



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Expediente 005-2019/CLC

Resolución 007-2020/ST-CLC-INDECOPI

13 de marzo de 2020

VISTA:

La denuncia informativa interpuesta por Turismo Diez Ases S.A. (en adelante, Diez Ases)¹ contra la Municipalidad Distrital de Pacasmayo (en adelante, la Municipalidad de Pacasmayo) y su Procurador Público, por la presunta realización de un abuso de posición de dominio en el mercado de servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Trujillo-Pacasmayo y viceversa; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Diez Ases es una empresa que tiene por objeto social, entre otros, prestar servicios de transporte público de pasajeros a nivel nacional e internacional; y, servicios de envío de encomiendas².
2. La Municipalidad de Pacasmayo de la provincia de Pacasmayo, departamento de La Libertad, es una autoridad de gobierno local con autonomía política, económica y administrativa, que ejerce jurisdicción en las materias de su competencia³. Asimismo, es propietaria del Terminal Terrestre de Pacasmayo (en adelante, el Terminal), en el cuál, entre otros, arrienda locales a empresas de transporte para la venta de pasajes y recepción de encomiendas.
3. Mediante escrito del 28 de octubre de 2019, Diez Ases presentó una denuncia informativa contra la Municipalidad de Pacasmayo y su Procurador Público, por la presunta realización de un abuso de posición de dominio en el mercado de servicio de transporte público de pasajeros en la ruta Trujillo-Pacasmayo y viceversa, por la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, de conformidad con lo dispuesto por el inciso b) del artículo 10.2 del Texto Único de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, el TUO de la LRCA).
4. Diez Ases sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:

¹ Cabe precisar que el denunciante no presentó el pago de la tasa administrativa por concepto de denuncia.

² Ver: Partida 11065243 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

³ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Constitución Política del Perú y el artículo I del Título Preliminar de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- i. Mediante Autorización Municipal de Funcionamiento 000304 del 9 de marzo de 2012, la Municipalidad de Pacasmayo le otorgó una licencia de funcionamiento para la venta de pasajes, giros y encomiendas. Dicha actividad la realizaría en el predio ubicado en Jr. Arróspide de Loyola, Mz. A, Lote 1 – Sector Centro, distrito y provincia de Pacasmayo, departamento de la Libertad.
 - ii. Posteriormente, mediante Resolución Gerencial Regional 282-2018-GR-LL-GGR/GRTC la Gerencia Regional de Transporte y Comunicaciones del Gobierno Regional de La Libertad, le autorizó a prestar el servicio de transporte público de pasajeros bajo la modalidad de servicio de transporte en auto colectivo en la ruta Trujillo – Pacasmayo y viceversa.
 - iii. Mediante autorización del 18 de enero de 2019, la Sub Gerencia de Transporte, Seguridad Vial y Maquinarias de la Municipalidad de Pacasmayo autorizó a Diez Ases a realizar labores de embarque y desembarque de pasajeros en el Terminal.
 - iv. La Municipalidad de Pacasmayo celebró con Diez Ases un contrato de arrendamiento sobre un espacio ubicado dentro del Terminal, el cual sería destinado exclusivamente para la venta de pasajes y recepción de encomiendas. Asimismo, otorgó un área de uso común destinada al embarque y desembarque de pasajeros.
 - v. La referida entidad habría afectado a Diez Ases disponiendo que sus unidades vehiculares, así como las de las otras empresas de transporte que prestan el mismo servicio de transporte público de pasajeros, deberían respetar turnos al momento de embarcar a los pasajeros.
 - vi. El mandato de la Municipalidad de Pacasmayo no estaría materializado en ninguna ordenanza o normativa municipal, sino que la misma sería aplicada de manera informal por los trabajadores de la referida entidad.
 - vii. La actuación de la Municipalidad de Pacasmayo le generaría perjuicios debido a que las unidades de Diez Ases que se encontrarían aptas para realizar de forma inmediata y simultánea el servicio en cuestión, tendrían que esperar entre 25 a 30 minutos para embarcar a sus pasajeros, colocándolos de manera injustificada en una situación desventajosa frente a otras empresas que brindarían el mismo servicio.
 - viii. Finalmente, la autoridad municipal estaría afectando el derecho a la libre elección del consumidor y a la libertad de empresa al restringir e imponer una orden de salida a sus unidades vehiculares.
5. Mediante Oficios 112-2019/ST-CLC-INDECOPI del 6 de diciembre de 2019 y 007-2020/ST-CLC-INDECOPI del 24 de enero de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) requirió y reiteró, respectivamente, a la Municipalidad de Pacasmayo la presentación de determinada información relacionada con el servicio bajo análisis.

6. El 25 de febrero de 2020, la Municipalidad de Pacasmayo atendió el requerimiento formulado por esta Secretaría Técnica.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

7. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que la Municipalidad de Pacasmayo y su Procurador incurrieron en un abuso de posición de dominio consistente en aplicar en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, infracción prevista en los artículos 1, 10.1 y 10.2 literal b) del TUO de la LRCA⁴; y si, en consecuencia, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Requisitos para el inicio de un procedimiento por infracción al TUO de la LRCA

8. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al TUO de la LRCA, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
9. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad sólo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que pueda notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar⁵.

⁴ Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

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

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

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

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

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

⁵ Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 253.- Procedimiento Sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:
(...)

10. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del investigado. En efecto, este derecho implica que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado⁶.
11. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que estableció lo siguiente:

[L]a obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

[Énfasis agregado]

12. En ese sentido, no basta afirmar de manera general que una persona habría abusado de su posición de dominio o realizado una práctica colusoria, sino que es necesario explicar de manera clara y precisa cuál es la conducta específica que podría constituir el abuso de posición de dominio o la práctica colusoria y aportar los medios probatorios que demuestren una teoría creíble acerca de la existencia de la presunta infracción.

3.2. Abuso de posición de dominio

13. El artículo 10.1 del TUO de la LRCA establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que goza de posición de dominio en el mercado relevante restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. El artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio a competidores en el mercado afectado para que se configure un abuso de posición de dominio.

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

⁶ Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

9. Presunción de licitud. - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

14. De acuerdo con lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
- a. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - b. Que el supuesto infractor haya cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
 - c. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.

15. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado. Esta capacidad puede ser consecuencia de factores como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si un agente no contara con posición de dominio, no podría analizarse si su conducta constituye un abuso de posición de dominio.

El cumplimiento de este requisito no puede evaluarse en abstracto, sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor gozaría de dicha posición.

16. En lo que se refiere al segundo requisito, las restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, "impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica". Precisamente, el artículo 10.2 de la Ley desarrolla ejemplos típicos de abuso de posición de dominio, como la negativa injustificada de trato (literal a), la discriminación (literal b) o las cláusulas de atadura (literal c).

En la calificación de este requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial válida, no se configurará un abuso de posición de dominio. Una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores.

17. El tercer requisito establece que, para que se configure un abuso de posición de dominio, la conducta del presunto infractor debe haber producido un efecto exclusorio. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la conducta investigada restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, afectando de esta manera el proceso competitivo⁷.

⁷ Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPÍ del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

En otras palabras, debe verificarse que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).

En la calificación de este requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y los presuntos afectados; además de la capacidad de la conducta investigada para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

Finalmente, si el presunto infractor demostrase la introducción de eficiencias, éstas deberán ser contrastadas con los efectos restrictivos de la conducta. Si los efectos restrictivos son superiores a los posibles beneficios que podría generar dicha conducta, constituirá un abuso de posición de dominio.

18. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de manera concurrente. En tal sentido, bastará que no se acredite alguno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

3.3. La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

19. La autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual⁸ conforman la libertad de contratación, que se encuentra expresamente reconocida en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁹. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos¹⁰, las libertades contractuales están sujetas a determinados límites o deben ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico, como el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución¹¹.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PA/TC.

⁹ Constitución Política del Perú

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

¹⁰ Ver, por ejemplo, la Sentencia recaída en el expediente 2736-2004-AA del 16 de diciembre de 2005, fundamento 11; Sentencia recaída en el expediente 00010-2014-PI/TC del 29 de enero de 2016, fundamento 6 del voto singular del magistrado Espinosa Saldaña; y, Sentencia recaída en el Expediente 03866-2006-AA/TC del 12 de noviembre de 2007, fundamento 17.

¹¹ Constitución Política del Perú

Artículo 61.- Libre competencia

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.

20. De esta manera, es posible afirmar que la libertad de contratación y la libertad contractual de la que goza todo agente económico pueden verse limitadas en aquellos supuestos en los que un agente económico que goza de una posición de dominio ejerce dichas libertades con el objeto o efecto de restringir de manera indebida la competencia.
21. Uno de los supuestos en que el ejercicio de la libertad contractual puede resultar incompatible con el marco jurídico de defensa de la competencia corresponde al de aquellas conductas por las cuales un agente dominante excluye del mercado a un competidor, directo o indirecto, real o potencial, mediante la contratación bajo condiciones discriminatorias. Este trato discriminatorio se encuentra recogido como una modalidad de abuso de posición de dominio en el literal b) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA en los siguientes términos:

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

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

- b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
22. En relación con esta modalidad puede observarse que no se encontrarán prohibidos aquellos tratos diferenciados, incluso aquellos realizados por un agente con posición de dominio, cuando se sustenten en justificaciones comerciales objetivas, en particular aquellas que tienen por objeto introducir eficiencias que puedan estimular la competencia en beneficio de los consumidores. En cambio, será reprochable aquel tratamiento discriminatorio que tenga por finalidad restringir de manera indebida la competencia para obtener beneficios y perjudicar a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, colocándolos de manera injustificada en una situación desventajosa frente a otros.
23. De manera similar a las otras modalidades de abuso de posición de dominio, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes se encuentra sujeta a una prohibición relativa (o «regla de la razón») pues únicamente resultará sancionable cuando dicho trato no se encuentre justificado y genere efectos anticompetitivos.

A manera de ejemplo, justificaciones válidas y reconocidas por el TUO de la LRCA son: el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general cuando se presenten condiciones comerciales equivalentes (p.e. compras en grandes cantidades, cumplimiento de metas en ventas, entre otros).

24. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 del TUO de la LRCA, la conducta analizada, además de ser injustificada, tiene que producir un efecto exclusorio, es decir, que debe estar en capacidad de generar un daño efectivo o potencial sobre uno o más competidores, limitando su capacidad de mantenerse en el mercado, provocando su salida o, incluso, limitando la entrada de competencia potencial.

IV. Análisis de indicios razonables de un presunto abuso de posición de dominio

25. En primer lugar, en el presente caso, y desde una perspectiva favorable a la identificación de una hipótesis de práctica anticompetitiva contenida en las prohibiciones establecidas en el TUO de la LRCA, podría considerarse a la Municipalidad de Pacasmayo como un agente económico que se encuentra dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley¹².
26. Ciertamente, si bien la Municipalidad de Pacasmayo es una autoridad de gobierno local con autonomía política, económica y administrativa, que ejerce jurisdicción en las materias de su competencia, también es cierto que, la Municipalidad de Pacasmayo es propietaria del Terminal, en el cuál, entre otros, arrienda locales a empresas de transporte para la venta de pasajes y recepción de encomiendas, pudiéndose considerar que en estas actividades se desempeña como un agente económico que oferta o demanda bienes o servicios en el mercado siendo posible que pueda involucrarse en prácticas anticompetitivas como el abuso de posición de dominio.
27. Ahora bien, como se ha señalado, el artículo 10.1 del TUO de la LRCA establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico, que ostenta posición de dominio en el mercado relevante, restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición¹³.

¹² Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo

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

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

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

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

¹³ Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

28. El artículo 10.2 del TUO de la LRCA señala que el abuso de posición de dominio en el mercado consiste en conductas de efecto exclusorio¹⁴, esto significa que se trata de conductas que impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica, es decir, son conductas que afectan el proceso competitivo excluyendo a competidores del mercado¹⁵. El efecto exclusorio puede

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

(...)

¹⁴ Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

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

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

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

(el subrayado es nuestro)

¹⁵ Hovenkamp anota:

(...) El Juez Wyzanski sabiamente definió el "ejercicio" del poder de monopolio como una práctica "exclusoria" - es decir, una práctica que disuade a los potenciales rivales de entrar en el mercado del monopolista, o a los rivales actuales de aumentar su producción en respuesta al incremento de precios del monopolista. Las ventas del monopolista de su producto al precio monopolístico no es una práctica "exclusoria".

(...)

Las "Prácticas exclusorias" son actos del monopolista diseñados para desalentar a potenciales competidores de entrar en el campo o para prevenir a los competidores de incrementar su producción"

Traducción libre del siguiente texto:

(...)

Judge Wyzanski wisely defined the "exercise" of monopoly power as an "exclusionary" practice - that is, a practice that deters potential rivals from entering the monopolist's market, or existing rivals from increasing their output in response to the monopolist's price increase. The monopolist's sales of its product at a monopolistic price is not an "exclusionary" practice.

afectar la capacidad de competir de competidores actuales o potenciales o expulsar completamente a competidores actuales del mercado o bloquear completamente el acceso de nuevos competidores al mercado.

29. En tal sentido, una característica de los casos de abuso de posición de dominio bajo la legislación peruana, es que se trata de un conjunto de prácticas realizadas por el agente dominante en el mercado, dirigidas a afectar (excluir) a sus competidores, reales o potenciales, directos o indirectos. Se requiere, por ende, la existencia de una **relación de competencia** entre el agente dominante, y los agentes económicos afectados con la práctica de abuso de posición de dominio, esto es, que el agente dominante y aquellos agentes afectados sean, en efecto, competidores.
30. Al respecto, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) ha señalado lo siguiente:

(...) debe tenerse presente que para que se configure dicha infracción [un abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación] no solo se requiere que el sujeto infractor ostente posición dominante. Conforme se advierte de las disposiciones del Decreto Legislativo 1034 antes señaladas, para la configuración de una conducta anticompetitiva también es necesario que la conducta cuestionada genere o sea susceptible de generar un efecto exclusorio, es decir, que excluya a competidores del mercado o que impida el ingreso a este último de potenciales rivales del presunto agente dominante.

La exigencia del efecto exclusorio en las prácticas de abuso de posición de dominio se encuentra intrínsecamente ligada con la existencia una relación de competencia actual o potencial entre el dominante y el agente económico presuntamente afectado con la conducta anticompetitiva. En la medida que la finalidad de las prácticas de exclusión es que el dominante mantenga su posición en el mercado o que pueda trasladar dicha posición a otro mercado a través de la exclusión de competidores actuales o potenciales, el presupuesto de ello es que se presente -aunque sea de manera potencial- una relación de competencia.¹⁶

(el subrayado es nuestro)

31. Ciertamente, si no existe relación de competencia, ni siquiera de manera potencial, entre el dominante y los presuntos afectados, entonces no es posible que se configure la infracción, puesto que la conducta presuntamente anticompetitiva no podría lograr un efecto de exclusión sobre competidores del dominante.
32. Sobre la importancia del efecto exclusorio, a manera de ejemplo, se encuentra el caso que dio lugar al pronunciamiento de la Sala mediante Resolución 930-2011/SC1-INDECOPI por un supuesto abuso de posición de dominio en la

(...)

"Exclusionary practices" are acts by the monopolist designed to discourage potential competitors from entering the field, or to prevent competitors from increasing output."

En: HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*. 2da Edición. West Group: Minnesota, 1999, pp. 267-269.

¹⁶ Resolución 0611-2013/SDC-Indecopi del 3 de abril de 2013. Pág. 15



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

modalidad de negativa injustificada de trato por parte de Deprodeca S.A.C. (en adelante, Deprodeca) contra Super Star S.R.L. En el mencionado procedimiento, la Sala estableció que para que se produzca un abuso de posición de dominio, es necesario que la conducta denunciada genere un efecto exclusorio. En este sentido, se verificó que pese a que Deprodeca ostentó la exclusividad en la distribución de productos de Gloria en Moquegua, al no presentarse una relación de competencia con el denunciante -una empresa mayorista- no era posible que se genere un efecto exclusorio en perjuicio del denunciante como consecuencia de la conducta denunciada.

33. Por otro lado, en la Resolución 611-2013/SDC-INDECOPI, la Sala confirmó la Resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI de la Secretaría Técnica y declaró que no se encontraron indicios razonables para sostener que Petroperú S.A. haya podido obtener beneficios o generado perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En el mencionado caso, se determinó que la empresa denunciante, Llama Gas S.A., no tuvo una relación de competencia directa o indirecta con el presunto dominante, pues dicha empresa se encargaba principalmente del envasado de GLP y la venta minorista del mismo, mientras que Petroperú S.A., por su parte, se dedicaba al suministro y la venta mayorista de GLP. En esa medida, las prácticas realizadas por Petroperú S.A. no excluían a algún rival actual o potencial, directo o indirecto del mercado.
34. En relación con el carácter exclusorio de todas las modalidades de abuso de posición de dominio prescritas por el TUO de la LRCA, el artículo 10.5 de la misma Ley ha establecido que, por el contrario, "no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales". Esto es, dado que no posee carácter exclusorio, el mero uso del poder de mercado (p.e. para elevar los precios o fijar precios disímiles entre clientes) por parte de un agente económico dominante, no constituye un abuso de posición de dominio. Como se ha señalado, es requisito para que se constituya un abuso de posición de dominio que la conducta investigada, dado que hay una relación de competencia, afecte a los competidores del dominante.
35. De acuerdo con lo expuesto en la sección anterior, para determinar si existen indicios razonables de que la Municipalidad de Pacasmayo incurrió en un abuso de posición de dominio consistente en aplicar en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, se debe acreditar que existan indicios razonables de los siguientes requisitos:
 - a. Que la Municipalidad de Pacasmayo gozaba de posición de dominio en el mercado relevante.
 - b. Que la Municipalidad de Pacasmayo realizó la conducta denunciada. Específicamente, que aplicó en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaron a la competencia en una situación desventajosa; según la denuncia, esto habría sido realizado a través del establecimiento de turnos de salida en el Terminal.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- c. Que la Municipalidad de Pacasmayo ha obtenido beneficios y causado perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio).
36. Cabe reiterar que estos requisitos son concurrentes. En tal sentido, para que se determine la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada, es necesario que se determine la existencia de indicios razonables de todos y cada uno de ellos. Lo que es lo mismo, si no se cuenta con indicios razonables de alguno de ellos, no existiría la posibilidad de iniciar un procedimiento por los hechos materia de investigación.
37. En tal sentido, se ha analizado el cumplimiento del requisito (c) sobre la posibilidad de que la conducta de la Municipalidad de Pacasmayo haya producido un efecto de exclusión, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos; concluyéndose que no existen indicios razonables de que esta situación se haya producido en el mercado de servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Trujillo-Pacasmayo y viceversa, con lo que se descarta la posibilidad de que hayan indicios de una práctica anticompetitiva, de acuerdo con el razonamiento que se presenta a continuación.
38. Como se ha establecido legalmente, para que exista la posibilidad de que una conducta sospechosa de constituir un abuso de posición de dominio pueda tener efectos exclusorios, se requiere que haya una relación de competencia entre el dominante que realiza la práctica y uno o más de los agentes económicos afectados, de tal forma que estos últimos hayan visto afectada su capacidad de competir.
39. En el presente caso, la Municipalidad de Pacasmayo, como propietaria del Terminal, operaría en el nivel de arrendamiento de espacios en dicho establecimiento (espigones y *stands*) a empresas de transporte terrestre y no realizaría actividades en el mercado de servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Trujillo-Pacasmayo y viceversa, que es el nivel en el que se desempeñaría Diez Ases. Esto es relevante puesto que en la hipótesis de práctica anticompetitiva analizada, la Municipalidad de Pacasmayo habría implementado turnos de salida en el Terminal para afectar a un competidor como Diez Ases en el mercado de servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Trujillo-Pacasmayo y viceversa.
40. En efecto, de acuerdo a la revisión de los documentos que obran en el expediente no se advierte que la Municipalidad de Pacasmayo participe en el mercado de servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Trujillo-Pacasmayo y viceversa ni, directamente, ocupándose ella misma de la prestación de ese servicio, ni indirectamente, haciéndolo a través de una empresa de su propiedad¹⁷.
41. Al no existir una relación de competencia, ni directa ni indirecta, entre la Municipalidad de Pacasmayo y Diez Ases u otros posibles afectados, entonces no

¹⁷ Mediante escrito del 12 de febrero de 2020, la Municipalidad presentó un listado de empresas y personas a las que les brindaría el servicio de arrendamiento en su establecimiento (stands, espigones, zona de comedor y zona de servicios higiénicos). De dicha información, se desprende que las empresas sólo tienen un vínculo de arrendamiento con la Municipalidad, por lo que no se advierte que alguna de estas sea una empresa municipal.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

hay posibilidad de que se constituya una práctica exclusoria ni que esta sea calificada como abuso de posición de dominio.

42. Por lo tanto, de acuerdo con el análisis realizado en la presente sección, esta Secretaría Técnica concluye que no existen indicios razonables de que la Municipalidad de Pacasmayo y su Procurador hayan incurrido en un abuso de posición de dominio en el mercado de servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Trujillo-Pacasmayo y viceversa.

V. Solicitud de medida cautelar

43. Como parte de su denuncia informativa, Diez Ases solicitó una medida cautelar¹⁸ consistente en el cese de la presunta práctica, esto es, del establecimiento de turnos en el Terminal, que estaría realizando la Municipalidad de Pacasmayo.
44. Sobre el particular, conforme a lo señalado anteriormente, al no encontrarse indicios razonables de que la Municipalidad de Pacasmayo haya incurrido en un abuso de posición en el mercado de servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Trujillo-Pacasmayo y viceversa, no resulta pertinente solicitar al administrado el pago de la tasa de la medida cautelar.

VI. Posible análisis sobre presuntas barreras burocráticas

45. En la sección IV se ha analizado la posibilidad de que exista una hipótesis de práctica anticompetitiva mediante un abuso de posición de dominio de la Municipalidad de Pacasmayo en el mercado de servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Trujillo-Pacasmayo y viceversa bajo lo establecido en el TUO de la LRCA, habiéndose descartado la existencia de indicios razonables de tal práctica.
46. Dicho análisis se ha realizado, en cumplimiento de lo previsto en el TUO de la LRCA, bajo el supuesto de que la presunta práctica anticompetitiva señalada en la denuncia informativa de Diez Ases, podría haber sido realizada por la Municipalidad de Pacasmayo en su calidad de agente económico.
47. Sin embargo, podría existir la posibilidad de que la presunta práctica denunciada no corresponda a una actuación de la Municipalidad de Pacasmayo como agente económico sino en su calidad de autoridad de gobierno local y en ejercicio de sus facultades como tal.
48. Este otro escenario, en el que supuestamente la Municipalidad de Pacasmayo, en el marco de sus funciones como autoridad, habría dispuesto el establecimiento de turnos de salida de los vehículos que prestan el servicio de transporte público de pasajeros en la ruta Trujillo-Pacasmayo y viceversa, no puede ser materia de análisis por esta Secretaría Técnica puesto que se encontraría fuera del ámbito de aplicación del TUO de la LRCA.

¹⁸ Al respecto, cabe precisar que Diez Ases no realizó el pago de la tasa administrativa correspondiente a la solicitud de medida cautelar.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

49. Sin perjuicio de lo antes expuesto, es preciso indicar que, el órgano competente que conoce las presuntas exigencias o limitaciones ilegales o carentes de razonabilidad, impuestas por cualquier entidad que condicione, restrinja u obstaculice el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, sería la Oficina Regional del del Indecopi en La Libertad.
50. En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera pertinente remitir copia de los actuados del presente expediente a fin de que la Oficina Regional del del Indecopi en La Libertad pueda determinar si merecen o no una evaluación en el marco de sus competencias.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

PRIMERO: No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra la Municipalidad Distrital de Pacasmayo y su Procurador Público por abuso de posición de dominio en el mercado de servicios de transporte público de pasajeros en la ruta Trujillo-Pacasmayo y viceversa, por el establecimiento de turnos de salida de los vehículos en el Terminal Terrestre de Pacasmayo, por no existir indicios razonables de tal infracción.

SEGUNDO: Remitir copia de los actuados en el presente expediente a la Oficina Regional del Indecopi en La Libertad, a fin de que pueda determinar si merecen o no una evaluación en el marco de sus competencias.

Hugo Figari Kahn
Secretario Técnico (e)
Comisión de Defensa de la Libre Competencia