin a la instancia y en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución."

"43.7. La presentación de información falsa, o el ocultamiento, destrucción o alteración de información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Secretaría Técnica, la Comisión o el Tribunal, o que sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o el incumplimiento injustificado de los requerimientos de información que formulen, o la negativa a comparecer, o el entorpecimiento del ejercicio de las funciones de la Secretaría Técnica, la Comisión o el Tribunal, podrán ser sancionadas por la Comisión o el Tribunal, según corresponda, con multa no mayor de mil (1000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la decisión de la Comisión; sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda." (*)

(*) Numeral incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015.

Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- (a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- (b) La probabilidad de detección de la infracción;
- (c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- (d) La dimensión del mercado afectado;

- (e) La cuota de mercado del infractor;
- (f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- (g) La duración de la restricción de la competencia;
- (h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- (i) La actuación procesal de la parte.

Artículo 45.- Prescripción de la sanción.-

45.1. La acción para exigir el cumplimiento de las sanciones prescribe a los tres (3) años contados desde el día siguiente a aquél en que la resolución por la que se impone la sanción quede firme.

45.2. Interrumpirá la prescripción de la sanción, la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución coactiva. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento de ejecución coactiva permaneciera paralizado durante más de treinta (30) días hábiles por causa no imputable al infractor.

Capítulo II

Medidas Correctivas

Artículo 46.- Medidas correctivas.-

46.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;
- b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,
- d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.

46.2. El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 46.- Medidas correctivas.-

46.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las cuales, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;
- b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,
- d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.

46.2. La Comisión también podrá dictar medidas correctivas dirigidas a revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora.

46.3. El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas.

46.4. La Comisión podrá expedir Lineamientos precisando los alcances del presente artículo, para su mejor aplicación.”

Capítulo III

Multas coercitivas

Artículo 47.- Multas coercitivas por incumplimiento de medidas cautelares.-

47.1. Si el obligado a cumplir una medida cautelar ordenada por la Comisión o el Tribunal no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una multa no menor de veinticinco (25) UIT ni mayor de ciento veinticinco (125) UIT, para cuya graduación se podrán tomar en cuenta los criterios señalados en el Artículo 44 de la presente Ley. La multa que corresponda deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

47.2. En caso de persistir el incumplimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta, hasta el límite de mil (1 000) UIT. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer una sanción distinta al final del procedimiento.

Artículo 48.- Multas coercitivas por incumplimiento de medidas correctivas.-

48.1. Si el obligado a cumplir una medida correctiva ordenada por la Comisión en su resolución final no lo hiciera, se le impondrá una multa coercitiva equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la multa impuesta por infracción de la conducta anticompetitiva declarada. La multa coercitiva impuesta deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

48.2. En caso de persistir el incumplimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesivamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla la medida correctiva ordenada y hasta el límite de dieciséis (16) veces el monto de la multa coercitiva originalmente impuesta.

48.3. Las multas coercitivas impuestas no tienen naturaleza de sanción por infracción de la conducta anticompetitiva.

TÍTULO VII

PRETENSION DE INDEMNIZACIÓN

Artículo 49.- Indemnización por daños y perjuicios.-

Agotada la vía administrativa, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de conductas declaradas anticompetitivas por la Comisión, o, en su caso, por el Tribunal, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante INDECOPI, y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios.

“En el supuesto mencionado en el párrafo precedente el INDECOPI, previo acuerdo de su Consejo Directivo, se encuentra legitimado para iniciar, en defensa de los intereses difusos y de los intereses colectivos de los consumidores, un proceso judicial por indemnización por daños y perjuicios derivados de las conductas prohibidas por la presente norma, conforme a lo establecido por el artículo 82 del Código Procesal Civil. En este supuesto, se aplicará, en lo que corresponda, lo establecido por los artículos 130 y 131 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.”(*)

(*) Segundo párrafo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA.- Aplicación de la presente Ley a los procedimientos en trámite.-

Las disposiciones de la presente Ley de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo N° 701, en la etapa en que se encuentren.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

PRIMERA.- Derogación genérica.-

Esta Ley es de orden público y deroga todas las disposiciones legales o administrativas, de igual o inferior rango, que se le opongan o contradigan.

SEGUNDA.- Derogación expresa.-

Quedan derogadas expresamente a partir de la vigencia de la presente Ley, las siguientes normas:

- a) El Decreto Legislativo N° 701 y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias; y,
- b) Los Artículos 232 y 233 y el Numeral 3 del Artículo 241 del Código Penal.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Competencia primaria.-

El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos.

SEGUNDA.- Prácticas anticompetitivas en contrataciones del Estado.-

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado identifique alguna conducta que pudiera constituir una práctica anticompetitiva en los términos de esta Ley, comunicará tal hecho al INDECOPI para que éste, a través de sus órganos competentes, y de ser el caso, inicie el procedimiento sancionador correspondiente y determine la responsabilidad que pudiere existir.

Únicamente en caso de que el INDECOPI determinara la existencia de una infracción y ésta quedara firme, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE procederá a la inscripción de los infractores en el registro de inhabilitados para contratar con el Estado que corresponda.

TERCERA.- *Investigación de conductas con efectos fuera del país.-*

En el marco exclusivo de un acuerdo internacional, y en aplicación del principio de reciprocidad, la Comisión podrá investigar, de conformidad con la presente Ley, conductas anticompetitivas desarrolladas en el territorio nacional pero con efectos en uno o más países que forman parte del referido acuerdo.

De igual modo, en el desarrollo de las investigaciones llevadas a cabo con arreglo a un acuerdo internacional, y en aplicación del principio de reciprocidad, la Comisión podrá intercambiar información, incluyendo información confidencial, con las autoridades competentes de los países que formen parte de dichos Acuerdos. ()*

(*) Disposición modificada por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente:

"TERCERA.- Cooperación internacional.-

En el marco de un acuerdo internacional o de un convenio con una autoridad de competencia extranjera, la Secretaría Técnica podrá investigar, de conformidad con la presente Ley, conductas anticompetitivas desarrolladas en el territorio nacional pero con efectos en uno o más países que formen parte de dichos acuerdos o convenios.

De igual modo, en el desarrollo de las investigaciones llevadas a cabo con arreglo a un acuerdo internacional o a un convenio con una autoridad de competencia extranjera, la Secretaría Técnica podrá intercambiar información, incluyendo información confidencial, con las autoridades competentes de los países que formen parte de dichos acuerdos o convenios. Esta facultad se ejerce sin perjuicio del deber de reserva aplicable al trámite de solicitudes de exoneración de sanción, conforme a lo establecido en el Artículo 26 de la presente Ley.

La Secretaría Técnica y la Comisión podrán notificar a los agentes económicos investigados cuyos domicilios se encuentren en el extranjero, a través de la correspondiente oficina consular del Perú, en atención al ejercicio de la función notarial prevista en el Reglamento Consular, sujeto a la respectiva Tarifa de Derechos Consulares.”

CUARTA.- Vigencia.-

La presente Ley entrará en vigencia a los treinta (30) días de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

“QUINTA.- Cooperación de las entidades de la Administración Pública.-

Las entidades de la Administración Pública están obligadas a entregar la información que requiera la Secretaría Técnica para el cumplimiento de sus funciones. Esta facultad se ejerce sin perjuicio de la reserva tributaria y el secreto bancario, conforme a la normativa de la materia. La información que tenga carácter reservado recibirá un tratamiento equivalente por parte de la Secretaría Técnica.”(*)

(*) Disposición incorporada por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1205, publicado el 23 septiembre 2015.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veinticuatro días del mes de junio del año dos mil ocho.

ALAN GARCÍA PÉREZ

Presidente Constitucional de la República

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ

Presidente del Consejo de Ministros

Anexo 2. Modelo de cuestionario de la encuesta y entrevista estructurada

ENCUESTA SOBRE EVALUACIÓN DE PRÁCTICAS EXCLUSORIAS

1. Los criterios de evaluación para determinar los efectos anticompetitivos de una práctica exclusiva deberían ser los siguientes¹:

Criterio de evaluación	Sí	No
1. Variación de la participación de mercado de los competidores.		
2. Variación de los niveles de precios en el mercado.		
3. Posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado.		
4. Limitación de la libertad de elección de los consumidores.		
5. Variación de la calidad de los productos o servicios.		

2. ¿Qué otros criterios además de los señalados en la pregunta precedente consideraría para la evaluación de los efectos anticompetitivos de una práctica exclusiva?

3. Para la aplicación de los criterios antes mencionados, usted considera que el estándar de análisis que debería aplicar la agencia de competencia debe ser:

() **Balance entre efectos negativos y positivos de la conducta:** es decir, se debe cuantificar y sopesar los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la conducta. De este modo, se declarará ilegal toda conducta que luego de dicho balance genere un daño neto.

() **Test de la desproporcionalidad:** Bajo este test, si la conducta tiene efectos negativos y positivos, solo será ilegal si genera un daño substancialmente anticompetitivo en comparación a los beneficios pro competitivos.

4. Según su criterio, para determinar el efecto anticompetitivo de las prácticas exclusorias debería existir un estándar de análisis:

() Aplicable a todas las conductas exclusorias

() Para cada tipo de conducta exclusiva

5. ¿Cuál es el estándar aplicable que considera adecuado para la evaluación de los casos de prácticas anticompetitivas (infracciones a las normas de libre competencia)?

() Bienestar del consumidor

() Bienestar agregado

() Otro (describir):

6. Comentario adicional (de considerarlo conveniente):

¹ Como supuesto se considera que la carga de la prueba sobre los efectos anticompetitivos de la práctica exclusiva recaen sobre la agencia de competencia, a diferencia de los efectos pro competitivos cuya demostración corresponde al presunto infractor. Asimismo, se asume que para la determinación de la ilegalidad de la práctica también se deberán evaluar las eficiencias alegadas por el denunciado.

Anexo 3. Tabla de resultados de encuesta y entrevista

PREGUNTAS / ENCUESTADOS		Alejandro Falla	Claudia Barriga	Eduardo Quintana
Pregunta 1	Variación de la participación de mercado de los competidores.		Sí	Sí
	Variación de los niveles de precios en el mercado.		Sí	Sí
	Posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado.	Sí	Sí	No*
	Limitación de la libertad de elección de los consumidores.		Sí	Sí
	Variación de la calidad de los productos o servicios		Sí	Sí
Pregunta 2	Otros criterios	La limitación a la entrada es la variable crítica.	Relación precio - costo del servicio o producto en cuestión	Competidor eficiente o igualmente eficiente que el infractor
Pregunta 3	Balance entre efectos negativos y positivos de la conducta		Sí	Sí
	Test de la desproporcionalidad:	Sí		
Pregunta 4	Aplicable a todas las conductas <i>exclusorias</i>	Sí		Sí
	Para cada tipo de conducta <i>exclusoria</i>		Sí	
Pregunta 5	Bienestar del consumidor		Sí	Sí
	Bienestar agregado	Sí		
	Otro			
Comentario adicional		La limitación a la entrada es la variable crítica. Siempre debe estar presente. Todo lo demás puede ser una consecuencia o manifestación (precios, calidad, participaciones) de lo anterior. No obstante que existan estas manifestaciones no debiera ser asumido como una evidencia de la existencia de la variable crítica. La conducta debe implicar la generación de una barrera de acceso o permanencia. De lo contrario, la conducta no debiera ser cuestionada.		Dado que la norma peruana refiere a la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, y siendo que la eficiencia económica incluye el bienestar agregado, la primacía del estándar del bienestar del consumidor tendría que ser explicada mostrando que al final del día los efectos negativos sobre el bienestar del consumidor típicamente conllevan a la afectación del bienestar agregado (todos somos consumidores al final de cuentas).

* “No, tendrían que ser barreras creadas efectivamente, pues la potencialidad puede resultar muy etérea”.

PREGUNTAS / ENCUESTADOS		Hugo Figari	Humberto Ortiz	Jesús Espinoza
Pregunta 1	Variación de la participación de mercado de los competidores.	Sí	Sí	Sí
	Variación de los niveles de precios en el mercado.	Sí	Sí	Sí
	Posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado.	Sí	Sí	Sí
	Limitación de la libertad de elección de los consumidores.	Sí	Sí	Sí
	Variación de la calidad de los productos o servicios	Sí	Sí	No
Pregunta 2	Otros criterios	Los mencionados son los principales		El control (legal y/o de hecho) de algún otro nivel de la cadena (aguas arriba o abajo)
Pregunta 3	Balance entre efectos negativos y positivos de la conducta		Sí	Sí
	Test de la desproporcionalidad:	Sí		
Pregunta 4	Aplicable a todas las conductas <i>exclusorias</i>	Sí		Sí
	Para cada tipo de conducta <i>exclusoria</i>		Sí	
Pregunta 5	Bienestar del consumidor	Sí	Sí	Sí
	Bienestar agregado			
	Otro			
Comentario adicional		Los criterios señalados en la pregunta 1 se podrían utilizar para determinar los efectos anticompetitivos. Sin embargo, no se requiere que la conducta afecte todos y cada uno de esos factores. Por ejemplo, la determinación de efectos anticompetitivos podría provenir únicamente de la determinación de un efecto de incremento de precios.	El análisis de los efectos de una conducta <i>exclusoria</i> sobre los competidores, real o potencial, tiene la ventaja de ser más sencillo que la evaluación de los efectos sobre la demanda. Sin embargo, a la hora de ponderar los efectos negativos con los positivos, se debe considerar que los efectos positivos (mayor eficiencia) puedan ser externalizados a los consumidores (evitando el ejercicio de poder de mercado).	El análisis de efectos y justificaciones van de la mano. Se analiza una conducta con capacidad de lesionar la competencia y luego se analiza la razonabilidad (o regla de la razón) de las justificaciones de la empresa (lo cual involucra los efectos pro competitivos).

PREGUNTAS / ENCUESTADOS		Joselyn Olaechea
Pregunta 1	Variación de la participación de mercado de los competidores.	No
	Variación de los niveles de precios en el mercado.	Sí
	Posibilidad de elevar o crear barreras de entrada al mercado.	Sí
	Limitación de la libertad de elección de los consumidores.	Sí
	Variación de la calidad de los productos o servicios	No
Pregunta 2	Otros criterios	También considerarse el comportamiento histórico de la empresa del grupo económico al que pertenece.
Pregunta 3	Balance entre efectos negativos y positivos de la conducta	Sí
	Test de la desproporcionalidad:	En blanco
Pregunta 4	Aplicable a todas las conductas <i>exclusorias</i>	
	Para cada tipo de conducta <i>exclusoria</i>	Sí
Pregunta 5	Bienestar del consumidor	Sí
	Bienestar agregado	
	Otro	
Comentario adicional		En blanco

Anexo 4. Tablas de resumen de jurisprudencia del Indecopi

Resoluciones de abuso de posición de dominio de la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI AÑOS 2007 - 2015			Criterios evaluados en el análisis de Efectos Anticompetitivos
Nº	Nº de Resolución // Nº Expediente	Conducta analizada	
1	Nº 0407-2007/TDC-INDECOPI Exp. 005-2002/CLC	Denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y diecisiete personas naturales que ocuparon cargos directivos y gerenciales en dicha empresa, por abusó de su posición dominante limitando la competencia en el servicio de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao, al establecer contratos de exclusividad con los prácticos marítimos licenciados para operar en el TPC; obstaculizar injustificadamente el entrenamiento de nuevos aspirantes a prácticos pese a encontrarse legalmente obligada a ello marítimos en el TPC; y, negarse injustificadamente a contratar con las agencias marítimas alegando la inexistencia de relaciones comerciales que las vinculen.	No se desarrolló un análisis de efectos en la resolución. No obstante, en la parte inicial al momento de describir la estructura del mercado se hizo mención a la salida de algunos competidores debido al abuso de posición de dominio de la empresa denunciada.
2	Nº 0454-2007/TDC-INDECOPI Exp. Nº 011-2002/CLC	Denuncia de la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú contra Vopak Serlipa S.A. y Petróleos del Perú – Petroperú S.A., por abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en el acceso al arrendamiento de capacidad de almacenamiento de GLP en el Terminal del Callao	a) Beneficio anticompetitivo de Vopak: aplicar tarifas diferenciadas entre Llama Gas y PetroPerú. b) Beneficio anticompetitivo de PetroPerú: Evitar perder a un cliente antiguo como Aseeg, con menor poder de negociación, y/o que se disminuya su consumo al facilitar la importación del GLP; así como, cuidar su posición en el nivel comercial donde participa dentro de la cadena de comercialización del GLP
3	1122-2007/TDC-INDECOPI Exp. 010-2004/CLC y 012-2004/CLC	Denuncia de Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C. a Ferrocarril Trasandino S.A. por abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa injustificada de trato, al haberse negado a atender su solicitud de alquiler de material tractivo y rodante.	a) Los consumidores solo tendrán una alternativa disponible para el transporte en dicho mercado y deberán soportar eventuales precios anticompetitivos o monopólicos del grupo Fetrans-Perurail,
4	0068-2009/SC1-INDECOPI Exp. 003-2003/CLC	Denuncia presentada por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. ante la Comisión de Libre Competencia en contra de las empresas Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. por infracciones al Decreto Legislativo 701	a) El incremento artificial de los costos de permanencia en el mercado a los competidores, siendo que ello, eventualmente, hubiera podido significar la exclusión arbitraria, no basada en eficiencias. b) Disminución o eliminación de fuentes alternativas de oferta de lejía para lavar a elección de los consumidores.

5	1426 –2010/SC1-INDECOPI Exp. 001-2001/CLC y 002-2001/CLC	Denuncia interpuesta por Depósitos Santa Beatriz S.R.L. y otros contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas.	Se limita a acatar la Resolución judicial, la cual señala que no existió discriminación, ni ventas atadas.
6	0930-2011/SC1-INDECOPI Exp. 001-2010/CLC	Denuncia interpuesta por Cementos Otorongo S.A.C. contra Gloria S.A. por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato en el mercado de distribución y comercialización de los productos elaborados por el Grupo Gloria.	Solo se analiza la procedencia de la denuncia, para lo cual se desarrolla la doctrina de trato injustificado, así como, el requisito de relación de competencia y el contenido del “efecto <i>exclusorio</i> ”.
7	0974-2013/SDC-INDECOPI Exp. 005-2010/CLC	Denuncia interpuesta por Super Star S.R.L. contra Deprodeca S.A.C., por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, infracción descrita en el artículo 10.2 literal f) del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, respecto de los denominados procesos legales relacionados con la construcción de la carretera y la instalación de la fábrica por parte de la denunciante	Solo se analiza la admisibilidad de la denuncia, para lo cual se verifica los requisitos de la conducta de abuso de procesos legales o judiciales.
8	1167-2013/SDC-INDECOPI Exp. 002-2008/CLC	PAS de oficio sobre la realización de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004, incurrido por Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A., infracción al artículo 6 del Decreto Legislativo 701.	Al analizarse una práctica colusoria, no hay mayor análisis de efectos.
9	0611-2013/SDC-INDECOPI Exp. 001-2012/CLC	Denuncia interpuesta por Llama Gas S.A. contra Petróleos del Perú - Petroperú S.A. por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación, supuesto de infracción previsto en el artículo 10.2 literal b) del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.	Solo se analiza la procedencia de la denuncia, para lo cual se desarrolla el requisito de relación de competencia y el contenido del “efecto <i>exclusorio</i> ”.

10	857-2014/SDC-INDECOPI Exp. 003-2008/CLC	Denuncia interpuesta por Malva S.A. y el procedimiento sancionador iniciado de oficio contra Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cia. S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. por la comisión de prácticas colusorias verticales en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra de los productos de Unión Andina de Cementos S.A.A., supuesto de infracción contemplado en los artículos 1, 11.1 literal g) y 12 del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.	a) Capacidad necesaria para generar un efecto <i>exclusorio</i> en perjuicio de Cemex para lo cual evaluó: (i) La importancia de cemento "Sol" para las ferreterías y consumidores. (ii) El abastecimiento de cemento "Sol" por canales alternativos a mayor precio. (iii) Capacidad de la política de castigos para disciplinar a todas las empresas del canal ferretero (efecto multiplicador). (iv) Importancia del canal de ferreterías existente. (v) Control y supervisión de ferreterías mediante la organización en la distribución de zonas por parte de las denunciadas.
11	0589-2015/SDC-INDECOPI Exp. 011-2009/CLC	Denuncia de E&B contra Gloria y FP por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 10.2 literal h) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.	a) Si el presunto abuso de posición de dominio tenía la capacidad de afectar el proceso competitivo en la medida que la firma proveedora ostentara posición dominante en el mercado y la entrada en la siguiente etapa de la cadena productiva estuviera restringida. Ello debido a que, salvo que se den facilidades de entrada en la etapa de distribución (o que puedan ser construidas rápidamente), una efectiva exclusión es improbable b) Los efectos reales o potenciales derivados de la competencia <i>intramarca</i> e <i>intermarca</i> que incidan en el bienestar de los consumidores, a través de cambios en los precios y en las cantidades ofertadas de los productos. c) El beneficio anticompetitivo que habría obtenido la empresa con posición de dominio como consecuencia de la conducta analizada.

Resoluciones de abuso de posición de dominio de la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI AÑOS 2007 - 2016			Criterios evaluados en el análisis de efectos
N°	N° de Resolución // N° de Expediente	Conducta analizada	
1	006-2003- INDECOPI /CLC Exp. 001-2001-CLC Exp. 002-2001-CLC	Las denuncias presentadas por las empresas Depósito Santa Beatriz S.R.L., Eleodoro Quiroga Ramos S.R.L. y Comercial Quiroga S.R.L. contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. por supuesto abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas según lo establecido en el Decreto Legislativo N° 701	a) Si ha existido un impacto negativo significativo sobre la capacidad de competir de los denunciantes. b) Impacto en los niveles de venta, en las participaciones de mercado y en los resultados financieros de los denunciantes c) Si la conducta está justificada en las contraprestaciones que obtiene d) Si la conducta permitirá trasladar la posición de dominio a otros bienes - <i>leverage theory</i> , y e) Si existe posibilidad de elevar las barreras de entrada, limitar la libertad de clientes o copar los canales de distribución (<i>foreclosure theory</i>).
2	005-2008-INDECOPI/CLC Exp. 003-2003/CLC	Denuncia presentada por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. ante la Comisión de Libre Competencia en contra de las empresas Quimpac S.A. y Clorox Perú S.A. por infracciones al Decreto Legislativo 701	a) Cambio en la configuración de la cadena del servicio, b) Competidores deben enfrentar una doble marginalización y c) Análisis de los beneficios argumentados por el denunciado, verificando si pudieron ser alcanzados mediante mecanismos menos restrictivos para la competencia.
3	045-2009/CLC-INDECOPI Exp. 001-2004/CLC	Denuncia de Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A.; Compañía Cervecera del Sur S.A.A.; Cervecería San Juan S.A.A.; Maltería Lima S.A.; el Comité de Fabricantes de Cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias; y la Confederación de Titulares de Marcas Cerveceras Peruanas;— por abuso de posición de dominio al amparo del Decreto Legislativo 701, alegando la existencia de una estrategia conducente a impedir su acceso al denominado Sistema de Intercambiabilidad de Envases, así como mediante la celebración de acuerdos de exclusividad con distribuidores minoristas.	Empresa denunciante se desistió del procedimiento. Sin embargo, la Comisión destacó la importancia del criterio de cierre de mercado para la evaluación de contratos de exclusividad.

4	026-2010/CLC-INDE-COPI Expediente 009-2008/CLC	La Denuncia interpuesta por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (en adelante, Apofer) contra Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, Fetrans), Perú Rail S.A. (en adelante, Perurail), Peruval Corp. S.A. (en adelante, Peruval) y Peruvian Trains & Railways (en adelante, PTR) por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales en el mercado de servicios de transporte ferroviario en el Ferrocarril Sur-Oriente (en adelante, el FSO).	a) Variación de la participación en el mercado y b) Creación de barreras de acceso al mercado para nuevos competidores
5	059-2011/CLC-INDE-COPI_ Exp 007-2007/CLC	Denuncia interpuesta por Operaciones Arcos Dorados de Perú S.A. contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A., Arturo Hernán Ricke Guzmán, Carlos Enrique Carrillo Quiñones, Raúl Diez Canseco Terry y Carlos Zúñiga Quiroz por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar.	a) Restricción de manera significativa del nivel de competencia entre Arcos Dorados, Sigdelo y Bambos, para lo cual analiza el nivel de ventas, y la cuota de mercado de los agentes y, b) Reducción de las opciones que los consumidores hubieran tenido a su disposición en el Jockey Plaza si no se hubiera realizado la conducta, analizando en este extremo los niveles de precios del competidor excluido respecto de los demás competidores. Asimismo, se analiza si se presentó una justificación de la conducta.
6	048-2013/CLC-INDE-COPI Exp. 004-2010/CLC	Denuncia interpuesta por Irradia SRL contra Hunt Oil Company of Perú LLC Sucursal de Perú, Pluspetrol Camisea S.A. y otros, por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de reprogramar la fecha de la primera nominación establecida en el contrato de suministro entre Irradia y el Consorcio Camisea.	a) Participación en el mercado, b) Aumento del nivel de ventas del gas natural, c) Aumento de número de ofertantes en el mercado y d) Fuentes alternativas de aprovisionamiento.

Notas biográficas

Roxana Beatriz Arellano García

Nació en Lima en 1980. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Secretaria Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi.

Matilde Judith González Villanueva

Nació en Chimbote en 1985. Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo.

Supervisor Principal de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del Osiptel.