



Eduardo Quintana Sánchez^(*)

Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana^(**)

Hazards on sanctioning the Recommendations as an anti-competitive practice in the Peruvian Law

Resumen: En este artículo, el autor nos presenta la figura de las recomendaciones como práctica colusoria. Empieza por darnos una aproximación acorde a derecho comparado (Europa y América Latina) y desarrollo jurisprudencial de INDECOPI, para posteriormente definir cómo se aplica (y debería aplicarse) dicha prohibición como práctica colusoria horizontal (carteles) en nuestra legislación. En este punto, se analiza también los supuestos en los cuales dicha aplicación ha sido incorrecta y los problemas alrededor de esta. Finalmente, el autor demuestra la complejidad de enmarcar las recomendaciones como una práctica colusoria vertical debido a la falta del elemento de colusión de agentes económicos.

Palabras clave: Recomendaciones - Colusión horizontal - Colusión vertical - Carteles - Conductas anticompetitivas - Derecho de la Competencia - Libre competencia - INDECOPI

Abstract: On this paper, the author disserts on the notion of recommendations as a method of collusion law. First, he approaches it based on comparative law (Europe and Latin-America) and precedent case law from INDECOPI, followed by defining how the term is (and should be) understood in Peruvian regulations as a horizontal agreement (cartel). It also analyzes in which instances said application has been inaccurate and the issues surrounding it. Finally, the author illustrates the complexity of framing recommendations as vertical agreements in the absence of "collusion between two or more parties"

Keywords: Recommendations - Horizontal collusion - Vertical collusion - Cartels - Anticompetitive practices - Antitrust - Free competition - INDECOPI

Las recomendaciones son una modalidad de práctica restrictiva de la

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master en Regulación de Servicios Públicos de la *London School of Economics and Political Science*. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho de la Empresa de la PUCP. Socio de Bullard, Falla, Ezcurra Abogados. equintana@bullardabogados.pe

(**) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 4 de febrero de 2016 y aprobada su publicación el 8 de febrero del mismo año.

Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana

Hazards on sanctioning the Recommendations as an anti-competitive practice in the Peruvian Law

competencia prohibida por la ley peruana. La infracción puede configurarse de dos formas según la ley. Si la recomendación se da entre competidores es calificada como una práctica colusoria horizontal; mientras que, si la recomendación se da entre agentes que participan en distintos niveles de la cadena de producción y comercialización (por ejemplo, un fabricante industrial y sus distribuidores), es calificada como una práctica colusoria vertical.

Las recomendaciones pueden manifestarse a través de distintas vías y adoptar diversas fórmulas. Sólo a manera de ejemplo considérese los siguientes casos y pregúntese si entendería que son conductas prohibidas por la ley: la remisión de una circular por un colegio profesional a sus miembros informándoles una lista de tarifas referenciales por categoría de servicios profesionales; la exhortación por medios verbales y/o escritos de un gremio de distribuidores a sus integrantes para que adopten una misma posición de presión ante un fabricante determinado; la difusión de una lista de precios por producto por una asociación de empresas panificadoras dirigida a sus integrantes; la declaración de un dirigente de un gremio de transportistas en medios de comunicación masiva sobre el próximo incremento del precio del servicio de transporte; la sugerencia de precios de reventa por un fabricante a sus canales de distribución y venta; la comunicación de una lista de precios sugeridos por un gremio de fabricantes a toda la red de distribuidores y puntos de venta.

Independientemente de que los casos antes mencionados sean ilícitos o no bajo la prohibición de recomendaciones, surge una interrogante sustantiva e inicial. Como se observa, tales casos parecen involucrar la acción unilateral de un agente económico, entonces ¿por qué resultarían prohibidos bajo la figura de prácticas colusorias en la modalidad de recomendación, si estas prácticas involucran necesariamente a dos o más participantes?

La cuestión de fondo a dilucidar es cuándo una recomendación puede calificar como práctica colusoria entre competidores o entre agentes económicos que participan en distinto nivel de la cadena productiva y de comercialización. Si la respuesta está vinculada con quién es el agente emisor de la recomendación, entonces la interrogante que surge estará referida a quiénes pueden ser investigados y sancionados por este tipo de infracción. Por ejemplo, cabe preguntarse si INDECOPI podría abrir investigación, de modo autónomo, contra los directivos de una

asociación de empresas por sus declaraciones en medios de comunicación masiva respecto de las condiciones comerciales que pueden aplicar los integrantes de la asociación. Asimismo, también puede preguntarse si la autoridad puede iniciar un procedimiento por recomendaciones ilegales a una empresa con posición de dominio que sugiere a sus distribuidores el precio de reventa que desearía que apliquen.

Este trabajo tiene por objeto explicar las características propias de la figura de las recomendaciones a la luz de la experiencia internacional y de la práctica jurisprudencial de INDECOPI. Asimismo, se pretende definir los contornos de la prohibición de recomendaciones como práctica colusoria horizontal, identificando supuestos en que se estaría haciendo una incorrecta aplicación de la ley. Finalmente, se busca explicar la complejidad o imposibilidad de enmarcar las recomendaciones como práctica colusoria vertical.

1. Tratamiento legal de las recomendaciones en la ley peruana

El antecedente más lejano de la prohibición de recomendaciones como práctica anticompetitiva en el marco legal peruano es el artículo 6 del Decreto Legislativo 701, Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, que establecía lo siguiente:

“Artículo 6.- 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”.

Como se observa, la norma contenía una prohibición única de las recomendaciones ya



Eduardo Quintana Sánchez

sea que se manifestarán como prácticas que involucraban a competidores (restricciones horizontales) o a empresas en distintos niveles de la cadena productiva y de comercialización (restricciones verticales).

La actual Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo 1034 (en adelante, "LRCA"), prohíbe las recomendaciones en los siguientes términos:

"Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como (...)."

Adicionalmente, la LRCA también establece lo siguiente sobre las recomendaciones:

"Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas 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".

Como se observa, la LRCA optó por dar un tratamiento separado a las prácticas colusorias horizontales y verticales. El tratamiento separado tiene sentido si se consideran las diferencias existentes entre dichas figuras según la ley vigente:

- Los participantes son distintos, competidores o agentes en distintos niveles de la cadena de producción/comercialización.

- Las prácticas colusorias verticales requieren necesariamente la participación de una empresa con posición de dominio, condición no requerida para las prácticas horizontales.

- Las prácticas horizontales están sujetas a dos criterios de análisis, de un lado la prohibición relativa que determina la ilegalidad según los efectos perjudiciales para la competencia y los consumidores y se aplica como regla general, y de otro lado la prohibición absoluta que determina la ilegalidad automática y se aplica como regla excepcional a un conjunto más pequeño de infracciones muy perniciosas. En cambio, todas las prácticas verticales se analizan según la prohibición relativa.

Sin perjuicio de lo anterior, se tiene que la LRCA incluso haciendo la separación de prácticas colusorias horizontales y verticales ha contemplado que en ambos casos la infracción puede darse a través de la modalidad de recomendaciones.

La pregunta fundamental es entonces qué conductas configuran una recomendación prohibida bajo cada tipo de infracción según la ley peruana vigente. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la prohibición y sanción de recomendaciones como prácticas entre competidores, es decir como colusiones horizontales, ha sido aplicada durante toda la vigencia del Decreto Legislativo 701 comenzando desde muy temprano en el año 1994⁽¹⁾, y ha

(1) El Decreto Legislativo 701 se comenzó a aplicar de forma institucionalizada a partir del año 1993, con la creación del INDECOPI. El primer caso en que se investigó una recomendación ocurrió en 1994, en que luego de verificarse que el señor Fredy Prieto, Presidente de la Asociación de Industriales Panificadores y similares de Arequipa, había efectuado declaraciones periodísticas anunciando a la población un nuevo precio para el pan, se concluyó exhortando a los dirigentes de dicha Asociación a abstenerse en el futuro de realizar cualquier recomendación sobre precios del pan a sus afiliados (Resolución No. 029-94-INDECOPI/CLC). El último caso que conocemos en que se ha sancionado una recomendación en virtud de la prohibición contenida en el Decreto Legislativo 701 ocurrió en el 2013, en que se sancionó a la Asociación Regional de Transportistas Interprovinciales en Camionetas Rurales y a la Asociación Unificada de Transportistas Interprovincial en Camionetas Rurales, por una recomendación de precios de transporte en Puno producida el año 2007 (Resolución No. 017-2013/CLC-INDECOPI, del 19 de marzo).

Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana

Hazards on sanctioning the Recommendations as an anti-competitive practice in the Peruvian Law

continuado aplicándose de modo regular durante todo lo que lleva en vigor la LRCA⁽²⁾. En cambio, hasta la fecha no se ha aplicado la prohibición de recomendaciones como práctica colusoria vertical.

Teniendo en cuenta ello, a continuación se analiza y discute qué conductas podrían ser prohibidas y sancionadas como recomendaciones horizontales o verticales.

2. ¿Qué recomendaciones son una práctica colusoria horizontal según la LRCA?

2.1. Tratamiento de las decisiones y recomendaciones colectivas en Europa

La normativa protectora de la competencia de la Comunidad Europea se señala como una de las fuentes directas que dieron origen al Decreto Legislativo 701, pero esta normativa no contiene una prohibición expresa de las recomendaciones como conducta anticompetitiva. En efecto, el artículo 81-antiguo artículo 85- del Tratado de Roma establece lo siguiente:

“1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: (...)”.

No obstante, las instancias de decisión de la Comunidad Europea han considerado que las recomendaciones de asociaciones que pueden influir en el comportamiento

comercial de las empresas también se encuentran prohibidas dentro de la categoría de las decisiones de asociaciones de empresas.

Al respecto, Korah señala que en el caso *Vereeniging van Cementhandelaren c. Commission* (Asunto 8/72 [1972]) la Corte de Justicia Europea sostuvo que el término decisiones de asociaciones de empresas incluía las recomendaciones de la asociación a sus miembros, incluso si no eran vinculantes⁽³⁾. En adición a lo dicho, Velasco menciona que la Corte de Justicia Europea ha considerado que las recomendaciones no obligatorias son calificadas como decisiones “cuando su aceptación por las empresas destinatarias ejerza una influencia sensible sobre la competencia”⁽⁴⁾.

Sin perjuicio de que las recomendaciones no vinculantes califiquen dentro de la prohibición, Goydier precisa que de todos modos debe existir alguna evidencia de que la conducta de los miembros de la asociación ha sido influenciada o podría serlo en el futuro por información recibida de la asociación⁽⁵⁾. El mismo autor explica que el caso *Fenex* (1996) pone de manifiesto lo indicado pues una asociación holandesa de consolidadores de carga había autorizado por muchos años que un comité elabore en su representación una lista de precios sugeridos para varios servicios y esta lista no obligatoria era enviada

(2) Durante lo que lleva de vigencia la LRCA desde el 2008 se ha investigado y sancionado un número importante de casos de recomendaciones, principalmente de precios. Por ejemplo, el 2009 se sancionó a la Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajeros-ASETUP y al señor José Luis Díaz León por recomendación de precios de transporte en Lima Metropolitana y el Callao (Resolución No. 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre). Asimismo, el 2015 se sancionó al señor Gener Alfonso Culqui Rucoba, en su condición de secretario general del Sindicato Único de Choferes Profesionales Transportistas de Loreto, por recomendación de precios de transporte en la provincia de Maynas (Resolución No. 019-2015/CLC-INDECOPI, del 24 de junio).

(3) Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (Great Britain: Hart Publishing, 2004); 51.

(4) Luis Antonio Velasco, “Acuerdos, Decisiones Colectivas y Prácticas Concertadas”, en Luis Antonio Velasco (coord.), *Derecho Europeo de la Competencia: antitrust e Intervenciones Públicas* (Valladolid: Lex Nova, 2005); 66.

(5) D.G. Goydier, *EC Competition Law*, 4° ed. (Great Britain: Oxford University Press, 2003); 81-82.



Eduardo Quintana Sánchez

anualmente a los miembros junto con una circular en que se alentaba fuertemente a que se adoptaran esas tarifas. Si bien la Comisión Europea sólo tenía evidencia de que una empresa miembro había aplicado esas tarifas, consideró que tanto los miembros de la asociación como otros competidores habían obtenido información sobre las tendencias de precios debido a la publicación de dichas tarifas, por lo que habían podido influenciar sus decisiones de precios⁽⁶⁾.

En Inglaterra se presenta una situación exactamente igual a la de la Comunidad Europea en cuanto a la prohibición de recomendaciones. El Acta de Competencia de 1998 no prohíbe expresamente las recomendaciones, sino solamente los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas⁽⁷⁾, pero se considera que las recomendaciones también se encuentran prohibidas dentro de la modalidad de decisiones de asociaciones de empresas contemplada en la norma, aun cuando su contenido no resulte mandatorio para los miembros a los que van dirigidas. Sobre el particular, la *Office of Fair Trading* británica señaló que el término:

“Decisión tiene un amplio significado. Puede incluir, por ejemplo, la constitución de reglas de una asociación de empresas o sus recomendaciones u otras actividades. (...). Una recomendación de una asociación de empresas puede ser una decisión así como una exhortación verbal que se espera sigan los miembros. Este será el caso incluso si la recomendación no es obligatoria para los miembros o no ha sido dado pleno cumplimiento. Cualquier recomendación que tenga un efecto apreciable en la competencia dentro del Reino Unido está cubierta por la prohibición contenida en el Capítulo I”⁽⁸⁾.

Como se advierte, la práctica europea en materia de recomendaciones ha sido considerarlas como parte de la

voluntad de las asociaciones de empresas y, en ese sentido, han sido calificadas como una conducta colusoria entre empresas. Lo propio sucede en Inglaterra, pues las recomendaciones también se consideran una infracción dentro del Capítulo I de la Acta de Competencia de 1998 que corresponde a la prohibición de prácticas colusorias entre empresas.

El caso de España es más cercano al de la norma peruana, pues en la –hoy derogada– Ley 16/1989, de 17 de julio, Ley de Defensa de la Competencia se contemplaba la siguiente prohibición de conductas colusorias que incluye la modalidad de recomendaciones:

“Artículo 1.- Conductas colusorias

1. Se prohíbe todo acuerdo, *decisión o recomendación colectiva*, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: (...)” (Cursivas agregadas).

La prohibición de las recomendaciones se encuentra establecida exactamente en los mismos términos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, Ley de Defensa de la Competencia de España, vigente en la actualidad.

Como se advierte de la norma citada, la prohibición se refiere a “*decisiones o recomendaciones colectivas*” como conductas

(6) D.G. Goydier, *EC Competition Law*; 82.

(7) Competition Act 1998:

“2. Agreements etc. preventing, restricting or distorting competition.

(1) Subject to section 3, agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which

(a) may affect trade within the United Kingdom, and

(b) have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the United Kingdom”.

(8) Office of Fair Trading, *The Competition Act 1998: Trade Associations, professions and Self-Regulating Bodies* (1999); 3-4. Traducción libre.

Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana

Hazards on sanctioning the Recommendations as an anti-competitive practice in the Peruvian Law

equiparables entre sí, pero además equivalentes a los acuerdos de empresas; y es que tanto decisiones como recomendaciones se gestan dentro de o como parte de la actuación de agrupaciones de empresas, con la distinción de que las decisiones son vinculantes mientras que las recomendaciones tienen carácter orientativo, tal como en su oportunidad lo planteó el Tribunal de Defensa de la Competencia español al aplicar esta prohibición:

“Se trata de acuerdos adoptados por instituciones formadas por operadores económicos, de carácter vinculante (decisiones) o únicamente orientativo (recomendaciones), consideradas como si fueran acuerdos entre los asociados, ficción utilizada por la Ley para evitar que los socios, en este caso los colegiados, puedan eludir sus responsabilidades colusorias por el procedimiento de trasladar la responsabilidad de la autoría formal al ente colectivo”⁽⁹⁾.

Comentando la Ley 16/1989, Creus señala que las recomendaciones colectivas de precios “suelen adoptarse por un conjunto de empresas reunidas en el seno de asociaciones u otro tipo de agrupaciones”⁽¹⁰⁾. Es decir, la calificación de “colectivas” contenida en la ley española anterior no era gratuita cuando se trataba de la prohibición de las recomendaciones, pues se requería que las mismas surgieran como producto de las actividades de una asociación o gremio que agrupe a empresas, siendo este elemento necesario para calificar la infracción.

En igual sentido se pronuncia Diez Estella al referirse a la prohibición de recomendaciones contenida en la Ley 15/2007, al señalar que: “Este tipo de conductas colusorias suele tener lugar en el seno de asociaciones o agrupaciones de empresas, federaciones o colegios profesionales, y es irrelevante el hecho de que esa voluntad corporativa se forme en el órgano competente para ello, y se haga conforme a sus estatutos, y mediante el procedimiento legalmente previsto para la

adopción de dicha decisión”⁽¹¹⁾. Como lo señala este autor, para que surja una recomendación colectiva prohibida debe gestarse la voluntad corporativa de una agrupación de empresas, independientemente de que se forme a través de los canales oficialmente previstos para ello.

La pregunta que surge entonces es porqué se prohíbe las decisiones o recomendaciones colectivas como manifestaciones de voluntad corporativa. Como lo explica bien el Tribunal de Defensa de la Competencia español en la resolución precitada, la relevancia de prohibir las decisiones o recomendaciones colectivas es que con ello se busca evitar que las empresas traten de escapar de la aplicación de la ley valiéndose de la intervención de una asociación o gremio de cual fluyen los acuerdos anticompetitivos, sean vinculantes o meramente orientativos.

En el caso particular de las recomendaciones colectivas es la capacidad de influir en la uniformización del comportamiento de las empresas lo que resulta cuestionable, pues tergiversan el grado de independencia en la toma de decisiones y la definición de estrategias comerciales. Como en su momento lo explicó el Tribunal de Defensa de la Competencia español:

“(…) cuando desde asociaciones, agrupaciones o colectivos diversos se transmiten pautas de homogeneización de comportamientos, y no digamos precios y condiciones comerciales, se está vulnerando gravemente ese principio de independencia de comportamiento que

(9) Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia del 7 de abril de 2000, Colegio de Farmacéuticos de Valencia, Exp. 472/99, FD 7. Citada por Fernando Diez Estella, “De las conductas prohibidas”; en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia, Massaguer y otros Directores*, 3° ed. (Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2012); 43.

(10) Antonio Creus, *Código de Derecho de la Competencia* (Madrid: Wolters Kluwer, 2006); 16.

(11) Fernando Diez Estella, “De las conductas prohibidas”; en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia, Massaguer y otros Directores*, 3° ed. (Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2012); 43.



Eduardo Quintana Sánchez

resulta imprescindible para actuar con eficacia competitiva en los mercados por parte de todos y cada uno de los operadores económicos⁽¹²⁾.

Siendo ese el riesgo inherente a las recomendaciones, no llama la atención que las mismas sean cuestionables aun cuando no sean acatadas por las empresas, precisamente por su característica típica de carecer de fuerza vinculante para los miembros de la agrupación. Nuevamente el Tribunal de Defensa de la Competencia español explica que:

“No es significativo, salvo para graduar la gravedad de la infracción, el que la recomendación sea o no finalmente seguida por todos o algunos de sus miembros pues, como queda dicho más arriba, para que la infracción se produzca es bastante con que la conducta imputada tenga aptitud para restringir o falsear la competencia, lo que indudablemente se produce cuando se incita a un colectivo empresarial a sujetarse en sus contrataciones a unas condiciones uniformes, pues ello reduce, cuando no elimina, la libre iniciativa empresarial que debe caracterizar en todo caso a los mercados en un régimen de plena competencia⁽¹³⁾.”

La nueva autoridad española en esta materia, la Comisión Nacional de la Competencia, también se ha referido en términos similares a la forma en que las recomendaciones impactan en la competencia y a que no es condición para su ilegalidad que ocasione uniformidad en las condiciones de venta del mercado:

“Analizando el contenido, formato y difusión de la Nota de Prensa, el Consejo no puede sino concluir que la conducta es objetivamente idónea para restringir la competencia tanto por su contenido, como por quien la realiza y por su difusión (...). No se trata pues de uniformizar precios, no se trata de una recomendación colectiva en el sentido de imponer el mismo precio final de venta al público, sino de ofrecer una pauta común, pauta que lleva a concluir

que si todos aceptan el incremento y lo repercuten, nadie pierde, salvo el consumidor final, pero a este también se le está ofreciendo una justificación, pues el incremento sería consecuencia del incremento del precio de las materias primas⁽¹⁴⁾.”

Sin perjuicio de lo indicado, corresponde reiterar que lo que hace ilegal la conducta en España es que se trate de una recomendación “colectiva”, es decir, que involucre la voluntad corporativa de las entidades que conforman la agrupación de empresas, aun cuando sólo sea de carácter orientador.

Diversos ejemplos mencionados por Diez Estella son indicadores de lo señalado. Así, por ejemplo, señala que el año 2006 el Tribunal de Defensa de la Competencia calificó como recomendación prohibida una carta de la confederación asturiana de la construcción cuyo objeto era que sus asociados no participaran en un salón inmobiliario organizado por una empresa enfrentada con la asociación. De igual forma, en el 2009 la Comisión Nacional de la Competencia prohibió en varios casos como recomendaciones la difusión de comunicados de prensa en los que una asociación hacía eco de los incrementos en los precios de las materias primas utilizadas por sus asociados y el posible efecto que esta situación tendría en la inflación una vez que dichos incrementos fueran trasladados a los consumidores vía mayores precios. Ese mismo año la Comisión calificó como recomendación prohibida el que diversas federaciones y asociaciones de farmacéuticos plantearan a sus miembros

-
- (12) Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia del 19 de enero de 2000, Expertos Inmobiliarios, Exp. 453/99, FD 2. Citada por Diez Estella; 44.
- (13) Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia del 10 de setiembre de 2001, IMT/Repsol, Exp. 499/00. Citada por Creus; 16.
- (14) Resolución del Comisión Nacional de la Competencia del 29 de setiembre de 2009, Propollo, Exp. S/044/08. Citada por Diez Estella; 44.

Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana

Hazards on sanctioning the Recommendations as an anti-competitive practice in the Peruvian Law

actuar de la misma forma respecto de un laboratorio fabricante de medicamentos genéricos. También ese año la Comisión consideró que no constituía una recomendación colectiva la declaración pública del presidente de una asociación durante una rueda de prensa en la que señaló el impacto que tendría una nueva carga impositiva para sus asociados, la inversión y el país⁽¹⁵⁾.

De lo dicho se concluye que la prohibición de las recomendaciones colectivas en España como prácticas de colutorias entre competidores, tiene su explicación en el hecho de que se proscribió por ser una manifestación de la voluntad corporativa, es decir, de la voluntad de las empresas agrupadas en la asociación o gremio del que surge la recomendación.

2.2. Tratamiento de las recomendaciones en América Latina

El tratamiento de las recomendaciones en las leyes protectoras de la competencia en América Latina es variado.

Hay países como México que no contienen una prohibición explícita al respecto pero que igual consideran que esa práctica podría ser sancionable. En efecto, si bien la Ley Federal de Competencia Económica de México no contempla la modalidad de recomendación como una práctica prohibida⁽¹⁶⁾, esa conducta sí es considerada por la autoridad como una eventual infracción a la ley. Ello se pone de manifiesto, por ejemplo, en los lineamientos de la autoridad mexicana, entre los cuales se puede citar el siguiente:

“¿Pueden imponerse sanciones a los directivos y empleados de las asociaciones y cámaras? Los directivos y empleados de las cámaras y asociaciones deben saber que pueden ser sancionados si participan en una práctica violatoria de la LFCE o coadyuvan, propician o *inducen* a la

misma ya sea a título personal o en nombre de la institución a la que representan. Esta sanción puede ser adicional a la que se imponga a la cámara o asociación y a las empresas participantes en la conducta ilegal.

(...)

¿Qué responsabilidad puede tener una asociación o cámara en la realización de una práctica monopólica? En las prácticas monopólicas absolutas, podría ser responsable de aconsejar, *sugerir*, orquestar, encubrir o ejecutar la conducta ilegal. (...)

(...)

¿Qué debe tener presente una asociación o cámara para no cometer prácticas anticompetitivas?

1. *No emitir recomendaciones* en materia de precios, condiciones comerciales, cantidades comercializadas o mercados atendidos, ni inducir acuerdos entre miembros en estas materias.

(...).

4. *No emitir recomendaciones* en materia de cantidades producidas o comercializadas; intercambiar información sobre esta materia sólo en términos agregados. (...)⁽¹⁷⁾. (Cursivas agregadas)

(15) Diez Estella; 43-45.

(16) Ley Federal de Competencia Económica, publicada el 23 de mayo de 2014:

“Artículo 53. Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes (...):”.

(17) Comisión Federal de Competencia, *Guías de Cumplimiento de la Ley de Competencia para Asociaciones, Cámaras Empresariales y Agrupaciones de Profesionistas*. Véase:

<http://www.porcimex.org/legal/Guia%20de%20cumplimiento%20de%20la%20Ley%20de%20Competencia%20para%20asociaciones....pdf> (visitada el 17 de enero de 2016).



Eduardo Quintana Sánchez

Otro ejemplo similar ocurre en Chile, pues el Decreto Ley 211 de 1973 no contempla una prohibición específica de las recomendaciones⁽¹⁸⁾, lo cual no ha impedido que la autoridad considere que dichas conductas sí están prohibidas por la capacidad que tienen de influir en el comportamiento de las empresas⁽¹⁹⁾. Así lo ha expresado la Fiscalía Nacional Económica:

“(…) cualquier recomendación que la A.G. [asociaciones gremiales] o sus dirigentes hagan a sus asociados en relación con alguna variable comercial –por ejemplo, el precio a cobrar, a través de precios sugeridos de lista o la cantidad a producir– puede llegar a producir efectos anticompetitivos. Específicamente, los precios de lista sugeridos a los asociados pueden llegar a ser asimilables en sus efectos a los acuerdos de fijación de precios, al crear una suerte de precio por defecto al que convergen los asociados. En este caso, dicha sugerencia o lista de precios puede hacer las veces de elemento facilitador para un acuerdo de precios entre competidores.

(…)

La FNE reconoce que algunas organizaciones gremiales – especialmente las asociaciones de profesionales– a veces generan y difunden para sus miembros guías o listas de

aranceles referenciales para diferentes prestaciones o servicios, con el fin de orientar a los consumidores respecto a los “precios de mercado”, proveyendo información sobre tarifas promedio en el mercado respectivo. Aunque para la A.G. tales guías de precios o aranceles referenciales pueden cumplir un rol netamente informativo, y aun cuando no evidencien de alguna manera la intención de imponer una determinada estructura o regla de precios a los asociados, ellas pueden contravenir los principios de la libre competencia en los mercados, al restringir (potencial o efectivamente) la competencia entre sus empresas afiliadas. En efecto, estas últimas pueden ver disminuidos sus incentivos para incrementar su eficiencia, afectando a los consumidores y limitando su capacidad de elección⁽²⁰⁾.

De otro lado, hay países como Colombia cuya norma proscribe conductas colusorias como los acuerdos pero también los actos que sean contrarios a la competencia, entre los que se encuentran aquellos dirigidos a influenciar

(18) Decreto Ley 211 de 1973

“Artículo 3.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta (...).”

(19) Al respecto la Comisión Preventiva Central de Chile ha señalado: “No obstante, esta Comisión estima que los anuncios sobre aumentos en el precio (...) atendida su calidad de dirigentes de este gremio, constituyen una intromisión indebida en el mercado... y podrían sus declaraciones incitar al acuerdo de precios entre (...), situación que contraviene el Decreto Ley N° 211, sobre libre competencia” (Dictamen N° 1128 / 2002). Asimismo, también ha afirmado que: “Los gremios no pueden, en modo alguno, sugerir ni a sus asociados ni a terceros, costos específicos ni precios o tarifas de bienes y servicios, por constituir ello un atentado a la libre competencia (...)” (Dictamen N° 365/1982). Ambos extractos citados en: Fiscalía Nacional Económica, *Asociaciones Gremiales y Libre Competencia: Guía para la Acción* (2011); 18.

(20) Fiscalía Nacional Económica. *Asociaciones Gremiales y Libre Competencia: Guía para la Acción* (2011); 18-19.

(21) Decreto 2153 de 1992 (diciembre 30)

“Artículo 47.- Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos (...)

Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana

Hazards on sanctioning the Recommendations as an anti-competitive practice in the Peruvian Law

a una empresa para que incremente sus precios o desista de rebajarlos⁽²¹⁾. Sobre estos actos prohibidos por la norma colombiana se ha comentado que “son prohibiciones que guardan un patrón común, y es que son reproches a conductas unilaterales, las cuales se diferencian de la posición de dominio en tanto que están dirigidos a todo el universo de comerciantes y no cuentan con un sujeto calificado específico”⁽²²⁾. Siendo así de abierta la prohibición, podría incluirse dentro de ella las recomendaciones emitidas en forma unilateral por agrupaciones de empresas y/o representantes de las mismas.

Como se observa, el tratamiento legal de las recomendaciones no es uniforme en estas jurisdicciones, las normas no prohíben expresamente esta figura como una práctica colusoria entre competidores, pero la jurisprudencia y practica de las autoridades indica que es una figura prohibida o potencialmente sancionable. Si bien ninguna de las jurisdicciones comentadas utiliza el calificativo de “recomendación colectiva” tal como se encuentra tipificada la figura en la normativa española, en ellas se proscriben la recomendación como manifestación de la voluntad corporativa, es decir, como producto de la conducta del gremio o asociación de empresas.

Adicionalmente, en algunas de esas jurisdicciones también parece prohibirse las declaraciones públicas de representantes de asociaciones gremiales sobre condiciones de oferta en el mercado (precios u otras) que pudieran influir en la uniformización del comportamiento de las empresas.

2.3. El correcto alcance de la prohibición de recomendaciones en el Perú

Como ya se ha explicado inicialmente, tanto el Decreto Legislativo 701 como la actual LRCA prohíben las recomendaciones como práctica colusoria entre competidores. En principio, el tratamiento dado en el Perú a las recomendaciones sigue las líneas de razonamiento

que se han tenido en Europa, al considerar que se trata de conductas que se gestan al interior de agrupaciones o asociaciones de empresas y que sin ser de carácter obligatorio tienen la capacidad de influenciar el comportamiento de los competidores guiándolo a la uniformización y restringiendo así la competencia.

2.3.1. Recomendaciones de agrupaciones de empresas y sus directivos

Desde el inicio de sus actividades en este ámbito el INDECOPI afirmaba sobre las recomendaciones que: “(...) la sola determinación, publicación, recomendación o difusión general de tarifas o precios uniformes, aunque no se apliquen estrictamente y de modo uniforme, influyen en el mercado, limitando su libertad e impersonalidad, alterando su flexibilidad, es decir, limitan la competencia, dado que las empresas pierden singularidad para determinar sus precios en atención a sus propios costos”⁽²³⁾.

Con la experiencia que fue ganando en la materia el INDECOPI construyó las bases para el tratamiento y evaluación de las recomendaciones como práctica anticompetitiva emparentada a las decisiones de las agrupaciones de empresas. Como producto de ello se tiene la siguiente explicación que está desarrollada en términos bastante similares en las resoluciones de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI sobre casos de recomendaciones:

Artículo 48.- Actos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

(...)

2. Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios”.

(22) Mauricio Velandia, *Derecho de la Competencia y del Consumo: Competencia Desleal; Abuso de la Posición de Dominio; Carteles Restrictivos; Actos Restrictivos; Integraciones Económicas y Protección al Consumidor* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2011); 195.

(23) Resolución No. 029-94-INDECOPI/CLC del 05 de diciembre.



Eduardo Quintana Sánchez

“34. *En toda práctica colusoria horizontal existe un elemento esencial consistente en la conducta coordinada con el objeto de eliminar o restringir la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034 distingue diversas formas como se materializan estas conductas: los acuerdos, las decisiones, las recomendaciones y las prácticas concertadas.*

(...)

37. El Decreto Legislativo 1034 también reconoce como prácticas colusorias horizontales a *las decisiones y recomendaciones*. Normalmente, estas conductas se *presentan en el contexto de asociaciones gremiales y, en general, dentro de cualquier organización que reúna a empresas competidoras.*

38. Los entendimientos adoptados por asociaciones de empresas o corporaciones con fines o efectos contrarios a la competencia constituyen decisiones si tienen carácter vinculante, o *recomendaciones si tienen únicamente carácter orientativo*. Dicho de otro modo, la conducta puede ser una decisión de cumplimiento obligatorio, en virtud de las normas de la asociación en cuyo seno se ha adoptado; o puede no ser obligatoria y tratarse simplemente de una recomendación.

39. La decisión de la asociación puede haber sido adoptada por la mayoría de miembros de algún órgano colegiado de la misma (asamblea general de asociados, junta directiva, comités, etcétera) o puede derivar de la declaración de un órgano unipersonal (presidente, gerente general, etc.). *Las recomendaciones son declaraciones o manifestaciones de voluntad, emanadas de los órganos de las asociaciones o agrupaciones de empresas, con la finalidad de orientar, uniformizar y coordinar el comportamiento de sus asociados y limitar la competencia entre ellos, con los efectos negativos que de ello se derivan*⁽²⁴⁾. (Cursivas agregadas)

Además del carácter no vinculante y del efecto de uniformizar el comportamiento de los competidores, esta concepción de las recomendaciones contiene dos aspectos que requieren ser analizados conjuntamente para delimitar correctamente los alcances de la figura prohibida.

De un lado, se señala que las recomendaciones son “*manifestaciones de voluntad, emanadas de los órganos de las asociaciones o agrupaciones de empresas*”. Entendemos que ello significa que la conducta prohibida se configura cuando la asociación o agrupación emite alguna orientación o directiva no vinculante pero destinada a influir en las estrategias comerciales de sus miembros.

De otro lado, se reconoce expresamente que, al igual que como en cualquier otra práctica colusoria entre competidores, en las recomendaciones debe existir “*un elemento esencial consistente en la conducta coordinada*”. En función de ello entendemos que las recomendaciones deben ser emanación de la voluntad corporativa de la agrupación de empresas, de otro modo no podría considerarse que en ellas existe una conducta coordinada.

Consecuentemente, para que se configure una recomendación prohibida como práctica colusoria entre competidores, la manifestación de voluntad del órgano de la asociación o agrupación de empresas debe responder a la voluntad corporativa de sus miembros. Es este componente el que permite enmarcar correctamente a las recomendaciones dentro del ámbito de las

(24) Resolución No. 085-2009/CLC-INDECOPI, del 22 de diciembre. Un desarrollo de argumentos bastante similar se encuentra en diversas resoluciones de la Comisión sobre esta materia, como ejemplo puede verse las siguientes: Resolución No. 069-2010/CLC-INDECOPI, del 6 de octubre; Resolución No. 017-2013/CLC-INDECOPI, del 19 de marzo; Resolución No. 002-2015/CLC-INDECOPI, del 6 de marzo; Resolución No. 019-2015/CLC-INDECOPI del 24 de junio.

Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana

Hazards on sanctioning the Recommendations as an anti-competitive practice in the Peruvian Law

prácticas colusorias de competidores. En otras palabras, sin evidencia que demuestre que las recomendaciones emanadas de algún órgano de un gremio o asociación de empresas corresponden a la voluntad corporativa de la entidad, no podría considerarse que se ha configurado una práctica colusoria entre competidores.

En posteriores resoluciones la Comisión ha ido agregando más elementos de juicio que contribuyen a evaluar los alcances de las recomendaciones como práctica colusoria entre competidores, señalando por ejemplo los medios a través de los cuales las asociaciones de empresas pueden orientar o presionar a sus miembros a adoptar las recomendaciones:

“32. Las decisiones tienen carácter vinculante, en virtud de las normas de la asociación o gremio involucrado. *Las recomendaciones no tienen carácter vinculante pero tienen la capacidad para influir* en el comportamiento de los agentes económicos a las que van dirigidas, *debido a las características particulares de la asociación o gremio involucrado.*

(...)

34. La necesidad de reprimir las decisiones y recomendaciones surge a partir de la constatación de la influencia que pueden tener las asociaciones o gremios sobre sus integrantes. En efecto, *a través de mecanismos de coacción o presión, directos o indirectos, formales o informales, estas organizaciones pueden uniformizar el comportamiento de sus miembros*, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan⁽²⁵⁾. (Cursivas agregadas)

Estos desarrollos adicionales sobre la relevancia de las características de la asociación o gremio de empresas y de los medios a su alcance para influenciar o presionar a sus miembros, no hacen sino respaldar la idea de que el elemento inherente que determina la ilegalidad de las recomendaciones bajo la ley peruana es que debe estar presente en ellas la voluntad corporativa de la asociación o gremio de empresas involucrado.

(25) Resolución No. 069-2010/CLC-INDECOPI, del 6 de octubre.

(26) Resolución No. 017-2013/CLC-INDECOPI, del 19 de marzo.

(27) Resolución No. 085-2009/CLC-INDECOPI, del 22 de diciembre.

(28) Resolución No. 069-2010/CLC-INDECOPI, del 6 de octubre.

El INDECOPI ha sancionado a diversas agrupaciones de empresas -y conjuntamente a los directivos de las mismas que participaron de la conducta infractora- en función de los criterios de análisis expuestos. Sólo a manera de ejemplo pueden mencionarse los casos más recientemente sancionados:

- Asociación Regional de Transportistas Interprovinciales en Camionetas Rurales y Asociación Unificada de Transportistas Interprovincial en Camionetas Rurales (amonestaciones), por recomendación de precios de transporte de pasajeros en la ruta Puno-Juliaca y viceversa en los años 2006 y 2007⁽²⁶⁾.
- Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajeros-ASETUP (multa de 186.1 UIT) y su presidente José Luis Díaz León (multa de 18.61 UIT), por recomendación de precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y el Callao en el año 2008⁽²⁷⁾.
- Central Regional de Transporte Público de Pasajeros Zona Sierra - Ancash (amonestación) y sus directivos Macario Sáenz La Rosa Sánchez, Plácido Condori Ccalla y Gabino Araucano (multa de 1 UIT cada uno), por recomendación de precios del servicio de transporte de pasajeros en taxi y colectivo en la ciudad de Huaraz en el año 2008⁽²⁸⁾.

Entendemos que la práctica del INDECOPI de sancionar en algunos casos tanto a las asociaciones o gremios de empresas como a sus directivos, se debe a que la autoridad identificó que la participación de estos últimos



Eduardo Quintana Sánchez

puede haber sido determinante para que se produzca la infracción. Este proceder de la autoridad tendría sustento en lo establecido en la segunda parte del artículo 2.1 de la LRCA que dispone lo siguiente:

“Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. *Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa*”. (Cursivas agregadas)

De este modo, en los casos señalados los directivos fueron sancionados junto con la agrupación de empresas correspondiente porque habrían participado en el planeamiento, realización o ejecución de la recomendación de precios. Evidentemente, si no hubiera evidencia contundente que demuestre una participación determinante de los directivos en cualquiera de aquellas tres actividades (planeamiento, realización o ejecución), consideramos que no habría sustento para sancionarlos adicionalmente a la sanción impuesta a la asociación o gremio de empresas por la infracción.

2.3.2. ¿Infracción autónoma de directivos de agrupaciones de empresas?

Llama notoriamente la atención que INDECOPI también haya investigado y sancionado a personas naturales, en su condición de directivos de asociaciones o gremios de empresas, por prácticas de recomendación, sin abrir procedimiento ni condenar por la misma infracción a las agrupaciones de empresas a las que pertenecían esos directivos.

En efecto, en la práctica del INDECOPI se encuentra una variedad de casos en los cuales abrió investigación por recomendaciones solamente contra personas naturales, en su condición de directivos de gremios o asociaciones de empresas, sin incluir en el procedimiento a estas entidades. Estos casos concluyeron con la imposición de sanciones a las referidas personas en su condición de directivos de las entidades. A continuación algunos ejemplos:

- Procedimiento iniciado contra Alvaro Matías Liberato Salinas, en su condición de presidente de la Central Regional de Transporte Urbano de La Libertad – CERTULL, por recomendación de precios del servicio de transporte público de pasajeros a nivel provincial en Trujillo en el año 2008. Concluyó en su contra con una multa de 1 UIT⁽²⁹⁾.
- Procedimiento iniciado contra Porfirio Apaza Coila, en su condición de presidente de la Asociación de Transportistas del Sector Urbano, y Milton Aurelio Ángel Béjar, en su condición de presidente de la Federación Regional de Transportistas, Choferes y Afines, por recomendación de precios del servicio de transporte de pasajeros de ámbito regional en la ruta Juliaca – Puno y viceversa en el año 2010. Concluyó en su contra con una multa de 1 UIT para cada uno⁽³⁰⁾.
- Procedimiento iniciado contra Gener Alfonso Culqui Rocoba, en su condición de secretario general del Sindicato Único de Choferes Profesionales Transportistas de Loreto, por

(29) Resolución No. 002-2015/CLC-INDECOPI, del 6 de marzo (puede encontrarse en trámite de apelación). El procedimiento se inició mediante Resolución 019-2013/ST-CLC-INDECOPI, del 8 de agosto.

(30) Resolución No. 029-2014/CLC-INDECOPI, del 11 de julio (puede encontrarse en trámite de apelación) El procedimiento se inició mediante Resolución 020-2011/ST-CLC-INDECOPI, del 29 de diciembre.

Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana
Hazards on sanctioning the Recommendations as an anti-competitive practice in the Peruvian Law

recomendación de precios del servicio de transporte público de pasajeros en la provincia de Maynas en el año 2011. Concluyó en su contra con una multa de 1 UIT⁽³¹⁾.

El elemento común de todos estos casos es que una persona natural, que ocupaba un cargo directivo de un gremio o asociación de empresas, emitió declaraciones públicas en medios de comunicación masiva sobre el incremento de precios del transporte de pasajeros en una determinada zona. En otras palabras, la práctica ilícita objeto de investigación fue una conducta unilateral, pero la imputación de cargos fue por una práctica que por su propia naturaleza requiere de dos o más participantes, al tratarse de una práctica colusoria horizontal.

Una posible explicación para este proceder del INDECOPI podría encontrarse en las siguientes afirmaciones de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia:

“42. En este supuesto, las decisiones o recomendaciones no necesariamente reflejan un acuerdo previo adoptado por los integrantes de una asociación empresarial, sino una conducta de la asociación -puesta de manifiesto por la declaración o exhortación de alguna persona u órgano de ésta- dirigida a conseguir un consenso posterior por parte de sus miembros. Es decir, se buscará el mismo efecto coordinado derivado de un acuerdo colusorio entre los integrantes de la asociación, quienes, dejando de lado su libertad de decisión empresarial, se abstendrán de competir adhiriéndose a la pauta de conducta propuesta por la asociación.

(...)

44. En ese sentido, cuando las declaraciones realizadas por los representantes de una asociación empresarial no

tengan por objeto la simple manifestación de una opinión sino que se encuentren dirigidas a provocar un actuar coordinado de las empresas, afectando la libre competencia, se entenderá que no nos encontramos ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión y, por lo tanto, corresponderá sancionar y adoptar las medidas necesarias para prevenir eventuales conductas que limiten las libertades económicas de las empresas y restrinjan la competencia, en perjuicio de los consumidores”⁽³²⁾.

El primer párrafo citado señala correctamente que las recomendaciones reflejan una “conducta de la asociación -puesta de manifiesto por la declaración o exhortación de alguna persona u órgano de ésta”, con lo cual se pone en evidencia la necesaria relación entre la voluntad corporativa (conducta de la asociación) y su manifestación (declaración o exhortación de un directivo). Siendo la declaración o exhortación una manifestación de la conducta de la asociación, se entendería que quien infringe la ley es la asociación y debería ser ella la principal acusada, por encima de la persona natural que emitió la declaración o exhortación. Sin embargo, el segundo párrafo pareciera indicar que producida la declaración de un representante de alguna asociación de empresas dirigida a provocar una actuación coordinada de estas, corresponde iniciar inmediatamente un procedimiento sancionador, sin que se precise quién sería el acusado.

(31) Resolución No. 019-2015/CLC-INDECOPI, del 24 de junio (puede encontrarse en trámite de apelación). El procedimiento se inició mediante Resolución No. 001-2014/ST-CLC-INDECOPI, del 16 de enero.

(32) Resolución No. 085-2009/CLC-INDECOPI, del 22 de diciembre. La referencia al ejercicio legítimo de la libertad de expresión se debe a que “la ASETUP contestó las imputaciones de la Secretaría Técnica, presentando los siguientes argumentos: (i) Las declaraciones realizadas por el señor Díaz a diversos medios de prensa no se realizaron en su condición de Presidente de la ASETUP, sino en su calidad de persona natural, dentro del ejercicio de su derecho a la libertad de opinión. (ii) Las declaraciones no son prueba de ninguna concertación, por el contrario, evidencian una decisión que se tomó al interior de la Empresa de Transportes San Juan Número Ciento Ocho S.A.C., en la que el señor Díaz se desempeña como Gerente General” (numeral 13 de la Resolución).



Eduardo Quintana Sánchez

Consideramos que este tipo de investigaciones y sanciones no son acordes con la LRCA, pues extienden inválidamente los alcances de la prohibición de recomendaciones como modalidad de práctica colusoria horizontal.

Tal como se ha explicado previamente, las recomendaciones califican como prácticas colusorias horizontales según la LRCA en la medida que involucren la voluntad corporativa de una agrupación de empresas. Esto significa que la imputación de cargos en un caso de recomendaciones debe recaer sobre el gremio o asociación de empresas respectivo y, en segundo término, sobre sus directivos cuando tengan una actuación determinante en planeamiento, realización o ejecución de la conducta ilícita. Si sólo se acusa por recomendaciones a los directivos de los gremios o asociaciones de empresas, se pierde el “elemento esencial consistente en la conducta coordinada” que debe encontrarse presente en toda práctica colusoria horizontal. Así, el inicio de los referidos procedimientos y las sanciones impuestas en ellos carecen de sustento legal según la LRCA, puesto que se basan en una imputación de cargos contra una persona natural que supuestamente cometió una práctica colusoria de competidores, lo cual es un contrasentido.

Proceder como lo ha venido haciendo el INDECOPI en los casos antes referidos equivaldría a acusar a los gerentes o directores de empresas competidoras por acuerdos o prácticas concertadas pero sin incluir en la acusación a dichas empresas. Una acusación de esta naturaleza carecería completamente de sustento, pues los principales infractores serían las empresas dirigidas por esos gerentes o directores, pero no estarían siendo investigadas.

El problema se agrava más si se tiene en cuenta que cuando se efectuó la imputación de cargos en los casos de recomendaciones antes mencionados, se señaló que la conducta investigada estaba sujeta a la prohibición absoluta, esto es, que bastaba con la sola existencia de la conducta (declaración pública en medios sobre el incremento de precios)

para considerarla ilícita⁽³³⁾. En consecuencia, al evaluar si la conducta de las personas naturales en cuestión era ilegal, no se tuvo en cuenta si se produjeron efectos restrictivos de la competencia como consecuencia de la conducta imputada, sancionándolas de modo automático por el hecho de ser directivos de los gremios o asociaciones de empresas y haber emitido declaraciones públicas sobre subidas de precios.

Por todo ello, *la ley peruana no permite una imputación de cargos ni una sanción por recomendación autónomas contra personas naturales que son directivos de una asociación o gremio de empresas, sin que se haya incluido en la acusación y sanción a esta entidad como principal sujeto infractor.*

3. ¿Qué recomendaciones son una práctica colusoria vertical según la LRCA?

La identificación de los alcances de la recomendación como práctica colusoria vertical prohibida según la LRCA es difícil en tanto que no hay mayor referente jurisprudencial del INDECOPI en esta materia que ayude a delinear los contornos de la figura.

Como ya se ha comentado en la primera sección, la LRCA establece que las prácticas colusorias verticales también pueden manifestarse a través de recomendaciones entre empresas que actúen en distinto nivel de la cadena de producción o comercialización, siendo necesario que al menos una de ellas tenga posición de dominio previamente a incurrir en la conducta infractora.

(33) En todos los casos referidos se resolvió que la recomendación de las personas naturales estaba tipificada en el artículo 11.2 de la LRCA. Este artículo señala lo siguiente: “11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto: a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (...). A su vez el artículo 8 de la LRCA establece lo que sigue: “Prohibición absoluta.- En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta”.

Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana

Hazards on sanctioning the Recommendations as an anti-competitive practice in the Peruvian Law

Adicionalmente, la ilegalidad de las recomendaciones como prácticas colusorias verticales se determina en función de la prohibición relativa, lo que significa, en términos del artículo 9 de la LRCA, que "(...) para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores"⁽³⁴⁾.

Visto lo anterior, en apariencia la tipificación de las recomendaciones como práctica colusoria vertical no ocasiona dificultades distintas o mayores que las que surgen al aplicar la misma prohibición a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas de naturaleza horizontal. En todo caso, se trata de una conducta cuya ilegalidad se determinará en función de sus efectos sobre el mercado, con lo cual se reduciría el riesgo de sancionar como recomendaciones prohibidas conductas que no afectan realmente la competencia.

Sin embargo, la tipificación de las recomendaciones como práctica colusoria vertical podría ocasionar problemas sustantivos y de consecuencias muy graves si fuera incorrectamente aplicada.

Al respecto, el primer tema a comentar es la necesidad de identificar con sumo cuidado cuáles son las situaciones de hecho que pueden configurar una recomendación prohibida por la LRCA. Téngase en cuenta, por ejemplo, que una empresa con posición de dominio podría emitir lineamientos u orientaciones dirigidas a sus canales de distribución y venta, que no tengan carácter vinculante pero estén destinadas a tratar de influir en su comportamiento en el mercado. Asimismo, tales lineamientos u orientaciones pueden ser adoptados libremente por los distribuidores y puntos de venta, generándose un efecto de uniformización en el mercado.

Piénsese por ejemplo en la práctica de difundir precios de reventa sugeridos que es bastante común para muchas empresas en el mercado -incluyendo a empresas dominantes-, y piénsese también que no es extraño que tales precios sean voluntariamente aplicados por los canales de distribución y venta. ¿Se consideraría que en este caso se ha configurado una recomendación sancionable bajo prohibición relativa?

Entendemos que la respuesta debe ser negativa. La razón es de fondo. En los hechos señalados no existiría colusión por parte de dos o más agentes económicos y, en consecuencia, no se cumple la condición más básica para que se configure una práctica colusoria. La exposición de motivos de la LRCA es clara en exigir esta condición básica:

"Prácticas colusorias verticales

(...)

En el numeral 12.1 del artículo 12 del Proyecto se define que se entiende por prácticas colusorias verticales. Dichas conductas pueden ser de distintos tipos (...). Tales tipos son: (...), recomendaciones (directivas con carácter de orientación) (...).

Lo que se requerirá para que se aplique la prohibición contenida en el artículo 12 es que la conducta investigada sea producto de una colusión entre dos

(34) La exposición de motivos del proyecto de ley elaborado por el INDECOP y que dio lugar a la LRCA señala lo siguiente: "El tratamiento de prohibición absoluta o regla per se respecto de determinadas conductas se contrapone a un tratamiento de prohibición relativa o regla de la razón. (...) En el segundo caso, sin embargo, la autoridad de competencia evaluará las justificaciones y efectos (reales y potenciales) económicos de las prácticas analizadas. (...) A aquellas conductas que pueden tener tanto efectos positivos como negativos la legislación comparada, en amplio consenso, les otorga una presunción de licitud y, por ende, un tratamiento de prohibición relativa o, lo que es lo mismo, de análisis bajo la regla de la razón. En similar sentido, el Proyecto establece una prohibición relativa para determinadas conductas. Como se ha mencionado anteriormente, este tipo de análisis requiere que la autoridad evalúe cuál es el efecto neto de la conducta y, sólo en el caso en que dicho efecto sea negativo -porque los efectos positivos son menores que los efectos negativos-, la conducta será considerada una infracción".



Eduardo Quintana Sánchez

agentes económicos pertenecientes a distintos niveles de la cadena de producción o comercialización y que, por ende, esté diseñada para reportar beneficios a ambos integrantes de aquella”. (Cursivas agregadas)

Esta posición resulta concordante con el tratamiento que se le da a los precios de reventa sugeridos en varias jurisdicciones.

En Estados Unidos, por ejemplo, existe la denominada “Doctrina Colgate”. Colgate buscaba influir en los precios de reventa de sus productos y adoptó las siguientes políticas: (i) anunciaba con anticipación los precios a los que quisiera que se vendan sus productos, (ii) exhortaba persistentemente a los distribuidores a utilizar dichos precios, y (iii) dejaba de contratar con aquellos que no se adherían a dichos precios. La Corte Suprema (*United States vs Colgate Co.* [1919]) consideró que este comportamiento no generaba un acuerdo entre las empresas, sino que provenía de una conducta unilateral, y el artículo 1 de la Sherman Act sólo prohibía acciones concertadas entre empresas. La Corte consideró que las empresas eran libres de informar con anticipación bajo qué circunstancias dejarían de contratar y, además, los distribuidores quedaban libres de vender al precio que decidieran con la desventaja de que el productor pudiera disgustarse y dejar de venderles⁽³⁵⁾. La Doctrina Colgate fue posteriormente limitada en sus alcances, dejando de proteger casos en que, por ejemplo, los productores usaban a terceros para presionar a los comercializadores a respetar los precios recomendados⁽³⁶⁾.

Según indica Whish, la práctica jurisprudencial de la Comunidad Europea tiene un referente sobre la aceptación de los precios recomendados en el caso *Pronuptia de Paris c. Schillgalis* (Asunto 161/84 [1986]), en el cual la Corte de Justicia Europea señaló que la fijación de precios de reventa en el contexto de una red de franquicias infringía la normativa comunitaria, pero no objetó que un suministrador recomiende

a sus distribuidores un precio de reventa, en la medida en que no medie un acuerdo o práctica concertada que explique que el distribuidor haya decidido aplicar dicho precio. En la línea de este pronunciamiento, la Corte de Primera Instancia revocó la decisión emitida por la Comisión Europea en el caso *Volkswagen* (Asunto T-208/01 [2003]) -mediante la cual esta había impuesto una multa de más de 30 millones de euros por la fijación de precios de reventa en Alemania-, debido a que la Comisión no había demostrado que los distribuidores de Volkswagen hubieran establecido el precio que cobraban debido a un acuerdo o una práctica concertada con el suministrador⁽³⁷⁾.

En función de estas experiencias extranjeras, puede afirmarse que la prohibición de recomendaciones como práctica colusoria vertical no debería aplicarse a políticas comerciales de empresas dominantes que incluyan recurrir a la difusión de lineamientos y orientaciones a los canales de comercialización, como por ejemplo precios de reventa sugeridos, en tanto que esta práctica comercial no involucra una colusión. La evaluación de la conducta podría resultar más compleja de implementarse mecanismos de presión indirectos para que los comercializadores acaten los precios sugeridos, pero en tal caso correspondería discutir nuevamente si una situación en la que media coacción o imposición de una parte puede calificar como una colusión.

El segundo aspecto a tener en cuenta en la evaluación de las recomendaciones

(35) Thomas Sullivan y Jeffrey Harrison, *Antitrust and Its Economic Implications* (United States of America: Lexis Nexis, 2014); 233-234.

(36) *United States vs Parke Davis* (1960). Bork señala además que la Doctrina Colgate no fue muy utilizada en la práctica ya que el sólo hecho de probar una avenencia segura al precio sugerido, a través de cualquier medio, convertía en ilegal la práctica, ya sea que el productor lo hubiera propuesto o que el comprador-revendedor se hubiera comprometido de alguna forma a respetar el precio. Véase: *The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself* (New York: The Free Press, 1993); 280-281.

(37) Richard Whish, *Competition Law*, 6° ed. (Great Britain: Oxford University Press, 2009); 638.

Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana
Hazards on sanctioning the Recommendations as an anti-competitive practice in the Peruvian Law

como práctica colusoria vertical prohibida es determinar si es condición para que se configure la conducta que la recomendación provenga de una asociación o gremio de empresas, como sucede en el caso de las recomendaciones como práctica colusoria horizontal.

En este punto parece que la discusión se centraría en que si la recomendación proviene de una asociación de empresas hacia agentes de la cadena de comercialización, podría tratarse simplemente de la comunicación de un acuerdo o decisión previa de las empresas que conforman dicha asociación, y en tal caso la infracción más relevante de cara a la LRCA podría ser ese acuerdo o decisión.

Nuevamente póngase como ejemplo el de los precios de reventa sugeridos. Si esta sugerencia proviniera de una asociación de empresas productoras de determinado bien, es probable que los precios sugeridos hayan sido definidos por los competidores al interior de la asociación. Siendo ello así, el análisis de esa decisión sería más relevante para efectos de determinar una infracción a la LRCA, quedando la recomendación en un segundo plano.

Adicionalmente, parecería poco creíble que habiéndose puesto de acuerdo en un precio de reventa las empresas competidoras decidieran trasladarlo a los canales de comercialización bajo la forma de una mera sugerencia o recomendación. En todo caso, si ello ocurriera, nuevamente se podría discutir que la sola recomendación de precios –esto es aislándola del acuerdo de competidores al interior de la asociación de empresas- involucre

una colusión entre agentes de distinto nivel de la cadena de producción y comercialización.

Los temas discutidos demuestran que es muy complejo definir los contornos de las recomendaciones como práctica colusoria vertical y, en principio, parecen indicar que su tipificación carece de aplicación práctica.

4. Conclusiones

En función de lo explicado, la figura de las recomendaciones como práctica colusoria horizontal tiene que ser aplicada a supuestos en los cuales participe como agente económico infractor una agrupación de empresas (asociación, gremio, federación o como se le denomine), independientemente que el emisor de la recomendación sea la propia agrupación de empresas a través de sus órganos internos o de sus directivos. Ello se debe a que es la participación de la agrupación de empresas la que determina que exista el elemento de colusión inherente a toda práctica colusoria.

Si existiera evidencia contundente de que los directivos de la agrupación de empresas tuvieron una participación determinante en la configuración de la recomendación, podrían ser considerados también sujetos infractores, adicionalmente a la agrupación de empresas.

No resulta válido que se impute y eventualmente se sancione por recomendaciones a las personas naturales que son directivos de una agrupación de empresas, de modo autónomo a esta entidad. En otras palabras, no resulta correcto investigar y sancionar por recomendaciones solamente a los directivos de estas entidades sin incluirlas a ellas en el procedimiento.

La posibilidad de aplicar la prohibición de recomendaciones como práctica colusoria vertical es muy remota, en tanto que parece bastante difícil encontrar un supuesto en que exista el elemento de colusión de agentes económicos requerido para la configuración de una práctica colusoria en general. (16)