

COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
RADL FERRERO COSTA
FELIPE OSTERLING PARODI
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
FRANCISCO MIRO QUESADA RADA
LUIS E. ROY FREYRE
GUSTAVO BACACORZO
VÍCTOR GARCÍA TOMA
JORGE RENDÓN VÁSQUEZ
CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO
ULISES MONTOYA ALBERTI
JORGE CARRIÓN LUGO
PINKAS FLINT BLANCK
FELIPE VILLAVICENCIO T.
PABLO TALAVERA ELGUERA
JOSÉ UGUAZ SÁNCHEZ-MORENO
HUGO A. FORNO FLOREZ
ROSENDO HUAMANI CUEVA
MANUEL ROMÁN OLIVAS
ESTEBAN CARBONELL O'BRIEN

COMITÉ CONSULTIVO INTERNACIONAL

GÜNTHER JAKOBS
CLAUS ROXIN
JORGE MOSSET ITURRASPE
JORGE PEYRANO W.
JESÚS-MARÍA SILVA SANCHEZ
NÉSTOR PEDRO SAGÜES
MIGUEL POLAINO NAVARRETE
FRANCESCO DONATO BUSNELLI
CARLOS VATTIER FUENZALIDA
JOSE HURTADO POZO

DIRECTORES

JOSE ANTONIO CARO JOHN
REINER CHOCANO RODRIGUEZ

ESPECIAL

**El debate actual
sobre la tercerización**

Isabel Herrera Gonzales-Pratto
César Puntriano Rosas
Frank Espinoza Laureano

Mayo

5

2008

JuS

Doctrina & Práctica

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA Y ACTUALIZADA
PARA EL PROFESIONAL DEL DERECHO

EN ESTE NÚMERO ESCRIBEN, ENTRE OTROS:

PENAL

NICOLÁS OXMAN VILCHES
Los viejos enemigos en el Derecho penal sexual:
una referencia a la sodomía, el incesto y el ultraje al pudor público

PROCESAL PENAL

CARLOS ENRIQUE IBARRA ESPÍRITU
La aplicación de la terminación anticipada en
la etapa intermedia del nuevo proceso penal

CIVIL

FELIPE OSTERLING PARODI / MARIO CASTILLO FREYRE
Dación en pago

PROCESAL CIVIL

MANUEL JESÚS MIRANDA CANALES
Estructura organizacional piramidal de los
órganos jurisdiccionales en el Perú y en el extranjero

CONSTITUCIONAL

PERCY CHOCANO NÚÑEZ
La libertad de expresión y los derechos a la dignidad,
intimidad, al honor, la reputación y a la imagen personal

LABORAL

JORGE RENDÓN VÁSQUEZ
Observaciones al Proyecto de Ley General del Trabajo

TRIBUTARIO

IVÁN MANNUCCI PROCHAZKA
Los pasajes y viáticos asumidos por una sociedad anónima
constituida en el Perú a favor de sus directores no domiciliados

ADMINISTRATIVO

HORACIO CÁNEPA TORRE
Los vicios ocultos en los contratos de obra pública

EMPRESARIAL

DANIEL ECHAIZ MORENO
El mercado público de certificados de depósito negociables y los "capitales golondrinos"

INFORMES PRÁCTICOS

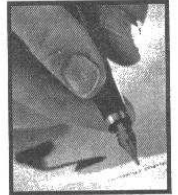
JURISPRUDENCIA

ACTUALIDAD LEGAL

GRILEY

Daniel ECHAIZ MORENO^(*)

Las prácticas colusorias verticales

**SUMARIO:**

1. La competencia en el mercado. 2. Las prácticas colusorias verticales. 3. La cláusula abierta en torno a las prácticas colusorias verticales. 4. Las prácticas colusorias verticales desde la óptica de la Ley para el Fortalecimiento de las Cadenas Productivas y Conglomerados.

RESUMEN:

Las normas reguladoras de la libre competencia permiten garantizar a las empresas el libre acceso al mercado, en condiciones competitivas, a los bienes y servicios necesarios para la producción, de esta forma se fomenta la eficiencia económica y se busca el bienestar de los consumidores y/o usuarios; partiendo de esta idea, el autor analiza el diferente tratamiento legislativo de las prácticas colusorias verticales y de las horizontales.

1. La competencia en el mercado

La relación del Estado con la Economía se ha manifestado a través de tres modelos económicos: la economía planificada (en un extremo), el libre mercado (en el otro extremo) y la economía social de mercado (entre ambos). El modelo de la economía planificada⁽¹⁾ ve al Estado como un interventor, en tanto solo él sabe lo que conviene al mercado y, así, por ejemplo, determina los precios de los productos. Por su parte, el modelo

(*) Abogado *summa cum laudae* por la Universidad de Lima. Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Academia de la Magistratura. Socio del Estudio Jurídico Echaiz. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Miembro honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa. *Web page*: www.echaiz.com. *E-mail*: daniel@echaiz.com.

(1) Cfr. CARR, Edward Hallet, *Historia de la Rusia Soviética. Bases de una economía planificada*, Alianza, Madrid, 1984.

del libre mercado⁽²⁾ no ve al Estado (o, mejor dicho, no lo quiere ver), prescindiendo de este y aplicando la máxima francesa originaria del siglo XVIII «*laissez faire, laissez passer*» (dejar hacer, dejar pasar). Finalmente, el modelo de la economía social de mercado⁽³⁾ sí ve al Estado, mas no como un interventor, sino como un árbitro que regula las conductas empresariales, propiciando la competencia para conseguir –al decir del argentino Bernardo Kliksberg⁽⁴⁾– «una economía con rostro humano».

La economía social de mercado –que nació en los años treinta del siglo pasado, entre los economistas de la Escuela de Friburgo, como Alexander Rüstow– constituye hoy en día el modelo económico más extendido entre los países en vías de desarrollo y con mayor proyección a nivel mundial. El Perú no escapa a esta situación, recogiendo en su texto constitucional cuando en el artículo 58° estipula:

«Artículo 58°.-

La iniciativa privada es libre. *Se ejerce en una economía social de mercado.* Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura» (las cursivas son nuestras).

Desde su consagración constitucional, la economía social de mercado ha encontrado sustento en el régimen de la libre competencia, el

mismo que es resultado de la interacción entre los agentes económicos quienes, en ejercicio de su libertad, establecen –de acuerdo con sus propios intereses– las reglas de juego que los regirán en adelante. Su elemento fundamental viene dado por la «libertad» de decisión de aquellos que participan en el tráfico económico, por lo que la elección tanto del productor (ofertante) como del consumidor (demandante) son inseparables y de ellas depende, en gran medida, que se logre una asignación adecuada de recursos en la economía que mejore el bienestar de la sociedad en su conjunto⁽⁵⁾.

En este orden de ideas, la competencia en los mercados se constituye en un bien jurídico de significación positiva, sustrato máximo del bienestar económico en general. En atención a esto último, radica la necesidad de su protección legal que, en nuestro país, haya asidero normativo en el artículo 61° primer párrafo de la Constitución Política del Estado donde se prescribe:

«Artículo 61°.-

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios» (las cursivas son nuestras).

Al decir del organismo gubernamental regulador de la libre competencia en el Perú, esto es, el Instituto Nacional de Defensa de la Com-

petencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), «los precios determinados competitivamente tienden a ser los correctos y la libre concurrencia en los mercados es la fuerza impulsadora de la economía»⁽⁶⁾. Queda claro, entonces, que la competencia como categoría jurídica no es un fin en sí mismo cuya protección se da per se, sino que su existencia se justifica en tanto y en cuanto tutela o garantiza el interés económico general. Siguiendo este razonamiento, la determinación de su infracción debe darse sin perder de vista la necesaria consecuencia negativa para el sistema económico en general, proveniente de la conducta del agente.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el ideal de competencia perfecta termina siendo solo un ideal pues no existe el mercado perfecto con un elevado número de ofertantes y de demandantes, con productos homogéneos, sin barreras de entrada y/o de salida y sin intervención estatal. Al contrario, son usuales los casos en los que existen conductas disfuncionales del mercado, tales como: prácticas colusorias (verticales u horizontales), abuso de posición de dominio y falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

De las tres figuras mencionadas, el abuso de posición de dominio ha recibido la mayor atención por parte de la doctrina. Parafraseando el artículo 86° del Tratado de Roma de la Comunidad Económica Europea y el artículo 4° de nuestra Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia⁽⁷⁾ diremos que la posición de

dominio en el mercado es definida usualmente como la capacidad que posee una empresa o varias empresas para actuar de manera independiente y con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.

Sin embargo, como bien observan María del Rosario Quiroga Glave y Miguel Rodríguez Zevallos, «las expresiones *independiente y prescindencia* aluden a una empresa absolutamente omnipotente en el mercado, situación extrema y, por ello, muy difícil de darse en la realidad y probarse en la práctica»⁽⁸⁾. Su explicación es la siguiente: «Con relación a los competidores, para que una empresa pueda actuar con prescindencia de ellos tendría que ser monopólica. En cuanto a los compradores o clientes, para ser independiente respecto de ellos tendría que tratarse de un producto que enfrenta una demanda casi totalmente inelástica. Y, finalmente, para prescindir de sus proveedores tendría que ser un monoposonio. Es sumamente difícil que una empresa presente esas condiciones»⁽⁹⁾.

Entre las conductas disfuncionales del mercado señaladas en líneas anteriores, concitan nuestra atención las prácticas colusorias verticales, a propósito de lo previsto en el Proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, elaborado por el Indecopi, y recientemente puesto a la luz para su debate.

2. Las prácticas colusorias verticales

La citada Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas

(2) Cfr. VILLARREAL, René, *Hacia una nueva economía de mercado*, Editores Castillo, México D. F., 1998.
 (3) Cfr. Diplomado Latinoamericano en Economía Social de Mercado, Santiago de Chile, Universidad Miguel de Cervantes, 2005.
 (4) Cfr. KLIKSBERG, Bernardo, *Hacia una economía con rostro humano*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.
 (5) Cfr. Resolución N° 068-96-INDECOPI-CLC, de fecha 17 de septiembre de 1996: «Fijación de sueldos mínimos para profesionales».

(6) Loc. cit.
 (7) Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, Decreto Legislativo N° 701, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 7 de noviembre de 1991.
 (8) QUIROGA GLAVE, María del Rosario y RODRÍGUEZ ZEVALLOS, Miguel, *La concentración de empresas y la libre competencia*, M. J. Bustamante de la Fuente-Cultural Cuzco, Lima, 1997, p. 58.
 (9) Loc. cit.

de la Libre Competencia se aproxima al tema de las prácticas colusorias cuando, en su artículo 6º primer párrafo, prevé:

«Artículo 6º.-

Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas *que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia*» (las cursivas son nuestras).

Según la norma transcripta, las prácticas restrictivas de la libre competencia (o colusorias) requieren el concurso de dos o más voluntades, a diferencia del abuso de posición de dominio que implica el despliegue de una conducta unilateral. Aquellas pueden ser horizontales o verticales, dependiendo de si los agentes económicos involucrados se encuentran en el mismo eslabón o en diferentes eslabones de la cadena productiva, respectivamente.

En general, las restricciones horizontales son las que mayormente ocasionan graves perjuicios a las condiciones de competencia, especialmente en los casos de concertación de precios y creación de carteles o monopolios, además que ser más difíciles de detectar y perseguir; mientras que las restricciones verticales tienen usualmente como objetivo directo la consecución de un mayor grado de eficiencia económica en el conjunto de relaciones verticales entre operadores, sin que esto excluya definitivamente la distorsión de la competencia⁽¹⁰⁾. Así, las restricciones verticales no pro-

ducen necesariamente efectos dañinos sobre la competencia, ya que, en ocasiones, pueden promover la eficiencia, generando beneficios claramente perceptibles para los consumidores en términos de calidad y/o de precios.

Atendiendo a lo expuesto y por regla general, las restricciones verticales devienen en lícitas. Sin embargo, cuando tales conductas involucran, al menos, a una empresa que tiene posición de dominio en el mercado, sus efectos sobre la eficiencia pueden ser negativos, obstaculizando la capacidad de las empresas rivales (presentes y/o potenciales) para competir en el mercado afectado. Por ende, la realización de este tipo de prácticas por empresas que detentan posición dominante en el mercado debe ser analizada por la autoridad para ponderar tanto sus beneficios como sus costos sociales; si estos costos superan aquellos beneficios, la conducta será declarada ilícita⁽¹¹⁾.

Por su parte, el aludido Proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas estipula en su artículo 11º:

«Artículo 11º.- Prácticas colusorias verticales

11.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir,

impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) Pactar contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados; u,
- e) *Otras prácticas de efecto equivalente que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferenciales a una mayor eficiencia económica.*

11.2. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga de manera previa al ejercicio de la práctica de posición de dominio en el mercado relevante.

11.3. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas» (las cursivas son nuestras).

De las diversas cuestiones que merecerían abordarse, nos pronunciaremos a continuación sobre dos de ellas: primera, la cláusula abierta contenida en el inciso e del citado artículo 11º.1; y, segunda, la potencial aplicación del artículo 11º a la luz de la vigente ley para el fortalecimiento de las cadenas productivas y conglomerados⁽¹²⁾.

3. La cláusula abierta en torno a las prácticas colusorias verticales

Partamos del artículo 230º, inciso 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁽¹³⁾, el cual prescribe:

«Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

[...]

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamen-

(10) Presentación de la VI Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia, Comisión Nacional de la Competencia, Madrid, 18-29 de febrero de 2007 [PDF], en www.cncompetencia.es/PDFs%5CEscuela%20Iberoamericana%5CCMuerdo.pdf.

(11) Cfr. Resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC, del 22 de febrero de 2008.

(12) Ley para el fortalecimiento de las cadenas productivas y conglomerados, Ley N° 28846, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de julio de 2006.

(13) Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de abril de 2001.

te en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

[...]» (las cursivas son nuestras).

Dicho dispositivo jurídico concuerda con la Resolución N° 005-2008-INDECOPI/CLC que, en su acápite N° 70, señala que: «Una adecuada tipificación requiere que la norma sancionadora permita al administrado predecir razonablemente las consecuencias jurídicas de su conducta; de tal forma, el requisito de tipificación será satisfecho en tanto la norma sea lo suficientemente inteligible para permitir a sus destinatarios realizar una predeterminación de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra».

En este orden de ideas, el inciso e del artículo 11°.1 del proyecto legislativo *sub examine* se muestra abierto y ambiguo, transgrediendo el principio de tipicidad que gobierna la potestad sancionadora administrativa, dejando en una situación de indefensión al administrado, quien no tiene forma de saber *expresamente* qué conducta se configura como lesiva de la competencia en el mercado. Si consideramos que la economía mundial está en progreso y cada día surgen nuevas formas de agrupaciones empresariales, que procuran la obtención de mayores beneficios económicos (maximización) o la reducción de los riesgos (minimización), pues cualquiera de dichas formas de agrupaciones empresariales podría encajar en la cláusula abierta. No creemos que el concepto de eficiencia económica sirva como criterio decantador

suficiente para su aplicación, pues aún con él sigue siendo una cláusula abierta.

4. Las prácticas colusorias verticales desde la óptica de la Ley para el Fortalecimiento de las Cadenas Productivas y Conglomerados

La Ley para el Fortalecimiento de las Cadenas Productivas y Conglomerados dispone en sus artículos 2° y 3°:

«Artículo 2°.- Cadenas productivas

Se define como cadena productiva al sistema que agrupa a los actores económicos interrelacionados por el mercado y que participan articuladamente en actividades que generan valor, alrededor de un bien o servicio, en las fases de provisión de insumos, producción, conservación, transformación, industrialización, comercialización y el consumo final en los mercados interno y externo».

«Artículo 3°.- Conglomerados

Se define como conglomerado una concentración de empresas en un espacio geográfico, orientadas a la producción y/o comercialización de bienes o servicios alrededor de un sector o actividad económica principal, las cuales se interrelacionan entre sí, comparten rasgos comunes y una visión de futuro [...]».

Con los textos transcritos se aluden a las prácticas colusorias verticales, pero estas no resultan dañinas para la competencia en el mercado; por el contrario, atendiendo a un juicio de ponderación, los beneficios generados por las cadenas productivas y conglomerados al interés

público general son mayores que sus costos (análisis costo-beneficio). Existen pues casos en los que determinadas prácticas empresariales afectan la competencia de forma menos evidente que las prácticas concertadas, por lo que su análisis debe realizarse caso por caso (*ad hoc*) mediante «la regla de la razón», a efectos de determinar el grado de dañosidad de la conducta del agente económico; lo que se protege no es la competencia per se, sino el bien jurídico que subyace a ella: el bienestar económico general.

En esta línea de pensamiento, el artículo 81°.3 del Tratado de Roma de la Comunidad Económica Europea permite exceptuar de reproche una práctica que, en principio, califique de restrictiva, debido a la acreditación en un caso concreto de falta de perjuicio económico al interés general. Existe entonces con meridiana claridad la posibilidad de justificar a priori aquellas prácticas que, siendo restrictivas de la libre competencia, sus efectos fueran beneficios para el mercado (balance positivo a favor del interés económico general).

No olvidemos que, en el afán de buscar el auténtico espíritu de la legislación pro competencia, la redacción original del artículo 7° de la aludida Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia contemplaba un sistema de excepciones singulares o en bloque, similar a aquel del artículo 81°.3 del Tratado de Roma de la Comunidad Económica Europea. En tal sentido, la norma –hoy derogada– recogía la lógica de la legislación comunitaria en el sentido de permitir, en algunos casos específicos, ciertos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas cuyos efectos fueran beneficiosos para el mercado⁽¹⁴⁾.

Por todo ello, somos de la opinión que las cadenas productivas y/o los conglomerados no pueden considerarse como prácticas colusorias verticales por sí mismas, ni tampoco podrían encajarse en la cláusula abierta anteriormente explicada, más aún cuando es el propio Estado el que –en buena hora– promueve aquellos mecanismos de concentración empresarial. JuS

(14) Cfr. Resolución N° 0224-2003-TDC-INDECOPI, del 16 de junio de 2003: «Concertación de precios sin sanción».