

OTOÑO 2006 VOL 3. Nº 10

# REVISTA DE ECONOMÍA Y DERECHO

PETER J. BOETTKE, CHRISTOPHER J. COYNE Y PETER T. LEESON

Sacerdotes supremos y filósofos humildes: la batalla por el alma de la economía

CARLOS ADRIANZEN CABRERA Política monetaria y derechos de propiedad

HERNANY VEYTIA *Lex Negotii*: el nuevo derecho corporativo

MARTA GONZALO QUIROGA Claves prácticas para abordar el arbitraje en la Ley Española 60/2003, de Arbitraje

HUGO GÓMEZ APAC Prácticas colusorias: modalidades y probanza

GUSTAVO RODRÍGUEZ GARCÍA Participación electoral, omnipotencia parlamentaria y el problema de agencia

FRANCISCO JOSÉ HERNANDO Jurisprudencia vinculante: una necesidad del estado de derecho



Sociedad de  
Economía y Derecho

UPC

---

REVISTA DE  
ECONOMÍA Y DERECHO

---



Sociedad de  
Economía y Derecho

UPC

La Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) reúne a un grupo de académicos y profesionales que forma parte de la plana docente de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Economía.

La Sociedad está dedicada a promover ideas favorables al fortalecimiento de las instituciones en las que se sustentan la economía de mercado y el estado de derecho.

## **CONSEJO DIRECTIVO**

### **Comité Ejecutivo**

Fernando Cantuarias S. *Facultad de Derecho*

Daniel Córdova *Facultad de Economía*

Gonzalo Galdos *Escuela de Postgrado*

José Luis Sardón *Director Ejecutivo*

### **Consejeros**

Roberto Abusada

Alfredo Bullard

Gianfranco Castagnola

Luis Diez Canseco

Fritz Du Bois

Hugo Eyzaguirre

José Juan Haro

Carlos Oliva

Gonzalo Tamayo

Luis Vinatea

## **CONSEJO CONSULTIVO**

### **Presidente**

Luis Bustamante Belaunde

### **Consejeros**

Augusto Baertl

Alfonso de los Heros

Pedro Pablo Kuckzynski

Roberto G. MacLean U.

Felipe Ortiz de Zevallos M.

Luis Carlos Rodrigo M.

Raúl Salazar

## **REVISTA DE ECONOMÍA Y DERECHO**

### **Editor**

José Luis Sardón

### **Producción**

Fondo Editorial UPC

### **Corrector de estilo**

Jorge Coaguila

### **Diseño y diagramación**

Taller Cuatro

*Revista de Economía y Derecho* se edita periódicamente con artículos pertinentes a la comprensión de la economía de mercado y el estado de derecho. Recoge trabajos de investigadores nacionales y extranjeros. El Comité Ejecutivo de la Sociedad de Economía y Derecho recibe y selecciona los trabajos para su publicación.

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión de los editores ni de la Sociedad de Economía y Derecho.

Número 10, otoño de 2006

ISSN: 1729-7958

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2005-6412



# ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| <b>Peter J. Boettke, Christopher J. Coyne y Peter T. Leeson</b><br>Sacerdotes supremos y filósofos humildes: la batalla por el alma de la economía | 7  |
| <b>Carlos Adrianzen Cabrera</b><br>Política monetaria y derechos de propiedad  | 19 |
| <b>Hernany Veytia</b><br><i>Lex Negotii</i> : el nuevo derecho corporativo   | 29 |
| <b>Marta Gonzalo Quiroga</b><br>Claves prácticas para abordar el arbitraje en la Ley Española 60/2003, de Arbitraje                                | 39 |
| <b>Hugo Gómez Apac</b><br>Prácticas colusorias: modalidades y probanza   | 47 |
| <b>Gustavo Rodríguez García</b><br>Participación electoral, omnipotencia parlamentaria y el problema de agencia                                    | 67 |
| <b>DOCUMENTO</b>   |    |
| <b>Francisco José Hernando</b><br>Jurisprudencia vinculante: una necesidad del estado de derecho   | 77 |
| <b>ESCRITO CLÁSICO</b>   |    |
| <b>Carl Menger</b><br>El origen del dinero   | 85 |
| <b>RESEÑA DE LIBRO</b>   |    |
| <b>Daniel Córdova</b><br>Pedro Pablo Kuczynski, <i>Crecer y construir</i>  | 95 |



# PRÁCTICAS COLUSORIAS: MODALIDADES Y PROBANZA

HUGO GÓMEZ APAC\*

*El presente trabajo, elaborado sobre la base de los marcos teóricos desarrollados en resoluciones e informes técnicos expedidos por la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y su Secretaría Técnica, tiene por objeto presentar al lector las distintas modalidades de prácticas colusorias perseguidas por el Decreto Legislativo 701 (en adelante, DL 701), así como la metodología de análisis que permite su probanza por parte de la autoridad de competencia.*

## 1. LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS

En diversos pronunciamientos, la agencia de competencia peruana ha señalado que las “prácticas colusorias” son aquellas efectuadas entre empresas que normalmente compiten entre sí, respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar dicha competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores y/o de los proveedores<sup>1</sup>.

Si bien es posible distinguir en el ámbito doctrinario el término “acuerdo” (que lesiona o limita la competencia) de los vocablos “cártel” y “colusión”<sup>2</sup>, estos y otros conceptos, como “práctica colusoria” y “concertación”, son usados indistintamente en la literatura académica para referirse a lo que se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia en el DL 701.

Sin embargo, atendiendo a que en el referido decreto legislativo y en la legislación comparada

(específicamente la legislación española y de la Unión Europea) se consideran como modalidades de prácticas restrictivas de la libre competencia a los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas y prácticas conscientemente paralelas, es necesario distinguir en qué casos nos referimos de forma genérica a la conducta prohibida (género) y cuándo estamos frente a una modalidad de esta conducta (especie).

Para referirnos a la conducta genérica prohibida por el ordenamiento jurídico, emplearemos como sinónimos los términos “práctica restrictiva de la libre competencia” y “práctica colusoria”. En cambio, para referirnos a las modalidades de tal conducta, utilizaremos los vocablos: “acuerdo”, “decisión”, “recomendación”, “práctica concertada” y “práctica conscientemente paralela”, según corresponda.

El artículo 3 del DL 701 señala que están prohibidos y constituyen infracciones administrativas

*Revista de Economía y Derecho*, Vol. 3, N° 10 (Otoño 2006). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Egresado de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Ha sido secretario técnico de la Comisión de Libre Competencia. Actualmente, se desempeña como asesor de dicho organismo y profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

El autor agradece a Mario Zúñiga Palomino, Roxana Arellano García, Francisco Sigüenza Andrade, Diana Rivera Oliva y Hugo Figari Kahn, quienes, con su trabajo y asesoría en la secretaría técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi, han realizado aportes valiosos a los marcos teóricos expuestos en el presente artículo. Las opiniones vertidas por el autor son de su exclusiva responsabilidad y no comprometen a algún órgano funcional o administrativo del Indecopi.



sujetas a sanción, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

Según el artículo 6 del DL 701, se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia (esto es, prácticas colusorias) 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. Así, conforme lo señala dicho artículo, son prácticas restrictivas de la libre competencia:

a) la fijación concertada entre competidores, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;

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

c) el reparto de las cuotas de producción;

d) la concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecten negativamente al consumidor;

e) la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos que existan iguales condiciones;

f) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

g) la negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de ventas o prestación, de productos o servicios;

h) la limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones;

i) el establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas; y,

j) otros casos de efectos equivalentes.

## 2. LAS MODALIDADES DE PRÁCTICAS COLUSORIAS

El DL 701 prevé que las prácticas restrictivas de la libre competencia pueden expresarse a través de acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas (léanse prácticas conscientemente paralelas) o prácticas concertadas. Esta tipificación es importante para determinar si las empresas han violado o no la ley. No olvidemos que la potestad sancionadora de la administración pública se rige por el principio de tipicidad, según el cual solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir la interpretación extensiva o la analogía.

Dado que un adecuado ejercicio de la potestad sancionadora implica que la autoridad de competencia deba verificar rigurosamente si las conductas efectivamente realizadas por los agentes económicos corresponden a alguna de las conductas tipificadas como infracción en los artículos 3 y 6 del DL 701, corresponde explicar en qué consisten tales conductas.

### 2.1. Los acuerdos entre competidores

Se entiende por acuerdo colusorio todo concierto de voluntades (pacto o convenio) mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia.

Este tipo de prácticas corresponde a aquellos casos en los que las empresas investigadas actúan coordinadamente con la finalidad de restringir la competencia. Este actuar coordinado puede ser expreso (en el caso del acuerdo colusorio propiamente dicho y la práctica concertada) o tácito (en el caso de la colusión tácita o la práctica conscientemente paralela).

Los acuerdos colusorios propiamente dichos se diferencian de las prácticas concertadas por el hecho de que los primeros son demostrados mediante prueba directa (actas, contratos, correspondencia, grabaciones, filmaciones, testimonios, etcétera), mientras que los segundos, a través de indicios y presunciones. Y es que las prácticas concertadas designan aquellos casos en los que, si bien no existe prueba directa de la realización de un acuerdo entre las empresas investigadas, su actuación no puede ser explicada sino asumiendo la existencia de un acuerdo.

El acuerdo puede ser obligatorio para las partes, supuesto en el cual se establecerá algún tipo de sanción al interior del grupo para aquellas empresas que lo incumplan, o puede significar un simple compromiso moral, de tal forma que las empresas se encuentren en libertad para acatar el acuerdo o decidir un



comportamiento económico distinto. En ambos casos, la realización del acuerdo y su ejecución en el mercado configuran la infracción administrativa<sup>3</sup>.

### 2.1.1. Los acuerdos expresos

#### 2.1.1.1. Los acuerdos colusorios propiamente dichos

Un acuerdo colusorio es entendido en la literatura académica estadounidense como una confabulación expresa y es definido como un intercambio de promesas que persiguen un plan de acción común o como un entendimiento común acerca de un curso de acción<sup>4</sup>.

El acuerdo o confabulación puede ser escrito u oral y puede ser inferido de todo tipo de circunstancias. Una serie de acuerdos conexos puede ser interpretada en su conjunto como un solo acuerdo<sup>5</sup>.

El término acuerdo no se limita a pactos vinculantes en derecho. Es suficiente que una de las partes voluntariamente se obligue a limitar su libertad de acción en relación con la otra, por lo que un compromiso vinculante solo moralmente puede ser considerado un "acuerdo" a efectos de la normativa de libre competencia<sup>6</sup>. Puede haber, en efecto, acuerdos que no pretenden obligar jurídicamente a las partes, pero que comprometen la palabra o la credibilidad de quienes los pactan. Son lo que se conoce como "acuerdos entre caballeros" (*gentlemen agreements*)<sup>7</sup>.

#### 2.1.1.2. Las prácticas concertadas

Estaremos ante prácticas concertadas cuando, luego de analizar el comportamiento paralelo de las empresas, las características del mercado relevante, la estructura de costos de las empresas y sus márgenes de ganancia, las condiciones de aprovisionamiento de los insumos y de distribución y comercialización de los productos, los incentivos y costos de oportunidad involucrados, las estrategias empresariales adoptadas y otros elementos de juicio, la autoridad llegue al convencimiento que no hay otra explicación razonable respecto de la conducta de las empresas investigadas que presumir que ha existido o existe un acuerdo entre ellas, no obstante no haberse encontrado una prueba directa (como un acta, contrato, correspondencia, grabación, filmación, etcétera) que acredite dicho acuerdo.

### 2.1.2. Los acuerdos tácitos: prácticas conscientemente paralelas

Se entiende que la colusión es tácita o una práctica conscientemente paralela cuando dos o más empresas de determinado mercado alinean conscientemente su comportamiento, pero sin que medie acuerdo ni concertación alguna.

Si bien algunos autores no distinguen entre prácticas concertadas y prácticas conscientemente paralelas<sup>8</sup>, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la Comisión) sí lo ha hecho, dada la diferencia entre aquellos casos en los que la única explicación posible de la conducta de las empresas investigadas es la existencia de un acuerdo (prácticas concertadas) y aquellos otros en los que, por definición, no hay acuerdo entre las partes (prácticas conscientemente paralelas)<sup>9</sup>.

Se ha definido a las prácticas conscientemente paralelas como "...aquellas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en que cada operador económico, sin que medie acuerdo ni concertación alguna, actuando unilateral pero armónicamente, ajusta deliberadamente su comportamiento al de otro competidor o competidores, evitando hacerse la competencia"<sup>10</sup>.

Esta figura —la de las prácticas conscientemente paralelas— puede ser enmarcada dentro de lo que el artículo 6 del DL 701 denomina "actuaciones paralelas":

"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" (el subrayado es nuestro).

Es importante mencionar, que el DL 701 no sanciona el simple paralelismo, pues este fenómeno, como se señala más adelante, por lo general responde a situaciones normales del mercado, como una conducta líder-seguidora.

Sin embargo, una actuación conscientemente paralela tiene dos elementos adicionales que permiten la configuración del ilícito administrativo. El primero, estructural, que exige la presencia de una fuerte interdependencia oligopólica, lo cual se da en mercados relevantes caracterizados por: (i) una alta concentración, debido a la presencia de dos, tres y posiblemente no más de cuatro empresas, algo simétricas en tamaño y funcionamiento; (ii) el fácil acceso a información sobre costos de producción, precios, demanda, ganancias, etcétera; (iii) la presencia de bienes o servicios bastante homogéneos; y (iv) una demanda prácticamente cautiva, debido a la presencia de altas barreras a la entrada, una demanda inelástica y asimetrías de información entre las empresas y los consumidores.

El segundo elemento, conductual, que tiene el ingrediente que permite el reproche de la conducta, es el que haya una estrategia cooperativa no coordinada, lo cual significa que, sin arribar a un acuerdo



propiamente dicho, las empresas son conscientes de que están dejando de competir y que eso las beneficia mutuamente.

## 2.2. Las decisiones y recomendaciones gremiales

El DL 701 sanciona, además, las decisiones y recomendaciones que se hayan podido emitir en el contexto de organizaciones gremiales y, en general, dentro de cualquier organización que reúna a empresas competidoras. Este tipo de conductas, como podrá advertirse, solo pueden ser expresas, pues las decisiones y recomendaciones implican precisamente una declaración. Estas prácticas, por ende, se verifican mediante medios de prueba directos, tales como actas de acuerdos gremiales, grabaciones, medios de prensa, comunicados y directivas, entre otros.

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<sup>11</sup>. Dicho de otro modo, la decisión puede ser de obligatorio cumplimiento, en virtud de las normas que rijan la asociación en cuyo seno se ha adoptado, o puede no ser obligatoria y tratarse simplemente de una recomendación<sup>12</sup>.

La decisión de la asociación puede haber sido adoptada por la mayoría de miembros de alguno de sus órganos colegiados (asamblea general de asociados, junta directiva, comités, etcétera), o puede derivar de la declaración de un órgano unipersonal (presidente, gerente general, etcétera)<sup>13</sup>.

Es importante analizar las decisiones colusorias tomadas a través de órganos colegiados al interior de una asociación. Debido a que los órganos colegiados acuerdan según determinados quórum<sup>14</sup> y mayorías, bastará que el acuerdo se apruebe en una sesión válida (el quórum establecido en el estatuto) y por mayoría del cuerpo colegiado para considerar que ha sido acordado por todos los integrantes, así no hayan estado presentes. Los ausentes se considerarían eximidos de responsabilidad solo si hubieran manifestado su oposición al acuerdo al haber tenido la posibilidad de hacerlo y no lo hayan ejecutado. El silencio de los asistentes a la reunión importaría la aceptación tácita del acuerdo adoptado por el órgano colegiado si realizan actos que traducen la ejecución del acuerdo colusorio.

Incluso si no hubiera existido el quórum previsto por el Estatuto, el acuerdo implicaría a los ausentes si es que estos no hubieran manifestado su oposición expresa a la decisión tomada y hubieran ejecutado el

acuerdo<sup>15</sup>. El cumplimiento de requisitos formales, como el tema del quórum, es importante para evaluar la validez de acuerdos lícitos, pero tratándose de acuerdos ilícitos, como un acuerdo colusorio, solo importa evidenciar la existencia de la concertación de voluntades y su ejecución en el mercado. No puede argumentarse la inexistencia de un acuerdo anticompetitivo sobre la base de la ausencia de requisitos formales.

Así las cosas, lo que diferencia al acuerdo de la decisión es que en el primero todos (nos referimos a los miembros del cártel y no a la totalidad de agentes del mercado) prestan su consentimiento a lo pactado, mientras que en el segundo puede ocurrir que las empresas obligadas a cumplirla no hayan dado su consentimiento expreso, e incluso pueden haberse opuesto<sup>16</sup>. En este último caso, los responsables serán todos menos los que se hubieran opuesto expresamente y no hubieran ejecutado el acuerdo.

Los acuerdos llevados a cabo dentro de una asociación pueden ser analizados como decisiones de tal asociación o como acuerdos entre sus miembros<sup>17</sup>. Ello para evitar que los socios eludan sus responsabilidades colusorias por el hecho de trasladar la autoría formal al ente colectivo<sup>18</sup>. De esta forma, a la decisión de una asociación de empresas, aunque suponga un acto unilateral de una sola persona jurídica, se le presume la multilateralidad por el hecho de agrupar en su seno a diversas empresas<sup>19</sup>.

A modo de ejemplo, si veinte empresas constituyen una asociación y en la asamblea de asociados o en la junta directiva se aprueba, con quórum y mayoría reglamentarios, una práctica colusoria, y nadie manifiesta su oposición sino que, por el contrario, ejecutan el acuerdo, se considerará que todos han cometido la infracción administrativa; por un lado, las empresas por haber "acordado", y, por el otro, la asociación por haber "decidido" la realización de una práctica colusoria.

Como puede verse, tratándose de asociaciones de empresas, los acuerdos y las decisiones son dos caras de la misma moneda. Si la asamblea de asociados aprueba los precios que van a cobrar cada una de las empresas asociadas, dicho acto constituye un acuerdo de las empresas y una decisión de la asociación. En ambos casos se trata de una práctica colusoria tipificada como infracción administrativa.

Si la declaración de la autoridad unipersonal (por ejemplo, el presidente de la asociación) no fuera vinculante, sino que se tratara de una mera sugerencia u orientación, entonces se tipificará la infracción de la siguiente forma: el presidente habrá formulado una "recomendación" y será sancionado por ello, mientras



que las empresas que acataron la “recomendación” serán sancionadas por la modalidad del “acuerdo”.

### **3. LA PROBANZA DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS**

#### **3.1. La probanza de acuerdos colusorios expresos, decisiones y recomendaciones: prueba directa**

Para probar un acuerdo colusorio bastará encontrar los medios de prueba que acrediten que las empresas convinieron, ya sea que se trate de un acuerdo escrito o uno oral, sea vinculante o un mero compromiso moral. Por ejemplo, pueden tratarse de actas de directorios, juntas generales de accionistas, asambleas de socios o comités; correspondencia remitida o recibida, tanto física cuanto electrónica; memorándums que hubieren circulado entre las empresas; presentaciones o exposiciones (contenidas, por ejemplo, en filminas); fotografías, vídeos, cintas de audio. Basta un documento que describa un compromiso colectivo que busca un curso de conducta, o un testimonio a través del cual una o muchas partes describen cómo formaron la conspiración y detallan los objetivos que pretenden alcanzar<sup>20</sup>.

Iguals pruebas servirán para demostrar decisiones y recomendaciones gremiales, especialmente comunicados, declaraciones en medios de comunicación masiva, directivas, actas, correspondencia, etcétera.

#### **3.2. La probanza de las prácticas concertadas y de los acuerdos tácitos: prueba indirecta**

En el análisis de investigación de prácticas concertadas y prácticas conscientemente paralelas, dado que no se cuenta con evidencia directa de la existencia de un acuerdo, se debe recurrir a la utilización de indicios y presunciones que lleven a la autoridad de competencia a concluir que el comportamiento de los agentes del mercado se explica solo como consecuencia de una concertación (en las prácticas concertadas) o de la implementación de estrategias cooperativas no coordinadas (en las prácticas conscientemente paralelas).

##### *3.2.1. Indicios y presunciones*

Los indicios y presunciones son sucedáneos probatorios, esto es, auxilios establecidos por la ley o asumidos por la autoridad para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos<sup>21</sup>.

El indicio es definido como el acto, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los

medios probatorios, que adquieren significación en su conjunto cuando conducen al juzgador o autoridad a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia<sup>22</sup>. Por su parte, la presunción es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores (indicios) lleva al juzgador o autoridad a la certeza del hecho investigado<sup>23</sup>.

La interrelación entre el indicio y la presunción consiste en que a partir de uno o más indicios se puede presumir como cierta la ocurrencia de un hecho. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, se obtienen inferencias que permiten al juez presumir el hecho indicado. Los indicios son la fuente de donde se obtiene tal presunción. Aquellos son los hechos y esta, el razonamiento conclusivo<sup>24</sup>.

##### *3.2.2. Metodología de análisis de las prácticas concertadas*

En lo que concierne a la investigación y acreditación de prácticas concertadas, los indicios y presunciones resultan ser una herramienta particularmente importante<sup>25</sup>. No se requiere necesariamente encontrar una prueba concluyente, como un acuerdo firmado o una grabación de una reunión, para acreditar que empresas que concurren en un mercado determinado han acordado restricciones a la competencia. Bastará que las pruebas o indicios evaluados en conjunto demuestren directa o indirectamente la existencia de la concertación. Así, por ejemplo, reuniones excepcionales entre los competidores, documentación sobre la vigilancia del cumplimiento de las condiciones pactadas, lineamientos de políticas a adoptarse elaborados por un gremio, entre otros, podrían constituir indicios que harían presumir la existencia de una práctica concertada<sup>26</sup>.

Queda claro que la comprobación de la existencia de prácticas concertadas se producirá sobre la base de indicios que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados. Puede darse el caso de que un indicio, apreciado de manera aislada, no convenza al juzgador, pero apreciado en conjunto, con otros indicios, lo lleven a formarse una auténtica convicción<sup>27</sup>.

La metodología de análisis de una práctica concertada se resume en lo siguiente:

-En primer lugar, debe determinarse la existencia de paralelismo en el comportamiento de las empresas (por ejemplo, un paralelismo de precios).

-En segundo lugar, y solo si se confirma la existencia de dicho paralelismo, se procederá a evaluar

si las características del mercado facilitan la realización de una práctica concertada.

-Finalmente, de cumplirse esta última condición, se deberá determinar la existencia de *plus factors* o indicios que evidencien que la actuación de las empresas investigadas no puede ser explicada de otra manera que no sea asumiendo la existencia de un acuerdo entre ellas.

### 3.2.2.1. El paralelismo

Los competidores en una industria pueden incrementar o disminuir sus precios o sus volúmenes de producción en respuesta a aumentos o disminuciones de precios o volúmenes de producción de otros competidores, en especial si estos últimos son líderes en el mercado. Esto último puede constituir una conducta económicamente racional y justificable<sup>28</sup>. En efecto, el paralelismo puede deberse a que en determinado mercado las empresas modifiquen sus precios en respuesta a los cambios que realice el líder del mercado, "comportamiento líder-seguidor", conducta que resulta económicamente racional y justificable y que no se encuentra prohibida por el DL 701.

Debemos diferenciar un paralelismo de precios derivado de comportamientos competitivos por parte de las empresas, de uno que se derive de prácticas colusorias.

Para empezar, el simple hecho que dos empresas muestren tendencias paralelas en sus precios o condiciones de comercialización, con movimientos simultáneos de precios hacia el alza o la baja, no puede ser considerado como un paralelismo de precios que origine una preocupación desde el punto de vista de la normativa de libre competencia, no puede ser considerado un "paralelismo sospechoso".

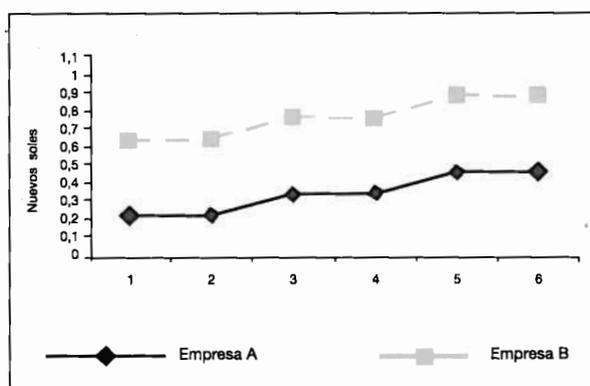
Por el contrario, si, además de tendencias paralelas, los precios de dos o más empresas son idénticos o similares, sí estaremos frente a un paralelismo de precios que indicaría la necesidad de seguir indagando sobre las condiciones del mercado y el desenvolvimiento de sus agentes, a efectos de descartar o inferir la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Este último fenómeno es el que denominaremos "paralelismo de precios sospechoso", no ilegal por cierto.

Así, una mera tendencia paralela solo representa que los precios materia de análisis se mueven en una misma dirección. Es decir, si sube el precio de A, también sube el precio de B. Y si el precio de A baja, también baja el precio de B. Incluso los precios de A y B pueden subir o bajar en igual cuantía, es decir si el precio de A sube o baja en dos soles, también el

precio de B sube o baja en dos soles. Este movimiento de los precios en una misma dirección puede indicarnos o no que el comportamiento de las empresas resulta en una situación que requiere de un análisis más profundo por parte de la agencia de competencia.

A modo de ejemplo, en el siguiente gráfico se muestra el comportamiento de los precios de dos empresas que comercializan pan francés con características idénticas (peso, ingredientes, etcétera):

Gráfico N° 1  
Tendencia paralela de precios



En el gráfico anterior se observa que los precios de ambas empresas siguen una tendencia paralela perfecta. En efecto, cuando la empresa A sube su precio en veinte céntimos, la empresa B incrementa su precio en igual cantidad. No obstante, no es posible hablar de un paralelismo de precios que requiera de mayor indagación por parte del investigador, es decir, un paralelismo de precios sospechoso, toda vez que los precios de B son tres veces más altos que los precios de A, aunque ese 300 por ciento de diferencia sea de tan solo cuarenta céntimos. En consecuencia, a pesar de observarse que los precios de ambas empresas se han movido en un mismo sentido, la gran diferencia entre los precios A y B descarta toda posibilidad de que las empresas hayan concertado el precio del pan francés.

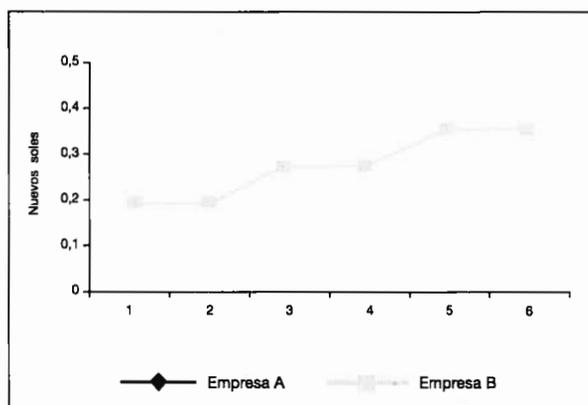
No resulta probable que dos o más empresas se involucren en un acuerdo anticompetitivo si una va a fijar un precio mucho mayor que la otra. Así, la empresa que cobre el menor precio atraería toda la demanda, con lo cual estaríamos en un escenario competitivo.

En línea con lo anterior, la agencia de competencia deberá evaluar la evolución de precios desde dos perspectivas: la tendencia y el nivel de precios en sí

mismo. En tal sentido, para concluir la existencia de un paralelismo de precios sospechoso que amerite una mayor investigación, se requerirá la presencia de una tendencia geométrica y niveles de precios iguales o similares. Dos precios pueden considerarse similares cuando, pese a existir una diferencia entre ellos, esta no sea significativa (en términos relativos) o pueda ser explicada por circunstancias propias del mercado bajo análisis.

Retomando el ejemplo anterior, un paralelismo de precios, que amerite continuar con la investigación, podría ser graficado de la siguiente manera:

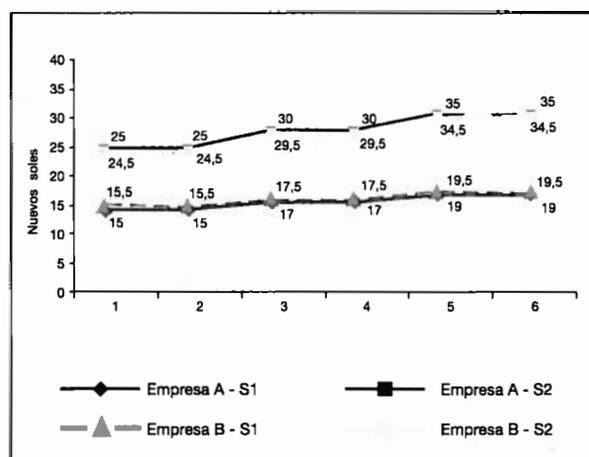
Gráfico N° 2  
Paralelismo de precios



El gráfico anterior parece expresar una única línea de comportamiento. En realidad, lo que sucede es que A y B siempre venden el pan francés a un precio idéntico y los incrementos de precios se dan en el mismo instante. Así, la situación descrita en el gráfico anterior evidencia no solo la existencia de una tendencia perfectamente paralela, sino además que las empresas A y B siempre cobran el mismo precio por el pan francés. Si la agencia de competencia se encontrase frente a una situación como la descrita, podría concluir que existe un elemento que justifica la realización de una investigación más profunda.

No obstante lo anterior, encontrar una situación tan "perfecta" como la ejemplificada no es usual. Se pueden encontrar paralelismos de precios más complejos que requieren una interpretación más profunda. Por ejemplo, supongamos que en el mercado de servicios de agencias de empleos solo existen dos empresas, A y B. En el siguiente cuadro, se muestran los precios de los servicios de dichas empresas.

Gráfico N° 3  
Paralelismo de precios complejo



En el gráfico anterior se observa una tendencia paralela perfecta de los precios de los servicios 1 y 2 (S1 y S2) de las empresas A y B. Asimismo, se observa que los precios mantienen una diferencia constante de cincuenta céntimos. Sin embargo, analizando con detalle esta diferencia de los precios, es posible observar que cuando la empresa A coloca el precio del servicio 1 en 17 soles, menor en cincuenta céntimos al precio del servicio 1 de la empresa B, el precio del servicio 2 es de treinta soles, mayor en cincuenta céntimos al precio del servicio 2 de la empresa B (29,50 soles), lo cual nos estaría indicando que, en neto, los precios cobrados por ambas empresas son iguales.

En consecuencia, en el caso hipotético planteado no solo existe una tendencia idéntica de los precios de las empresas A y B, sino que asimismo la diferencia de los precios mostrada tiene una explicación que nos lleva a la conclusión que, a pesar de esa diferencia, el paralelismo de precios mostrado constituye una conducta sospechosa que merece ser investigada si es que, por ejemplo, los servicios 1 y 2 se venden atados.

A pesar de lo señalado en los párrafos precedentes, resulta conveniente reiterar que la existencia de un paralelismo de precios no necesariamente implica la existencia de una práctica colusoria entre los agentes que presentan dicho comportamiento. Por el contrario, el sostenimiento de precios iguales o similares dentro de una industria puede incluso ser el resultado de equilibrios competitivos o de otras estructuras de mercado.

Sin embargo, en el análisis de las prácticas colusorias, en particular tratándose de la imputación de prácticas concertadas, el elemento inicial que suele llamar la atención del investigador es precisamente

la existencia de un paralelismo en los precios y/o condiciones de comercialización.

### 3.2.2.2. Condiciones del mercado que facilitan la realización de prácticas colusorias

Si se concluye la existencia de paralelismo de precios, se procederá al siguiente paso, que consiste en analizar si las características del mercado investigado son tales que permiten o facilitan la realización de una práctica concertada.

Características relevantes de la estructura de la industria incluyen las condiciones de entrada, la distribución del número y el tamaño de los vendedores, la homogeneidad o heterogeneidad del producto, la concentración de compradores y la frecuencia de las transacciones de venta, entre otras.

En general, se considera que un acuerdo colusorio o una práctica concertada es poco probable en mercados en los cuales existe un gran número de firmas, los clientes tienen capacidad de influencia, son bajas las barreras a la entrada y los productos transados son relativamente heterogéneos, presentan sustitutos y su demanda es elástica.

De acuerdo con lo señalado por Conrath<sup>29</sup>, es más probable la formación de cárteles en mercados que cuentan con las siguientes características:

- i) Hay pocas firmas o solo algunas pocas grandes firmas importantes.
- ii) Las firmas son similares (en costos, procesos, objetivos o grado de integración vertical o números de productos producidos).
- iii) El producto es bastante similar sin tener en cuenta quién lo produce (producto homogéneo).
- iv) El producto no tiene sustitutos cercanos.
- v) La demanda del producto tiende a ser inelástica.
- vi) Los consumidores no pueden reducir significativamente la cantidad que compran aun si ocurre un incremento en el precio.
- vii) La información sobre ventas se encuentra ampliamente disponible.
- viii) Un proceso de licitación se encuentra involucrado.

Asimismo, un elemento importante que facilita la adopción de prácticas colusorias es la existencia de asociaciones, comités, gremios y otras formas de organización asociativa, pues ello reduce los costos de ponerse de acuerdo, facilita monitorear la conducta de los participantes, así como reprimir a quienes se desvíen de la conducta acordada.

### 3.2.2.3. Los indicios (o plus factors)

Para llegar al convencimiento de que existe una práctica concertada, la autoridad de competencia debe

arribar a la plena convicción de que la única explicación razonable que sustente el paralelismo de precios es que las empresas investigadas se han puesto de acuerdo. Para arribar a dicha convicción se requiere efectuar un análisis bastante riguroso (y, por ello, también complejo) del comportamiento de las empresas, de la estructura de costos de las firmas, de los costos de oportunidad, de la estructura del mercado, de las condiciones de distribución y comercialización, entre otros factores.

En general, son indicios que, analizados en conjunto, permiten presumir a la autoridad de competencia que las empresas investigadas han implementado una práctica concertada. Son los siguientes<sup>30</sup>:

- a) La existencia de un motivo racional que incentive un comportamiento colectivo. Por ejemplo, si las empresas estaban con pérdidas durante un tiempo y a partir del momento en que aparece el paralelismo sospechoso empiezan a obtener utilidades.
- b) Acciones contrarias a los propios intereses de algunos participantes a menos que estas se persigan como parte de un plan colectivo que beneficia al conjunto. Por ejemplo, que empresas aseguradoras contraten al mismo actuario para la elaboración de la nota técnica que sustentará la prima pura de riesgo de un producto determinado, a pesar de que dicho actuario ha sido duramente criticado por una o más de las referidas empresas.
- c) Fenómenos de mercado que no pueden ser razonablemente explicados, excepto como producto de una concertación. Por ejemplo, que en aquellas industrias donde el costo del flete es significativo, resulta que una empresa vende en áreas geográficas lejanas a precios menores que en lugares cercanos (útil para una hipótesis de reparto de mercados).
- d) Evidencia de reuniones entre empresas y otras formas de comunicación directa entre los supuestos conspiradores. Por ejemplo, si cada vez que hay un movimiento paralelo de precios, le antecede una reunión entre los gerentes de las empresas investigadas en algún club social o al interior de la asociación que las agrupa.
- e) Uso por parte de las empresas de prácticas que facilitan acuerdos colusorios. Por ejemplo, que al interior de un gremio las empresas investigadas comparten información sobre sus negocios (por ejemplo, estrategias comerciales, de inversión o producción) que normalmente no compartirían.
- f) Factores de desempeño de la industria que evidenciarían una presunta colaboración horizontal. Por ejemplo, que cada vez que hubo un paralelismo de precios sospechoso, las empresas redujeron sus

niveles de producción sin que hubiere un motivo razonable para ello.

g) La estructura de costos y los márgenes de ganancias de las empresas investigadas. Por ejemplo, si hay márgenes de ganancia elevados solo en los periodos en los que el paralelismo de precios es sospechoso.

El listado anterior no es exhaustivo. No se requiere que la autoridad encuentre evidencia relativa de todos los indicios arriba enumerados, sino solo de aquellos que permitan eliminar de manera razonable y convincente la posibilidad de que el paralelismo observado es consecuencia de una conducta lícita.

### 3.2.3. Metodología para el análisis de prácticas conscientemente paralelas

#### 3.2.3.1. El paralelismo

En el caso de las prácticas conscientemente paralelas, la metodología es muy similar. En primer lugar, al igual que en el caso de las prácticas concertadas, debe indagarse acerca de la existencia de un paralelismo de precios sospechoso. La forma de analizar la existencia de paralelismo es la misma que se detalla, a propósito de las prácticas concertadas, en el acápite 3.2.2.1.

#### 3.2.3.2. Condiciones de mercado que permiten la interdependencia oligopólica

Las prácticas conscientemente paralelas no son susceptibles de surgir en cualquier mercado. Dada la especial condición que las caracteriza, esto es, el hecho de que no existe un acuerdo entre las empresas involucradas, este tipo de prácticas solo puede surgir en ciertos mercados, con características excepcionales.

Este particular fenómeno (asimilable a los conceptos de “colusión tácita”<sup>31</sup> y “paralelismo consciente”<sup>32</sup>) solo puede surgir en aquellos mercados que presentan características tales que originan una intensa “interdependencia oligopólica”. En un contexto como el descrito, las empresas tienden, debido a la especial estructura del mercado, a actuar alineadamente con sus competidoras, pues son conscientes de que esa es la mejor “estrategia” posible.

Se ha definido la “interdependencia oligopólica” como aquella situación en la que: “Los oligopolistas reconocen su interdependencia tan bien como sus propios intereses. Al alinear su conducta unos con otros estarán en la capacidad de establecer un precio maximizador de utilidad a niveles supracompetitivos, sin haberse comunicado en forma alguna. No hay necesidad de que haya un acuerdo colusorio: la estructura del mercado es tal que, a través de la

interdependencia y el mutuo conocimiento, los precios subirán hasta alcanzar un nivel monopolístico”<sup>33</sup>.

A continuación se detallan las condiciones especiales que debe presentar un mercado para que sea posible que dos o más empresas incurran en una práctica conscientemente paralela<sup>34</sup>:

(i) Cada miembro del oligopolio deberá tener la capacidad de conocer cómo se están comportando los otros integrantes de este, a efectos de monitorear si estos no se están apartando de la línea de conducta común.

(ii) La situación de coordinación tácita debe ser sostenible en el tiempo, por lo que debe haber un incentivo para no apartarse de la línea de conducta común. En otros términos, debe haber mecanismos creíbles de sanción para aquel miembro del oligopolio que se aparte de la política común. La existencia de mecanismos de sanción creíbles para la empresa o empresas que se aparten de la línea de conducta del oligopolio (de la “colusión tácita”) funciona como el mecanismo de desincentivo para que dichas empresas pretendan adoptar una estrategia distinta (una competitiva). Un ejemplo de este tipo de mecanismos es la amenaza creíble de una posible guerra de precios que termine por volver poco rentable un aumento de la producción.

(iii) Los consumidores y el resto de competidores del mercado (las empresas que no forman parte del oligopolio) no deben estar en capacidad de “contestar” la política común. En otros términos, el oligopolio debe tener “posición de dominio” en el sentido estricto del término.

Las condiciones antes descritas no se presentan comúnmente en los mercados, sino que, por el contrario, resultan poco comunes. No toda industria oligopólica resulta apta para la realización de prácticas conscientemente paralelas. Para que puedan presentarse estas condiciones, los mercados deben reunir todas, o cuando menos varias, de las siguientes características:

#### (i) Una “especialmente alta” concentración del mercado

La alta concentración del mercado, es decir, el hecho de que haya pocos agentes del lado de la oferta en determinado mercado hace posible la configuración de la interdependencia oligopólica en la medida que permite que los integrantes del oligopolio se supervisen unos a otros<sup>35</sup>. En el caso particular de las prácticas conscientemente paralelas, esta concentración debería ser especialmente alta, porque no hay mecanismos de supervisión establecidos mediante un acuerdo. Así, por ejemplo, algunos autores hacen



referencia a mercados con tres o cuatro actores, como máximo, para que se presente una situación de interdependencia oligopólica<sup>36</sup>.

Si bien no hay un nivel de concentración que pueda servir de umbral exacto por encima del cual se pueda concluir que la configuración de una “colusión tácita” es probable (pues el nivel de concentración interactúa con otros factores)<sup>37</sup>, sí puede tratarse de fijarse un límite por encima del cual se considerará que el mercado es “altamente concentrado”.

Dado que, como se ha visto, para la configuración de una posición de dominio conjunta se requiere que la concentración sea “especialmente alta”, se podría fijar un umbral de, por ejemplo, un HHI de 2 500<sup>38</sup>. Una concentración de mercado menor a esa cifra permitiría descartar, en principio, la existencia de una práctica conscientemente paralela.

#### (ii) Simetría en las cuotas de los oligopolistas

Al analizar la posibilidad de que se configure una colusión tácita, debe tomarse en cuenta la simetría entre los oligopolistas, pues empresas que cuentan con activos asimétricos tienen intereses e incentivos distintos<sup>39</sup>. En efecto, una empresa que se considere, por ejemplo, con mayores ventas o mayor capacidad de producción que sus competidores no se alineará con la conducta de su competencia (ni tácita ni expresamente) si sabe que puede obtener mayores ganancias en un esquema competitivo que en uno no-competitivo.

#### (iii) Alta transparencia en el mercado

Una alta transparencia en el mercado favorece la configuración de colusiones tácitas, dado que hace posible que cada uno de los integrantes del oligopolio observe la conducta de sus pares y se alinee con ella. Además, hace posible la detección y sanción de los oligopolistas “no-alineados”, que hacen que el esquema no-competitivo no sea rentable.

Se dice que un mercado es transparente cuando los costos de acceso de información (referida a precios, costos, demanda, etcétera) son mínimos o nulos. Dicho costo normalmente es elevado o, por lo menos, no mínimo, toda vez que dicha información constituye una variable estratégica para cada empresa que podría ser susceptible de ser utilizada por las empresas rivales<sup>40</sup>.

#### (iv) Homogeneidad del producto

Si bien es cierto que no existe un criterio objetivo para determinar la homogeneidad de los productos, dado que su determinación se encuentra sujeta a las preferencias de los consumidores, se dice que dos

bienes son homogéneos cuando tienen características “relativamente similares”.

La homogeneidad de los productos es un requisito importante para la configuración de prácticas conscientemente paralelas, toda vez que permite que las firmas solo necesiten alinear su conducta respecto del precio o cantidad a producir de un solo producto. La heterogeneidad de los productos de cada empresa, por el contrario, no coadyuva a la conformación de un escenario de interdependencia oligopólica, toda vez que el hecho de que las empresas alineen su conducta respecto del precio ofrecido no evitaría la competencia sobre la base de las cualidades particulares de los productos<sup>41</sup>.

#### (v) Tecnología de producción madura

Esta característica surge en sectores donde se ha alcanzado un nivel tecnológico estándar, de modo que no existen *shocks* de tecnología que cambien los patrones de producción y características de los productos, así como sus precios<sup>42</sup>. La realización de prácticas conscientemente paralelas bajo estas condiciones resulta complicada, toda vez que estos *shocks* ocasionarían cambios frecuentes en la demanda, debido a las variaciones en las estructuras de costos, características del producto, producción, etcétera.

#### (vi) Demanda decreciente, estática o de crecimiento moderado

Un contexto de demanda creciente debilitaría la posibilidad de la configuración de una colusión tácita, ya que —en tal escenario— una estrategia competitiva podría ser más rentable que una no-competitiva. Asimismo, en un contexto de crecimiento acentuados de la demanda, el monitoreo se vuelve más costoso y/o complicado.

Por el contrario, en un contexto de demanda decreciente, estática o de crecimiento moderado, no existirán nichos en los que alguno de los oligopolistas podrá, por ejemplo, expandir su producción, y la estrategia no-competitiva será más rentable<sup>43</sup>.

#### (vii) Inelasticidad de la demanda

La elasticidad de demanda del mercado expresa el cambio porcentual en la cantidad demandada de un producto a consecuencia de un cambio en su precio. Si se encuentra una alta elasticidad de demanda (demanda elástica) será probable que el producto transado en dicho mercado tenga, por lo menos, un importante sustituto, aquel al que los consumidores migrarán ante el incremento del precio. Por el contrario, la inelasticidad de demanda (demanda inelástica) denotará la cuasi inexistencia de sustitutos





cercanos<sup>44</sup>. Esta inexistencia de sustitutos cercanos hará posible que las empresas que conforman el oligopolio actúen “como una sola” a efectos de aumentar el precio toda vez que, ante un incremento, los consumidores no tendrán otro producto al cual trasladar su demanda.

#### (viii) Altas barreras de ingreso al mercado

Las barreras a la entrada<sup>45</sup> son factores que impiden o disuaden a las empresas nuevas de entrar en una industria, incluso cuando las empresas establecidas registran utilidades. La existencia de altas barreras a la entrada permitirá que los oligopolistas alineen su conducta para elevar el precio, sin que la entrada de competencia potencial al mercado haga dicho aumento poco rentable.

La alta concentración del mercado, la simetría entre los oligopolistas, la alta transparencia y la homogeneidad del producto harían posible que los integrantes del oligopolio puedan determinar con un alto nivel de certeza los costos, márgenes de ganancia y precios de sus competidores y, por ende, predecir su línea de acción en el mercado. Esto, a su vez, permitiría que cada empresa determine su mejor estrategia para adaptarse a la estructura del mercado.

Por otro lado, la presencia de tecnología de producción madura y altas barreras de ingreso al mercado, así como la evidencia de un crecimiento moderado de la demanda y una alta inelasticidad de la demanda, son factores que pueden conceder al oligopolio en cuestión una posición de dominio (conjunta) en el mercado y que, por ende, son capaces de evitar una reacción de otros competidores y de los consumidores ante un aumento en el precio o restricción de la producción de parte de las empresas (conjuntamente) dominantes.

En este punto del análisis, es preciso destacar que las condiciones de mercado antes señaladas son muy similares a las que la doctrina y jurisprudencia en materia de libre competencia suele señalar como favorables para la presencia y probabilidad de éxito de acuerdos colusorios o prácticas concertadas<sup>46</sup>. La diferencia, sin embargo, radica en la especial intensidad con la que se presentan en el caso de las prácticas conscientemente paralelas.

Como puede deducirse de lo antes expuesto, las condiciones en las que es probable el surgimiento de prácticas conscientemente paralelas resultan sumamente excepcionales.

En este punto es pertinente señalar que el concepto materia de análisis no ha estado exento de críticas ni cuestionamientos. En primer lugar, diversos autores han criticado el propio presupuesto de la

colusión tácita, es decir, la teoría de la interdependencia oligopólica. Las principales críticas a dicha teoría son las siguientes:

(i) Sobrestima la interdependencia de los oligopolistas, pues inclusive en un intenso oligopolio de tres empresas simétricas es posible que una de ellas tome ventaja sobre las otras reduciendo su precio y ganando participación de mercado. Si, por ejemplo, el tiempo transcurrido entre la reducción del precio y el momento en el que las otras empresas toman conciencia de ello es suficiente, es posible que la empresa “infidel” obtenga un nivel de ganancia tal que le permita compensar el costo de cualquier eventual “guerra de precios”. También puede ser posible que las empresas rivales sean incapaces de expandir su capacidad a fin de responder el incremento de la demanda en favor de la empresa que realiza una disminución en sus precios<sup>47</sup>.

(ii) Sobrestima el impacto de la reducción del precio de parte de un oligopolista sobre las ventas de los otros y, por lo tanto, los incentivos de estos últimos para responder inmediatamente a dicha reducción. Cuando una empresa reduce su precio (y aumenta su producción) sus mayores ingresos no necesariamente provienen de las ventas de sus rivales. Es probable que provengan de sus mismos clientes (que aumentan las cantidades consumidas) o de nuevos compradores (provenientes de fuera del mercado relevante)<sup>48</sup>.

(iii) Presenta una imagen demasiado simplista de las estructuras de mercado. Es cierto que en un oligopolio con empresas simétricas, bienes homogéneos y costos similares la interdependencia puede ser intensa. Sin embargo, en la realidad, lo más probable es que incluso empresas oligopólicas tengan estructuras de costos disímiles, produzcan bienes diferenciados y gocen de la lealtad de sus consumidores, factores que sin duda incentivan el actuar independientemente. Es probable, además, que las empresas oligopólicas enfrenten la competencia de otras empresas más pequeñas, que podrían ejercer sobre ellas cierta presión competitiva<sup>49</sup>.

(iv) No puede explicar por qué, en ciertos mercados, pese a su naturaleza oligopólica, la competencia es intensa<sup>50</sup>.

(v) No explica satisfactoriamente por qué las empresas oligopólicas pueden efectivamente obtener ganancias supracompetitivas. Así, por ejemplo, Posner ha señalado que la resistencia de los oligopolistas a reducir sus precios solo debería preocuparnos si sus precios están por encima del nivel competitivo, pero que la teoría de la interdependencia oligopólica no explica satisfactoriamente cómo se llega



inicialmente a tal nivel de precios. Según dicha teoría, uno de los oligopolistas (el "líder") subirá inicialmente sus precios confiando en que sus competidores son conscientes de que todos tendrán mayores ganancias subiendo sus precios. Sin embargo —a decir de Posner—, dicha empresa también podría bajar sus precios asumiendo que si sus competidoras no bajan su precio sus ingresos aumentarán (pues la demanda se trasladará hacia su producción) y, si lo hacen, siempre estará en la posibilidad de retornar a sus niveles originales de precios, dado que sus competidoras se alinearán finalmente con su conducta<sup>51</sup>.

En el mismo sentido, Church y Ware afirman que: "Negociar un acuerdo para elevar los precios sin comunicación formal, sino simplemente señalizando a través de los precios, encuentra la siguiente dificultad. Supongamos que dos aerolíneas prestan servicios en Los Ángeles y Chicago, y que las cantidades y precios reflejan un equilibrio de Bertrand asimétrico con productos diferenciados —cada empresa tiene el 50 por ciento del mercado y los precios son iguales—. Suponga además que los precios monopolísticos son 25 por ciento más altos. ¿La empresa A tiene incentivos para subir su precio en 25 por ciento? Ese movimiento no sería beneficioso si la empresa B no iguala sus precios. Si B mantiene sus precios —o los aumenta y cobra el mejor precio posible de acuerdo con lo que A cobra— puede sacar ventaja de A. ¿Por qué? Porque los precios monopolísticos no son un equilibrio de Nash —B puede hacerlo mejor si no iguala su precio al de A—"<sup>52</sup>.

(vi) Se concentra exclusivamente en el paralelismo de las conductas sin tomar en cuenta por qué determinados mercados son oligopolísticos en primer término. Es posible que sea socialmente eficiente que el mercado tenga pocos actores (por ejemplo, debido a la necesidad de la presencia de economías de escala en ciertas industrias)<sup>53</sup>.

Un segundo grupo de autores, por otro lado, ha criticado el concepto de colusión tácita por considerar que no resulta razonable sancionar conductas que tienen como motivación el adecuarse a las condiciones de mercado:

(i) Whish, por ejemplo, ha señalado que: "La coordinación tácita surge en ciertas condiciones de mercado, no debido a un acuerdo o una práctica concertada entre las empresas colectivamente dominantes en el sentido legal de dichos términos, sino debido a que ellas reaccionan racionalmente a las condiciones del mercado en el que operan. Condenar su comportamiento paralelo como abusivo en sí mismo no tendría sentido: si el artículo 82 mandara a dichas

empresas a portarse irracionalmente para cumplir con la ley, se trataría de una provisión muy extraña"<sup>54</sup>.

(ii) En el mismo sentido, Bork ha señalado que: "...la teoría de la monopolización conjunta descansa a su vez sobre la teoría económica según la cual los oligopolistas inevitablemente se comportarán como una sola empresa, dado que no pueden evitar tomar en cuenta las probables reacciones de cada una. Un mandato judicial contra tal conducta no conseguiría nada, ya que, según la propia teoría, las empresas no pueden comportarse de otra forma en una estructura de mercado como tal"<sup>55</sup>.

Pese a las críticas antes reseñadas, es posible que la figura de las prácticas conscientemente paralelas pueda resultar sumamente útil para corregir las deficiencias que el proceso<sup>56</sup> competitivo muestra en mercados oligopólicos. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, con las exigentes condiciones de mercado planteadas líneas arriba, la investigación de prácticas conscientemente paralelas solo será llevada a cabo excepcionalmente, en mercados sumamente específicos (cuya estructura presente oligopolios no competitivos).

Las críticas reseñadas apuntan, en términos generales, a que no se debe sobrestimar el peligro derivado de la presencia de pocos competidores en el mercado, pero no excluyen la posibilidad de que, en los hechos, se llegue a una distorsión del proceso competitivo en virtud de la cual los agentes presentes en el mercado adopten una estrategia no competitiva.

### 3.2.3.3. La estrategia cooperativa no coordinada

Una práctica conscientemente paralela implica una actuación voluntaria cooperativa resultado de un proceso de maximización conjunta no coordinada por parte de las empresas presuntamente competidoras. Es decir, que las acciones realizadas por los agentes en el mercado encuentran razonabilidad solo si son consideradas como resultado de un proceso de maximización conjunta. En consecuencia, la actuación conscientemente paralela no solo constituye una respuesta comercial al entorno oligopólico sino, además, resulta de la acción consciente cooperativa dentro de un proceso de maximización conjunta sin que medie ningún acuerdo expreso.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando las empresas, pudiendo reducir sus precios y ampliar su cuota de mercado y obtener mayores ingresos, prefieren una "vida cómoda" y no el arriesgarse a una "guerra de precios". Esta actuación cooperativa no coordinada resulta reprochable porque constituye un apartamiento consciente del proceso competitivo. Las empresas son conscientes de que están dejando de



competir, y como esta situación genera un nivel aceptable de ganancias, prefieren mantenerla a pesar de saber que una actuación individual más competitiva —que beneficiará a los consumidores— podría generarles más ganancias, pues así evitan asumir el riesgo de que algunas de sus rivales sea más eficiente y se apropie de un mayor número de clientes.

Cabe precisar que los niveles de precios y cantidades producidas en un mercado donde se manifiesta una “interdependencia oligopólica” son distintos a aquellos obtenidos en un mercado oligopólico sin la presencia de dicho comportamiento (conscientemente paralelo). En efecto, la solución en un mercado con interdependencia oligopólica es resultado de la cooperación (tácita) entre los partícipes de dicha situación, mientras que la solución de oligopolio es una respuesta competitiva dentro de determinada estructura de mercado (la estructura oligopólica).

#### 4. LA REGLA DE LA RAZÓN

Las prácticas anticompetitivas pueden ser analizadas esencialmente bajo dos tipos de razonamiento, la regla per se y la regla de la razón. Según la regla per se, una conducta, como un acuerdo de precios, será ilegal si se comprueba su existencia, siendo innecesario indagar respecto de sus potenciales o reales efectos procompetitivos (eficiencias económicas) y anticompetitivos (reducción de la competencia y perjuicio del excedente del consumidor), es decir, será innecesario determinar si ese acuerdo de precios tiene o no la capacidad de lesionar el interés económico general. Este razonamiento sería aplicable a conductas sobre las cuales no hay duda de que siempre son perjudiciales para el mercado y no pueden conllevar beneficios para los consumidores.

Por su parte, según la regla de la razón, para declarar ilegal una conducta no basta con probar su existencia sino que debe haber un convencimiento de que sus potenciales o reales efectos anticompetitivos son superiores a sus potenciales o reales efectos procompetitivos. Siguiendo el ejemplo del acuerdo de precios, bajo la regla de la razón la autoridad de competencia además de probar el acuerdo debe determinar que este perjudica a los consumidores y lesiona la competencia en mayor medida que los eventuales beneficios en eficiencia económica que podría conllevar.

Veamos a continuación cómo la autoridad de competencia del Indecopi ha establecido desde hace más de dos años la aplicación de una especial regla de la razón en el análisis de prácticas colusorias.

#### 4.1. El caso SOAT: el precedente de observancia obligatoria

Mediante Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003, publicado el 12 de julio de 2003, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo 701.

2. De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia —producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas— o el abuso de una posición de dominio en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.

4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y iii) si aquellas conductas no se convierten de



manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.

5. La fijación concertada de precios contemplada expresamente en el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701 constituye una práctica restrictiva de la libre competencia que contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior”.

La Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI dejó sin efecto a los precedentes de observancia obligatoria aprobados mediante resoluciones números 206-97-TDC y 276-97-TDC, los cuales establecieron que los acuerdos desnudos o concertaciones de precios, de reparto de mercado, de reparto de cuotas de producción y de limitación o control de la producción son per se ilegales, esto es, que su sola realización constituía una infracción administrativa a la que se debía aplicar la sanción legalmente prevista. No es necesario para considerar configurada la infracción tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea idónea o no para producir efectos perjudiciales.

El precedente aprobado en la Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI señala que las prácticas colusorias tipificadas en el artículo 6 del DL 701 no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores, por lo que al ser perjudiciales para estos deben ser declaradas ilegales.

Sin embargo, dicho precedente permite, de manera muy excepcional, que las prácticas colusorias estén exentas de sanción cuando los beneficios que aquellas generen superen los costos derivados tanto del perjuicio a los consumidores cuanto de la restricción a la competencia.

La determinación de los casos excepcionales exentos de sanción deberá analizarse caso por caso, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención:

(i) que las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;

(ii) que la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y

(iii) que aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.

Conforme lo señala la parte considerativa de la Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI, la carga de acreditar los efectos beneficiosos de la práctica restrictiva de la libre competencia corresponde al responsable de la realización de la conducta prohibida por el ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, es la parte denunciada quien tiene la carga de probar cuáles son los beneficios de la práctica colusoria para el interés económico general.

#### 4.2. Los argumentos sobre los beneficios de la conducta denunciada

Cuando tenga que analizar los supuestos beneficios de una práctica restrictiva de la libre competencia para el interés económico general, la agencia de competencia debe evaluar solo aquellas variables económicas que permitan generar una reducción en el precio de venta al consumidor (o una mejora en la calidad de los productos) o un aumento en el nivel de producción, y que ello finalmente redunde en un aumento del excedente total o bienestar de la sociedad. Dichas variables están relacionadas únicamente con la reducción de costos de una empresa (eficiencia productiva) y a las mejoras en la calidad y/o variedad de los productos y servicios ofrecidos a los usuarios y consumidores (eficiencia innovativa).

Por tal razón, los únicos criterios que deben tomarse en consideración al momento de evaluar los alegatos presentados por la parte denunciada respecto de los beneficios de un acuerdo corresponden a aquellos argumentos que permitan demostrar alguna eficiencia productiva (reducciones de costos) o el mejoramiento de la calidad y/o variedad de los bienes y servicios. Estos beneficios redundan en el bienestar de los consumidores, que es el objetivo y fundamento último de una política de competencia.

Por el contrario, no deben tomarse en cuenta criterios ajenos a los que corresponde a una política de competencia, tales como la protección del empleo, el incremento de la recaudación tributaria, la protección de pequeñas y medianas empresas, el control de la inflación; puesto que estos, además de no ser objetivos acordes con una política de competencia, terminan por distorsionarla y hacerla inconsistente<sup>57</sup>.



### 4.3. La nueva regla de razonamiento

Los derogados precedentes de observancia obligatoria aprobados mediante resoluciones 206-97-TDC y 276-97-TDC establecían que los acuerdos o concertaciones puros o desnudos de precios, de reparto de mercado, de reparto de cuotas de producción y de limitación o control de la producción, eran per se ilegales, de modo que no admitían justificación alguna. Así, una vez verificados tales acuerdos o concertaciones, el denunciado no tenía la oportunidad de alegar en su defensa que estos traían consigo beneficios para el interés económico general.

El precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI considera igualmente como conductas reprochables y, por lo tanto, ilegales, los acuerdos o concertaciones puros o desnudos de precios, de reparto de mercado, de reparto de cuotas de producción y de limitación o control de la producción. Sin embargo, el precedente permite al denunciado alegar en su defensa que tales acuerdos o concertaciones redundan en beneficios para el interés económico general, argumento que podría permitir de manera muy excepcional la exención de reproche y sanción de la conducta analizada. Como hemos visto en el acápite anterior, los argumentos referidos a los beneficios de la práctica colusoria para el interés económico general solo se circunscriben a aquello que demuestren beneficios para los usuarios y consumidores.

Lo anterior evidencia que el actual precedente de observancia obligatoria ha declarado que lo que antes era calificado como una conducta ilegal *iuris et de iure* (que no admite prueba en contrario) ahora debe ser calificado como una conducta ilegal *iuris tantum* (que admite prueba en contrario). En efecto, las prácticas colusorias antes mencionadas deben presumirse por sí mismas ilegales, salvo que la empresa denunciada demuestre que la misma trae beneficios para los usuarios y consumidores.

En consecuencia, en tanto la empresa denunciada no demuestre que la práctica colusoria imputada trae ganancias en eficiencia económica (eficiencia productiva o de innovación) que redunden en el bienestar de los consumidores en el corto, mediano y largo plazo, los acuerdos o concertaciones puros o desnudos de precios, de reparto de mercado, de reparto de cuotas de producción y de limitación o control de la producción, serán considerados por sí mismos ilegales.

Por más esfuerzos realizados, a la fecha no ha sido posible encontrar un ejemplo en el que un acuerdo

desnudo de elevación de precios de venta realizado entre empresas con competencia horizontal intermarca sea susceptible de beneficiar a los consumidores en virtud a una eficiencia productiva o de innovación. Esto, sin embargo, no significa que todo acuerdo con dichas características deba ser sancionado, pues, si las empresas involucradas en conjunto carecen de poder de mercado, no tiene sentido que la autoridad de competencia gaste recursos en su persecución. En efecto, si dos panaderías acuerdan un aumento de precios pero resulta que los consumidores tienen otras opciones en el mercado, es decir, que hay a poca distancia otras panaderías que no forman parte del acuerdo, este será inocuo para el mercado, e incluso hasta podría ser perjudicial para los involucrados, por lo que no tiene sentido que la agencia de competencia se preocupe en perseguir y sancionar dicho acuerdo.

Para estar convencidos de que un acuerdo desnudo de elevación de precios (horizontal e intermarca) siempre es dañino, dicho acuerdo debe ser realizado por empresas que en conjunto tengan poder de mercado, pues de lo contrario el acuerdo sería irrelevante para el interés económico general al no perjudicar a los consumidores. Ahora bien, el análisis del poder de mercado ya implica, inevitablemente, aunque con matices, estar dentro de los senderos de la regla de la razón, pues lejos de sancionar per se la existencia de la conducta, la autoridad de competencia tiene un factor que considerar: el poder de mercado de las empresas partícipes del acuerdo.

### 4.4. Análisis de la legalidad de la conducta denunciada

Considerando lo expuesto, y tratándose de acuerdos o concertaciones puros o desnudos de precios, de reparto de mercado, de reparto de cuotas de producción y de limitación o control de la producción, el análisis para determinar la legalidad o ilegalidad de la conducta denunciada tiene dos aristas:

(i) Lo que la agencia de competencia debe probar, esto es, que las empresas denunciadas tienen en conjunto poder de mercado, han realizado la conducta imputada, que dicha conducta se ha ejecutado y que ella afecta al interés económico general.

(ii) Lo que el agente o los agentes económicos denunciados pueden alegar en virtud a su derecho de defensa, es decir, que la conducta imputada no se ha realizado o que, habiéndose realizado, trae consigo eficiencias económicas reales o potenciales –susceptibles de mejorar el bienestar de los consumidores– superiores a efectos restrictivos de la competencia reales o potenciales.



## 5. EL PODER DE MERCADO

La consideración del poder de mercado de las empresas involucradas no solo es aplicable a los acuerdos desnudos sino también a los acuerdos que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y, en general, a todo tipo de práctica colusoria. En efecto, si una práctica colusoria no es implementada por empresas que en conjunto detentan poder de mercado, dicha práctica no afectará el interés económico general.

En el caso de prácticas colusorias, el análisis del poder de mercado no es tan riguroso como el aplicado para los casos de abuso de posición de dominio. Basta con determinar que la práctica ha sido realizada por la mayoría o por un porcentaje significativo de las empresas más importantes del mercado. De hecho, de lo que se trata es de comprobar la razonabilidad de la práctica colusoria, es decir, que ha sido implementada y ejecutada con el fin de maximizar beneficios, y ello solo es posible si se encuentran involucrados los principales, aunque no necesariamente todos, actores del mercado. De lo contrario, empresas rivales con presencia significativa en el mercado y que no se encuentran involucradas en la realización de la práctica colusoria podrían ser perjudiciales para el éxito de esta.

Así, por ejemplo, supongamos que en un mercado hay cinco empresas (con simétricas participaciones de mercado) y tres de ellas, con el 60 por ciento del mercado relevante, acuerdan elevar el precio de un producto. Este acuerdo será irrelevante para los consumidores si las otras dos empresas, con el 40 por ciento del mercado relevante, venden el producto en cuestión a un menor precio que el acordado por el cártel. Los consumidores migrarán su preferencia hacia las empresas con menores precios.

En lo que respecta al análisis de prácticas conscientemente paralelas, la consideración del poder de mercado de las empresas involucradas resulta implícita al momento de observar que las empresas investigadas forman parte de un oligopolio. Otro tanto ocurre en el caso de analizar decisiones o recomendaciones de gremios o asociaciones de empresas, en el entendido de que el gremio o asociación agrupa a todas o a la mayoría de las empresas más importantes del mercado relevante.

## 6. CONCLUSIONES

Podemos arribar a las siguientes conclusiones:

(i) Las prácticas colusorias se manifiestan a través de acuerdos, decisiones o recomendaciones. Los

acuerdos pueden ser expresos (acuerdos propiamente dichos y prácticas concertadas) o tácitos (prácticas conscientemente paralelas), mientras que las decisiones y recomendaciones siempre son expresas.

(ii) Para la probanza de las prácticas colusorias, la agencia de competencia puede recurrir a todo tipo de instrumentos probatorios (pruebas directas, indicios y presunciones).

(iii) La probanza de acuerdos propiamente dichos (así como las decisiones y recomendaciones gremiales) se realiza mediante pruebas directas. Las prácticas concertadas y las prácticas conscientemente paralelas mediante pruebas indirectas (indicios y presunciones).

(iv) Para declarar la existencia de una práctica concertada la autoridad de competencia debe verificar que hay un paralelismo sospechoso, que las condiciones del mercado favorecen la realización de una práctica colusoria y que hay indicios (*plus factors*) tales que, analizados en conjunto, permiten presumir que la actuación de las empresas no tiene otra explicación razonable que asumir que se han puesto de acuerdo.

(v) Para declarar la existencia de una práctica conscientemente paralela, la autoridad de competencia debe verificar que hay un paralelismo sospechoso, que la estructura oligopólica del mercado favorece una intensa interdependencia oligopólica y que las empresas han desarrollado una estrategia cooperativa no coordinada que menoscaba o relaja la dinámica del proceso competitivo.

(vi) Serán ilegales aquellas prácticas colusorias cuyos efectos anticompetitivos reales o potenciales (medido en la exclusión de competidores y la afectación del bienestar de los consumidores) son mayores a los efectos pro competitivos (medido en eficiencias productivas e innovativas) reales o potenciales.

(vii) La agencia de competencia debe probar que las empresas denunciadas tienen en conjunto poder de mercado, han realizado la conducta imputada, que dicha conducta se ha ejecutado y que ella afecta al interés económico general. Por su parte, las empresas investigadas pueden alegar que la conducta imputada no se ha realizado o que, habiéndose realizado, trae consigo eficiencias económicas reales o potenciales –susceptibles de mejorar el bienestar de los consumidores– superiores a efectos restrictivos de la competencia reales o potenciales.

(viii) Tratándose de un acuerdo puro o desnudo de precios, de reparto de mercado, de reparto de cuotas de producción y de limitación o control de la producción, la agencia de competencia debe



probar el poder de mercado de las empresas involucradas, la existencia del acuerdo y que este se ha ejecutado. Las referidas empresas, por su parte, pueden alegar que el acuerdo no se ha realizado o que, habiéndose realizado, trae consigo eficiencias económicas susceptibles de mejorar el bienestar de los consumidores.

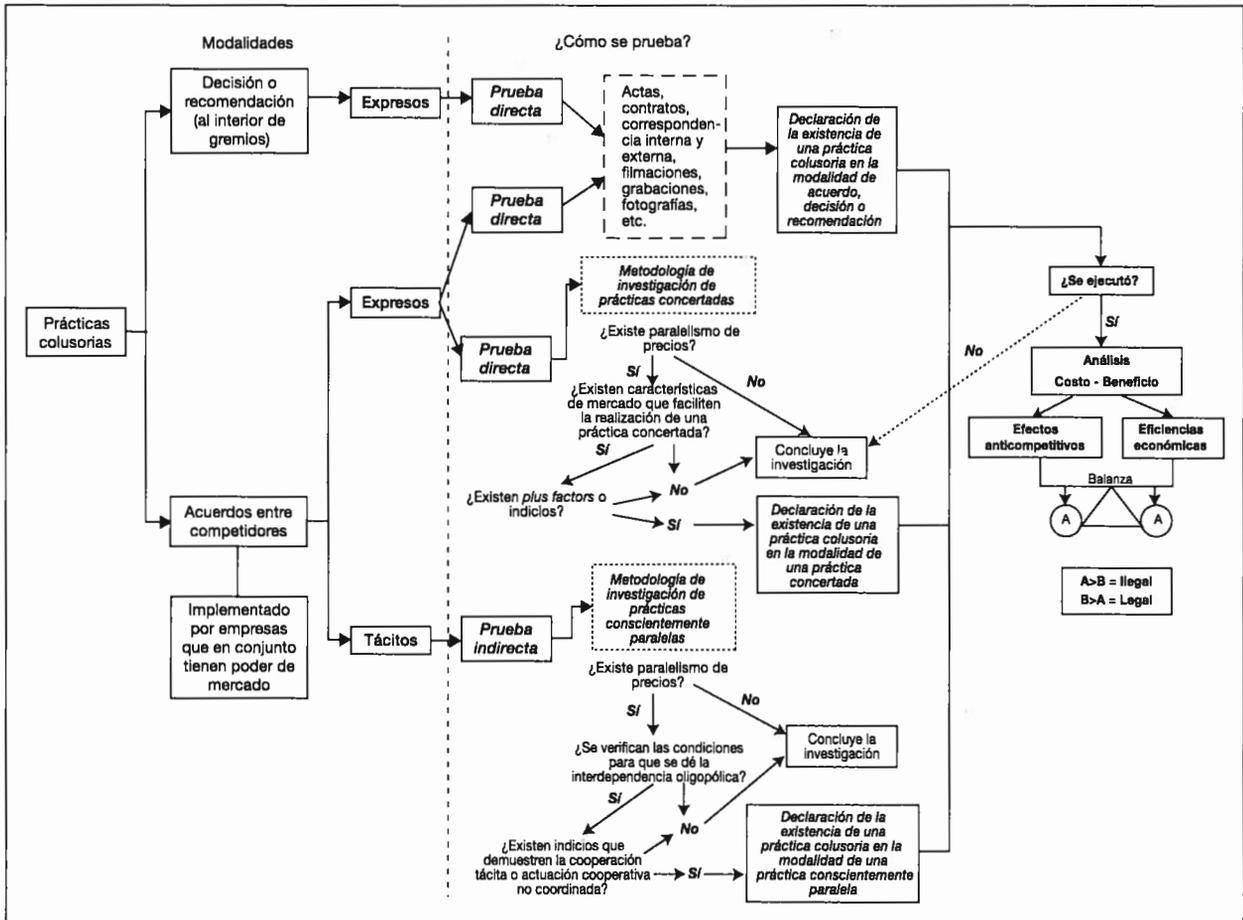
(ix) No es posible encontrar un ejemplo en el que un acuerdo desnudo de elevación de precios de venta realizado entre empresas con competencia horizontal intermarca sea susceptible de beneficiar a los consumidores en virtud a una eficiencia productiva o innovativa. En consecuencia, si un acuerdo con dichas características ha sido ejecutado por empresas que en conjunto tienen poder de mercado, dicho acuerdo siempre será declarado ilegal por la autoridad de competencia.

Finalmente, el gráfico 4 muestra de manera resumida las modalidades de prácticas colusorias, así como la metodología para su probanza y análisis:

## NOTAS

- 1 Ver Informe 001-97-CLC, del 14 de enero de 1997 (Expediente 029-96-CLC), sobre concertación en los precios del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 21 de enero de 1997.
- 2 Al respecto, ver *Glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y a las leyes sobre competencia*, Banco Mundial y OECD, recopilado por R. S. Khemani y D. M. Shapiro, edición en español e inglés, 1996, pp. 2, 6, 7 y 14.
- 3 La ejecución del acuerdo como requisito para la configuración del supuesto de infracción ha sido establecido en el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI, publicado el 12 de julio de 2003.
- 4 William E. Kovacic, "The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws", en *The Antitrust Bulletin*, Federal Legal Publications, Inc., vol. XXXVIII, nro. 1, Spring, 1993, pp. 8 y 19.

Gráfico 4



- 5 Christopher Bellamy y Graham Child, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1992, p. 79.
- 6 *Ibíd.*, pp. 78 y 79.
- 7 Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi, S. A., Navarra, 2000, p. 283.
- 8 Así, por ejemplo, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, *op. cit.*, p. 283.
- 9 Ver la Resolución 040-2005-INDECOPI/CLC del 12 de julio de 2005, emitida en el procedimiento seguido por Almacenes Mundo S. A. contra Trabajos Marítimos S. A. y otros por abuso de "posición de dominio conjunta" en la modalidad de aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.
- 10 María del Carmen Navarro Suay, "Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 232, julio-agosto de 2004, p. 52.
- 11 Julio Pascual y Vicente, *op. cit.*, p. 111.
- 12 Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, *op. cit.* En el mismo sentido, Luis Berenguer Fuster, "Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, D-29, setiembre 1998, p. 186.
- 13 *Ibíd.*
- 14 Número de individuos presentes para que una votación sea válida.
- 15 Tal sería el caso, por ejemplo, que se comportaran como si estuvieran acatando el acuerdo.
- 16 Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, *op. cit.*
- 17 Christopher Bellamy y Graham Child, *op. cit.*, p. 85.
- 18 Julio Pascual y Vicente, *op. cit.*
- 19 Luis Berenguer Fuster, *op. cit.*
- 20 Ver William E. Kovacic, *op. cit.*, p. 19.
- 21 Definición establecida en el artículo 275 del Código Procesal Civil.
- 22 Artículo 276 del Código Procesal Civil.
- 23 Artículo 277 del Código Procesal Civil.
- 24 Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II, pp. 611 y 696.
- 25 Ver Resolución 276-97-TDC.
- 26 Ver Resolución 105-96-TDC, del 23 de diciembre de 1996, recaída en el Expediente 116-94-CLC.
- 27 Ver Resolución 276-97-TDC.
- 28 Ver Informe 060-96-CLC, publicado el 14 de setiembre de 1996.
- 29 Craig W. Conrath, *op. cit.*, pp. 2-13.
- 30 Al respecto consultar William E. Kovacic, *op. cit.*, p. 53.
- 31 Cabe precisar que la expresión "colusión tácita" no designa a aquel tipo de colusión que no puede ser acreditada con evidencia directa pero que sí responde a cierto nivel

de coordinación intencional entre los sujetos involucrados. En el presente acápite, el término "colusión tácita" designa a aquella actuación conjunta que no responde a ningún tipo de acuerdo y/o coordinación (es decir, es utilizado como sinónimo de "práctica conscientemente paralela").

- 32 María del Carmen Navarro Suay, *op. cit.*, p. 52. "Entendiendo así las conductas conscientemente paralelas es inevitable asociar el concepto jurídico a las definiciones de colusión tácita que se han efectuado desde el ámbito económico".  
En el mismo sentido, ver Richard Whish, *Competition Law*, quinta edición, London, Lexis Nexis, 2003, pp. 505 y siguientes; Richard Posner, *Antitrust Law*, segunda edición, Chicago, The University of Chicago Press, 2001, pp. 52 y 53.
- 33 Richard Whish, *op. cit.*, p. 507. (Traducción original del siguiente texto: "Oligopolists recognize their interdependence as well as their own self-interest. By matching each other's conduct they will be able to achieve and charge a profit-maximizing price which will be set at a supra-competitive level, without actually communicating with one another in any way at all. There does not need to be a collusive agreement: the structure of the market is such that, through interdependence and mutual self-awareness, prices will rise towards the monopolistic level").
- 34 María del Carmen Navarro Suay, *op. cit.*, p. 55; Richard Whish, *op. cit.*, p. 507.
- 35 En el caso de los acuerdos colusorios, la alta concentración del mercado reduce los costos de coordinación entre los integrantes del cártel. En este caso se puede hablar de una reducción de los "costos de supervisión" entre los oligopolistas.
- 36 Así, por ejemplo, la Comisión señaló en el Caso Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (Asunto IV/M.1016) que una colusión tácita que involucrara a más de tres o cuatro productores sería "demasiado compleja e inestable como para persistir en el tiempo". Ver Boris Etter, "The assessment of mergers in the EC under the concept of Collective Dominance. An analysis of the recent decisions and judgements –by an economic approach", en *Journal of World Competition*, vol. 23, nro. 3, 2000, p. 130. En el mismo sentido, Whish señala que "...la reducción del precio podría atraer rápidamente a los clientes de los otros dos o tres rivales..." (el subrayado es nuestro). Richard Whish, *op. cit.*, p. 507. (Traducción libre del siguiente texto: "...reduction in price would swiftly attract the costumers of the other two or three rivals...").
- 37 Posner dice: "Sea cual fuere la forma de medir la concentración que se emplee, es imposible especificar un umbral sobre el cual la colusión es una proposición atractiva. La concentración interactúa con el resto de características que pueden predisponer a una colusión". Richard Posner, *op.*



cit., p. 70. (Traducción libre del siguiente texto: "Whatever the measure of concentration chosen, it is impossible to specify a threshold figure above which collusion becomes an attractive proposition. Concentration interacts with the other predisposing characteristics").

- 38 Resultado de asumir un mercado con cuatro firmas simétricas que en conjunto representan el 100 por ciento del mercado, cada una con una participación del 25 por ciento. El umbral propuesto puede ser considerado arbitrario. Sin embargo, se trata de un umbral referencial, que también debe ser evaluado tomando en cuenta otras condiciones del mercado.
- 39 Kühn, por ejemplo, ha señalado que "estructuras con activos asimétricos generarán divergencia en los intereses de las distintas empresas en el mercado e incentivos en conflicto para una colusión. Dichos incentivos en conflicto eliminarán la posibilidad de una colusión o *actuación paralela* en el mercado" (el subrayado es nuestro). Kai-Uwe Kühn, *Closing Pandora's Box? Joint Dominance after the "Airtours" Judgment*. John M. Olin Center for Law & Economics, junio de 2002, p. 7. Disponible en: <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/olin/papers2002.htm> (visitada el 21 de febrero de 2005). (Traducción libre del siguiente texto: "...asymmetric asset structures will generate divergence in the interests of different firms in the industry and lead to conflicting incentives for collusion. Such incentive conflicts will undermine the scope for collusion or parallel behaviour in an industry").
- 40 Walter Nicholson, *Teoría Microeconómica*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 388.
- 41 Jeffrey Church y Roger Ware, *Industrial Organization. A strategic approach*, Irwing MacGraw-Hill, Boston, 2000, p. 321.
- 42 Jeffrey Church y Roger Ware, op. cit., p. 323.
- 43 Richard Posner, op. cit., p. 77.
- 44 "El que un bien tenga una demanda más o menos elástica, depende fundamentalmente de la cantidad y calidad de sustitutos que estén a disposición del consumidor. Si el bien en cuestión tiene muchos sustitutos de precio y calidad semejantes, su demanda tenderá a ser más elástica que otro bien con pocos o ningún sustituto. Así, por ejemplo, a menos que el consumidor tenga una preferencia demasiado marcada por el agua mineral San Antonio, su demanda tenderá a ser elástica, dado que, si sube el precio de este producto y las otras aguas minerales no cambian de precio, el consumidor puede reemplazar total o parcialmente el consumo de San Antonio por otros bienes sucedáneos como San Luis, Socosani, San Mateo o Seltz, entre otros. En cambio, la energía eléctrica tiene una demanda inelástica, porque los bienes sucedáneos, como las velas, los lamparines a ron o kerosene, la leña y el carbón, entre otros,
- son mucho más caros y de inferior calidad". Jorge Fernández-Baca Llamosas, *Microeconomía: teoría y aplicaciones*, tomo I, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima, 2000, pp. 217 y 218.
- 45 Se suele utilizar el término "barrera a la entrada" para denominar a cualquier obstáculo que debe enfrentar un entrante para ingresar en el mercado. Stigler nos ofrece una definición más precisa al señalar que una barrera de entrada es "una condición que impone a los entrantes costos de producción de largo plazo más altos que los soportados por las empresas que ya están en el mercado". Así, las barreras a la entrada surgen de la existencia de diferenciales de costos entre las empresas establecidas y las entrantes. Ver George J. Stigler, *Barriers to Entry, Economies of Scale and Firm Size*, citado por Richard Posner, op. cit., p. 74.
- 46 Ver, por ejemplo, Richard Posner, *El análisis económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 274 y 275; Richard Posner *Antitrust Law...*, op. cit., pp. 69-79; Craig W. Conrath, *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*, World Bank, Washington, 1995, pp. 2-13 y 2-14. Ver además el Informe 011-2004-INDECOPI/ST-CLC del 1 de junio de 2004.
- 47 Richard Whish, op. cit., p. 510; Richard Posner, op. cit., p. 57.
- 48 Richard Posner, op. cit., pp. 57 y 58.
- 49 Richard Whish, op. cit., p. 510.
- 50 *Ibidem*.
- 51 Richard Posner, op. cit., p. 59.
- 52 Jeffrey Church y Roger Ware, op. cit. p. 315. (Traducción libre del siguiente texto: "Negotiating an agreement to raise prices without formal communication, but simply by signalling through prices, encounters the following difficulty. Suppose that two airlines provide service between Los Angeles and Chicago, and that quantities and prices reflect the asymmetric Bertrand equilibrium with differentiated products—each firm has 50% market and the prices are equal. Suppose further that monopoly prices are 25% higher. Does firm A has incentive to raise its price in 25%? Such a move would be unprofitable if firm B did not match. If B keeps its prices the same—or increases and charges its optimal response to A's prices—it can be profitable undercut A. Why? Because monopolistic prices are not Nash equilibrium—B can do better by not matching A").
- 53 Richard Whish, op. cit., p. 511.
- 54 Richard Whish, op. cit., p. 527. (Traducción original del siguiente texto: "Tacit coordination comes about in certain market conditions, not because of an agreement or concerted practice between the collectively dominant firms in the legal sense of those terms, but because they react rationally according to the conditions of the market





on which they operate. To condemn their parallel behaviour as abusive in itself would be a nonsense: if Article 82 were to mandate that firms must behave irrationally in order to comply with the law, it would be an odd provision”).

- 55 Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War With Itself*, segunda edición, New York, Free Press, 1993, p. 174. (Traducción libre del siguiente texto: “This theory of joint monopolization [...] depends upon the economic theory that oligopolists inevitably behave as a single firm because they cannot help taking each other’s probable reactions into account. An injunction against such behaviour would accomplish nothing, the theory goes, because the firms cannot behave otherwise in such a structure”).
- 56 La política de libre competencia protege el proceso competitivo e, indirectamente, a los consumidores. Por ello, la intervención de una agencia de competencia debería estar orientada a incentivar la libre competencia antes que a lograr un resultado determinado (por ejemplo, un precio más bajo o mejores condiciones para el consumidor).
- 57 Tales objetivos, sin embargo, son de aplicación para otro tipo de políticas económicas.