

# La Negativa Injustificada a Contratar: aplicación y límites de la legislación de Defensa de la Libre Competencia

César Higa Silva\*  
Francisco Sigüeñas Andrade\*\*

## SUMILLA

El presente trabajo tiene por objeto analizar el tratamiento que corresponde aplicar a los diversos supuestos de negativa a contratar por parte de un Agente con Posición de Dominio (en adelante, el APD). Para tal efecto, se analizará cuál es la finalidad que debe salvaguardar, o procurar alcanzar, la legislación de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la LDLC); los incentivos que tienen las empresas en el mercado, en particular un APD; las posibles estrategias que estas podrían desarrollar en su interacción con otras que le soliciten la provisión de un bien o servicio; y, en caso dicha conducta dañe la competencia, cuál debería ser la respuesta a cada una de esas prácticas.

## 1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el tratamiento que corresponde aplicar a los diversos supuestos de negativa a contratar por parte de un Agente con Posición de Dominio (en adelante, el APD). Para tal efecto, se analizará cuál es la finalidad que debe salvaguardar, o procurar alcanzar, la legislación de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la LDLC); los incentivos que tienen las empresas en el mercado, en particular un APD; las posibles estrategias que estas podrían desarrollar en su interacción con otras que le soliciten la provisión de un bien o servicio; y, en caso dicha conducta dañe la competencia, cuál debería ser la respuesta a cada una de esas prácticas.

Resulta importante señalar que el presente artículo tiene un carácter meramente introductorio y exploratorio sobre los aspectos antes señalados, de tal manera que en investigaciones posteriores se verificarán y contrastarán varias de las asunciones e hipótesis que aparecerán en el desarrollo del presente artículo, lo cual permitirá determinar qué tan válidos o no son los resultados de esta investigación.

## 2. Fines de la legislación de Competencia

Entender la racionalidad de una determinada legislación requiere conocer qué objetivo pretende alcanzar y cuáles serán los instrumentos y herramientas que utilizará para lograrlo<sup>1</sup>. En efecto, la racionalidad y eficacia de una legislación se encuentra en función de que los instrumentos y herramientas en ella regulados permitan obtener la finalidad propuesta, por lo que la autoridad no debe buscar que una legislación alcance fines para los cuales no cuenta con los instrumentos y herramientas necesarios.

### Gráfico N° 1 Determinación de la racionalidad de una normativa



\* Abogado. Profesor del curso de Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

\*\* Economista. Especialista en Libre Competencia y Organización Industrial. Se ha desempeñado como docente universitario en el Perú y en el extranjero dictando cursos sobre Libre Competencia, Organización Industrial y Econometría; además, ha colaborado con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - UNCTAD en temas relacionados con políticas de Competencia.

<sup>1</sup> BORK, Robert. *The antitrust paradox*. Basic Books, Inc., 1993, p. 51.

En el caso de la LDLC, la doctrina ha planteado diversos objetivos para este tipo de normativa, tales como la protección del proceso competitivo, la desconcentración del poder económico, la defensa de la pequeña empresa, entre otros<sup>2</sup>.

En principio, sería ideal que la LDLC tenga una sola finalidad clara y precisa, toda vez que ello coadyuvaría a una normativa más consistente y predecible, así como a la disminución de los niveles de discrecionalidad por parte de la autoridad de competencia; sin embargo, ello no suele ocurrir en la realidad.

La multiplicidad de objetivos puede ocasionar problemas a la autoridad en el análisis de una controversia en particular, pues dicha diversidad de objetivos contemplados en la Ley podrían ser incompatibles entre sí en su aplicación a un caso concreto, lo cual genera incertidumbre sobre la dirección hacia donde se orienta la autoridad. Asimismo, la posible presencia de diversos objetivos en la LDLC plantea un riesgo frente a un supuesto en que opere el cambio de funcionarios, dado que ello podría implicar cambios en el sentido de la aplicación de la legislación.

En tal sentido, dada la importancia de optar por un objetivo claro y preciso de la LDLC, creemos que la principal finalidad que debe salvaguardar dicha normativa consiste en garantizar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo entre los agentes económicos que operan en el mercado, pues este resulta ser el mejor mecanismo para maximizar el bienestar de los consumidores y de la sociedad en general. En efecto, al pugnar por las preferencias de los consumidores en un entorno competitivo, las empresas ofrecerán mejores y nuevos productos a sus clientes y ello a un menor precio. Sin embargo, muchas veces las empresas no consideran rentable la competencia, pues ello reduce sus beneficios totales, motivo por el cual tratarán de convertir un entorno competitivo en uno de no competencia. Lo ideal incluso para una empresa es eliminar toda competencia y convertirse en un monopolio.

Para evitar este tipo de situaciones, se debe emitir un conjunto de reglas que sancionen a los agentes que realicen conductas que limiten, eliminen o restrinjan la competencia en el mercado. Una de las formas en que la autoridad garantiza el desarrollo

de un entorno competitivo es prohibiendo que las empresas acuerden no competir o que estas realicen prácticas dirigidas a impedir el ingreso, permanencia o crecimiento de un competidor en el mercado. Por esta razón, la legislación prohíbe todos los acuerdos colusorios entre los agentes económicos que tengan como objetivo eliminar la competencia o la conducta unilateral de un APD que tenga por objeto impedir el ingreso, excluir o limitar el crecimiento de sus competidores en el mercado en el cual participan.

Como se ha señalado, una vez determinado el objetivo deseado para la LDLC, corresponde diseñar un conjunto de reglas, instrumentos y procedimientos que permitirán alcanzar el objetivo planteado. Para tal efecto, se deben analizar, al menos, los siguientes aspectos:

- (i) Identificar los incentivos que estarían detrás del comportamiento de los actores que interactúan en una determinada situación. Ello, nos permitirá predecir cómo se comportarán los actores en una determinada situación y, asimismo, nos permitirá explicar las acciones que han llevado a cabo;
- (ii) Determinar de qué manera interactuarán los actores en una determinada situación, a efectos de saber cuál será el resultado de dicha interacción;
- (iii) Analizar y evaluar la referida situación en función del objetivo social que se desea lograr, lo cual permitirá establecer cómo debería ser la regulación a efectos de alinear la conducta de los actores con un determinado objetivo social.

## 2. Incentivos de los agentes

Antes de diseñar las reglas de comportamiento que pueden tener los actores en una determinada situación es importante identificar cuáles son los incentivos que están detrás de su conducta en el mercado, lo cual permitirá predecir de qué modo sería su interacción y el resultado de esta. Ello, a su vez, permitirá evaluar si el resultado de dicha interacción es eficiente y justo, desde un punto de vista social. Si el resultado de esa interacción es indeseable socialmente, entonces se podría justificar la creación de un conjunto de reglas que desincentive a los actores la realización de dichas conductas indeseables.

<sup>2</sup> Al respecto, revisar CÁCERES FREYRE, Fernando. El porqué de la política de Libre Competencia. En: "Derecho y Sociedad" N° 19. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>3</sup> El supuesto detrás de esta forma de establecer las relaciones en el mercado es que los ofertantes son quienes compiten por los demandantes. La caracterización tendrá un sentido inverso si se analiza desde la perspectiva de los demandantes como competidores.

En tal sentido, una de las asunciones fundamentales según la óptica de las políticas de competencia es que las empresas que participan en el mercado tienen como objetivo la maximización de sus beneficios totales<sup>3</sup> ( $\pi_T$ ), que se obtiene de la conjunción de los siguientes factores<sup>4</sup>: (i) el beneficio económico ( $\pi_e$ ); y, (ii) el beneficio anticompetitivo ( $\pi_a$ ).

De tal manera que:

$$\pi_T = \pi_e + \pi_a$$

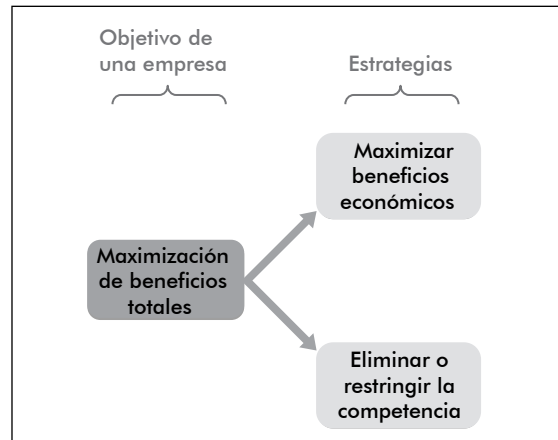
El beneficio económico de una firma se calcula mediante la diferencia entre los ingresos<sup>5</sup> y los costos<sup>6</sup>. El beneficio anticompetitivo consiste en el incremento de los ingresos menos los costos adicionales consecuencia la eliminación o restricción de la Competencia en el mercado<sup>7</sup>.

En ese orden de ideas, en un momento en el tiempo, las empresas podrían realizar las siguientes estrategias para maximizar sus beneficios totales:

- (i) una política destinada a atraer las preferencias de los consumidores, la cual podría consistir en vender sus productos a menores precios, en mejorar su calidad o en ofrecer nuevos productos, lo cual incrementaría su beneficio total (que en este caso solo está compuesto por beneficio económico); o,
- (ii) una política destinada a eliminar o restringir la competencia de otras firmas, lo cual le permitiría incrementar su beneficio total (que en este caso está compuesto por el beneficio económico y el beneficio anticompetitivo). La diferencia entre el beneficio total obtenido por realizar una conducta anticompetitiva y aquel obtenido sin realizarla es el beneficio anticompetitivo.

De otro lado, en un escenario intertemporal, las empresas podrán continuar optando por una estrategia en particular o por una combinación de ambas en el tiempo. Así, una empresa elegirá qué estrategia implementar en el mercado en función a cuál de ellas maximizará sus beneficios totales.

**Gráfico N° 2**  
**Estrategias de las empresas**



En atención a lo antes señalado, dentro del menú de opciones que una empresa tiene para maximizar sus beneficios totales se encuentra la de realizar prácticas que restrinjan o eliminen la competencia. Incluso, si bien pueden existir costos para realizar este tipo de prácticas, su realización sería bastante probable dado que la empresa obtendría un ingreso adicional producto de la reducción o eliminación de la competencia que superarían los costos de su realización (el incremento en el beneficio total es el denominado beneficio anticompetitivo)<sup>8</sup>.

Sin embargo, tal como ya hemos visto, la eliminación o restricción de la competencia evita la maximización del bienestar social, motivo por el cual no se debe permitir que las empresas puedan implementar este tipo de estrategias. A continuación se analizarán los diversos supuestos de negativas de trato, a efectos de determinar cuáles podrían tener como objetivo reducir la Competencia que enfrenta el APD, o una empresa vinculada a él, y cuál debería ser la regla aplicable a cada uno de esos casos.

### 3. Análisis de negativas de trato que dañan el proceso competitivo

Cuando una empresa se niega a contratar con otra es porque ello le reporta algún tipo de beneficio. La empresa puede tener como objetivo que el beneficio

<sup>4</sup> En algunos casos, la existencia de un problema de agencia entre directivos y accionistas o el rol de los accionistas en un modelo de equilibrio general podrían desviar a la firma de su objetivo de maximización de beneficios.

<sup>5</sup> El ingreso total es igual al precio unitario multiplicado por la cantidad vendida del producto o servicio ofertado.

<sup>6</sup> Los costos son la cantidad de recursos que una empresa entrega para producir los bienes o servicios que ofrece en el mercado.

<sup>7</sup> Resulta importante precisar que el beneficio anticompetitivo es la diferencia entre el ingreso adicional obtenido consecuencia de realizar la conducta anticompetitiva y los costos adicionales por restringir la competencia.

<sup>8</sup> El beneficio anticompetitivo incluso puede consistir en evitar la reducción, o una reducción mayor, del beneficio total debido a la competencia que existe en el mercado. En general, el beneficio no siempre tiene un valor positivo; es decir, no siempre los ingresos superen a los costos; en algunos casos, el beneficio puede tomar valores negativos. Lo que en estos casos se analizará es cuánto se pierde en uno y otro escenario. Se tendrá por un mejor escenario aquel donde la empresa pierda menos.

sólo sea económico; esto es, una mejor asignación de sus recursos para hacer más atractivos sus productos o también puede tener como objetivo la eliminación o restricción de la competencia y añadir al beneficio económico un beneficio anticompetitivo, lo cual incrementaría su beneficio total, pero no por la preferencia de los consumidores, sino por la reducción de la competencia.

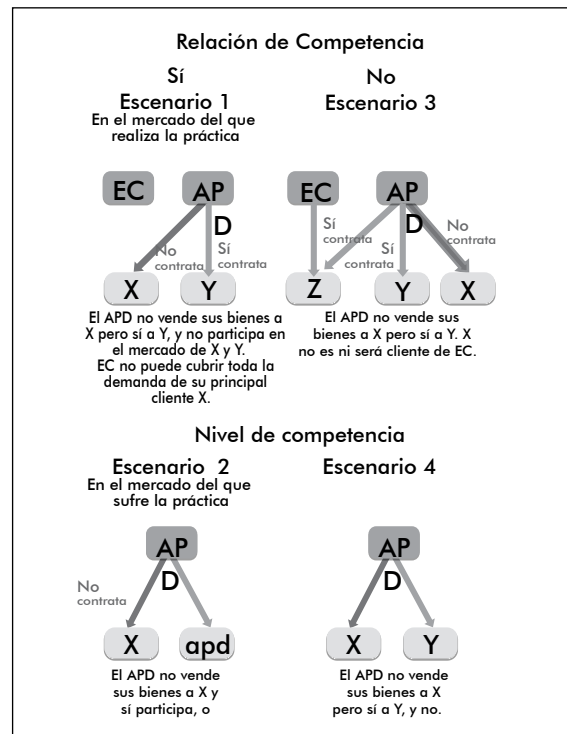
Desde la perspectiva de la política de competencia, la pregunta relevante para analizar una negativa de trato no es si esta resulta o no beneficiosa para la firma, dado que toda empresa tiene como objetivo maximizar sus beneficios<sup>9</sup>, sino qué tipos de beneficio obtiene. El simple hecho de obtener beneficio por una conducta no debe representar un peligro para la competencia en el mercado. Para que ello sea así, el beneficio debe provenir del daño a la competencia que haya implementado el APD.

Uno de los principales elementos para que una acción pueda ser considerada como anticompetitiva es que exista una relación de competencia entre la empresa que realiza la práctica (o sus empresas vinculadas) y las empresas afectadas por ella. En el caso particular de una negativa de trato, existen diversas situaciones por las cuales se puede dar esta relación de Competencia y otras en las que no. El Gráfico N° 3 caracteriza estas situaciones desde dos perspectivas: (i) el nivel en que se podría afectar la competencia; y, (ii) la existencia o no de la relación de competencia entre el APD y los afectados con su conducta.

**Escenario 1:** Describe una situación en el que el APD trata de eliminar a su Empresa Competidora (EC), dado que ello maximizaría sus beneficios totales. Para tal efecto, el APD se negará a venderle a X si esta le compra a EC, a efectos de que a dicha empresa (X) no le quede más opción que comprarle solo a ella (APD). En este caso, se asume que la EC no puede satisfacer íntegramente la demanda de X. El efecto exclusorio tendría lugar en el mercado en que el APD y la EC participan como ofertantes.

En este tipo de escenario, no se debería permitir que el APD implemente la estrategia antes mencionada, por cuanto ello dañaría la competencia y, por ende, se perjudicaría el bienestar de los consumidores. La autoridad deberá sancionar este tipo de conductas y obligar al APD a contratar con cualquier empresa que le demande un bien bajo las mismas condiciones que le ofrece a cualquier otra empresa que se encuentra en su misma posición.

### Gráfico N° 3 Análisis de posibles escenarios de negativas a contratar por una EPD



**Escenario 2:** Describe una situación en el que el APD tiene a una empresa vinculada a ella en el mercado aguas abajo (en adelante, el “apd”). Dicha vinculación puede ser de la siguiente forma:

- (i) Directa: si es el propio APD o una empresa perteneciente a su grupo económico quienes toman el lugar del “apd” en el mercado aguas abajo y compite con X; o,
- (ii) Indirecta: si el “apd” no pertenece al mismo grupo económico del APD pero mantiene una alianza estratégica con esta.

En este escenario, la negativa del APD de satisfacer la demanda de X significará excluir a esta del mercado en el que compite con el “apd”. Por lo tanto, la estrategia del APD tiene como objetivo dañar la competencia en el mercado aguas abajo, porque ello le redituaria beneficios posteriores. El efecto anticompetitivo se manifestaría en el mercado donde el “apd” y X compiten como ofertantes.

En este contexto, se debe sancionar a todas las empresas que se beneficien de la conducta implementada, lo cual incluiría a ambas empresas vinculadas, ya sea directa o indirectamente. En efecto, una vez que excluyan o impidan el crecimiento de X, el “apd” tendrá un mayor poder de mercado ya sea por seguir las órdenes del APD

<sup>9</sup> Tal como ha sido explicado en el punto 2, todas las empresas siempre buscan maximizar sus beneficios.

o por tener un acuerdo comercial orientado a ese fin. Por ese motivo, se debe investigar y, si fuera el caso, sancionar a todas aquellas empresas que participaron en este tipo de prácticas<sup>10</sup>.

Cabe indicar que si la práctica es realizada entre empresas del mismo grupo económico, esta práctica debería ser investigada como un caso de abuso de posición de dominio, por cuanto el diseño de la práctica respondió a un mismo centro de interés y control, que es el grupo económico. En el caso que la práctica haya sido realizada por dos empresas pertenecientes a distintos grupos económicos, esta práctica debería ser investigada como un caso de acuerdo colusorio vertical.

**Escenario 3:** Describe una situación en donde el APD decide no venderle a X, pero sí a Y. En este caso, el APD no tiene ningún tipo de vinculación con Y, motivo por el cual este no se beneficiaría de la mejor situación en que se pueda encontrar Y. No existe una relación de competencia entre el APD y la EC, pues X no posee la capacidad actual ni potencial de demandar de la EC<sup>11</sup>, así, una negativa de trato del APD a X no tendría el efecto de excluir a la EC del mercado, pues X no es, ni será, su cliente.

En este tipo de escenarios, si el APD no contrata con X, la salida de esta empresa del mercado no le reportaría beneficio anticompetitivo, toda vez que Z continuará demandando de la EC y esta continuaría compitiendo con el APD por el resto de clientes. Por esa razón, se debe presumir que la conducta del APD tiene como objetivo maximizar sus beneficios económicos y no los anticompetitivos. La carga de la argumentación y prueba en contra de esta presunción debería tenerla X.

**Escenario 4:** Describe una situación en el que el efecto exclusorio tendría lugar en el mercado en que X e Y participan como ofertantes. En este tipo de escenarios, dado que no existe una vinculación -ni directa ni indirecta- entre el APD y X, entonces la primera no obtendrá beneficio anticompetitivo alguno por negarse a contratar con X, motivo por el cual debería presumirse que su conducta está destinada a maximizar sus beneficios económicos.

Ahora bien, la negativa del APD podría tener como efecto dañar la competencia en el mercado donde compiten X e Y, por cuanto Y se quedaría como la única empresa oferente en el mercado. Sin embargo, este daño no sería producto de

la conducta intencional del APD, dado que ella no obtendría ningún tipo de beneficio de dicha conducta. Lo que el APD estaría buscando es orientar sus recursos hacia una actividad que le reporte mayores beneficios económicos, lo cual no se lograría con la venta de sus bienes o servicios a X. En otras palabras, para el APD, los recursos necesarios para satisfacer la demanda de X poseen un mayor costo de oportunidad en otra actividad<sup>14</sup>. Incluso la estrategia del APD podría resultar en el mediano plazo contraproducente para sus intereses debido a que estaría reforzando la participación de mercado y eventualmente dotando de posición de dominio a Y, quien al ser el distribuidor dominante tendría poder de negociación frente a su proveedor.

En ese sentido, si la empresa no obtiene beneficios anticompetitivos dañando a X, la imposición de una sanción no tendría un sustento razonable debido a que no existiría beneficio esperado alguno que pueda ser extraído. En consecuencia, se presume que los eventuales beneficios que recibirán son producto de la utilización que tendrán sus recursos en otra actividad.

Incluso si el legislador considera que dicha distorsión a la competencia debe ser corregida, pese a que no existe un objetivo de dañar el proceso competitivo o a los competidores por parte del APD, creemos que la LDLC no es el mejor instrumento para ello, toda vez que implica que la autoridad administrativa fije la compensación que debería pagarse al APD por el costo de oportunidad que resulta de utilizar sus recursos para proveer a X. La fijación administrativa de dichas condiciones, tales como, el precio en que se proveerá el bien o servicio, el nivel de calidad, etc., son propias de la regulación económica que es un instrumento de política pública sustituto de la política de Competencia. En este tipo de situaciones, no se analiza la conducta del APD en el mercado, sino bajo qué condiciones esta debe proveer un producto servicio a otra empresa para que pueda haber competencia efectiva en el mercado aguas abajo.

### Palabras finales

El presente artículo ha tenido como objetivo, a partir del análisis de los incentivos del APD en el mercado y de su interacción con otros actores, determinar cuál será el resultado de dicha interacción y, en caso dicho resultado es indeseado desde un punto de vista social, cómo se podría alinear la conducta del APD para que deje de realizar conductas que dañan el bienestar de los consumidores.

<sup>10</sup> Cabe señalar que la sanción en este tipo de prácticas depende de su impacto final sobre el bienestar social. Es decir, de la evaluación de los efectos anticompetitivos y las ganancias en eficiencia.

<sup>11</sup> Los costos de cambio son un ejemplo de porqué X no es ni podrá ser cliente de EC.

<sup>12</sup> El costo de oportunidad es el beneficio de la mejor opción no realizada. Es decir, es el mayor beneficio que un agente económico deja de ganar cuando elige una alternativa entre varias disponibles.