

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



Los acuerdos colusorios verticales de fijación de precios
mínimos de reventa como práctica anticompetitiva en el
sistema jurídico peruano

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho de
la Propiedad Intelectual y de la Competencia que presenta:

Carlos Raúl Beraún Mac Long

Asesor:

Hugo Ramiro Gómez Apac

Lima, 2023

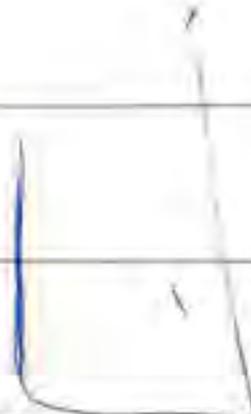
Informe de Similitud

Yo, Hugo Ramiro Gómez Apac, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis de investigación titulada "Los acuerdos colusorios verticales de fijación de precios mínimos de reventa como práctica anticompetitiva en el sistema jurídico peruano", del autor Carlos Raúl Beraún Mac Long, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 10%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 27/06/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 3 de agosto de 2023

Apellidos y nombres del asesor: Gómez Apac Hugo Ramiro		
DNI: 10419549	Firma	
ORCID: 0000-0003-0088-9666		

RESUMEN

La presente investigación tiene como objeto establecer parámetros generales que, bajo la regla de la razón, permita a los *stakeholders* (empresas y agencia de competencia) realizar una mejor ponderación entre los efectos procompetitivos y anticompetitivos que puede presentar la fijación de precios mínimos de reventa en el mercado, de tal forma que se realice una mejor toma de decisiones.

La investigación se apoya en artículos, ensayos y jurisprudencia comparada sobre el tema (método dogmático, funcional y comparado), desde la jurisprudencia y doctrina de Estados Unidos de América, la Unión Europea y los países latinoamericanos como Colombia, Brasil, Uruguay, Chile y Argentina. Ello, complementado con una encuesta dirigida a abogados y economistas en el Perú especialistas en Libre Competencia.

Las conclusiones de la presente tesis permiten evidenciar que la ausencia de criterios generales es un factor importante que explica la razón por la que no han existido casos sobre fijación de precios mínimos de reventa. En ese sentido, la investigación concluye estableciendo parámetros para que la agencia de competencia peruana: (i) determine la existencia de indicios razonables que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador (tres niveles de análisis más factores adicionales); y, (ii) pueda determinar si la práctica es sancionable.

A la par, estos criterios también se presentan a modo de matriz de riesgos, a fin de que sean implementados por las empresas en sus respectivos programas de cumplimiento normativo en Libre Competencia.

Palabras clave: libre competencia, acuerdos colusorios verticales, fijación de precio mínimo de reventa, regla *per se*, regla de la razón, restricciones verticales, programa de cumplimiento normativo, acuerdos anticompetitivos, mercados, *free riding*.

ABSTRACT

The purpose of this research is to establish some general parameters, under the rule of reason, in a way that stakeholders (companies and the Peruvian competition agency) can carry out a better weighing between the pro-competitive and anti-competitive effects of resale price maintenance. This could improve the decision-making in those cases.

The research is based on articles, essays and jurisprudence (dogmatic, functional and comparative methods) from USA, European Unión and Latin American countries such as Colombia, Brazil, Uruguay, Chile and Argentina. This is complemented by a survey addressed to lawyers and economists in Peru specialized in antitrust law.

The conclusion of this thesis shows that the absence of a general criteria is an important factor that explains why there were zero cases regarding resale price maintenance. In this sense, this investigation establishes suitable parameters so that the Peruvian competition agency: (i) can assess the existence of some evidence that justify the initiation of a procedure (three levels of analysis and plus factors); and (ii) can determine if RPM is an illegal practice in each case.

At the same time, these criteria are also presented as a risk matrix in a way that firms can implement it in their antitrust compliance programs.

Key words: Antitrust law, vertical agreements, resale price maintenance, *per se* rule, rule of reason, compliance programs, anticompetitive conducts, market, *free riding*.

ÍNDICE

	Pág.
Carátula	
Resumen	
Índice	
Introducción	1
CAPÍTULO I	4
ACUERDOS COLUSORIOS VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS MÍNIMOS DE REVENTA COMO CONDUCTA ANTICOMPETITIVA	
1. Conceptos básicos	4
1.1. Acuerdos verticales e integración vertical	4
1.2. Acuerdos colusorios verticales y acuerdos colusorios horizontales	7
2. La regla <i>per se</i> y la regla de la razón	9
2.1 Definición de la regla <i>per se</i> y la regla de la razón	9
2.2 Vicisitudes a lo largo de la jurisprudencia norteamericana	13
3. La fijación de precios mínimos de reventa (RPM)	17
3.1 Nociones básicas	17
3.2 Desarrollo histórico en la jurisprudencia norteamericana	18
3.2.1 Aparición de la RPM en el siglo XIX	18
3.2.2 Surgimiento del antitrust norteamericano	22
3.2.3 De la regla <i>per se</i> a la regla de la razón	25
4. Importación al sistema jurídico peruano en materia de Libre Competencia	31
CAPÍTULO II	38
LOS ELEMENTOS PROCOMPETITIVOS Y ANTICOMPETITIVOS DE LOS ACUERDOS COLUSORIOS VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS MÍNIMOS DE REVENTA	

1.	Elementos procompetitivos	40
1.1	Combatir el <i>Free Riding</i>	40
1.2.	Incentivar el ingreso a nuevos productos o zonas geográficas	46
1.3.	Certificación de la calidad a través de la marca	49
1.4.	Inversiones específicas	51
2.	Elementos anticompetitivos	55
2.1.	Facilitación a la colusión	55
2.2	Minimiza la atracción de distribuidores eficientes con estrategias de precios bajos (efecto exclusorio aguas abajo)	59
2.3	Bloquea el acceso a los competidores del fabricante al canal de distribución o comercialización (efecto exclusorio aguas arriba)	61
2.4.	Restringe a la competencia intramarca sobre precios	64
3.	Elementos mixtos (<i>Cream Skimming</i>)	65
	CAPÍTULO III	67
	HACIA UNA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE LOS EFECTOS GENERADOS POR LOS ACUERDOS COLUSORIOS VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS MÍNIMOS DE REVENTA	
1.	La agenda pendiente luego del caso <i>Leegin</i> : ausencia de criterios	67
2.	Los intentos de establecer algunos parámetros: análisis comparado	75
3.	Delimitando los criterios generales de evaluación a la luz de la regla de la razón	102
	CONCLUSIONES	112
	BIBLIOGRAFÍA	117
	ANEXOS	125

INTRODUCCIÓN

La dinámica actual del mercado y de la industria demanda cada vez más que las empresas desintegren verticalmente la distribución y comercialización de los productos que elaboran, con la finalidad de lograr una mayor eficiencia en sus procesos productivos y posicionarse en el mercado. Sin embargo, ello trae como consecuencia que la decisión del precio final de venta del producto ya no recaiga en las empresas fabricantes sino en aquellas que operan aguas abajo, en el segmento de distribución, comercialización mayorista y/o minorista, generando una competencia en dicho sector.

Ante esto, las empresas fabricantes muchas veces acuerdan con los agentes aguas abajo (distribuidores, mayoristas o minoristas, indistintamente) el establecimiento de un precio mínimo de reventa (en adelante, RPM o fijación de precio mínimo de reventa), conducta que si bien podría significar un perjuicio al consumidor final al restringir la competencia (intramarca) en cuanto al precio (efectos anticompetitivos), esto también podría conllevar una serie de beneficios para el proceso competitivo (efectos procompetitivos).

Sin embargo, la agencia de competencia peruana no cuenta con parámetros generales o una regla *de minimis* que permita realizar esta ponderación adecuadamente. A la fecha de elaboración de la presente investigación, la agencia de competencia peruana no ha fijado criterio de evaluación alguno sobre la RPM.

El problema no es menor, pues ciertamente no es fácil establecer un parámetro general. Por ejemplo, se suele encontrar abundantes *papers* en los que se afirma que el problema de *free riding* justifica por sí mismo establecer una RPM. Esto evidencia un sesgo en el análisis que otorga un mayor valor a los efectos procompetitivos (el *free riding*) de manera abstracta pese a que, en determinados casos, dicho problema no es de tal magnitud. Es importante determinar si, en efecto, los efectos procompetitivos constituyen una verdadera justificación o si, por el contrario, es empleado como una “mascara” para ocultar una práctica restrictiva.

Por todo ello, es necesario contar con ciertos criterios básicos que permita tanto a los agentes económicos (a fin de aplicar un programa de *compliance*, por ejemplo) como a la agencia de competencia peruana (a efectos de realizar investigaciones preliminares o del análisis del caso en un procedimiento administrativo) estimar los beneficios y

perjuicios de los acuerdos colusorios verticales sobre fijación de precios mínimos de reventa. De esta manera, se podrá dimensionar en cada caso en particular si es que, bajo la regla de la razón, tal conducta debe ser sancionada o no.

Esto resulta aún más relevante en el contexto actual, puesto que una de las observaciones que en el 2018 realizó al Perú la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) junto con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en el examen inter-pares sobre Derecho y Política de Competencia se centró en destacar la nula intervención a las conductas de abuso de posición de dominio y de acuerdos colusorios verticales, formas de conductas anticompetitivas en donde se insertaría la RPM como modalidad. Es por ello por lo que se recomendó destinar mayores recursos para investigar más este tipo de conductas, algo que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) como agencia de competencia está empezado a impulsar.

Por tales razones, la presente tesis tiene por objetivo determinar las principales razones por las cuáles los acuerdos colusorios verticales de fijación de precios mínimos de reventa generan problemas relevantes para el proceso competitivo. Ello sin dejar de lado cuáles son los beneficios para el proceso competitivo que usualmente pueden encontrarse en esta práctica. Solo de esta manera, mostrando “todas las cartas sobre la mesa”, se podrá empezar a construir pautas generales de cómo analizar los efectos, reales o potenciales, de los acuerdos colusorios verticales de fijación de precios mínimos de reventa.

Tales objetivos parten de la hipótesis de esta investigación de que la nula intervención pública de los acuerdos colusorios verticales de fijación de precios mínimos de reventa desde la perspectiva de la Libre Competencia se debe a la ausencia de parámetros generales de la regla de la razón (o prohibición relativa) para este tipo de prácticas comerciales.

Y es que a partir del caso *Leegin* (2007) en Estados Unidos de América, caso que ha marcado un hito en el derecho antitrust, la fijación de precios mínimos de reventa ha pasado de ser una conducta sancionable *per se* a ser evaluada a la luz de la regla de la razón. Ello no fue ajeno al sistema jurídico peruano, pues en tal contexto (2008), entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Esta norma introdujo legislativamente la regla de la razón (prohibición relativa) y la regla *per se* (prohibición absoluta) aplicando esta última únicamente a

“carteles duros”, mientras que la regla de la razón aplica al resto de conductas (incluyendo la fijación de precios mínimos de reventa). Indudablemente, dicha importación jurídica es de inspiración norteamericana.

Sin embargo, esta importación no trajo consigo parámetros de evaluación en concreto para este tipo de prácticas. Incluso, el caso *Leegin* no estableció parámetro o metodología alguna de cómo evaluar y ponderar los efectos anticompetitivos con los procompetitivos, admitiendo que “era necesario” establecer parámetros generales para evaluar este tipo de conductas.

La primera parte del trabajo consistirá en establecer el marco teórico utilizando el método dogmático que permitirá tener un panorama general de las reglas *per se* y de la razón y su vinculación con los acuerdos colusorios verticales de fijación de precios mínimos de reventa, abordando el desarrollo histórico de la casuística norteamericana sobre la materia. Esta parte permitirá tener un conocimiento cabal de la práctica desde la perspectiva de la Libre Competencia y de los fundamentos por los que se estableció determinada regla de evaluación.

En la segunda parte del trabajo se emplearán el método funcional y el Análisis Económico de Derecho, con la finalidad de evidenciar cada uno de los elementos positivos para el proceso competitivo de este tipo de acuerdos (solucionar fallas de mercado como el *free riding* y la doble marginalización), así como las situaciones anticompetitivas que puede generar (facilitación de un cartel de precios o monopolización del productor).

En la tercera parte del trabajo, se evidenciará la problemática generada luego del caso *Leegin* y como ha sido abordada en algunas jurisdicciones. También se tomará como referencia otros casos nacionales en los que se haya aplicado la regla de la razón (prohibición relativa). En ese sentido, se utilizará el método funcional y comparado, a fin de proponer las pautas generales en el análisis de casos sobre acuerdos colusorios verticales de fijación de precios mínimos de reventa.

CAPITULO I

ACUERDOS COLUSORIOS VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS MÍNIMOS DE REVENTA COMO CONDUCTA ANTICOMPETITIVA

1. Conceptos básicos

El presente capítulo busca abordar los acuerdos colusorios verticales de fijación de precios mínimos de reventa vista como una conducta anticompetitiva. Para dicho fin, resulta necesario abordar previamente algunos conceptos básicos y entender cuál es la lógica desde el punto de vista económico y jurídico de cada uno de estos conceptos. De esta manera se tocan conceptos desde los más generales como los acuerdos verticales y la integración vertical (arista económica), pasando por las restricciones verticales (arista económica y jurídica) hasta llegar a conceptos en materia de libre competencia como los acuerdos colusorios verticales y horizontales (arista jurídica).

Estos conceptos básicos son fundamentales para poder entender mejor el siguiente subcapítulo y el peso relativo que los acuerdos colusorios verticales tienen dentro del mundo de la libre competencia.

1.1 Acuerdos verticales e integración vertical

Las empresas fabricantes tienen dos opciones para organizarse en función a la forma en que colocarán sus productos en el mercado: la integración vertical o los acuerdos verticales.

Como bien señala Hahn (2006) en su obra “Antitrust Policy and Vertical Restraints”, los acuerdos verticales pueden ser definidos como toda transacción o acuerdo comercial entre empresas o agentes económicos¹ que operan en diferentes niveles de la cadena

¹ En adelante, se empleará como sinónimos los términos “empresas” y “agentes económicos” para fines de simplificar, siendo consciente que en estricto no son equivalentes. El término “agentes económicos” es el más preciso al ser omnicomprendido de toda aquella persona, natural o jurídica, de derecho público o privado, formal o informal, que concurre en el mercado ofertando o demandando productos o servicios. En cambio, el término “empresas” se limita a ciertos agentes económicos que ofertan productos y servicios (ver Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI numerales 35 y 36). Por ejemplo, el Estado, sin necesariamente realizar actividad empresarial (ofertando productos y

productiva, por ejemplo, entre un fabricante y un distribuidor, un distribuidor y un comercializador mayorista o entre un comercializador mayorista y un minorista, entre otros. Estos acuerdos generan que el productor o fabricante tercerice la colocación y venta de sus productos a otros agentes económicos y, en principio, pierden el control total de sus productos que tendrían si es que decidieran participar en toda la cadena de producción. Es por ello por lo que se dice que las relaciones entre estos agentes económicos son más complejas que entre el comercializador y el consumidor final: este último suele limitarse a consumir el producto, pero los consumidores intermedios (comercializadores) transforman el producto o le brindan un valor agregado.

Esto involucra que las empresas aguas abajo²³ tomen decisiones (como el precio final, publicidad y promociones, descuentos, entre otros) luego de que el fabricante u otra empresa aguas arriba le venda el producto. Como bien menciona Tirole en su obra "The Theory of Industrial Organization" (1988), esto podría afectar las ganancias del fabricante o empresa aguas arriba por lo que tiene todos los incentivos para controlar aspectos que van desde el precio final de venta al público, las áreas geográficas en

servicios en el mercado), sí podría calificar como agente económico al momento de realizar adquisiciones como un consumidor (por ejemplo, cuando el área de logística de un Ministerio adquiere útiles escolares o cuando EsSalud adquiere equipos médicos o productos farmacéuticos).

² El término "aguas abajo" (*downstream*) refiere a aquel sector de la cadena productiva más cercana a la parte baja donde están los consumidores finales (por ejemplo, los vendedores mayoristas y minoristas con respecto a los distribuidores y el fabricante) mientras que "aguas arriba" (*upstream*) hace referencia a la parte alta (por ejemplo, el fabricante con respecto a los distribuidores y los comercializadores). Tales términos son utilizados comúnmente en la literatura económica, bajo la metáfora de que la cadena de producción puede ser graficada como un río que parte de una montaña y desemboca en el mar: el mercado aguas abajo sería aquel más cercano al mar (que representaría a los consumidores), mientras que el mercado aguas arriba con se ubica en la parte más cercana a la montaña (que representaría al fabricante o productor).

³ Para fines de simplificar los ejemplos, se hará referencia a aguas abajo para dar cuenta de la contraparte de los productores o fabricantes (es decir, los distribuidores o comercializadores. Ello no implica desconocer que las situaciones descritas también podrían darse aguas arriba, por ejemplo, entre un productor y una empresa que le suministra insumos.

donde las empresas aguas abajo distribuirán o comercializarán los productos hasta las especificaciones del producto.

Es por ello que los productores o fabricantes, cuando ostentan mayor poder de negociación, suelen incluir restricciones en los acuerdos verticales (restricciones verticales) que limitan los aspectos competitivos antes señalados. De esta manera, el tercero sigue manteniendo su independencia frente al productor, pero se encuentra limitado en algunos aspectos de su estrategia competitiva referida a la venta de los productos de dicho fabricante. Desde una perspectiva de libre competencia esto se conoce como acuerdos colusorios verticales.

Por otro lado, la integración vertical refiere cuando el fabricante decide operar en varios eslabones de la cadena productiva, no limitándose a la elaboración, manufactura o fabricación. Ello concuerda con la definición ensayada por Tamayo y Piñeros (2007):

Por integración vertical se entiende la incorporación, en la acción productiva de la empresa, de nuevas actividades complementarias relacionadas con el bien o el servicio, tanto por encima de la cadena (upstream) como por debajo de la cadena (downstream), con el fin de lograr eficiencias productivas asociadas a la disminución en los costos de producción y de transacción, al control de suministros y la mayor calidad del bien o servicio para el consumidor final. (p. 33)

Dependiendo de la organización societaria, puede que la empresa concorra directamente, tanto en la distribución y comercialización de sus productos, o lo haga mediante una empresa del mismo grupo económico al que pertenece. La integración vertical, al igual que los acuerdos colusorios verticales, tienen la característica de que el productor no perderá el control total sobre las condiciones de comercialización de sus productos.

La decisión de si es más conveniente una integración vertical o un acuerdo vertical depende de varios factores, por lo que ninguno es mejor o peor. Así, Coase (1937) en su obra "The Nature of the Firm" ha señalado que muchas veces resulta sumamente costoso utilizar el mercado (de ahí deriva el término "costos de transacción"), por lo que una forma de minimizar dichos costos es internalizarlos como parte de su propio proceso

productivo: en vez de negociar con varias empresas la distribución y venta de sus productos, integra verticalmente dichas actividades en su propia empresa. Sin embargo, ello puede conllevar una inversión importante que no todo empresario puede ni desea llevar a cabo, además de los riesgos que ello puede conllevar.

Las ventajas de que la distribución y comercialización sean realizados por otras empresas está en que permite al fabricante concentrar sus recursos en la producción (mejoras tecnológicas, incremento en capacidad instalada, etc) o porque les permite suplir la carencia de *know how* o experiencia previa los otros eslabones de la cadena productiva. Por tales razones, lo más común es que las empresas nuevas entren al mercado empleando acuerdos verticales para la comercialización de sus productos, a fin de evitar los riesgos antes señalados.

En cambio, la integración vertical suele suceder cuando el fabricante ya se encuentra posicionada en el mercado (creando empresas subsidiarias) o cuando se concentra con una o más empresas aguas abajo (por ejemplo, adquiriendo el control empresarial con la compra de acciones), usualmente con el objetivo de generar mayores sinergias en la distribución y/o comercialización de sus productos como, por ejemplo, economías de escala⁴ o reducción en los costos de transacción. En este escenario, por ejemplo, la empresa mantendría el control sobre los precios de venta al público.

1.2 Acuerdos colusorios verticales y acuerdos colusorios horizontales

Hemos señalado que la característica principal de un acuerdo vertical implica que dos o más agentes económicos que celebran un acuerdo operan en diferentes niveles de la cadena productiva (por ejemplo, productos y distribuidor). En cambio, los acuerdos horizontales son aquellos en donde empresas competidoras (operan en el mismo nivel de la cadena productiva) establecen condiciones comerciales o de otra índole a través de acuerdos.

Si tratamos de buscar un tipo de conducta que mejor represente y grafique la preocupación primordial del derecho antitrust, este sería el acuerdo sobre precios entre competidores. El acuerdo colusorio horizontal o cartel de precios es la forma más directa

⁴ Cuando el costo unitario de producción se va reduciendo cuantos más bienes se produzcan.

de dejar de competir y que las empresas maximicen sus beneficios, generando en la práctica el mismo efecto que un monopolista y perjudicando a los consumidores. Estevan de Quesada (2013) afirmó lo siguiente:

Por ejemplo, las empresas oligopolistas podrían llegar a un acuerdo sobre el precio común que fijarían todas ellas en sus operaciones en el mercado, precio que sería superior al precio que se daría en un mercado competitivo y que podría llegar incluso al precio monopolístico, similar al que impondría un único operador que actuara solo en el mercado (p. 45).

Existe un consenso casi unánime en que los acuerdos colusorios horizontales sobre precios siempre generarán un problema al proceso competitivo, perjudicando el bienestar de los consumidores. Por eso, estas conductas son identificadas por Estevan de Quesada (2013) como “las más dañinas para la competencia”. En esa misma línea lo pone de manifiesto Bork (2003) al indicar lo siguiente:

Los acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercado han estado entre las principales preocupaciones de la Sherman Act⁵ desde su publicación. Las Cortes son usualmente representadas como vacilantes por un tiempo y luego como establecidas sobre reglas empresariales de ilegalidad para tales acuerdos. La fijación de precios y el reparto de mercado están, de hecho, calificados frecuentemente como ofensas "hard core" o per se cuyos estatus legales, contrastados con otras prácticas y acuerdos cognoscibles por las leyes materia antitrust, son tan certeros y conocidos de manera que justifican el uso de procesos y sanciones criminales. (p. 20) (nota al pie añadido)

⁵ Esta es la norma en materia de libre competencia más prestigiosa y estudiada a nivel internacional, así como una de las más antiguas aún vigentes a la fecha en el mundo. En otros apartados, referiremos a esta norma y su aplicación por las cortes norteamericanas.

No todos los acuerdos colusorios horizontales son tratados con la misma severidad. Son los *hard core cartels* aquellos a los que se suele referir como los más nocivos para la competencia. Los *hard core cartels* son cuatro (4) tipos de conductas: fijación de condiciones comerciales (precio o calidad, por ejemplo); restricción o limitación de la oferta; reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; y las licitaciones colusorias. En buena cuenta, los *hard core cartels* son la principal preocupación que suelen tener las autoridades de competencia a nivel global. He ahí la explicación de porque la mayoría de las jurisdicciones, incluyendo el Perú, emplean gran parte de sus recursos y esfuerzos en detectar y sancionar estas prácticas.

Las últimas tendencias en esta materia refieren a la dificultad en detectar estas prácticas y sancionarlas. Por ello, los foros internacionales como aquellos organizados por la OECD, el Banco Mundial o el BID, se centran en promover experiencias y mecanismos⁶ para detectar y sancionar los *hard core cartels*: por un lado, la delación compensada o clemencia, así como programas de recompensas, permiten una mayor detección y desarticulación de los carteles junto con unas mayores facultades y recursos para realizar visitas inspectivas y recopilar información; ello, acompañado de sanciones más severas para este tipo de conductas, son algunas de las recetas propuestas para enfrentar a los carteles en la actualidad.

Esto contrasta fuertemente con la sanción o prevención de los acuerdos verticales en general, y aquellos referidos con la fijación de precios mínimos de venta en específico. Los acuerdos verticales en general suelen ser vistos como una práctica que, a diferencia de los acuerdos horizontales, no hay evidencia que la mayoría de las veces genere un impacto significativamente negativo a la competencia y los consumidores. Esta característica hace que no haya un consenso general, como sí lo hay para los *hard core cartels*, respecto a la regla de evaluación que debería aplicarse a los acuerdos verticales como veremos a continuación.

2. La regla *per se* y la regla de la razón

2.1 Definición de la regla *per se* y la regla de la razón

⁶ Ver <http://www.oecd.org/daf/competition/roundtables.htm> (última visita: 1 de julio de 2017)

La regla de prohibición absoluta o regla *per se* cómo se conoce en el ordenamiento jurídico norteamericano, consiste en analizar determinadas prácticas comerciales como conductas anticompetitivas prohibidas bajo cualquier circunstancia. Como afirma Gagliuffi (2011), la regla *per se* puede ser descrita de la siguiente forma:

Según la regla *per se* algunos acuerdos anticompetitivos deben considerarse ilegales por sí mismos, de manera objetiva, absoluta y automática, sin importar su idoneidad o no, o si produjeron o no efectos perjudiciales en el mercado, motivo por el cual siempre serán sancionables. En otras palabras, bajo la regla *per se* ciertos acuerdos anticompetitivos en la modalidad de, por ejemplo, concertación de precios, revisten un carácter ilegal inherente debido a que no puede esperarse del mismo efecto beneficioso alguno, sino únicamente perjuicios para la competencia. Por este motivo, la autoridad de competencia puede prescindir de cualquier evaluación sobre su idoneidad o no, lo que equivale a descartar argumentos o medios probatorios de la defensa, destinados a justificar el acuerdo en virtud a su razonabilidad u otros criterios. (p. 153)

Este es el caso de los *hard core cartels* en la mayoría de las jurisdicciones. Así, las empresas conformantes del cartel no tienen posibilidad de justificar ante la autoridad la realización de esta conducta. Justificaciones que pueden parecer o ser razonables como “el acuerdo de precios benefició a los consumidores pues el precio se redujo”, “el acuerdo de precios no se ejecutó pues pocas empresas la cumplieron”, “era necesario considerando que de otra forma nuestra empresa saldría del mercado”, entre otros, no son admitidos. La idea detrás de esta regla es que se juzgan todas aquellas conductas que difícilmente tendrán algún beneficio para el bienestar social y el interés público; más bien, representan aquellas prácticas que son más nocivas para el proceso competitivo y los consumidores.

Esa fue la tendencia en la mayoría de los casos, salvo algunas contadas excepciones en los primeros años de vigencia de la Sherman Act en donde “coquetearon con la idea de permitir los acuerdos de precios, si es que fueron fijados de forma “razonable”⁷. Para

⁷ En el caso *Addystone Pipe & Steel* se esbozó tímidamente esa posibilidad.

entender mejor la aplicación de esta regla, veamos un ejemplo. En el caso *Socony Vacuum Oil* (1940), la corte rechazó la defensa basada en la razonabilidad de los precios acordados, así como la argumentación de que en este tipo de conductas resulta importante el poder de mercado de los involucrados. La corte fue categórica en este último punto: no importa el poder de mercado ni la capacidad de las empresas de controlar el precio, bastando el propósito ilegal del acuerdo de precios entre competidores. Los típicos casos de estudio como *Trans-Missouri Freight Association*, *American Tobacco* y *Standard Oil* fueron los primeros sobre acuerdo de precios entre competidores en el derecho norteamericano y desde entonces las cortes en dicha jurisdicción han sido sumamente estrictas en la aplicación de la regla *per se* en este tipo de casos.

En el derecho comunitario europeo se sigue la misma tendencia. Los casos son múltiples. Podemos mencionar los casos del polipropileno (1986), vidrio templado italiano (1990), el PVC (1990), entre otros. La Comisión Europea interpreta el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)⁸ en el sentido de que los acuerdos sobre precios son anticompetitivos por el objeto: es decir, su única finalidad es restringir la competencia, por lo que no requiere probar que tiene efectos anticompetitivos.

El repudio a los acuerdos entre competidores puede evidenciarse claramente en esta cita del Juez Stone en el caso *Trenton Potteries* (1927), caso paradigmático que perfila la regla *per se*, al indicar que el solo hecho de contar con el poder de controlar los precios ya es suficiente para eliminar la competencia:

The aim and result of every price-fixing agreement, if effective, is the elimination of one form of competition. **The power to fix prices, whether reasonably exercised or not, involves power to control the market and to fix arbitrary and unreasonable prices.** The reasonable price fixed today may through economic and business changes become the unreasonable price of tomorrow.

⁸ Esta es la norma que contiene los artículos 101 (acuerdos anticompetitivos) y 102 (abuso de posición de dominio) referidos a la sanción de conductas anticompetitivas y es aplicable tanto a nivel comunitario europeo como a nivel nacional en cada uno de los países miembros de la Unión Europea.

Once established, it may be maintained unchanged because of the absence of competition secured by the agreement for a price reasonable when fixed. Agreements which create such potential power may well be held to be in themselves unreasonable or unlawful restraints, without the necessity of minute inquiry whether a particular price is reasonable or unreasonable as fixed and without placing on the government in enforcing the Sherman Law the burden of ascertaining from day to day whether it has become unreasonable through the mere variation of economic conditions. Moreover, in the absence of express legislation requiring it, we should hesitate to adopt a construction making the difference between legal and illegal conduct in the field of business relations depend upon so uncertain a test as whether prices are reasonable - a determination which can be satisfactorily made only after a complete survey of our economic organization and a choice between rival philosophies. (p. 273) (énfasis agregado)

Desde el punto de vista económico, existen posturas encontradas con sancionar *per se* un acuerdo de precios entre competidores. Los que sostienen que debería permitirse justificar dicho acuerdo (regla de la razón) argumentan que, si este es llevado a cabo por agentes que en su conjunto no ostentan poder de mercado, la fijación de precios no tendrá impacto alguno en el mercado. Esta afirmación se basa en que un acuerdo semejante no tendría la capacidad de disminuir la oferta, pues los otros agentes que no conformen el cartel aumentarán su oferta en respuesta no generándose un incremento de precios⁹. Asimismo, también se sostiene que, ante la falta de poder de mercado, un incremento de precios generaría que los consumidores prefieran a otros agentes,

⁹ Además, deben reunir ciertas características para que el cartel sea viable como la existencia de pocos competidores (mercado concentrado), los productos son homogéneos, simetría entre los competidores, barreras a la entrada, transparencia en los precios y calidad de los productos y una forma eficaz de fiscalizar el incumplimiento del acuerdo. La existencia de un gremio en el sector también es un factor que puede facilitar la formación de un cartel. Caso contrario, podría producirse la “traición” del cartel por parte de alguno o varios de sus miembros, autodestruyéndose.

incentivando que nuevas empresas entren al mercado o, al menos, que los competidores existentes incrementen su producción en respuesta.

Pese a lo anterior, la mayoría de las jurisdicciones contemplan como política pública la sanción de este tipo de acuerdos bajo la regla *per se*, pues las situaciones descritas anteriormente ocurren muy rara vez¹⁰. En cambio, este tipo de acuerdos casi siempre generan un impacto negativo y significativo sobre el mercado y los consumidores.

En cambio, la regla de prohibición relativa o regla de la razón implica juzgar determinadas prácticas que, si bien restringen a la competencia, se requiere evaluar la magnitud de esta restricción y su idoneidad para producir efectos negativos, a fin de determinar su ilegalidad o no. A diferencia de la regla *per se*, no basta que la autoridad de competencia acredite la existencia de la práctica, sino que se deben poner sobre la balanza todos los posibles efectos negativos, así como los posibles efectos positivos que la práctica es capaz de generar en la competencia y los consumidores (Gellhorn y Kovacic, 1994). Ello implica que las empresas involucradas sí tienen un espacio para argumentar que la referida práctica cuestionada presenta elementos justificables, aportando los medios probatorios y explicaciones pertinentes.

Para entender mejor el origen y las vicisitudes de ambas reglas, abordaremos cómo se desarrollaron en la jurisprudencia norteamericana, lugar de donde se importaron ambas reglas.

2.2 Vicisitudes a lo largo de la jurisprudencia norteamericana

La Sherman Act es la norma que da origen propiamente al derecho de la libre competencia en Estados Unidos de América. Esta norma surgió en 1890 con la finalidad de combatir los monopolios y carteles imperantes en la industria norteamericana de esa época. Los grandes grupos de poder controlaban los principales servicios como el transporte ferroviario, el petróleo, la banca, entre otros a través de esta figura anglosajona denominada “trust” (Galán, 1967)¹¹. Los *trust* permiten que determinadas empresas (por

¹⁰ Ello sin perjuicio de que algunas jurisdicciones regulan exenciones para determinados sectores o situaciones particulares.

¹¹ De ahí que surge el término “antitrust”: la norma pretendía desbaratar estas figuras para salvaguardar la competencia en el mercado. El trust es un pacto mediante una empresa o

ejemplo, la empresa ferroviaria “A”) puedan controlar a su competidor (por ejemplo, la empresa ferroviaria “B”) administrándola en su beneficio y generando una concentración de poder económico.

Esta norma tiene dos artículos. El primero, prohibiendo cualquier tipo de acuerdo, *trust* o concertación entre empresas que restrinjan el comercio: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal” (Sherman Act, secc. 1).

El segundo prohíbe la monopolización del mercado:

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. (Sherman Act, secc. 2, p. 1)

Estas dos prohibiciones son bastante generales y, como es propio del sistema legal anglosajón, son las cortes y tribunales quienes establecen las reglas y conductas que calzan dentro de estas dos prohibiciones¹². En ese contexto, la regla *per se* y la regla de la razón surgieron como criterios de evaluación aplicados por los jueces y magistrados norteamericanos en cada caso.

Los primeros casos generaron en los jueces la aplicación literal de la Sherman Act bajo el entendido de que la norma no establece expresamente un estándar de evaluación de los acuerdos restrictivos de la competencia. Así, basta que se trate de un acuerdo que

persona adquiere la propiedad de otra empresa; sin embargo, la particularidad de esta figura es que el nuevo propietario no la gestiona en interés propio, sino que la administra en interés de un beneficiario (por ejemplo, los anteriores propietarios).

¹² A tal punto, que la Sherman Act no establece cuál es el objetivo de la norma: proteger a las pequeñas empresas, a los consumidores, a los competidores afectados o al mercado en su conjunto. Este objetivo ha ido cambiando en el tiempo sobre la base de los criterios jurisprudenciales y doctrinales en la materia.

restrinja o afecte el comercio -independientemente de su magnitud o si presenta elementos pro competitivos- para que sea ilegal. El famoso juez Brandeis criticó esta aproximación señalando que prácticamente todos los acuerdos comerciales pueden restringir el comercio¹³. Sin embargo, fue el juez White quién firmemente defendió el análisis de razonabilidad de estas prácticas, propio del *common law* conciliándola con la propia Sherman Act. Aunque, como bien dice Bork (2003, p.37), sobre la base de los aportes anteriores del juez Peckham (restricciones directas y restricciones indirectas) y del juez Taft (restricciones accesorias y no accesorias).

Estas críticas a la aproximación literal generaron que la Corte Suprema norteamericana¹⁴ estatuyera la regla de la razón. Los jueces permitían que los acusados justificaran la realización de estas prácticas, así como las circunstancias que las rodean.

Así quedó patentada la siguiente frase del caso American Tobacco: “The Antitrust Act must have a reasonable construction as there can scarcely be any agreement or contract among businessmen that does not directly or indirectly affect and possibly restrain commerce”.

Así, el análisis de razonabilidad determinaba la ilicitud de una práctica cuando:

- A. Tenía una naturaleza inherentemente restrictiva (concepto *per se*);
- B. Tenía un efecto inherentemente anticompetitivo (por ejemplo, por el poder de mercado que ostentaba); o,
- C. Si tenía un propósito anticompetitivo derivado de los males atribuidos en ese entonces al monopolio.

Este análisis de razonabilidad surgió de la interpretación que el juez White había realizado del *common law* referido a los monopolios, tanto del Reino Unido como de los Estados Unidos de América (Bork, 2003, p. 35). Este se asociaba a “cualquier acto que produzca un daño resultante de las concesiones de monopolios de la corona. Entonces

¹³ “Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence...”. Chicago Board of Trade vs. United States of America, 1911.

¹⁴ En los casos Standard Oil Co. vs United States of America y United States of America vs. American Tobacco (1911), donde el juez White estatuyó dicha regla.

creció el “miedo a las consecuencias malignas que pueden surgir de los actos de los individuos que producen o tienden a producir las consecuencias del monopolio.” (Bork, Op. Cit, p. 35). Estos “miedos a las consecuencias malignas de los monopolios” referían al poder concedido al monopolista de fijar los precios, limitar la oferta o el deterioro de la calidad.

Sin embargo, la regla de la razón en esta etapa inicial cedió protagonismo en algunos casos a la regla *per se*. En concreto, los casos Trenton Potteries (1927) y Soccon Vaccuny (1940) generaron precedentes que dotaban de nuevos bríos a la regla *per se* aplicada inicialmente con el caso Trans-Missouri (1897) y dejada de lado por la regla de la razón en los casos Standard Oil y American Tobacco. Así, los jueces aplicaban la regla *per se* a todo acuerdo de precios y reparto de mercados (sin distinción si eran acuerdos verticales u horizontales), así como a conductas que buscaban excluir a competidores, siempre y cuando se probara que la acusada tenía un elevado poder de mercado. Para el resto de las prácticas, se aplicaba la regla de la razón.

Esta confianza renovada de los jueces por la regla *per se* ya no se basaba en la literalidad de la Sherman Act. Así, las cortes se ahorraban los costos que implicaban (para los jueces y las partes) analizar los efectos de la conducta en el mercado, en aquellos casos en los que la práctica en cuestión evidenciaba una grave afectación. De particular importancia para el derecho de la competencia es el caso Trenton Potteries siendo que marcó la pauta de que los acuerdos de precios deben ser prohibidos siempre (regla *per se*), incluso en casos donde se demuestre mediante una regla de la razón que no genera un efecto pernicioso. Ello, pues eso ocurriría en muy pocas ocasiones.

Este enfoque cambió con la influencia de la Escuela de Chicago en la década de los 60. Así, la teoría económica de corte neoclásica respaldó el enfoque de la regla de la razón, en función a si la práctica analizada genera eficiencia en el mercado. Específicamente, de los acuerdos colusorios verticales sobre precio y reparto de mercado, que previo a este enfoque eran tratadas bajo la regla *per se*. Así, en el caso Continental TV vs. GTE Sylvania (1977), la Corte Suprema estableció que las restricciones verticales no relacionadas al precio debían ser evaluadas bajo la regla de la razón.

En buena cuenta, la tendencia actual apunta a únicamente mantener a los *hard core cartels* bajo la regla *per se*, mientras que el resto de las prácticas restrictivas de la competencia deben ser analizadas bajo la regla de la razón.

3. La fijación de precios mínimos de reventa (RPM)

3.1 Nociones básicas

En el primer subcapítulo se hizo referencia al hecho de que los productores que optan por tercerizar la distribución o comercialización de sus productos se enfrentan a una pérdida de control sobre las condiciones de comercialización (por ejemplo, el precio de venta al público), que en un escenario de integración vertical no ocurriría.

Dejando de lado la perspectiva de organización industrial y cómo afecta al productor la falta de control sobre los precios finales, lo cierto es que la desintegración vertical genera una “nueva competencia”: no solo habrá empresas que compitan aguas arriba a nivel de fabricación de productos (por ejemplo, Coca Cola vs. Pepsi en la fabricación de bebidas gasificadas o Toyota vs. Ford en la fabricación de automóviles) sino también se introduce el proceso competitivo aguas abajo entre distribuidores y/o comercializadores (por ejemplo, un determinado distribuidor de Coca Cola competirá no solo con los distribuidores de Pepsi sino también con los demás distribuidores de Coca Cola; o los supermercados y demás establecimientos competirán por la venta de ambas marcas).

Esta nueva presión competitiva en la distribución efectivamente puede verse amenazada si es que el productor busca controlar el precio final de venta. Las distribuidoras y los comercializadores verán restringida la posibilidad de competir con sus pares por el precio de los productos. Así, determinado fabricante podría ponerse de acuerdo con los distribuidores y/o comercializadores para establecer parámetros sobre el precio de venta final. Un acuerdo semejante podría contener alguna de estas opciones: a) establecer un precio determinado; b) determinar un precio máximo de venta; o c) fijar un precio mínimo de venta.

En dichas opciones, se logra un efecto similar que si la distribución y venta estuvieran integradas verticalmente: que el fabricante tenga control sobre el precio final de venta del producto. Para los efectos de esta investigación, nos centraremos en la fijación de precios mínimos de reventa (RPM) como acuerdo vertical entre el productor y las empresas aguas abajo (distribuidores y/o comercializadores).

Así, la RPM es aquel acuerdo colusorio vertical en donde el productor acuerda con los distribuidores o comercializadores que el precio de reventa no esté por debajo de un determinado umbral. A manera de ejemplo, una fabricante de motos acuerda con sus

distribuidoras de que no podrán establecer el precio final de determinado modelo por debajo de los US\$ 5 000.00.

Este esquema no solamente es posible a través de un acuerdo o práctica concertada entre el productor y el distribuidor/mayorista/minorista para vender al consumidor el producto a un precio predeterminado.

En efecto, existe dos tipos de RPM según Mercer (1998): (a) la RPM individual en donde el productor acuerda con los distribuidores y/o comerciantes minoristas el precio mínimo de reventa, pudiendo aplicar negativas de venta o boicots en caso se incumpla el acuerdo; (b) RPM colectivos, a través de asociaciones de productores (aguas arriba) y/o asociaciones de comerciantes (aguas abajo) acordando aplicar boicots en contra de competidores que revendan los productos con un precio por debajo de un umbral.

Finalmente, existen otras formas que pueden considerarse como RPM:

- Cláusulas sobre el margen de distribución
- Nivel máximo de descuentos sobre la base de un precio sugerido
- Devolución de costos promocionales en función al mantenimiento de un precio
- Vinculación del precio de reventa con los precios de reventa de los competidores
- Amenazas o medios coercitivos con relación al mantenimiento de un precio

3.2 Desarrollo histórico en la jurisprudencia norteamericana

3.2.1 Aparición de la RPM en el siglo XIX

Históricamente, la RPM apareció luego de la Revolución Industrial (desde 1882) en países como Inglaterra, Estados Unidos y Francia como un mecanismo para evitar el “exceso de competencia” sobre los precios en el contexto del surgimiento de los productos en masa (Mercer, 1998). Curiosamente, no fueron los fabricantes o productores quienes tenían un mayor interés en aplicar este tipo de condiciones aguas abajo, en este periodo inicial (Bowman, 1955). Tanto los distribuidores como los vendedores minoristas fueron los más interesados en aplicar políticas de este tipo. Así, poniendo como ejemplo el sector de productos farmacéuticos, Bowman (1955) relata que tanto en Estados Unidos de Norteamérica como en Inglaterra los distribuidores mayoristas y los minoristas tuvieron que formar asociaciones o gremios que agruparan

a la mayor parte de los empresarios de sus respectivos sectores para poder convencer a los fabricantes de las ventajas de establecer la RPM.

De otra forma, al existir tantos comerciantes minoristas dispersos, los fabricantes no tenían mayor interés de aplicar una política de precios que no necesariamente todos cumplirían, perjudicando los márgenes de ganancia que percibían por volumen de ventas. Ello encontraba explicación teniendo en cuenta que los comerciantes minoristas también producían medicamentos “caseros” que fungían de sustitutos baratos de los productos patentados por los fabricantes. Además, aún si los comerciantes minoristas acordaran aplicar una política de precios como la RPM, los productores igual tenían el rol que cumplían los comerciantes “de puerta en puerta”, quienes en esa época empezaron a aplicar descuentos de forma agresiva para ganar mercado.

En el caso particular de Estados Unidos de Norteamérica, Bowman (1955) relata que desde 1876 se introdujo la fijación de precios a nivel de venta de medicamentos mayorista. Para dicho cometido, los mayoristas formaron una asociación para frenar la “excesiva” competencia existente en dicho nivel. La fórmula empleada para adoptar un esquema de RPM fue sencilla: proponer a los productores de medicamentos que fijen un precio mayorista de reventa a cambio de pagar a los mayoristas cada cierto tiempo un porcentaje del precio inicial, siempre y cuando el precio fijado se hubiera mantenido.

Además, los productores exigieron a los mayoristas que estos se abstengan de vender productos sustitutos o copias de aquellos fabricados por los productores que acordaran el esquema de RPM propuesto. En cuanto a los minoristas, estos no tuvieron la misma suerte de contar con la “protección” de un esquema de RPM, pues los mayoristas se resistieron al darse cuenta de que ello sería impracticable por el número elevado de minoristas existentes, lo cual fue demostrado en 1880 cuando se puso en práctica y no tuvo éxito.

Es recién en 1900 que se llega a un acuerdo tripartita (productores, mayoristas y minoristas) llegando a los siguientes términos según el autor citado: (i) los distribuidores mayoristas no podrán denigrar los productos patentados de los fabricantes, (ii) los mayoristas no podrán solicitar mayores descuentos a los permitidos por los fabricantes, (iii) discontinuar la elaboración de productos sustitutos de los patentados por los fabricantes, y (iv) no se podrá vender los productos patentados a los comerciantes minoristas con descuentos agresivos. Es así que el gremio de comerciantes minoristas

de medicamentos adquirió un tremendo poder de negociación con los productores a comienzos del siglo XX.

En Inglaterra, Bowman (1955) relata que los productores de medicamentos no guardaban mucho entusiasmo de establecer los precios a nivel minorista, sobre todo las titulares de grandes marcas. Es recién con la formación de un gremio de minoristas que los productores cedieron a fijar precios de venta. Este escenario también ocurrió en Francia, según relata el autor citado. En 1886, los minoristas en Versalles acordaron no vender los productos farmacéuticos por debajo del 10% del precio sugerido por los productores.

En esa línea, Yamey citado por Bowman (1955) expresó lo siguiente:

Primero, la iniciativa de introducir la fijación de precios de reventa no provino de los productores, los cuales en su gran mayoría se resistían a dicha medida. Segundo, cuanto mayor fuera la capacidad organizativa de los comercios minoristas mayor era la posibilidad de que la resistencia inicial de los productores fuera superada. Tercero, la mayor resistencia a introducir una protección de precios provino de los propietarios de marcas reconocidas. (p. 829)¹⁵

Así, vemos que la RPM nació siendo un mecanismo de presión por parte de los mayoristas y, luego, minoristas frente al productor, a fin de asegurar los márgenes de ganancia deseados. Para lograrlo, se valieron de la plataforma que brinda los gremios o asociaciones de comerciantes, permitiendo que exista una amenaza constante de boicot por parte de los minoristas de no vender sus productos si el fabricante no accedía a este esquema de precios. Además, para que la RPM fuera exitosa se requería la colaboración de los otros productores competidores, pues de lo contrario los precios

¹⁵ Traducción libre de la siguiente cita: *“First, the initiative to introduce resale price maintenance did not come from the manufacturers, the great majority of whom were reluctant to move in the matter. Secondly, the pace at which the reluctance of manufacturers was overcome depended largely upon the strength of retail organisation. Thirdly, the most effective resistance to the introduction of protected prices came from the owners of well established brands.”*

bajos de la marca rival haría perder las ventas al productor con un esquema de precios minoristas fijados más altos.

Sin embargo, es a comienzos del siglo XX que los fabricantes o productores vieron a la RPM como un mecanismo adecuado para eliminar la competencia, haciendo que esta práctica fuera más difundida. Este esquema fue utilizado como parte de una estrategia mayor para monopolizar el mercado de producción de ciertos bienes como el whiskey, artículos domésticos o relojes (Bowman, 1955). Así, los fabricantes ofrecían a los comercializadores la RPM a cambio de comerciar con los fabricantes rivales. Son estos problemas los que generaron que el derecho antitrust empezara a mirar seriamente a la RPM como una conducta a sancionar.

Para mediados del siglo XX, era una práctica común utilizar la RPM como una estrategia de marketing. En esta época, los comerciantes minoristas tenían mayor poder de negociación a través de las asociaciones o gremios y los productores incrementaron el uso de marcas y publicidad en sus productos (Mercer, 1998). Aquí, la RPM era utilizada por los comercios minoristas para frenar la competencia de las grandes cadenas de supermercados. Los grandes supermercados empezaron a emerger en el mercado y amenazaban con quitar clientes a los minoristas sobre la base de la eficiencia productiva: un mayor poder de negociación frente a los productores, considerando la gran cantidad de ventas que generaban producto de economías de escala. En tal sentido, los grandes supermercados encontraban que el factor que les permitía competir de mejor forma con los comercios minoristas era la reducción del precio mediante descuentos y ofertas. Sin embargo, estos comercios se veían limitados de realizar descuentos a los consumidores debido al uso reiterado de la RPM.

Por ello, los grandes supermercados promovieron acciones legales en contra de la RPM e hicieron lobby a fin de que se emitiera una ley que prohibiera su uso, bajo el fundamento del “alto interés público”. Así, en 1964 se emitió la Resale Price Act en Inglaterra que prohibió el uso de la RPM salvo en los casos que se demostrara que beneficiaba al interés público, dígame los consumidores, supuesto en el cual la *Restrictive Practices Court* tenía que autorizar la realización de dicha práctica comercial. Como relata Mercer (1998), la Resale Price Act fue resistida por un importante sector del partido conservador británico, debido a que consideraban que las empresas minoristas retirarían su apoyo en otras materias importantes para el partido. Pero Mercer (1998) resalta la importancia que esta norma representó para los grandes supermercados, no solo frente a los comercios minoristas sino también frente a los

productores. El autor estima que la visión de que los grandes comercializadores (como los supermercados) repudiaban la RPM es incorrecta.

Luego surgió en Inglaterra la Resale Price Act de 1976 que tuvo como finalidad prohibir la RPM colectiva: aquella en la cual no solo participan los productores con los distribuidores o comercializadores, sino también los productores competidores. En este tipo de esquemas, no era posible argumentar ante la *Restrictive Practices Court* de que semejante acuerdo traía beneficios para la sociedad y el orden económico, por lo que tenía una prohibición *per se*.

3.2.2 Surgimiento del antitrust norteamericano

Con la entrada en vigencia de la Sherman Act en 1890, el derecho norteamericano empezó a prohibir cualquier contrato o acuerdo destinado a restringir el comercio. Esta norma dio a luz en un contexto económico y político particular. El proceso de industrialización y el surgimiento de la producción en masa hicieron que la diversificación productiva se acentuara más. Como colofón surgieron las grandes empresas que adquirieron poder económico, pues controlaban las industrias importantes y estratégicas. Entre las industrias importantes se encontraba la ferroviaria, la cual era la prueba de cuánto había avanzado la tecnología en materia de transporte y comunicaciones. Lo mismo sucedió con el telégrafo y el teléfono, inventos que fueron determinantes no solo en la economía, pues agilizaba los procesos productivos y permitían llegar a territorios de forma más rápida, sino en la vida de las personas. Como bien señala Motta (2003), esto generó el incentivo de adoptar economías de escala y economías de ámbito¹⁶, lo cual, junto con el surgimiento de nuevas formas de *marketing* y acumulación de capital por las constantes fusiones y adquisiciones de la época, se incrementó la formación de grandes empresas.

En este escenario, también se puede hablar de un proceso competitivo: el ferrocarril significó un elemento potenciador de la competencia, pues generó que empresas constituidas en territorios alejados ahora compitieran dada la reducción de distancias que trajo este medio de transporte. Las economías de escala y de alcance permitieron la reducción de los precios tal cual grafica Chandler (citado por Motta, 2003):

¹⁶ Cuando el costo unitario disminuye a raíz de la producción de dos o más bienes en conjunto.

Increasing output and overcapacity intensified competition and drove down prices. Indeed, the resulting decline of prices in manufactured goods characterized the economies of the United States and the nations of the Western Europe from the mid-1870s to the end of the century. (pp. 2-3)

Esto generó una guerra de precios entre empresas constituidas y las nuevas entrantes: los nuevos competidores tuvieron que asegurar sus ingresos para afrontar los costos fijos derivados de las inversiones que tuvieron que incurrir para entrar al mercado, viéndose forzadas a “romper” el mercado a través de precios más bajos. Sin embargo, como hemos podido ver en el anterior subcapítulo, las empresas tienden a luchar en contra de la competencia cruda a través de acuerdos, por ejemplo, del tipo de fijación concertada de precios.

En el contexto norteamericano de fines del siglo XIX los mecanismos típicos eran el cartel y el “trust”: en el primer caso se trata de una asociación y colaboración de varias empresas jurídicamente autónomas en sus decisiones pero que establecen acuerdos referidos a restringir o establecer las condiciones de competencia; mientras que en el segundo caso, una empresa asume la dirección de otras empresas, perdiendo estas su autonomía jurídica, concentrando el control de la actividad económica de estas empresas en una sola unidad de decisión. Justamente estas fueron las figuras que se utilizaron para prevenir o cesar una guerra de precios o un escenario de competencia dura entre las empresas, logrando asegurar la rentabilidad y las ganancias para todos los participantes. Como consecuencia, ello trajo una serie de problemas que son bastante conocidos: precios elevados en perjuicio de los consumidores y pequeños empresarios que se vieron afectados en aquellos productos que les servían de insumo para su actividad productiva.

Las grandes empresas eran las que controlaban industrias importantes como la del ferrocarril y energía y fueron las primeras en generar los problemas de competencia antes descritos. Ello no solo se circunscribió a obtener un control del poder económico a través de los carteles o trust, sino que también existía el peligro de que se controlara el poder político: las empresas con espaldas financieras podían patrocinar a determinados candidatos al parlamento a cambio de favores políticos, hasta en algunos casos los propios empresarios incursionar en la vida política.

La Sherman Act fue la respuesta a tales problemas, ante el reclamo de un sinnúmero de empresas pequeñas que se veían amenazadas por las grandes empresas, iniciando lo que conocemos en la actualidad como derecho antitrust. Esta norma se divide en dos secciones: la sección 1 prohíbe cualquier contrato, acuerdo o conspiración que restrinja el comercio, bajo apercibimiento de multas y prisión efectiva; mientras que la sección 2 proscribe lo que se conoce como “monopolización”, bien sea esta efectiva o en grado de tentativa, o a través de acuerdos destinados a monopolizar el mercado o el comercio entre estados federales o con otros países”. El primer caso en donde se aplicó esta norma fue el de *Trans-Missouri Freight Association* en 1897, el cual versaba sobre un “trust” de dieciocho empresas ferroviarias que acordaron el precio del transporte de mercancías. La Corte dejó en claro que cualquier acuerdo sobre precios, como la de dicho caso, era ilegal.

Como puede verse en esta cita textual, la regla es clara: “The prohibitory provisions of the said Act of July 2, 1890, apply to all contracts in restraint of interstate or foreign trade or commerce **without exception or limitation, and are not confined to those in which the restraint is unreasonable**” (énfasis agregado)

La Corte interpretó la sección 1 de la Sherman Act afirmando categóricamente que no cabe excepción a la regla, por lo que cualquier acuerdo o contrato que restrinja el comercio es ilegal, no importando si este acuerdo es razonable o no. Aquí es donde surge lo que hoy en día conocemos como *regla per se*: cualquier conducta que calce en lo establecido en la norma antitrust (Sherman Act) es ilegal prescindiendo de cualquier justificación o razón que se pueda esbozar a favor de su adopción.

Ello cambió dos años después (1899), pues en el caso *Addyston Pipe & Steel Co.* la Corte Suprema, confirmando el criterio fijado en este caso por el Juez William Howard Taft, estableció que un acuerdo que restringe el comercio podría ser legal siempre y cuando este sea secundario a un contrato lícito, dando origen a lo que se conoce como “*ancillary doctrine*”. Por el contrario, si estamos ante un acuerdo restrictivo “puro” (*naked agreement*) este es ilegal, no cabiendo la posibilidad de alegar su razonabilidad. Este es el antecedente de la regla de la razón, que como mencionamos anteriormente, sería aplicada por primera vez en los casos *American Tobacco* y *Standard Oil* por el Juez White¹⁷.

¹⁷ Sin embargo, existen autores que asignan dicha paternidad al juez Peckham en el caso *Trans-Missouri Freight Association*. Uno de ellos es Robert Bork (2003).

En cuanto a los supuestos de monopolización (sección 2 de la Sherman Act), también existieron varios casos interesantes. El caso más conocido fue el de *Standard Oil Company* (1911) en donde Standard Oil adquirió varias empresas a fin de integrar todas las actividades necesarias (exploración y distribución de petróleo crudo, distribución de petróleo refinado y operación de estaciones de servicios en todo el país), luego de lo cual empezó a realizar distintas conductas para eliminar competidores en el mercado, como, por ejemplo, precios predatorios, amenazas a las empresas que contrataran con sus competidores, o la adquisición de pequeñas empresas, entre otros. John D. Rockefeller fue el que creó este “trust” y que generó una primera discusión de la Corte Suprema: cuál era el límite para permitir la fusión o adquisición de empresas, que para las reglas del *common law* se encontraba en principio permitido, si es que estas tenían la posibilidad de generar problemas al comercio. Finalmente, la corte aplicó la regla de la razón y determinó que la conducta de la empresa había infringido la Sherman Act, ordenando que Standard Oil se dividiera en varias empresas, una de las cuales por cierto llegó a ser ExxonMobil.

En el mismo año (1911), se emitió un pronunciamiento sobre monopolización: el caso *American Tobacco Co.* esta vez por intento de monopolización. Lo curioso de este fallo es que, al igual que en el caso *Standard Oil Co.*, la corte ordenó la separación de la empresa, generando cuatro nuevas empresas de tabaco: American Tobacco, R.J Reynolds, Liggett & Myers y Lorillard.

3.2.3 De la regla *per se* a la regla de la razón

En el derecho norteamericano, este tipo de conductas estuvo sometida bajo la regla *per se* a raíz del caso *Dr. Miles*. Específicamente, el caso versaba sobre un programa de mantenimiento de precios de reventa que implementó un productor de medicamentos a su sofisticada red de distribución. El propio fallo determinó que la fijación de precios mínimos de reventa es ilegal *per se*, al no escapar del ámbito de aplicación de la Sherman Act:

A system of contracts between manufacturers and wholesale and retail merchants by which the manufacturers attempt to control not merely the prices at which its agents may sell its products, but the prices for all sales by all dealers

at wholesale or retail, whether purchasers or subpurchasers, eliminating all competition and fixing the amount which the consumer shall pay, amounts to restraint of trade, and is invalid both at common law and, so far as it affects interstate commerce, under the Sherman Anti-Trust Act of July 2, 1890, and so *held* as to the contracts involved in this case.

Such agreements are not excepted from the general rule and rendered valid because they relate to proprietary medicines manufactured under a secret process but not under letters patent; nor is a manufacturer entitled to control prices on all sales of his own products in restraint of trade. (Caso *Dr. Miles*, p. 220, U.S 374).

La RPM constituye una práctica que se enmarca teóricamente dentro de los acuerdos verticales. Como hemos podido apreciar anteriormente, el derecho de la competencia se preocupa con mayor intensidad cuando varios agentes que compiten entre sí (acuerdos colusorios horizontales) adoptan acuerdos que pueden restringir la competencia, más aún si se trata de un acuerdo de fijación de precios. En la actualidad, esa intensidad persecutoria es menor en aquellos acuerdos entre agentes no rivales y que operan en planos distintos (acuerdos colusorios verticales). Sin embargo, eso no siempre fue así históricamente, prueba de ello es que incluso en el derecho comunitario aún se prohíbe la RPM y ello también fue así en el *common law* norteamericano, aplicando una regla de prohibición absoluta o *per se*. El cambio de una regla *per se* a la regla de razón en los acuerdos verticales se muestra de forma bastante marcada en la jurisprudencia: desde *Dr. Miles* hasta *Leegin*, pasando por casos como *Colgate*, *Kahn*, *Albrecht*, *Schwinn* y *Sylvania*.

El caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* (1911) fue el primero en lo concerniente a la fijación de precios mínimos de reventa. Este caso fue importantísimo pues su criterio se mantuvo vigente por casi 100 años (1911-2007), esto es, que la RPM sea juzgada bajo la regla *per se*. Si bien dicho pronunciamiento no utiliza expresamente el término *per se*, a lo largo del tiempo los propios tribunales y cortes de apelación reconocieron que tal decisión implicaba una prohibición absoluta a la RPM.

Este caso no determinó que debía estar prohibido como consecuencia de un análisis económico de la conducta o los efectos que podía generar. Simplemente, se sustentó en la impresión de que un acuerdo de esta naturaleza no podía tener una justificación o razonabilidad en su adopción, y que más bien solamente tiene un propósito anticompetitivo. Ello puede apreciarse en estas frases tomadas del fallo:

That these agreements restrain trade is obvious. That, having been made, as the bill alleges, with "most of the jobbers and wholesale druggists and a majority of the retail druggists of the country," and having for their purpose the control of the entire trade, they relate directly to interstate as well as intrastate trade, and operate to restrain trade or commerce among the several states, is also clear (Caso Dr. Miles, p. 220, U.S 400).

Algo curioso es que el juez Holmes emitió un voto en discordia en este caso, haciendo hincapié al resto de jueces que se estaba perdiendo de vista el objetivo de esta conducta: el impacto de la RPM en la competencia, particularmente, en los comercializadores que buscan aplicar descuentos en interés propio (Gavil, Kovacic & Baker, 2008). Otro elemento importante de este caso es que, intuitivamente, el voto en mayoría dio a entender que la RPM debía ser prohibida por facilitar la labor de carteles de productores o de comercializadores, algo que a la fecha en términos económicos refiere a la RPM como mecanismo de supervisión del cartel.

Un paso más adelante en la historia nos trae el caso *United States v. Colgate & Co.* (1919), en donde la Corte Suprema estableció que no era ilegal si una empresa impone la RPM, si es que esta conducta es unilateral y no es un monopolio: por ejemplo, si la empresa se niega a vender a distribuidores que no aceptan la RPM. Como relatan Gavil, Kovacic & Baker (2008):

la conclusión de la corte fue motivada por dos factores: la sección 1 requería que la conducta trate de un "acuerdo", además de la presunción que gozan las empresas de su libertad de contratar (...). La RPM era ilegal per se, pero un productor podía lograr la misma finalidad simplemente indicando que se negara a vender a comercializadores que apliquen descuentos –siempre y cuando el

productor no adopte otras medidas que podrían hacer pensar a una corte que la conducta significa algo más que una simple adhesión a dicha política, llegando incluso a arribar a un acuerdo sobre el precio de reventa con el comercializador¹⁸ (p. 357).

A esto se le conoció como RPM unilateral. Esto significó que la RPM, a raíz del caso *Colgate*, era permitido si es que se trataba de una conducta unilateral y no producto de un acuerdo. En cuanto a la RPM producto de un acuerdo vertical, el criterio de *Dr. Miles* siguió vigente plenamente hasta la época de la depresión en Estados Unidos de América. Entre fines de los años 30 y los años 70, el criterio *Dr. Miles* no estuvo vigente debido a la emisión tanto de la Miller-Tydings Fair Trade Amendments (1937) como de la McGuire Act (1952), normas que dieron la posibilidad a los estados de autorizar los acuerdos de precios como la RPM. Esto duró hasta 1975, cuando el parlamento derogó ambas normas a través de la Consumer Goods Pricing Act.

En este periodo, la Corte Suprema emitió varios pronunciamientos sobre acuerdos verticales. En 1967, la corte estableció la regla *per se* para acuerdos verticales no referidos a precios en el caso *United States v. Arnold Schwinn & Co*, en el cual se prohibió que el productor de bicicletas estableciera limitaciones y exclusividades territoriales a los distribuidores. Al año siguiente, la corte también fijó la regla *per se* a aquellas conductas destinadas a fijar el precio máximo de reventa. Así, el caso *Albrecht v. Herald Co.* refiere a una empresa mayorista encargada de distribuir los ejemplares del periódico "Globe-Democrat", acordando que el contrato se resolvería si es que no respetaba el acuerdo de no revender por encima del precio máximo pactado. De esta manera, Albrecht cargó un precio mayor al pactado generando que la casa editora contratara a una empresa independiente para "recuperar" a los clientes y asignar realizar la distribución de su publicación a otra empresa.

Esta regla *per se* a la fijación de precios máximos fue cuestionada luego cuando surgió el caso *Continental TV v. GTE Sylvania* (1977), que trató sobre una limitación territorial a los comercializadores para la venta de televisores. Este viraje jurisprudencial marcó una primera pauta importante en el paso de la regla *per se* a la regla de razón en los

¹⁸ Traducción libre del texto en inglés.

acuerdos verticales. Hasta ese momento, los acuerdos verticales estaban sometidos a la regla *per se* considerando los casos *Dr. Miles*, *Schwinn* y *Albrecht*.

Como bien apunta Gavil, Kovacic & Baker (2008):

A fin de abandonar la regla *per se* en acuerdos verticales intramarca no referidos al precio, la corte diferenció entre acuerdos verticales y acuerdos horizontales que limitan territorios (*Sylvania* frente al caso *Topco*) y diferenciar entre acuerdos verticales sobre precios de los que no son (*Schwinn* frente a *Dr. Miles*). (p. 358).

Esta característica fue bastante criticada por años, pues pese a incorporar elementos propios del análisis económico para determinar la razonabilidad de los acuerdos verticales, ello tardó en ser aplicado en otros tipos de acuerdos verticales. Con ello, al hacer esa distinción entre acuerdos sobre precios y aquellos no referidos a precios, dejó intacto el criterio del caso *Dr. Miles*, cuando los mismos argumentos para uno podrían haber sido aplicados para la RPM, por ejemplo.

El razonamiento de la corte se centró en que, si bien la distribución exclusiva en determinadas zonas restringía la competencia *intramarca*, tal acuerdo promovía una mayor competencia *intermarca*. Esto se tradujo en que la exclusividad incentivó a los mayoristas a brindar servicios complementarios y adicionales a los consumidores, lo cual permitió posicionar la marca del producto frente a la competencia.

Entrando a la época menos restrictiva, a partir de los años 80 y 90, la Corte Suprema empezó a virar hacia una regla de la razón en los casos de acuerdos verticales, a raíz del hito marcado por *Sylvania*.

En 1984, el caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Services Corp.* se convirtió en la oportunidad perfecta para dejar de lado el caso *Dr. Miles*. El caso versaba en que Monsanto no renovó el contrato de distribución con *Spray-Rite*, lo cual generó que esta empresa no pudiera adquirir los productos de Monsanto en la cantidad demandada o en el tiempo deseado. Por ello, demandó a Monsanto por supuestamente haberse coludido con sus distribuidores para aplicar la RPM y que la no renovación obedeció a dicha conspiración. Sin embargo, Monsanto alegó que no renovó el contrato de distribución con *Spray-Rite* pues esta empresa no había cumplido con contratar vendedores

capacitados ni haber promovido adecuadamente las ventas a los comercializadores. Bajo la regla de *Dr. Miles*, si se acreditaba un acuerdo semejante, este debía ser declarado ilegal. Sin embargo, la corte declinó la oportunidad para dejar de lado *Dr. Miles*, y se centró en señalar que la demandante debió presentar pruebas que acreditaran un acuerdo de semejante naturaleza entre Monsanto y las demás distribuidoras. Así, se elevó la carga de probar un acuerdo sobre RPM, lo cual en el caso *Monsanto* sí cumplió a criterio del jurado.

En 1997, el caso *State Oil v. Kahn* la corte dejó sin efecto el criterio del caso *Albrecht*, con lo cual los acuerdos verticales sobre precios máximos de reventa debían ser juzgados bajo la regla de la razón. En este caso, se aceptó como justificación de la adopción de precios máximos de reventa, la explicación económica de combatir el *free riding* en la distribución. En este caso, se criticó que en *Albrecht* se asumiera que un acuerdo de fijación de precios máximos podría afectar a la libertad de los distribuidores, cuando era perfectamente normal que un productor se integrara verticalmente. Como dato adicional, la corte consideró que el precio máximo de reventa permite combatir la especulación y promueve precios más bajos en favor de los consumidores.

Finalmente, en el año 2007, el caso *Leegin Creative Leather Products v. PKS Inc.* dejó sin efecto el caso *Dr. Miles* sobre acuerdos verticales de RPM. Un caso así se veía venir teniendo en cuenta la cantidad de años en que la regla *per se* fue cuestionada en este tipo de acuerdos, estando en boga la Escuela de Chicago. Además, la tendencia jurisprudencial era clara como hemos podido apreciar. Este caso sinceró las posibles consecuencias (tanto positivas como negativas) para la competencia de adoptar un acuerdo vertical sobre RPM.

Por un lado, la RPM podía constituir un mecanismo para evitar “traicionar” un cartel de productores, pues si los comercializadores se desviaban de la RPM por el “permiso” concedido por el productor aplicando descuentos, ello podía ser fácilmente detectado por un miembro del cartel pues los precios finales son públicos. La RPM también podría ser utilizado con fines exclusorios: el productor con posición de dominio “paga” al comercializador los márgenes generados por la RPM a cambio de no vender productos rivales del productor; otra forma exclusoria sería la de un comercializador dominante que solicita al productor común que fije una RPM, generando que los otros comercializadores rivales dejen de ser eficientes innovando a fin de aplicar descuentos para competir de mejor forma con el comercializador dominante.

De otro lado, el caso trajo a colación elementos de la RPM que pueden traer beneficios al proceso competitivo. El principal refería a evitar el *free riding* en la provisión de servicios complementarios por parte del comercializador. Este punto lo tocaremos en el Capítulo II.

Ahora bien, en el siguiente subcapítulo veremos cómo esto ha sido importado al sistema jurídico peruano.

4. Importación al sistema jurídico peruano en materia de Libre Competencia

En el Perú, la primera norma en materia de Libre Competencia fue el Decreto Legislativo 701 (DL 701) promulgado por el Poder Ejecutivo en el año 1991. Esta norma conformó una serie de reformas en materia económica que tenían como base ideológica la Escuela de Chicago, principalmente la desregulación de mercados, la libre iniciativa privada, la privatización y el aseguramiento del derecho de propiedad privada.

Esta norma se limitó a señalar las conductas consideradas como anticompetitivas y que serían sancionadas por la autoridad de competencia: las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de posición de dominio. Estas conductas, para ser sancionadas, debían producir un efecto (real o potencial) que restringiera, limite o elimine la competencia en el mercado, afectando el interés general.

Sin embargo, la norma no estableció expresamente cuál era el estándar de evaluación de las diferentes conductas anticompetitivas. Pero lo cierto es que el texto original del DL 701 sancionaba “la concertación injustificada de precios u otras condiciones comerciales” (artículo 6) y además facultaba a la autoridad a permitir u autorizar algunas conductas anticompetitivas como las conductas que no eliminaban sustancialmente la competencia, las que permitían paliar la pobreza o cuando tengan por objeto promover la capacidad exportadora (artículo 7). Ello permite interpretar que, en el texto original, primaba la regla de la razón para las conductas anticompetitivas.

En esa misma línea, Falla & Bullard (2002, p. 226) concluían que, bajo la vigencia del Decreto Legislativo 701, la RPM no estaba incluida como una conducta ilegal “*per se*”.

Ello cambió con el Decreto Legislativo 788 que derogó el artículo 7 y con el Decreto Legislativo 807 que modificó el artículo 6 (ya no se habla de “concertación injustificada” sino de “fijación concertada” a secas). A raíz de ello, algunos autores sostienen que con

estos cambios normativos se consolidó la regla *per se* en las colusiones (Figari, 2015), pues se eliminó cualquier posibilidad de justificar dicha práctica o que esta pueda ser autorizada por el Indecopi:

(...) aunque en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 807 se vincula la derogación del artículo 7 con la intención de clarificar que determinadas prácticas colusorias (p.e. Los acuerdos de precios) eran *per se* ilegales.

(...)

Al retirarse del texto el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 la palabra “injustificada” el legislador quiso señalar que las concertaciones de precios entre competidores no admitían justificación. En aplicación de la regla *per se*, tales conductas se encuentran prohibidas por sí mismas y ninguna justificación puede exceptuar las de sanción. (p. 67)

En ese sentido, el Indecopi emitió dos precedentes de observancia obligatoria en el año 1997 que marcaron la aplicación explícita de la regla *per se* y la regla de la razón en los casos de Libre Competencia. El primero se refiere al caso sobre concertación en la producción de carne de pollo en Lima y Callao (Resolución 276-97-TDC, en adelante, el caso Pollos) y el segundo al caso sobre fijación de precios y reparto de itinerarios entre empresas de transporte (Resolución 206-97-TDC, en adelante, el caso Civa).

El caso Pollos introdujo la regla *per se* en la evaluación de acuerdos entre competidores sobre los precios, limitación o repartos en la producción y repartos de mercados como parte del precedente:

De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 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 le 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 los efectos perjudiciales mencionados. (INDECOPI, p. 44)

El caso Civa (1997), por su parte, recogió la doctrina de Robert H. Bork de la Escuela de Chicago referido a los “naked cartels” y la “ancillary doctrine”: los primeros refieren a los carteles o acuerdos entre competidores puros los cuales son considerados ilegales *per se* (como los acuerdos de precio o reparto de mercado) pues su único objeto u efecto es restringir a la competencia; mientras que los acuerdos que restringen la competencia de manera secundaria o accesorio a una integración productiva pueden generar eficiencias (por ejemplo, la fijación de precios en un joint venture) que redunden en el bienestar de los consumidores, por lo que deben analizar si existe una racionalidad, en cuyo caso serán legales:

Si, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración, así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. (INDECOPI, p. 11)

A la luz de estos dos precedentes, se vislumbraron las siguientes reglas para los carteles o acuerdos entre competidores:

1. Los acuerdos entre competidores que solo buscan afectar a la competencia como la fijación de precios, reparto de mercados y limitaciones en las cantidades son evaluados bajo la regla *per se*; y,
2. Los acuerdos antes señalados pero que son accesorios a otros acuerdos que generan eficiencias productivas y son indispensables para lograr estos objetivos, son evaluados bajo la regla de la razón.

Esta regla cambió en el año 2003 con el caso sobre concertación de precios en el SOAT (Resolución 224-2003-TDC-INDECOPI, en adelante, caso SOAT), a través del precedente de observancia obligatoria emitido en ese caso. El Tribunal de Defensa de la Competencia consideró cambiar los precedentes antes señalados, indicando que los

acuerdos de precios u otro similares, pese a ser restrictivos de la competencia, pueden quedar exentos de reproche y sanción si es que logran acreditar que la conducta posee efectos beneficiosos que exceden a los efectos restrictivos (es decir, la regla de la razón), estableciendo los siguientes requisitos:

- Si la conducta contribuye a mejorar la producción y que ello se traducirá en un beneficio equitativo en los consumidores,
- Si la conducta restrictiva es la única forma de llegar al resultado anterior, y
- Si la conducta no facilita a las empresas involucradas a eliminar la competencia de manera sustancial en el mercado en que participan.

La justificación de dicho precedente obedeció a que ello sería acorde con la literalidad del DL 701, que establecería la necesidad de una afectación al interés económico general, de manera muy similar al Tratado de Roma, norma en la que se habría inspirado nuestra norma nacional de ese entonces (Rojas et al, 2003). A criterio de Juan Francisco Rojas Leo, presidente del Tribunal que emitió el precedente del caso SOAT, las reformas al DL 701 tenían como propósito introducir la regla *per se* pero que este “intento fue fallido pues se olvidaron de modificar el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, norma de prohibición general que sigue exigiendo para sancionar una conducta anticompetitiva que el efecto de la misma produzca un perjuicio al interés económico general” (Rojas).

Discrepamos de dicha interpretación. El propio autor ha reconocido que la intención del legislador era instituir la regla *per se* en los acuerdos anticompetitivos, por lo que, si interpretamos el artículo 3 de la derogada norma en concordancia con las modificaciones insertadas en el DL 701, se puede concluir que la norma permite instaurar la regla *per se*.

Primero, porque el artículo 3 no es una norma de prohibición general como se ha señalado, sino el objeto de la norma misma. El DL a través del artículo 3 pregona que el objetivo de la ley es sancionar las prácticas anticompetitivas que *generen perjuicios para el interés económico general*. Esta no hace distinción alguna respecto a si se trata de perjuicios reales o potenciales, pues ello está reservado a cada práctica en particular, por ejemplo, el artículo 6 al mencionar que las prácticas restrictivas de la competencia son aquellas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. En ningún momento se limita a la eliminación de la competencia o su afectación sustancial, como asume el precedente SOAT.

Segundo, porque el hecho de que el DL 701 se haya inspirado, inicialmente, en el Tratado de Roma no significaba que la autoridad debía aplicar la norma con los mismos criterios que la Unión Europea. El precedente SOAT instauró, por la vía de un precedente, un régimen de exenciones a la sanción de prácticas restrictivas de la competencia pese a que el propio legislador nacional eliminó las exenciones que originalmente había colocado en el texto original de la norma. Si la justificación del Tribunal en este precedente era aplicar la ley, una interpretación sistemática e histórica diferente a la interpretación aislada y antojadiza del artículo 3 evidencia que la norma no distingue la necesidad de que el acuerdo se haya ejecutado o que genere un perjuicio real en el mercado.

Tercero, la regla *per se* no desconoce que los acuerdos de precios o reparto de mercado (en suma, los *naked cartels*) generen un efecto perjudicial para el interés económico general. Por el contrario, asume que siempre generarán ese efecto pues su único objeto es afectar el proceso competitivo, siendo ociosos discutir estos efectos en el mercado. Por eso resulta hasta llamativo que el Tribunal emplee un caso en el que es casi seguro que la conducta afectó al interés general, considerando que se trataba de un seguro obligatorio que debía ser adquirido por los conductores independientemente del precio (demanda inelástica). Por ello, es hasta evidente que el precio cartelizado afectó directamente el bienestar de los consumidores. Si se tratara de un caso en el que se hubiera evidenciado indicios de efectos positivos en el mercado, quizás hubiera tenido mayor legitimidad.

Finalmente, la regla *per se* no vulnera el debido procedimiento ni mucho menos el derecho de defensa de las empresas investigadas. Las empresas siempre podrán estar en capacidad de acreditar que no incurrieron en estas prácticas debido a la insuficiencia probatoria o medios probatorios que refuten su supuesta participación. En cambio, esta regla genera una serie de beneficios como: a) la predictibilidad para los administrados que permite, a su vez, disuadir de incurrir en las mismas, considerando además que son las prácticas más nocivas para la competencia conforme a la experiencia internacional, y, b) ahorro de recursos para los administrados (evita tener que acreditar los efectos de sus conductas) y la autoridad (podrán dedicar los recursos escasos para otras investigaciones en vez de analizar los efectos de la conducta).

Este precedente fue dejado de lado con la emisión del Decreto Legislativo 1034 (DL 1034), norma que se emitió en el 2008 y que expresamente delimita cuáles conductas

están sujetas a la regla de prohibición absoluta (el equivalente a la regla *per se*) y a la regla de prohibición relativa (equivalente a la regla de la razón).

La propia Exposición de Motivos evidenció la discrepancia entre los precedentes antes reseñados, dejando en claro la necesidad de zanjar esta discusión expresamente en la nueva ley:

Como se aprecia, la misma autoridad tuvo interpretaciones distintas respecto a cuál sería el tratamiento que le daría a infracciones tan importantes como las concertaciones de precios o los repartos de mercados, lo que generó algún grado de incertidumbre entre los administrados. Al tratarse de prácticas inherentemente anticompetitivas y perjudiciales para la sociedad correspondería que, a nivel legislativo, se establezca un criterio claro respecto de cuál será el tratamiento que la autoridad de competencia nacional les dará a aquellas conductas. (p. 6)

De esta manera, la norma actual establece que solo están sometidas bajo la regla *per se* los *hard core cartels* (los acuerdos colusorios horizontales intermarca como señala el DL 1034)¹⁹:

1. Fijación de precios y condiciones comerciales
2. Reparto de mercados (clientes, zonas geográficas, proveedores, productos)
3. Limitación a la producción
4. Licitaciones colusorias

¹⁹ Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales

(...)

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales intermarca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o, d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

El resto de las prácticas anticompetitivas están sometidas a la regla de la razón, incluyendo los acuerdos colusorios verticales de fijación de precio mínimo de reventa. En buena cuenta, la normativa peruana ha incorporado las reglas que, en el ordenamiento jurídico exportador del modelo, generan mayor consenso. Esta es la razón por la cual resulta tan relevante el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de esta práctica a nivel comparado (particularmente, de Norteamérica) para el ordenamiento jurídico peruano, en la medida que las idas y venidas en dichos lares pueden ser aplicados válidamente en nuestro contexto de forma referencial.

La encuesta realizada -para los fines de esta investigación- a abogados y economistas especialistas en libre competencia en el Perú arrojó como respuesta unánime a la pregunta "6. *¿Cuál debería ser la regla de evaluación de los acuerdos verticales sobre fijación de precios mínimos de reventa?*" que debería aplicarse la regla de la razón.

Por consiguiente, los acuerdos colusorios verticales de fijación de precios mínimos de reventa deben ser analizados bajo la regla de la razón (prohibición relativa) en el sistema jurídico peruano en aplicación tanto de la normativa de represión de conductas anticompetitivas como de la línea jurisprudencial que sitúa a cualquier práctica distinta a los *hard core cartels* bajo dicha regla.

Como diría Tirole (1988), si bien aplicable a los acuerdos colusorios verticales en general, puede ser extrapolado a la fijación de precios mínimos de reventa: "Theoretically, the only defensible position on vertical restraints seems to be the rule of reason. Most vertical restraints can increase or decrease welfare, depending on the environment. Legality or illegality per se thus seems unwarranted." (p. 186)

CAPÍTULO II

LOS ELEMENTOS PROCOMPETITIVOS Y ANTICOMPETITIVOS DE LOS ACUERDOS COLUSORIOS VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS MÍNIMOS DE REVENTA

Existe todo un abanico de literatura económica sobre los efectos tanto pro competitivos como anticompetitivos que los acuerdos colusorios verticales de fijación de precios mínimos de venta pueden generar.

Como bien menciona Marco (2010, p.16), los acuerdos colusorios verticales presentan “dos caras”, pues en determinados casos presentan la apariencia inofensiva de Dr. Jekyll, pero en otros casos configuran un Mr. Hyde que requiere mayor cautela. Por un lado, una restricción de la competencia mediante acuerdos verticales puede ser necesario para asegurar canales de distribución eficientes, que a la postre beneficiarán no solo al fabricante sino también a los consumidores. Pueden servir como un incentivo adecuado para que los distribuidores o comercializadores inviertan y dediquen esfuerzos en las ventas a los consumidores (Marco, 2010, p.20). Esta es la razón principal por la que consideramos que los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa deben ser analizados bajo la regla de la razón, conforme se concluyó en el capítulo anterior.

En esa línea, simpatizamos con el voto mayoritario del caso *Leegin*, de inspiración en la Escuela de Chicago, en el que se asume que la competencia intermarca es la mayor preocupación del derecho antitrust, antes que la competencia intramarca:

(...) Minimum resale price maintenance can stimulate **interbrand competition**—the competition among manufacturers selling different brands of the same type of product—by reducing intrabrand competition—the competition among retailers selling the same brand. See *id.*, at 51–52. **The promotion of interbrand competition is important because “the primary purpose of the antitrust laws is to protect [this type of] competition.”** *Khan*, 522 U. S., at 15 (...)

Resale price maintenance, in addition, can increase **interbrand competition** by facilitating market entry for new firms and brands. (...)

Resale price maintenance can also increase **interbrand competition** by encouraging retailer services that would not be provided even absent free riding.
(Corte Suprema, p. s/n) (énfasis agregado)

La competencia intermarca se da cuando varios agentes económicos compiten por la preferencia de los consumidores ofreciendo marcas diferentes e independientes. Por ejemplo, la competencia que se da entre las diversas empresas productoras de lapiceros. Por otro lado, la competencia intramarca refiere a aquella en donde varios agentes económicos -usualmente distribuidores o comercializadores- compiten en la comercialización de la misma marca (Resolución N° 068-2009/SC1-INDECOPI y Resolución N° 589-2015/SDC-INDECOPI). Por ejemplo, los distribuidores de una marca de automóviles en el Perú.

Ahora bien, ciertamente suele tener mayor importancia la competencia intermarca para el proceso competitivo visto como un todo, pues esta busca que se mantengan las condiciones suficientes para que exista una pluralidad de opciones para los consumidores (pluralidad de marcas independientes). Ello considerando que se busca, a través del proceso competitivo, tutelar el bienestar de los consumidores. Este bienestar, en una economía social de mercado lleva aparejada la posibilidad de que los consumidores puedan elegir, dentro de un abanico múltiple de opciones, aquella que satisfaga mejor sus intereses: bien sea porque los productos o servicios son de determinada calidad, precio, características, etc.

Sin embargo, ello no significa dejar de lado el análisis sobre la competencia intramarca. Como ejemplo, podemos ver un pronunciamiento del Indecopi en donde se recoge esta idea. Se trata de la denuncia interpuesta por E&B contra Gloria por presunto abuso de posición de dominio (Resolución N° 589-2015/SDC-INDECOPI), debido a que Gloria habría cambiado el estatus de E&B de distribuidor a un comercializador mayorista, perjudicándolo debido a que Gloria le incrementó el precio de compra de sus productos. Si bien la Comisión de Defensa de la Libre Competencia sancionó a Gloria pues a su criterio se habría generado un efecto exclusorio (E&B al mes dejó de ser distribuidor de Gloria), la Sala revocó dicho pronunciamiento siendo uno de los argumentos el hecho de que *“se incrementó el nivel de competencia intermarca al producirse una disminución sistemática de los precios a los consumidores finales, luego de que E&B se convirtiera en distribuidor de la marca rival de las denunciadas (Nestlé)”*.

Pese a ello, la Sala señaló que era necesario analizar tanto la competencia intramarca como la competencia intermarca:

179. De este modo, la Sala estima que, para poder analizar una posible práctica de abuso de posición de dominio, debe analizarse tanto la competencia intramarca como la competencia intermarca, así como los efectos reales o potenciales generados por la conducta sobre los mercados afectados. Los posibles efectos exclusorios y el impacto en el bienestar del consumidor surgen de analizar si se han generado eficiencias o si se ha obstruido el proceso competitivo, como consecuencia de la ejecución de la conducta. (p. 59)

En línea con el pronunciamiento citado, el presente capítulo pretende recoger todos los elementos que se le suele atribuir a los acuerdos verticales de fijación de precio mínimo de reventa, tanto aquellos procompetitivos como los anticompetitivos. De esta manera veremos cómo pueden influir tanto en la competencia intermarca como en la competencia intramarca.

La sub-hipótesis de este capítulo apunta a verificar si efectivamente hay sesgo de que los beneficios derivados de fijación de precios mínimos de reventa son mayores o significativos en comparación con los perjuicios que suele generar. Ello bajo la idea de que, en general y en la mayoría de los casos, este tipo de prácticas suele promover la competencia intermarca al generar que la distribución sea más eficiente, minimizando la restricción que pueda generar a la competencia intramarca. Ello como consecuencia del voto en mayoría en el caso *Leegin*.

Esto nos permitirá tener un mejor panorama que nos permita perfilar criterios generales sobre los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa en el siguiente capítulo.

1. Elementos procompetitivos

1.1. Combatir el *Free Riding*

El *free riding* consiste en que agentes económicos se benefician de algún producto o servicio sin asumir el costo de ello (externalidad positiva). En términos económicos, los agentes económicos que se benefician de esta externalidad positiva no internalizan sus costos. Ello deriva en un problema de provisión, pues la existencia de estas conductas genera un desincentivo de proveer estos productos o servicios, debido a que los costos para proveerlos no son retribuidos a quien los asume.

El *free riding* existe en todos los ámbitos. Como menciona Grimes (2008), tanto el derecho antitrust como la propiedad intelectual y la competencia desleal lo abordan en un ejercicio que busca poner sobre la balanza el incentivo para proteger las creaciones intelectuales o secretos empresariales, por un lado, y el derecho a imitar como forma de impulsar la competencia, por el otro lado. Usualmente, en la forma de restringir o limitar la aplicación del derecho a imitar, en tanto no genere una distorsión en el proceso competitivo ni vulnere ilegítimamente derechos protegidos.

En un esquema vertical, este problema se presenta en situaciones en las que los distribuidores aplicarán una política de precios bajos para atraer clientela, debido a que no incurren en los costos de experiencia o *full service* en sus locales como sí lo hacen otros distribuidores de la misma marca (y que suelen aplicar precios más altos). Es aquí donde la fijación de precios mínimos de reventa entra a tallar como posible solución: el productor elimina la competencia por precios entre distribuidores sobre su marca, buscando incentivar que los ingresos “extra” (vs la política de descuentos) se direccionen a la inversión en la experiencia e información al consumidor. Desde la contratación de personal capacitado y especializado en la marca, pasando por la adaptación de los locales de venta hasta la prueba y publicidad del producto.

El siguiente ejemplo resulta bastante ilustrativo de cómo el *free riding* suele ser representado como un problema que puede ser solucionado eficazmente con la fijación de precios mínimos de reventa.

Un consumidor con poco conocimiento en instrumentos musicales acude a una de las tiendas de la cadena “Miguitarra”. Esta tienda cuenta con gran variedad de marcas de instrumentos musicales y accesorios, personal debidamente entrenado y departamento de servicio que brinda soporte técnico las veinticuatro horas del día y los siete días de la semana. Uno de los vendedores atiende al consumidor, determina sus necesidades y le muestra varias guitarras que se adecuan a sus necesidades. El vendedor incluso le da alguna recomendación. Luego de haber recopilado toda la información brindada por

este vendedor, el consumidor decide que “lo pensará” y regresará otro día. Sin embargo, el consumidor se va al centro de la ciudad y adquiere una guitarra de una tienda modesta, a la mitad del precio que en “Miguitarra”. Esta cadena de tiendas se encuentra descontenta porque se da cuenta que los consumidores extraen la información que ellos brindan de forma gratuita y la emplean para realizar sus compras en tiendas en las que no se incurre en dicha inversión. Las tiendas con políticas de descuentos incurren en *free riding*, aprovechándose del esfuerzo de la cadena “Miguitarra”. Esta aplica precios más altos que las tiendas de descuento, porque incluye los costos de entrenamiento al personal, los servicios brindados a los consumidores y el soporte técnico. Esta situación desincentivaría que existan negocios que inviertan en tales servicios, ante la existencia del *free riding*.

Telser (1960) como se cita en Grimes (2008) fue uno de los primeros en detectar este problema entre productores y minoristas:

Las ventas se desvían de los minoristas que brindan servicios especiales a un precio más alto a los minoristas que no brindan servicios especiales y ofrecen vender el producto a un precio más bajo. El cliente, debido a los servicios especiales brindados por el minorista, es persuadido para comprar el producto. Sin embargo, lo compra a otro minorista pagando un precio más bajo. De esta manera, los minoristas que no brindan servicios especiales incurren en *free riding* a expensas de aquellos que han convencido a los consumidores para que compren su producto (p.185).

Por ejemplo, la venta de equipos sofisticados de audio y video requiere de demostraciones en vivo, empleando habitaciones con insonorización acústica. O la experiencia de ver y entrar a los vehículos en un showroom o incluso conducirlos (test drive). Normalmente estamos ante productos relativamente caros y con poca frecuencia de adquisición, siendo sumamente valiosa la información recabada en la experiencia *in situ*. Si los consumidores emplean la información de los distribuidores o minoristas que invierten en esta experiencia de consumo para luego contratar con aquellos que no lo hacen y mantienen una política de precios bajos, se generaría un desincentivo de invertir en ese tipo de demostraciones, generando una disminución general de las ventas.

En ese contexto, una restricción en la distribución como la fijación de precios mínimos de reventa podría solucionar este problema. La cuestión es que ese problema no necesariamente sucede en todos los mercados y aun así la fijación de precios de reventa se emplea en diversos sectores como cosméticos, comida para mascotas, vitaminas, shampoo, ropa interior o incluso en accesorios para mujeres como en el caso Leegin (Lao, 2008).

Debido a la teoría clásica del *free riding*, se suele tener un sesgo al afirmar que todo distribuidor que aplica una política de precios bajos o descuentos es un *free rider*, en el sentido de que está capitalizando el esfuerzo realizado por otros distribuidores que invierten en la promoción del producto, cuando podría tratarse de una empresa eficiente²⁰ que traslada la reducción en sus costos al precio final de venta al público (Lao, 2008).

Asimismo, nada garantiza que esos ingresos extra en un escenario con fijación de precios mínimos de reventa sean invertidos en la promoción del producto. Como menciona Peeperkorn (2008, p.209), “en lugar de utilizar el margen adicional para la promoción, el distribuidor prefiere invertir en otros medios de atraer clientes -que no sean susceptibles al free riding- como ofrecer servicios posventa a menor precio o precios reducidos logrados mediante la agrupación.” Bajo esa premisa, el autor mencionado señala que existen otras restricciones verticales más eficaces para resolver el problema de *free riding*, como, por ejemplo, una combinación entre distribución exclusiva y un precio máximo de reventa.

Otra razón por la cual la fijación de precios mínimos de reventa no solucionaría el problema de *free riding* es que no necesariamente evitaría que los distribuidores o comercializadores dejen de beneficiarse de la provisión de servicios de sus competidores en dicho nivel de la cadena productiva. Por ejemplo, supongamos que un productor fija un precio mínimo de reventa a un nivel tal que garantice un margen de ganancia suficiente para cubrir los costos de los servicios en los puntos de venta deseados. En ese escenario, los minoristas podrían enviar clientes a otros minoristas para obtener esos servicios y luego utilizar el “mercado” proporcionado por la fijación de precios mínimos de reventa, para proporcionar a los clientes algún beneficio (un descuento en un producto complementario). En dicho escenario, los comercializadores

²⁰ Lo que se conoce en economía como eficiencia productiva, es decir que las empresas producen al costo medio más bajo posible con los recursos disponibles.

ganan mayor volumen de negocios gracias a las inversiones realizadas por otros comercializadores, los cuales asumen los costos de brindar mayores servicios, lo que a la postre desincentivaría a estos a seguir invirtiendo en dichos servicios (Lambert, 2009).

La existencia de *free riding* tampoco sería una justificación razonable a la aplicación de los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de venta, en aquellos casos en los que se busca preservar o incentivar algunos servicios que incrementan la calidad del producto, pero que a los propios consumidores les cuesta detectar (p.e rotación de productos perecibles).

Además de las críticas que buscan minimizar los efectos positivos que genera la fijación de precios mínimos de reventa al combatir el *free riding*, existen otras críticas que apuntan a evidenciar efectos no advertidos. Este es el de la canibalización entre distribuidores o minoristas. Como bien explica Gundlach, Cannon & Manning (2017), si bien la fijación de precios mínimos de reventa restringe la competencia por precios en pos de privilegiar la competencia por otros factores (como calidad o servicios), ésta en la práctica genera uniformidad en los precios y también en los servicios. Esta cita textual de Gundlach, Cannon & Manning (2017) explica mejor esta idea:

Sin embargo, la investigación proporciona evidencia de que administrar un sistema de distribución multicanal a través de estrategias que producen esfuerzos de marketing similares en todos los canales da como resultado una mayor canibalización de canales. La fijación de precios mínimos de reventa da como resultado precios uniformes en todos los canales para el mismo producto. En la práctica, también puede resultar en esfuerzos similares de promoción y servicio en todos los canales. El objetivo de la fijación de precios mínimos de reventa es asegurar altos niveles de promoción y servicio en todos los canales. Al mismo tiempo, los programas de fijación de precios mínimos de reventa a menudo recomiendan o especifican elementos de promoción y servicio que deben proporcionar los participantes del canal. La posibilidad de que esta práctica pueda tener la consecuencia involuntaria de fomentar la canibalización de canales desafía las justificaciones que en la política antimonopolio se basan

en la capacidad de la fijación de precios mínimos de reventa para desalentar el *free riding*. (p. 417)

Finalmente, la irrupción del internet podría inclinar la balanza en favor de la fijación de precios mínimos de reventa como forma de combatir el *free riding*. Según la Harvard Law Review (2008), si bien el *free riding* entre tiendas físicas y tiendas online puede ocurrir en ambas direcciones, lo cierto es que difieren en costos. Las tiendas online presentan costos fijos mientras que las tiendas físicas tienen costos variables, siendo que emplean fuerza de venta cuyo tiempo involucra un costo de oportunidad (“por cada consumidor que un ejecutivo de ventas ayuda y que luego adquiere el producto más barato online, esa tienda pierde una venta de un consumidor que deseaba comprar ahí”).

La Harvard Law Review resaltó las cifras de un estudio sobre *free riding* intercanales: el 26.4% de los compradores online visitaron previamente tiendas físicas. De ese porcentaje, solo el 1.8% compró en la tienda online de la misma empresa cuya tienda física visitó previamente.

Sin embargo, así como el internet puede exacerbar un problema también puede traer la solución como lo es que el propio fabricante provea información online de sus productos de forma directa a los consumidores. Esto es algo que, por ejemplo, hace la industria automotriz o tecnológica, en donde los fabricantes tienen sus propias páginas web con información detallada de los productos que elaboran. Incluso, algunas marcas suelen contratar medios digitales de comunicación especializados en sus productos (canales de Youtube, TikTok, etc) para brindar más información técnica y funcional a los consumidores²¹.

En ese sentido, para que el uso del acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa pueda estar justificado en combatir el *free riding*, se deben presentar algunos elementos que hemos identificado:

- a. Debe acreditarse la existencia del problema de *free riding*. Esto usualmente ocurre solo en determinados productos (que requieren mayor intensidad en

²¹ A modo de ejemplo, existe un mercado de canales digitales especializados en automóviles en los que los comunicadores suelen ir a las ferias o presentaciones de nuevos modelos de automóviles, hacer pruebas de manejo contando su experiencia, entrevistas a gerentes de las distribuidoras locales, incidencias o recalls, etc.

- servicios) y en determinadas circunstancias (marcas reputadas o nuevos productos).
- b. La fijación de precios mínimos de reventa o RPM deber ser eficaz para solucionar el problema de *free riding*. Si la RPM no es posible de ser cumplida por los distribuidores ni cumpla el objetivo de solucionar el problema, se debe evaluar otras opciones (ver literal d.).
 - c. La fijación de precios mínimos de reventa debe, en el global, beneficiar a los consumidores. Se debe descartar problemas de canibalización o que a la mayoría de los consumidores le sea indiferente los servicios aparejados al producto.
 - d. No existe otra alternativa menos restrictiva que solucione el problema de *free riding*, como la provisión de servicios directamente por parte del fabricante (por ejemplo, mediante un portal web) u otras restricciones verticales como distribución exclusiva o precios máximos de reventa.

1.2. Incentivar el ingreso a nuevos productos o zonas geográficas

Otra de las justificaciones procompetitivas de los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa, identificado en el caso *Leegin*, es el incentivar el ingreso de nuevos entrantes al mercado. Esto incluye a agentes económicos existentes que buscan introducir nuevos productos o expandirse a otras zonas geográficas.

En cualquiera de los tres escenarios, el nuevo entrante requerirá contar con distribuidores y minoristas para el lanzamiento del producto²². Desde el punto de vista de los distribuidores y minoristas, existe incertidumbre respecto a si el nuevo producto será rentable para ellos (si los consumidores la preferirán) y, por consiguiente, si vale la pena invertir en su comercialización.

Además del riesgo de comercializar productos nuevos y con el riesgo de demanda baja, los distribuidores y minoristas pioneros podrían estar reacios a comercializar productos nuevos, aunque sean populares para los consumidores. Esto ocurre cuando los distribuidores y minoristas pioneros deben realizar inversiones exhaustivas (en promoción y publicidad) para que se genere rentabilidad (OECD, 2008, p. 29), incurriendo en el costo de desarrollo de este mercado. Luego de que el mercado ya está

²² La otra alternativa es la integración vertical. Sin embargo, en dicho escenario no existe un acuerdo para fijar precios mínimos siendo el mismo productor quien controlará el precio final.

desarrollado y resulte atractivo, los siguientes distribuidores o minoristas no incurrirán en estos costos, por lo que podrán establecer precios bajos, perjudicando el retorno de las inversiones asumidas por los pioneros. Como se puede apreciar, esta es una variante de la justificación de combatir el *free riding*.

De no solucionar este problema, los fabricantes no serán capaces de atraer a los mejores distribuidores o minoristas que puedan invertir y apostar por estos nuevos productos y, por ende, impedirá el ingreso de estos al mercado.

En ese sentido, los distribuidores y minoristas requieren de un mecanismo para asegurar hasta cierto punto el retorno de las inversiones que realizarán. Ese mecanismo podría ser mediante un acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa. Un acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa puede “facilitar la entrada de nuevos productos y/o nuevos competidores aguas arriba, permitiendo convencer a los distribuidores a asumir el riesgo de invertir y apostar en el éxito de nuevos productos” (OECD, 2008, p. 29).

Esta justificación es una de las más sólidas. Incluso, los que propugnan que la fijación de precios mínimos de reventa se mantenga sometida bajo la regla *per se*, admiten que este es el “argumento más persuasivo que se haya presentado a favor de relajar la regla *per se* a la fijación de precios mínimos de reventa” (Lao, 2008, p, 206). Incluso, el voto en minoría del juez Breyer en el caso *Leegin*, quien estimó que no se debía analizar la fijación de precios mínimos de reventa bajo la regla de la razón, señaló en dicho caso que “si ahora estuviese forzado a decidir, a lo mucho coincidiría en que la regla *per se* debería modificarse de tal forma que se permita una excepción para aquellos casos fáciles de identificar y de corte temporal como “nuevos entrantes”.

En efecto, la solución a este problema no solo propiciaría la atracción de distribuidores eficientes que invertirían en el desarrollo de este nuevo producto o la colocación de un producto existente en una nueva zona geográfica. Como reflejo, ello incrementa la competencia intermarca al dotar de mejores herramientas para que la distribución funcione de manera adecuada a fin de incrementar las ventas de un producto nuevo (Diab, 2017, p. 608).

Pese a las bondades antes descritas, parte de la doctrina sigue manteniendo una postura escéptica. Un primer punto que resaltan es que quizás existan otras formas para incentivar a los distribuidores o minoristas pioneros a comercializar un producto nuevo.

Por ejemplo, mediante el pago de una suma global o vendiendo temporalmente el producto a un precio más bajo a los pioneros que a los demás distribuidores (Peeperkorn, 2008). De esta manera, se recompensa a los distribuidores o minoristas pioneros por las inversiones realizadas para desarrollar el mercado del producto nuevo sin tener que aplicar un acuerdo vertical de fijación de precios.

Sin embargo, puede resultar costoso para los distribuidores o minoristas pioneros detectar si el fabricante en verdad le está vendiendo el producto a un precio más bajo que a los demás. Piénsese en minoristas con estrategias *low cost* o que aplican precios por debajo del costo a los productos más atractivos para dirigir el flujo de consumidores a sus locales y que adquieran otros productos. El precio de venta al público en esos casos no son una fuente fiable de información sobre el precio vendido por fabricante.

El otro punto, que por cierto no es negado por quienes propugnan este efecto procompetitivo de la fijación de precios de reventa, es que su uso debe estar acotado a un tiempo determinado. En buena cuenta, el tiempo que permita a los distribuidores y minoristas pioneros recuperar la inversión inicial. Esta justificación de empleo de la fijación de precios mínimos de reventa no podría ser usado en productos existentes o zonas geográficas establecidas. Como bien menciona Peeperkorn (2008), esta es la lógica recogida en el bloque de exención europeo que regula los acuerdos de transferencia tecnológica, donde se establece un plazo de dos (2) años desde la entrada del producto para imponer restricciones a las ventas pasivas.

Resumiendo lo señalado en este apartado, la fijación de precios mínimos de reventa podrá justificarse en presencia de estos elementos:

- a. Solo cuando se trata de un producto nuevo o la introducción de un producto existente en una nueva zona geográfica.
- b. Debe estar acotado a un plazo lo más corto posible, lo suficiente como para garantizar el retorno de la inversión desplegada.
- c. No resultaba apropiado el empleo de otros medios alternativos como el pago de un monto o la venta a un precio más bajo que el resto de las minoristas o distribuidores.

1.3. Certificación de la calidad a través de la marca

Este es otro de los fundamentos conocidos para justificar el uso de acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa con fines procompetitivos. Esta tiene varias vertientes.

La primera refiere al valor de la marca. En efecto, determinadas marcas de productos presentan un valor asociado al precio de venta del producto. En palabras sencillas, un producto con una marca “de lujo” debe mantener un nivel de precios determinado para evitar que esta marca pierda valor al ser asociada a productos de consumo masivo, que tienen precios más bajos. El mayor precio del producto está directamente relacionado con el mayor valor de la marca.

Ejemplo de ello es la marca Pierre Cardin, que durante años hasta la fecha dejó de ser considerada una marca de lujo para convertirse en una marca “común”, lo cual se traduce en los precios de venta de sus productos. En esa línea, la fijación de un precio mínimo de reventa está directamente relacionado con la preservación del valor de la marca, evitando que se “vulgarice”.

Otra vertiente apunta a la certificación de la reputación. Mientras la primera apunta específicamente a un activo del fabricante (valor de la marca), en este caso refiere a la reputación de los minoristas (calidad del servicio y productos ofrecidos). Los minoristas reputados invierten de forma sustancial en su reputación: alquileres en locaciones y centros comerciales, mantenimiento de una decoración adecuada, capacitaciones a su personal, entre otros. Las marcas que comercializan estos minoristas ven incrementado su valor por dicha razón, generando un mensaje a los consumidores de que dichas marcas son “exclusivas” (certificación de calidad). Solo las “mejores” marcas o las que están “de moda” serán comercializadas en sus tiendas.

El problema que surge es una variante del *free riding*: si los minoristas *low cost* comercializan estas marcas a precios bajos, los consumidores preferirán adquirirlos en estos locales, luego de haberse beneficiado de la información transmitida por el minorista reputado. Esto generará que los minoristas reputados se vean desincentivados a mantener su reputación de exclusivos o de seguir vendiendo estos productos y los consumidores dejarán de recibir información (“signaling”), generando perjuicios para todos (Lao, 2008).

En este escenario, la fijación de precios mínimos de reventa preserva el efecto de certificación, impidiendo que los minoristas *low cost* vendan esos productos o lo hagan a precios bajos. De esta manera, se preserva el valor de la información enviada a los consumidores respecto a estas marcas “exclusivas”.

Sin embargo, esta teoría no está exenta de crítica. Areeda y Hovenkamp (citados por la OECD, 2008, p. 27) afirman que los minoristas reputados difícilmente dejarán de brindar los servicios de certificación, pues estas no están enfocadas específicamente a una marca. Si esta situación ocurre con una marca, eso no hará que el minorista deje de proveer estos servicios. En esa misma línea sostiene Lao (2008, p. 205), quien resalta que los minoristas reputados asumen como costos fijos los servicios de certificación de las marcas de forma general y no específica. Usa el ejemplo de Bloomingdale’s afirmando que difícilmente dicha cadena dejará de comercializar una marca de jeans porque esta, a su vez, pueda ser adquirida en un outlet o en una tienda con descuentos. Así, sostiene que “desde una perspectiva económica, difícilmente esto generaría una preocupación en materia de libre competencia. No hay evidencia de que exista una tendencia entre las tiendas de lujo a dejar de proveer sus servicios de certificación o de cambiar de modelo de negocio a uno convencional”.

La respuesta a esta crítica refiere no tanto a que los minoristas dejarán de proveer servicios de certificación a una marca específica, sino a que dejarán de vender esa marca (OECD, 2008). Esto podría verse exacerbado con el incremento del *e-commerce*. Pero ciertamente esta crítica tiene un punto: el efecto de certificación toma un tiempo en difundirse entre los consumidores. Esta información ya habrá sido recibida por los consumidores cuando los minoristas *low cost* empiecen a comercializar la marca a precios bajos. Y para ese entonces, el minorista reputado ya habría impuesto precios altos dignos de una marca premium sin temor alguno de perder sus ventas frente a otros minoristas. Es decir, habrá tenido el tiempo suficiente para recuperar las inversiones desplegadas (Lao, 2008).

Otra crítica a esta justificación comercial en el uso de los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa es qué tan gravoso para el proceso competitivo implica la existencia de este tipo de *free riding*. Dicho de otra forma, qué beneficio para el bienestar de los consumidores reporta proteger el efecto de certificación generado por una restricción al precio de venta.

Mientras ello resulta evidente en productos en los que se requiere brindar “servicios informativos” o de preventa (equipos de audio y video, de música, equipos informáticos, etc), en el caso de una prenda este podrá incrementar el valor del producto en favor del minorista, pero no necesariamente favorecerá al consumidor (Lao, 2008, p. 206). Además, muchos de los casos que aplican los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa son marcas establecidas, siendo poco relevante el servicio de certificación brindado por los minoristas reputados (Klein, 2009, p. 434).

Incluso para marcas menos conocidas, no queda claro cómo en esta época donde la información circula libremente por el internet sea socialmente deseable que un minorista brinde información sobre la calidad de un producto. Muchos productos son reseñados en páginas web, presentados por *influencers* que prueban el producto y brindan información o, incluso, *youtubers* que brindan mayor detalle sobre su experiencia de consumo.

Pero la crítica más certera de todas apunta a que la fijación de precios mínimos de reventa “solo brindará a los minoristas no reputados una ventaja en costos. Les permitirá seguir aprovechándose de los servicios de certificación de calidad de los minoristas reputados y utilizar las ganancias inesperadas para atraer más clientes a través de beneficios como cupones o descuentos en otros productos, entre otros” (Lao, 2009, p. 22).

1.4. Inversiones específicas

Este factor también va de la mano con aquella referida a combatir el *free riding*. Los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa pueden ser el mecanismo para incentivar a los minoristas o distribuidores a invertir en una mejor experiencia de servicio para los consumidores.

La premisa parte de la tesis de Telser que hemos citado anteriormente. Esta pregona que los minoristas, en presencia de *free riding*, no tendrán los incentivos para invertir en los servicios que los consumidores valoran. Esto, pues los otros minoristas se aprovecharán de las inversiones que realicen, atrayendo a los consumidores a sus locales con una política de precios bajos. Es ahí donde un acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa solucionaría este problema de provisión de servicios.

Sin embargo, en ausencia de *free riding*, no queda muy claro cómo los minoristas carecerían de los incentivos apropiados para realizar inversiones promocionales. Esto fue resaltado en el voto en minoría por el juez Breyer en el caso *Leegin* (como es citado en Peeperkorn, 2008). En efecto, si nadie se apropiará de los esfuerzos desplegados, estos serán recompensados en forma de mayores ingresos a los minoristas que los realizan pues estos servicios atraerán mayor cantidad de consumidores. Por ende, no sería necesario que los fabricantes compensen a los minoristas por estas inversiones (Grimes, 2008).

Sin embargo, esto ha sido refutado por Benjamin Klein y Kevin M. Murphy (citado por Elzinga & Mills, 2009) quienes afirman que, incluso en ausencia de problemas de *free riding*, la fijación de precios mínimos de reventa tiene una justificación procompetitiva. Bajo esta perspectiva, se asume que la competencia entre comercializadores no es suficiente para incentivar las inversiones promocionales (Klein, 2014). Básicamente son tres razones económicas que, a criterio de Klein (2009) explican las razones por las que, en ausencia de *free riding*, los minoristas no tienen incentivos suficientes para realizar inversiones específicas para el fabricante:

1. Las inversiones son específicas a una marca determinada. Esto implica que el minorista debe desplegar esfuerzos específicos a una marca para incrementar sus ventas. Por ejemplo, establecer un espacio para la mejor exhibición de la marca o personal dedicado a la promoción. Esto es diferente a las inversiones generales como los espacios de parqueo, decoración del local, cajas rápidas, etc. que no son específicas para una marca.
2. Las inversiones específicas están dirigidas únicamente a los consumidores marginales, por lo que se considera que estas inversiones son una forma de descuento que realiza el fabricante a favor de este tipo de consumidor (este no incurre en el costo de los servicios promocionales).
3. La provisión de estos servicios tiene poca significancia en los efectos de la demanda inter-minorista. En otras palabras, tiene poca relevancia para los minoristas multiproducto respecto al lugar donde los consumidores adquirirán el producto en cuestión. Si bien sí influenciará en los consumidores marginales, los minoristas tendrán mejor información disponible para elegir qué producto es el que mayores ventas le genera en función a la demanda.

Sintetizando los tres factores económicos señalados, para Klein, en ausencia de *free riding*, existen intereses desalineados entre fabricantes y minoristas. Esto se debe a que

los minoristas tendrán incentivos para realizar inversiones generales que atraigan a la mayoría de los consumidores (marginales e inframarginales) pues estas les reportan mayores retornos a los minoristas. En cambio, las inversiones específicas a una marca benefician más al fabricante y al consumidor marginal que al minorista. En ese escenario, un acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa permitiría dotar de un incentivo suficiente al minorista para realizar inversiones específicas, alineando los intereses de ambos.

No obstante, pueden existir formas alternativas a la fijación de precios mínimos de reventa para generar incentivos a los minoristas. Uno de ellos refiere a que los fabricantes podrían pactar de antemano con los minoristas los términos en que estos servicios serán brindados. Se suele señalar que es complicado o costoso establecer de antemano las acciones promocionales o de inversión que el minorista debe realizar para incrementar las ventas. Incluso, el propio juez Breyer en el caso *Leegin*, pese a estar en contra de que la práctica sea analizada bajo la regla de la razón, admite que “puede ser difícil e ineficiente para un productor entablar y hacer cumplir un contrato con un minorista especificando los diversos servicios que debe realizar” (Caso *Leegin*, 2007, voto en minoría del juez Breyer)²³. En este escenario, la doctrina se mantiene en la situación en que el fabricante delega la promoción de su producto a los minoristas, bien sea contractualmente estableciendo los términos de tales servicios o mediante la fijación de precios mínimos de reventa.

No obstante, tampoco queda muy claro que los minoristas estén necesariamente en la mejor posición para saber los tipos de inversiones necesarias y la cantidad de servicios a desplegar para la promoción del producto (Cavanagh, 2008). De hecho, podría ser más eficiente que los propios fabricantes provean directamente los servicios promocionales.

Por otro lado, posturas como al de Klein asumen que las inversiones específicas aportan al bienestar general de los consumidores. Esto podría sonar evidente, pero no necesariamente es así. Se suele asumir que todos los consumidores son iguales, en el sentido de que tienen las mismas preferencias. En efecto, las inversiones específicas para servicios promocionales están enfocados en los consumidores marginales. Como bien menciona Comanor (citado por Harvard Law Review, 2008, p. 1607), los fabricantes

²³ Con la salvedad de que este problema solo se presentaría en presencia de *free riding*, como se mencionó anteriormente.

suelen ignorar a los consumidores inframarginales. Estos consumidores seguirán adquiriendo los productos incluso con los servicios promocionales a un precio más alto, pero ello significará una pérdida en el excedente del consumidor. Esto se debe a que los consumidores inframarginales se verán obligados a pagar por servicios que no valoran tanto como el producto mismo, como concluye el estudio de Da Graca & Mason (2012):

Los consumidores son heterogéneos en su valoración del producto. En la ausencia de servicios informativos de preventa, su valoración inicial sigue siendo baja en comparación con el valor que obtendrían del uso real del producto si lo compraran. Sin embargo, cuando el minorista ofrece estos servicios, las valoraciones esperadas de los consumidores aumentan, pero las valoraciones reales en uso siguen siendo las mismas. Como consecuencia, el equilibrio del precio mínimo de reventa en precio y cantidad son mayores, mientras que el excedente del consumidor puede reducirse a medida que los consumidores inframarginales –aquellos que comprarían el producto incluso sin los servicios–, terminan pagando más sin ninguna ganancia en el valor real en uso del producto.

(p. 461)

Finalmente, se suele argumentar que la fijación de precios mínimos de reventa incentiva a los minoristas a invertir en el mantenimiento de stock en épocas de crisis. Esto se mencionó expresamente en el caso *Leegin*, haciendo hincapié que, en época de incertidumbre, los minoristas o distribuidores tienen miedo de que los precios caigan, lo cual los impulsa a reducir sus existencias o stock y, por consiguiente, la oferta se reduce. En ese sentido, un acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa eliminaría este miedo a la reducción de los precios, dando el incentivo suficiente para que los minoristas mantengan un stock suficiente.

Sin embargo, esto ha sido objeto de críticas. Primero, porque la existencia de precios altos en épocas de incertidumbre hará que las existencias se vendan de forma más lenta, sobre todo en bienes elásticos (que usualmente son los productos sobre los cuales se emplea la fijación de precios mínimos de reventa con mayor legitimidad). Segundo, porque si bien se soluciona una preocupación para los minoristas (miedo a la

caída de precios devalúe las existencias) se termina generando otro que es mantener existencias por un periodo más largo de tiempo (Peeperkorn, 2008). Esto, paradójicamente, terminará por destruir, aunque sea parcialmente el incentivo de mantener la misma cantidad de existencias. Esto hace que el acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa “no sea el instrumento más adecuado para obtener la eficiencia deseada o, incluso si lo es, sería aplicable solo durante situaciones de recesión” (Peeperkorn, 2008).

En síntesis, para que este factor explique válidamente la adopción de un acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa, tendría que cumplirse los siguientes requisitos:

- a. Debe estar estrechamente vinculado al problema de *free riding* o, en su defecto, debe quedar clara que en el caso concreto los incentivos entre fabricante y minoristas no están alineados.
- b. Aun cumpliendo la característica anterior, se debe descartar otras soluciones: acciones de tipo contractual que incentiven a los minoristas a realizar estas inversiones, que el fabricante realice las inversiones directamente o una combinación de ambos.
- c. Dependiendo del tipo de producto o servicio, se debe evaluar el impacto de estas inversiones específicas en los consumidores (inframarginales vs. marginales). En buena cuenta, si estas inversiones generan un efecto positivo mayor que el costo de la restricción generada por la fijación de precios mínimos de reventa.
- d. En caso se aplique para incentivar la provisión de existencias, está solo sería aplicable en épocas de crisis y atendiendo al tipo de bien.

2. Elementos anticompetitivos

2.1. Facilitación a la colusión

En el capítulo anterior, pudimos notar la diferencia entre las prácticas anticompetitivas realizadas mediante acuerdos horizontales y mediante acuerdos verticales. Sin embargo, existe un escenario en donde ambos elementos se encuentran presentes: lo que se conoce en doctrina como “Hub & Spoke”.

Esto ocurre cuando existe un acuerdo entre competidores (“spokes” - elemento horizontal) que ha sido promovido o facilitado por un agente económico que opera en

otro nivel de la cadena productiva (“hub” - elemento vertical). Este facilitador resulta relevante para la viabilidad y/o mantenimiento del cartel, debido a que mantiene una relación comercial con todos ellos.

Pero ¿cómo entra a tallar la RPM en este escenario? La RPM es un elemento empleado para servir de señal en el mercado que permita a los integrantes del cartel monitorear si alguno de sus integrantes se ha desviado del acuerdo horizontal de precios. A modo de ejemplo, supongamos que los comercializadores de televisores se ponen de acuerdo para fijar el precio final de venta (precio $X+2$ para la marca “A” y $X+3$ para la marca “B”). Para evitar que algún miembro del cartel lo traicione bajando el precio, estos deciden ponerse de acuerdo con los fabricantes de televisores (A y B) de forma individual para que se establezca un precio mínimo de reventa de $X+2$ y $X+3$ respectivamente. De esta forma la RPM sirve como elemento que viabiliza el mantenimiento del cartel.

En ese escenario, el acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa puede constituir un mecanismo para facilitar la formación y monitoreo del cartel. Esto puede presentarse tanto en un cartel a nivel de fabricantes (el “hub” sería el distribuidor o minorista en común) o a nivel de minoristas o distribuidores (el “hub” sería el fabricante en común).

En un escenario sin precios mínimos de reventa, los miembros del cartel de fabricantes se ven tentados a traicionarlo aplicando precios más bajos para generar mayor volumen de ventas. Sin embargo, “esta tentación desaparece cuando el precio no puede ser reducido debido a la fijación de precios mínimos de reventa” (Lao, 2008, p. 209).

Como bien señala Lambert (2009), la RPM permite minimizar el incumplimiento del cartel “reduciendo tanto la posibilidad de que los comercializadores pidan descuentos como los beneficios esperados que dichos descuentos le puedan significar al fabricante.”

Desde el punto de vista de los fabricantes, estos tendrán el incentivo de establecer la RPM en situaciones donde la competencia por precio es intensa. Ello se debe a que, sin la RPM, los comercializadores buscarán obtener mayores descuentos de los fabricantes para poder reducir el precio final de venta y captar mayor clientela de la competencia. En ausencia de RPM, el fabricante tiene dos opciones: negarse a dar el descuento, lo cual en algunos casos es un riesgo para el fabricante de que el comercializador deje de vender su marca; o brindar el descuento lo cual reduce significativamente sus márgenes

de ganancia o genera una canibalización de la marca como hemos visto anteriormente. Lo más probable es que el fabricante opte por otorgar el descuento para evitar que le cierren un canal de comercialización.

La solución para los fabricantes entonces es la fijación de una RPM que evite siquiera que los comercializadores tomen la iniciativa de pedir descuentos. Ello en el contexto de un cartel de fabricantes permite fiscalizar que los precios finales se mantengan en los niveles acordados por ellos, eliminando la competencia entre comercializadoras aguas abajo al cortar cualquier intento de solicitud de descuento. Implementada la RPM, cualquier reducción en el precio final de determinada marca por parte de algún comercializador permitiría inferir razonablemente que el fabricante de dicha marca otorgó descuentos a tal comercializador, o que no ejecutó adecuadamente la RPM.

Sin embargo, esto que en teoría es viable, tiene ciertos reparos. Por un lado, existen críticas respecto a la frecuencia en que la fijación de precios mínimos de reventa son empleados como un elemento facilitador del cartel y que además en dicho escenario la práctica es evaluada bajo la regla *per se* (por ejemplo, los carteles), no siendo necesario hacer un ejercicio de ponderación o evaluación de los efectos (Harvard Law Review, 2008).

Por otro lado, se señala que existen otros mecanismos distintos a la RPM que permitirían fiscalizar un cartel de fabricantes. Así Lambert (2009) señala con acierto que pueden existir dos tipos de comercializadores: los multimarca y los de marca única. En el primer caso, los fabricantes cartelizados pueden obtener información sobre los descuentos que sus competidores aplican a los comercializadores multimarca, detectando de esta forma la desviación del cartel sin necesidad de la RPM. En el segundo caso, resultaría poco probable que exista una coordinación de precios debido a la diferenciación de productos.

Lambert (Ob. Cit.) termina minimizando el uso de la RPM para fiscalizar un cartel de fabricantes al señalar lo siguiente:

(...) solo los descuentos generalizados que representen para el comercializador un porcentaje significativo de las ventas del producto podrían servir para desestabilizar un cartel de fabricantes; los descuentos ocasionales a uno o pocos comercializadores pequeños difícilmente podría perturbar el cartel. Sin embargo,

los descuentos generalizados son fácilmente detectables incluso en ausencia de la RPM. No queda claro entonces cómo la RPM, la cual es indudablemente costosa para los fabricantes, brinde un “beneficio anticompetitivo” suficiente que justifique su uso como mecanismo para revelar los precios mayoristas. (p. 1949)

Para el caso de un cartel de comercializadores o agentes económicos aguas abajo, estos podrían convencer a los fabricantes (de forma individual o conjunta) para que adopten un esquema de RPM. El incentivo para que el fabricante participe sería evitar la canibalización de su marca producto como consecuencia acciones de comercializadores que fijan el precio de su producto a un precio más bajo del deseado. De esta manera, el fabricante tendría el rol fundamental de castigar a los comercializadores que no aplique el esquema de RPM, haciendo que el cartel de comercializadores funcione.

El problema con esta hipótesis es que resulta necesario convencer al fabricante y este actuar alineando sus propios incentivos al de los comercializadores cartelizados. Un esquema de RPM suele ser costoso para los fabricantes, considerando este costo como la diferencia entre el precio final y el precio de venta al comercializador. Con una RPM esta diferencia es mayor y es absorbida íntegramente por el comercializador. En un escenario donde la integración vertical es posible y/o los comercializadores cartelizados no representan una porción importante del mercado, este esquema resulta inviable. EL fabricante preferirá integrarse verticalmente para absorber ese incremento o limitarse a contratar con los comercializadores no cartelizados.

Finalmente, Diab suma más críticas al supuesto éxito que puede representar la RPM para sostener un cartel. Este señala que la RPM a lo mucho podría solucionar los problemas de estabilidad interna de los carteles, esto es el monitoreo, pero no la estabilidad externa (la conformación del cartel) (2017, p. 618). Así, señala lo siguiente:

La RPM por sí sola no puede resolver todos los problemas de estabilidad interna de un cártel, por no hablar del problema de estabilidad externa de impedir la entrada. La RPM no es una condición necesaria ni suficiente para establecer la coordinación. Al probar la RPM, por lo tanto, no solo probará la existencia de un cartel ni mucho menos probará la existencia de un cartel exitoso. Todo lo que la

RPM puede hacer es aumentar la probabilidad de que un grupo de empresas haya resuelto el problema de estabilidad interna sobre el monitoreo. Si la RPM se legalizara per se, los demandantes y los fiscales aún podrían presentar la RPM como evidencia de que era posible monitorear el cartel al interno; sin embargo, esto no requiere que la RPM sea tratada como conducta anticompetitiva independiente, sino que podría tratarse un elemento del cartel. (2017, p. 619)

En el contexto de la RPM como elemento determinante de un cartel, resulta coherente, por ejemplo, que en los carteles de fabricantes se emplee con éxito para evitar la traición al cartel: los descuentos que un fabricante “traidor” aplique a uno o varios comercializadores difícilmente serán trasladados al precio final, por lo que no se genera un beneficio para este fabricante al no incrementarse las ventas; o, en caso sea trasladado resultará fácilmente detectable por el resto de los miembros del cartel.

La postura de Diab respecto a que no se debería analizar la RPM como conducta anticompetitiva separada de un cartel, deja de lado situaciones de aplicación autónoma de la RPM que sí pueden generar efectos anticompetitivos cuando el que lo aplica ostenta posición de dominio, como veremos más adelante. Pero ciertamente coincidimos en que los casos a nivel comparado en los que se ha empleado la RPM como elemento facilitador de un cartel son contados con la mano²⁴. Sin embargo, se hace necesario establecer parámetros que permitan delimitar los usos de la RPM en carteles frente a la RPM como práctica autónoma.

2.2 Minimiza la atracción de distribuidores eficientes con estrategias de precios bajos (efecto exclusorio aguas abajo)

Los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa pueden ser utilizados por un minorista dominante para excluir a los competidores innovadores y que trasladan el ahorro en costos al precio final (minoristas *low cost*). En este tipo de situaciones, el minorista ostenta posición de dominio y tiene poder de negociación, empleando esta

²⁴ Ello coincide con las respuestas a la pregunta 5 de la encuesta a abogados y economistas especializados en libre competencia en el Perú, donde la mayoría de encuestados respondió que el uso de la RPM para facilitar un cartel es usado “muy pocas veces” (22 personas).

para convencer al fabricante de aplicar precios mínimos lo suficientemente altos que impidan que minoristas *low cost* o innovadores comercialicen estos productos. Esto genera una barrera de entrada o expansión de formatos de venta o distribución basados en precios bajos. En buena cuenta, la práctica desincentiva la innovación y la mejora en los procesos de venta y comercialización de los productos involucrados, lo cual puede **reducir las opciones** de los consumidores, al margen del incremento de precios trae como consecuencia la restricción a la competencia.

Un argumento en contra de este uso es que no habría un efecto sustancialmente restrictivo de la competencia si el fabricante involucrado no ostenta posición de dominio (competencia intermarca). Además, los minoristas *low cost* podrían vender los productos acordando una fijación de precios mínimos de reventa con el fabricante, por lo que no en principio no se reducirían las opciones de los consumidores: si bien se restringe la competencia por precios, esta se traslada a la competencia por servicios.

En línea con lo anterior, los minoristas *low cost* eficientes percibirán mayores ingresos y márgenes de ganancia que podrán invertir en mejorar el servicio de estos productos, trasladando indirectamente estos márgenes a los consumidores en forma de servicios.

No obstante, los minoristas *low cost* perderían su esencia disruptiva en el mercado: piense en los formatos introducidos por empresas como Amazon.com, Cotsco o Wal-Mart quienes se ganaron su posición en el mercado siendo minoristas *low cost* (Lao, 2009, p. 17). Por ello, no debe entenderse la pluralidad de opciones para los consumidores de forma literal. Pluralidad no solo implica cantidad sino también variedad, por ejemplo, diferentes tipos de formatos de venta para atender los distintos tipos de consumidores en función del tipo de producto involucrado. No todos los consumidores querrán (ni podrán) pagar un precio sobrecargado que incluye servicios en tienda, mucho menos para todos los tipos de productos.

Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en los supermercados: existen formatos de supermercados *low cost* (y en ocasiones al por mayor) donde prácticamente no existen servicios ni productos de marcas que se ubican en *tiers* de alta gama; formatos de tiendas de conveniencia, donde no hay mucha variedad pero permite satisfacer a consumidores que requieren adquirir productos básicos en horas donde no atiende los otros formatos; formatos de supermercados *premium*, donde los precios son más altos debido a las inversiones desplegadas en la infraestructura de los locales, el ambiente y un servicio privilegiado.

En ese sentido, y rescatando el aporte de las críticas a este tipo de usos, no solo basta que el minorista ostente posición de dominio y que se realice el acuerdo vertical de precios mínimos, sino que la práctica impulsada por este minorista sea replicada con varios fabricantes de tal forma que se genere un cierre de mercado para los competidores (*market foreclosure*).

A diferencia del uso de la RPM para facilitar un cartel, en este caso sí resultaría esperable este uso de corte anticompetitivo. A mayor abundamiento, la encuesta dirigida a abogados y especialistas en libre competencia en el Perú resulta interesante respecto a este punto. La respuesta a la pregunta 5 sobre “*En base a su experiencia y entre las posibles causas que tienen las empresas para incurrir en esta modalidad ¿Cuáles considera usted que son las que mayormente explican esta práctica? Marcar solo 1 opción por cada explicación.*”, un importante número (50%) señaló que “de vez en cuando” se utiliza la RPM por parte de un minorista dominante para excluir a otros minoristas tipo outlets, mientras que un 30% señaló que dicho uso era “frecuentemente”.

2.3. Bloquea el acceso a los competidores del fabricante al canal de distribución o comercialización (efecto exclusorio aguas arriba)

En el anterior apartado, vimos como los acuerdos verticales de fijación de precios eran promovidos por los minoristas o distribuidores con posición dominante para evitar que ingresen minoristas o distribuidores innovadores (efecto exclusorio aguas abajo). En este caso, nos encontramos con un uso diferente de la práctica de fijación de precios mínimos de reventa: aquel que busca evitar el ingreso de competidores del fabricante (efecto exclusorio aguas arriba).

Básicamente, genera un escenario similar a un contrato de exclusividad, en cuyo caso el precio de venta final al público fijado por el productor se emplea como un incentivo para no vender los productos (actuales o futuros) de la competencia (Diab, 2017, pp. 616-617; Elzinga & Mills, 2017, p. 360; Wright, 2014, p. 10). De esta manera, el productor –con la ayuda de los distribuidores o minoristas– genera una barrera de entrada para sus competidores por razones ajenas a la eficiencia económica. Evidentemente, el precio mínimo a fijar tendría que ser lo suficientemente alto en comparación con el precio que el productor carga al distribuidor o comercializador, de tal forma que sea lo suficientemente atractivo para que acepte.

Esta estrategia es muy usada por productores dominantes que buscan evitar el ingreso de nuevos competidores a los canales de ventas (Mackay & Smith, 2014, p. 9). Esto ha sido estudiado por Asker & Bar-Isaac (2014, p. 13), al punto de afirmar que “el servicio que brindan los minoristas (respecto de los productos de los fabricantes) es la exclusión de un participante potencial”, beneficiándose mutuamente.

Pueden ser utilizados, en ese sentido, como complemento de un acuerdo de exclusividad o como sustituto de este (exclusividad de facto). En el primer escenario, el fabricante y los minoristas o distribuidores establecen contractualmente una exclusividad, la cual va acompañada de la obligación de establecer precios mínimos de reventa; en el segundo escenario, no existe explícitamente un acuerdo de exclusividad, pero sí un acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa que, en la práctica, es empleada como incentivo para los minoristas a fin de evitar el ingreso de competidores del fabricante a sus tiendas. La lógica económica detrás de esto es que el fabricante traslada parte de sus beneficios monopólicos a los minoristas a través de los márgenes de ganancia mayores que permite la fijación de un precio mínimo.

Este efecto anticompetitivo podría ocurrir solo cuando el productor tiene posición de dominio y utiliza la fijación de precios mínimos de reventa como una forma de “contraprestación” para que los distribuidores o comercializadores no vendan los productos competidores del productor en cuestión. A diferencia del apartado anterior en donde el minorista es el mayor interesado en aplicar la fijación de precios mínimos de reventa, acá resulta irrelevante cuál de las dos partes (fabricante o minorista) toma la iniciativa. Esto se debe a que, como veremos más adelante, los incentivos de ambos están totalmente alineados.

Como se puede apreciar, el uso de un acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa como el analizado en este apartado, se daría en un escenario bastante acotado y concreto. Incluso, Diab (2017, pp. 617-618) alega que la fijación de precios mínimos de reventa, por sí mismo, difícilmente puede generar efectos anticompetitivos significativos.

Bajo la perspectiva del citado autor, normalmente en estos esquemas la fijación de precios mínimos de reventa “acompaña” al acuerdo de exclusividad. En esa línea, los cambios en los precios difícilmente pueden ser atribuidos a la fijación de un precio mínimo antes que a la propia exclusividad. En pocas palabras, si estuviéramos en un escenario donde existe un efecto exclusorio que deba ser sancionado, ello obedecería

al acuerdo de exclusividad y no a la fijación del precio mínimo de reventa. Esta frase del autor es bastante elocuente respecto a la idea señalada (Diab, Op. Cit):

En resumen, la fijación de precios mínimos de reventa podría utilizarse para incentivar un acuerdo de exclusividad, de la misma manera en que lo haría un simple pago en efectivo, pero, en cualquier caso, un fiscal o demandante debería tener que juzgar el caso bajo la línea jurisprudencial de los acuerdos de exclusividad, no de la fijación de precios mínimos de reventa. (pp. 617-618)

Ciertamente, en un escenario donde la fijación de precios mínimos de reventa es empleada de forma accesoria (como lo señala Diab) o como una exclusividad “de facto”, la evaluación de la práctica deberá ser equiparable al de un acuerdo de exclusividad.

En buena cuenta, se requiere que existan algunos elementos para que la fijación de precios mínimos de reventa sea empleada como una práctica exclusoria de competidores del fabricante:

- a) El fabricante debe tener posición de dominio en el mercado relevante. Este elemento, como cualquier acuerdo colusorio vertical, resulta fundamental. Sin la existencia de posición dominante, el incremento del precio final como consecuencia de la fijación de precios mínimos de reventa hará que los consumidores migren hacia productos con menores precios, perdiendo cualquier capacidad de generar algún efecto exclusorio (Diab, 2017, p. 617). Esto incluye no solo su participación de mercado, sino barreras de entrada significativas lo cual implica analizar, por ejemplo, si es relativamente sencillo una integración vertical (Asker & Bar-Isaac, 2014, p. 13) y que no tenga competidores con alta elasticidad de la oferta (Elzinga & Mills, 2017, p. 369)
- b) Cuando los productos son homogéneos se incrementa la probabilidad de que tengan un fin anticompetitivo (Asker & Bar-Isaac, 2014, p. 12). Difícilmente se puede argumentar que la fijación de precios mínimos de reventa tiene como finalidad incentivar inversiones en servicios al cliente cuando el producto es homogéneo. Piense, por ejemplo, en bienes de primera necesidad como el azúcar o la harina, en donde no cabe margen alguno para esbozar argumentos procompetitivos para la fijación de precios mínimos de reventa.

- c) Existen incentivos alineados para aplicar la fijación de precios mínimos de reventa como “precio” para obtener beneficios anticompetitivos. Por un lado, el productor dominante tiene el incentivo debido a que con ello obtendrá beneficios anticompetitivos resultantes del bloqueo de competidores por razones ajenas a su propia eficiencia. Por otro lado, los minoristas o distribuidores deben encontrarse en una posición en donde resulta razonable preferir al productor dominante antes que a otro nuevo entrante. Así, en un escenario contra factual, si un nuevo competidor del fabricante entrara al mercado y, como consecuencia, la práctica de fijación de precios cesara, ello implicaría que la práctica era de corte exclusoria (Asker & Bar-Isaac, 2014, p. 15). Ello debido a que no se habría implementado la fijación de precios mínimos bajo la lógica de “inversión en servicios”. De lo contrario, la entrada de un competidor no debía traer como consecuencia la cesación de la fijación de precios mínimos de reventa pues no influye en la lógica de evitar el *free riding*.
- d) Propiamente, los criterios para evaluar si una exclusividad resulta justificada desde la óptica de la libre competencia. Entre ellos, el objetivo detrás de la exclusividad (el fin lícito que busca preservar), el tiempo de duración de esta exclusividad y/o su facilidad para terminar el contrato (que tan difícil es competir por entrar a la red de distribución) y el nivel de cierre del mercado generado por la práctica (*market foreclosure*).

2.4. Restringe a la competencia intramarca sobre precios

El efecto más notorio que genera un acuerdo vertical de fijación de precios de reventa es que se restringe la competencia, a nivel intramarca, en los precios. Esto normalmente hace que los precios de determinado producto o marca estén a un nivel mayor al que tendrían si es que no existiera esta restricción.

Esta fue, durante décadas, la principal preocupación de esta práctica para el sistema jurídico norteamericano. Además de ser la razón por la cual estuvo durante tanto tiempo sometida bajo la regla *per se* a partir del caso *Dr. Miles*. Luego de este caso, la Miller-Tyding Act permitió que algunos estados establezcan la fijación de precios mínimos de reventa como una práctica lícita. Se hicieron algunos estudios empíricos que demostraron que los precios finales estuvieron entre 19% y 27% más altos en los estados que permitieron la práctica comparados con aquellos que lo prohibieron (Liss, 2018, p. 8).

Entonces, pese a esto, ¿cuáles fueron las razones por las que la Corte Suprema de Estados Unidos de América dejara sin efecto el caso *Dr. Miles* en la decisión mayoritaria en el caso *Leegin*?

Para el voto mayoritario, no era de relevancia el hecho de que los precios se incrementaran. Básicamente, cuando la práctica se encuentra justificada en incentivar la provisión de servicios que permite incrementar la demanda, evitar el *free riding* y/o simplemente por tratarse del reflejo de un mayor valor del producto. En este escenario, para el voto mayoritario en el caso *Leegin*, “se asume que los intereses del fabricante están alineados con los de los consumidores y, por lo tanto, es probable que exista una explicación procompetitiva a un incremento de precios que no sea producto de un cartel” (Lao, 2009, p.13).

Es cierto que el factor precio constituye uno de los elementos principales en el proceso competitivo. Sin embargo, no es el único ni tampoco el más importante en todos los casos. El tipo de bienes o servicios involucrados puede implicar que en unos el factor precio sea el más importante que en otros. Por ejemplo, existen bienes de lujo en los que los consumidores prefieren que el precio se mantenga alto, privilegiando la existencia de servicios complementarios o porque están pagando por el valor de la marca y el prestigio que conlleva adquirir dicho producto (Bork, 1966, pp. 454-455 y Ackert, 1995, citado por Harvard Law Review, 2008, p. 1606).

En ese sentido, para que este factor tenga relevancia como efecto anticompetitivo se debe atender a: (i) el **tipo de bien involucrado** (si es de lujo o no) y, (ii) en caso se evidencie un efecto restrictivo, deberá ser ponderado con los efectos positivos señalados en el subcapítulo anterior (preservación de la marca, evitar el *free riding*, inversión en servicios, etc). Por sí sola, el incremento de precios producto de la fijación de precios mínimos de reventa no es prueba suficiente para determinar que es anticompetitivo, a lo mucho un indicio (Lao, 2008, p. 211) pero siempre en función los dos factores indicados anteriormente.

3. Elementos mixtos (Cream Skimming)

Este problema ha sido abordado por la OECD como uno que podría presentarse en las industrias culturales (editoriales y librerías). La idea detrás de esto es que permitir una política de descuentos, podría hacer desaparecer las grandes cadenas de librerías que

ofrecen servicios de atención al cliente especializado, por lo que la fijación de precios mínimos de reventa podría solucionarlo.

Sin embargo, la OECD menciona diversos ejemplos que desmienten la ocurrencia de este problema. Es el caso de Suecia, Estados Unidos de América y Reino Unido. En el primer país mencionado, desde 1970 prohibida la fijación de precios mínimos de reventa en el mercado de editoriales y libros. Pese a las predicciones pesimistas de las editoriales y librerías de que la prohibición de esta práctica haría desaparecer las grandes cadenas de librerías, ello no sucedió (OECD, 1997, p.9).

El caso inglés es muy similar, pues pese a la prohibición de fijación de precios de reventa en este mercado, no se ha generado ningún efecto perjudicial. En el caso de Estados Unidos de América, conviven grandes cadenas de librerías (con gran variedad de títulos y servicio personalizado) y cadenas de librerías con políticas de descuentos de *best sellers*. Básicamente, las grandes cadenas optaron por copiar el modelo de descuentos de *best sellers* para atraer consumidores y promocionar la venta de otros títulos sin descuentos, bajo un esquema de subsidios cruzados.

Sin embargo, a la fecha, no hay información de que este sea un problema existente ni mucho menos que los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa sean la mejor solución. La propia OECD en 1997 intuyó que más bien la fijación de precios mínimos de reventa podría ser empleada por las librerías con el propósito de generar una barrera de entrada a nuevas formas de competencia, por ejemplo, la venta de libros online (OECD, 1997, p.9).

CAPÍTULO III

HACIA UNA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE LOS EFECTOS GENERADOS POR LOS ACUERDOS COLUSORIOS VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS MÍNIMOS DE REVENTA

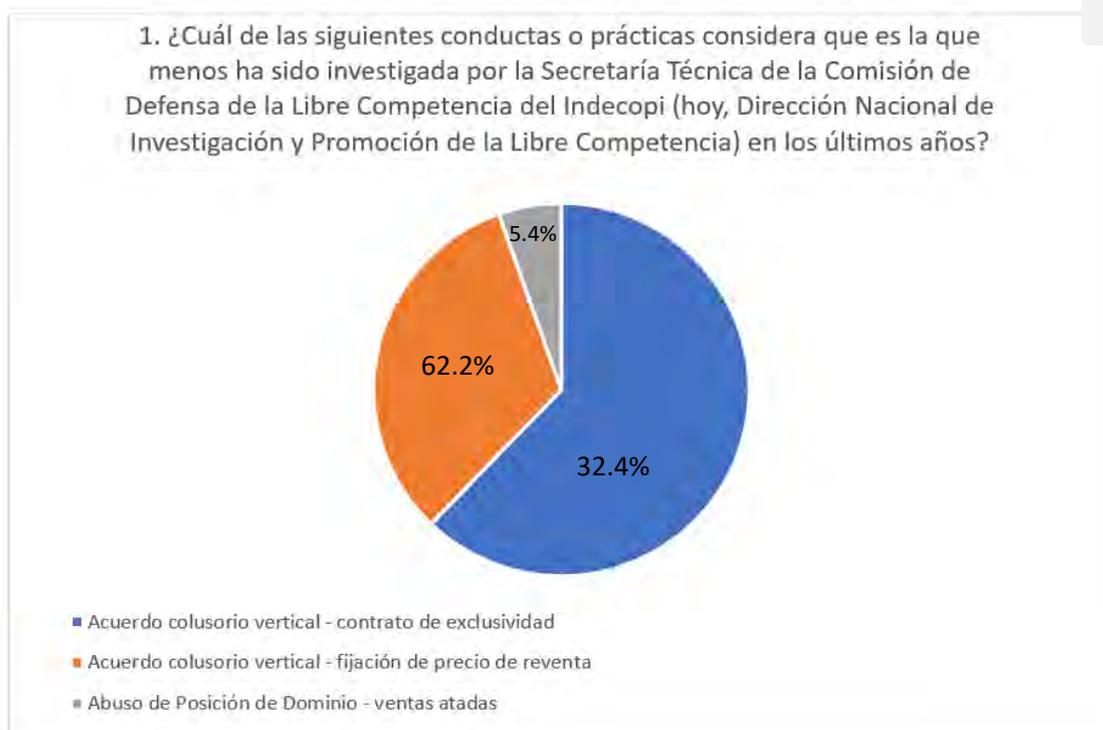
1. La agenda pendiente luego del caso *Leegin*: ausencia de criterios

La sentencia del caso *Leegin* sin duda remeció el mundo de la libre competencia a nivel mundial. Hasta ese entonces, las discusiones sobre si se debía aplicar la regla de la razón a la RPM mayormente se desarrollaban en el ámbito académico, fundamentalmente por la Escuela de Chicago. Durante varios años hubo intentos de persuasión a la Corte Suprema de Estados Unidos, que si bien tuvieron éxito en otras restricciones verticales (por ejemplo, la fijación de precios máximos en el caso *Khan*), no había sido el caso de la RPM. Luego, en los años siguientes a esta sentencia, abundaban *papers* dedicados a establecer una especie de contrastación entre la regla de la razón de las restricciones verticales (Estados Unidos) frente a la presunción de ilicitud de algunas restricciones verticales como la RPM por tratarse como restricciones a la competencia por “objeto” (Unión Europea).

Sin embargo, la propia sentencia del caso *Leegin* admitió que serían las cortes estatales las que deberían delimitar una metodología para evaluar los casos de RPM bajo la regla de la razón. Es en ese sentido que hasta la fecha han existido algunos pocos intentos académicos de esbozar algunas reglas que permitan dar una mayor orientación, pero sin que finalmente fueran necesariamente acogidas por gran parte de las autoridades o cortes. Incluso, parte de la doctrina norteamericana considera que la Federal Trade Commission (FTC) debería emitir lineamientos, como así lo ha hecho, por ejemplo, en los lineamientos de concentración horizontal (Daniels, 2016, pp. 216-217).

Sin duda, la ausencia de parámetros generales puede generar una disminución o ausencia de *enforcement* de este tipo de conductas, lo cual en la práctica puede llevarnos a considerar lícita *per se* a esta conducta (McGuire, 2012, p.1288). Esta tendencia sin duda impactó en nuestra jurisdicción. La inexistencia de criterios generales y consensuados es uno de los factores que determina que en el Perú no haya existido ningún procedimiento sancionador iniciado referido a la RPM específicamente. Esto puede evidenciarse de la encuesta realizada –para los fines del presente estudio– a abogados y economistas en el Perú especializados en materia de competencia.

En este estudio la mayoría de encuestados indicó que la RPM es la práctica menos investigada en los últimos años, por encima de los acuerdos verticales sobre exclusividad y el abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, conductas que no han tenido más 1 o 2 procedimientos iniciados:



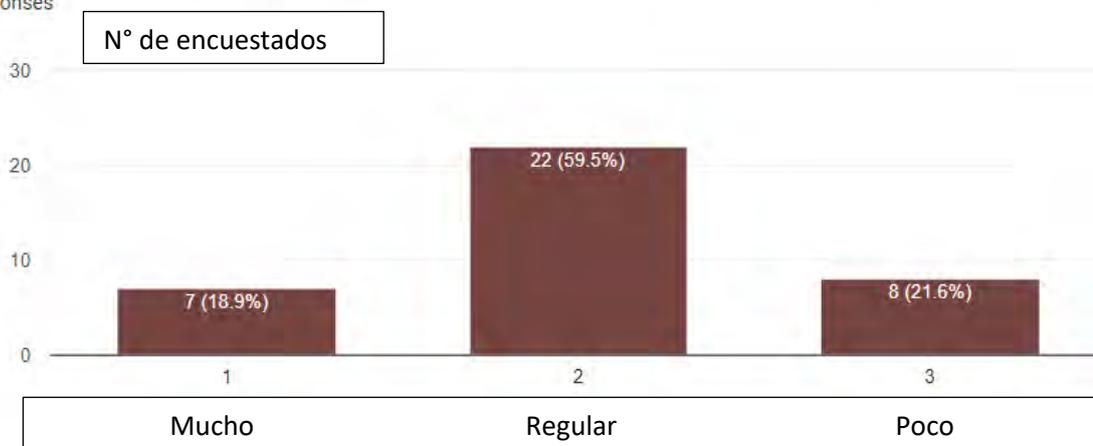
Fuente: Elaboración propia

Encuesta realizada a treinta y siete (37) abogados y economistas especialista en libre competencia

Asimismo, la mayoría de encuestados le asignan una importancia media a la complejidad de análisis de efectos y ausencia de criterios como factor que explica la poca o nula intervención pública la práctica respondida (en su mayoría la RPM). Cabe indicar que la mayoría de encuestados (54.1%) son funcionarios públicos que laboran en las áreas vinculadas a libre competencia:

3. La complejidad de análisis de efectos y ausencia de criterios de evaluación (p.e mediante guías) ¿tuvo alguna influencia en que la autoridad no investigara tanto la práctica respondida en la pregunta 1?

37 responses



Fuente: Elaboración propia

Encuesta realizada a treinta y siete (37) abogados y economistas especialista en libre competencia

En esa línea, pese a no ser el principal factor que explica la nula intervención pública a la RPM según la mencionada encuesta, sí se confirma que como mínimo la ausencia de criterios de evaluación es un factor relevante e importante.

A partir de ello, se hace necesario empezar a construir una metodología y criterios generales que faciliten esta labor, de tal forma que se pueda tratar de estimar en qué situaciones la RPM es lícita.

A continuación, expondremos algunos de los parámetros que intentaron dotar de criterios a las autoridades de competencia luego del caso *Leegin*.

A) Regla de la razón estructurada

Esta es la propuesta de Christine Varney cuando formaba parte de la división antitrust de la *Department of Justice* (DOJ). Se basa en la interpretación del pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Leegin*, específicamente cuando se menciona los cuatro supuestos en los que la RPM puede ser anticompetitiva: (i) cuando es empleado por un cartel de fabricantes para detectar la desviación del acuerdo de precios; (ii) cuando es utilizado para crear y mantener un cartel de comercializadores o distribuidores, mediante la amenaza a los fabricantes de que eliminen cualquier atisbo de reducción de precios; (iii) cuando un minorista dominante busca excluir o evitar el ingreso de minoristas con mejor sistema de distribución, una eficiente estructura de

costos, dañando de esta forma la innovación; y, (iv) cuando es empleado por un fabricante dominante para brindar incentivos a los minoristas o distribuidores a negarse a vender productos de sus competidores actuales o potenciales (Varney, 2009, pp. 23-24).

En base a estas cuatro teorías de efectos anticompetitivos derivados de la RPM, la regla de la razón estructurada se centra en asignar de determinada forma la carga probatoria.

Primero, el denunciante o la autoridad de competencia tiene la carga de demostrar ciertos elementos, en función a cuál de las teorías de efectos anticompetitivos se trata (Varney, op. Cit, pp. 22-23):

- **Efecto exclusorio por parte de un minorista o distribuidor dominante:** (i) el minorista o distribuidor imputado ostenta un poder de mercado significativo; (ii) la coerción ejercida por el imputado (no es suficiente la reacción del fabricante ante los reclamos del minorista o distribuidor) generó como respuesta el uso generalizado de la RPM (por lo menos del 30% del mercado); y, (iii) el efecto exclusorio de la RPM.
- **Cartel a nivel de distribución o minorista:** (i) uso generalizado de la RPM; (ii) la RPM fue instaurada como consecuencia de la presión o coerción de los minoristas o distribuidores, según sea el caso (por lo menos del 50% del mercado); y, (iii) el cartel no podría ser contrarrestado por los fabricantes, por ejemplo, mediante la integración vertical o patrocinando a otros minoristas (bastaría con evidenciar la dependencia en minoristas bien establecidos que comercializan varias marcas).
- **Efecto exclusorio por parte de un fabricante dominante:** (i) el fabricante tiene posición de dominio; (ii) los contratos de RPM del fabricante cubren gran parte de los distribuidores y/o minoristas a tal punto que garantiza el cierre del mercado (por lo menos el 30% de mercado); y, (iii) la RPM presumiblemente posee un efecto exclusorio significativo.
- **Cartel a nivel de fabricantes:** (i) uso generalizado de la RPM; (ii) la estructura del mercado permite o favorece la coordinación de precios (si el mercado es atomizado o no es aplicado por gran parte de los fabricantes, difícilmente sea un cartel que sobreviva y genere un daño al mercado); y, (iii) la RPM presumiblemente ayuda a detectar la desviación del cartel (si los precios son transparentes sin necesidad de la RPM, no se cumple este elemento).

Los dos primeros se darán en casos en los que la RPM es impulsada por el minorista o distribuidor mientras que, en los otros dos, la RPM ha sido promovida por el fabricante.

Luego de ello, si la denunciante o la autoridad logra contar con evidencia de los puntos señalados anteriormente, la carga probatoria se traslada al imputado siendo que se presumirá la ilegalidad de la RPM si no logra acreditar que, según sea el caso: (i) la RPM no es utilizada colectivamente por los fabricantes de tal forma que esta sea generalizada a un porcentaje importante del mercado relevante de producto; (ii) la RPM fue iniciada o impulsada por el fabricante y no por el distribuidor o minorista; y, (iii) el fabricante ni sus minoristas ostentan posición de dominio ni una participación de mercado significativa.

B) Aplicación mecánica de los criterios del caso *Leegin*

Esta parece ser la opción que emplea la FTC. Así, la RPM se presume ilegal salvo que el imputado logre acreditar que: (i) la RPM no es utilizada colectivamente por los fabricantes de tal forma que esta sea generalizada a un porcentaje importante del mercado relevante de producto; (ii) la RPM fue iniciada o impulsada por el fabricante y no por el distribuidor o minorista; y, (iii) el fabricante ni sus minoristas ostentan posición de dominio ni una participación de mercado significativa (Lambert, 2010, p. 212).

Si el imputado no logra acreditar dichos factores, solo podrá ser eximido de responsabilidad si prueba que la RPM fue un mecanismo idóneo para incrementar sus ventas y que ello no se hubiera logrado en ausencia de este.

En síntesis, difiere de la anterior aproximación en que la carga probatoria recae directamente en el imputado, sin necesidad de que el denunciante o la autoridad acrediten previamente los factores enunciados por Christine Varney. Esta metodología ha sido criticada pues, si bien en apariencia se basa en el caso *Leegin*, se evidencia el sesgo de asumir que la mayoría de las veces la RPM será empleado con efectos anticompetitivos cuando en realidad no necesariamente es así (Lambert, 2010, p. 213). Como recalca Lambert, basado en la experiencia de diversos casos, establecer la carga probatoria de forma tan onerosa en el imputado hace que, en la práctica, se desnaturalice la regla de la razón.

Primero, porque el imputado debe determinar el mercado relevante para establecer que tan difundida está la práctica, algo que ciertamente suele ser de lo más complejo y difícil.

Luego, el imputado debe probar que la RPM fue impulsada por el fabricante y no los distribuidores o minoristas. A diferencia de los criterios de Christine Varney, bastaría con que algún distribuidor o minorista se haya quejado con el fabricante para que reduzca la competencia de precios, siendo que esto no necesariamente es anticompetitivo debido a que ello podría obedecer a una mejora en la calidad o servicios incurridos.

Esto, como comenta Lambert, hace que los imputados siempre pierdan los casos de RPM considerando lo onerosa que es la carga probatoria.

C) Enfoque en la identidad de quien promueve la RPM

Esta aproximación se centra en quién fomentó o promovió la RPM. Ello, bajo el entendido de que una RPM promovida por un minorista suele ser más perjudicial que cuando es iniciada por el fabricante. Desde esta perspectiva, se sancionará la RPM cuando sea promovida por un minorista o distribuidor; de lo contrario, se tendrá que hacer una evaluación más detallada de la práctica.

Esta metodología se basa en lo señalado en el caso *Leegin*, cuando se menciona que hay una probabilidad alta de que la RPM iniciada por minoristas facilite un cartel en este eslabón de la cadena productiva o que este lo impulsa siendo dominante para obtener un beneficio anticompetitivo.

Una versión de esta metodología fue propuesta por Comanor y Scherer, quienes señalan que lo primero a evaluar es este punto. Si la RPM fue propuesta por los distribuidores o minoristas, se deberá sancionarla salvo que logren presentar pruebas que desvirtúen tal hecho. Esta metodología fue empleada en el caso *McDonough v. Toys “R” Us Inc.*, en el cual la famosa juguetería fue la que solicitó a los diversos fabricantes de juguetes la aplicación de la RPM a fin de evitar los descuentos de minoristas por internet. La justificación de Toys “R” Us fue que la práctica promovía la competencia al incentivar la demanda de mayores servicios y certificación de productos. Sin embargo, esta fue rechazada por la corte distrital, siguiendo el testimonio de Comanor quien actuaba como experto de la demandante (un grupo de consumidores), al indicar que cuando un distribuidor fuerza la imposición de una RPM solo se producen efectos anticompetitivos (Lambert, 2010, p. 200). En buena cuenta, esta metodología determina que la RPM impuesta por un minorista o distribuidor sea evaluada bajo una regla *per se*.

Como bien menciona Lambert (2010, p. 200), la metodología de Comanor y Scherer presupone que todos los distribuidores o minoristas que promueven la RPM buscan obtener un beneficio anticompetitivo. Sin embargo, ello no es necesariamente así. Los minoristas que invierten en servicios suelen ser los primeros en detectar la existencia de *free riding* por parte de otros minoristas, generando que soliciten al fabricante la aplicación de la RPM para solucionar dicho problema. Es decir, los intereses del fabricante y de los minoristas que invierten en servicios están alineados, a diferencia de una situación en la que el minorista tiene como objetivo emplear la RPM con fines anticompetitivos.

Además de lo anteriormente mencionado, esta metodología es inconveniente pues puede ser evadida aplicando otras prácticas. Por ejemplo, en vez de solicitar al fabricante la aplicación de la RPM, el minorista podría pedir al fabricante que niegue el suministro de sus productos a los minoristas que vendan por debajo de determinado nivel de precios (contratos de exclusividad). Esta práctica, a diferencia de la RPM instigada por el minorista, no sería ilegal de forma automática.

En buena cuenta, restringir la venta de un producto a determinados minoristas en virtud de una exclusividad podría resultar más restrictivo que permitírsele mediante una política de precios mínimos de reventa.

D) Potencialidad del problema de *free riding*

Esta metodología apunta a distinguir aquellos productos que requieren ser comercializados con servicios que podrían ser susceptibles de *free riding*. Una versión de esta metodología fue elaborada por Areeda y Hovenkamp. Esta metodología apunta a que el denunciante o la autoridad de competencia puede accionar solo si acredita al menos uno de los ocho supuestos que ellos indican. Estos son los siguientes:

1. El mercado relevante del fabricante es concentrado (HHI mayor a 1200) y los acuerdos de RPM cubren una parte sustancial del total de ventas del mercado (mínimo 15%).
2. El mercado relevante del minorista o distribuidor es concentrado (HHI mayor a 1200).
3. Los acuerdos de RPM cubren una parte sustancial del total de ventas del mercado (mínimo 15%).

4. La RPM fue impulsada por los minoristas, bien sea dos o más en conjunto o un solo minorista, pero con posición dominante (mínimo 30% de participación de mercado).
5. La RPM es aplicada a una marca bien posicionada que tenga como mínimo el 30% de las ventas del mercado.
6. Exista un minorista o distribuidor con poder de mercado que como mínimo es responsable del 30% de las ventas del fabricante en el área de cobertura de la RPM.
7. El fabricante aplica la RPM selectivamente en una o algunas zonas geográficas.
8. El producto es homogéneo, lo cual descarta de plano la necesidad de implementar servicios. Si se presenta este supuesto, se presume sin prueba en contrario que la RPM es ilegal.

De esta manera, si el denunciante o la autoridad acredita cualquiera de los primeros siete factores listados, la carga de la prueba se traslada al imputado. Esta metodología también presenta un sesgo: que existen factores procompetitivos incluso en ausencia de problemas de *free riding*. Por ejemplo, no siempre resulta viable establecer el nivel de servicios deseados en un contrato, siendo la RPM la mejor forma de suplir esa deficiencia, incluso en ausencia de *free riding*.

Como se indicó en el capítulo anterior, se suele asumir que en ausencia de problemas de *free riding*, los minoristas deberían tener los incentivos suficientes para realizar inversiones en mejorar el servicio, no siendo necesario aplicar la RPM. El voto en discordia del juez Breyer en el caso *Leegin* apunta a ello al igual que autores como Marina Lao.

Ello ha sido refutado por Benjamin Klein (2009) quien señala que la RPM igual es necesaria en tales situaciones debido a que suele existir una discrepancia entre el fabricante y el minorista respecto al nivel óptimo de servicios deseados: los fabricantes suelen ganar más por los servicios brindados que los minoristas mismos. Como mencionamos, se debe distinguir entre los servicios generales del minorista (decoración del local, parqueo, personal capacitado) de los servicios específicos a determinada marca (espacios preferenciales en sus anaqueles, degustadores, promotores), siendo los segundos sobre los que puede existir la discrepancia antes señalada. Como bien se hace notar, los servicios específicos no suelen influenciar en las decisiones de los consumidores respecto al lugar en donde adquirirán el producto promocionado (*inter-retailer demand effects*).

Además, la asignación de mayores servicios a una marca en específico puede llegar a perjudicar a una marca rival (asignar un espacio privilegiado en las góndolas a una marca implica no asignarlo a otra marca), haciendo que las ventas de esa marca se reduzcan en perjuicio del minorista multimarca.

En todas estas situaciones, el uso de la RPM podría solucionar eficazmente la diferencia de incentivos entre fabricante y minorista, pese a que no existe un problema de *free riding*.

2. Los intentos de establecer algunos parámetros: análisis comparado

Como habíamos indicado en el capítulo 1, el sistema jurídico comunitario de la Unión Europea en materia de libre competencia sanciona a la RPM de forma similar a un acuerdo horizontal. Así, las conductas anticompetitivas pueden ser calificadas por el objeto o por el efecto. En el primer caso, se refiere a conductas que por su propia naturaleza y finalidad buscan restringir, limitar o eliminar la competencia (por ejemplo, los *hard core cartels*), mientras que las conductas por su efecto son aquellas que, al margen de la intencionalidad de las partes que la incurren, estas generan un efecto restrictivo de la competencia.

Los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa, en general, siguen siendo analizados de forma similar a un cartel como una conducta restrictiva por su objeto (art. 101 del TFUE). Es decir, en la Unión Europea no se distingue entre los tipos de acuerdos (vertical u horizontal) de precios.

Un caso reciente fue el de la autoridad de competencia del Reino de los Países Bajos – Authority for Consumers and Markets (ACM) que sancionó en septiembre del 2021 a Samsung Electronics Benelux B.V. con casi 40 millones de euros por coordinar los precios de reventa de los televisores marca Samsung con las empresas minoristas entre el 2013 y fines del 2018.

Samsung tenía una política de precios mínimos de reventa “sugeridos” para sus minoristas, el cual era monitoreado a través de softwares empleados en los precios publicados en las páginas web de los comercios. Cuando Samsung evidenciaba un incumplimiento a la RPM, se comunicaba con el comercio minorista mediante correos electrónicos o Whatsapp para que ajustaran inmediatamente el precio. Lo resaltante es

que Samsung se aseguraba de informar que haría lo mismo con los demás comercios minoristas, de tal forma que estos acataban la instrucción sabiendo que no serían los únicos en aumentar el precio indicado por Samsung.

Como se puede apreciar, en las jurisdicciones de la Unión Europea solo es legal recomendar los precios de venta al público sin mayor intervención. Esto significa que si el productor influencia en las decisiones de los distribuidores o minoristas (por ejemplo, informando sobre los planes de los otros minoristas o aplicando medidas de sanción) que genera la obligatoriedad de estos precios, estamos ante una restricción sancionable por el objeto.

Este detalle es importante, pues algunas jurisdicciones en Latinoamérica aplican una lógica similar a la europea (por ejemplo, Colombia o Uruguay). Otras autoridades asocian los efectos de la conducta con la posición de la empresa que la lleva a cabo, es decir importando solo la posición de dominio que ostenta en el mercado antes que los efectos de la conducta (De León, 2009, p. 349). Incluso algunas aplican una regla *per se* a esta práctica.

En ese sentido, veremos algunos países latinoamericanos representativos en los que se han abordado bien en normativas o guías como en la jurisprudencia, un tratamiento de la RPM, de tal forma que podamos rescatar algunos criterios que nos podrán servir en la presente investigación.

2.1 Colombia

El tratamiento de la fijación de precios mínimos de reventa en Colombia ha ido variando a lo largo de los años. Así, hasta antes del año 2012, la RPM era considerada una práctica anticompetitiva de prohibición absoluta o *per se*. En efecto, este razonamiento fue desarrollado por la Superintendencia de Industria y Comercio (la SIC) en diversas resoluciones. Por ejemplo, en los modelos de negocio de franquicia, el franquiciante no podía establecer, obligar o sancionar la fijación de precios de reventa al franquiciado (Lobo, 2016).

Sin embargo, antes de entrar a ver algunos de estos pronunciamientos, es importante mencionar que la conducta de fijación de precios de reventa es entendida en Colombia como una forma de **influenciación anticompetitiva**. Esta es claramente una importación del modelo europeo que comentamos líneas arriba.

Así, la SIC desarrolló el concepto de influenciación de precios a través de la Resolución 25420 del 06 de agosto de 2002, recaída en el proceso iniciado contra la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño (ADICIONAR) al indicar lo siguiente:

Acto de influenciar a una empresa (...) parte de la existencia de un sujeto activo, quien ejerce la influencia y del que no se predica ninguna calificación adicional a la ya señalada de ejercer una actividad económica; así como un agente pasivo, receptáculo del comportamiento, más específicamente el influenciado, cuya naturaleza ha de ser la propia de una empresa. (SIC, 2002, p. 6)

Asimismo, la SIC señaló lo siguiente:

Para esta Superintendencia, lo que se está reprimiendo en el tantas veces citado numeral 2 del artículo 48, es que aquél que ejerza una actividad económica despliegue actividades orientadas a alterar el libre albedrío de una empresa, frente al precio que está dispuesta a asignar a los bienes y servicios que ofrece, debiendo hacer énfasis en que la infracción tendrá lugar sin importar que se logre el resultado, ni el tamaño o el ascendente que el agente activo tenga sobre el pasivo. (SIC, 2002, p. 7)

De igual modo, en la Resolución 08310 del 28 de marzo de 2003, emitida en el proceso iniciado contra Sociedad Gabrica S.A. por la presunta realización de actos de influenciación sobre la empresa Concentrados del Norte, la SIC manifestó lo siguiente respecto del acto de influenciación:

De modo que la presión ejercida contra la denunciante para que incrementara los precios de los productos de Gabrica, constituye a juicio de este Despacho, un acto de influenciación. Lo dicho cobra fuerza si se tiene en cuenta que la condición de importador exclusivo que tenía Gabrica y de proveedor de los

mismos, le conferían una capacidad suficiente para incidir en las determinaciones de Concentrados del Norte, que de no acatar sus observaciones se vería expuesta a la negativa de venta, como en efecto sucedió (...)

En este contexto, la práctica que se ha analizado limita la libre competencia, en cuanto conduce a que el precio no sea el resultado de las fluctuaciones de las fuerzas del mercado, ni de la rivalidad entre competidores sino el resultado de una influencia ejercida por Gabrica de la que se deriva una pérdida de autonomía, al paso que el precio, como instrumento de lucha por el favorecimiento de la cliente, pierde su razón de ser. (SIC, 2003, p. 14)

Ahora bien, el tratamiento otorgado por la SIC a la fijación de precios de reventa como una influenciación de precios, genera que dicha autoridad analice esta práctica bajo la regla *per se*. Ello, se desprende de lo establecido en la Resolución 25420 del 6 de agosto de 2002, a través de la cual la SIC indicó lo siguiente:

En este contexto, el influenciar a una empresa con los propósitos indicados, constituye *per se* un comportamiento restrictivo de la libre competencia. No es preciso esperar un resultado y menos un detrimento o perjuicio para entender que existió una influencia anticompetitiva sobre los precios, basta con que tenga lugar el verbo rector “influenciar” orientado a alterar, variar o siquiera incidir en el parecer sobre el monto del precio que se pretendía cobrar por un determinado producto, ya para aumentarlo o disminuirlo. De ahí que el objeto de la influencia sea el eje central sobre la cual se estructura la conducta prohibitiva, pues como la norma lo describe debe estar encaminada a incidir en la esfera de la voluntad de otro agente. (SIC, 2002, p. 15)

Asimismo, en dicha resolución, la SIC indicó que *“probar o no que el agente influenciado aumentó o disminuyó sus propios precios o que tenían la firme intención de hacerlo, es*

un hecho irrelevante para la configuración de la norma, pues ésta no presupone ni requiere de tal circunstancia.”

Siguiendo la misma línea de razonamiento, la SIC indicó en la Resolución N° 8231 del año 2001, emitida en atención al caso “Casa Luker S.A.”. Así, Miranda (2020) comentó dicho caso indicando lo siguiente:

Para el caso analizado la acción se predica exclusivamente del sujeto activo, la norma no condiciona ni supedita su configuración a una respuesta positiva del influenciado, ni siquiera habla de una variación del mundo exterior. De haber sido esa la intención del legislador habría señalado expresamente tal supuesto como hiciera en otras disposiciones al referirse al "efecto" de la conducta. Atribuir esa connotación o exigencia a la norma en comento sería ir más allá de lo que verdaderamente pretendió el legislador.

En este sentido, debe recordarse que las normas sobre competencia revelan un marcado interés preventivo, su operancia tiende a evitar un menoscabo al mercado, razón por la cual resultaría contradictorio tener que esperar a que el resultado nocivo se haya ocasionado para que éstas empiecen a tener vigencia, cuando lo pretendido es justamente salvaguardar al mercado de toda afectación.

(p. 7)

Como vemos, la SIC tuvo una postura bastante estricta en lo concerniente a la RPM, aplicando la regla *per se*, es decir, sin posibilidad de alegar o evaluar posibles eficiencias de la práctica.

Sin embargo, a partir del año 2012, la SIC cambió de criterio. Ello puede evidenciarse en la Resolución 48092 del 13 de agosto de 2012, emitida en atención a la investigación preliminar a almacenes de grandes superficies del país por la fijación de precios del televisor marca Sony modelo Bravia de 32 pulgadas HD.

En dicho pronunciamiento, la SIC señaló que la fijación de precios de reventa tiene que ser analizada caso a caso, teniendo en cuenta el tipo de restricciones a la competencia que la conducta podría generar, tal como se aprecia a continuación:

Como se puede ver, la fijación de precios de reventa puede resultar en efectos procompetitivos y anticompetitivos.

En Colombia, rígidamente, se les ha dado el mismo alcance prohibitivo a escenarios económicamente disímiles. La eficiencia económica impone no realizar una aplicación normativa idéntica para las relaciones verticales y para las relaciones horizontales, dada su diversa naturaleza, y teniendo en cuenta que el principal requisito para que una conducta sea susceptible de sanción, es que esta sea anticompetitiva.

Por esta razón, la fijación de precios de reventa tiene que ser analizados caso a caso, teniendo en cuenta el tipo de restricciones a la competencia que la conducta podría estar generado. (SIC, 2012, p. 11)

Asimismo, a través de dicha resolución la SIC estableció que para poder identificar si la RPM acarrea algún efecto anticompetitivo, era necesario verificar los siguientes aspectos:

1. **La estructura de mercado:** la presencia de barreras a la entrada, la dinámica de precios, el nivel de concentración del mercado, etc.
2. **Características del agente aguas arriba:** el poder de mercado del agente que fija el precio y si ostentaba posición dominante.
3. **La naturaleza del bien y de la marca:** si es de lujo o no, si requiere servicios de preventa o postventa y el nivel de estandarización que exige la marca.
4. **La relación contractual:** la asunción de riesgos, la relación con los consumidores, entre otros.
5. **Los efectos a largo plazo:** efectos pro-competitivos a largo plazo.

En dicha investigación, la SIC ordenó el archivo del caso debido a que la evidencia recabada determinó que el mercado de televisores era bastante competitivo, además

de que existían promociones comerciales en función a los canales de venta debido a que no se cumplía la RPM.

Otro caso importante es aquel contenido en la Resolución 76724 del 16 de diciembre 2014, emitida por la SIC en el proceso iniciado contra la Concesión Aeropuerto de San Andrés y Providencia S.A. y Chevron Petroleum Company, por la que estableció un razonamiento importante en el tratamiento de acuerdos verticales como conductas que no son *per se* anticompetitivas y la carga de la prueba para los investigados, en los siguientes términos:

Para esta Superintendencia, si bien los acuerdos verticales usualmente tienen efectos anticompetitivos (como los que se ilustraron anteriormente), también pueden tener excepcionalmente efectos pro-competitivos, y por consiguiente no ser ilegales. Es por esto que no todo acuerdo vertical que involucra la fijación de un precio aguas abajo (o cualquier otra restricción) es por sí mismo ilegal. Para ello, la Superintendencia tendrá que concluir, después de realizar una investigación y de que los investigados hayan presentado las razones económicas de su conducta, que el acuerdo vertical no genera eficiencias que sean suficientes para contrarrestar las restricciones a la competencia generadas por la misma.

Por el contrario, si después de que la SIC demuestra la existencia de una restricción derivada de un acuerdo vertical (como, por ejemplo el establecimiento de precios mínimos de reventa a distribuidores) los investigados prueban que la misma se justifica en serias razones de eficiencia que son suficientes para contrarrestar la restricción, la Superintendencia no podría considerar que la conducta es ilegal y sancionable, razón por la cual no podría afirmar que se encuadra en la prohibición del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En este sentido, una vez la SIC ha probado que existe un acuerdo vertical en el que se fijan precios o en el que se reparten mercados (o cualquier otro que limite

la competencia), serán los investigados quienes tendrán la carga de probar que a pesar de que el acuerdo tiende a producir restricciones a la competencia, está justificado en razones de eficiencia que eliminan su naturaleza anticompetitiva.” (SIC, 2014, p. 64)

Finalmente, el 14 de abril del 2015, la SIC emitió la Resolución 16562 en el proceso iniciado contra Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A., por la que se reitera el criterio según el cual la fijación de precios de reventa no es una conducta *per se* anticompetitiva y se indica también que es el investigado quien tiene la carga de probar las eficiencias que alega en su favor:

Los efectos de las restricciones verticales pueden ser anticompetitivos, neutrales, o incluso pro-competitivos, por lo que el efecto neto en la competencia y en la eficiencia económica no es obvio a priori. Los efectos favorables a la competencia podrían básicamente consistir en incrementos en los niveles de eficiencia, al permitir a un vendedor y un comprador reducir sus costos de transacción, optimizar los niveles de inversión, y eliminar las distorsiones de precios que pudieren surgir y afectar al consumidor.

En suma, la fijación de precios de reventa puede resultar en efectos anticompetitivos neutrales o incluso pro-competitivos, debiendo estos últimos ser probados en el curso de la investigación. En efecto, una vez la Superintendencia de Industria y Comercio ha probado que existe un acuerdo vertical en el que se fijan precios de reventa (modalidad de restricción vertical), serán los investigados quienes deberán probar que el acuerdo está justificado en razones de eficiencia que eliminan su naturaleza anticompetitiva. (SIC, 2015, pp. 18-19)

Sin embargo, hasta la fecha no se ha encontrado pronunciamiento alguno que otorgue parámetros de evaluación, más allá de trasladar la carga de la prueba al investigado de acreditar las eficiencias de la práctica.

2.2 Brasil

En el caso de Brasil, también ha habido idas y venidas. A diferencia del caso colombiano, en el que se pasa de una postura restrictiva a una más permisiva de la RPM, en el caso brasileño la dirección es opuesta. Pero lo curioso es que estas diferencias pasan a un segundo plano cuando el caso presenta la característica de una RPM obligatoria o que se haya evidenciado alguna forma de sanción o coacción. Al ver cada uno de estos casos, quedará más claro este punto.

A) Caso Kibon

En la década de los 90's, el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tuvo el primer caso sobre RPM: aquel iniciado contra la empresa fabricante de la marca de helados Kibon (Indústria Alimentícias Gerais S.A.) debido a que dicha empresa entregaba una lista de precios a sus comercializadores minoristas. La razón era que ello conllevaba la adopción de una conducta uniforme en materia de precios finales. Sin embargo, CADE declaró que la conducta era legal pues la lista de precios contenía precios de reventa sugeridos y por ende no constituía la fijación de un precio mínimo de reventa (Procedimiento 148/1994). En ese entonces, CADE consideró que la sugerencia de precios es inocua mientras que la RPM, dada su obligatoriedad, tenía que ser evaluada bajo la regla de la razón.

Los criterios que analizó CADE en dicho caso y que han sido aplicados posteriormente pueden resumirse en los siguientes: (i) ausencia de mecanismos de coerción o sanción en caso de incumplir la lista de precios; (ii) ausencia de poder de mercado que obligue a los minoristas a seguir la lista de precios; y (iii) esta práctica no se había difundido entre los competidores, debido a que los precios se mantenían diferenciados.

CADE encontró un alto nivel de competencia inter marca, pocas barreras de entrada y un mercado ofertante atomizado, lo que dificulta que se emplee un poder monopólico. En síntesis, ante la ausencia de poder de mercado, la competencia intermarca existente evitaría que se genere un efecto negativo.

B) Caso SKF

En el 2013, CADE cambió de criterio en cuanto al tratamiento de la RPM. A partir del caso en el que sancionó a SKF -el productor de automóviles-, CADE consideró que la

RPM es una restricción por objeto es decir siguiendo la tendencia de la Unión Europea (Procedimiento 08012.001271/2001-44). Así, bajo este cambio de criterio no importa si la RPM es obligatoria o si se trata de precios sugeridos, ni si los distribuidores la ejecutaron o no o, incluso si alguna de las partes ostenta posición de dominio o poder de mercado. La diferencia es que las imputadas tienen la carga de acreditar las eficiencias derivadas de la RPM, de lo contrario serán sancionadas. En buena cuenta, se trata de la presunción de ilegalidad de la práctica que admite prueba en contrario a cargo de la imputada.

En el caso de SKF, este ostentaba aproximadamente un 28% de participación de mercado. Este dato es relevante, pues la normativa brasileña establece una presunción *iuris tantum* de posición de dominio cuando se supera una participación de mercado del 20%. Años más tarde, algunos Comisionados (por ejemplo, Marcos Paulo Veríssimo), señalaron que las empresas tenían la carga de acreditar que la RPM tenía efectos positivos para el mercado una vez tengan el 20% de participación.

Finalmente, un dato interesante es que en la decisión del caso SKF deja abierta la posibilidad de aplicar la RPM para un uso específico de lanzamiento de un producto nuevo, siempre y cuando tenga una duración corta, como de tres (3) meses.

2.3 Uruguay

Uruguay ha tenido dos casos interesantes sobre el uso de la RPM con fines netamente anticompetitivos: uno, como elemento facilitador de un cartel y el otro, como una práctica destinada a excluir a un distribuidor competidor.

A) Caso productos congelados

El primer caso se inició con una consulta recibida por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas de Uruguay (la Comisión). Esta consulta versaba sobre el uso de listas de precios al consumidor de productos congelados. Es a partir de esta consulta que la Comisión inició un estudio sobre las condiciones de competencia en el mercado de alimentos congelados, específicamente la formación de precios.

A raíz de este estudio se inició una investigación de oficio en el mercado de alimentos congelados, con el fin de determinar la existencia de prácticas anticompetitivas y sancionar a los responsables.

Este procedimiento concluyó con la sanción a cuatro (4) productores de alimentos congelados por acordar la fijación de RPM, así como a una cadena de supermercados (Supermercados Disco del Uruguay S.A.) debido a que este fue quien solicitó que se fijarán esos precios mínimos (Resolución 80/014). Estos cuatro (4) productores también habían creado un sistema de fiscalización y sanciones para las empresas que incumplieran dicha práctica. El supermercado sancionado fue el encargado de coordinar este sistema, para lo cual notificaba de cualquier incumplimiento a los productores cartelizados, llegando al punto de amenazar a los fabricantes de dejar de comprarles a los que incumplan este acuerdo.

Así podemos identificar a tres tipos de agentes económicos comprendidos en la práctica sancionada: (I) Distribuidores mayoristas: distribuidor alimentos congelados que abastecen a los comercios minoristas y eran quienes elaboran las listas de precios; (II) Cadenas de supermercados (grandes superficies): estas cadenas eran sospechosas de ejercer presión sobre los mayoristas para la fijación de precios mínimos; (III) Comercios minoristas: comercio de venta al público de alimentos congelados que eran quienes recibían la lista de precios para su aplicación.

Mediante la recolección de correos electrónicos, se obtuvieron las pruebas que acreditaron la existencia de esta lista de precios y del sistema de castigo ante el incumplimiento de la RPM.

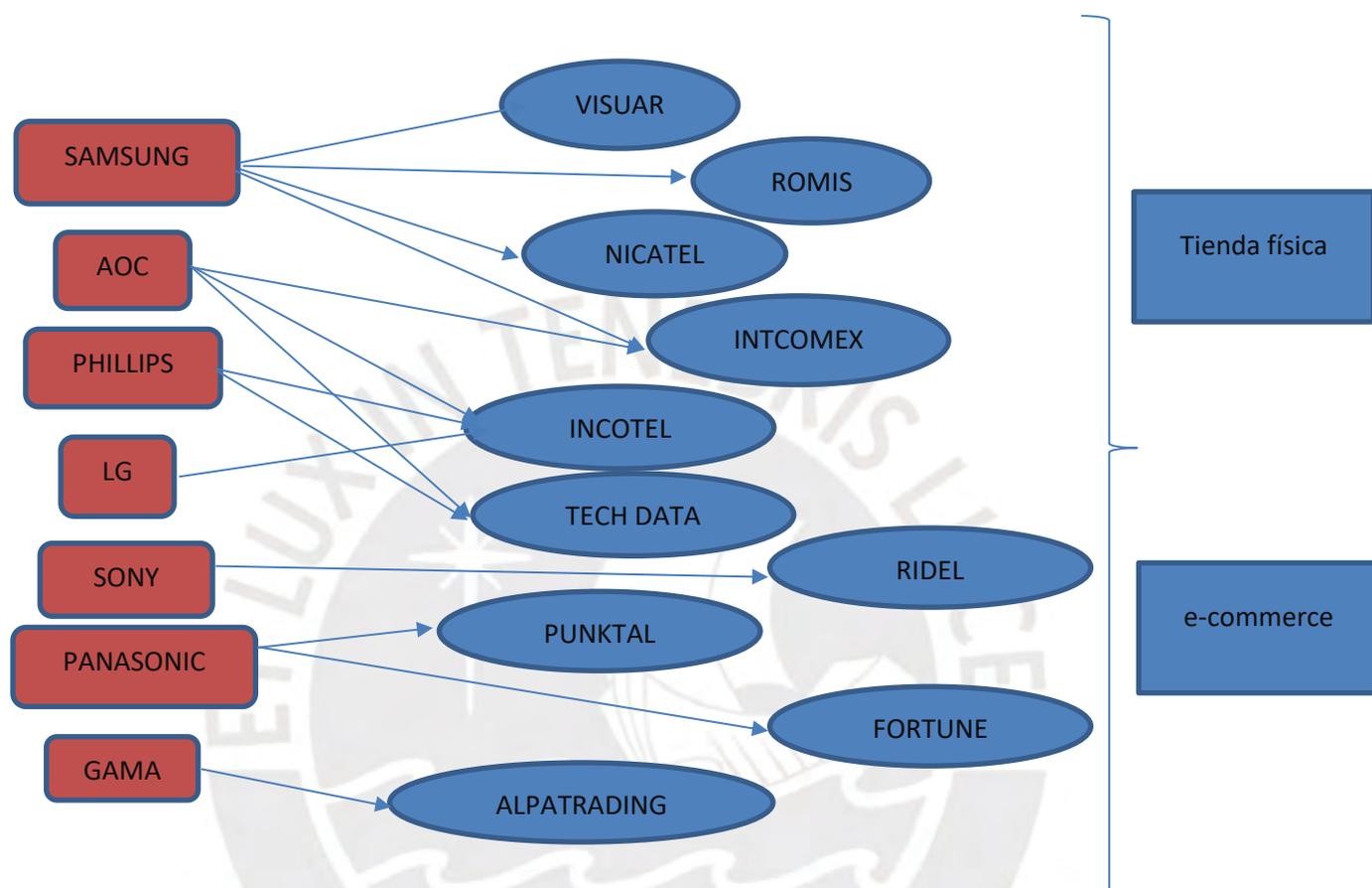
B) Caso electrodomésticos

El segundo caso refiere a un procedimiento contra importadoras y distribuidoras de televisores en el año 2014. Este se inició debido a la denuncia de una empresa minorista de venta de electrodomésticos e intermediación online Baranur S.A. (cuyo portal web se denomina “Woow! Uruguay”) a diversos distribuidores por haberle negado la venta de televisores marca LG, Samsung y AOC.

Cuando la Comisión realiza las investigaciones respectivas, se percata que se trataba de una política de fijación de precios mínimos de reventa y que la negativa de venta era el “castigo” por incumplir dicha política.

Para tener un panorama más claro, conviene ver el siguiente gráfico:

Gráfico N° 1



Así, podemos dividir el caso en función a las marcas involucradas y sus distribuidores:

- **AOC (INTCOMEX):** se recabaron correos electrónicos en los cuales Intcomex solicitaba a la denunciante que respete el precio de venta al público de forma obligatoria. Si bien esta distribuidora quiso negar que era un precio obligatorio pese a la evidencia, lo destacable es que también argumentó que este precio mínimo de reventa impedía una “subasta entre minoristas” perjudicando el valor de su marca. Este argumento, si bien cuestionable y no acreditado en su caso, no fue atendido por la Comisión. No se evidenció la participación de la marca en esta práctica.
- **LG (INCOTEL):** A diferencia de la situación anterior, sí existió evidencia de la participación de la marca y el distribuidor Incotel. LG conminó a la denunciante

y a otra empresa minorista a cesar con la venta de sus productos por debajo del precio. Sin embargo, no se identificó qué productos se trataba.

- **PHILLIPS (INCOTEL):** Phillips admitió en el procedimiento que el cese de la venta de sus productos a la denunciante fue por establecer un precio por debajo del precio de venta al público. Asimismo, los correos de la distribuidora trasladando la política de Phillips resultaban evidentes en ese sentido. Sin embargo, estos versaron sobre otros productos diferentes a televisores.
- **PHILLIPS (TECH DATA):** Phillips ordenó a Tech Data que cese su relación comercial con el denunciante. Sin embargo, quedó evidenciado que este distribuidor no quería cesar su vínculo comercial, viéndose forzado a ello por la marca. Además, esta distribuidora cuenta con un Código de Ética que establece claramente la libertad que tienen sus clientes de fijar los precios de los productos que comercializan.
- **SAMSUNG (VISUAR):** Samsung negó haber participado de la fijación de precios mínimos de reventa, indicando que eso lo manejaba Visuar y la denunciante. Pero los correos recabados demostraron cómo ante el reclamo de un minorista competidor del denunciante (Motociclo) porque este incumplió el precio mínimo de reventa, Samsung decide preferir a Monociclo y aplicar el castigo de cese de venta al denunciante.
- **GAMA (ALPINTRADING):** la distribuidora de Gama admitió que era obligatorio que los minoristas sigan los precios mínimos de reventa, pese a que inicialmente señaló que eran “precios sugeridos”. Sin embargo, no se evidenció el cese de la comercialización, pero sí el cambio de condiciones que la Comisión consideró “razonables”.

La Comisión no encontró evidencia de participación de las marcas Sony ni Panasonic y sus respectivos distribuidores.

Es así que por Resolución 158/16, la Comisión sancionó a Samsung, LG, las distribuidoras Visuar, Incotel, Intcomex, así como al minorista Motociclo por el acuerdo de fijación de precios mínimos de reventa.

De este caso, cabe hacer algunos comentarios importantes:

- El caso se inició por la denuncia de un agente económico perjudicado, un comercializador minorista. Este agente económico presenta la característica

de comercializar los productos por internet y tener una política de descuentos agresiva.

- Este hecho fue lo que desencadenó que varias marcas y sus respectivos distribuidores buscarán un mecanismo para evitar que exista competencia intramarca a nivel minorista: mediante la adopción y fiscalización de la RPM.
- Lo resaltante de este caso es que la mayoría de las marcas realizaron esta práctica generando un efecto exclusorio en perjuicio del denunciante. En términos empleados por el Informe 49/15 referido a este caso, “...*si bien al momento no existe evidencia que permita concluir la existencia de un acuerdo entre marcas, tampoco es posible ignorar que, al haber la mayoría de las investigadas adoptado una idéntica postura, los efectos podrían asemejarse a los que se hubiesen producido de existir un acuerdo (entre competidores).*”

En nuestra opinión, la Comisión debió ponderar los efectos negativos con los posibles efectos positivos. No queda claro si es que estamos ante un caso en donde se afectó a un agente económico en particular en un mercado atomizado o si, en efecto, se trataba de un agente económico clave e importante para el proceso competitivo en su conjunto o si afectó a otros minoristas y en qué proporción. Tampoco se evaluó si en estos mercados el precio es el factor de competencia más importante o si la restricción en precios era compensada con otros beneficios (servicios, preservación de la marca, etc) mayores para los consumidores.

2.4 Chile

En determinado momento, en Chile se analizaba la RPM bajo una regla *per se* en la práctica. El caso Toyota es un ejemplo de ello. Como bien comenta De León (2009, p. 344), Toyota estableció un precio mínimo de reventa para sus autopartes originales, ante lo cual, pese a la competencia vigorosa en el mercado automovilístico, la Comisión decidió sancionarla pues “los consumidores no tenían capacidad de elección para adquirir autopartes originales”. A criterio de la autoridad chilena, las eficiencias detectadas (como por ejemplo un mejor servicio) fueron insuficientes. Solo dos miembros del colegiado discreparon al afirmar que el mercado era competitivo.

Pese a ello, las autoridades de competencia chilena han virado hacia una aproximación apegada a la regla de la razón como veremos en la Guía y algunos casos a continuación.

A) Guía para el análisis de restricciones verticales

Esta guía fue publicada por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en el 2014, a fin de servir de documento que permita orientar a los agentes económicos respecto a las restricciones verticales. La propia FNE indica que esta solo vincula a la FNE y no al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) ni a la Corte Suprema.

El principal elemento a destacar es que la FNE realiza el análisis en tres etapas:

a) Primera etapa: definición de la participación de mercado de los involucrados

Así, la Guía establece un primer parámetro aplicable:

La FNE apreciará en términos generales como lícita una restricción vertical cuando la cuota de mercado del vendedor, en el mercado donde vende los productos objeto del contrato, y la cuota de mercado del comprador, en el mercado donde adquiere los productos objeto del contrato, sean cada una del 35% o menos. (FNE, 2014, pp. 7-8)

Una participación de **mercado mayor al 35%** en el mercado afectado implicará pasar a las otras etapas previstas en la guía.

b) Segunda etapa: evaluación de efectos anticompetitivos

La Guía evalúa primero la existencia de una facilitación de un cartel a nivel de fabricantes o distribuidores en presencia de competencia intermarca. Ello, debido a que por ejemplo la RPM podría ser empleado como una forma de facilitar el reparto de mercados o acuerdo de precios entre competidores. Otro ejemplo podría ser el facilitar el intercambio de información para implementar un cartel aguas abajo, siendo el fabricante común el facilitador (*hub and spoke*).

Otro elemento que la FNE puede evaluar en esta etapa según la Guía, es identificar si el acuerdo vertical puede ser empleado como herramienta para preservar la posición de dominio (efectos exclusorios).

El análisis de efectos no puede dejar de lado las condiciones de competencia del mercado como el nivel de concentración de los mercados en que participa las partes; cuota de mercado y posición competitiva de las partes; barreras de entrada a los mercados; posición que ocupan los competidores de las partes; posición de mercado de los clientes de las partes; economías de escala y de ámbito; costos de transacción; etc.

c) Tercera etapa: evaluación de eficiencias

Sin duda los acuerdos verticales suelen presentar efectos pro competitivos, por lo que la FNE los evalúa en esta tercera etapa. Así, la Guía señala que como ejemplos de efectos pro competitivos: (i) solucionar el problema de *free rider*; (ii) solucionar el problema de la doble marginalización; y (iii) la existencia de hold-up.

Como vemos, la Guía recoge varios de los elementos procompetitivos y anticompetitivos que genera la RPM y que hemos detallado en el capítulo 2. El siguiente cuadro retrata, en resumen, los factores que la FNE analiza para cualquier restricción vertical:

Cuadro N° 2. Importancia de los argumentos de eficiencia para diferentes características del producto o su distribución

Naturaleza del producto o de su distribución	Más Factibilidad	Menos Factibilidad
Complejidad del producto	Altamente complejo o técnico	Simple o no técnico
Costo para el consumidor	Alto - Cuota importante de su presupuesto	Barato
Hábitos de consumo	Compra única o esporádica	Compra repetida
Información de los consumidores acerca del producto	Conocimiento limitado	Detalles y características ampliamente conocidas
Percepción del grado de diferenciación	Poco claro - Marcas débiles	Claro - Marcas fuertes
Posición en el ciclo de vida del producto	Nuevo	Establecido o maduro
Barreras de entrada en el nivel distribución	Bajas	Elevadas
Economías de ámbito en el nivel distribución	Poco significativas	Muy significativas
Ámbito de aplicación de la restricción	Cubren todas las áreas geográficas	Cubren solamente algunas áreas geográficas

Elaborado por la FNE

B) Caso Nokia

Este caso fue resuelto por el TDLC en el año 2013, es decir antes de la emisión de la Guía. Sin embargo, vemos que coincide en cuanto a criterios de evaluación.

Así, la Sentencia 131/2013 versaba sobre la denuncia de un distribuidor de Nokia en Chile. Este distribuidor denominado Electrocenter denunció que Nokia Chile fijaba el precio de reventa al público con los distribuidores minoristas (operadoras de telefonía móvil y retails), siendo que los distribuidores mayoristas como su empresa no podía establecer libremente el precio.

Si bien el caso es desestimado por carencia de medios probatorios que acreditaran la existencia de esta práctica, lo cierto es que el TDLC fijó algunos criterios mínimos:

Trigésimo noveno. Que sin perjuicio de lo expuesto en las consideraciones anteriores sobre la falta de antecedentes suficientes para poder determinar si existió o no la fijación de precios tripartita a que hace referencia la demandante en la demanda, a juicio de este Tribunal para determinar si una fijación o sugerencia de precios es una conducta atentatoria de la libre competencia es necesario que se cumplan dos condiciones: (i) que la fijación o sugerencia de precios la establezca un productor de un bien o de un servicio como una restricción vertical que impone a sus distribuidores minoristas, impidiendo que los mismos puedan competir por este factor (competencia intra marca); y (ii) que en el mercado donde se desarrolla esta práctica exista una severa limitación en la competencia entre las distintas marcas del bien o servicio, vale decir, que no exista una competencia efectiva entre marcas. (TDLC, 2013, p. 25)

Así, el TDLC también destacó que resulta relevante determinar el tipo de mercado involucrado, en función a si este es concentrado o competitivo, a fin de poder evaluar los efectos de la práctica en cuestión:

Cuadragésimo segundo. Que, por otro lado, tal como se expresó en el análisis del mercado relevante de autos contenido en las consideraciones vigésimo primera a trigésimo segunda, la presente controversia tiene lugar en un mercado dinámico, con crecimiento sostenido de la demanda, con entrada y salida de distintos actores dadas las pocas o nulas barreras a la importación y bajos costos de transportes. Vale decir, se trataría de un mercado en el que existe un razonable grado de competencia entre las distintas marcas de fabricantes de equipos de telefonía móvil, partes, piezas y accesorios de los mismos;

Cuadragésimo tercero. Que, en este orden de consideraciones, aún en el evento que Nokia haya fijado precios hacia el alza en esta negociación tripartita que alega el demandante, y que se haya fijado un precio de reventa a la empresa de retail –todo lo cual no se acreditó en autos–, difícilmente esa restricción podría haber afectado la competencia en el mercado relevante definido en este caso, atendida la competencia entre las distintas marcas de equipos móviles, partes, piezas y accesorios de los mismos; (TDLC, 2013, p. 26)

Como se puede apreciar, el TDLC adoptó un criterio similar al de la Guía, al señalar que se debe evaluar los efectos en el mercado, de tal forma que se verifique una restricción a la competencia intermarca. En ese caso, el TDLC señaló que ello no era viable considerando que el mercado relevante era dinámico y competitivo.

C) Caso Supermercados

Este caso es del año 2019, el TDLC sancionó a Cencosud, SMU y Walmart por haber participado de un acuerdo o práctica concertada para fijar el precio de reventa de la carne de pollo fresca, por intermedio de sus proveedores, a fin de que este precio sea igual o superior al precio de lista. Esta conducta se habría ejecutado entre los años 2008 y 2011 (Sentencia 167/2019).

Este es el primer caso en la historia del derecho de la competencia chileno en la que se sanciona una colusión *hub and spoke*, es decir aquella mediante la cual los miembros del cártel se valen de un intermediario (en este caso, algunos productores de carne de

pollo por ello) con el fin de monitorear y fiscalizar el cumplimiento de este cartel. Los proveedores de pollo Agrosuper, Aríztía y Don Pollo fueron los que facilitaron que los precios de reventa de la carne de pollo se mantuvieran en los niveles establecidos en sus respectivas listas de precios.

El acuerdo colusorio horizontal entre los supermercados tenía dos factores: la existencia de una “norma” y la fiscalización de esta por parte de los supermercados. Dicha fiscalización se ejecutaba mediante el monitoreo constante de los precios de la competencia por los supermercados, comunicando a los proveedores cualquier incumplimiento por parte de algún competidor. Así, cuando alguno de los supermercados comercializaba la carne de pollo con un precio por debajo del mínimo establecido en la lista de precios, se levantaba la información, se trasladaba la misma al proveedor y se le exigía a este último la aplicación de algún castigo o amenaza al competidor incumplidor.

Como señala el TDLC “la fijación de sus precios promocionales no fue libre, puesto que estuvo condicionada a una regla que acataron bajo el entendimiento que sus competidoras también lo harían, formulando reparos cuando ello no ocurría, los cuales se canalizaron a través de los proveedores”. Esta “regla” que alude el TDLC era al acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa.

Este caso es un ejemplo de cómo puede emplearse la RPM como práctica facilitadora de una colusión, es decir, como elemento accesorio a un cartel o colusión horizontal que busca asegurar su eficacia antes que en preservar eficiencias en el mercado.

D) Casos Samsung

Se trata de dos (2) denuncias contra Samsung Electronics Chile Ltda. (Samsung Chile) por fijación de precios mínimos de reventa denunciado por sus distribuidores Arch Comunicaciones Chile S.A. (Arch) y Touchsmart, respectivamente. A diferencia de los demás casos, estos aún no han concluido a la fecha de elaboración de la presente investigación.

Ambas distribuidoras de productos marca Samsung, denunciaron a la filial chilena (Samsung Chile) debido a que incurriría en un abuso de posición de dominio en la modalidad de fijación de precios de reventa en el mercado de telefonía móvil en Chile.

A criterio de las distribuidoras, esta práctica limita su capacidad para competir por precios, además de incurrir en una explotación abusiva de la relación de dependencia.

Conforme a la información publicada por Centro Competencia (20 de enero de 2021), Samsung Chile sugeriría precios de venta que en la práctica eran impuestas. Según la demanda, esos precios de venta resultaban ser iguales o inferiores al precio de compra de los distribuidores. Los distribuidores exclusivos quedaban obligados a vender a ese precio porque Samsung Chile fiscalizaba el cumplimiento de esa exigencia a través de “*mystery shoppers*” y de la información en línea de venta de los distribuidores. Arch alega en su denuncia que, ante cualquier incumplimiento, Samsung Chile lo llamaba para exigir el alza del precio.

A criterio de los distribuidores esto afectaba la competencia intramarca e intermarca. En cuanto al primero, porque restringía la posibilidad de competir por precios algo importante a criterio de estas empresas. En cuanto a lo segundo, la restricción a la competencia intramarca afectaba a la competencia intermarca pues los distribuidores tenían que vender mayor cantidad, lo cual no se lograba porque necesitaban bajar los precios para incrementar su volumen aun a costa de sus propios márgenes.

Cabe indicar que este mercado está conformado por varios segmentos: la gama básica, media, alta y premium. En esta última se ubicaba Arch, que era un distribuidor exclusivo de Samsung y tenía una *Experience Shop* de la marca. Asimismo, la competencia intermarca se produce en función a la diferenciación de cada marca (Apple, Samsung, Huawei, Motorola, ZTE, etc).

Lo cierto es que aparentemente se trata de una práctica de corte explotativa antes que de efectos exclusorios. Ello pues las distribuidoras se quejaron de que Samsung Chile no les permite adoptar decisiones comerciales como qué equipos importar o los precios a fijar. Pero lo cierto es que tiene bastante lógica comercial que Samsung Chile efectúe dicha restricción vertical considerando el posicionamiento de su marca y la conducción de *Experience Shop*, en donde se le brinda una serie de información al consumidor en beneficio de la propia marca.

El detalle está en que los otros comercializadores de equipos móviles como las operadoras, realizan un subsidio al precio cuando están atados a los paquetes de servicios de telefonía móvil, lo cual podría determinar que exista un problema de *free riding*.

2.5 Perú

En el Perú no se ha iniciado hasta la fecha procedimiento alguno referido a la RPM. Pese a ello, conviene traer a colación un par de casos que podrían dar algunas luces sobre cómo aplicar la regla de la razón a casos referidos a la RPM.

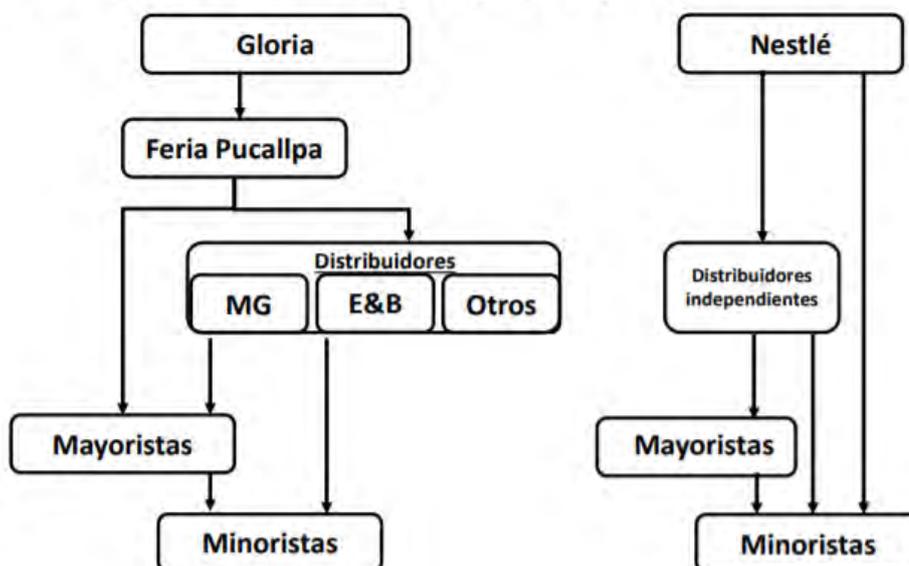
A) Caso Feria Pucallpa

Gloria es una empresa con posición de dominio en el mercado lácteo en el Perú. Una de las principales razones es que posee una gran red de distribución a nivel nacional que le permite llegar a casi todos los rincones del país.

Esta red de distribución está conformada por un gran distribuidor a nivel nacional, Deprodeca, empresa del mismo grupo económico de Gloria. Esta empresa se dedica exclusivamente a distribuir los productos Gloria a nivel nacional. A la par, Gloria emplea a distribuidores zonales independientes en cada región o departamento, así como distribuidores vinculados al grupo. Deprodeca solo se dedica a suministrar los productos marca Gloria a estos dos tipos de distribuidores. En buena cuenta, Gloria posee un sistema de distribución dual. En este caso, se puede ver en el siguiente gráfico cómo era la distribución en la Región Ucayali:

Gráfico N° 2

Estructura del mercado en la Región Ucayali, hasta marzo 2009



Elaboración: ST-SDC

En el mercado de Ucayali, Feria Pucallpa S.A. (Feria Pucallpa) era la empresa vinculada al grupo Gloria a cargo de la distribución zonal. Concretamente en Pucallpa, Gloria y Feria Pucallpa tenían cuatro distribuidores independientes: Volcan S.A.C. (Volcan) y Minaya S.A.C. (Minaya) eran distribuidores de productos perecibles (p.e yogurt), mientras que Mercantil Gloria S.A.C. (MG) distribuía misceláneos de la marca Gloria (café, mermeladas, conservas de pescado, mantequilla, etc.) y E&B S.A.C. (E&B) distribuía misceláneos y productos lácteos marca Pura Vida. Estos distribuidores tenían como clientes a los comercios mayoristas (mercados) y minoristas (bodegas, puestos de mercado).

En ese contexto, la empresa E&B era un distribuidor independiente que se dedicaba a comercializar los productos marca Gloria. Así, en agosto de 2009, E&B denunció a Feria Pucallpa -distribuidor zonal de Ucayali perteneciente al Grupo Gloria- que este le notificó el cambio de su condición de distribuidor a mayorista en marzo de 2009, como un supuesto de abuso de posición de dominio.

Las razones esbozadas por E&B referían a que ello le generó un perjuicio económico debido a que ya no podría adquirir los productos Gloria con el precio de distribuidor, el cual era más bajo al que adquieren los mayoristas. Siendo que E&B distribuía la leche evaporada y este era el producto más importante de la cartera de productos Gloria en la región, tal cambio de condición repercutía en sus ingresos y en las inversiones que había realizado.

Asimismo, indicó que dicho cambio era un claro abuso de la posición dominante de Gloria/Feria Pucallpa pues eliminaba a un competidor a nivel de distribución, trayendo como efecto que los ingresos que percibía E&B iban a ser redireccionados al propio Feria Pucallpa.

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (CLC) declaró fundada la denuncia de E&B contra Feria Pucallpa y Gloria por abuso de posición de dominio (art. 1 y 10.2 literal h del Decreto Legislativo 1034), imponiendo una multa de treinta (30) UIT de forma solidaria, bajo los siguientes argumentos (Resolución 051-2012/CLC-INDECOPÍ):

- (i) El mercado relevante es el de venta de leche evaporada a clientes distribuidores en la Región Ucayali.
- (ii) Gloria ostentó posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo investigado debido a las altas cuotas de mercado, las preferencias de los consumidores de la Región Ucayali por las marcas de Gloria, la existencia de capacidad instalada ociosa, y la integración vertical de sus actividades.
- (iii) Se acreditó que FP cambió la condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista.
- (iv) El mercado afectado es el de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas en la Región Ucayali.
- (v) Existió relación de competencia entre Gloria y E&B en la provisión a clientes mayoristas durante el periodo investigado. No existe un mecanismo para evitar que FP y los distribuidores operen como proveedores alternativos del mismo grupo de clientes mayoristas.
- (vi) La existencia de competencia se verifica en que después de ocurrida la conducta denunciada, FP recuperó la cuota de mercado que había perdido en los meses anteriores a dicho cambio.
- (vii) La exclusión de E&B del mercado afectado permitió a FP eliminar a un competidor en la provisión a clientes mayoristas que ofrecía menores precios y que había logrado obtener la preferencia de determinados clientes mayoristas, generando un perjuicio para la competencia y un beneficio para el agente dominante.
- (viii) Gloria no acreditó que el cambio de condición de E&B de cliente distribuidor a mayorista se encuentre justificado comercialmente.

Un elemento que llama la atención refiere a la justificación comercial. Gloria y Feria Pucallpa argumentaron en primera instancia que el cambio de condición de distribuidor

a mayorista de E&B obedeció al incumplimiento del contrato en que había incurrido. Específicamente, E&B tenía la obligación de abastecer a minoristas ubicados en las periferias de Pucallpa lo cual no hizo; por el contrario, se habría aprovechado del descuento otorgado para entregar los productos a los mayoristas, algo que Gloria y Feria Pucallpa alegan no le correspondía.

El problema es que dicho contrato era verbal, es decir, no había medios probatorios que sustentaran dicho alegato en el procedimiento, por lo cual la CLC no lo consideró y concluyó que no había una justificación comercial válida.

El caso llega a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi (SDC) debido a la apelación de las empresas imputadas y sancionadas en primera instancia. Es así que la SDC revocó la decisión de la CLC declarando infundada la denuncia (Resolución 589-2015/SDC-INDECOPi).

La SDC consideró que, si bien Gloria/Feria Pucallpa ostentaba posición de dominio en el mercado relevante, no se habría verificado efectos reales o potenciales de la práctica imputada que afecten al proceso competitivo.

Un primer elemento evaluado por la SDC es que no se produjo un efecto exclusorio en la medida que E&B seguía operando en el mercado. Es decir, discrepaba de la CLC cuando este colegiado consideró que el efecto exclusorio se dio ante la imposibilidad de “replicar” la posición que tenía E&B en la cadena de distribución de Gloria. Para la SDC ello no implicaba un efecto exclusorio pues E&B seguía operando solo que como mayorista sin que fuera expulsado del mercado. En buena cuenta la discrepancia se dio en cuanto al **nivel de afectación** que esta práctica significó.

Por otro lado, la SDC incorporó en su análisis de efectos cómo la conducta pudo impactar en la competencia intramarca e intermarca. Por un lado, en cuanto a la competencia intramarca, la SDC discrepó del análisis de la CLC en el punto en que afirmaba que la práctica generó beneficios anticompetitivos para las imputadas. Según la SDC, la salida de E&B como distribuidor de Gloria no implicó que sus ventas fueran reasignadas a Feria Pucallpa; en realidad la línea de distribución de leche evaporada Pura Vida que manejaba E&B fue reasignada a MG, otro distribuidor independiente, por lo que no se generó una afectación a la competencia intramarca. En consecuencia, la práctica “no estuvo orientada a consolidar su posición de dominio en perjuicio de un

competidor, toda vez que mantuvo el esquema de distribución dual y aumentó sus ventas a los distribuidores independientes” (Resolución 589-2015/SDC-INDECOPI).

A criterio de la SDC, tampoco se vio afectada la competencia intermarca. Este es un punto central en la decisión de revocar la decisión de primera instancia: luego de que el cambio de condición de distribuidor a mayorista se produjera en marzo de 2009, a los pocos meses (mayo de 2009), E&B se convirtió en distribuidor exclusivo de Nestlé, competidor de Gloria. No hubo una exclusión efectiva en el mercado.

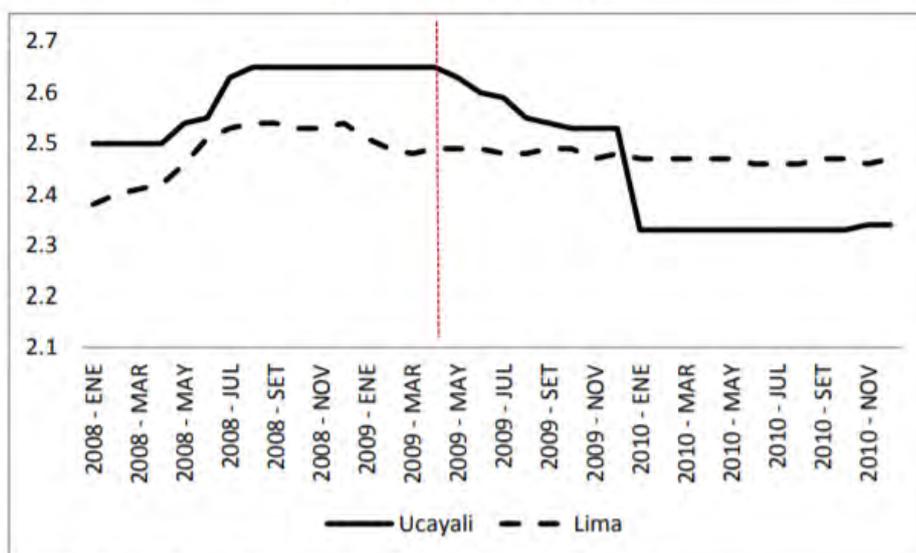
El razonamiento de la SDC puede verificarse en el siguiente extracto:

176. De otro lado, el cambio de condición de cliente distribuidor a mayorista si bien podría generar efectos potenciales perjudiciales para la competencia intramarca, al reducir el número de distribuidores de la misma marca y/o a través de un incremento de precios del producto; también podría generar efectos sobre la competencia intermarca en el mercado “aguas abajo”. En este contexto, se deben evaluar los efectos reales o potenciales derivados de la competencia intramarca e intermarca que incidan en el bienestar de los consumidores, a través de cambios en los precios y en las cantidades ofertadas de los productos. (SDC, 2015, p. 58)

Acá, la SDC verificó que no existió un efecto exclusorio debido a que E&B siguió en el mercado y, en teoría, se generó una mayor competencia intermarca (mayor intensidad en la competencia entre Nestlé y Gloria en Ucayali). Como punto adicional, la SDC evidenció que los precios al consumidor de leche evaporada en la región Ucayali disminuyeron desde mayo de 2009, fecha que coincide con el ingreso de E&B como distribuidor exclusivo de Nestlé:

Gráfico N° 3

Precios al consumidor de leche evaporada, por lata de 410 gramos en la Región Ucayali (En nuevos soles)



Fuente: INEI - Dirección Técnica de Indicadores Económicos.
Elaboración: ST-SDC

La SDC, empleando la base de datos de INEI, verificó que no existió esa variación de precios en otras regiones, atribuyendo que la disminución del precio en Ucayali se debió al incremento de la competencia intermarca producto de que E&B se convirtió en distribuidor de Nestlé en dicha región.

Lo destacable de este pronunciamiento de la SDC es la importancia de analizar los efectos de la restricción vertical tanto en la competencia intermarca como en la competencia intramarca. En el primer caso, los efectos negativos que la práctica ha generado o tenía la capacidad de generar en las marcas rivales (p.e, cierre de mercado o efectos sobre los precios al consumidor); mientras que, en el segundo caso, verificar los beneficios anticompetitivos de la práctica a favor de la empresa con posición de dominio (p.e, incremento de su posición de dominio).

Asimismo, evaluar los efectos de la práctica aguas abajo. Como afirmó la SDC:

211. (...) Nótese que los efectos de la mayor competencia intermarca se hacen más evidentes mientras más abajo se analice en la cadena de producción. Por ello, resulta necesario continuar con el análisis aguas abajo, con la finalidad de evaluar la evolución de los precios a los consumidores finales. Estos últimos son

aquellos cuyo bienestar es modificado directamente en la medida que las presiones competitivas intermarca aumenten o disminuyan el precio de la leche evaporada. (SDC, 2015, p. 68)

B) Caso Pavos

Este es un procedimiento iniciado de oficio por la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi (antes Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, ahora Dirección) por un presunto acuerdo colusorio horizontal de fijación de precios entre Cencosud (Wong y Metro), Tottus, Supermercados Peruanos (Plaza Veá y Vivanda) y Makro en la comercialización de carne de pavo de las empresas productoras Redondos y San Fernando. Estas dos últimas fueron imputadas a título de facilitadoras del cartel.

Según la evidencia recabada por la Dirección a través de correos electrónicos, este acuerdo habría sido ejecutado a partir del establecimiento de la fijación de precios mínimos de reventa con cada productor (Redondos y San Fernando), en las campañas de fin de año en el periodo del 2009 al 2016.

En el caso de Redondos, las empresas Cencosud, Supermercados Peruanos y Tottus se pusieron de acuerdo para evitar vender los productos de dicha marca por debajo del precio mínimo establecido por el productor; mientras que, en el caso de San Fernando, las mismas empresas y Makro hicieron lo propio al evitar vender los productos de dicha marca por debajo del precio mínimo de reventa.

Como sabemos, el TUO del Decreto Legislativo 1034 contiene un supuesto que permite sancionar a todo aquel que cumpla un rol de facilitador de un cartel o en general toda conducta sometida a prohibición absoluta. Esto se incluye en la modificatoria de la norma citada en el año 2015:

Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1034

2.4. La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una

infracción sujeta a la prohibición absoluta. Se incluye en esta disposición a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.

Este caso, a la fecha de elaboración de la presente investigación, concluyó en primera instancia con una multa de más de 17 millones de soles, incluyendo a San Fernando como facilitador del cartel (Resolución 014-2022/CLC-INDECOPI). Acá la RPM únicamente cumplía un factor probatorio e instrumental al cartel.

3. Delimitando los criterios generales de evaluación a la luz de la regla de la razón

Habiendo visto los diferentes intentos -desde la doctrina y la jurisprudencia- de esbozar una metodología o fijar determinados criterios para analizar los casos de acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa, intentaremos rescatar aquellos supuestos que consideramos que mejor pueden ser aplicados en nuestro ordenamiento jurídico.

Estos criterios generales se dividirán en tres: la primera, a efectos de evaluar si existen indicios suficientes y razonables de que la RPM puede tener efectos restrictivos a la competencia de tal forma que justifique el inicio del procedimiento sancionador; la segunda, con la finalidad de aplicar la regla de la razón en la evaluación de la legalidad de la RPM; y, la tercera, una matriz de riesgo que las empresas pueden emplear como orientación general en sus programas de cumplimiento normativo.

Cabe indicar que los usos anticompetitivos de la RPM referidos a facilitar un cartel no serán evaluados considerando que son accesorios a una conducta anticompetitiva sometida a la regla *per se*. Así, una vez determinado la existencia del cartel, no resultará posible justificar el uso de la RPM en tanto se acredite que este tuvo un rol directo en el monitoreo del cartel, tal cual se realizó en el caso Pavos.

A) Parámetros de evaluación para el inicio de un procedimiento sancionador

Este apartado permitirá dar orientación sobre la viabilidad de denunciar o iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra acuerdos verticales de fijación de

precios mínimos de reventa. Así, empresas perjudicadas que pretenden denunciar esta práctica o la propia Dirección podrán emplear la siguiente metodología.

El primer elemento que considerar es adaptar la **regla de la razón truncada** como filtro que permitirá determinar, preliminarmente, los elementos suficientes para iniciar un caso de RPM (Lao, 2008, p. 212).

Es en la sentencia del caso *National Collegiate Athletic Ass'n (NCAA) vs. Board of Regents of Universus of Oklahoma* (1984), que se formuló la regla de la razón truncada o "*quick look rule of reason*" y que en lo sucesivo se empleó en varios casos de colusión horizontal en Estados Unidos de América.

Esta metodología es empleada para evaluar la legalidad de las prácticas realizando una serie de pasos sucesivos. El primer nivel atiende a responder a la siguiente pregunta "*¿Es un acuerdo que limita la competencia en precios o en producción?*". Básicamente se apunta a verificar si se trata de un acuerdo desnudo o no. Si la respuesta es "No" se prosigue a un análisis más profundo, pero aplicando la regla de la razón, pero si la respuesta es "Si" se sigue al segundo nivel.

En el segundo nivel, se debe responder la siguiente pregunta "*¿Se han presentado justificaciones que parecen legítimas?*". Esta pregunta apunta a verificar si, en apariencia, la práctica posee justificaciones válidas y razonables. El análisis es superficial, con lo cual en este nivel no se hace un análisis exhaustivo, bastando un nivel de convicción cercana a la verosimilitud. Si la respuesta es "No", la práctica será declarada ilícita y sancionada; si la respuesta es "Si", se pasa al tercer y último nivel.

En el tercer nivel, se debe verificar si las justificaciones esbozadas son demostrables, es decir, que pueden ser empíricamente comprobadas. Si no es el caso, la práctica es sancionada sin necesidad de entrar a un análisis detallado como en la regla de la razón convencional. Si en cambio, estas justificaciones sí son demostrables se aplica la regla de la razón convencional (por ejemplo, estableciendo si los efectos pro competitivos superan o no a los efectos restrictivos o la existencia de poder de mercado).

Como se puede apreciar, la regla de la razón truncada constituye una buena forma de filtrar los casos, por lo que consideramos que resultaría útil adaptarlo con el único fin de evaluar si determinada practica de RPM vale la pena analizarlo en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

Sin embargo, esta regla debe ser adaptada a la normativa peruana, en la cual se analiza si existe posición de dominio. Conscientes de que en la etapa de evaluación inicial y a nivel indiciario, se debe propugnar una versión simplificada apoyándonos en experiencias cercanas como la de la FNE. Por tal razón, la siguiente metodología busca incorporar elementos propios de la experiencia de la FNE a la regla de la razón truncada:

Nivel 1: ¿Alguna de las empresas vinculadas a la RPM posee una participación de mercado superior al 30% durante la vigencia de esta práctica?²⁵ Este elemento, inspirado en los parámetros de la Guía de la FNE, permite tener indicios de la posible existencia de posición de dominio. La información puede ser recabada por los propios agentes económicos que buscan denunciar la RPM o por la propia autoridad en pronunciamientos anteriores o estudios de mercado. Solo en caso este punto sea afirmativo, se proseguirá con el siguiente nivel. En caso, sea poco probable que tenga posición de dominio, el caso se deberá archivar; de lo contrario se pasa al nivel 2.

Nivel 2: Se debe evaluar la RPM en cuanto a su carácter restrictivo y alcance. En el primer caso se deberá analizar si la RPM es un acuerdo desnudo o auxiliar a otra práctica lícita. Asimismo, se deberá evaluar si el producto al cual se aplica la RPM es homogéneo o es orientado a servicios específicos. En caso estemos ante un producto homogéneo al cual se aplica una RPM, las probabilidades de que tenga usos anticompetitivos se incrementan.

Por otro lado, se deberá evaluar si la RPM es estacional o de duración acotada. Los casos en donde la RPM no tiene duración acotada generan más problemas que los que sí. Puede que la RPM investigada haya sido empleada por determinado momento con fines promocionales (por ejemplo, cuando es un nuevo entrante, un producto nuevo o la introducción del producto en una zona geográfica). En estos casos, no tendría mucho sentido seguir con la investigación ante los mínimos efectos que podría tener. En caso haya indicios de que la práctica es restrictiva, producto es homogéneo y que no es acotada a un evento concreto, se prosigue al siguiente nivel; de lo contrario, se deberá archivar el caso.

²⁵ Evidentemente una participación de mercado apenas mayor al 30% por sí sola no es suficiente, dependiendo de la estructura de mercado: por ejemplo, hay mayor probabilidad de que un 35% de participación de mercado otorgue dominancia cuando los demás competidores apenas llegan a una cifra porcentual; mientras que no sería el caso si los otros competidores tienen una participación relativamente cercana (25-30%).

Nivel 3: Justificaciones aparentes y demostrables. En este punto, se debe verificar si la práctica posee justificaciones válidas, razonables y, sobretodo, que puedan ser demostrables. El análisis es superficial, con lo cual en este nivel no se hace un análisis exhaustivo, bastando un nivel de convicción cercana a la verosimilitud. Si la práctica carece de justificación razonable o esta no es demostrable empíricamente, se deberá recomendar el inicio del procedimiento sancionador; por el contrario, si estos elementos sí se presentan, se deberá archivar el caso.

Otros factores: Opcionalmente, se podrá ampliar los elementos de evaluación en el nivel 3 considerando otros factores como por ejemplo los indicios de efectos restrictivos de la RPM atendiendo a las características del mercado. Un mercado atomizado, con pocas barreras de entrada y sin evidencia de que la RPM tenga algún efecto sobre la competencia intermarca hace que el caso deba ser descartado de plano. Si, en cambio, se evidencia alguna característica del mercado que haga suponer que la RPM pueda impactar negativamente (por ejemplo, la importancia de la marca en empresas que aplican descuentos), sí amerita iniciar el caso habiéndose constatado cada uno de los niveles señalados. Alternativamente, en este nivel también se podría sustentar la ocurrencia de alguno de los cuatro supuestos en los que la RPM puede ser anticompetitiva según el caso *Leegin*.

Finalmente, se deberá analizar las características de la configuración de la RPM. Determinar quién fue el que instigó la RPM servirá primordialmente para definir claramente los contornos de la práctica y su correcta imputación de cargos. Por ejemplo, una RPM instigada por un fabricante dominante tendría que calzar en una hipótesis de efecto exclusorio similar al de un contrato de exclusividad para ser imputado; o si la RPM es instigada por un minorista dominante, debería calzar en una hipótesis de efecto exclusorio a nivel minorista.

B) Parámetros de evaluación para la decisión final en un procedimiento sancionador

Siguiendo las recomendaciones del caso *Leegin*, es necesario fijar una estructura en cuanto a la distribución de la carga de la prueba en estos casos. Esta distribución de la carga de la prueba debe reflejar el hecho de que el costo de sancionar una RPM lícita es mayor que el de no sancionar una RPM ilícita, si es que la mayoría de las veces la RPM es empleada de forma válida.

Asimismo, siendo coherentes con los criterios jurisprudenciales del Indecopi en esta materia, se debe procurar que la carga de la prueba esté situada en quien se encuentre en mejor posición para sustentar determinados hechos.

1. Carga de la prueba inicial

La Dirección deberá establecer la existencia de posición de dominio del imputado. Asimismo, la Dirección deberá indicar en la imputación de cargos los elementos evaluados en el anterior acápite que dan cuenta de la posibilidad de que la RPM tenga usos anticompetitivos. Esto se puede lograr de dos formas: la primera, bajo prueba plena demostrando que la RPM generó una disminución de la cantidad ofertada luego de su instauración y descartando cualquier otro factor externo que influenciará en dicho resultado (como el ingreso de nuevos competidores); o, mediante evidencia circunstancial similar a la empleada en la descrita en el apartado anterior. Esto último podría ser recabado del perjudicado por la práctica (por ejemplo, si es una denuncia de parte de dicha empresa) o mediante requerimientos de información a empresas del sector.

En este segundo supuesto, si por ejemplo la hipótesis imputada refiere al cierre de mercado promovido por fabricante a otras marcas rivales, la Dirección tendría que demostrar que el fabricante pretendió generar acuerdos de exclusividad o que sus minoristas/distribuidores no comercializan marcas rivales. Además, que la RPM ha sido aplicada por una gran parte de distribuidores/minoristas disponibles en el mercado relevante. Si se trata de un minorista con posición de dominio, se tendría que acreditar que la RPM fue impuesta por el fabricante de forma generalizada (al menos 30% del mercado) como consecuencia de la solicitud del minorista y que ello afectó la capacidad de competir a determinados minoristas (por ejemplo, *e-commerce*).

2. Traslado de la carga de la prueba al imputado

El imputado tendrá la carga de sustentar que no incurrió en la RPM o que esta presenta efectos procompetitivos. Depende de la forma en que la Dirección haya imputado cargos -bien mediante prueba plena de la reducción de la oferta derivada de la RPM o mediante la suma de indicios señalados en el apartado anterior- es que el imputado podrá ejercer su defensa.

- **Imputación en base a prueba directa de reducción de cantidad:** los imputados podrán cuestionar dicha evidencia. Por ejemplo, que no se ha reducido la oferta (mediante un estudio alternativo) o que esta reducción obedece a circunstancias ajenas a la RPM y que no fueron descartadas por la autoridad (Lambert, 2009, p. 2001). La otra opción es establecer un análisis en el que los efectos restrictivos de la reducción de la oferta son menores a las eficiencias ganadas. Sin embargo esta opción es más complicada de sustentar exitosamente en la medida que los usos procompetitivos de la RPM tienden a aumentar la cantidad ofertada del producto y no viceversa.
- **Imputación en base a indicios sobre las condiciones de la RPM:** los imputados podrían desvirtuar los indicios presentados por la Dirección. La otra opción es ejercer una defensa activa de la RPM mediante un estudio que demuestre que la cantidad ofertada desde la adopción de la RPM se incrementó o evidenciando sus efectos procompetitivos (similar a la propuesta de Areeda y Hovenkamp), dependiendo del tipo de hipótesis imputada (exclusión a nivel del fabricante o exclusión a nivel minorista o de distribución). En este último supuesto, se podría argumentar que la RPM sirvió para afrontar un problema significativo para su negocio como sería el *free riding* en la provisión de servicios en productos diferenciados; la dificultad de establecer los servicios en un contrato; la impredecibilidad de la demanda; la necesidad de incentivar la atracción de distribuidores, entre otros.

3. Respuesta de la Dirección en Informe Técnico

Solo en caso los imputados hubiesen optado por ejercer una defensa activa de la RPM ante una imputación basada en indicios, se activará una oportunidad para que la Dirección pueda contestar esta defensa en la emisión de su Informe Técnico. Así, la Dirección tendrá la carga de sustentar que (i) los efectos procompetitivos alegados son irreales o una fachada para lograr un efecto exclusorio, (ii) se pudo solucionar dicho problema mediante formas menos restrictivas, o (iii) que los efectos restrictivos son mayores a los beneficios alegados. Ello podría ser reafirmado o complementado por el denunciante en respuesta al Informe Técnico o respondido por el imputado en la misma oportunidad.

4. Decisión final

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia tendrá que evaluar todas las consideraciones. Así, podrían darse los siguientes escenarios:

- a) Prueba plena de reducción de oferta derivado de la RPM y el imputado logra desvirtuar tales hechos: INFUNDADA la imputación si es que verifica que las pruebas aportadas por el imputado permiten descartar la hipótesis de la Dirección.
- b) Prueba plena de reducción de oferta derivado de la RPM sin que el imputado lograra desvirtuar tales hechos: se deberá declarar FUNDADA la imputación considerando que el efecto restrictivo ha sido acreditado y no se ha logrado desvirtuarlo.
- c) Prueba indiciaria de circunstancias sobre efectos anticompetitivos de la RPM y el imputado desvirtuó tales indicios: INFUNDADA la imputación si las pruebas del imputados permiten descartar los indicios de la imputación.
- d) Prueba indiciaria de circunstancias sobre efectos anticompetitivos de la RPM y el imputado no logra desvirtuarlos ni tampoco ejercer una defensa activa de la RPM: FUNDADA la imputación considerando solo los indicios razonables imputados sin que los imputados pudieran cumplir con la carga probatoria.
- e) Prueba indiciaria de circunstancias sobre efectos anticompetitivos de la RPM y el imputado realiza una defensa activa de la RPM. Este puede derivar en otros escenarios:
 - La Dirección y/o denunciante no han desvirtuado la defensa activa: INFUNDADA la imputación por no cumplir con la carga probatoria.
 - La Dirección y/o denunciante han acreditado que las eficiencias alegadas son irrealizables o una fachada para lograr el efecto exclusorio; que los efectos restrictivos son mayores o que existen formas alternativas para solucionar el problema de una forma menos restrictiva y viable que la RPM: FUNDADA la imputación si es que esta defensa resulta razonable y sustentada en evidencia.
 - La Dirección y/o denunciante han contestado la defensa activa de la RPM, pero bajo fundamentos sin sustento o que no resultan razonables (por ejemplo, afirmar la existencia de mecanismos que permitan solucionar el problema en vez de la RPM pero que en la época en que surgió eran irrealizables): INFUNDADA la imputación si es que la Comisión considera razonable la defensa activa de la RPM.

- La Dirección y/o denunciante han contestado la defensa activa de la RPM con fundamentos, pero se necesita ponderar los efectos procompetitivos y anticompetitivos. Este es el supuesto más complejo pues dependerá de cada caso en particular y de la valoración que la Comisión otorgue a cada factor. En este punto podrían entrar en conflicto la competencia intramarca e intermarca, debiendo preferir a esta última como bien se indicó en el caso Leegin o cómo se desarrolló en el caso Feria Pucallpa. Sin embargo, las probabilidades de llegar a este punto son minimizados a diferencia de aplicar una regla de la razón convencional desde el inicio sin la asignación de la carga probatoria señalada.

Esta metodología basada en las propuestas de Varney, Lambert, Areeda y Hovenkamp, además de los aportes de criterios jurisprudenciales, permite minimizar los costos procedimentales de analizar casos de RPM con poca probabilidad de ser sancionados (filtrando casos en donde no hay posición de dominio, la práctica no está difundida en gran parte del mercado relevante o tiene una temporalidad acotada). No obstante, esta metodología podría incrementar el costo para el denunciante y/o la Dirección al requerir que recaben medios probatorios que podrían ser obtenidos por el imputado de forma menos costosa (por ejemplo, establecer la posición de dominio del imputado o contar con información sobre las cantidades del producto en un espacio temporal suficiente). Sin embargo, coincidimos con Lambert (2009, p. 2004) cuando afirma que “los ahorros en costos administrativos de reasignar la carga de la prueba del denunciante al denunciado probablemente no compensarían el aumento de los costos de error que resultan de aumentar el riesgo de falsos positivos al hacer que el caso prima facie del demandante sea más fácil de establecer”.

C) Matriz de riesgo para programas de cumplimiento normativo en libre competencia

Los programas de cumplimiento normativo en libre competencia constituyen una herramienta autorreguladora que permite a las empresas implementar un sistema interno que permite detectar preventivamente posibles riesgos en libre competencia. Ello, insertando valores éticos y de responsabilidad social a la compañía de tal forma que todos los funcionarios y trabajadores internalicen a la libre competencia como un valor importante.

Una elemento fundamental que permite contar con un programa realmente eficaz, es la identificación de riesgos. Este elemento es un requisito esencial de los programas de *compliance* según las diferentes guías o lineamientos a nivel internacional, incluyendo del Indecopi.

Como bien señala la Guía de Programas de Cumplimiento Normativo en Libre Competencia del Indecopi (2020):

A partir de la identificación de los riesgos, el agente económico conocerá el alcance de las acciones que deberá adoptar para evitar la ocurrencia de una infracción. En ese análisis, se podrán identificar las áreas expuestas de mayor riesgo, calificar a los trabajadores por el nivel de riesgo al que se encuentren expuestos, tomar conocimiento de prácticas comerciales que necesitan ser modificadas, entre otros. (p.21)

En ese contexto, el siguiente cuadro resume los elementos que las empresas deben considerar al momento de evaluar la implementación de una RPM, a fin de minimizar riesgos de incumplir la normativa de Libre Competencia como parte de sus programas de cumplimiento normativo.

Elementos	Riesgo bajo	Riesgo medio	Riesgo alto
Poder de mercado	Poco o nada (hasta 29%)	Posiblemente tenga poder de mercado (30-50%)	Presunción de poder de mercado (>50%)
Negocio orientado al servicio	Niveles altos de servicio son necesarios	Niveles moderados de servicio requeridos	No es importante (por ejemplo, <i>commodities</i>)
Origen de la práctica	Impulsada por el fabricante	Sugerida por el/los distribuidores	Amenaza o coerción de un distribuidor o minorista
Porcentaje de adopción en el	Unos pocos o solo el investigado	Varios fabricantes	Todos los fabricantes

mercado de dicho producto			
Efecto en los precios intermarca	Poco o nada	Incierto o efectos mixtos	Incremento de los precios intermarca
Producto en consignación o revendido	En consignación	---	Producto revendido
Evidencia de discusión entre fabricantes o entre distribuidores	Nula o pocas oportunidades	Algunas oportunidades (por ejemplo, mediante gremios o asociaciones)	Discusiones concretas acreditadas



CONCLUSIONES

1. Los acuerdos colusorios verticales de fijación de precios de reventa son prácticas que en la mayoría de las veces presentan efectos pro competitivos en el mercado, a diferencia de los acuerdos colusorios horizontales de precios.
2. La Escuela de Chicago ha tenido bastante influencia durante décadas, generando un cambio paulatino en la visión que tradicionalmente se tenía de los acuerdos verticales en general.
3. Mediante diversos estudios en materia económica, se ha concluido que los acuerdos verticales pueden llegar a tener eficiencias, promoviendo durante años que la regla *per se* instaurada para la RPM a raíz del caso *Dr. Miles* sea modificada.
4. Es a partir de mediados de la década del 2000 que la regla de la razón es instaurada para evaluar la RPM como consecuencia de la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América en el caso *Leegin*.
5. Dicho caso estableció una serie de factores que dan cuenta de la necesidad de emplear la regla de la razón para determinar si un acuerdo colusorio vertical de fijación de precios de reventa debe ser sancionado.
6. Uno de los principales factores procompetitivos de los acuerdos verticales de fijación de precios de reventa es el de combatir el *free riding*. Este factor debe enmarcarse en un contexto determinado, para lo cual se debe considerar:
 - a) **La presencia de distribuidores con precios bajos:** En ausencia de fijación de precios mínimos de reventa, la existencia de distribuidores o comercializadoras con políticas de descuentos **no siempre** se debe a que estos realicen conductas oportunistas en las inversiones de otros distribuidores. Estas pueden obedecer al traslado en el precio de los ahorros de costos generados por la propia eficiencia del distribuidor. La fijación de precios de reventa implicaría un castigo para conductas que más bien deben ser promovidas por el derecho antitrust.
 - b) **Un problema en circunstancias acotadas:** este problema amerita una mayor consideración en situaciones delimitadas como cuando estamos ante

un producto nuevo en el mercado o en productos que lleva aparejados la necesidad de servicios *in situ* (p.e. automóviles, equipos de audio y video, etc.). Solo en estos casos, se debe buscar la mejor forma de asegurar que los distribuidores no realicen conductas oportunistas que terminen por canibalizar al propio producto y sacarlo del mercado.

7. Sin embargo, la RPM también puede ser empleada con fines anticompetitivos como la facilitación de un cartel o con fines exclusorios promovido por un distribuidor o minorista dominante.
8. El caso *Leegin* no resultaba suficiente para determinar una metodología que permita evaluar la RPM y “separar el polvo de la paja” aplicando la regla de la razón. La propia sentencia dejaba en claro que las cortes estatales debían definir su propia metodología en función a la práctica.
9. Diversos autores como Lao, Klein y Lambert o incluso la DOJ han tratado de establecer ciertos parámetros sobre los cuales trabajar para evaluar la RPM bajo la regla de la razón. La mayoría coincide en los cuatro tipos de efectos anticompetitivos y que se debe diseñar la carga probatoria de tal forma que sea lo más justa posible y atendiendo a la frecuencia en que la RPM es usada con fines legítimos a fin de no desincentivarla.
10. Varios países Latinoamericanos suelen ser escépticos con la RPM, siendo que en algún punto fueron analizados bajo la regla *per se* (Chile, Colombia, Brazil). Y cuando el tratamiento de la RPM ha sido bajo la regla de la razón, se suelen dar mayor peso en el análisis a la posición dominante del agente y la existencia de coacción (Uruguay y Brazil) o influenciación (Colombia) en la imposición de la RPM. Algunos países establecen parámetros interesantes como umbrales de participación de mercado (Chile), duración de la RPM cuando se emplea para introducir un producto nuevo (Brazil) o elementos estructurales del mercado a evaluar (Colombia).
11. En el Perú apenas ha existido un caso -que sigue en trámite- sobre el uso de la RPM, pero como un elemento facilitador de un cartel y no como una práctica de acuerdo vertical (Caso Pavos). Conforme a la encuesta elaborada para el presente estudio, dirigida a abogados y economistas especialistas en libre competencia en Perú, la mayoría de los encuestados señala que la RPM es una de las prácticas

menos investigadas y que un factor importante obedece a la ausencia de criterios objetivos.

12. Como resultado de la investigación, esbozamos criterios generales que permitan evaluar la RPM como práctica anticompetitiva. Estos criterios esbozados operan en tres tipos de escenarios: (i) para evaluar si se debe iniciar un procedimiento sancionador; (ii) para evaluar la práctica en el marco del procedimiento sancionador; y, (iii) una matriz de riesgos a implementar en programas de cumplimiento normativo.
13. Criterios de evaluación en etapa de investigación preliminar. Se adapta un test similar a la regla de la razón troncada a fin de filtrar los casos con mayores elementos y probabilidad de ser anticompetitivos:
 - **Nivel 1:** ¿Alguna de las empresas vinculadas a la RPM posee una participación de mercado superior al 30% durante la vigencia de esta práctica? Este elemento, inspirado en los parámetros de la Guía de la FNE, permite tener indicios de la posible existencia de posición de dominio. La información puede ser recabada por los propios agentes económicos que buscan denunciar la RPM o por la propia autoridad en pronunciamientos anteriores o estudios de mercado. Solo en caso este punto sea afirmativo, se proseguirá con el siguiente nivel. En caso, sea poco probable que tenga posición de dominio, el caso se deberá archivar; de lo contrario se pasa al nivel 2.
 - **Nivel 2:** Se debe evaluar la RPM en cuanto a su carácter restrictivo y alcance. En el primer caso se deberá analizar si la RPM es un acuerdo desnudo o auxiliar a otra práctica lícita. Asimismo, se deberá evaluar si el producto al cual se aplica la RPM es homogéneo o es orientado a servicios específicos. En caso estemos ante un producto homogéneo al cual se aplica una RPM, las probabilidades de que tenga usos anticompetitivos se incrementan. Por otro lado, se deberá evaluar si la RPM es estacional o de duración acotada. Los casos en donde la RPM no tiene duración acotada generan más problemas que los que sí. Puede que la RPM investigada haya sido empleada por determinado momento con fines promocionales (por ejemplo, cuando es un nuevo entrante, un producto nuevo o la introducción del producto en una zona geográfica). En estos casos, no tendría mucho

sentido seguir con la investigación ante los mínimos efectos que podría tener. En caso haya indicios de que la práctica es restrictiva, producto es homogéneo y que no es acotada a un evento concreto, se prosigue al siguiente nivel; de lo contrario, se deberá archivar el caso.

- **Nivel 3:** Justificaciones aparentes y demostrables. En este punto, se debe verificar si la práctica posee justificaciones válidas, razonables y, sobretodo, que puedan ser demostrables. El análisis es superficial, con lo cual en este nivel no se hace un análisis exhaustivo, bastando un nivel de convicción cercana a la verosimilitud. Si la práctica carece de justificación razonable o esta no es demostrable empíricamente, se deberá recomendar el inicio del procedimiento sancionador; por el contrario, si estos elementos sí se presentan, se deberá archivar el caso.
- **Otros factores:** Opcionalmente, se podrá ampliar los elementos de evaluación en el nivel 3 considerando otros factores como por ejemplo los indicios de efectos restrictivos de la RPM atendiendo a las características del mercado. Un mercado atomizado, con pocas barreras de entrada y sin evidencia de que la RPM tenga algún efecto sobre la competencia intermarca hace que el caso deba ser descartado de plano. Si, en cambio, se evidencia alguna característica del mercado que haga suponer que la RPM pueda impactar negativamente (por ejemplo, la importancia de la marca en empresas que aplican descuentos), sí amerita iniciar el caso habiéndose constatado cada uno de los niveles señalados. Alternativamente, en este nivel también se podría sustentar la ocurrencia de alguno de los cuatro supuestos en los que la RPM puede ser anticompetitiva según el caso *Leegin*.

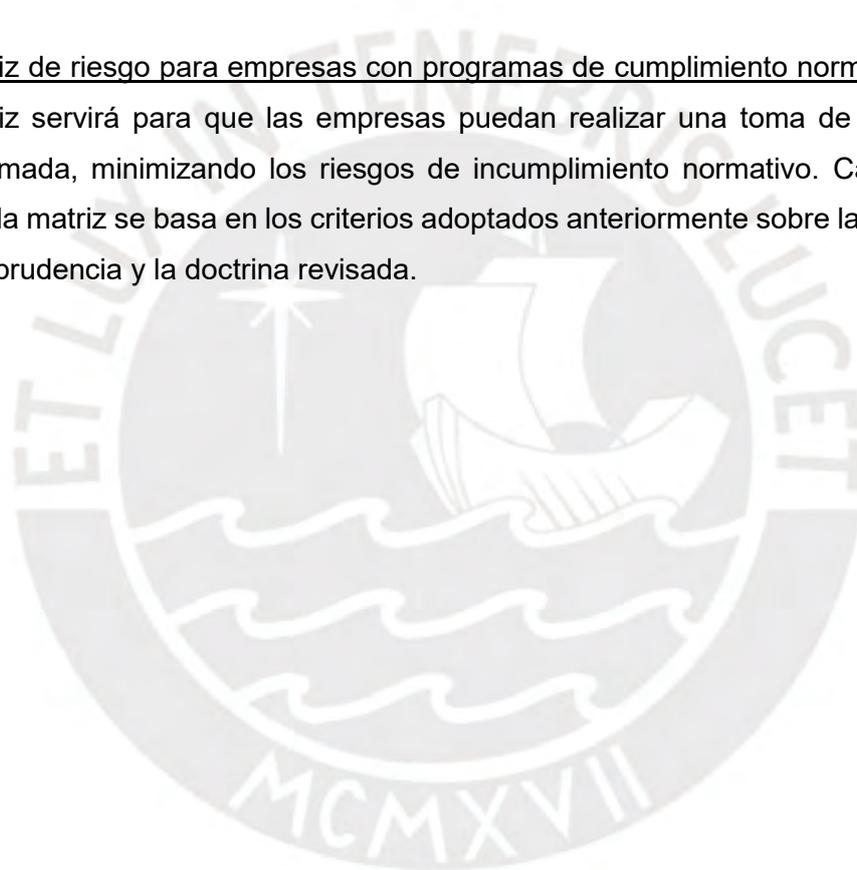
14. Criterios de evaluación y carga de la prueba en los procedimientos sancionadores.

Esta metodología busca establecer la carga de la prueba en tres etapas claramente delimitadas:

- **Imputación de cargos por parte de la Dirección:** la autoridad establece dos formas para sustentar sus alegatos, bien sea mediante prueba plena de reducción de cantidad ofertada atribuible a la RPM o mediante indicios sobre diversos factores que sustentan un uso anticompetitivo de la práctica.

- **Descargos de la imputada:** La imputada tendrá la carga de desvirtuar la prueba plena o los indicios presentados. En este último supuesto, podrá realizar también una defensa activa de la RPM acreditando la existencia de un problema sustancial que es solucionado por la RPM (efectos procompetitivos)
- **Contrargumentos en el Informe Técnico:** En caso de una defensa activa de la RPM, la Dirección y/o el denunciante tendrán la carga de desvirtuarla acreditando la inviabilidad de tales usos procompetitivos de la RPM; la existencia de formas viables alternativas de solucionar ese problema; o, que los efectos anticompetitivos superan a los efectos procompetitivos.

15. Matriz de riesgo para empresas con programas de cumplimiento normativo. Esta matriz servirá para que las empresas puedan realizar una toma de decisiones informada, minimizando los riesgos de incumplimiento normativo. Cabe indicar que la matriz se basa en los criterios adoptados anteriormente sobre la base de la jurisprudencia y la doctrina revisada.



BIBLIOGRAFÍA

Asker, J. y Bar-Isaac, H. (2014). Raising Retailers' Profits: On Vertical Practices and the Exclusion of Rivals. *American Economic Review*, 104 (2), pp. 672-686.

<http://dx.doi.org/10.1257/aer.104.2.672>

Authority for Consumers and Markets – ACM. 29 de septiembre de 2021. *ACM fines Samsung for influencing the online prices of television sets.*

<https://www.acm.nl/en/publications/acm-fines-samsung-for-influencing-the-online-prices-of-television-sets>

Bork, R (2003). La regla de la razón y el concepto per se: la fijación de precios y el reparto de mercados. *Themis, Revista de Derecho*, 47, pp.19-62.

Bowman, W. Jr. (1955). The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance. *University of Chicago Law Review*, 22, pp. 825-873.

Cavanagh, E. (2008). Vertical Price Restraints After Leegin. *Loyola Consumer Law Review*, 21, pp. 1-32.

Centro Competencia (2021). *La Demanda a Samsung Chile que pone en entredicho su política de distribución y RPM.* <https://centrocompetencia.com/demanda-a-samsung-chile-precios-minimos-de-reventa/>

Coase, R.H. (1937). *The Nature of the Firm.* <https://doi.org/10.2307/2626876>.

Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas de Uruguay. Resolución 80/014.

Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas de Uruguay. Resolución 158/16.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Brasil - CADE. Procedimiento 148/1994.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Brasil - CADE. Procedimiento 08012.001271/2001-44.

- Da Graca, T. y Mason, R. (2012). The “Services” Explanation for Resale Price Maintenance: Deleterious Results Missed in the Economics Literature and in Legal Decisions. *Southern Economic Journal*, 79, pp. 450-463.
- Daniels, J. S. (2016). Don't Discount Resale Price Maintenance: The Need for FTC Guidance on the Rule of Reason for RPM Agreements. *The George Washington Law Review*, 84 (182), pp.210-217.
- De León, I. (2009). *An institutional assesment of antitrust policy. The Latin American Experience*, Kluwer Law International.
- Diab, T. M. (2017). Resale Price Maintenance: Per Se Legality Revisited Per Se Legality as the Next Step in Vertical Price Restraint Jurisprudence. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 7 (2), pp. 597-625.
- Elzinga, K. G. y Mills, D. (2009). The Economics of Resale Price Maintenance. *Issues in Competition Law and Policy, ABA Section of Antitrust Law*, 3 (1841), pp. 1841-1858.
- Estevan De Quesada, C. (2013). *Las prácticas facilitadoras. Control de la colusión en los mercados oligopolísticos*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 (2008).
- Falla, A. y Bullard, A. (2002). ¡Prohibido Prohibir!: el fantasma de los precios sugeridos y la fijación de precios de reventa en el derecho de la competencia. *Ius et Veritas*, 25, pp. 215-227.
- Figari, H. (2015). *Los Objetivos de la Política de Libre Competencia en el Perú*. Informe profesional para optar el Título de Licenciado en Economía. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Ciencias Sociales.
- Fiscalía Nacional Económica de Chile (2014). *Guía para el análisis de Restricciones Verticales*. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales.pdf>

- Gagliuffi, I. (2011). La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se y la regla de la razón. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 7 (13), p. 139-162.
<http://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/download/87/84>
- Galán, E (1967). *Acuerdos Restrictivos de la Competencia*, Editorial Montecorvo, S.A.
- Gavil, A., Kovacic, W y Baker, J. (2008). *Antitrust Law in Perspective: Cases, concepts and problems in Competition Policy*. Segunda Edición. Thomson/West.
- Gellhorn, E. y Kovacic, W. (1994). *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. West.
- Grimes, W. (2008). The Sylvania free rider justification for downstream-power vertical restraints: truth or invitation for pretext?. En *PITOFSKY, Robert (editor). How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Nueva York: Oxford University Press. pp. 181-195.
- Grimes, W. (2008). The Path Forward After Leegin: Seeking Consensus Reform of the Antitrust Laws of Vertical Restraint. *Antitrust Law Journal*, 75, pp. 467-504.
- Gundlach, G.; Cannon, J. y Manning, K. (2017). Free riding and resale price maintenance: Insights from marketing research and practice. *The Antitrust Bulletin*, 55 (2), pp. 381-422.
- Hahn, R. (2006). *Antitrust Policy and Vertical Restraints*. AEI – Brookings Joint Center for Regulation Studies.
- Harvard Law Review (2008). Leegin's Unexplored "Change In Circumstance": The Internet And Resale Price Maintenance. *Harvard Law Review*, 121, p.1600-1621.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2020). *Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de en Libre Competencia*.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4663202/Gu%C3%ADa+de+Programas+de+Cumplimiento+de+las+Normas+de+Libre+Competencia/>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución 276-97-TDC.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución 206-97-TDC.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución 224-2003-TDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 068-2009/SC1-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución 589-2015/SDC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución 014-2022/CLC-INDECOPI.

Klein, B. (2009). Competitive Resale Price Maintenance in the absence of free riding. *Antitrust Law Journal*, 76, pp. 431-481.

Klein, B. (2014). The Evolving Law and Economics of Resale Price Maintenance. *The Journal of Law & Economics*, 57, pp.161-179.

Lambert, T. (2009). Dr. Miles Is Dead. Now What?: Structuring A Rule Of Reason For Evaluating Minimum Resale Price Maintenance. *William and Mary Law Review*, 50, pp. 1937-2004.

Lambert, T. (2010). A decision-theoretic rule of reason for minimum resale price maintenance. *The Antitrust Bulletin*, 55 (1), pp. 194-214.

Lao, M. (2008). Free riding: an overstated, and unconvincing, explanation for Resale Price Maintenance. En *PITOFSKY, Robert (editor). How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust. Nueva York: Oxford University Press.* pp. 196-232.

- Lao, M. (2009). Resale price maintenance: A reassessment of its competitive harms and benefits. Proximamente en *Josef Drexl, Warren S. Grimes, Clifford A. Jones, Rudolph J.R. Peritz, Edward T. Swaine (editors). "More Common Ground For International Competition Law?"*, Edward Elgar, *Ascola Competition Law*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434984
- Liss, S.M. (2018). *Minimum Resale Price Maintenance: Is South Africa 'Lagging Behind' After Leegin?* https://www.researchgate.net/publication/327745366_Minimum_Resale_Price_Maintenance_Is_South_Africa_'lagging_behind'_after_Leegin
- Lobo, J. A. (2016). La fijación unilateral de precios bajo las reglas de la Libre Competencia en el contrato de franquicia en Colombia. *Revista Derecho Competencia, Bogota, 12 (12)*, pp. 237-280.
- Mackay, A. y Smith, D. A. (2014). The Empirical Effects of Minimum Resale Price Maintenance. *University of Chicago Booth, School of Business Kilts Center for Marketing, Paper No. 2-006*, pp.1-25. <http://ssrn.com/abstract=2513533>
- Marco, S. (2010). *Vertical Agreements and Competition Law. A Comparative Study of the EU and US Regimes*. Oxford: Hart Publishing.
- Mcguire, N. (2012). An Antitrust Narcotic: How the Rule of Reason Is Lulling Vertical Enforcement to Sleep. *Loyola of Los Angeles Law Review, 45 (1225)*, pp. 1225-1294. <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol45/iss4/5>
- Mercer, H. (1998). The abolition of resale price maintenance in Britain in 1964: a turning point for british manufacturers? *London School of Economics & Political Science, Economic History Department, working paper No. 39/98*, pp.1-31.
- Miranda, Alfonso (2020). Resumen y análisis de la Resolución 8310 de 2003 de la Superintendencia de Industria y Comercio. *Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*. <https://centrocedec.files.wordpress.com/2020/12/resumen-y-analisis-resoluciocc81n-8310-de-2003.pdf>

- Motta, M. (2004). "Competition Policy: Theory and Practice". Nueva York: Cambridge University Press.
- Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD. (1997). *Resale Price Maintenance*. Paris. <https://www.oecd.org/daf/competition/1920261.pdf>
- Organisation for Economic Co-Operation and Development – OECD. (2008). *Resale Price Maintenance*. Paris. <https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>
- Peeperkorn, L. (2008). Resale Price Maintenance and its alleged efficiencies, *European Competition Journal*, 4, pp. 201-212.
- Rojas, J. F.; Olaechea, J.; Rebaza, A.; Felices, E. (2003). Mesa Redonda. ¿Regla per se o Regla de la Razón?: Premisas y Efectos de un cambio. *Themis, Revista de Derecho*, (47), pp. 287-296.
- Superintendencia de Industria y Comercio – SIC. Resolución 08231 del 21 de marzo de 2001.
- Superintendencia de Industria y Comercio – SIC. Resolución 25420 del 06 de agosto de 2002.
- Superintendencia de Industria y Comercio – SIC. Resolución 08310 del 28 de marzo de 2003.
- Superintendencia de Industria y Comercio – SIC. Resolución 48092 de 13 de agosto de 2012.
- Superintendencia de Industria y Comercio – SIC. Resolución 76724 del 16 de diciembre 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio – SIC. Resolución 16562 del 14 de abril del 2015.
- Tamayo, M. y Piñeros, J.D. (2007). Formas de integración de las empresas. *Revista Ecos de Economía*, 24, pp. 28-45.

https://www.researchgate.net/publication/237228692_Formas_de_integracion_d_e_las_empresas

Tirole, J. (1988). *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge: MIT Press.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia – TDLC de Chile. Sentencia 131/2013.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia – TDLC de Chile. Sentencia 167/2019.

US Supreme Court (1897). *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290

US Supreme Court (1899). *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211

US Supreme Court (1911). *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1

US Supreme Court. (1911). *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106

US Supreme Court. (1911). *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373

US Supreme Court. (1918). *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231

US Supreme Court. (1919). *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300

US Supreme Court. (1927). *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392

US Supreme Court (1940). *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150

US Supreme Court (1967). *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365

US Supreme Court (1968). *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145

US Supreme Court (1977). *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36

US Supreme Court (1984). *Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp.*, 465 U.S. 752

US Supreme Court (1984). *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85

US Supreme Court (1997). *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3

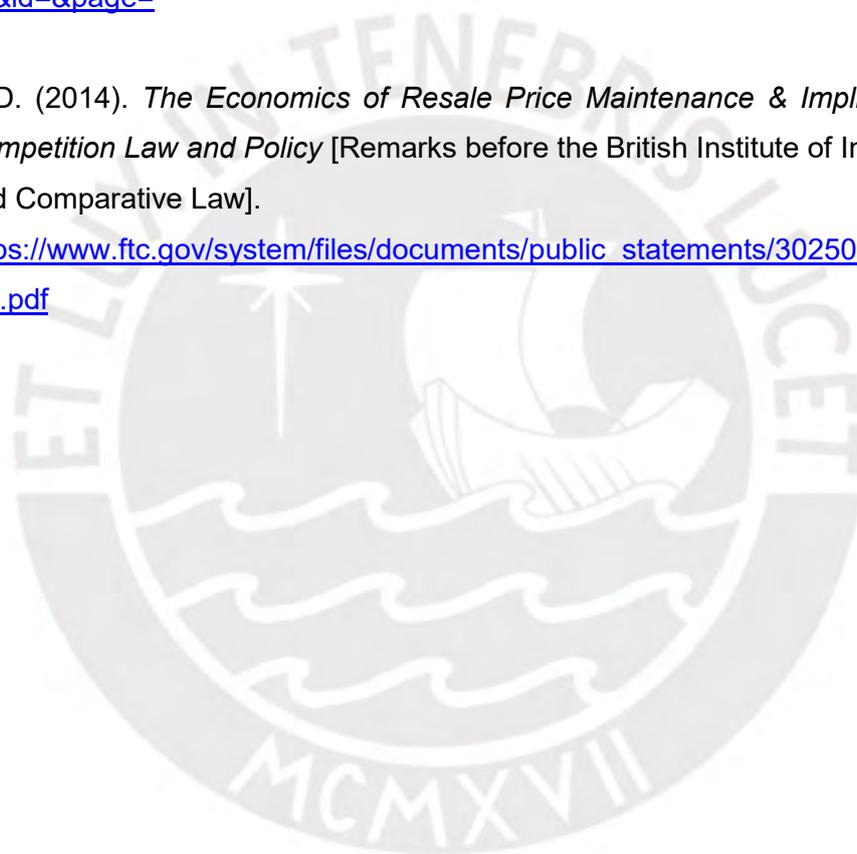
US Supreme Court. (2007). *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS Inc.*, 551 U.S.

Varney, C. (2009). A Post-Leegin Approach to Resale Price Maintenance Using a Structured Rule of Reason.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/antitruma24&div=8&id=&page=>

Wright, J.D. (2014). *The Economics of Resale Price Maintenance & Implications for Competition Law and Policy* [Remarks before the British Institute of International and Comparative Law].

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/302501/140409rpm.pdf



ANEXOS

Anexo N° 01.- Formulario de encuesta online

Encuesta en materia de Libre Competencia

Esta encuesta tiene como finalidad contribuir con el análisis de determinadas hipótesis abordadas en un proyecto de tesis para optar por el grado de Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de Defensa de la Competencia. La encuesta es anónima por lo que siéntase cómodo de responder de la forma que crea conveniente y no se consignará ninguno de sus datos personales.

Datos personales del encuestado

Estos datos no serán publicados. Los datos personales del encuestado se mantendrá confidencial.

Nombres y apellidos *

Short answer text

Sector en donde actualmente trabaja *

- Sector Público (CLC, GEE, SDC de Indecopi)
- Sector Privado (Estudios de abogados con área de Competencia)

Institución o empresa donde actualmente trabaja *

Short answer text

Años de experiencia en Libre Competencia *

Short answer text

Parte I: Aspectos Generales

Description (optional)

Parte I: Aspectos Generales

Description (optional)

...

1. ¿Cuál de las siguientes conductas o prácticas considera que es la que menos ha sido investigada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (hoy, Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia) en los últimos años? *

- Acuerdo colusorio vertical en la modalidad de acuerdo de exclusividad
- Acuerdo colusorio vertical en la modalidad de fijación de precios mínimos de reventa
- Abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas

2. El uso de recursos públicos a otras prácticas más prioritarias (p.e. cárteles) ¿tuvo alguna influencia en que la autoridad no investigara tanto la práctica respondida en la pregunta 1? *

Mucho 1 2 3 Poco

3. La complejidad de análisis de efectos y ausencia de criterios de evaluación (p.e mediante guías) ¿tuvo alguna influencia en que la autoridad no investigara tanto la práctica respondida en la pregunta 1? *

Mucho 1 2 3 Poco

4. En caso las respuestas a las preguntas 2 y 3 sean en su mayoría la opción 3, ¿Qué otra razón podría existir que explique que el Indecopi no investigue tanto la práctica indicada en la pregunta 1?

Long answer text

Parte II: Sobre los Precios Mínimos de Reventa

En esta segunda parte se realizarán un grupo de preguntas específicas sobre la modalidad de fijación de precios mínimos de reventa, independientemente de las respuestas brindadas en la parte I.

5. En base a su experiencia y entre las posibles causas que tienen las empresas para incurrir en esta modalidad ¿Cuáles considera usted que son las que mayormente explican esta práctica? Marcar solo 1 opción por cada explicación.

	Frecuentemente	De vez en cuando	Muy pocas veces
Combatir free riding	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Preservar valor de la mar...	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Promovido por retail con...	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Facilitar un cartel	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
Incentivar inversiones de...	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>

6. ¿Cuál debería ser la regla de evaluación de los acuerdos verticales sobre fijación de precios mínimos de reventa? *

- Regla per se (o prohibición absoluta)
- Regla de razón (o prohibición relativa)

7. Si dicha modalidad fuese evaluada bajo la regla de la razón, ¿cuál debería ser el estándar de análisis que debería aplicarse a esta práctica? *

- Ancillary doctrine
- Regla de la razón truncada (quick look rule of reason)
- Otro

8. Solo en caso haya marcado la opción "otro" en la pregunta anterior, escriba la respuesta acá

Short answer text

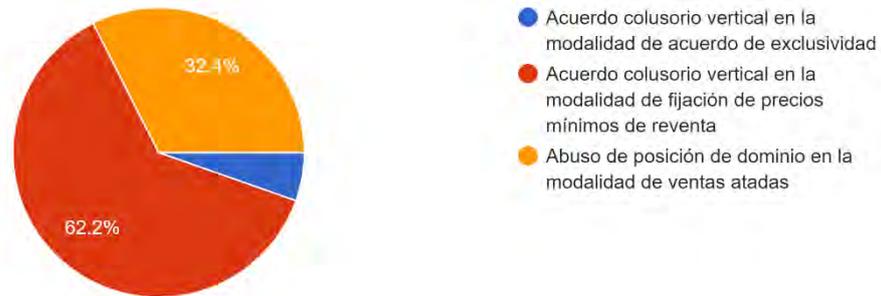
9. Si tuviera algún comentario adicional referido a la fijación de precios mínimos de reventa, realícelo a continuación:

Long answer text



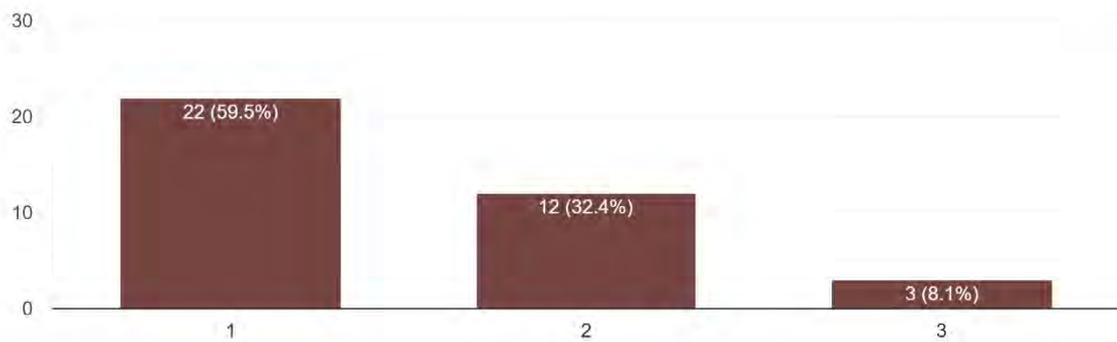
1. ¿Cuál de las siguientes conductas o prácticas considera que es la que menos ha sido investigada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defens...ión de la Libre Competencia) en los últimos años?

37 responses



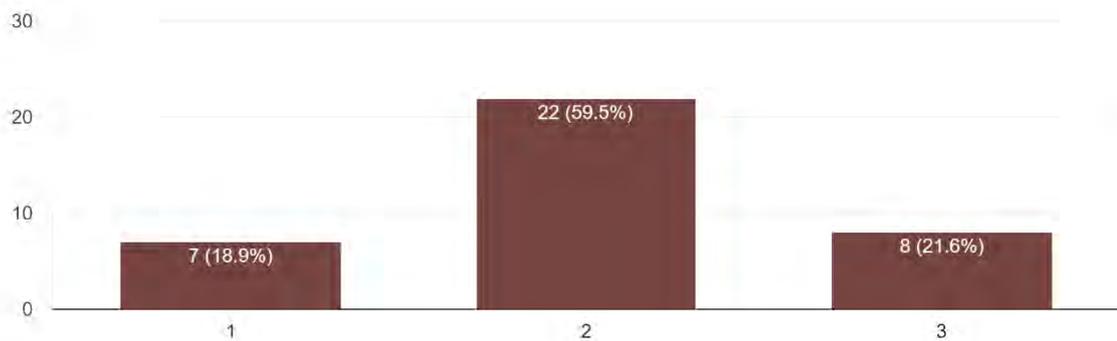
2. El uso de recursos públicos a otras prácticas más prioritarias (p.e. cárteles) ¿tuvo alguna influencia en que la autoridad no investigara tanto la práctica respondida en la pregunta 1?

37 responses



3. La complejidad de análisis de efectos y ausencia de criterios de evaluación (p.e mediante guías) ¿tuvo alguna influencia en que la autoridad no inve...ara tanto la práctica respondida en la pregunta 1?

37 responses



4. En caso las respuestas a las preguntas 2 y 3 sean en su mayoría la opción 3, ¿Qué otra razón podría existir que explique que el Indecopi no investigue tanto la práctica indicada en la pregunta 1?

10 respuestas

Las empresas afectadas por las prácticas mencionadas no han denunciado la existencia de estas.

Creo que ha existido un sesgo en el análisis, cada vez que ha llegado una práctica de este tipo, se le ha analizado desde la perspectiva de Hub & Spoke. Casos como farmacias o supermercados debieron analizarse desde la perspectiva de RPM y no de Hub & Spoke.

El personal de la agencia resultaba insuficiente.

La ley peruana es muy restrictiva respecto a su concepción de que constituye abuso de posición de dominio

La falta de voluntad de la autoridad por meterse en esos temas. Por muchos años, bajo la influencia de la Escuela de Chicago, se pensaba que los abusos de posición de dominio se "corregían solo con la mano invisible del mercado".

Los carteles son las prácticas más nocivas a la competencia y los programas de clemencia facilitan su detección y sanción

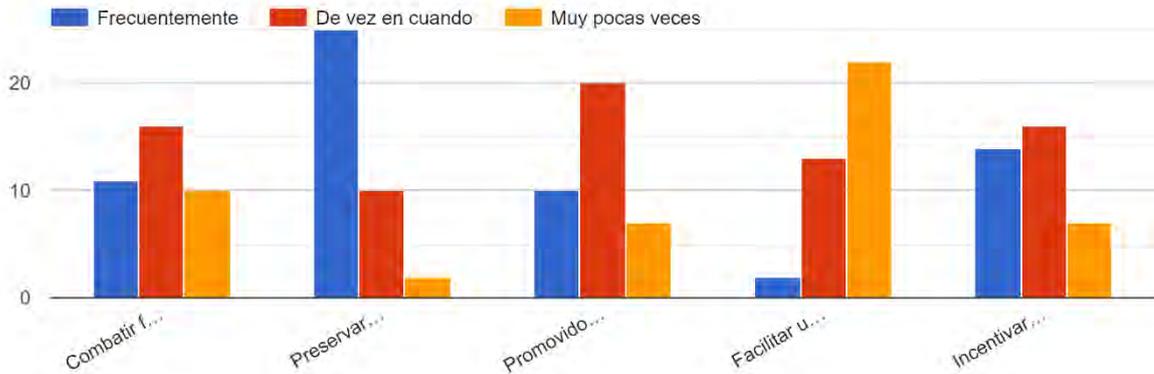
Considero que otra razón complementaria radica en la frecuencia bajo la cual se pueden hallar indicios sobre acuerdos verticales de fijación de precios mínimos de reventa que tengan -de forma preliminar, pero significativa- efectos negativos netos a la competencia.

Se trata de una práctica poco usada en el mercado peruano y quizás su incidencia puede resultar menor respecto de otras prácticas más nocivas a las que le dedica esfuerzo el INDECOPI.

Complejidad en la detección y acreditación de la práctica. Estándar probatorio elevado frente a otro tipo de prácticas (cárteles). Complejidad de acreditar indicios de posición de dominio.

Falta de precisión normativa, sobre su la legalidad de la conducta

5. En base a su experiencia y entre las posibles causas que tienen las empresas para incurrir en esta modalidad ¿Cuáles considera usted que son la...ctica? Marcar solo 1 opción por cada explicación.



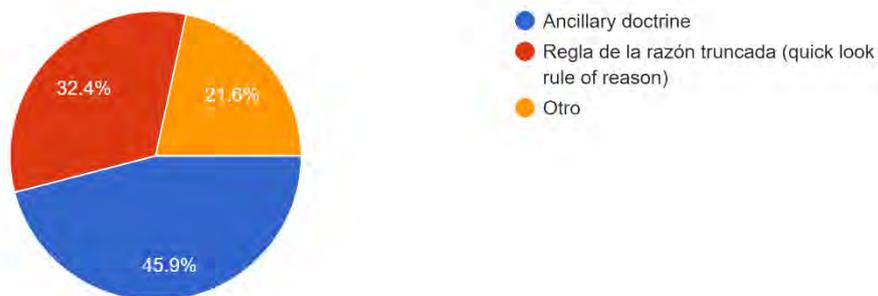
6. ¿Cuál debería ser la regla de evaluación de los acuerdos verticales sobre fijación de precios mínimos de reventa?

37 responses



7. Si dicha modalidad fuese evaluada bajo la regla de la razón, ¿cuál debería ser el estándar de análisis que debería aplicarse a esta práctica?

37 responses



8. Solo en caso haya marcado la opción "otro" en la pregunta anterior, escriba la respuesta acá

7 responses

Full rule of reason.

Regla de la razón estricta

Analizar impacto restrictivo del acuerdo (cuanto del mercado quedaría cerrado) vs la justificación o efectos positivos de la práctica.

Un análisis de rule of reason regular.

REGLA DE LA RAZÓN PROPIAMENTE DICHA

Adecuado estándar probatorio, explicaciones alternativas basadas en razones de eficiencia.

Análisis de restricciones versus posibles eficiencias, más análisis de competencia intermarca

9. Si tuviera algún comentario adicional referido a la fijación de precios mínimos de reventa, realícelo a continuación:

5 responses

Deben evaluarse los efectos Inter marca de la conducta.

Ninguno

Es peligrosa sólo cuando la empresa que los impone tiene una muy alta participación de mercado.

La fijación de precios mínimas de reventa no elimina la competencia Inter-marca, así que no debería estar sujeta a la regla per se y tampoco debería bastar el análisis superficial de sus efectos (quick look) para declararlo ilegal.

Debería haber reglas claras sobre su distinción frente a un cartel hub and spoke