

¡PROHIBIDO PROHIBIR!: EL FANTASMA DE LOS PRECIOS SUGERIDOS Y LA FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Alejandro Falla Jara*
Alfredo Bullard G.**

1. INTRODUCCIÓN

No es extraño ver en la publicidad, efectuada por el fabricante o mayorista de un producto, la frase “no pague más de 20 soles”. Tampoco es extraño encontrar en los envases de los productos la inclusión de un precio por el fabricante o la publicación de listas de precios sugeridos. Pocos habrán siquiera pensado que existe algún problema. Parece una conducta común, que difícilmente despertará suspicacias. La mayoría lo tomará como algo bueno porque nos informa y da más seguridad sobre el precio de los productos.

En otras ocasiones, los fabricantes o mayoristas prohíben a sus minoristas vender por debajo de un precio determinado (es decir, les prohíben vender barato), bajo sanción de quitarles la distribución o quitarles algunos beneficios. En esos casos, parecería que hay un problema mayor, porque el acuerdo impediría una reducción de precios, que podría estar afectando a los consumidores.

Sin embargo, a pesar de las aparentes diferencias entre ambas situaciones, las autoridades que aplican las normas de libre competencia en diversos países han cuestionado ambos tipos de conductas, considerándolas como distorsionantes del mercado, muchas veces sin tener en claro la razón y el fundamento de la prohibición. Es decir, prohíben al mayorista limitar

La problemática de los precios sugeridos o la fijación de precios de reventa ha generado un debate, no necesariamente pacífico, sobre el impacto de estas prácticas en la competencia. ¿Puede un mayorista obligar a su distribuidor a revender a un precio determinado? ¿Puede sugerir públicamente a qué precio se le debe vender al consumidor final? ¿Es legítimo que incluya en el envase un “precio oficial” del producto o, por el contrario, debe dejarse en absoluta libertad a los minoristas para que fijen los precios al público de sus productos?

Partiendo de la teoría de las restricciones verticales, el presente artículo aborda el controvertido tema de cuál debe ser el tratamiento que el derecho de la competencia debería dar a estas conductas, a partir de una perspectiva permisiva y flexible.

* Master (Msc) en Regulación en London School of Economics and Political Sciences. Profesor de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Políticas de Competencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio Fundador del Instituto de Derecho y Economía Aplicados-IDEAS.

** Master en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio Fundador del Instituto de Derecho y Economía Aplicados-IDEAS.

***Los autores desean agradecer la colaboración de Alejandro Manayalle Chirinos en la elaboración del presente artículo.

la libertad del minorista de fijar sus precios, o en otras palabras les prohíben prohibir, limitando su derecho de limitar a su vez los precios a los que se puede vender a los consumidores.

¿Debemos preocuparnos por estas prácticas? ¿En qué circunstancias se trata de una preocupación atendible? ¿Son dañinas al mercado o, por el contrario, son buenas para los consumidores? La confusión sobre este tema es enorme y la ambigüedad de las respuestas conduce a las empresas a la incertidumbre sobre cómo manejar sus políticas de precios y sus relaciones con sus distribuidores y mayoristas.

Como veremos, la incompreensión del fenómeno económico existente bajo la práctica ha conducido a inventar un fantasma que no se ve, pero al que se teme. Y es un fantasma porque si bien hay dudas sobre la bondad o maldad de estas prácticas, nos comportamos como si existieran. Así, dejamos de “vivir en la casa embrujada” por miedo de que “el fantasma” aparezca, sin haber siquiera analizado si los fantasmas existen. Sin embargo, así como se pierde la oportunidad de vivir en la casa, podríamos estar perdiendo la oportunidad de aprovechar las eficiencias que podrían derivarse de estas prácticas.

Se suele pensar que es posible que esas conductas afecten a los consumidores, pero el argumento no sólo es poco claro, sino que parece no tener sustento. Y es que muchas veces se ha tratado de asimilar el tratamiento de estos acuerdos al que se da a los carteles de precios entre competidores, sin diferenciar las circunstancias que rodean a unos y a otros. Y no es sólo que se carezca de fundamentos económicos. Ni siquiera es posible derivar claramente del texto del Decreto Legislativo 701 que exista fundamento legal para cuestionar los acuerdos de fijación o recomendación de precios de reventa.

Así, por acuerdos nos referimos al supuesto en que, por medio de un contrato o acuerdo de voluntades entre las empresas ubicadas en distintos niveles de la cadena, se decide fijar el precio al que un bien se venderá a clientes o al público en general.

En cambio, por recomendación nos referimos al caso en el que la empresa proveedora, por algún mecanismo (comunicaciones escritas o verbales, listas de precio al público, anuncios publicitarios o alguna otra forma similar) sugiere, sin que exista acuerdo vinculante, cuál debería ser el precio a cargarse a los clientes.

Siendo que, como se explicará mas adelante, el tratamiento legal de dichos acuerdos o prácticas depende

tanto de la naturaleza de las mismas como de las características del mercado en que se desarrollan, sólo será posible arribar a conclusiones definitivas respecto de dichos acuerdos o prácticas luego de un análisis más detallado, tanto del mercado en que las mismas se desarrollen, como de la modalidad de la práctica de que se trate.

2. ALGUNOS CONCEPTOS PRELIMINARES

Para comprender la problemática de los alcances de las normas de libre competencia en el caso de las restricciones verticales, es importante tener claros algunos conceptos básicos.

2.1. ¿Qué es la regla “*per se*” y qué es la “regla de la razón”?

En las llamadas legislaciones antimonopolios o legislaciones de promoción de la libre competencia se suelen usar dos tipos de reglas. El primer tipo son las infracciones sujetas a la “regla *per se*” y que determinan que una práctica es ilegal por la simple realización de su conducta, sin necesidad de evaluar para determinar su ilegalidad las posibilidades de que la regla pueda afectar realmente la competencia. Una regla como ésta se asemeja a la regla que prohíbe pasarse una luz roja: si una persona se pasa la luz roja no puede usar como argumento de defensa que a la hora en que lo hizo (tres de la mañana) y en las circunstancias en que ocurrió (no venía ningún otro vehículo hacia la intersección) era razonable hacerlo. Las pocas o casi nulas posibilidades de que haya un accidente que cause daños son irrelevantes para determinar la existencia de la infracción.

El segundo tipo de infracciones son las sujetas a la llamada “regla de la razón”. En tales supuestos, la práctica será ilegal si, realizada ésta, en las circunstancias en que se dio, va a afectar razonablemente la competencia. En esos casos, las circunstancias concretas en que ocurrió la práctica, serán analizadas para determinar si era o no razonable la conducta específica desarrollada. Siguiendo con los ejemplos de las reglas de tránsito, se suele prohibir la realización de “maniobras temerarias”. Sin embargo, la calificación específica de qué es una maniobra temeraria en cada caso depende de las circunstancias en que ocurrió la conducta, aspectos que serán evaluados por la autoridad, la misma que, de considerar que la conducta no fue razonable, la calificará como una infracción. Así, cambiarse de carril en una calle no es “*per se*” ilegal. Para determinar si es una infracción, deberá establecerse si el cambio de carril en las circunstancias en que ocurrió era poco razonable por

la distancia de los vehículos que venían circulando por la misma vía, la velocidad de desplazamiento, el ancho de la vía, la iluminación, etc.

Para efectos del presente artículo, resulta importante tener clara esta distinción porque la regla para la evaluación de las restricciones verticales será la regla de la razón y no la regla “*per se*”. No obstante ello, debe anotarse que en algunas regulaciones de competencia en el derecho comparado, existen casos de restricciones verticales (como las referidas a la fijación de precios de reventa) consideradas como “*per se*” ilegales.

2.2. Competencia entre marcas (intra-marca e inter-marca)

Las empresas que comercializan productos diferenciados suelen desarrollarse y competir sobre la base de marcas o rótulos. Coca-Cola vs. Pepsi-Cola, Jeans Levis vs. GWG, Corn Flakes de Kellogg vs. Bran Flakes de Nabisco, Kodak vs. Fuji, son sólo algunos ejemplos de la competencia inter-marcas. Cada una de estas marcas puede ser la preferida de diferentes compradores dispuestos a pagar un precio más alto o a comprar un producto de una marca con más frecuencia que otro.

La competencia intra-marca es la competencia entre minoristas o distribuidores de la misma marca. La competencia intra-marca puede realizarse en términos de precio u otros elementos. Por ejemplo, un par de Jeans Levis se pueden vender a menor precio en un almacén especializado o de descuento que en un almacén por departamentos, pero sin el servicio que ofrece este último.

Algunos fabricantes buscan mantener la uniformidad de los precios al detalle de sus productos y evitar la competencia intra-marca por precios. Ello se hace con mecanismos tales como la fijación de precios al detalle o establecimiento de precios sugeridos a sus distribuidores o minoristas. El objetivo es estimular la competencia intra-marca sobre bases diferentes a los precios, cuando esto aumenta las ventas de su producto.

Por ejemplo, un fabricante de automóviles podría fijar un precio mínimo de reventa a los clientes finales a todos sus “*dealers*” con el fin de garantizarles un margen de ganancia por unidad que les permita competir con otros servicios que los consumidores aprecian (salones de exhibición, vendedores más entrenados, publicidad, stock de vehículos para entrega inmediata, vehículos para pruebas de manejo por el cliente, entre otros).

Esto es especialmente relevante en servicios en los que un “*dealer*” no puede excluir a otro “*dealer*”. En estos casos se generarían externalidades positivas, es decir, beneficios externos que un “*dealer*” genera a otro “*dealer*” y de cuyos beneficios el “*dealer*” que los genera no se puede apropiar. Por ejemplo, si un distribuidor tiene autos para que los consumidores los prueben para tomar su decisión de compra, el cliente podría ir a hacer la prueba a un distribuidor, y después comprar el automóvil en otro distribuidor que no brinda ese servicio y que, por tanto, tiene precios (costos) más bajos. Lo mismo ocurre con otros servicios como vendedores entrenados o promoción de la marca. Fijar esos márgenes mínimos de utilidad es precisamente una forma de incentivar a los distribuidores para que compitan por esos conceptos.

Así, el distribuidor podrá elegir entre apropiarse del margen de utilidad que le da el precio fijado por su proveedor, o invertir parte de ese margen en brindar servicios a los consumidores y usuarios. Si escoge hacer lo primero perderá clientes, quienes preferirán comprar al distribuidor que brinda mejores servicios porque les dan más por el mismo precio. Por el contrario, si invierte en servicios captará las preferencias de los consumidores. Y dado que el precio fijado por el proveedor no puede ser reducido, se verá forzado a competir por servicios.

¿Por qué el proveedor se vería interesado en fijarle el precio a sus “*dealers*”? La razón es obvia. El proveedor sabe que los consumidores no sólo quieren precios bajos, sino buena calidad y buenos servicios. Pero si no asegura un margen para invertir en esos servicios, ningún “*dealer*” hará tal inversión. Quién lo haga incurrirá en un costo para que luego sus potenciales clientes vayan a buscar a otro “*dealer*” que no ofrece esos servicios, y como no paga por ello, ofrece un precio más barato. Con ello los incentivos para dar esos servicios desaparece, y el proveedor principal pierde ventas porque los consumidores que desean tales servicios no los encontrarán en el mercado. Garantizar el margen, por el contrario, incentiva a una agresiva competencia por servicios entre los distintos “*dealers*”.

Un ejemplo de ello se ve en la compra de electrodomésticos en los mercadillos de Lima. Si uno desea comprar un televisor puede ir a una tienda de electrodomésticos importante (como Hiraoka) y ver en directo el producto. Allí el vendedor le informará adecuadamente sobre sus características y ventajas y comparará los distintos modelos. El consumidor, en un ambiente más cómodo y con mejor información, podrá identificar lo que quiere. Hecho ello no com-

parará y se ira al mercadillo donde los vendedores no ofrecen esos servicios. Allí preguntará directamente por el modelo que desea (el que identificó en Hiraoka) sin pagar el precio que refleja los servicios de venta recibidos. Hiraoka habrá perdido así los beneficios de su inversión, los que se externalizarán a los vendedores en el mercadillo.

2.3. Empresa dominante

En términos sencillos, una empresa dominante es la que tiene una participación significativa en un determinado mercado, participación que está muy por encima de la empresa que le sigue. En la jurisprudencia comparada (e incluso en la nacional) se suele considerar que la participación en el mercado de las empresas dominantes es del 50 por ciento o más; sin embargo, en estricto, el poder de mercado de una empresa depende de las características de cada mercado en particular. Desde una perspectiva de competencia, las empresas dominantes pueden causar cierta preocupación en tanto se encuentran en capacidad de desarrollar una serie de prácticas o conductas que distorsionan la competencia y, finalmente, perjudican a los consumidores. Ello explica por qué no se prohíbe tener posición de dominio ni se sanciona esa situación, sino sólo el abuso que se haga de ella.

2.4. "Free Rider"

El "free riding" (expresión que se refiere al que utiliza un medio de transporte sin pagar por él, es decir, un "polizonte") ocurre cuando una empresa (o individuo) se beneficia de las acciones o esfuerzos de otra, sin pagar ni compartir los costos en que esta última incurre. Como se explicó antes, un minorista puede decidir hacer los gastos necesarios para capacitar a sus empleados para que hagan demostraciones a los posibles clientes sobre el funcionamiento de un determinado electrodoméstico (o tener automóviles para pruebas de manejo). Puede hacerlo con el fin de aumentar las ventas. No obstante, posteriormente los clientes pueden optar por comprar el mismo producto a otro minorista que lo vende a un precio más bajo, por cuanto su estrategia comercial no incluye gastos de capacitación ni de demostración. Se considera que este minorista está actuando como "free-rider", por cuanto se beneficia de los esfuerzos y costos del primer minorista. Si tal situación persiste, el primer

minorista no tendrá incentivos para seguir haciendo demostraciones del producto.

3. MARCO CONCEPTUAL: EL EFECTO PROCOMPETITIVO DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES

Las restricciones a la competencia establecidas por dos o más empresas pueden ser de dos naturalezas distintas: (i) Las restricciones horizontales, que son las derivadas de acuerdos entre dos competidores, por ejemplo, dos empresas fabricantes de un determinado producto que se ponen de acuerdo sobre el precio de venta del mismo. Ello ocurriría si los fabricantes de zapatillas Nike se ponen de acuerdo con los fabricantes de zapatillas Adidas y (ii) Las restricciones verticales, que son las que se derivan de acuerdos o recomendaciones entre dos empresas o personas que actúan en diferentes niveles de la cadena, por ejemplo, un acuerdo entre una empresa fabricante de un determinado producto y las empresas distribuidoras de dicho producto. Ello ocurriría si el fabricante de Nike se pone de acuerdo con una tienda que vende zapatillas de dicha marca, sobre el precio de reventa.

Los acuerdos que contienen restricciones verticales, pueden incluir el establecimiento por una de las partes de limitaciones y restricciones al comportamiento competitivo de la otra en el mercado. Generalmente, dichas restricciones están vinculadas con el precio de venta o reventa de los productos suministrados, con el territorio en el cual se desarrolla la actividad, con el tipo de producto a ser comercializado, con restricciones a la publicidad, entre otras.

En general, la doctrina económica y legal reconocen que el impacto en la competencia de las restricciones verticales es menos pernicioso (si es que en algún caso son realmente negativas), que las restricciones a la competencia que se originan por acuerdos de tipo horizontal. Así, como señalan Schwartz y Eisenstadt¹: "(...) las motivaciones para restricciones horizontales son radicalmente diferentes de las motivaciones para restricciones verticales. Los competidores van a tratar naturalmente de restringir la producción del otro formando una combinación colusiva o por sacarse mutuamente del mercado. Consecuentemente, las normas de libre competencia sospechan de manera correcta de cualquier 'restricción al comercio'. En

¹ Traducción libre del siguiente texto: "...the motivation for horizontal restraints is radically different from that for vertical restraints. Competitors naturally will try to restrict each other's output either by forming a collusive combination or by driving one another out. Consequently, antitrust is rightly suspicious of any horizontal "restraint of trade". In contrast, firms in a vertical relationship thrive on one another's efficiency. Each desires increased output and lower price of the other. It should therefore be clear that the interest of parties imposing vertical restraints are generally not antithetical to those of ultimate consumers". SCHWARTZ, M. y D. EISENSTADT, D. "Vertical Restraints". Economic Policy Office, Antitrust Division, Justice Department, Discussion Paper 82-88, 1982. p. 4.

contraste, las empresas en su relación vertical persiguen la eficiencia de la otra. Cada una desea aumentar la venta o producción, y reducir el precio de la otra. Debe entonces estar claro que el interés de las partes de imponer restricciones verticales a la otra no es generalmente antitético con aquel de los consumidores finales”.

En realidad, la preocupación que motiva las normas de libre competencia radica en el temor que se restrinja la producción como medida para elevar el precio de los productos. Lo que un monopolio hace es darle a su titular la posibilidad de restringir la cantidad ofertada y con ello poder fijar el precio por encima de su nivel competitivo. Por ello las prácticas monopólicas o restrictivas de la libre competencia deben ser analizadas a la luz de ese efecto.

En el caso de las restricciones horizontales -por tratarse de acuerdos celebrados entre agentes que producen o comercializan productos similares o sustitutos- las partes del acuerdo tienen incentivos para establecer restricciones destinadas a ‘suavizar’ o ‘controlar’ la competencia entre ambas. Ello perjudica a los consumidores porque ven reducidas -sin razón aparente- sus opciones en el mercado, lo que suele conducirlos a pagar precios más altos. El efecto de un cartel es reducir el volumen de producción y es ello lo que motiva la preocupación de la legislación de libre competencia.

En tal sentido, las restricciones a la competencia introducidas en los acuerdos horizontales suelen -en principio- tener un efecto anticompetitivo y, por lo tanto, suelen estar sujetas a la llamada regla *per se*, según la cual no resultan admisibles las justificaciones del acuerdo. Esta perspectiva ha sido asumida por nuestra legislación y jurisprudencia nacional. En efecto, el Indecopi en diversos casos, en particular, en la Resolución 206-97-TDC/Indecopi, de fecha 28 de octubre de 1997 (Civa vs. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.) y en la Resolución 276-TDC/Indecopi, de fecha 27 de noviembre de 1997 (Comisión de Libre Competencia vs. Asociación Peruana de Avicultura y otros)² ha sostenido explícitamente que dichas infracciones deben ser tratadas bajo un estándar de regla *per se*.

Por el contrario, en el caso de las restricciones verticales -debido a que en estas relaciones el producto de uno es el insumo del otro- las partes tienen incentivos para controlar el ejercicio del poder de mercado de la otra parte de la relación, y ello beneficia finalmente a los consumidores, quienes ven como resultado una expansión de la cantidad producida, precisamente el efecto contrario al que se presenta en las restricciones horizontales.

En efecto, en este tipo de relaciones el ejercicio del poder de mercado por una de las partes de la relación (por ejemplo, incremento de los precios de reventa por parte del distribuidor), puede afectar negativamente el nivel de demanda del producto de la otra. Así por ejemplo, el fabricante de un determinado producto preferirá que los precios a los que los distribuidores venden su producto al público sean lo más bajos, pues de esa forma las ventas de tal producto y la demanda por ella serán mayores (a menor precio de reventa, mayor demanda del producto). En cambio, si los distribuidores de dicho producto establecen precios altos de venta al público, cuanto más elevados sean dichos precios, si bien se incrementará el margen de ganancia para el distribuidor, disminuirá el nivel de ventas y con ello la ganancia para el fabricante. En ese sentido, “una ganancia excesiva a nivel de los revendedores se asemeja a un impuesto sobre el producto: infla el precio de reventa y desincentiva las ventas, sin darle al fabricante un beneficio por ello”³.

En este caso, el fabricante de ese producto tendrá incentivos suficientes para utilizar mecanismos que limiten la posibilidad de que el distribuidor establezca precios de reventa que disminuyan la demanda del producto, salvo que al hacerlo genere incentivos para competir sobre la base de calidad, servicios, condiciones u otras similares, en cuyo caso lo que finalmente se hace es beneficiar a los consumidores.

En tales supuestos, el establecimiento de una restricción vertical que elimine o restrinja el poder de mercado del revendedor, podría tener efectos positivos desde un punto de vista de la eficiencia y bienestar de los consumidores (vía una reducción de los precios al consumidor). En tal sentido, dada la naturaleza de

² En la Resolución 276-TDC/Indecopi se dijo, con carácter de precedente de observancia obligatoria, lo siguiente: “De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla *per se*. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir efectos perjudiciales en el mercado.” Ver, BULLARD, Alfredo. “¿Dejar Competir o no Dejar Competir? He Ahí el Dilema. Las Prácticas Predatorias y el Abuso de Posición de Dominio” En: Themis- Revista de Derecho, N° 36. p. 72.

³ AREEDA, Phillip y Louis KAPLOW: “Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases”. Quinta Edición, 1997, pp. 612-613.

la relación, las restricciones verticales suelen -en principio- tener un efecto pro-competitivo, es decir beneficioso para la competencia y para los consumidores.

Por otro lado, las restricciones introducidas en los acuerdos verticales permiten eliminar diversas ineficiencias económicas que se originan al interior de dichas relaciones. Así, por ejemplo, dichas restricciones permiten eliminar problemas asociados con la divergencia de intereses entre proveedor y revendedor, la pérdida de economías de escala por parte del proveedor derivadas de problemas de coordinación, problemas de 'free rider' vinculados a la prestación de servicios de pre y post-venta, etc.

En tal sentido, aun cuando las restricciones verticales puedan tener un efecto en la eliminación de competencia en ciertos mercados (generalmente afectan el nivel de competencia entre distribuidores o revendedores de una misma marca, es decir, competencia intra-marca), dicho impacto puede verse minimizado por las ganancias en eficiencia que dichas restricciones permiten alcanzar.

Finalmente, debe observarse que las restricciones verticales a la competencia permiten alcanzar los mismos resultados pro-competitivos que serían logrados a través de un proceso de integración vertical (fusión empresarial, por ejemplo), procesos que en sí mismos no suelen despertar ninguna sospecha respecto a su impacto en competencia.

En efecto, cuando una empresa fabricante de un producto, en lugar de celebrar contratos con las empresas distribuidoras de tal producto, opta por fusionarse con ellas incorporándolas a su organización, dicho proceso probablemente no despertará cuestionamientos desde un punto de vista de competencia, asumiendo que no existan circunstancias especiales. A través del proceso de fusión se logra el mismo resultado de evitar el incremento de los precios de dicho producto y, por tanto, se evita a su vez la disminución de la cantidad demandada del mismo.

En pocas palabras, los efectos anticompetitivos de una restricción vertical no son tan evidentes si se los compara con los que se derivan de las restricciones horizontales. En la mayoría de casos, o no generan problemas de competencia, o los efectos positivos generados compensan suficientemente los eventuales efectos negativos generados por la restricción. Ello se deriva principalmente de que se trata de restricciones incorporadas en acuerdos celebrados o sugerencias efectuadas entre empresas que no son competidores

entre sí, lo que minimiza el posible impacto negativo de los mismos.

Por las razones antes mencionadas, desde un punto de vista económico las restricciones verticales aplicadas en circunstancias normales, no deberían despertar mayores cuestionamientos respecto de su impacto en competencia.

4. ¿CUÁNDO LAS RESTRICCIONES VERTICALES PUEDEN TENER UN EFECTO NEGATIVO PARA LA COMPETENCIA?

No obstante lo explicado en el acápite anterior, de manera excepcional y bajo determinadas circunstancias, algunos sostienen que las restricciones verticales pueden generar algunos efectos perniciosos para la competencia y dar lugar a cuestionamientos por parte de las autoridades.

En general, se considera que las restricciones verticales pueden generar un impacto negativo para la competencia cuando:

- (i) Reducen la competencia intra-marca (es decir, dentro de una misma marca) y de ello se deriva una reducción del nivel general de competencia en el mercado. Ello ocurre, por ejemplo, cuando las restricciones son desarrolladas por una empresa dominante o con posición de dominio frente a sus distribuidores. Así, si la competencia a nivel inter-marca es débil (porque la marca objeto de la restricción es dominante en el mercado), las marcas de inexistentes competidores no podrán controlar la elevación de precios en los productos de la marca dominante. El resultado será menos competencia. Por ejemplo, si Nike tuviera posición de dominio en el mercado de zapatillas e impusiera restricciones verticales a sus vendedores aprovechando que no hay otras marcas, podrían eventualmente presentarse efectos no competitivos.
- (ii) Son utilizadas como mecanismo para excluir del mercado a otros competidores. Ello ocurre, por ejemplo, cuando una empresa dominante o con poder de mercado introduce restricciones en los contratos con sus distribuidores, con el objeto de cerrar el acceso a los canales de distribución a sus competidores. El caso más claro es el de contratos de exclusividad en la distribución, celebrados con todos o un número importante de los distribuidores existentes en el mercado, con el fin de evitar la entrada de otros competidores, quienes no encontrarán canales para distribuir sus productos. Por

ejemplo, si Nike, aprovechándose de su posición de dominio, celebrara convenios de exclusividad que impiden a las tiendas que venden zapatillas, vender otras marcas, y Adidas tratara de entrar al mercado, tendría el problema de que no encontraría tiendas a través de las cuales vender sus productos. Así, tendría que desarrollar su propia red de minoristas o convencer a empresas para que entren al mercado de ventas de zapatillas. El resultado es un incremento de costos de entrada de nuevas marcas.

(iii) Son empleadas como mecanismos para facilitar la implementación o el sostenimiento de un acuerdo horizontal. Ello ocurre, por ejemplo, con un cartel de precios entre distribuidores, que acuden a su proveedor o fabricante para poder poner en vigencia el cartel mediante el establecimiento de una lista de precios obligatoria de dicho proveedor o fabricante. Por ejemplo si las tiendas de zapatillas constituyeran un cartel, tendrían el problema que si alguna tienda traiciona el acuerdo este no sería efectivo porque los consumidores desplazarían su demanda hacia la tienda "traidora" que bajó el precio. Una forma de evitar que ello ocurra es que el cartel presione al mayorista para que este obligue a todas las tiendas a vender a un precio mediante la fijación del precio de reventa.

(iv) Son empleadas en mercados con características oligopólicas, en tanto eliminan el espacio que en dichos mercados podría existir para el desarrollo de competencia o, en otras palabras, refuerzan las características oligopólicas de dichos mercados.

De lo anterior se puede concluir que, dejando de lado aquellos supuestos en los que las restricciones verticales son usadas como mecanismos para garantizar el éxito de determinados acuerdos de tipo horizontal, el impacto en competencia de las restricciones verticales dependerá -más que del tipo y naturaleza de la restricción- fundamentalmente del grado de competencia inter-marca (competencia con productos de otros proveedores) existente o que la restricción se permita en el mercado. Dicho de otra manera, el impacto en competencia dependerá de las características y estructura del mercado en que se desarrolla la restricción, como de la posición en el mercado de las empresas involucradas en la misma.

A mayor competencia inter-marca, menor será la probabilidad de que las restricciones verticales oca-

sionen efectos anticompetitivos. En efecto, la existencia de competencia con otros proveedores controla la posibilidad de usar arbitrariamente los mecanismos de fijación de precios de reventa para restringir la competencia. En tales circunstancias, las restricciones a la competencia intra-marca (es decir, entre distribuidores o revendedores de una misma marca) se verán compensadas por los beneficios que se derivan de la competencia inter-marca.

Un ejemplo grafica mejor este punto. Si una empresa mayorista de combustibles de la marca "X" pretendiera limitar la competencia entre sus distribuidores por la vía de una fijación del precio al que puede vender su producto, los precios de los productos de otros proveedores ("Y", "Z", etc.) que potencialmente pueden sustituir al producto de la marca "X" harán de esa fijación un mal negocio. Si el precio de reventa del producto "X" es muy alto, los consumidores preferirán comprar los productos sustitutos de marca "Y" o "Z", y así el titular de la marca "X" verá caer sus ventas porque sus revendedores venderán menos. Si el precio es muy bajo, perderá margen de ganancia. En esa situación, no estaría claro qué estaría persiguiéndose con la fijación del precio de reventa.

De igual modo, a menor competencia inter-marca, mayor será la probabilidad de que las restricciones verticales ocasionen un impacto negativo en la competencia. En efecto, en este último caso, las restricciones verticales impuestas por proveedores con poder de mercado pueden fácilmente derivar en una reducción de la competencia en precios o del número de proveedores en el mercado en su conjunto.

De lo anterior se puede concluir que el impacto en la competencia de las restricciones verticales no puede ser establecido de manera general, sino que, por el contrario, deberá ser establecido caso por caso, en función de las características de cada mercado y del grado de poder de mercado de la empresa que las desarrolla.

En otras palabras, al menos desde una perspectiva económica, el análisis de las restricciones verticales como regla general debería estar gobernado por la aplicación de la regla de la razón (*'rule of reason'*). El concepto de *'hard-core vertical restrictions'* y de una regla de ilegalidad *'per se'* en el caso de las restricciones verticales no tiene correlato en ningún razonamiento económico moderno⁴.

⁴ BISHOP, Simon y Mike WALTER. "The Economics of EC Competition Law". Sweet & Maxwell, 1999. p. 96.

5. LAS RESTRICCIONES VERTICALES A LA COMPETENCIA Y SU TRATAMIENTO LEGAL

La posición de las leyes y agencias de competencia en todo el mundo con relación a las restricciones verticales ha evolucionado de una posición bastante hostil a un tratamiento más benigno, principalmente porque se ha ido tomando conciencia de que las restricciones verticales están en capacidad de generar eficiencia y bienestar para los consumidores.

En general, en la práctica tanto europea como norteamericana (referentes usuales para la aplicación de las normas nacionales de competencia), actualmente predomina un enfoque económico de la mayoría de las restricciones verticales (salvo algunas excepciones), basado en un análisis de sus consecuencias en el mercado y que se enmarca dentro de los términos y parámetros antes mencionados. Es decir, como regla general el análisis de las restricciones verticales y sus efectos sobre la competencia se sujeta a la 'regla de la razón'.

En ese sentido, en la Comunicación de la Comisión Europea referida a las restricciones verticales, se señala: "(6) En la mayoría de las restricciones verticales sólo pueden surgir problemas si la competencia inter-marca es insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o del comprador, o de ambos. Si la competencia inter-marca es insuficiente, la protección de la competencia inter-marca e intra-

marca adquiere importancia. (7) La protección de la competencia constituye el objetivo primordial de la política de competencia de la CE, pues mejora el bienestar de los consumidores y permite una asignación eficaz de los recursos. Cuando aplica las normas de competencia de la CE, la Comisión adoptará un enfoque económico basado en las consecuencias en el mercado; los acuerdos verticales han de analizarse en su contexto económico y jurídico. Sin embargo, en el caso de las restricciones por objeto enumeradas en el artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías, la Comisión no está obligada a evaluar sus efectos reales en el mercado"⁵.

El análisis de las restricciones verticales a la competencia en nuestro país se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701 (en adelante la 'Ley'), norma que prohíbe en general: "los actos o conductas (...) que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional"⁶.

De la redacción del referido dispositivo, no resulta claro si el análisis de las restricciones verticales debe efectuarse dentro de los alcances del artículo 5 de la Ley (referida a los supuestos de abuso de posición de dominio)⁷, o bajo los alcances del artículo 6 (referido a las restricciones de competencia generadas por acuerdos entre empresas independientes)⁸, o dentro

⁵ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión. "Directrices relativas a las restricciones verticales" (2000/C 291/01)

⁶ Decreto Legislativo 701. "Artículo 3º.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional."

⁷ Decreto Legislativo 701. "Artículo 5º.- 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.

b) 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;

c) 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 tales contratos; (...)

f) Otros casos de efecto equivalente."

⁸ Decreto Legislativo 701. "Artículo 6º.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia".

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (Modificado por el Artículo 11º Decreto Legislativo 807).

b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;

c) El reparto de las cuotas de producción;

d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecten negativamente al consumidor; (Modificado por el Artículo 11º Decreto Legislativo 807).

e) 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 práctica restrictiva de la libre competencia 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 que existan iguales condiciones;

de cualquiera de ellos, dependiendo de las características del asunto en cuestión⁹.

Este hecho resulta de importancia tomando en cuenta que, en el primer supuesto (artículo 5), el agente sólo incurrirá en una infracción sancionable en la medida que ostente una posición de dominio en el mercado (empresa dominante); mientras que en el segundo supuesto (artículo 6), la infracción se configura en algunos casos incluso si el agente carece de posición de dominio.

Por otro lado, el hecho resulta relevante tomando en cuenta los distintos estándares probatorios aplicables. En efecto, si las restricciones verticales son comprendidas dentro del artículo 5 de la Ley serán analizadas bajo la 'regla de la razón'; por el contrario, si son comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 6, existirá la posibilidad de que ciertas modalidades de restricciones verticales (las que impliquen el establecimiento de precios de reventa, por ejemplo) sean analizadas bajo un estándar de 'ilegalidad *per se*'¹⁰.

Lamentablemente, la aplicación jurisprudencial en el Perú de la Ley a las restricciones verticales no ha sido muy amplia o ha estado referida a aspectos distintos a la relación vertical misma (por ejemplo, restricciones horizontales entre empresas distribuidoras mayoristas que operan comercialmente sobre la base de acuerdos verticales). En tal sentido, la jurisprudencia existente a la fecha no permite arribar a conclusiones definitivas respecto a cuál es el régimen aplicable en el Perú a los acuerdos verticales¹¹, en especial, en lo

que se refiere a si dichos acuerdos o algunos de ellos deben ser analizados bajo una "regla de ilegalidad *per se*" o bajo un estándar diferente.

Cabe destacar una reciente resolución de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi en el caso RA & CAS S.R.L. vs. Fábrica de Aguas Gaseosas Huacho S.A.C. (Resolución 001-2001-CLC/INDECOPI de fecha 31 de enero 2001) en la que se decidió encausar de oficio una denuncia formulada por un distribuidor exclusivo de bebidas gaseosas en contra de su proveedor, como un abuso de posición de dominio (artículo 5 de la Ley). La denuncia cuestionaba la modificación de una serie de condiciones contractuales por parte del proveedor en un acuerdo vertical.

Luego de haberse calificado la denuncia como una de abuso de posición de dominio (artículo 5), se declaró infundada por cuanto la empresa denunciada carecía de una posición de dominio. En otras palabras, en dicho procedimiento el Indecopi estimó que la determinación de la infracción dependía básicamente del análisis de las consecuencias de la conducta en el mercado ('regla de la razón').

Lamentablemente, del precedente bajo comentario no puede arribarse a conclusiones generales sobre el tratamiento a las restricciones verticales por parte del Indecopi, toda vez que el resultado de dicho procedimiento puede encontrarse determinado por los términos del asunto que fue materia de la misma: modificación unilateral de ciertos aspectos de un contrato celebrado entre un proveedor y un distribuidor.

f) 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 tales contratos;

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de ventas o prestación, de productos o servicios. (Modificado por el Artículo 11º Decreto Legislativo 807).

h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. (Agregado por el Artículo 12º Decreto Legislativo 807).

i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas. (Agregado por el Artículo 12º Decreto Legislativo 807).

j) Otros casos de efecto equivalente. (Agregado por el Artículo 12º Decreto Legislativo 807)."

⁹ Dentro del Derecho de Competencia Comunitario Europeo, las restricciones a la competencia incluidas dentro de acuerdos de tipo vertical son analizadas bajo los estándares y procedimientos establecidos para cualquier tipo acuerdo; esto es, se someten a las mismas reglas a las que se encuentran sometidos los acuerdos horizontales entre competidores (artículo 81 del Tratado). No obstante ello, algunas restricciones verticales (acuerdos para la compra en exclusiva o negativa para el suministro de determinados productos, por ejemplo) han sido analizadas y sancionadas con base a lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado, que se refiere a los supuestos de abuso de posición dominante.

¹⁰ En el caso norteamericano, la mayoría de las restricciones verticales a la competencia se encuentran sometidas a un análisis basado en la "regla de la razón"; esto es, la legalidad del acuerdo dependerá básicamente del propósito o efecto de la misma en el mercado. No obstante ello, existen algunas modalidades de acuerdos verticales que son considerados como '*per se* ilegales'.

¹¹ Cabe destacarse una reciente Resolución del OSIPTEL (Resolución 062-CCO-2000 –Expediente 006- que resuelve la controversia suscitada entre Telecable S.A., Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C. por supuestas prácticas contrarias a la libre competencia derivadas de la celebración de convenios de exclusividad) en la que se estableció que la aplicación de los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701 no son excluyentes y pueden ser aplicadas de manera conjunta en los casos de restricciones verticales. En ese sentido se señaló: "De lo expuesto en los párrafos anteriores se ha hallado que los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701 no son excluyentes, por lo que una práctica o conducta bien puede ser declarada como una infracción a ambos incisos siempre que se hayan cumplido los requisitos en los mismos. Finalmente, este CCO concluye que la celebración de los convenios de exclusividad materia de la presente controversia constituyen una Práctica Restrictiva de la Libre Competencia –de conformidad con lo establecido en el artículo 6º del Decreto Legislativo

No obstante lo anterior, cabe recordar que en diversos pronunciamientos el Indecopi ha reconocido a la fecha expresamente que las únicas infracciones que pueden ser calificadas como ‘*per se* ilegales’, son aquellos acuerdos o concertaciones a que se refieren los incisos a), b), c), h) e i) del artículo 6 de la Ley¹².

En tal sentido, aun si se considera que los acuerdos verticales se encuentran comprendidos dentro de lo establecido en el artículo 6 de la Ley, sólo podrán ser calificados como ‘*per se* ilegales’ aquellos acuerdos que se refieran exactamente a los supuestos contenidos en los mencionados incisos.

Fuera de tales supuestos, como regla general, puede entenderse que las restricciones verticales no se encuentran sujetas a una regla de ilegalidad ‘*per se*’. En otras palabras, la sanción de dichas prácticas estará sujeta a que se produzca una afectación (real o potencial) a la competencia en el mercado.

En tal sentido, para la evaluación y sanción de las restricciones verticales en el marco de la Ley se requerirá efectuar necesariamente un análisis caso por caso de las consecuencias de tal restricción en el mercado. Por tal razón, resulta previsible esperar que dicha evaluación por parte de la agencia de compe-

tencia se efectúe dentro de los términos y parámetros mencionados en los acápite precedentes.

6. LAS RESTRICCIONES AL ESTABLECIMIENTO DE PRECIOS DE REVENTA INTRODUCIDAS EN ACUERDOS O RECOMENDACIONES VERTICALES

Bajo la denominación de ‘mantenimiento de precios de reventa’ (*‘resale price maintenance’*) se suele considerar una modalidad de restricción vertical consistente en una serie de acuerdos o recomendaciones mediante los cuales el fabricante-proveedor obliga o induce al distribuidor-revendedor a no revender el producto por debajo de un precio determinado (precio mínimo), a venderlo a un precio determinado (precio fijo), o a no venderlo por encima de un precio establecido (precio máximo).

Debido a los potenciales efectos negativos que dichas prácticas podrían generar en la competencia –reducción de la competencia intra-marca y facilitación de acuerdos colusorios–, su aparente ‘similitud’ con los acuerdos horizontales de precios entre competidores y, básicamente, por el predominio de objetivos distintos a la búsqueda de la eficiencia en el mercado en la formulación y aplicación de las políticas de compe-

701- a la vez que es una muestra de abuso de posición de dominio en el mercado por parte de Telefónica Multimedia –de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701–.”

No obstante ello, merece ser señalado el voto en discordia suscrito por Alfredo Bullard y Pierina Pollarolo en el que se señaló: “Al inicio del procedimiento cuando se fijó el punto controvertido primero se discutió como un aspecto a determinar si el presente caso se trataba de una infracción al artículo 5 inciso f del Decreto Legislativo 701 (abuso de posición de dominio) o al artículo inciso j de la misma norma (práctica restrictiva de la competencia).

Los convenios de exclusividad, como restricción vertical, sólo pueden ser considerados como una práctica ilegal si alguna de las partes que lo celebra cuenta con posición de dominio en el mercado relevante. Así, los meros acuerdos de exclusividad suscritos entre contratantes que no tienen posición de dominio no pueden afectar la competencia y por tanto, no podrían ser considerados ilegales. En tales casos, los acuerdos no son otra cosa que mecanismos para evitar los problemas de “*free riding*”, derivados precisamente de la naturaleza de los derechos de propiedad y titularidades exclusivas que tienen sobre su programación.

Así, si Telefónica Multimedia careciera de posición de dominio no se le podría imputar una infracción, pues no estaría en posibilidad de forzar a las empresas que venden programación a contratar con ella dicha exclusividad y, por tanto, restringir las opciones de otras empresas competidoras de ella.

Por ello, los firmantes discrepan con la Resolución de la mayoría en el sentido de que la práctica podría constituir una infracción tanto al artículo 5 como al artículo 6 del Decreto Legislativo 701. Los meros acuerdos verticales no constituyen en sí mismo infracciones a la ley. La decisión de la mayoría señala que para evaluar los acuerdos verticales debe aplicarse la misma metodología utilizada para los casos de integración vertical. Sin embargo, es importante destacar que en el Perú, la legislación general no ha previsto un control de integración vertical, al no existir un sistema de control de fusiones, adquisiciones o concentraciones, con la sola excepción del caso del sector eléctrico. No existiendo un sistema de control de concentraciones, es decir, no existiendo impedimento o limitación legal para que estas operaciones se realicen, no parece consistente sujetar un mero acuerdo vertical (que no conlleva integración) usando para determinar su supuesta ilegalidad una metodología aplicable para evaluar operaciones no prohibidas ni ilegales.

En atención a estas consideraciones, los firmante de este voto consideran que el análisis debe restringirse a si el presente caso involucra un abuso de posición de dominio que caiga bajo el ámbito del artículo 5º inciso f del Decreto Legislativo 701.”

¹² En la Resolución 276-TDC/Indecopi antes citada: “Cuando el legislador ha querido que se haga un análisis de razonabilidad, ha incluido en la norma términos que claramente lo indican. Por el contrario cuando el objeto ha sido tipificar infracción y sin establecer ningún requisito de análisis adicional, entonces la norma se limita a definir la infracción de manera lata y simple. Lo más interesante en este caso es que tal tipificación coincide con lo que la doctrina y jurisprudencia comparada suele considerar supuestos “*per se*” o supuestos sujetos a la “regla de la razón”, dándole coherencia real a los supuestos en discusión, tal como se puede apreciar, en primer lugar en infracciones tipificadas en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701. (...) Lo mismo sucede con el artículo 6, que tipifica las prácticas restrictivas de la competencia. El inciso a) contiene una infracción que se sanciona *per se*, sin analizar la razonabilidad de la conducta, pues no existe una palabra o enunciado que haga pensar lo contrario. El legislador no ha introducido ninguna causal o condición que permita justificar la infracción. Sucede lo mismo con los incisos b), c), h), e l), que no aluden a justificación alguna”.

tencia (tales como, la integración de los mercados en el caso de la normativa europea o la protección a pequeñas empresas), por años ha primado en el Derecho de la Competencia una actitud hostil hacia tales de restricciones.

6.1. Mantenimiento de Precios de Reventa en el Sistema Norteamericano

En el caso de la legislación americana, los acuerdos para el establecimiento de precios de reventa han sido considerados como una infracción 'per se' ilegal bajo el *Sherman Act*. Así, como nos dice Hovenkamp, "la regla básica respecto a la fijación de precio de reventa es clara. Ésta es *per se* ilegal, sin importar si el demandado tenía poder de mercado, y dejando de lado los motivos del demandado, como sería la necesidad de combatir el 'free riding'"¹³

Este criterio fue establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Dr. Miles Medical Co. V. John D. Park & Sons Co.*¹⁴ hace más de tres cuartos de siglo, y ha sido ratificado de manera relativamente reciente por la propia Corte Suprema en 1984, en el caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*¹⁵

Es importante destacar que existen dos importantes excepciones al principio general en la jurisprudencia norteamericana.

La primera es el célebre caso *U.S. v. Colgate & Co.*,¹⁶ en el que la Corte estableció que dado que Colgate no tenía un acuerdo con sus distribuidores, sino que simplemente había anunciado públicamente que se negaría a vender sus productos a los que no respetaran los precios que establecía, no caía bajo el supuesto contemplado en la Sección 1 de la *Sherman Act*, y por tanto no tipificaba bajo tal infracción.

La segunda excepción en el sistema norteamericano es la llamada "excepción de consignación", y se aplica cuando el producto no es entregado en propiedad al distribuidor, sino en consignación, manteniendo el fabricante o proveedor la propiedad del mismo.

El distribuidor recibe el encargo de vender el bien al precio establecido por su proveedor. Esta regla fue establecida en el caso *U.S. v. General Electric Co.*¹⁷.

Debe destacarse que la doctrina, tanto legal como económica, ha sido sumamente crítica a la aplicación de una regla *per se* en el análisis y evaluación de la fijación del precio de reserva o *resale price maintenance*. Sin embargo, las críticas han sido aún mucho más serias respecto de la aplicación de la regla *per se* en el caso de la fijación de precios máximos por el proveedor establecida en el caso *Albrecht v. Herald Co.*¹⁸ Las críticas se sustentan en que carece de cualquier efecto contrario a la competencia la fijación de un precio máximo, siendo que esa práctica beneficia en lugar de perjudicar a los consumidores, en tanto que la razón para el establecimiento de dichos precios es el deseo de los proveedores de controlar el poder de mercado en los distribuidores, que al cargar precios más altos para obtener ganancias monopólicas, reducen la cantidad demandada y, por lo tanto, la producción de la empresa. En *Albrecht*, el producto involucrado fue un periódico y el efecto de la decisión de la Corte fue que la empresa que editaba el periódico sustituyó a sus distribuidores independientes por empleados de su propia empresa a cargo de la distribución.

Sin embargo, debe destacarse que recientemente, en el caso *State Oil Co. v. Khan*¹⁹, la Corte Suprema Americana revocó el principio establecido en *Albrecht* y declaró que la fijación de precios de reventa máximos se trataría ya no bajo la regla *per se*, sino bajo la regla de la razón.

6.2. El Mantenimiento de Precios de Reventa en el Sistema Comunitario Europeo

Por otra parte, en el ámbito de la regulación de competencia europea, la fijación de precios de reventa se considera como una 'restricción especialmente grave' la inclusión en los contratos de acuerdos cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo, o un nivel de precio mínimo o fijo al que ha de ajustarse el revendedor.

¹³ Traducción libre del siguiente texto: "The basic rule concerning resale price maintenance is clear. It is illegal per se, whether or not the defendant had market power, and regardless of the defendant's motives, such as the need to combat free riding." HOVENKAMP, Herbert. "Antitrust. Black Letter Series West Group." 1999. p. 181.

¹⁴ 220 U.S. 373, 31 S.Ct. 376 (1911).

¹⁵ 465 U.S. 752, 104 S.Ct. 1464 (1984).

¹⁶ 250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465 (1919).

¹⁷ 272 U.S. 476, 47 S. Ct. 192 (1926).

¹⁸ 390 U.S. 145, 88 S.Ct. 869 (1968).

¹⁹ 522 U.S. 3, 118 S.Ct. 275 (1997).

Tal como lo señala la Comisión, algo similar se aplica para cualquier otra práctica que tenga indirectamente el mismo efecto: "la restricción no plantea dudas en el caso de cláusulas contractuales o de prácticas concertadas que fijan directamente el precio de reventa. No obstante, el Mantenimiento de Precios de Reventa también se puede lograr con medios indirectos. Ejemplos de esta última posibilidad son los acuerdos por los que se fija el margen de distribución; se fija el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder partiendo de un determinado nivel de precios establecidos; se subordina la concesión de descuentos o la devolución por parte del proveedor de los costes promocionales a la observancia de un determinado nivel de precios; se vincula el precio de reventa establecido a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidación, advertencias, multas, retraso o suspensión de entregas o resoluciones de contratos en relación con la observancia de un determinado nivel de precios"²⁰.

La inclusión de dichas cláusulas deriva en la inaplicación al acuerdo del régimen de excepción establecido para dicho tipo de acuerdos (Reglamento 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas verticales).

Cabe destacar que dicho tratamiento no se ha hecho extensivo al establecimiento de precios máximos o sugeridos cuya ilegalidad dependerá básicamente del análisis de sus efectos.

Dicho tratamiento difiere sustancialmente del dispensado por las autoridades de competencia a las restricciones verticales no vinculadas a precios, las mismas que suelen estar sujetas a un análisis caso por caso, basado en la aplicación de la regla de la razón (*'rule of reason'*).

Tal severidad en el tratamiento de las restricciones verticales de precios y la existencia misma de un tratamiento diferenciado entre las restricciones verticales (en razón de su vinculación directa con el tema de precios), carece de un correlato desde un punto de vista económico. Las restricciones verticales en su conjunto, responden a las mismas motivaciones y son susceptibles de generar los mismos efectos, por lo que su análisis debería encontrarse gobernado por las mismas reglas. Esto es, el análisis de dichas prácticas

debería realizarse caso por caso sobre la base de su impacto efectivo o potencial en el mercado, tal y como se ha mencionado en la primera parte del presente artículo

6.3 El Mantenimiento de Precios de Reventa en el Sistema Peruano

En lo que se refiere a la legislación peruana de competencia, cabe destacar que no encontramos argumento legal alguno que permita establecer un estándar de evaluación especial para el caso de las restricciones verticales de precios (independientemente de su modalidad), distinto al aplicable a la generalidad de restricciones verticales (*'regla de la razón'*).

Aún suponiendo que las restricciones verticales se encuentran comprendidas dentro del artículo 6 de la Ley el mismo que, como hemos visto en la sección anterior, comprende varias infracciones que son consideradas *"per se ilegales"*, el establecimiento de precios de reventa no se encuentra comprendido dentro de aquellos supuestos sujetos a un estándar de ilegalidad *"per se"*. En efecto, si bien podría parecer que dichos acuerdos se encuentran comprendidos dentro del inciso a) del artículo 6, debe notarse que dicho inciso sólo se aplica a los acuerdos celebrados *"entre competidores"*. No siendo éste el caso de los acuerdos verticales, el establecimiento de precios de reventa no se encuentra comprendido dentro de dicho inciso.

Así, no parece razonable que se aplique una regla *"per se"* a supuestos que ni siquiera están tipificados expresamente como infracciones *"per se"* en nuestro ordenamiento.

Por lo tanto, al igual que las restricciones verticales que no se encuentran referidas a precios, la determinación de su ilegalidad en el marco de la Ley deberá depender de un análisis caso por caso y de su impacto efectivo en la competencia (*"rule of reason"*).

De todo lo anterior se puede concluir que en el marco de la Ley vigente, resulta poco probable que el establecimiento de restricciones verticales de precios (cualquiera fuere su modalidad) en mercados caracterizados por una vigorosa competencia inter-marca o su establecimiento por parte de proveedores que carecen de poder mercado, merezcan algún cuestionamiento. Ello, porque en aplicación de la

²⁰ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión. "Directrices relativas a las restricciones verticales" (2000/C 291/01). Parágrafo 47.

“regla de la razón” es muy poco probable (si finalmente existe alguna probabilidad) de que estos acuerdos puedan ser sancionados.

Sin embargo, en mercados con características oligopólicas o con un reducido nivel de competencia inter-marca (es decir, en los que no existe competencia importante de otras marcas distintas a la de la empresa dominante), existe un riesgo mayor de que el establecimiento de tales restricciones por parte de proveedores con posición de dominio puede resultar en serios cuestionamientos en aplicación de la ley.

7. CONCLUSIÓN.

Quizás la conclusión central de este artículo sea que la problemática de la sugerencia o fijación de precios de reventa ha generado una “sobre acción” de las autoridades de competencia en varios países del mundo. Esta forma de reaccionar no sólo implica consumir recursos en investigaciones y sanciones de conductas que no generan perjuicios, sino el desincentivo a que las empresas adopten estrategias que pueden beneficiar a los consumidores. Con ello la acción de las autoridades estará reduciendo el bienestar social, precisamente el efecto contrario que se persigue alcanzar.

Como hemos visto el impacto en competencia de las restricciones verticales depende fundamentalmente del grado de competencia inter-marca existente por la competencia con marcas o productos de otros proveedores o, lo que es lo mismo, del grado de poder de mercado de la empresa que las implementa. Esto significa que a mayor competencia inter-marca, menor será la probabilidad de que las restricciones verticales ocasionen efectos anticompetitivos. En cambio, a menor competencia inter-marca, mayor será la probabilidad de que las restricciones verticales ocasionen un impacto negativo en la competencia. Hacer

el análisis al margen de estas consideraciones o sin darle el peso suficiente nos conducirá a resultados antagónicos con los de cualquier política de promoción de la competencia.

De acuerdo a nuestra legislación de competencia y la interpretación que de dicha legislación ha efectuado el Indecopi, las restricciones verticales no se encuentran sujetas a una regla de ilegalidad “*per se*”. La sanción de dichas prácticas está sujeta a que se produzca una afectación (real o potencial) a la competencia en el mercado; esto es, para el análisis de los casos de restricciones verticales se aplica la regla de la razón. Este es un primer paso en el sentido correcto, al eliminar en un principio cualquier posibilidad de evaluar estas prácticas o parte de ellas bajo una regla “*per se*”. Pero debemos reconocer que la jurisprudencia es bastante escasa y el pronunciamiento ambiguo respecto a si la aplicación de la regla de la razón se extiende a todo tipo de restricción vertical, o sólo a algunas de ellas. Eso es algo que la jurisprudencia de Indecopi deberá definir en el futuro.

Pero en todo caso hay que desaparecer los fantasmas y tomar decisiones en base a lo probadamente perjudicial bajo el análisis de la teoría económica. En principio no hay grandes razones para desconfiar de los acuerdos entre mayoristas y minoristas para restringirse mutuamente su libertad. Como se ha visto no existen razones para pensar que el intento de ambos de controlar el poder de mercado del otro no va a beneficiar a los consumidores. Por el contrario todo indica que dicha relación va a beneficiar a los consumidores. Sólo en circunstancias muy particulares, que parten, pero no se agotan, en la existencia de poder de mercado de quien establece la restricción o formula la sugerencia, se justifica ir más allá en un análisis detallado y preciso. Pero si no es así nos estaremos preocupando de fantasmas. Y los fantasmas no existen.