



**UNIVERSIDAD  
DEL PACÍFICO**

**Derecho**

Facultad de Derecho

**INFORME JURÍDICO SOBRE EL EXPEDIENTE N° 005-1999/CLC:  
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
SEGUIDO POR AERO CONTINENTE S.A. CONTRA EL BANCO  
DE CRÉDITO DEL PERÚ S.A.**

**Trabajo de Suficiencia Profesional  
presentado para optar al  
Título Profesional de Abogado**

**Presentado por  
Andrea Jackeline Pérez Raymondi**

**Lima, enero 2025**

# REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO

## FACULTAD DE DERECHO

A través del presente documento la Facultad de Derecho deja constancia de que el Trabajo de Suficiencia Profesional “INFORME JURÍDICO SOBRE EL EXPEDIENTE N° 005-1999/CLC: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SEGUIDO POR AERO CONTINENTE S.A. CONTRA EL BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ S.A.” presentada por el Sra. Andrea Jackeline Pérez Raymondi, con DNI: 73081639, para optar el Título Profesional de Abogado, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 12 de febrero del año 2025; obteniendo el siguiente resultado:




### 17% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

#### Filtrado desde el informe

- ▶ Bibliografía
- ▶ Texto citado

#### Fuentes principales

- 17%  Fuentes de Internet
- 2%  Publicaciones
- 6%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

#### Marcas de integridad

N.º de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitan distinguir de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.

#### Fuentes principales

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	Internet	www.indecopi.gob.pe	5%
2	Internet	hdl.handle.net	2%
3	Trabajos del estudiante	Pontificia Universidad Católica del Perú	<1%
4	Internet	ezproxibib.pucp.edu.pe	<1%
5	Internet	pt.scribd.com	<1%
6	Trabajos del estudiante	Universidad del Pacífico	<1%
7	Internet	www.felaban.com	<1%
8	Internet	empresarial.carpioabogados.com	<1%
9	Internet	www.bn.com.pe	<1%
10	Internet	cybertesis.unmsm.edu.pe	<1%
11	Internet	d.documentop.com	<1%

## Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid:::1:3130609953

72 Páginas

Fecha de entrega

16 ene 2025, 3:02 a.m. GMT-5

16,897 Palabras

90,016 Caracteres

Fecha de descarga

12 feb 2025, 11:45 a.m. GMT-5

Nombre de archivo

Informe\_Final\_Aero\_Continente\_vs\_BCP\_TSP\_docx

Tamaño de archivo

945.4 KB

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece el interesado.

Lima, 12 de febrero de 2025



Humberto Zúñiga Schroder

Decano de la Facultad de Derecho (A.I.)

## RESUMEN

El presente informe analiza los principales problemas jurídicos del procedimiento administrativo sancionador iniciado por Aero Continente contra el BCP ante el INDECOPI por presunto abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa injustificada a contratar, debido a que el BCP se negó a abrir cuentas corrientes a Aero Continente entre setiembre y octubre de 1999.

Para estos efectos, el informe analiza los argumentos expuestos por Aero Continente y el BCP, considerando el marco regulatorio aplicable en la época de los hechos, resoluciones administrativas y la doctrina académica en esta materia. Asimismo, se analizan los argumentos expuestos por la Comisión que declara infundada la denuncia interpuesta por Aero Continente en primera instancia; así como la decisión del Tribunal que la declara fundada en segunda instancia.

Bajo dicho análisis, se concluye que el BCP no ostenta posición de dominio en el mercado relevante por lo que no ha incurrido en abuso de posición de dominio; y que aún en el supuesto negado que el BCP ostentara dicha posición, la negativa de abrir cuentas corrientes a Aero Continente se encontraba justificada por lo que no constituye abuso de dicha posición. Finalmente, el informe presenta algunas recomendaciones que debería considerar el INDECOPI al analizar casos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar.

## ABSTRACT

This report analyzes the main legal issues of the administrative sanctioning procedure initiated by Aero Continente against BCP before INDECOPI for alleged abuse of dominant position, in the modality of unjustified refusal to contract, due to the fact that BCP refused to open checking accounts for Aero Continente between September and October 1999.

For these purposes, the report analyzes the arguments presented by Aero Continente and BCP, considering the regulatory framework applicable at the time of the facts, administrative resolutions and academic doctrine on this matter. Likewise, it analyzes the arguments presented by the Commission that declares the complaint filed by Aero Continente unfounded in the first instance; as well as the decision of the Court that declares it founded in the second instance.

Under this analysis, it is concluded that BCP does not hold a dominant position in the relevant market and therefore has not incurred in abuse of dominance; and that even if BCP did not hold such position, the refusal to open checking accounts to Aero Continente was justified and therefore does not constitute abuse of such position. Finally, the report presents some recommendations that INDECOPI should consider when analyzing cases of abuse of dominance in the modality of unjustified refusal to contract.

## GLOSARIO DE TÉRMINOS

Aero Continente:	Aero Continente S.A.
Aero Perú:	Empresa de Transporte Aéreo del Perú S.A.
BCP:	Banco de Crédito del Perú S.A.
Constitución:	Constitución Política del Perú de 1993
Comisión:	Comisión de Libre Competencia del INDECOPI
Decreto Legislativo N° 701:	Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia
Decreto Legislativo N° 1034:	Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
INDECOPI:	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
Ley General del Sistema Financiero:	Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, aprobado por la Ley N° 26702
Reglamento de Cuentas Corrientes:	Reglamento de Cuentas Corrientes, aprobado por Resolución SBS N° 089-98
Reglamento para la Prevención del Lavado de Dinero:	Reglamento para la Prevención del Lavado de Dinero en el Sistema Financiero, aprobado por Resolución SBS N° 904-97
Secretaría Técnica:	Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI

SBS:	Superintendencia de Banca y Seguros y AFP
TANS:	Transportes Aéreos Nacionales de Selva S.A.
Tribunal:	Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera

## TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN</b> .....	<b>iv</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>v</b>
<b>ÍNDICE DE TABLAS</b> .....	<b>1</b>
<b>ÍNDICE DE ANEXOS</b> .....	<b>2</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO I. HECHOS RELEVANTES</b> .....	<b>4</b>
1.1 Antecedentes .....	4
1.2 Relación contractual entre las Partes.....	4
1.3 Procedimiento Administrativo Sancionador .....	5
<b>CAPÍTULO II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES</b> .....	<b>17</b>
2.1. ¿El BCP ostenta posición de dominio en el mercado relevante conforme al Decreto Legislativo N° 701? .....	17
2.2. ¿La negativa del BCP de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente fue injustificada? .....	18
2.3. ¿El acceso a cuentas corrientes en Puerto Maldonado califica como facilidad esencial? .....	18
<b>CAPÍTULO III. ANÁLISIS Y OPINIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES IDENTIFICADOS</b> .....	<b>19</b>
3.1. ¿El BCP ostenta posición de dominio en el mercado relevante conforme al Decreto Legislativo N° 701? .....	19
3.2. ¿La negativa del BCP de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente fue injustificada? .....	37
3.3. ¿El acceso a cuentas corrientes en Puerto Maldonado califica como facilidad esencial? .....	49
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>55</b>
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	<b>57</b>

<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>58</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>61</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Comparativo de características servicio cuentas corrientes y servicio de recepción de depósitos .....	24
Tabla 2: Comparativo de características servicio cuentas corrientes y servicio de telegiro .....	26
Tabla 3: Comparativo de características servicio cuentas corrientes y servicio de giro de dinero .....	29
Tabla 4: Comparativo de características servicio cuentas corrientes y servicio de cheque de gerencia.....	30

## ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Costos de servicios de recepción de depósitos (Octubre 1998 - Setiembre 1999) .....	62
Anexo 2: Costos de servicios de telegiros (Octubre 1998 - Setiembre 1999) .....	63
Anexo 3: Costos de servicios de giro de dinero (Octubre 1998 - Setiembre 1999) .....	64

## INTRODUCCIÓN

El INDECOPI tiene como parte de sus funciones la defensa de la libre competencia, por lo que busca no solo promover la competencia, sino también corregir las prácticas anticompetitivas que se presentan en el mercado. En esta línea, el INDECOPI tiene la responsabilidad de emitir decisiones que se ajusten al marco normativo para sancionar conductas anticompetitivas bajo parámetros objetivos. Sin embargo, no todas las decisiones del INDECOPI en materia de libre competencia han seguido estos parámetros.

El presente informe jurídico versa sobre la controversia entre Aero Continente y el BCP, por la negativa de este último de abrir cuentas corrientes a Aero Continente entre setiembre y octubre de 1999, debido a que Aero Continente no entregó sus Estados Financieros auditados del periodo 1997 que había solicitado el BCP como parte de su proceso de “conocer al cliente”. La Comisión declaró en primera instancia que el BCP ostentaba posición de dominio en el mercado relevante pero que su negativa de abrir cuentas corrientes a Aero Continente se encontraba justificada, por lo que no existía abuso de posición de dominio. Por el contrario, el Tribunal resolvió en segunda instancia que el BCP ostentaba posición de dominio en el mercado relevante pero que su negativa fue injustificada por lo que habría abusado de dicha posición. Asimismo, el Tribunal calificó a las cuentas corrientes como una facilidad esencial.

De esta manera, el procedimiento administrativo sancionador materia de análisis sirve como un gran ejemplo para poder abordar cuestiones relacionadas a la determinación de la posición de dominio en el mercado relevante (mercado producto y mercado geográfico) y la constitución de abuso de posición de dominio, en relación con la negativa injustificada de contratar, así como se aborda la teoría de las facilidades esenciales, cuestión que ha sido materia de debate en la doctrina académica.

Finalmente, las conclusiones del presente informe nos invitarán a reflexionar y proponer algunas recomendaciones para el INDECOPI a efectos de mejorar el análisis del abuso de posición de dominio, las negativas injustificadas de contratar y las facilidades esenciales, en el marco de procedimientos administrativos sancionadores.

## **CAPÍTULO I. HECHOS RELEVANTES**

### **1.1 Antecedentes**

#### **1.1.1. Identificación de las Partes**

Las Partes del presente procedimiento administrativo sancionador son las siguientes:

- Aero Continente: fue una empresa dedicada a prestar servicios aerocomerciales, entre ellos, transporte de pasajeros, carga y correo a nivel nacional e internacional.
- Banco de Crédito del Perú: institución del sistema financiero y proveedor de servicios de banca múltiple.

### **1.2 Relación contractual entre las Partes**

1. Desde setiembre de 1993, Aero Continente mantuvo cuentas corrientes y de ahorro en el BCP.
2. Posteriormente, el 24 de junio de 1998, el BCP envía una carta a Aero Continente solicitándole sus Estados Financieros auditados al 31 de diciembre de 1997, información que requería para cumplir con el deber de “conocer a su cliente”. Dicha información es reiterada por el BCP el 30 de junio de 1998, en la que solicitó adicionalmente los Estados Financieros de Aero Continente al mes de mayo de 1998 e indicó que cualquier solicitud de transferencia de fondos al exterior debe estar sustentada.
3. El 3 de julio de 1998, Aero Continente y el BCP se reunieron acordando cerrar las cuentas que Aero Continente mantenía en el BCP.

4. Entre setiembre y octubre de 1999, Aero Continente acudió en distintas oportunidades a las agencias del BCP en Lima para solicitar nuevamente la apertura de cuentas corrientes en moneda nacional y extranjera, adjuntando determinada documentación para dichas aperturas; sin embargo, no adjuntó los Estados Financieros que anteriormente había solicitado el BCP en junio de 1998. El BCP rechazó dichas solicitudes indicando que era necesario que el Gerente General de Aero Continente coordine con el Gerente Central del BCP.
5. El 6 de octubre de 1999, Aero Continente envió una carta al BCP cuestionando el rechazo de la documentación que presentó para la apertura de cuentas corrientes e indicando que contaba con cuentas corrientes en otras entidades del sistema financiero sin problemas. Asimismo, exigió al BCP que le brinde explicaciones sobre la negativa de la apertura de las cuentas corrientes en un plazo de veinticuatro (24) horas.

### **1.3 Procedimiento Administrativo Sancionador**

#### **1.3.1. Primera Instancia**

6. El 14 de octubre de 1999, Aero Continente interpuso una denuncia ante la Comisión del INDECOPI contra el BCP por abuso de posición de dominio bajo la modalidad de negativa injustificada de contratar, conforme a lo establecido en el artículo 4 y 5 del Decreto Legislativo N° 701<sup>1</sup>. Asimismo, solicitó una medida cautelar pidiendo el cese definitivo del abuso de posición de dominio y que se ordene la apertura de cuentas corrientes en moneda nacional y extranjera.

Aero Continente argumentó en su denuncia que en la ciudad de Puerto Maldonado no existen agencias, sucursales u oficinas de otras entidades bancarias a las cuales se pueda acceder al servicio que presta el BCP. Y que debido a la negativa del BCP, se vería obligado a suspender temporalmente sus vuelos a la ciudad de Puerto Maldonado pues no sería posible obtener el

---

<sup>1</sup> Norma vigente al suceso de los hechos del caso. El Decreto Legislativo N° 701 fue derogado por el Decreto Legislativo N° 1034, publicado el 25 de junio de 2008, actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

resultado de los reportes de ventas diarios que se generan por los vuelos en esa ciudad.

7. El 20 de octubre de 1999, la Comisión emitió la Resolución N° 009-99-INDECOPI/CLC denegando la medida cautelar solicitada por Aero Continente en tanto no se configuraron los requisitos para dictarla: i) daño que pudiera generar las conductas; y, ii) la necesidad de la intervención antes de la resolución definitiva (peligro en la demora).
8. El 3 de diciembre de 1999, el BCP presentó sus descargos solicitando que se declare infundada la denuncia interpuesta por Aero Continente por los siguientes motivos:
  - i) Aero Continente anteriormente mantuvo cuentas corrientes en el BCP, las cuales se cerraron en julio de 1998 debido a que este no cumplió con proporcionar sus Estados Financieros auditados al 31 de diciembre de 1997, por lo que no tenían elementos para “conocer a este cliente” según mandato legal. Aero Continente también estuvo de acuerdo con el cierre de las cuentas corrientes.
  - ii) Aero Continente quiere nuevamente establecer relaciones contractuales con el BCP pues requiere la reapertura de cuentas corrientes en el BCP, por lo que además de presentar la documentación de todo cliente de cuentas corrientes, debe proporcionar la información financiera que no presentó y originó el cierre de dichas cuentas inicialmente.
  - iii) El BCP no puede tener posición de dominio en el mercado financiero nacional porque existen diversos competidores. Asimismo, en Puerto Maldonado existían otros servicios alternativos para transferir el dinero de dicha ciudad a Lima, como el servicio de corresponsalía del Banco de la Nación.

- iv) Aero Continente continuó operando en Puerto Maldonado sin contar con cuentas corrientes en el BCP, por lo que si existen medios alternativos para la transferencia del dinero a Lima y no se le ha generado perjuicios.
  - v) El BCP no ha obtenido alguna ventaja con la negativa de la apertura de cuentas corrientes, la cual además se encontraba justificada.
9. El 7 de marzo del 2001, se llevó a cabo una audiencia con Aero Continente y el BCP, en la cual ambas partes reiteraron los argumentos que presentaron en el marco del procedimiento.
10. El 9 de mayo de 2001, la Secretaría Técnica emite el Informe N° 004-2001-INDECOPI/CLC en la que recomienda a la Comisión declarar infundada la denuncia de Aero Continente contra el BCP bajo los siguientes argumentos:
- i) El BCP ostenta posición de dominio en el mercado relevante, definido como el servicio de transferencia de dinero de Puerto Maldonado a Lima a través de una cuenta corriente en moneda nacional y extranjera.

Según información de la SBS, las únicas empresas bancarias que tienen oficinas en Puerto Maldonado son el BCP y el Banco de la Nación. En el caso del Banco de la Nación, este ofrece servicios de corresponsalía, como la recepción de depósitos y el telegiro, donde un banco privado no tiene sucursales. Asimismo, según información del Banco de la Nación, este ofrecía servicios de corresponsalía a diez (10) empresas del sistema financiero<sup>2</sup> y Aero Continente mantenía cuentas corrientes en cinco (5) de estos bancos<sup>3</sup> por lo que podría haber accedido a estos servicios a través de dichos bancos.

---

<sup>2</sup> Banco Wiese Sudameris, Banco Interamericano de Finanzas, Banco Standard Chartered, Banco de Trabajo, Bank Boston, Interbank, Citibank, Banco Financiero, Banco de Crédito y Banco Continental.

<sup>3</sup> Banco Wiese Sudameris, Banco Continental, Interbank, Banco Latino (a mayo de 2001 se encontraba en proceso de fusión) y Norbank (a mayo de 2001 se encontraba intervenido).

En cuanto a la recepción de depósitos, el Banco de la Nación recibe los depósitos que se realizan a las empresas del sistema financiero a las que le brinda el servicio y dichas empresas a su vez transfieren el dinero a la cuenta corriente de su cliente. Sin embargo, existen diferencias entre este servicio y el de cuentas corrientes, principalmente en términos de costos o comisiones pues de acuerdo con el periodo evaluado entre noviembre de 1998 y diciembre de 1999, la recepción de depósitos representaría un costo en exceso de 951% en soles y 3779% en dólares.

En cuanto a los telegiros, para acceder a este servicio solo es necesario proporcionar los datos del remitente y destinatario. Sin embargo, existen diferencias con el servicio de cuentas corrientes, pues solo se puede realizar en moneda nacional y para montos mayores de S/ 50.00, por lo que Aero Continente tendría que incurrir en un costo adicional de tipo de cambio dado que las transferencias que requiere realizar desde Puerto Maldonado a Lima son también en dólares. Asimismo, se analizó que, para el mismo periodo evaluado en la recepción de depósitos, el servicio de telegiro representaría un costo en exceso de 1910% en soles.

También se evaluó el servicio de giro de dinero que ofrece el BCP, como parte de los servicios alternativos a las cuentas corrientes, en el que no se requiere tener una cuenta. Se indicó que dicho servicio tiene montos máximos de transferencia de S/ 700.00 y USD 350.00; y mínimos de S/ 15.00 y USD 5.00. Sin embargo, Aero Continente realiza operaciones por montos mayores a los antes indicados, restricción que no enfrentan las cuentas corrientes.

El BCP también ofrece el servicio de cheque de gerencia, que es el medio por el cual Aero Continente ha venido transfiriendo el dinero desde Puerto Maldonado a Lima desde que no tiene cuentas corrientes. En este caso, Aero Continente solicita al BCP la emisión del cheque de gerencia y su envío a Lima, para que posteriormente sean depositados en la cuenta corriente de Aero Continente en el Banco de Comercio, en

el cual se cargan los conceptos de cobro de cheque de gerencia, gastos y portes en moneda nacional y extranjera. Sin embargo, en el periodo analizado, se determinó que el servicio de cheque de gerencia representaría un costo en exceso de 9695% en soles y 7075% en dólares en comparación con las cuentas corrientes. En adición a ello, Aero Continente indicó que este servicio demora aproximadamente dos (2) a tres (3) días en hacerse efectivo.

De esta manera, se concluye que los servicios alternativos no pueden llegar a ser sustitutos de las cuentas corrientes pues si bien permiten una transferencia efectiva del dinero desde Puerto Maldonado a Lima, los costos de todos estos servicios resultan significativamente más altos que los costos de mantener una cuenta corriente. Asimismo, el tiempo y operatividad de estos servicios son factores que limitan dicha transferencia de dinero en comparación con la cuenta corriente.

Por otro lado, se evaluó otro medio alternativo al servicio de cuentas corrientes, que es el envío de efectivo a través de los vuelos de Aero Continente desde Puerto Maldonado a Lima o a Cusco, donde se realiza una escala para llegar a Lima, y podría depositarse el dinero en un banco en el que Aero Continente fuera cliente. Sin embargo, no se consideró una alternativa viable por su operatividad pues requería que Aero Continente designe a una persona o cuenta con un sistema de seguridad para transportar el efectivo sin riesgos, así como existen también problemas de geografía en Cusco y los vuelos a estas ciudades se encuentran sujetas a cambios o postergaciones.

Considerando lo anterior, se concluyó que el mercado relevante se constituía por el mercado producto relevante que era la transferencia de dinero a Lima a través de cuentas corrientes; y el mercado geográfico relevante que era Puerto Maldonado puesto que Aero Continente requiere transferir el dinero producto de su actividad comercial en Puerto Maldonado.

- ii) Existió una negativa del BCP de abrirle cuentas corrientes a Aero Continente en 1999 pero esta se encontraba justificada puesto que el Reglamento de Cuentas Corrientes y el Reglamento para la Prevención de Lavado de Dinero faculta al BCP a pedir información que permita “conocer a sus clientes” como parte del sistema de prevención del lavado de dinero.

En 1998, el BCP había detectado incrementos sustanciales en los movimientos de la cuenta de ahorros en moneda extranjera de Aero Continente, los cuales no condecían con el volumen de sus ventas (los movimientos pasaron de cifras promedio de USD 1,500,000.00 hasta USD 4,000,000.00). En ese sentido, el BCP solicitó a Aero Continente sus Estados Financieros auditados al 31 de diciembre de 1997; sin embargo, Aero Continente se negó a brindar dicha información, lo cual originó el cierre de sus cuentas corrientes en julio 1998. Considerando ello, era adecuado que ante el requerimiento de Aero Continente en 1999, de volver a aperturar cuentas corrientes en dicha institución, el BCP planteara una reunión entre los Gerentes Generales de ambas instituciones para abordar este tema pues Aero Continente no era un cliente nuevo.

Al respecto, el Reglamento para la Prevención de Lavado de Dinero establece que las empresas del sistema financiero deben contar con mecanismos para conocer a sus clientes, así como deben elaborar un Manual como parte del sistema de prevención de lavado de dinero. El Manual elaborado por el BCP indica, entre otros aspectos, que no se aceptarán como clientes a personas que se rehúsen o no accedan a proveer la información o documentación requerida. De esta manera, para que el BCP pueda evaluar la reapertura de las cuentas corrientes a Aero Continente, este debe presentar adicionalmente a los documentos o formularios solicitados para la apertura de cuentas corrientes, la información financiera que no fue remitida oportunamente en 1998.

iii) El BCP no se encuentra integrado con ninguna empresa competidora de Aero Continente por lo que no puede afirmarse que exista una evidencia objetiva de que hubiera colocado en desventaja competitiva a Aero Continente respecto de una empresa vinculada, excluyéndola del mercado de transporte aéreo en Puerto Maldonado.

11. El 11 de julio de 2001, la Comisión emitió la Resolución N° 022-2001-INDECOPI/CLC que declaró infundada la denuncia de Aero Continente contra el BCP, siguiendo la recomendación de la Secretaría Técnica y exponiendo los argumentos que ésta había emitido en su Informe N° 004-2001-INDECOPI/CLC.

### **1.3.2. Segunda Instancia**

12. El 9 de agosto de 2001, Aero Continente interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 022-2001-INDECOPI/CLC indicando que existió un error de interpretación de la Comisión al determinar que la negativa del BCP era justificada puesto que:

i) Aero Continente no solicitó una “reapertura” de cuentas bancarias que anteriormente mantuvo con el BCP pues estas fueron cerradas de forma unilateral por Aero Continente en 1998. Tampoco existe la terminología de “reapertura” de cuentas corrientes. Lo que se denuncia es la apertura de nuevas cuentas corrientes en octubre de 1999.

ii) La negativa injustificada estaba acreditada desde el momento en que el BCP no accedió a la apertura de cuentas solicitadas en octubre de 1999 sin dar explicación alguna ni solicitar documentación adicional. La explicación que el BCP alcanzó a la Comisión fue posterior a la denuncia interpuesta por Aero Continente.

- iii) Aero Continente en julio de 1999, antes de la solicitud de apertura de nuevas cuentas corrientes, entregó al BCP sus Estados Financieros Auditados de 1997 y 1998, refiriendo que los mismos fueron presentados a SUNAT, INEI, CONASEV y DGTA, así como la situación de la empresa reflejada en el Balance al corte del 31 de junio de 1999. Esta información se dirigió al BCP como Presidente de la Junta de Acreedores de Aero Perú, por lo que no se puede argumentar desconocimiento de cliente.
- iv) No se había considerado que el BCP era el principal acreedor de Aero Perú y Presidente de la Junta de Acreedores de esta aerolínea y que según las noticias, esta Junta venía realizando negociaciones para refinanciar las deudas de Aero Perú, siendo el BCP e Interbank, los bancos que estaban condonando parte de sus deudas para evitar que dicha aerolínea “quede en manos” de Lan Perú y Aero Continente.

13. El 24 de setiembre de 2001, el BCP presentó un escrito de contestación a la apelación formula por Aero Continente, indicando lo siguiente:

- i) La documentación que recibió el BCP en calidad de Presidente de la Junta de Acreedores de Aero Perú no puede ser aplicada al giro propio de su actividad bancaria. Asimismo, el BCP como Presidente de la Junta de Acreedores no puede tomar decisiones propias pues toda decisión implica necesariamente un acuerdo de todos los acreedores de la Junta.
- ii) La Comisión no había realizado un estudio adecuado cuando determinó que el BCP ostentaba con posición de dominio, pues omitió analizar lo siguiente:
  - a) La cuota de penetración alcanzada en el mercado y si esta es lo suficientemente elevada para que pueda violar el derecho antitrust.

- b) La existencia de otras entidades bancarias (competidores del BCP) que poseen la capacidad financiera, técnica y comercial para ofrecer el servicio de cuenta corriente.
- c) La facilidad de entrada al mercado de nuevas empresas bancarias.
- d) El exceso de capacidad productiva no utilizada por competidores del BCP.
- e) En lo que respecta a la sustituibilidad del servicio de cuentas corrientes, en la comparación de costos con los servicios de corresponsalía, la Comisión solo ha considerado los gastos por concepto de mantenimiento y portes, mas no consideró que el BCP cobra también comisiones por el retiro de dinero en efectivo en otra plaza. Esto hace que la diferencia de las comisiones cobradas por los servicios de corresponsalía y los servicios de cuentas corrientes, no sea tan significativa como se señaló.
- f) Que el BCP pudiera elevar los costos de sus comisiones a los niveles de los precios o costos de los servicios brindados por el Banco de la Nación.
- g) Que no se analizó adecuadamente los demás servicios alternativos que ofrece el BCP como el servicio de giro de dinero o servicio de cheque de gerencia, puesto que el hecho que dichos servicios tengan condiciones distintas, en términos de costos u operatividad, no implica que no puedan ser sustitutos adecuados a las cuentas corrientes.

Al respecto, la Comisión consideró erradamente que para el servicio de giro de dinero existían montos máximos de transferencia de S/ 700.00 y USD 350.00 y mínimos de S/ 15.00 y USD 5.00, los cuales en realidad son las comisiones máximas y mínimas que cobra el BCP por las transferencias de dinero.

- h) Respecto del mercado geográfico, que el servicio de cuentas corrientes del BCP se presta a nivel nacional por lo que no puede circunscribirse únicamente a Puerto Maldonado.
- i) Que aún en el supuesto negado que el BCP cuente con posición de dominio, esta solo es sancionable si se ha actuado de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios, lo cual no ha ocurrido.

14. El 11 de diciembre de 2002, el Tribunal emitió la Resolución N° 0870-2002/TDC-INDECOPI resolviendo revocar la Resolución N° 022-2001-INDECOPI/CLC emitida por la Comisión y declarar fundada la denuncia interpuesta por Aero Continente contra el BCP por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar, considerando a las cuentas corrientes como una facilidad esencial para que Aero Continente brinde el servicio de transporte aéreo en Puerto Maldonado. De esta manera, se impuso una multa de dos (2) UIT al BCP y se dispuso que este acceda a la solicitud de Aero Continente para la apertura de cuentas corrientes.

Dentro de los argumentos más importantes expuestos por el Tribunal en su decisión, se encontraron los siguientes:

- i) El BCP ostenta de posición de domino en el mercado relevante, definido como el servicio de transferencia de dinero de Puerto Maldonado a Lima a través de una cuenta corriente en moneda nacional y extranjera, dado que en Puerto Maldonado no existen otras agencias, sucursales u oficinas de otras entidades bancarias facultadas para prestar los servicios de cuentas corrientes.

Se indica que los servicios de corresponsalía brindados por el Banco de la Nación o los otros medios alternativos no constituyen sustitutos adecuados a las cuentas corrientes, pues no se ajustan a su proceso de depósito. En los servicios de corresponsalía los depósitos se realizan uno a la vez desde una región a otra y con un costo financiero distinto.

- ii) El servicio de transferencia de dinero de Puerto Maldonado a Lima a través de una cuenta corriente califica como esencial para las actividades comerciales que realiza Aero Continente en Puerto Maldonado, como las ventas de pasajes aéreos, cobros por transporte de carga, cobros por exceso de equipaje, etc.

Adicionalmente a ello, se indica que no existe servicio idóneo similar al prestado por el BCP, ni evidencia de que otros bancos tengan la intención de establecer agencias en dicha ciudad. Se menciona también que la contratación del servicio debe circunscribirse a Puerto Maldonado pues de considerar la transferencia de dinero desde otras ciudades, se generarían costos adicionales.

- iii) Respecto de la negativa del BCP de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente, se indica que esta cobra mayor relevancia cuando se afecta a una infraestructura esencial para la competencia en un mercado, pues con la potencial restricción de la competencia se generaría también perjuicio a los consumidores y la sociedad en su conjunto.

Además, se indica que la obligación dada por la Ley General del Sistema Financiero de que las empresas del sistema financiero cuenten con medidas razonables para el conocimiento de sus clientes y la verificación de su solvencia moral y económica, otorga discrecionalidad a dichas empresas; pero que esta debe restringirse a una evaluación objetiva cuando dichas empresas cuentan con posición de dominio en el mercado relevante.

De esta manera, se indica que el Manual de Prevención del Lavado de Dinero del BCP no se puede considerar como sustento de la negativa de contratación de cuentas corrientes a Aero Continente. Asimismo, la Ley General del Sistema Financiero y el Reglamento de Cuentas Corrientes no establecen condiciones expresas de restricción de la contratación con clientes cuando existan operaciones que pudieran calificarse como “sospechosas”.

Y que si bien el Reglamento para la Prevención del Lavado de Dinero establece condiciones para la detección de operaciones “sospechosas” en el marco de la relación contractual existente, no se refiere a las condiciones de evaluación para la apertura de nuevas cuentas, por lo que esta norma no aplica al caso concreto.

- iv) Los argumentos del BCP para sustentar su negativa a la solicitud Aero Continente de aperturar cuentas corrientes, se han sustentado en hechos anteriores que no guardan relación con el nuevo pedido de Aero Continente de acceder a sus servicios.
- v) Se debe restringir la aplicación de los criterios discrecionales del BCP por mandato de las leyes de protección de la competencia; sin embargo, estos podrán aplicarse en mercados en los que exista oferta sustituta de bienes y donde el BCP no ostente posición de dominio en el mercado relevante.

## **CAPÍTULO II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES**

Para identificar los problemas jurídicamente relevantes del presente caso, debemos tener como punto de partida que para que un acto configure como abuso de posición de dominio sancionado por el Decreto Legislativo N° 701, norma vigente al suceso de los hechos del presente caso, se debe demostrar: (i) que existió posición de dominio de la empresa denunciada; y, (ii) que dicha empresa ejerció abusivamente dicha posición de dominio, bajo cualquiera de las modalidades indicadas en el Decreto Legislativo N° 701.

En caso no se cumplan ambos presupuestos, se entenderá que la empresa denunciada no ejerció un abuso de posición de dominio; y, por ende, la conducta no puede ser sancionada por el Decreto Legislativo N° 701 pues no vulneró las normas del derecho de libre competencia.

En ese sentido, para el caso bajo comentario, se han identificado como principales problemas jurídicamente relevantes, los siguientes:

### **2.1. ¿El BCP ostenta posición de dominio en el mercado relevante conforme al Decreto Legislativo N° 701?**

Este primer problema jurídico reviste de gran relevancia puesto que para concluir si el BCP ostenta de posición de dominio, se debe determinar adecuadamente el mercado relevante. Asimismo, la conclusión a la que se arribe nos llevará a dos (2) resultados distintos, pues si la respuesta fuese afirmativa habría que continuar con el análisis de si el BCP abusó de tal posición en el mercado relevante; por el contrario, si la respuesta fuese negativa, ya no sería necesario continuar con dicho análisis puesto que no ya no nos encontraríamos dentro del marco del Decreto Legislativo N° 701, el cual sanciona únicamente a los agentes económicos que abusan de su posición de dominio en un mercado relevante, debido a que su fin es proteger a la competencia.

**2.2. ¿La negativa del BCP de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente fue injustificada?**

La importancia de este problema jurídico radica en que, en el supuesto de que el BCP ostentara posición de dominio en el mercado relevante, si la negativa del BCP de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente fuera injustificada, correspondería sancionar al BCP bajo el Decreto Legislativo N° 701; pero si se determina que la negativa estuvo justificada, no correspondería sancionar al BCP pues este no habría abusado de su posición de dominio. De esta manera, este problema jurídico viene a ser el núcleo principal de la controversia.

**2.3. ¿El acceso a cuentas corrientes en Puerto Maldonado califica como facilidad esencial?**

Por último, este problema jurídico es relevante puesto que, si se determina que las cuentas corrientes en la ciudad de Puerto Maldonado constituyen una facilidad esencial, término desarrollado en la doctrina académica, no podría ser reemplazado técnica ni económicamente por otro servicio, por lo que impediría que Aero Continente realice sus actividades comerciales en dicha ciudad.

### **CAPÍTULO III. ANÁLISIS Y OPINIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES IDENTIFICADOS**

#### **3.1. ¿El BCP ostenta posición de dominio en el mercado relevante conforme al Decreto Legislativo N° 701?**

Para poder iniciar el análisis del presente problema jurídico es menester abordar de forma primigenia, qué se entiende por “posición de dominio”.

Conforme al artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701, una empresa goza de posición de dominio cuando puede actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. Asimismo, se señalan factores como la participación de la empresa en el mercado respectivo, características de oferta y demanda de bienes o servicios, entre otros<sup>4</sup>.

De esta manera, la posición de dominio en el mercado se presenta cuando no existen suficientes ofertantes o demandantes en el mercado evaluado para evitar que algún competidor pueda influir de manera sustantiva en el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado. Ahora, si bien el Decreto Legislativo N° 701 no establece la metodología o los requisitos para determinar el mercado relevante, a nivel internacional se ha establecido el análisis de dos (2) componentes del mercado relevante: el mercado producto relevante y el mercado geográfico relevante<sup>5</sup>, dentro del cual dicho agente económico puede actuar con independencia al establecer precios y condiciones de comercialización, pues no está sujeta a una competencia real y efectiva que limite dicha posición en el mercado (Flint, 2002, p. 964).

---

<sup>4</sup> Artículo 4 del Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, aprobado por el Decreto Legislativo N° 701. *“Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.”*

<sup>5</sup> Estos componentes fueron posteriormente descritos y desarrollados en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1034, en el que se identificaron los conceptos y criterios bajo los cuales el INDECOPI, como autoridad de la competencia, puede evaluar las prácticas anticompetitivas, otorgando así mayor seguridad jurídica y predictibilidad.

A continuación, procederemos a analizar el mercado producto relevante y el mercado geográfico relevante para el presente caso y así determinar si existió posición de dominio:

**(i) Mercado producto relevante**

El mercado producto relevante comprende evaluar si el producto o servicio ofrecido por la empresa sujeta a investigación cuenta con sustitutos razonables, y un factor importante para determinar la sustitución es el precio. Por esta razón, para que un bien pueda ser considerado como sustituto se debe evaluar si ante un incremento en el precio del producto o servicio investigado, los consumidores pueden recurrir a un producto o servicio alternativo que les permita satisfacer la necesidad que tienen.

De esta forma, si la empresa sujeta a investigación eleva los precios del producto o servicio que ofrece sin que su rentabilidad se vea afectada, implica que no enfrenta presiones competitivas por lo que el mercado producto relevante estaría compuesto por dicho único producto o servicio.

En el caso bajo análisis, la Comisión y el Tribunal determinaron que la necesidad que tenía Aero Continente era transferir dinero producto de sus actividades comerciales en Puerto Maldonado (venta de pasajes aéreos, cobros por exceso de equipaje y cartas de porte aéreo, entre otros) a Lima. Por su parte, Aero Continente sostuvo que las cuentas corrientes (en soles y dólares) ofrecidas por el BCP son necesarias para poder realizar dichas transferencias. De esta forma, para poder determinar el servicio relevante, es necesario analizar si existen otros servicios sustitutos a las cuentas corrientes (en soles y dólares) que permitan realizar dichas transferencias a Lima, considerando los costos o comisiones que estos implican.

Para poder encontrar los sustitutos de las cuentas corrientes, debemos entender primero cómo funcionan; estas son un tipo de cuentas bancarias que permiten realizar operaciones financieras (pagos, transferencias, recibir cobranzas, entre otros) y disponer del dinero depositado en la cuenta corriente, así como hacer operaciones mediante cheques o giros de dinero. Es decir, para el presente caso, las cuentas corrientes permiten que Aero Continente deposite el dinero desde Puerto Maldonado para que este pueda ser retirado en Lima posteriormente.

Ahora, debemos considerar que los sustitutos no necesariamente deben ser idénticos al producto o servicio analizado, sino que justamente deben ser alternativas razonables que permitan satisfacer la necesidad que presenta un agente económico. Como menciona Bullard, *“es la finalidad del servicio lo que importa, relacionado al hecho de que un consumidor encuentra alternativas razonables, y el costo que ello implica”* (Bullard, 2006, p. 1084).

Para ello, una primera aproximación de la Secretaría Técnica del INDECOPI fue solicitar a la SBS información sobre las agencias que prestaban servicios financieros en Puerto Maldonado, siendo el BCP y el Banco de la Nación los únicos bancos que prestaban servicios financieros en dicha ciudad.

En el caso del Banco de la Nación, como lo menciona su estatuto, es una empresa de derecho público que opera con autonomía económica, financiera y administrativa<sup>6</sup> y que tiene como objeto administrar las subcuentas del Tesoro Público<sup>7</sup>, por lo que no se dedica a prestar servicios financieros como una banca privada tradicional. Sin embargo, el Banco de la Nación se encuentra facultado para recibir depósitos de ahorros y custodia

---

<sup>6</sup> Artículo 1 del Estatuto del Banco de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N° 07-94-EF. *“El Banco de la Nación es una empresa de derecho público, integrante del sector de Economía y Finanzas, que opera con autonomía económica, financiera y administrativa. (...)”*. Este artículo fue posteriormente modificado mediante Decreto Supremo N° 141-2020-EF para precisar que el Banco de la Nación es una empresa con potestades públicas.

<sup>7</sup> Artículo 4 del Estatuto del Banco de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N° 07-94-EF. *“Es objeto del Banco administrar por delegación las subcuentas del Tesoro Público y proporcionar al Gobierno Central los servicios bancarios para la administración de los fondos públicos. (...)”*.

de personas naturales y jurídicas donde la banca privada no tenga oficinas, el cual incluye la emisión de giros y telegiros bancarios, así como la transferencia de fondos por encargo y a favor de dichas personas<sup>8</sup>.

Como habíamos mencionado, el BCP cuenta con una oficina en Puerto Maldonado por lo que no sería posible que el Banco de la Nación ofreciera dichos servicios a Aero Continente en dicha ciudad. No obstante, conforme al estatuto del Banco de la Nación, este se encuentra facultado para ofrecer los servicios de corresponsalía<sup>9</sup> en las localidades donde las entidades del sistema financiero lo requieran, como podría ser en el caso de Puerto Maldonado. Por su parte, el BCP cuenta con servicios alternativos a las cuentas corrientes en las que no se requiere ser cliente de dicha institución, como lo son los servicios de giros y de cheque de gerencia.

Al respecto, la Comisión y el Tribunal analizaron si los servicios de corresponsalía ofrecidos por el Banco de la Nación y los servicios del BCP de giros de dinero y cheque de gerencia podrían calificar como sustitutos de las cuentas corrientes; y determinaron que estos servicios no eran sustitutos adecuados en términos de costos, tiempo u operatividad. Sin embargo, hubieron determinados factores que la Comisión y el Tribunal no consideraron al momento del análisis, así como errores en la determinación de los costos de dichos servicios.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el análisis de cada servicio sustituto se presentará una comparación de las características de las cuentas corrientes y de los servicios sustitutos antes indicados; principalmente a nivel de precios. Dichos cálculos se han realizado considerando la información que se ha podido obtener del expediente materia de análisis.

---

<sup>8</sup> Artículo 8, inciso l) del Estatuto del Banco de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N° 07-94-EF. "*l) Recibir depósitos de ahorros, así como en custodia, de las personas naturales y/o jurídicas ubicadas en los lugares del territorio de la República donde la banca privada no tiene oficinas, incluyendo la emisión de giros y/o telegiros bancarios, y efectuar transferencias de fondos por encargo y/o a favor de dichas personas.*".

<sup>9</sup> Artículo 8, inciso j) del Estatuto del Banco de la Nación, aprobado por Decreto Supremo N° 07-94-EF. "*j) Brindar servicios bancarios en calidad de corresponsal de entidades del sistema financiero, en las localidades donde las entidades del sistema financiero se lo soliciten*".

- Servicios de corresponsalía ofrecidos por el Banco de la Nación

Los servicios de corresponsalía son servicios brindados a bancos privados que requieren facilitar a sus clientes el envío de efectivo en zonas en los que no tienen oficinas o donde sus clientes no tienen cuentas abiertas en algún banco privado. Dentro de los servicios de corresponsalía que ofrece el Banco de la Nación se encuentra el servicio de recepción de depósitos y el servicio de telegiros, en moneda nacional y extranjera, los cuales permitirían la transferencia de dinero desde Puerto Maldonado a Lima.

Ahora, debemos mencionar que el Banco de la Nación proporcionó a la Secretaría Técnica el listado de diez (10) entidades financieras a las que se les proporcionaba el servicio de corresponsalía entre las cuales se encontraban cinco (5) bancos que tenían como cliente a Aero Continente: Banco Wiese Sudameris, Banco Continental, Interbank, Banco Latino y Norbank. De esta manera, Aero Continente podía acceder a los servicios de corresponsalía del Banco de la Nación, a través de cualquiera de estos bancos en los que era cliente.

a) Servicio de recepción de depósitos

Para la prestación de este servicio se requiere de la participación de tres (3) agentes: el Banco de la Nación, un banco privado del sistema financiero y un cliente de dicho banco privado. La operativa implica que el cliente del banco privado deposita el dinero en la cuenta corriente que mantiene dicho banco en el Banco de la Nación; posteriormente el banco privado realiza la transferencia del dinero depositado a la cuenta corriente del cliente.

Asimismo, este servicio cuenta con determinadas características que consideramos importante evaluar para así determinar el grado de sustitución del servicio de cuentas corrientes.

Tabla 1: Comparativo de características servicio cuentas corrientes y servicio de recepción de depósitos

Características	BCP	Banco de la Nación
	Servicio cuentas corrientes	Servicio recepción de depósitos
Horario	<u>Lunes - Viernes:</u> 9:15 a.m. – 1:15 p.m. 4:30 p.m. - 6:30 p.m.  <u>Sábados:</u> 9:30 a.m. - 12:30 p.m.	<u>Lunes - Viernes:</u> 8:00 a.m. - 5:30 p.m. <sup>10</sup>  <u>Sábados:</u> 8:00 a.m. - 1:30 p.m.
Duración de la transferencia	Inmediatamente	Inmediatamente <sup>11</sup>
Comisión	<u>Retiro de dinero en otra plaza:</u>  - <u>Moneda nacional</u> 0.5% sobre el monto transferido. Mín. S/ 5.00. Máx. S/ 700.00.  - <u>Moneda extranjera</u> 0.5% sobre el monto transferido. Mín. USD 2.00 Máx. USD 350.00  <u>Mantenimiento:</u> S/ 17.50 USD 10.00  <u>Portes:</u> S/ 2.50 USD 0.80	<u>Moneda nacional</u> 0.125% sobre el monto transferido. Mín. S/ 6.00  <u>Moneda extranjera</u> 0.6% sobre montos transferidos <USD 1,000.00 Mín. USD 2.00 0.5% sobre montos transferidos > USD 1,000.00 Mín. USD 8.00

Elaboración: propia

Fuente: Datos obtenidos del expediente materia de análisis.

Como podemos ver, ambos servicios tienen características similares respecto al horario de atención y la duración de la transferencia, pero en términos de costos se puede ver que hay una diferencia. Al respecto, la Comisión y el Tribunal analizaron que, entre noviembre de 1998 y diciembre de 1999, los servicios de recepción de depósitos representaron un costo en exceso de 951% en soles y 3779% en dólares en comparación con las cuentas corrientes. No obstante, en dicho análisis solo se consideraron como parte del costo de las cuentas corrientes, las comisiones de

<sup>10</sup> Horario de atención vigente desde enero de 2001.

<sup>11</sup> La agencia del Banco de la Nación en Puerto Maldonado se encuentra interconectada desde noviembre de 1995 por lo que las transferencias se harían de forma inmediata.

mantenimiento y portes, mas no las comisiones por retiro de dinero en otra plaza.

En ese sentido, para realizar un correcto análisis en términos de precios se debe considerar todos los costos efectivos en los que se incurrirían si se optara por uno u otro servicio. Al realizar dichos cálculos, hemos obtenido que, entre el periodo de octubre de 1998 y setiembre de 1999, el servicio de recepción de depósitos del Banco de la Nación en dólares resultó ser veintinueve por ciento (29%) más costoso que el servicio de cuentas corrientes del BCP (ver Anexo 1).

Por lo tanto, vemos que el costo del servicio de recepción de depósitos no era excesivamente más alto que el costo del servicio de cuentas corrientes como lo planteó la Comisión y el Tribunal. Considerando ello, podemos concluir que, ante un incremento en el precio de los servicios de cuentas corrientes, la rentabilidad del BCP se podría ver afectada pues los consumidores pueden decidir tomar el servicio de recepción de depósitos del Banco de la Nación. Ello implicaría que dicho servicio califica como un sustituto adecuado para las cuentas corrientes.

b) Servicio de telegiros

El servicio de telegiros implica poder realizar una transferencia a cualquier lugar del país para lo cual se necesita que la persona natural o jurídica, que asume los costos del giro, proporcione los datos del remitente y destinatario. Así, el destinatario podrá cobrar el giro en las oficinas del Banco de la Nación.

En este caso, también consideramos importante detallar las características de los servicios de cuentas corrientes y del telegiro; siendo la principal diferencia el cobro de comisiones:

**Tabla 2:** Comparativo de características servicio cuentas corrientes y servicio de telegiro

Características	BCP	Banco de la Nación
	Servicio cuentas corrientes	Servicio de telegiro
Horario	<u>Lunes - Viernes:</u> 9:15 a.m. – 1:15 p.m. 4:30 p.m. - 6:30 p.m. <u>Sábados:</u> 9:30 a.m. - 12:30 p.m.	<u>Lunes - Viernes:</u> 8:00 a.m. - 5:30 p.m.  <u>Sábados:</u> 8:00 a.m. - 1:30 p.m.
Duración de la transferencia	Inmediatamente	Inmediatamente
Comisión	Retiro de dinero en otra plaza:  <u>Moneda nacional</u> 0.5% sobre el monto transferido. Mín. S/ 5.00 Máx. S/ 700.00 <u>Moneda extranjera</u> 0.5% sobre el monto transferido. Mín. USD 2.00. Máx. USD 350.00  <u>Mantenimiento:</u> S/ 17.50 USD 10.00  <u>Portes:</u> S/ 2.50 USD 0.80	<u>Moneda nacional</u> 0.75% si el importe transferido > S/ 1,000.00. Mín. S/ 10.00 Si el importe transferido > S/ 50.00 pero < S/ 1,000.00. Mín. S/ 5.00  <u>Gastos de comunicación:</u> S/ 2.00 solo si el importe transferido > S/100.00  <u>Portes:</u> S/ 2.00 solo si el importe transferido > S/100.00

Elaboración: propia

Fuente: Datos obtenidos del expediente materia de análisis.

Así como en el servicio de recepción de depósitos, la Comisión y el Tribunal concluyeron que el servicio de telegiros no era un sustituto adecuado para las cuentas corrientes pues dicho servicio solo permite realizar las transferencias en moneda nacional y para montos mayores de S/ 50.00, por lo que Aero Continente tendría que incurrir en un costo adicional de tipo de cambio en tanto las transferencias que requiere realizar desde Puerto Maldonado a Lima son también en dólares. Adicionalmente, la Comisión y el Tribunal indicaron que, entre noviembre de 1998 y diciembre de 1999, el servicio de telegiro representó un costo en exceso de 1910% en soles en comparación con las cuentas corrientes.

Al respecto, debemos indicar que en cuanto al límite de transferencias de S/ 50.00, la Comisión y el Tribunal mencionaron que las operaciones realizadas por Aero Continente en Puerto Maldonado menores a dicho monto representaron el 0.1% del total del monto transferido durante el periodo de noviembre de 1998 y diciembre de 1999. Sin embargo, consideramos que el monto mínimo de transferencias no impacta en la determinación del servicio de telegiro como sustituto a las cuentas corrientes puesto que para transferir importes menores a S/ 50.00, Aero Continente podría valerse del servicio de recepción de depósitos.

Ahora, en lo que respecta al costo que menciona la Comisión y el Tribunal sobre la diferencia por operación de tipo de cambio, no se ha indicado cuanto aproximadamente sería dicho costo adicional, de corresponder. En ese sentido, hemos considerado necesario realizar un análisis de los costos del servicio de telegiros en comparación con los costos en los que se incurre para mantener una cuenta corriente, considerando en este último, la comisión de retiro de dinero en otra plaza.

Como resultado, hemos obtenido que entre el periodo de octubre de 1998 y setiembre de 1999, el servicio de telegiros del Banco de la Nación en soles resultó ser noventa y seis por ciento (96%) más costoso que el servicio de cuentas corrientes del BCP (ver Anexo 2). En ese sentido, las diferencias entre el costo del servicio de telegiros con respecto a las cuentas corrientes no era excesivamente más alta como lo indicaron la Comisión y el Tribunal.

Considerando ello, ante un incremento del precio de los servicios de cuentas corrientes, la rentabilidad del BCP se puede ver afectada pues los consumidores pueden decidir tomar el servicio de telegiro del Banco de la Nación; de manera que dicho servicio calificaría como un sustituto de las cuentas corrientes.

Es importante mencionar que el Tribunal también consideró que los servicios de corresponsalía brindados por el Banco de la Nación no eran sustitutos adecuados de las cuentas corrientes debido a que el proceso de los servicios de corresponsalía significaba hacer un depósito a la vez con un costo financiero distinto y que existían diferencias estructurales entre las cuentas corrientes y los sustitutos antes indicados. Sin embargo, como demostramos, el Tribunal no consideró las comisiones que cobra el BCP por retiro de efectivo en otra plaza y que en realidad las diferencias estructurales de los servicios de corresponsalía no eran relevantes, puesto que lo que Aero Continente buscaba era transferir su dinero desde Puerto Maldonado a Lima, y no realizarlo únicamente mediante cuentas corrientes pues este servicio puede ser reemplazado por otro.

- Servicios ofrecidos por el BCP a no clientes

El BCP también ofrece servicios a personas naturales o jurídicas, como los servicios de giro de dinero y de cheque de gerencia, que a diferencia del servicio de cuentas corrientes, no se requiere ser cliente del BCP. Dado que estos servicios son también brindados por el BCP, el horario de atención es el mismo para ambos servicios.

- a) Servicios de giro de dinero

Este servicio permite girar dinero a terceros sin la necesidad de contar con una cuenta en el BCP. A continuación, vemos que en este caso las comisiones cobradas para este servicio y el servicio de cuenta corriente son muy parecidas:

**Tabla 3:** Comparativo de características servicio cuentas corrientes y servicio de giro de dinero

Características	BCP	
	Servicio cuentas corrientes	Servicio de giro de dinero
Comisión	Retiro de dinero en otra plaza:  <u>Moneda nacional</u> 0.5% sobre el monto transferido. Mín. S/ 5.00 Máx. S/ 700.00  <u>Moneda extranjera</u> 0.5% sobre el monto transferido. Mín. USD 2.00. Máx. USD 350.00.  <u>Mantenimiento:</u> S/ 17.50 USD 10.00  <u>Portes:</u> S/ 2.50 USD 0.80	<u>Moneda nacional</u> 0.5% sobre el monto transferido. Mín. S/ 15.00 Máx. S/ 700.00  <u>Moneda extranjera</u> 0.5% sobre el monto transferido. Mín. USD 5.00. Máx. USD 350.00.

Elaboración: propia

Fuente: Datos obtenidos del expediente materia de análisis.

Como vemos, el servicio de cuentas corrientes tiene comisiones por retiro del dinero en otra plaza, así como comisiones por mantenimiento y portes; mientras que el servicio de giro de dinero tiene solo las comisiones por montos transferidos. De manera que, analizando el periodo entre octubre de 1998 y setiembre de 1999, obtenemos como resultado que el servicio de giro de dinero resultó ser tres por ciento (3%) menos costoso que el servicio de cuentas corrientes (ver Anexo 3).

Debemos mencionar también, que cuando la Comisión y el Tribunal analizaron el servicio de giro de dinero del BCP, erradamente indicaron que este servicio tenía topes o montos máximos de transferencia, cuando estos montos correspondían a límites en comisiones. Es por ello que concluyeron que el servicio de dinero no era un sustituto adecuado para las cuentas corrientes.

Considerando lo anterior, podemos concluir que a nivel de costos el servicio de giro de dinero califica como un sustituto a las cuentas corrientes.

b) Servicio de cheque de gerencia

El servicio de cheque de gerencia permite que una persona natural o jurídica solicite al BCP la emisión de un cheque por el importe requerido y dicho cheque es enviado a otra ciudad para que posteriormente sea cobrado. Aplicado al presente caso, se tiene que una vez que enviado el cheque desde Puerto Maldonado a Lima, Aero Continente lo deposita en la cuenta corriente que mantiene en una entidad financiera, como el Banco de Comercio, y es este banco quien cobra comisiones en la cuenta corriente que Aero Continente mantiene en este banco por el concepto de cobro de los cheques de gerencia y portes.

En lo que respecta a las diferencias entre este servicio con el de cuentas corrientes, en la siguiente tabla se muestra la duración de la transferencia del dinero para ambos servicios, así como las comisiones cobradas:

Tabla 4: Comparativo de características servicio cuentas corrientes y servicio de cheque de gerencia

Características	BCP	
	Servicio cuentas corrientes	Servicio de cheque de gerencia
Duración de la transferencia	Inmediatamente	Entre 2 a 3 días <sup>12</sup>
Comisión	Retiro de dinero en otra plaza: <u>Moneda nacional</u> 0.5% sobre el monto transferido. Mín. S/ 5. Máx. S/ 700. <u>Moneda extranjera</u> 0.5% sobre el monto transferido. Mín. US\$ 2. Máx. US\$ 350. <u>Mantenimiento:</u> S/ 17.50 US\$ 10 <u>Portes:</u> S/ 2.5 US\$ 0.80	Comisión por emisión de cheque <u>Moneda nacional</u> S/ 6.50 por chequera de 25 cheques S/ 13 por chequera de 50 cheques <u>Moneda extranjera</u> \$ 2 por chequera de 25 cheques \$ 4 por chequera de 50 cheques

<sup>12</sup> Duración de la transferencia indicado por Aero Continente.

Elaboración: propia

Fuente: Datos obtenidos del expediente materia de análisis.

Ahora, debemos indicar que en el expediente hacen referencia a que el servicio de cheque de gerencia cuenta con otros gastos adicionales como el gasto por cobro de cheque y portes; sin embargo, estos montos no han sido detallados en el expediente. Sin perjuicio de ello, debemos considerar que por lo general los gastos de portes bancarios representan un gasto mínimo; y en lo que respecta al gasto por cobro de cheque, consideramos que este no representaría un costo muy elevado puesto que, en conjunto, los cobros por comisiones del servicio de cheques de gerencia han sido anteriormente pagados por Aero Continente.

Lo anterior, dado que Aero Continente accedía al servicio de cheques de gerencia para la transferencia de dinero desde Puerto Maldonado a Lima desde que ocurrió el cierre de sus cuentas corrientes en el BCP en julio de 1998. Adicionalmente a ello, debemos considerar que entre enero y octubre del 2000, TANS, competidor de Aero Continente, utilizaba el servicio de cheques de gerencia del BCP para transferir su dinero a Lima. El transporte de dicho cheque y su reporte de ventas en Puerto Maldonado, lo realizaba a través de sus propias aerolíneas mediante vuelos desde Puerto Maldonado a Lima, sin tener que contratar seguridad adicional para estos efectos. Entonces, podemos concluir que este servicio si califica como sustituto de las cuentas corrientes.

En lo que respecta a la comparación numérica de los costos de comisiones, en este caso, dado que las comisiones por emisión de cheques de gerencia se realizan por la cantidad de cheques que se encuentran en las chequeras; y no son comisiones calculadas sobre el importe transferido, no contamos con elementos suficientes para poder realizar dichos cálculos. Sin embargo, como mencionamos anteriormente, este servicio ha sido utilizado no solo por Aero Continente, sino por su competidor TANS, lo cual demuestra que en realidad los costos de los cheques de gerencia no eran excesivamente

elevados puesto que de lo contrario ninguna aerolínea hubiera accedido a este servicio para transferir el dinero producto de sus ventas en Puerto Maldonado a Lima.

Para completar el análisis, quisiéramos mencionar que si bien el servicio de cuentas corrientes tiene la característica de realizarse de forma inmediata a diferencia del servicio de cheques de gerencia cuya duración puede tardar entre 2 a 3 días, ello no implica que no se pueda considerar como sustituto a los cheques de gerencia pues la necesidad de Aero Continente es que efectivamente se realice la transferencia del dinero a Lima, lo cual se logra con este servicio.

Por último, analizaremos otro potencial servicio sustituto que la Comisión y el Tribunal mencionaron dentro de sus resoluciones: el transporte de dinero a través de vuelos comerciales. Al respecto, debemos considerar que en lo que se refiere al costo del transporte de dinero mediante vuelos, en 1999, Aero Continente realizó vuelos diarios desde Puerto Maldonado a Lima, por lo que no se incurriría en un costo adicional por el transporte de dinero a Lima. Sin embargo, habría que analizar si para trasportar dicho dinero es necesario contratar una póliza de seguro.

En el caso de TANS, este transportó sus cheques de gerencia mediante sus vuelos comerciales sin haber contratado ninguna póliza de seguro. Consideramos que la adquisición de dicha póliza puede aplicarse bajo distintas condiciones; es decir, si el transporte de dinero es en efectivo, sería factible contratar una póliza de seguro, pero si el transporte de dinero es en cheque de gerencia, tal vez se podría prescindir de esta.

Ahora, la Comisión y el Tribunal no cuantificaron los costos en los que se incurrirían en caso de contratar esta póliza, ni a cuanto ascendería contratar seguridad privada, cuestión que indicó Aero Continente que era necesario para poder utilizar este servicio. Sin embargo, en este caso, debemos tomar en cuenta que existe una aerolínea, TANS, que ya ha logrado sustituir perfectamente el servicio de cuentas corrientes mediante vuelos de Puerto

Maldonado a Lima, por lo menos con el transporte del dinero en cheques de gerencia, bajo esta premisa el transporte aéreo puede ser considerado como un sustituto a las cuentas corrientes.

En atención a lo antes expuesto y habiendo evaluado los sustitutos a las cuentas corrientes, podemos concluir que el servicio relevante está definido por la transferencia de dinero producto de las ventas comerciales de Aero Continente en Puerto Maldonado a Lima.

**(ii) Mercado geográfico relevante**

Para definir el mercado geográfico relevante debemos considerar lo indicado por Figari, Gómez y Zúñiga: “(...) es necesario evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al cliente, sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores” (Figari, Gómez y Zúñiga, 2005, p. 170).

Para el presente caso, se debe analizar el área geográfica en donde se encuentran los proveedores alternativos a los cuales Aero Continente podría acudir bajo las mismas o similares condiciones de mercado. La determinación de las zonas geográficas alternativas se puede realizar a través del precio, como se realizó para la determinación del mercado producto relevante.

En este caso, la Comisión y el Tribunal se pronunciaron sobre la posibilidad de que otras institucionales financieras en Cusco, ciudad cercana a Puerto Maldonado, puedan prestar sus servicios a Aero Continente para que este realice la transferencia de dinero a Lima. No obstante, se indicó que acceder a este servicio en Cusco se encontraba limitada por la operatividad y riesgo que implicaría transportar el dinero en efectivo a dicha ciudad.

Sobre ello, debemos considerar que en 1999 Aero Continente tuvo vuelos diarios desde Puerto Maldonado a Lima, con escala en Cusco, por lo que en principio se podría haber transportado el dinero a Cusco por este medio y acceder a los servicios de las instituciones financieras donde Aero Continente es cliente. Ahora, si bien la Comisión y el Tribunal mencionaron que ello representaría una operatividad más compleja y un riesgo por el transporte del dinero, dichos costos o potenciales contingencias no fueron cuantificadas por lo que no se cuenta con mayores elementos para concluir si era factible o no considerar dentro del mercado geográfico a la ciudad de Cusco.

Sin perjuicio de ello, consideramos importante mencionar que la evaluación de los sustitutos debe realizarse tomando en cuenta no solo la demanda del servicio, sino también la oferta de los productos alternativos. De manera que, si bien la demanda del servicio de cuentas corrientes por parte de Aero Continente se encuentra en Puerto Maldonado, la oferta de dicho servicio u otro servicio alternativo se puede encontrar en otras localidades como Cusco.

Como dato complementario, Aero Continente indicó que era necesario que el dinero llegue a Lima dentro de las 24 horas de recibido por el agente de ventas en Puerto Maldonado; sin embargo, consideramos que esto es únicamente una cuestión comercial entre Aero Continente y el agente de ventas, mas no es una cuestión indispensable para que Aero Continente continúe realizando sus operaciones aerocomerciales en Puerto Maldonado.

Por lo antes indicado, en tanto no tenemos mayores elementos para arribar a una conclusión respecto a si es factible incluir a Cusco dentro del mercado geográfico relevante, consideramos adecuado definir que el mercado geográfico relevante comprende a la ciudad de Puerto Maldonado.

**(iii) Posición de dominio**

Continuando con el análisis, se debe determinar la posición de dominio del BCP en el mercado relevante, que como lo mencionamos anteriormente, conforme al artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701, comprende evaluar *“la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución”*.

Con respecto a ello, ya hemos evaluado las características de la oferta y demanda de las cuentas corrientes, así como de sus sustitutos, su operatividad y facilidad de acceso a estos servicios; por lo que corresponde ahora evaluar la participación del BCP en el mercado relevante y la existencia de barreras de entrada al ingreso de nuevos competidores, cuestiones que han sido omitidas en el análisis de la Comisión y el Tribunal.

En relación con el nivel de participación que tiene el BCP en el mercado relevante, mencionar que este depende de la identificación de los demás proveedores de los servicios alternativos a las cuentas corrientes. Como hemos analizado, el Banco de la Nación brinda servicios de corresponsalía mediante el cual se pueden realizar las transferencias de dinero desde Puerto Maldonado a Lima, incluso el BCP ofrece servicios como giro de dinero y cheques de gerencia en dicha ciudad sin la necesidad de que la persona natural o jurídica se registre como cliente. Además, otro medio alternativo para el transporte de dinero a Lima es mediante los mismos vuelos de Aero Continente, como lo realizó TANS para transportar los cheques de gerencia.

Ahora, si bien la participación del BCP en el mercado relevante no ha sido calculada a nivel porcentual por la Comisión y el Tribunal, consideramos que esta no podría llegar a niveles desproporcionados pues existen otros sustitutos. Sin embargo, aún en el supuesto de que el BCP tenga una elevada participación en el mercado relevante, eso no implica que ostente posición

de dominio, pues este criterio no es el único elemento determinante. Como lo indica Quintana, “(...) *la participación de la empresa denunciada debe compararse siempre con las participaciones de las otras empresas que se encuentran en el mercado relevante. Si la empresa denunciada tiene 45% de participación y el competidor más cercano tiene 40%, la elevada participación de la primera no necesariamente le otorga libertad para imponer las condiciones de venta en el mercado, en tanto que la segunda es comparable y puede disciplinar el comportamiento de la denunciada*” (Quintana, 2013, p. 24).

Lo anterior, se debe a que para que exista posición de dominio es necesaria la existencia de barreras de entrada al mercado relevante que imposibiliten el ingreso de posibles competidores a dicho mercado. Por ende, “*la existencia de una empresa con elevada participación en un mercado altamente concentrado puede relativizarse si el análisis de barreras de acceso al mercado demuestra que éstas son reducidas o bajas y, en consecuencia, que existe considerable posibilidad de competencia potencial. Por el contrario, si se encuentra que el mercado presenta elevadas barreras de acceso, se estaría confirmando el análisis de competencia actual y la posición de dominio de dicha empresa*” (Quintana, 2013, p. 28).

De este modo, las barreras de entrada al mercado relevante pueden ser legales, económicas o estructurales y estratégicas. En este caso, no existen barreras de entrada legales pues no hay normas que limiten la entrada de nuevas entidades bancarias o que restrinjan los servicios de corresponsalía del Banco de la Nación o incluso que limiten el ingreso de otras empresas que brindan servicios de transferencias de dinero (como puede ser Western Union).

Aún menos existen barreras de entradas económicas o estructurales puesto que no es necesario que los agentes económicos realicen una inversión alta para poder aperturar una oficina en Puerto Maldonado y brindar un servicio alternativo a las cuentas corrientes para que se pueda realizar la transferencia de dinero desde Puerto Maldonado a Lima. El servicio de cuentas corrientes no es un servicio imprescindible que estructuralmente deba tomarse como referencia para encontrar sustitutos con la misma estructura, puesto que lo que se quiere satisfacer es la necesidad de Aero Continente de transferir el dinero a Lima, independientemente de la modalidad.

Por último, tampoco se puede afirmar que existen barreras de entrada estratégicas puesto que el BCP no ha realizado alguna estrategia comercial como una condición de venta de sus servicios u otros. En particular, el requerimiento de información financiera solicitado por el BCP a Aero Continente se encontraba enmarcado en las normas sectoriales sobre lavado de activos de la SBS, lo cual analizaremos en el siguiente punto.

Por todo lo expuesto anteriormente, se concluye que conforme al artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701, el BCP no ostenta de posición de dominio en el mercado relevante pues no puede actuar de forma independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, al existir servicios alternativos idóneos que califican como sustitutos de las cuentas corrientes que ofrece el BCP.

### **3.2. ¿La negativa del BCP de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente fue injustificada?**

En principio, dado que en el punto 3.1. anterior determinamos que el BCP no ostentaba de posición de dominio en el mercado relevante, ya no sería necesario continuar con el análisis de la negativa del BCP de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente. No obstante, para tener un análisis completo de los puntos controvertidos del presente caso, evaluaremos si la negativa del BCP fue injustificada, en el supuesto negado de que el BCP ostente posición de dominio.

Conforme a lo establecido en el artículo 5, primer párrafo, literal a) del Decreto Legislativo N° 701<sup>13</sup>, se considera que existe abuso de posición de dominio cuando quien ostenta dicha posición actúa de manera indebida para obtener beneficios y causar perjuicios; siendo uno de los supuestos de abuso de dicha posición, la negativa injustificada de contratar. De esta forma, se analizará si la negativa del BCP de aperturar cuentas corrientes en moneda nacional y extranjera a Aero Continente es injustificada y si esta se realizó con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a Aero Continente, para lo cual se deben cumplir los siguientes presupuestos: 1) que exista negativa; 2) que la negativa sea injustificada; y, 3) que la negativa afecte negativamente la competencia, excluyendo a competidores.

1) ¿Existió negativa de parte del BCP de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente?

Como punto de partida, indicamos que la denuncia interpuesta por Aero Continente radica en la solicitud que esta realizó al BCP entre setiembre y octubre de 1999 para aperturar cuentas corrientes en moneda nacional y extranjera. El BCP rechazó dicha solicitud indicado a Aero Continente, de forma verbal, a través de sus funcionarios en sus agencias, que para poder acceder a su solicitud era necesario que la Gerencia General de Aero Continente coordine con la Gerencia Central del BCP. En ese sentido, el rechazo del BCP ante la solicitud de Aero Continente de aperturar cuentas corrientes, implica que se ha configurado la negativa.

---

<sup>13</sup> Artículo 5 del Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, aprobado por el Decreto Legislativo N° 701. "Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. Son casos de abuso de posición de dominio: "a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios."

2) ¿La negativa del BCP de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente fue injustificada?

Corresponde evaluar si la negativa del BCP de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente, en moneda nacional y extranjera, fue injustificada. La negativa a aperturar dichas cuentas corrientes conlleva a la negativa de contratar; por ende, antes de realizar dicho análisis es importante tener como premisa que el derecho a la libertad contractual es un principio general del derecho recogido en el artículo 2, inciso 14<sup>14</sup> y el artículo 62<sup>15</sup> de la Constitución. Dicho derecho implica que cualquiera tiene la libertad de contratar con quien decida y bajo los términos y condiciones que convenga de forma privada, pero considerando como límite a las disposiciones legales. Por otro lado, tenemos el derecho a la libre competencia que se encuentra prescrita en el artículo 61 de la Constitución<sup>16</sup> e implica que los agentes económicos deben realizar sus operaciones sin restringir o limitar la competencia.

En los casos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar, ambos derechos deben ser analizados de forma proporcional y objetiva para el caso concreto. Esto se debe realizar así pues existen empresas con posición de dominio que pueden ejercer su libertad de contratar con fines anticompetitivos, por lo que para evitar dichos actos las normas de protección a la libre competencia establecen que la negativa de contratar de un agente que ostente posición de dominio debe encontrarse justificada. En caso la negativa sea injustificada, correspondería sancionar a la empresa que ejerció tal abuso de posición de dominio.

---

<sup>14</sup> Artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política del Perú 1993. “*Toda persona tiene derecho: 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público*”.

<sup>15</sup> Artículo 62 de la Constitución Política del Perú 1993. “*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)*”.

<sup>16</sup> Artículo 61 de la Constitución Política del Perú 1993. “*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. (...)*”.

En esa línea, Eduardo Quintana ha abordado desde la doctrina el equilibrio entre la libertad de contratar y la protección de la libre competencia, indicando que se puede perder dicho equilibrio si se realiza una mala interpretación para restringir excesivamente la libertad de contratar:

*“En tal consecuencia, puede afirmarse que la regulación de las negativas injustificadas de trato por parte de empresas con posición de dominio funciona como un punto de equilibrio entre el derecho a la libertad de contratar y la protección de la libre competencia. Sin embargo, existe riesgo de que tal equilibrio se pierda cuando se utilizan indebidamente algunos conceptos o interpretaciones legales para restringir excesivamente la libertad de contratar. Así, por ejemplo, podría suceder con la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales o con la prohibición absoluta de todas las negativas de trato arbitrarias.”* (Énfasis y subrayado agregado) (Quintana, 2002, p. 381-382)

Para responder la pregunta planteada en este punto, es necesario retroceder a los antecedentes del caso, cuando Aero Continente era cliente del BCP desde setiembre de 1993 y cuya relación contractual finalizó debido a que Aero Continente no remitió sus Estados Financieros auditados al 31 de diciembre de 1997 pese a que el BCP lo solicitó en reiteradas oportunidades a través de cartas y reuniones que entabló con Aero Continente. En una segunda carta que el BCP envía a Aero Continente el 30 de junio de 1998, le solicita adicionalmente sus Estados Financieros a mayo de 1998 e indica que cualquier transferencia de fondos al exterior debe estar sustentada explicando el origen de dichos fondos.

Por su parte, el BCP explicó a la Comisión y al Tribunal que solicitó dicha información a Aero Continente porque detectó que desde febrero de 1998 Aero Continente realizó transferencias al exterior que se incrementaron de manera significativa pasando de un promedio de USD 1,500,000.00 a USD 4,000,000.00; obteniendo así entre enero y junio de 1998, un total de transferencias al exterior que sumaron aproximadamente USD

12,000,000.00. Además, es importante mencionar, como contexto, que en esos años circulaban noticias de presuntas actividades de narcotráfico relacionadas con Aero Continente y Fernando Zevallos Gonzáles, fundador y propietario de dicha aerolínea.

Debido a ello, y considerando las normas sectoriales del sistema financiero aplicables al BCP, era necesario que este solicite información financiera a Aero Continente para que pueda cumplir con el deber de “conocer a su cliente”. A continuación, citamos el artículo 375 numeral 3 de la Ley General del Sistema Financiero, que regula la obligación de las empresas del sistema financiero de contar con medidas para la identificación de sus clientes; así como el artículo 378 del mismo cuerpo normativo, que regula obligación de dichas empresas de comunicar a la UIF las operaciones financieras sospechosas que se presuman puedan estar relacionadas con actividades ilícitas.

***“Artículo 375.- IDENTIFICACION DE LOS CLIENTES Y MANTENIMIENTO DE REGISTROS***

***3. Las empresas del sistema financiero deben adoptar medidas razonables para obtener y conservar información acerca de la verdadera identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una transacción, cuando exista alguna duda acerca de que tales clientes puedan no estar actuando en su propio beneficio, especialmente en el caso de personas jurídicas que no llevan a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el lugar donde tengan su sede o domicilio.***  
(Énfasis y subrayado agregado)

***“Artículo 378.- COMUNICACION DE TRANSACCIONES FINANCIERAS SOSPECHOSAS.***

***1. Las empresas del sistema financiero deben prestar especial atención a todas las transacciones, efectuadas o no, complejas, insólitas, significativas, y a todos los patrones de transacciones no habituales y a las transacciones no significativas pero periódicas, que no tengan un fundamento económico o legal evidente.***

***2. Al sospechar que las transacciones descritas en el numeral 1 de este artículo podieran constituir o estar relacionadas con actividades ilícitas,***

**las empresas del sistema financiero deben comunicarlo directamente a la Unidad de Inteligencia Financiera.**” (Énfasis y subrayado agregado)

Asimismo, el artículo 3, numeral 3.4 del Reglamento de Cuentas Corrientes establece como obligación de las empresas del sistema financiero, la verificación de la veracidad de la información presentada por quien solicita el servicio de cuentas corrientes, estando dichas empresas facultadas para pedir información que les permita conocer a sus clientes:

### **“3.- OBLIGACIONES A CARGO DE LA EMPRESA**

**Las empresas están obligadas a:**

3.4 **Verificar la veracidad de la información proporcionada por el solicitante, en especial de su domicilio, debiendo requerir cualquier otra documentación o información que contribuya a conocer a su cliente.**” (Énfasis y subrayado agregado)

En adición, el artículo 2, inciso 2.1 del Reglamento para la Prevención del Lavado de Dinero prescribe que son las empresas del sistema financiero quienes deben determinar los mecanismos de prevención adecuados para detectar operaciones sospechosas y tener un conocimiento adecuado del cliente.

### **“2. MECANISMOS DE PREVENCIÓN**

*Las Empresas determinarán los mecanismos de prevención más adecuados para la detección tanto de transacciones inusuales como de sospechosas teniendo en cuenta los siguientes criterios:*

#### **2.1 Conocimiento del cliente y del mercado**

**Los mecanismos de prevención que cada Empresa ponga en práctica, deben permitirle alcanzar un conocimiento suficiente y actualizado de sus clientes.**

*Los mencionados mecanismos **deberán basarse en un conocimiento adecuado del mercado financiero,** con la finalidad de determinar las características usuales de las transacciones que se efectúan respecto a determinados productos y servicios, y así poder compararlas con las transacciones que se realicen por su intermedio.” (Énfasis y subrayado agregado)*

Dicho Reglamento también dispone en su artículo 4 que el sistema de prevención de lavado de dinero debe plasmarse en un Manual que contenga las políticas de la empresa del sistema financiero respecto de la prevención del lavado de dinero, mecanismos de prevención de transacciones sospechosas, entre otros:

**“4. MANUAL PARA LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE DINERO**

**El sistema de prevención del lavado de dinero debe estar plasmado en un manual elaborado por las Empresas, en adelante el Manual. Dicho Manual contendrá las políticas de la Empresa para la prevención del lavado de dinero; los mecanismos de prevención de transacciones inusuales y sospechosas; los procedimientos de reporte interno y externo de las mismas; y, los informes respecto a la revisión del sistema de prevención. (...)** (Énfasis y subrayado agregado)

Como hemos visto, existe un marco normativo con obligaciones determinadas en materia de prevención de lavado de dinero, el cual ha sido creado justamente porque el sistema financiero puede ser utilizado como instrumento para legitimar dinero proveniente de actividades ilícitas.

En el presente caso, el BCP cuenta con un Manual para la Prevención de Lavado de Dinero que establece la norma, en el que se regula que no se aceptan como clientes a las personas que se rehúsen o no accedan a proveer la información o documentación requerida. Es por ello que cuando el BCP detectó un incremento significativo de las transferencias de Aero Continente al exterior y las comparó con el historial de transferencias al exterior de años anteriores, concluyó que las operaciones realizadas en 1998 eran inusuales por lo que solicitó información financiera a Aero Continente.

Siguiendo ese criterio, cuando Aero Continente solicitó entre setiembre y octubre de 1999 la nueva apertura de cuentas corrientes en el BCP, el BCP no podía tratarlo como un cliente nuevo que estaba abriendo una cuenta corriente por primera vez y solicitarle únicamente los documentos para la apertura de la cuenta corriente, como lo sugiere el Tribunal; sino que además debía presentar la información que no envió anteriormente y que originó el

cierre de sus cuentas corrientes en 1998. En vista de ello, el BCP le comunicó a Aero Continente que para acceder a su solicitud de apertura de cuentas corrientes, era necesario que la Gerencia General de Aero Continente coordine con la Gerencia Central del BCP, lo cual consideramos era razonable en este caso.

Por otro lado, Aero Continente sustentó que la negativa del BCP era injustificada pues ya mantenía cuentas corrientes con otras entidades del sistema financiero y estas no le han solicitado mayor información al respecto. Sin embargo, consideramos que el criterio del BCP de pedir mayor información no se puede hacer extensiva a otras entidades del sistema financiero puesto que las operaciones que el BCP calificó como sospechosas fueron realizadas justamente en el BCP; siendo posible que Aero Continente no haya realizado transferencias al exterior en otras cuentas bancarias que mantenía en otras entidades financieras.

Como casuística de la terminación contractual con clientes, el BCP remitió a la Comisión, información de nueve (9) casos en los que había puesto fin a la relación comercial con clientes que realizaron movimientos injustificados de dinero, proporcionaron información falsa o se negaron a presentar sus Estados Financieros. Esto demuestra que no ha sido la primera vez que el BCP termina una relación contractual con sus clientes por este tipo de casos, por lo que no puede afirmarse que esta medida tuvo la intención de discriminar a Aero Continente. Por el contrario, el BCP buscó cumplir con las exigencias legales aplicables al sector financiero y en vista de que Aero Continente no proporcionó la información solicitada, el BCP cerró sus cuentas corrientes en julio de 1998, y no accedió a la nueva apertura de cuentas corrientes entre setiembre y octubre de 1999.

Recordemos que las disposiciones en materia de prevención de lavado de dinero no hacen distinciones por tipos de clientes, sino que son aplicables de manera general a todos los clientes, sean personas naturales o personas jurídicas.

Ahora, en lo que respecta al análisis del Tribunal, este ha aislado los antecedentes de la relación contractual entre Aero Continente y el BCP como si estos no estuvieran relacionados en ninguna medida. Es más, de forma errada, el Tribunal argumentó que la negativa del BCP consideró hechos anteriores que no guardan relación con la solicitud de Aero Continente de apertura de cuentas corrientes en 1999 y que el Reglamento para la Prevención del Lavado de Dinero establece las condiciones para la detección de operaciones sospechosas en el marco de una relación contractual vigente, que a criterio del Tribunal no era aplicable dado que la negativa del BCP se dio en 1999, cuando Aero Continente ya no era su cliente.

Considero que no pueden excluirse los antecedentes del cierre de las cuentas corrientes que mantenía Aero Continente en el BCP, justamente porque el motivo del cierre de dichas cuentas fue la falta de sustento de las transferencias realizadas al exterior y la no presentación de Estados Financieros auditados al 31 de diciembre de 1997 y a mayo de 1998, que el BCP solicitó como parte del proceso de “conocer a su cliente”. En ese sentido, la solicitud de Aero Continente de aperturar nuevas cuentas corrientes implicaría presentar no solo la información requerida por el artículo 2, numeral 2.2. del Reglamento de Cuentas Corrientes<sup>17</sup> sino también, la información que en su momento no fue proporcionada por Aero Continente

---

<sup>17</sup> Artículo 2 del Reglamento de Cuentas Corrientes, aprobado por Resolución SBS N° 089-98. “**2.- REQUISITOS PARA LA APERTURA DE CUENTAS CORRIENTES.** *Las personas que deseen abrir una cuenta corriente en las empresas deben cumplir los siguientes requisitos:*

*2.2 Cuando se trate de personas jurídicas:*

*2.2.1 Documentos que acrediten la constitución e inscripción en los Registros Públicos;*

*2.2.2 Referencia de dos (2) personas naturales o jurídicas a satisfacción de la empresa sobre la idoneidad moral y económica del solicitante y de su representante autorizado para operar cuentas corrientes. Se podrá prescindir de la exigencia de este requisito cuando éstos, a juicio de la empresa y bajo su responsabilidad, reúnan dichas condiciones;*

*2.2.3 Documento que, a criterio de la empresa, acredite un nivel de ingresos de la persona jurídica suficiente para mantener una cuenta corriente;*

*2.2.4 Copia certificada del poder de sus representantes autorizados para operar con cuentas corrientes, donde se incluya sus facultades;*

*2.2.5 Número del Registro Único de Contribuyente (RUC) de la persona jurídica;*

*2.2.6 Copia del documento de identidad oficial de los representantes del solicitante que estén facultados para operar la cuenta corriente. La copia deberá ser confrontada con el original de dicho documento; y,*

*2.2.7 Tener domicilio del solicitante perfectamente individualizado y determinado en el país.*

pues incluso el artículo 3, numeral 3.4 del Reglamento de Cuentas Corrientes, obliga al BCP a requerir al solicitante de la cuenta corriente la información que contribuya a “conocer a su cliente”.

En virtud de todo lo expuesto, concluimos que la negativa del BCP de aperturar las cuentas corrientes de Aero Continente en octubre de 1999 se encontraba justificada.

3) ¿La negativa del BCP afectó negativamente la competencia?

En este punto analizaremos si la negativa del BCP afectó negativamente la competencia; es decir, si causó perjuicios a Aero Continente y si el BCP obtuvo beneficios, puesto que de lo contrario no podría afirmarse que existe abuso de posición de dominio bajo esta modalidad. Para ello, debemos considerar que deben concurrir necesariamente ambos presupuestos:

(i) Beneficio de la negativa del BCP

Recordemos que las normas de la competencia buscan desincentivar conductas que tienen como propósito excluir del mercado a competidores, de manera que el beneficio a analizar debe ser el “beneficio competitivo”; es decir, el agente económico que realiza la negativa debe haber obtenido algún beneficio o ventaja frente a sus competidores. Si no nos encontramos en este supuesto, no existiría fundamento para que las normas de libre competencia sancionen dicha conducta.

Entonces, empezaremos el análisis haciéndonos la siguiente pregunta: ¿qué beneficio podría tener el BCP para negarse a aperturar cuentas corrientes a Aero Continente?

Por un lado, tenemos al BCP que es una empresa del sistema financiero que se encarga de brindar servicios bancarios; por otro lado, tenemos a Aero Continente, una empresa aerocomercial que brinda servicios de transporte de pasajeros, cargas, entre otros. Como vemos, los giros de negocio de ambas empresas son totalmente distintos, no existiendo una relación de competencia directa entre el BCP y Aero Continente; por lo tanto, no se encuentra beneficio alguno que pueda obtener el BCP con la negativa de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente.

Ahora, durante el procedimiento sancionador, Aero Continente deslindó que la negativa del BCP tenía como fin perjudicarlo para beneficiar a Aero Perú, competidor directo de Aero Continente, alegando que el BCP era acreedor y Presidente de la Junta de Acreedores de dicha aerolínea por lo que tenía un interés en beneficiar a Aero Perú. Sin embargo, en el expediente no existe presunción alguna que lleve a esta conclusión, ni Aero Continente ha presentado prueba alguna que sustente dicha afirmación. En ese sentido, concluimos que entre el BCP y Aero Continente tampoco existió una relación de competencia indirecta.

Ahora, si bien se ha desarrollado el criterio de las negativas arbitrarias de trato que implica que quien ejerce la negativa no tiene relación de competencia con la empresa que se ve afectada por la negativa, consideramos que esta interpretación no es acorde con las normas de libre competencia. El artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701 indica expresamente que la negativa debe generar beneficios a quien la ejerce y a su vez haber generado perjuicios a otros, por lo que necesariamente deben concurrir ambos supuestos para que exista abuso de posición de dominio, caso contrario estaríamos limitando el derecho a la libertad contractual y sancionando a la empresa que lo ejerce válidamente.

Como lo señala Bullard: *“Si quien supuestamente desarrolla la práctica no tiene ningún beneficio por la misma, como exige la Ley, no se entiende cómo puede surgir una autorización genérica para limitar el derecho a contratar”* (Bullard, 2003, p. 12).

En esa línea, la única explicación que se encuentra a la negativa del BCP de prestar sus servicios de cuentas corrientes a Aero Continente, a pesar de que estos le generarían un ingreso, es que exista una justificación razonable, ya sea a nivel comercial o legal. Dicha justificación es precisamente que Aero Continente no le remitió sus Estados Financieros auditados al 31 de diciembre de 1997 y a mayo de 1998, que eran necesarios para que el BCP cumpla con la normativa sectorial de “conocer a su cliente” pues había detectado determinadas operaciones sospechosas de Aero Continente.

(ii) Perjuicio causado por la negativa del BCP

Respecto del perjuicio causado por la negativa del BCP, no consideramos que en este caso se haya configurado dicho presupuesto dado que Aero Continente continuó realizando sus operaciones comerciales en Puerto Maldonado de forma regular desde que se cerraron sus cuentas corrientes en el BCP en julio de 1998 hasta diciembre de 2002, fecha en que el Tribunal emitió la Resolución N° 0870-2002/TDC-INDECOPI, que declaró fundada la denuncia de Aero Continente.

En esta resolución, el Tribunal indica erradamente que existió un perjuicio a Aero Continente puesto que las cuentas corrientes son un servicio esencial que únicamente lo puede ofrecer el BCP en Puerto Maldonado, lo cual es incorrecto y se desarrollará en el punto 3.3 del presente informe. Asimismo, como analizamos en la determinación del mercado relevante, la necesidad de Aero Continente era transferir a Lima el dinero producto de sus ventas en Puerto Maldonado y para ello se cuenta con distintos sustitutos al servicio de cuentas corrientes. Si en

realidad se hubiera generado un perjuicio a Aero Continente, este no podría haber continuado operando en Puerto Maldonado.

De todo lo expuesto anteriormente, vemos que el BCP no ha obtenido beneficio alguno con su negativa de abrir cuentas corrientes a Aero Continente ni tampoco dicha negativa ha generado un perjuicio a Aero Continente ni al mercado.

Por lo tanto, concluimos que la negativa del BCP fue justificada para cumplir con las normas regulatorias del sistema financiero, por lo que esta conducta no constituye abuso de posición de dominio del BCP en el mercado relevante en los términos establecidos en el artículo 5, literal a) del Decreto Legislativo N° 701.

### **3.3. ¿El acceso a cuentas corrientes en Puerto Maldonado califica como facilidad esencial?**

Como mencionamos anteriormente, la Comisión y el Tribunal calificaron al mercado relevante como el servicio de transferencia de dinero de Puerto Maldonado a Lima a través de una cuenta corriente en moneda nacional y extranjera; y determinaron que los servicios de corresponsalía (recepción de depósitos y telegiros), giros de dinero, cheques de gerencia y transporte aéreo no eran sustitutos adecuados. Adicionalmente, el Tribunal determinó en su análisis que el servicio de las cuentas corrientes constituía una facilidad esencial para que Aero Continente realice sus actividades comerciales en Puerto Maldonado (ventas de pasajes aéreos, cobros de transporte de carga, cobros por exceso de equipaje, etc.).

Sin embargo, concluiremos que en realidad las cuentas corrientes no cumplían con los criterios mínimos para ser calificados como un recurso o facilidad esencial que afecte el desarrollo de los servicios aerocomerciales de Aero Continente en Puerto Maldonado. Para ello, es importante entender que el concepto de las facilidades esenciales ha sido desarrollado en la doctrina nacional e internacional y que se refiere a un bien que es indispensable para producir otro bien o servicio; es decir, este es necesario para participar en determinada actividad productiva, pero es de

propiedad de un competidor que puede tener incentivos para negarse a ofrecerlo a las demás empresas (Quintana y Kresalja, 2005, p. 65).

Por lo tanto, se considera que la facilidad esencial es el recurso necesario para la operación en el mercado de la empresa que lo utiliza, de manera que si ingresa un nuevo competidor y dicho recurso es escaso, este no podría desarrollar sus actividades. En lo que respecta a nuestra regulación, la imposición de prestar este servicio o recurso esencial se encuentra, por ejemplo, en normas de telecomunicaciones y electricidad, considerando que hay recursos que por su infraestructura no son posibles de ser replicados por otros agentes económicos, ya sea por razones técnicas o porque económicamente es inviable.

En efecto, al encontrarnos ante un recurso esencial, el propietario está prácticamente obligado a compartirlo con sus competidores pues estos no tendrían otra forma de acceder a dicho recurso y su negativa estaría perjudicando la competencia. Ahora, es importante usar dicho concepto con cuidado en el análisis de estos casos pues el fin es proteger la competencia y no a un solo competidor; de lo contrario se generaría un despropósito.

Como lo mencionó Kresalja y Quintana: *“la aplicación de la DFE puede permitir el ingreso de competidores adicionales al mercado, a través de órdenes de acceso al recurso en cuestión, incrementando así la competencia y posiblemente mejorando las condiciones de la oferta en el corto plazo. Sin embargo, un uso indiscriminado de la misma no solo puede llevar a errores de calificación, sino que también puede ocasionar que los propietarios de dichas infraestructuras o recursos opten por no volver a invertir en ese tipo de bienes en el futuro al saber que luego se les obligará a compartirlos con sus competidores”* (Quintana y Kresalja, 2005, p. 60).

En ese sentido, calificar a un bien o servicio como una facilidad esencial implica un estándar elevado de prueba, por lo que debe ser aplicado de forma excepcional y no como una regla. Es importante mencionar que durante el periodo en el que se llevó a cabo el presente procedimiento, solo se tenía un pronunciamiento como antecedente con relación al concepto de las facilidades esenciales: caso Cab cable

vs. Electrocentro<sup>18</sup>, lo cual generó que en el presente caso el análisis del Tribunal incurriera en errores, abriendo la puerta a la discrecionalidad de lo que califica como facilidad esencial.

A continuación, evaluaremos los siguientes cuatro (4) criterios que deben concurrir y fueron establecidos en el presente caso por el Tribunal para determinar si las cuentas corrientes califican como facilidad esencial: 1) el control de la facilidad esencial debe encontrarse en poder monopolista o una empresa con posición de dominio; 2) incapacidad o irracionalidad para duplicar la facilidad esencial; 3) el rechazo del uso de la facilidad esencial; y, 4) la posibilidad de proveer la facilidad.

El primer criterio es establecer si Aero Continente cuenta con posición de dominio en el mercado relevante, el cual hemos analizado en el punto 3.1 del presente informe y concluimos que el BCP no ostentaba posición de dominio en el mercado relevante pues existían servicios sustitutos que permitían a Aero Continente satisfacer su necesidad de transferir a Lima el dinero producto de sus ventas en Puerto Maldonado como el servicio de corresponsalía, giros de dinero, cheques de gerencia, entre otros.

Ahora, el sustituto no necesariamente debe ser idéntico puesto que justamente la sustitución implica que un bien o servicio determinado permita satisfacer la necesidad del agente económico, por lo que el argumento del Tribunal de que no existe un servicio idóneo similar a las cuentas corrientes no es suficiente para calificarlo como facilidad esencial, ni tampoco argumentar que otros bancos no tienen la intención de establecerse en Puerto Maldonado. Por ende, no se cumple el primer criterio.

---

<sup>18</sup> Este es el primer pronunciamiento del INDECOPI respecto del concepto de facilidad esencial. Cab Cable S.A. era concesionaria del servicio de distribución de televisión por cable en la ciudad de Huancayo que requería utilizar los postes de la red de distribución eléctrica de Electrocentro S.A. para instalar su red de cables. Electrocentro se negó a permitir el acceso de Cab Cable a su red de postes en Huancayo e INDECOPI calificó los postes de Electrocentro como facilidad esencial alegando que no había otra empresa que brindara dicho servicio en la misma zona. Finalmente, Electrocentro fue multado con cinco (5) UIT.

Respecto al segundo criterio, de la incapacidad de duplicar la facilidad esencial, debemos considerar que Aero Continente, posteriormente al cierre de sus cuentas corrientes en el BCP en julio 1998, venía realizando sus operaciones aerocomerciales en Puerto Maldonado sin problemas incluso hasta la fecha en que el Tribunal emitió su resolución en el 2002, por lo que no existía una real necesidad de contar con cuentas corrientes para poder desarrollar sus actividades de giro de negocio en Puerto Maldonado. Tanto así que Aero Continente utilizó el servicio de cheques de gerencia como medio para transferir a Lima el dinero producto de sus ventas en Puerto Maldonado durante todo ese periodo.

Por otro lado, el argumento de que las cuentas corrientes son útiles o importantes para que Aero Continente mejore su competitividad en el mercado, tampoco es válido, porque lo que se debe probar es que la falta de acceso a dicho recurso implique la imposibilidad de Aero Continente y sus competidores de continuar en el mercado, lo cual no sucedió.

Es importante indicar que, si algún competidor de Aero Continente puede acceder a un sustituto de las cuentas corrientes, no puede considerarse que las cuentas corrientes son esenciales para la competencia. En este caso, TANS era uno de los competidores de Aero Continente, el cual venía operando con normalidad y realizando transferencias dinerarias a través de cheques de gerencia transportados por sus propias aerolíneas a Lima, siendo este un sustituto adecuado a las cuentas corrientes ofrecidas por el BCP.

De esta manera, vemos que el mercado relevante difiere del presunto mercado afectado, no siendo esencial las cuentas corrientes para transportar pasajeros o carga, por lo que en este caso no se requería que el sustituto sea exactamente igual al de una cuenta corriente, sino que cumpla con el fin buscado por Aero Continente que era transferir el dinero de sus ventas en Puerto Maldonado a Lima.

En esa línea, no se cumple con el segundo criterio pues las cuentas corrientes ni siquiera califican como facilidad esencial como para determinar si se está en capacidad de replicar dicho servicio. Para poner un ejemplo concreto, algo que podría calificar como un servicio esencial para que Aero Continente realice sus actividades aerocomerciales, sin el cual no tendría capacidad de competir en el mercado aeronáutico, podría ser el servicio de combustible para sus aviones o de carga de equipaje, pero no las cuentas corrientes.

Ahora, en lo que se refiere al tercer y cuarto criterio, consideramos que tampoco se cumplen pues si bien el BCP tenía la posibilidad de brindar el servicio de cuentas corrientes a Aero Continente y se negó a hacerlo, ya hemos visto que este servicio no puede ser considerado una facilidad esencial y que incluso si ello fuera así, esta negativa por parte del BCP se encontraba justificada pues buscaba cumplir con las normas regulatorias de “conoce a tu cliente” por temas de lavado de dinero. En esa línea, a pesar de que un bien o servicio califique como facilidad esencial ello no implica que el agente económico presuntamente afectado tenga un derecho ilimitado a acceder a este, pues la negativa del acceso puede resultar válida, como se concluyó en este caso.

Por otro lado, un aspecto importante a analizar también es que exista un efecto exclusorio con la negativa del recurso o facilidad esencial, para lo cual debe existir una relación de competencia (directa o indirecta) entre el BCP y Aero Continente que permita activar la protección de las normas de la competencia; sin embargo, como evaluamos anteriormente, en este caso no existe dicha relación de competencia. Es más, aún si queremos considerar que las cuentas corrientes son una facilidad esencial, a pesar de que hemos expuesto en el presente acápite que ello es incorrecto, al no existir una relación de competencia entre el BCP y Aero Continente, no puede afirmarse que se está restringiendo la competencia con dicha negativa.

En palabras de Tovar Mena, el daño por no contratar con quien no es su competidor directo o indirecto no será resultado del ejercicio de poder de mercado del monopolista o titular de la facilidad esencial (Tovar Mena, 2009, p. 354-355). Considerando ello, carece de sentido sancionar una conducta así pues distorsiona el fin proteccionista del derecho de la competencia.

En conclusión, las cuentas corrientes no califican como facilidad o recurso esencial pues no cumplen con los criterios antes desarrollados y no son indispensables para que Aero Continente realice sus actividades aerocomerciales en Puerto Maldonado.

## CONCLUSIONES

En consideración de todo lo expuesto a lo largo del presente informe, cumplimos con señalar que, en nuestra opinión:

a) Respecto de la determinación de la posición de dominio del BCP

Concluimos que el BCP no ostenta posición de dominio en el mercado relevante conforme lo establece el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701, el cual hemos definido en el presente informe como la transferencia de dinero producto de las ventas aerocomerciales de Aero Continente desde Puerto Maldonado a Lima. Existen otros sustitutos a las cuentas corrientes que permiten satisfacer la necesidad de Aero Continente de transferir su dinero desde Puerto Maldonado a Lima, como los servicios de corresponsalía, giros, cheques de gerencia, entre otros.

La Comisión y el Tribunal concluyeron, de forma errada, que el BCP ostentó posición de dominio en el mercado relevante pues lo definieron como la transferencia de dinero desde Puerto Maldonado a Lima restringiéndola únicamente a que se realice a través de cuentas corrientes; sin analizar correctamente a nivel de precios los sustitutos al servicio de cuentas corrientes ni tampoco otros aspectos importantes para determinar el mercado relevante, como la participación del BCP en dicho mercado y la existencia o no de barreras de entrada.

b) Respecto de la negativa injustificada del BCP de aperturar cuentas corrientes

En el supuesto negado en el que se considere que el BCP sí ostentaba posición de dominio en el mercado relevante, concluimos que la negativa del BCP de aperturar cuentas corrientes a Aero Continente se encontraba justificada; por ende, no constituye abuso de posición de dominio en los términos del artículo 5, literal a) del Decreto Legislativo N° 701.

Lo anterior, debido a que Aero Continente no le remitió sus Estados Financieros auditados al 31 de diciembre de 1997 ni sus Estados Financieros a mayo de 1998, lo cual originó el cierre de sus cuentas corrientes en julio de 1998. Esta información era necesaria para que el BCP cumpla las normas regulatorias aplicables a las empresas del sistema financiero como la Ley General del Sistema Financiero, el Reglamento de Cuentas Corrientes y el Reglamento para la Prevención del Lavado de Dinero.

De esta manera, la negativa del BCP ante las solicitudes de Aero Continente de aperturas de cuentas corrientes entre setiembre y octubre de 1999, resultaron justificadas, más aún si el BCP las rechazó indicando que era necesario que el Gerente General de Aero Continente coordine con el Gerente Central del BCP.

c) Respecto de la determinación de las cuentas corrientes como facilidad esencial

Concluimos que las cuentas corrientes no califican como facilidad esencial como lo indicó el Tribunal, pues no son un recurso indispensable para que Aero Continente realice sus actividades aerocomerciales en Puerto Maldonado; es decir, Aero Continente puede transportar pasajeros, cargas, entre otros sin necesidad de tener cuentas corrientes. Ello se demuestra pues Aero Continente continuó operando en Puerto Maldonado después del cierre de sus cuentas corrientes en el BCP en julio de 1998. Asimismo, como se desprende del expediente, Aero Continente requería las cuentas corrientes únicamente para ser más eficiente y dinámico, razón distinta a estar imposibilitado de poder ejercer su giro comercial en Puerto Maldonado.

## RECOMENDACIONES

Considero recomendable que el INDECOPI elabore con mayor rigurosidad las resoluciones que emita en el marco de procedimientos administrativos sancionadores que versan sobre abuso de posición de dominio. Como hemos advertido, las resoluciones de la Comisión y el Tribunal se limitaron a mencionar el marco normativo, la doctrina académica y mencionar criterios a considerar para la evaluación del mercado relevante, las facilidades esenciales y las negativas injustificadas para contratar; sin embargo, no realizaron realmente un análisis sustentado del caso concreto para los principales problemas jurídicos, resultando insuficiente y laxo.

Si bien con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1034, que derogó el Decreto Legislativo N° 701, se pudo ordenar los criterios e interpretaciones sobre la protección de las normas de la competencia, considero que el INDECOPI debe tener criterios definidos de la aplicación normativa para determinar si un agente económico ostenta posición de dominio en el mercado relevante y si ejerce un abuso de ella para restringir la competencia pues el presente caso dejó un mal precedente respecto de la interpretación de las normas de la competencia, así como de la doctrina de las facilidades esenciales.

Mediante el presente procedimiento sancionador, INDECOPI ha dejado la puerta abierta para la aplicación de sanciones a agentes económicos que no ostentan posición de dominio en el mercado relevante o que, incluso ostentándolo, no abusaron de dicha posición. Esto viene acompañado con la imposición por parte del INDECOPI de contratar con determinados agentes económicos, restringiendo la libertad contractual aun cuando la libre competencia no ha sido afectada.

## BIBLIOGRAFÍA

Bullard González, A. (1998). ¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las Prácticas Predatorias y el Abuso de Posición de Dominio. *Revista Themis*, 65-89.

Bullard González, A. (2003). El regreso del Jedi (O de la Discrecionalidad en la Aplicación de las Normas de Libre Competencia), 1-57.

Bullard González, A. (2006). Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. 997-1122.

Bullard González, A. y otros (2007). Límites a la Aplicación de las Políticas de Libre Competencia. *Revista Derecho & Sociedad*, 190-207.

Cáceres Freyre, F. (2002). El por qué de la política de libre competencia. *Revista Derecho & Sociedad*, 89-103.

Decreto Legislativo N° 701, Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia. (7 de noviembre de 1991). Diario Oficial El Peruano.

Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (25 de junio de 2008). Diario Oficial El Peruano.

De La Puente y Lavallo, M. (1996). La Libertad de Contratar. *Revista Themis*, 7-14.

Falla Jara, A. Facilidades esenciales y negativa injustificada a negociar. *Revista Themis. La evolución de la libre competencia en el Perú*, 69-76.

Falla Jara, A. (2007). Lo que el Tren Nos Deja. *Revista Derecho & Sociedad*, 367-370.

Falla Jara, A. (2012). “Unas de cal y otras de arena”. Aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011. *Revista Ius Et Veritas*, 158-182.

Figari, G., Gómez, H. y Zúñiga, M. (2005). Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. 153-187.

Flint, P. (2002). Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia, 211 -244.

Gagliuffi Piercechi, I. (2011). La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* N° 12, 139-162.

Haro Seijas, J. J. (2005). Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas. *Revista Themis*, 151-167.

Kresalja Roselló, B. y Quintana Sánchez, E. (2005). La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú. *Revista Ius Et Veritas*, 59-89.

Kresalja Roselló, B. (2007). Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica. *Pensamiento Constitucional Año XII* N° 12, 17-117.

Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. (9 de diciembre de 1996). Diario Oficial El Peruano.

Quintana Sánchez, E. (2002). Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia? *Revista Ius Et Veritas*, 378-389.

Quintana Sánchez, E. y Villarán Elías, L. (2008). Sobre la Prohibición de Abuso de Posición de Dominio sin Necesidad de Probar Relación de Competencia. *Revista Derecho & Sociedad*, 317-326.

Quintana Sánchez, E. (2011). El Objetivo de la Ley de Competencia Peruana y la interpretación de las conductas prohibidas. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* N° 12, 19-59.

Quintana Sánchez, E. (2013). Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. *Libre Competencia*. 1-238.

Quintana Sánchez, E. y Villarán Elías, L. (2016). Regulación de entrada: Experiencia peruana sobre prohibiciones y restricciones para el acceso al mercado. *Revista Ius Et Veritas*, 48-72.

Rojas J. F. (2005). El Abuso de la Posición de Dominio en el mercado en la legislación nacional. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 83-110.

Ramírez. M. (10 de diciembre de 1995). DEA informó a Policía de presento narcotráfico en naves de Aero Continente. *El Comercio*. A6.

Resolución SBS N° 089-98, Reglamento de Cuentas Corrientes. (17 de enero de 1998). Diario Oficial El Peruano.

Resolución SBS N° 904-97, Reglamento para la Prevención del Lavado de Dinero en el Sistema Financiero. (31 de diciembre de 1997). Diario Oficial El Peruano.

Tovar Mena, T. (2009). La Doctrina de las Facilidades Esenciales: ¿Derecho de la competencia o regulación económica? *Revista advocatus*, 345-361.

## **ANEXOS**

**Anexo 1: Costos de servicios de recepción de depósitos (Octubre 1998 - Setiembre 1999)**

Meses	Ventas Aero Continente en PM	Comisión BCP (cuentas corrientes)				Comisión Banco de la Nación (recepción de depósitos)	Diferencia de costos con relación a cuentas corrientes (%)
		Retiro en otra plaza	Mantenimiento	Portes	Total comisiones	Comisión única por el servicio	
Oct-98	\$66,861	\$334	\$10.00	\$0.80	<b>\$345</b>	<b>\$334</b>	-3%
Nov-98	\$51,215	\$256	\$10.00	\$0.80	<b>\$267</b>	<b>\$256</b>	-4%
Dic-98	\$80,304	\$350	\$10.00	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$402</b>	11%
Ene-99	\$69,782	\$349	\$10.00	\$0.80	<b>\$360</b>	<b>\$349</b>	-3%
Feb-99	\$64,583	\$323	\$10.00	\$0.80	<b>\$334</b>	<b>\$323</b>	-3%
Mar-99	\$131,795	\$350	\$10.00	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$659</b>	83%
Abr-99	\$112,584	\$350	\$10.00	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$563</b>	56%
May-99	\$112,380	\$350	\$10.00	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$562</b>	56%
Jun-99	\$96,874	\$350	\$10.00	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$484</b>	34%
Jul-99	\$125,553	\$350	\$10.00	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$628</b>	74%
Ago-99	\$101,862	\$350	\$10.00	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$509</b>	41%
Set-99	\$79,320	\$350	\$10.00	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$397</b>	10%
<b>Promedio</b>							<b>29%</b>

**Conclusión:** En el periodo de octubre 1998 a setiembre de 1999, el servicio de recepción de depósitos del Banco de la Nación resultó ser 29% más costoso que el servicio de cuentas corrientes del BCP.

## Anexo 2: Costos de servicios de telegiros (Octubre 1998 - Setiembre 1999)

Meses	Ventas \$ Aero Continente en PM	Tipo de cambio SUNAT	Ventas S/ Aero Continente en PM	Comisión BCP (cuentas corrientes)				Comisión Banco de la Nación (telegiros)				Diferencia de costos con relación a cuentas corrientes (%)
				Retiro en otra plaza	Mantenimiento	Portes	Total comisiones S/	Comisión del servicio*	Gastos comunes	Portes	Total comisiones S/	
Oct-98	\$66,861	3.067	S/205,062	\$334	\$10	\$0.8	<b>S/ 1,058</b>	S/1,538	S/2	S/2	<b>S/ 1,542</b>	46%
Nov-98	\$51,215	3.11	S/159,278	\$256	\$10	\$0.8	<b>S/ 830</b>	S/1,195	S/2	S/2	<b>S/ 1,199</b>	44%
Dic-98	\$80,304	3.145	S/252,556	\$350	\$10	\$0.8	<b>S/ 1,135</b>	S/1,894	S/2	S/2	<b>S/ 1,898</b>	67%
Ene-99	\$69,782	3.329	S/232,305	\$349	\$10	\$0.8	<b>S/ 1,197</b>	S/1,742	S/2	S/2	<b>S/ 1,746</b>	46%
Feb-99	\$64,583	3.438	S/222,037	\$323	\$10	\$0.8	<b>S/ 1,147</b>	S/1,665	S/2	S/2	<b>S/ 1,669</b>	45%
Mar-99	\$131,795	3.337	S/439,800	\$350	\$10	\$0.8	<b>S/ 1,204</b>	S/3,299	S/2	S/2	<b>S/ 3,303</b>	174%
Abr-99	\$112,584	3.336	S/375,582	\$350	\$10	\$0.8	<b>S/ 1,204</b>	S/2,817	S/2	S/2	<b>S/ 2,821</b>	134%
May-99	\$112,380	3.326	S/373,776	\$350	\$10	\$0.8	<b>S/ 1,200</b>	S/2,803	S/2	S/2	<b>S/ 2,807</b>	134%
Jun-99	\$96,874	3.337	S/323,267	\$350	\$10	\$0.8	<b>S/ 1,204</b>	S/2,425	S/2	S/2	<b>S/ 2,429</b>	102%
Jul-99	\$125,553	3.326	S/417,589	\$350	\$10	\$0.8	<b>S/ 1,200</b>	S/3,132	S/2	S/2	<b>S/ 3,136</b>	161%
Ago-99	\$101,862	3.368	S/343,072	\$350	\$10	\$0.8	<b>S/ 1,215</b>	S/2,573	S/2	S/2	<b>S/ 2,577</b>	112%
Set-99	\$79,320	3.458	S/274,290	\$350	\$10	\$0.8	<b>S/ 1,107</b>	S/2,057	S/2	S/2	<b>S/ 2,061</b>	86%
<b>Promedio</b>											<b>96%</b>	

**Conclusión:** En el periodo de octubre 1998 a setiembre de 1999, el servicio de telegiros del Banco de la Nación resultó ser 96% más costoso que el servicio de cuentas corrientes del BCP

\* El calculo de la comisión es respecto de las ventas en dólares de Aero Continente en Puerto Maldonado considerando la conversión del tipo de cambio SUNAT.

**Anexo 3: Costos de servicios de giro de dinero (Octubre 1998 - Setiembre 1999)**

Meses	Ventas Aero Continente en PM	Comisión BCP (cuentas corrientes)				Comisión Banco de la Nación (giro de dinero)	Diferencia de costos con relación a cuentas corrientes (%)
		Retiro en otra plaza	Mantenimiento	Portes	Total comisiones	Comisión única por el servicio	
Oct-98	\$66,861	\$334	\$10	\$0.80	<b>\$345</b>	<b>\$334</b>	-3%
Nov-98	\$51,215	\$256	\$10	\$0.80	<b>\$267</b>	<b>\$256</b>	-4%
Dic-98	\$80,304	\$350	\$10	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$350</b>	-3%
Ene-99	\$69,782	\$349	\$10	\$0.80	<b>\$360</b>	<b>\$349</b>	-3%
Feb-99	\$64,583	\$323	\$10	\$0.80	<b>\$334</b>	<b>\$323</b>	-3%
Mar-99	\$131,795	\$350	\$10	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$350</b>	-3%
Abr-99	\$112,584	\$350	\$10	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$350</b>	-3%
May-99	\$112,380	\$350	\$10	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$350</b>	-3%
Jun-99	\$96,874	\$350	\$10	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$350</b>	-3%
Jul-99	\$125,553	\$350	\$10	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$350</b>	-3%
Ago-99	\$101,862	\$350	\$10	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$350</b>	-3%
Set-99	\$79,320	\$350	\$10	\$0.80	<b>\$361</b>	<b>\$350</b>	-3%
<b>Promedio</b>							<b>-3%</b>

**Conclusión:** En el periodo de octubre 1998 a setiembre de 1999, el servicio de giros de dinero del Banco de la Nación resultó ser 3% más barato que el servicio de cuentas corrientes del BCP