



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE

# Abuso de Posición Dominante

Unión Europea, Estados Unidos,  
Chile, Perú.

PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA

LIBRE COMPETENCIA  
EN POCAS  
PALABRAS  
Nº 2/ Abril 2021

**Abuso de Posición Dominante**  
**Unión Europea, Estados Unidos,**  
**Chile, Perú**<sup>1</sup>

## 1. ¿QUÉ DEBEMOS SABER SOBRE EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE?

El abuso de posición dominante se conceptualiza como: “prácticas restrictivas de la competencia que pueden ser realizadas por una empresa que ocupa un lugar preponderante en el mercado relevante, ya sea para mantener o aumentar su participación en el mercado.”<sup>2</sup>

El abuso de posición dominante es tratado de distintas formas en el derecho comparado. Algunos países emplean el término situación dominante y otros posición dominante, como en la Unión Europea, Alemania y Canadá. En cambio, en Estados Unidos, las disposiciones correlativas serían la tentativa de monopolización o monopolización de un mercado.

No obstante que las diferentes prácticas varían de país en país, en general se reconocen como conductas restrictivas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia las siguientes: precios abusivos, discriminación de precios, precios de eliminación, hundimiento de precios por empresas integradas, denegación de venta, venta atada y acaparamiento de los medios de producción<sup>3</sup>.

## 2. ¿QUÉ SABEMOS SOBRE EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL MUNDO Y EN CHILE?

### 2.1. Europa.

**Desde el punto de vista legal**, el artículo 102 del TFUE, aplicable a los países miembros de la UE señala: “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del

mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.<sup>4</sup>

**Desde la doctrina**, se ha afirmado que no existe una definición de abuso de posición dominante legal. Tanto es así, que incluso se ha señalado que “el enigma para cualquiera que esté interesado en el artículo 102 es determinar precisamente qué se entiende por abuso de posición dominante”<sup>5</sup>.

**Jurisprudencialmente** se ha interpretado que la norma impone a aquel que detenta esa posición una responsabilidad especial, consistente en no menoscabar con sus actuaciones a la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior<sup>6</sup>.

**La Comisión Europea (CE)**, ha hecho suya la definición del concepto desarrollado por la jurisprudencia<sup>7</sup>. En ese sentido, se ha interpretado que la “explotación abusiva de posición dominante” es un concepto objetivo, pues se refiere a los actos de la empresa que detenta posición dominante en un mercado en el que la fuerza de la competencia se encuentra deteriorada, precisamente por la presencia de esa empresa<sup>8</sup>. Así las cosas, se ha afirmado que las actuaciones de esa empresa obstaculizan, mediante el empleo de recursos contrarios a los que rigen una competencia normal, “el mantenimiento del nivel de competencia que aún existe en el mercado o el desarrollo de esa competencia.”<sup>9</sup> Con todo, se ha indicado que la CE está obligada a analizar las circunstancias de hecho que rodean la conducta, no bastando la

<sup>1</sup> Documento elaborado por el Programa UC | Libre Competencia, con la colaboración de Joaquín Cuneo, Virginia González, Teresita Maturana, Mario Ramírez.

<sup>2</sup> YRARRÁZABAL (2012) p. 15.

<sup>3</sup> YRARRÁZABAL (2012) p. 15.

<sup>4</sup> TFUE, artículo 102.

<sup>5</sup> WISH & BAILEY (2012) p. 193, traducción libre.

<sup>6</sup> GENERICS (UK) LTD V COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (Case C-307/18) EU:C:2020:52, párrafo 153.

<sup>7</sup> PROKENT TOMRA (Case COMP/E-1/38.113) Commission Decision of 29 March 2006, párrafo 284.

<sup>8</sup> SLOVAK TELEKOM V COMMISSION (Case C-165/19 P) EU:C:2021:239, párrafo 41.

<sup>9</sup> SLOVAK TELEKOM V COMMISSION (Case C-165/19 P) EU:C:2021:239, párrafo 41.

mera intención anticompetitiva para dar por acreditado en el caso concreto la conducta prohibida en el artículo 102.<sup>10</sup>

## 2.2. Estados Unidos: *Monopolización*.

La legislación norteamericana aborda el problema del abuso de posición dominante por medio de la prohibición del monopolio. En ese sentido, el *Sherman Act* (1890) señala en su Sección Nº 2 que: “Toda persona que monopolice o intente monopolizar, o combinar o conspirar con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o comercio en cualquiera de los Estados, o con naciones extranjeras, será considerada culpable de un delito grave, y, al ser declarado culpable del mismo, será sancionado con una multa que no exceda de \$100,000,000 si es una corporación, o, si cualquier otra persona, \$ 1,000,000, o con prisión no mayor de 10 años, o con ambos castigos, a decisión del tribunal.”<sup>11</sup>

En su momento, se concibió que la norma estaba formulada en términos muy vagos; por eso, posteriormente se complementó con el *Clayton Act* (1914). Este, en sus Secciones 12-27, incorporó cuatro prácticas anticompetitivas: discriminación de precios, contratos exclusivos, fusiones corporativas y el *interlocking* de directores.

Al respecto, Herbert Hovenkamp señala que la monopolización es “un número de actividades que pueden ser ilegales cuando son realizadas por una empresa dominante en un mercado relevante adecuadamente definido.”<sup>12</sup>

<sup>10</sup> TOMRA SYSTEMS ASA V COMMISSION (Case C-549/10 P) EU:C:2012:221, párrafo 18.

<sup>11</sup> “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court” (traducción libre).

<sup>12</sup> “...a number of activities that may be illegal when performed by the dominant firm in a properly defined relevant market” (traducción libre) HOVENKAMP, HERBERT (2017) p. 245.

<sup>13</sup>Se hace la distinción entre monopolio y monopolización, no todos los monopolios serían anticompetitivos.

<sup>14</sup> “(1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a

El Departamento de Justicia norteamericano (DOJ), por su parte, señala respecto de la monopolización<sup>13</sup> que “es la posición de un poder monopólico en un mercado relevante y la deliberada adquisición o mantención de ese poder a diferencia del crecimiento o desarrollo como consecuencia de un producto superior, perspicacia comercial o un accidente histórico”<sup>14</sup>; y además, para que exista intento de monopolizar, se requiere prueba de que “el demandado ha incurrido en prácticas predatorias o conducta anticompetitiva con la intención específica de monopolizar y con una peligrosa probabilidad de alcanzar poder monopólico”<sup>15</sup>.

Por otro lado, la Federal Trade Commission (FTC) ha entendido respecto de las prácticas individuales y monopólicas que “es ilegal que una empresa monopolice o intente monopolizar el mercado, lo que significa que una empresa con poder de mercado no puede actuar para mantener o adquirir una posición dominante excluyendo a los competidores o impidiendo una nueva entrada. Es importante señalar que no es ilegal que una empresa tenga un monopolio, cobre “precios altos” o intente alcanzar una posición de monopolio mediante métodos agresivos. Una empresa viola la ley solo si intenta mantener o adquirir un monopolio a través de métodos irrazonables”<sup>16</sup>.

## 2.3. Chile.

En la legislación chilena no existe una definición propiamente tal de abuso de posición dominante en el DL 211. Su artículo 3º es de carácter genérico y se limita a enumerar una serie de conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre

superior product, business acumen, or historic accident” (traducción libre). Fuente de la definición: UNITED STATES V. GRINNELL CORP (1966), 384 U.S. 563, pp. 570-571.

<sup>15</sup> “(1) that the defendant has engaged in predatory or anticompetitive conduct with (2) a specific intent to monopolize and (3) a dangerous probability of achieving monopoly power.” (traducción libre). Fuente de la definición: SPECTRUM SPORTS, INC. V. MCQUILLAN (1993), 506 U.S. 447, p. 456.

<sup>16</sup>“It is unlawful for a company to monopolize or attempt to monopolize trade, meaning a firm with market power cannot act to maintain or acquire a dominant position by excluding competitors or preventing new entry. It is important to note that it is not illegal for a company to have a monopoly, to charge “high prices,” or to try to achieve a monopoly position by aggressive methods. A company violates the law only if it tries to maintain or acquire a monopoly through unreasonable methods” (traducción libre). Disponible en FEDERAL TRADE COMMISSION.

competencia. Dentro de él, sus literales b) y c) se refieren a la “explotación abusiva por parte de un agente económico, o conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado (y a continuación enumera manifestaciones de ello)” y “prácticas predatorias o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”, pero no da cuenta de una definición. En consecuencia, la doctrina y jurisprudencia han tomado la delantera en la delimitación de este concepto.

**Desde la doctrina** se ha hecho la distinción entre mantener una posición dominante en el mercado y el abuso de ella en el mismo. En ese sentido, la primera situación no está prohibida, ni implica ningún reproche para quien goza de ella. No obstante, a quienes ostentan una posición de dominio en el mercado se les puede exigir una mayor responsabilidad y un mayor cuidado en los temas relacionados con la libre competencia. De este modo, una conducta que normalmente sería considerada inocua, puede ser entendida como abusiva si es cometida por una empresa que detenta una posición de dominio en determinado mercado.

La posición dominante tiene fuerte relación con el poder económico de una empresa, debido a que ella le permite ejercer su influencia sobre el mercado. Este poder económico debe ser tal que le posibilita tomar decisiones sin importar las acciones que puedan tomar los competidores, de esta forma pueden modificar precios e imponer condiciones comerciales en beneficio propio, configurándose lo que se conoce como el abuso de la posición dominante<sup>17</sup>.

**La Fiscalía Nacional Económica (FNE)**, autoridad fiscalizadora de libre competencia en Chile, ha intentado también precisar el concepto, indicando que el abuso de posición dominante “se refiere a las conductas realizadas por una empresa o un grupo de empresas que detentan una posición dominante que tienen por objeto impedir, restringir o entorpecer la competencia, o tienda a producir dichos efectos. El abuso de posición dominante puede ser de tipo exclusorio (cuando la empresa dominante intenta limitar la habilidad de sus rivales actuales o potenciales para competir, con el objeto de mantener o aumentar su posición

de dominio), o de tipo explotativo (cuando la empresa dominante utiliza su posición para extraer sobre-rentas u otras ventajas de los consumidores)”<sup>18</sup>.

#### 2.4. Perú

**Desde la perspectiva legal**, la existencia de un principio constitucional general de protección de la libre competencia, consagrado en la Constitución Política del Perú, que en su artículo 61 señala: “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 y establecer los monopolios”.

Respecto de ella llama la atención que no se distinga en el caso de los monopolios respecto de aquellos que son naturales y que sí son lícitos; sin perjuicio de ser regulados por las autoridades competentes. Además, el Decreto Legislativo N° 701 señala en su artículo 5 que “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: La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen 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 y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones; La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de

<sup>17</sup> UGARTE (2013)

<sup>18</sup> FNE (2021)

tales contratos; Otros casos de efecto equivalente.” Cabe mencionar que esta última frase fue incluida con el DL 807 del año 1996, de manera que se decidió evolucionar de una consagración del ilícito anticompetitivo taxativa a una más amplia.

Carlos Noda señala que “el contenido de la prohibición del abuso de posición dominante alcanza a todas aquellas conductas desarrolladas por empresas dominantes, que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia, generando perjuicio para el interés económico general<sup>19</sup>”, sin perjuicio de lo anterior, señala que en la legislación peruana “no es la posición dominante de la empresa la que es objeto de la prohibición, ni siquiera lo es el ejercicio de dicha posición dominante sino, más bien, el ejercicio abusivo de aquella, entendiendo por abusivo, a la capacidad de producción de efectos anticompetitivos y, por tanto, de perjudicar el interés económico general<sup>20</sup>”.

Por su parte, el INDECOPI<sup>21</sup> señala, en su Guía de Asociaciones Gremiales & Libre Competencia, que “constituyen abuso de posición de dominio las conductas mediante las cuales un agente con posición de dominio en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos (lo que se denomina «efecto exclusorio»). Cabe resaltar que para que la conducta investigada sea considerada ilegal, el agente que la realiza debe ostentar una posición de dominio y la conducta debe producir un efecto restrictivo carente de justificación<sup>22</sup>”.

### 3. LISTA DE CASOS MÁS IMPORTANTES

#### 3.1. Comisión Europea con Microsoft Corp. (2008)

**Conducta:** Negarse a aportar documentación técnica completa a sus rivales para que pudieran desarrollar programas plenamente compatibles con el sistema operativo de Windows. Posterior a

ello, Microsoft incumplió compromisos adquiridos con la autoridad, razón por la cual se le sancionó.

**Sentencia:** Multa de € 497.196.304 y € 860.000.000, respectivamente.

**Disponible en:**  
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124434&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=4147405>

#### 3.2. Comisión Europea con Google Android (2015)

**Conducta:** Abuso de posición dominante en el mercado mundial de tiendas de aplicaciones para Android, al vincular la aplicación Google Search a la Play Store.

**Sentencia:** Multa de € 4.342.865.000.

**Disponible en:**  
[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40099/40099\\_9993\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf)

#### 3.3. United States v. Microsoft (1995)

**Conducta:** El Departamento de Justicia de Estados Unidos acusa un abuso de poder monopólico por parte de Microsoft al empaquetar dos productos: Internet Explorer y el sistema operativo de Microsoft Windows. La defensa señalaba que era el resultado de un proceso de innovación y competición, pero se concluyó que si fue un abuso.

**Sentencia:** En primera instancia el desmembramiento de Microsoft en dos unidades separadas, luego se llegó en la instancia final a un acuerdo entre el DOJ y Microsoft en el que Microsoft debe compartir sus interfaces de programación con otras empresas y dar acceso a sistemas, registros y códigos fuentes de Microsoft durante los 5 años posteriores al acuerdo.

**Disponible en:**  
<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-microsoft-corporation-browser-and-middleware>.

<sup>19</sup> NODA YAMADA (2006) p. 308 .

<sup>20</sup> NODA YAMADA (2006) p. 309.

<sup>21</sup> Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

<sup>22</sup> INDECOPI (2019) p.10.

### 3.4. Requerimiento de la FNR en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional – ANFP (2018) Sentencia Nº 173/2020.

**Conducta:** Abuso de posición dominante en el mercado de los clubes de fútbol de la División Primera B al cobrarle a aquellos que ascendían una cuota de incorporación de UF 5.000 y además de UF 24000 a los clubes que ascendían desde Segunda División; entendiendo estos cobros como una barrera artificial al mercado contraria a la libre competencia.

**Sentencia:** Multa de 3145 Unidades Tributarias Anuales y prohibición de incurrir en tales conductas.

**Disponible en:**  
[https://www.tdlc.cl/nuevo\\_tdlc/wp-content/uploads/2020/07/Sentencia-173-2020.pdf](https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/07/Sentencia-173-2020.pdf).

### 3.5. Investigación del INDECOPI de oficio contra la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú – FEVENDRELP (1994)

**Conducta:** Se denuncia un abuso de posición de dominio por parte de la FEVENDRELP, quién exige al Diario “La Mañana” la exclusividad de su distribución, condicionada a la negativa de venta, única forma que tiene este diario para acceder al mercado.

**Sentencia:** Se ordena a la FEVENDRELP la cesación de cualquier conducta que pudiese tener por efecto restringir la libre comercialización del Diario “La Mañana”, bajo apercibimiento de serles aplicable la multa más alta prevista en el DL 701.

**Disponible en:**  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15498/15948>.

### Bibliografía citada

HOVENKAMP, HERBERT (2017): *Principles of Antitrust* (Pennsylvania, West Academic Publishing).

NODA YAMADA, Carlos (2006): “La relación entre las prohibiciones del abuso de posición dominante y de las restricciones verticales”, *Derecho PUCP*. ISSN: 0251-3420. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656158015>. Fecha de consulta 25 de abril de 2021.

UGARTE SOTO, Alfredo (2013): “Facilidades esenciales y abuso de posición dominante” *Revista de Derecho UCN*, vol. 20 N°2.

WHISH, Richard & BAILEY, David (2012): *Competition Law* (Oxford, Oxford University Press, Seventh Edition).

YRRARÁZBAL, Arturo (2012): *Diccionario Jurídico-Económico* (Santiago, Ediciones UC).

### Normas e instrumentos citados

CHILE, Decreto Ley 211 (22/12/1973), Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia.

ESTADOS UNIDOS, *Sherman Act* (1890).

FEDERAL TRADE COMMISSION (2021): “Anticompetitive Practices”. Disponible en: <https://www.ftc.gov/enforcement/anticompetitive-practices>. Fecha de última revisión: 25 de abril de 2021.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2021): “Antimonopolios”. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/antimonopolios/que-hacemos/>. Fecha de consulta: 24 de abril de 2021.

INDECOPI (2019): “Guía de Asociaciones Gremiales & Libre Competencia”. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/3752033/Gu%C3%ADa+de+Asociaciones+Gremial+es+y+Libre+Competencia/>. Fecha de consulta 24 de abril de 2021.

PERÚ, Constitución Política del Perú (30/12/1993).

PERÚ, Decreto Legislativo Nº 701 (05.11.1991), “Disponen la eliminación de las prácticas

monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”.

UNIÓN EUROPEA, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial UE, C326/47, 26/10/2012.

#### **Jurisprudencia citada**

UNITED STATES V. GRINNELL CORP (1966), 384 U.S. 563, pp. Disponible en :<https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-1#ci>. Fecha de última revisión: 25 de abril de 2021.

SPECTRUM SPORTS, INC. V. MCQUILLAN (1993), 506 U.S. 447, 456. Disponible en:<https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-1#ci>. Fecha de última revisión: 25.04.2021.

PROKENT TOMRA (Case COMP/E-1/38.113) Commission Decision of 29 March 2006.

GENERICS (UK) LTD V COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (Case C-307/18) EU:C:2020:52.

SLOVAK TELEKOM V COMMISSION (Case C-165/19 P) EU:C:2021:239.

TOMRA SYSTEMS ASA V COMMISSION (Case C-549/10 P) EU:C:2012:221.