

# LA EVALUACIÓN DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS BAJO LA REGLA PER SE O LA REGLA DE LA RAZÓN

---

IVO GAGLIUFFI PIERCECHI♦

## Resumen

*El presente artículo efectúa un análisis de la aplicación de las denominadas regla per se y regla de la razón, a la evaluación de prácticas anticompetitivas, haciendo especial referencia a la jurisprudencia desarrollada en el Perú. La experiencia peruana demuestra que la autoridad de competencia, durante los últimos años, no ha mantenido un criterio uniforme sobre la aplicación de dichas reglas, problema que ha buscado ser subsanado a partir de la reciente aprobación del artículo 10.4 del Decreto Legislativo 1034, el mismo que detalla qué tipo de prácticas deberán ser analizadas a partir de la regla per se.*

El régimen económico consagrado en la Constitución Política de 1993 establece claramente que el rol del Estado dentro de una Economía Social de Mercado<sup>1</sup> debe limitarse a la facilitación y vigilancia de la libre competencia, así como a estimular y garantizar la libertad de empresa, pudiendo intervenir sólo para

---

♦ Socio de Lazo, De Romaña & Gagliuffi Abogados.

<sup>1</sup> Sobre la caracterización del régimen de economía social de mercado adoptado por el Estado peruano, Hartwig señala que: "... el elemento central es la idea de que sólo un ordenamiento de mercado con libre competencia en todos los mercados y con libre observancia de precios, permite el mejor abastecimiento de todos los agentes del mercado y por ello también fomenta el bienestar general". Hartwig (1991) p. 30.

Por su parte, Lazarte señala que: "... en una economía social de mercado, se le atribuye al Gobierno la función de corregir los resultados del mercado en aras de mantener un mínimo de bienestar general sin atentar contra los mecanismos mediante los cuales funciona éste. (...) un sistema económico social de mercado se rige por principios liberales propios de una economía capitalista, tales como (i) la libre iniciativa privada, que permite al sector privado desarrollar en el mercado las actividades económicas de su preferencia; y, (ii) la actividad empresarial subsidiaria del Gobierno, en virtud de la cual el Gobierno debe limitarse a intervenir en aquellos sectores en los que el sector privado carezca de interés o le resulte imposible". Lazarte (2003) p. 82.

realizar subsidiariamente actividad empresarial y autorizado por ley expresa, lo cual se desprende de una lectura sistemática de sus artículos 59° a 61°<sup>2</sup>.

En tal sentido, el Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 757, *Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada*, señala expresamente que la libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con el respeto a la libre iniciativa privada y empresarial, así como con las políticas de competencia consagradas en la Constitución Política y la legislación de la materia<sup>3</sup>.

De este modo, la libre competencia se constituye como un bien jurídico cuya promoción y protección resultan absolutamente necesarios para que, en mérito a la competencia, los agentes económicos asignen de la manera más eficiente los recursos, reflejándose ello en la colocación de los respectivos productos y servicios en el mercado bajo las mejores condiciones a favor de los consumidores o usuarios<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Constitución Política de 1993.

“Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

“Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

“Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios...”.

<sup>3</sup> Decreto Legislativo N° 757. “Artículo 4°.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”.

<sup>4</sup> Según Alonso, la participación del Estado en el mercado como agente regulador del mismo, puede producirse en tres planos: (i) promoviendo la introducción de competencia en sectores regulados (política de liberalización o desregulación); (ii) estableciendo un conjunto de normas que garanticen una competencia suficiente (ordenamiento de la competencia); y, (iii) desarrollando una política activa de defensa de la competencia (política de competencia). En tal sentido, los dos últimos planos, referidos a la expedición de normas que regulen la competencia y a la consecuente protección y defensa de la misma, pueden conseguirse mediante dos sistemas normativos: “...El Sistema regulador de la libertad de competencia,

Esta eficacia implicará una reducción de los precios, mejoras tecnológicas, perfeccionamiento de la calidad de los productos y sofisticación de los servicios, entre otras ventajas<sup>5</sup>.

Por tal motivo, la libre competencia comprende dos premisas elementales: la primera consiste en que todas las personas tienen el derecho de competir, concurriendo en el mercado para ofertar sus productos o servicios, en base a la libertad de empresa consagrada constitucionalmente; la segunda consiste en que todos los agentes económicos que concurren en el mercado tienen el deber de competir, esto es, desarrollar sus actividades económicas de manera independiente y sin restringir, limitar o distorsionar el mercado, mediante actos o conductas anticompetitivas.

En el caso del Perú, la libre competencia se encuentra regulada y protegida de manera específica en el Decreto Legislativo N° 1034, *Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas* (en adelante, el “DL 1034”), el mismo que entró en vigencia con fecha 25 de julio de 2008, derogando expresamente al Decreto Legislativo N° 701, *Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia* (en adelante, el “DL 701”). Esta norma identifica principalmente dos (2) tipos de actos anticompetitivos en que pueden incurrir los agentes económicos: (i) el abuso de posición de dominio, y (ii) las prácticas colusorias, pudiendo ser éstas, a su vez, horizontales o verticales.

---

*que comprende un grupo de normas cuya finalidad es sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores económicos que impiden la existencia de competencia en el mercado (legislación antitrust). Y el Sistema regulador de la competencia desleal, que comprende un conjunto de normas destinadas a sancionar aquellas conductas que atentan contra la corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado (legislación sobre competencia desleal). Lo que sucede en definitiva, es que la competencia es un bien que el Derecho viene a tutelar desde la doble vertiente de la libertad y de la lealtad”. Alonso (1999) p. 244.*

<sup>5</sup> Sobre el particular, Bercovitz opina lo siguiente: “El hecho es que hoy se considera, al menos en los países más desarrollados, que la economía de mercado basada en la libre competencia es el sistema más eficiente para la asignación de los recursos y, consecuentemente el que mejor sirve para el aprovechamiento de tales recursos y para impulsar el desarrollo económico. Un sistema de economía de mercado basado en la libre competencia implica, en primer lugar, el libre acceso al mercado de quienes quieran operar en él, es decir, que no debe haber barreras que impidan la aparición de nuevas empresas dedicadas a una determinada actividad. En segundo lugar, y supuesta la existencia de una pluralidad de operadores económicos en el mercado, la libre competencia exige que todos ellos estén sujetos a las mismas reglas y actúen independientemente entre sí tratando de esforzarse en captar a la clientela por las ventajas inherentes a las prestaciones que ofrecen”. Bercovitz (2002) pp. 285-286.

En primer lugar, el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que tiene posición dominante en el mercado<sup>6</sup>, actúa de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores –reales o potenciales, directos o indirectos–, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio.

Los actos de abuso de posición de dominio recogidos en esta legislación son la negativa injustificada de venta o de compra, la discriminación injustificada de condiciones comerciales entre competidores, las cláusulas de atadura, la obstaculización injustificada de la entrada o permanencia de un competidor en una asociación u organización de intermediación, la suscripción de contratos de exclusividad y de cláusulas de no competencia injustificadas, la interposición abusiva de acciones legales contra competidores, la incitación a terceros a no proveer bienes o prestar servicios o a no aceptarlos y otros actos de efectos equivalentes<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> DL1034. “Artículo 7º.- De la posición de dominio en el mercado.

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita”.

Según Waelbroeck y Frignani, se entiende por Posición de Dominio: “Cuando una empresa es capaz de ejercer una influencia preponderante en el mercado, ello significa que puede actuar sin necesidad de tener en cuenta las reacciones de sus competidores, mientras que éstos deben tener en cuenta las suyas. Por tanto, esa empresa queda sustraída a una competencia efectiva. En ambos casos, el factor decisivo es la falta de presión competitiva, que tiene como consecuencia que la competencia no juegue su papel regulador en el mercado”. - 3 Waelbroeck y Frignani (1997) p. 306.

<sup>7</sup> DL1034. “Artículo 10º.- El abuso de la posición de dominio.

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

En otras palabras, existirá abuso de posición de dominio cuando una empresa se exceda en el ejercicio de su poder de mercado, aprovechando que su posición dominante en el mismo le permite prescindir de la reacción de sus competidores o de sus clientes, de tal manera que obtengan beneficios por la implementación de la conducta comercial abusiva y, a su vez, generen perjuicios a dichos competidores<sup>8</sup>.

Resulta importante resaltar que según lo establecido expresamente por la legislación de libre competencia<sup>9</sup>, lo sancionable no consiste en ostentar posición de dominio en el respectivo mercado, sino el abuso en el que puede incurrir el agente económico dominante, a efectos de obtener beneficios y causar perjuicios a los demás agentes económicos competidores<sup>10</sup>.

---

*a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;*

*b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;*

*c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*

*d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;*

*e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;*

*f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;*

*g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,*

*h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.*

*10.3. La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.*

*10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.*

*10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales”.*

<sup>8</sup> Sobre la figura del Abuso de Posición de Dominio, ver: Pascual y Vicente, Julio (2005) pp. 455; Cabanellas (2005) p. 177; Pellisé (2002) p.109.

<sup>9</sup> DL1034. “Artículo 7º.- De la posición de dominio en el mercado.(...)”

*7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita”.*

<sup>10</sup> Según Bullard: “...siguiendo la tendencia moderna, aceptada casi universalmente, no se

En cuanto al ámbito subjetivo de la figura, cabe indicar que el abuso de posición de dominio puede ser desplegado sólo de manera individual, es decir, por una sola empresa, a diferencia de la normativa precedente, es decir, el DL 701, cuyo Artículo 5º contemplaba la posibilidad de considerar la existencia de un abuso de posición de dominio ejercido por dos o más empresas, como sería el caso de los duopolios o estructuras de mercado altamente concentradas<sup>11</sup>.

En cuanto al ámbito objetivo de la figura comentada, debemos señalar que el abuso de posición de dominio puede presentarse mediante dos tipos de prácticas: (i) exclusorias; o, (ii) explotativas. Las prácticas exclusorias son aquellas modalidades de abuso de posición de dominio dirigidas a afectar a los competidores actuales o potenciales, a fin de dificultar su permanencia o ingreso al mercado, respectivamente. En este supuesto, la exclusión de competidores no se consigue mediante un desempeño eficiente de la empresa dominante, sino a través de un comportamiento anticompetitivo. Por su parte, las prácticas explotativas son aquellas modalidades de abuso de posición de dominio que representan el ejercicio directo del poder de mercado que posee la empresa dominante, generalmente elevando sus precios por encima del nivel de competencia. Esta conducta no tiene por objeto excluir a los competidores, sino, por lo general, extraer directamente el excedente de los consumidores o usuarios, mediante el establecimiento de precios mayores y menores

---

*considera como infracción la situación dominante en sí misma, sino el abuso que se haga de ella. Se renuncia así a establecer la razonabilidad del monopolio, es decir, a determinar si estamos ante un monopolio bueno o un monopolio malo. Se acepta el monopolio, y en general la concentración de poder económico como un hecho que puede ser producto del propio sistema de competencia. Sólo se prohíbe el abuso de tal posición. No hay que confundir el uso de la posición con el abuso de la posición. Una empresa de ciertas dimensiones, con una inversión importante de capital y con una participación importante en el mercado puede tener una serie de ventajas para competir con otras empresas que no gozan de tal posición. Mientras el uso de su posición sea utilizado para generar eficiencia y con ello un mayor bienestar para los consumidores, dicho uso no debería ser cuestionado". Bullard (2003). p. 699.*

<sup>11</sup> DL701. "Artículo 5º.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. (...)".

niveles de producción<sup>12</sup>. Cabe advertir que la actual legislación de libre competencia sólo contempla como conducta anticompetitiva a las prácticas exclusorias<sup>13</sup>.

Asimismo, conviene advertir que la evaluación de todo caso de presunto abuso de posición de dominio, está conformado por tres (3) etapas: (i) la determinación del mercado relevante, que involucra tanto el mercado de producto o servicio, analizando si éste cuenta o no con sustitutos, así como del mercado geográfico, delimitando el territorio abarcado por el supuesto acto anticompetitivo<sup>14</sup>; (ii) la determinación de la posición de dominio dentro del respectivo mercado relevante, esto es, si el investigado cuenta con poder de mercado en el mismo que le permita actuar con prescindencia de sus competidores y/o consumidores; y, (iii) la determinación de

---

<sup>12</sup> Según Bellamy y Child, *“Las acciones del tipo prohibido por el artículo 86 [del Tratado de Roma – Abuso de Posición Dominante] pueden clasificarse en dos clases de conductas distintas aunque parcialmente superpuestas:*

- a) Conducta cuyo efecto económico sea reducir aún más o impedir una competencia efectiva en el Mercado Común o una parte sustancial del mismo.
- b) Conducta que es desleal o no razonable hacia aquellas personas que dependen de la empresa dominante para el suministro, o compra de los bienes o servicios de que se trate”.  
(Agregado nuestro).

Bellamy y Child, (1992) p. 532.

Por su parte, Waelbroeck y Frignani señalan que: *“... el artículo 86 [del Tratado de Roma – Abuso de Posición Dominante] presenta un carácter híbrido: permite intervenir tanto contra los comportamientos que persiguen obstaculizar el acceso de terceros al mercado o su eliminación del mercado (...), como contra aquellos mediante los cuales la empresa dominante explota su poder en detrimento de los proveedores o los usuarios”*. Waelbroeck y Frignani (1997) p. 357.

<sup>13</sup> DL1034. *“Artículo 10º.- El abuso de la posición de dominio.*

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

(...).”

<sup>14</sup> DL1034. *“Artículo 6º.- El mercado relevante.*

6.1. *El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.*

6.2. *El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.*

6.3. *El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes”*.

la existencia o no de abuso, es decir, si el investigado efectivamente desplegó en el mercado relevante la presunta conducta anticompetitiva<sup>15</sup>.

En segundo lugar, las prácticas colusorias se producen cuando dos o más agentes económicos se ponen de acuerdo expresa o tácitamente para desplegar una conducta que tenga como objeto o efecto distorsionar el mercado, restringiendo, impidiendo o falseando la libre competencia. Es decir, se trata conductas que involucran un comportamiento conjunto –como si fueran una sola– que elimina la competencia efectiva entre ellas, obteniendo como resultado un beneficio económico, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la fijación de precios. También estas prácticas colusorias pueden obstaculizar la permanencia de competidores incumbentes o el ingreso de potenciales competidores entrantes en el mercado, como ocurre, por ejemplo, en el caso del boicot o la discriminación. De este modo, los agentes económicos concertadores obtienen beneficios económicos o estratégicos por motivos ajenos a una mayor eficiencia económica<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Como señala Pascual y Vicente: “...para poder establecer que existe abuso de posición de dominio es necesario realizar previamente un análisis de tres etapas sucesivas cuyo orden es el siguiente: 1º) Determinar el mercado relevante; 2º) Evidenciar que los operadores económicos implicados en la conducta examinada disponen de una posición de dominio en el mercado relevante previamente definido. 3º) Constatar que dichos operadores han abusado de su posición dominante en el mercado”. Pascual y Vicente (2005) p. 43.

<sup>16</sup> A nivel jurisprudencial sobre las Prácticas Colusorias, ver: Resolución N° 276-1997/TDC, emitida por la Sala de Competencia con fecha 19 de noviembre de 1997, en los seguidos de oficio por la Comisión de Libre Competencia vs. Asociación Peruana de Avicultura y otras (Exp. N° 029-1996-CLC); Resolución N° 0171-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Competencia con fecha 23 de mayo de 2003, en los seguidos por Agencia Marítima de Barcos S.A. vs. Asociación Peruana de Prácticos Marítimos y otros (Exp. N° 008-2001-CLC); Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Competencia con fecha 16 de junio de 2003, en los seguidos de oficio por la Comisión de Libre Competencia vs. Asociación Peruana de Empresas de Seguros – APESEG y otros (Exp. N° 004-2002-CLC); Resolución N° 0366-2005/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Competencia con fecha 5 de septiembre de 2003, en los seguidos por Julio Antonio del Pozo Valdez vs. Colegio de Notarios de Lima (Exp. N° 003-2002-CLC); y, Resolución N° 0732-2005/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Competencia con fecha 1 de julio de 2005, en los seguidos por Representaciones Tecnimotors E.I.R.L. vs. Luz del Sur S.A.A. (Exp. N° 014-2004-CLC).

Al respecto, Galán Corona opina lo siguiente: “Si el tema central del presente trabajo está constituido por los convenios, decisiones y conductas conscientemente paralelas de donde nacen las prácticas colusorias que prohíbe el artículo 1 LPR, lógico es que se trate de resaltar, siquiera sea de un modo somero, los rasgos y peculiaridades que en nuestro ordenamiento presenta la mencionada prohibición. De este modo nos situaremos en condiciones de examinar posteriormente y de un modo individualizado cada una de esas tres fuentes, origen de las prácticas colusorias. La prohibición de dichas prácticas está recogida en el art. 1 LPR. En el apartado 1 de dicho precepto se declaran ‘prohibidas las prácticas surgidas de convenios,

La casuística ha permitido concluir que existen diferentes tipos de conductas a través de las cuales pueden implementarse las prácticas colusorias: (i) acuerdos, consistentes en pactos que son acreditados mediante pruebas directas, es decir, evidencia material reflejada en documentos tangibles o físicos que recogen el pacto en cuestión<sup>17</sup>; (ii) decisiones, consistentes en directivas de carácter vinculante emitidas al interior de una asociación, gremio o entidad similar que agrupe a agentes económicos competidores<sup>18</sup>; (iii) recomendaciones, consistentes en directivas de

---

*decisiones o conductas conscientemente paralelas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional”. Esta prohibición de las prácticas se completa en el apartado 2 del mismo art. 1 LPR mediante la declaración de nulidad ‘como contrarios a la Ley y al orden público, de los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las prohibidas en el apartado anterior’. Del tenor de este precepto se infiere que las prácticas que dicho artículo prohíbe están caracterizadas por las siguientes notas: - Son prácticas que derivan de convenios entre empresas, de decisiones de todo tipo de uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas o de conductas conscientemente paralelas de las empresas; - Tales prácticas tienen por objeto o producen el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional”. Galán Corona (1977) pp. 115-116.*

A nivel doctrinario sobre las Prácticas Colusorias, ver también: Coloma, Germán (2003) p. 80; Nihoul (2005) p. 69; Carbajales y Marchesini (2002) p. 99.

<sup>17</sup> Sobre el concepto de “Acuerdo”, la Sala de Competencia ha establecido lo siguiente: “*Al respecto, la palabra “acuerdo” no se refiere exclusivamente a contratos como fuente de obligaciones sino más bien a todo un género de actos en los que una de las partes se obliga a limitar su libertad de acción respecto a la otra, con la finalidad última de restringir la competencia*”. Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Competencia con fecha 16 de junio de 2003, en los seguidos de oficio por la Comisión de Libre Competencia vs. Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros (Exp. N° 004-2002-CLC).

Asimismo, Bellamy y Child indican lo siguiente: “*La palabra “acuerdo” en el artículo 85,1 no se limita a contratos vinculantes en derecho. Tal como ha señalado la Comisión ‘es suficiente que una de las partes voluntariamente se obligue a limitar su libertad de acción en relación con la otra’. Un compromiso vinculante sólo moralmente es por tanto un ‘acuerdo’ en el sentido del artículo 85,1. Tal acuerdo puede ser escrito u oral, y puede ser inferido de todo tipo de circunstancias. Por otra parte, si las partes establecen unos acuerdos informalmente para restringir la competencia entre ellas, incluso si éstos no son legal ni moralmente vinculantes, pueden dar lugar a una ‘práctica concertada’. Una serie de acuerdos conexos pueden ser interpretados en su conjunto como un solo acuerdo*”. Bellamy y Child (1992). p. 79.

<sup>18</sup> Sobre el concepto de “Decisión”, la Sala de Competencia ha establecido lo siguiente: “*De otro lado, una “decisión” se refiere tanto a las reglas de la asociación de empresas de que se trate, como a las decisiones que vinculan a sus miembros. El término “decisión” incluye también a las recomendaciones de las asociaciones de empresas dirigidas a sus miembros*”. Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Competencia con fecha 16 de junio de 2003, en los seguidos de oficio por la Comisión de Libre Competencia vs.

carácter orientativo emitidas al interior de una asociación, gremio o entidad similar que agrupe a agentes económicos competidores<sup>19</sup>; o, (iv) prácticas concertadas, consistentes en pactos que son acreditados mediante pruebas indirectas, es decir, que se infieren a partir de indicios o presunciones<sup>20</sup>. Estas últimas se suelen desprender del análisis que parte de la evaluación de paralelismos o convergencias<sup>21</sup>,

---

Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros (Exp. Nº 004-2002-CLC).

Asimismo, Pascual y Vicente indica lo siguiente: *“Son las determinaciones que toman las asociaciones empresariales. Como éstas son entes de naturaleza colectiva, sus resoluciones equivalen, en principio, a acuerdos entre sus miembros. Cuando estas decisiones tienen por objeto o efecto, o pueden tener como efecto, impedir, falsear o restringir la competencia, en todo o en parte del mercado nacional, constituyen conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley española de Defensa de la Competencia. Cuando pueden afectar al comercio entre los Estados miembros, las prohíbe de manera expresa el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, que las declara incompatibles con el mercado común. La prohibición pesa sobre estas conductas colusorias de las asociaciones empresariales tengan éstas o no ánimo de lucro (...) Se considera que es también una decisión no vinculante de una asociación de empresas, que afecte a la competencia...”*. Pascual y Vicente (2005) p. 184.

<sup>19</sup> Sobre el concepto de “Recomendación”, Pascual y Vicente indica lo siguiente: *“En materia de competencia, este término se emplea para designar a la sugerencia concerniente a la conducta comercial que una empresa o una asociación de empresas hace a otra empresa o empresas, que éstas no se ven obligadas a cumplir. Si la recomendación es individual, es decir, procede de una empresa, no constituye transgresión alguna de la legislación de defensa de la competencia. Sin embargo, si se trata de una recomendación colectiva, o sea que quien la hace es una asociación de empresas, y la sugerencia tiene por finalidad o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, constituye una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y, en su caso, por el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea”*. Pascual y Vicente (2005) p. 345.

<sup>20</sup> Sobre el concepto de “Práctica concertada”, la Sala de Competencia ha establecido lo siguiente: *“La inclusión de ‘prácticas concertadas’ en el artículo 85.1 [del Tratado de la Comunidad Europea], tiene por objeto incluir en el ámbito del Tratado la cooperación informal entre empresas, que no se caracteriza por ningún acuerdo o decisión formal. Esta cooperación informal infringirá el artículo 85.1 si afecta de manera significativa la competencia y el comercio entre Estados miembros. Finalmente, una ‘práctica concertada’ hace referencia a toda ‘cooperación informal entre empresas, que no se caracteriza por ningún acuerdo o decisión formal’. Un elemento muy importante –pero no suficiente– para la prueba de las prácticas concertadas es la existencia de una conducta paralela en el mercado”*. Resolución Nº 0224-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Competencia con fecha 16 de junio de 2003, en los seguidos de oficio por la Comisión de Libre Competencia vs. Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros (Exp. Nº 004-2002-CLC).

<sup>21</sup> Sobre el Paralelismo, Bercovitz indica lo siguiente: *“Obsérvese que el simple paralelismo en la actuación de las empresas no implica la existencia de una práctica concertada o de una práctica conscientemente paralela, cuando esa forma de actuar aparece justificada como reacción frente a cambios en el mercado que afectan por igual a todas las empresas participantes en él. (...) En tales casos no hay colusión, por cuanto el paralelismo de la actuación no responde a un entendimiento entre las empresas, sino que es una reacción que incide por igual en los costes de todas ellas. (...) Si se tiene en cuenta que un mercado*

características de mercado que faciliten colusiones (alta concentración de mercado, inelasticidad de la demanda, homogeneidad de productos, entre otros) y Plus Factors o circunstancias adicionales (comunicaciones inusuales entre competidores, conductas irracionales a nivel individual pero racionales económicamente en casos de colusión, entre otros)<sup>22</sup>.

En cuanto al ámbito subjetivo de la figura, nótese que, evidentemente, a diferencia de los casos de abuso de posición de dominio que son de carácter unilateral, cuando estamos frente a prácticas colusorias se requiere necesariamente la intervención de dos o más sujetos o agentes económicos para que exista colusión, es decir, se trata de actos de carácter bilateral o plurilateral.

En cuanto al ámbito objetivo de la figura, las prácticas colusorias pueden ser horizontales o verticales, dependiendo del segmento de mercado o eslabón de la cadena productiva donde desarrollan sus actividades económicas los agentes involucrados. Así, las prácticas colusorias horizontales consisten en aquellos acuerdos adoptados entre agentes económicos que desarrollan sus actividades económicas en el mismo segmento de mercado o eslabón de la cadena productiva, esto es, entre competidores directos<sup>23</sup>, encontrándose identificados sus principales

---

*competitivo tiende, por definición, a expulsar a quienes no ofrecen sus productos o servicios a precio y en condiciones de mercado, se comprende que habrá que considerar que existe una práctica concertada o una práctica conscientemente paralela solamente en los casos en que el entendimiento entre las empresas sea la única explicación razonable para su comportamiento en el mercado". Bercovitz (2002) p 306.*

<sup>22</sup> Según Flint: *"El comportamiento de precios similares en un mercado da lugar a lo que se conoce en la doctrina como paralelismo consciente de precios. En la actualidad las Cortes requieren más que la simple verificación de conductas paralelas para juzgar que los demandados han incurrido en ilegalidad y merecen sanción. La doctrina americana los denomina los plus factors, esto es, la acusación requiere probar que cierto acuerdo tácito o explícito se adoptó por los demandados y que este acuerdo dio lugar al paralelismo consciente de precios. Sin embargo, reconociendo que las concertaciones horizontales de precio no son generalmente explícitas, pues los conspiradores no consignarán por escrito o en documentos, contratos o actas sus acuerdos ilegales". Flint (2002) p. 610.*

<sup>23</sup> Sobre los Acuerdos Horizontales, Odriozola indica lo siguiente: *"El artículo 81CE no se refiere únicamente a cárteles sino también a otros tipos de acuerdos horizontales entre empresas que, aunque en ocasiones restringen o falsean la competencia, tratan de responder a una presión competitiva cada vez mayor y a los cambios del mercado impulsados por la globalización, los avances tecnológicos y la naturaleza cada vez más dinámica de los mercados. En este contexto la cooperación puede ser un modo de compartir riesgos, ahorrar costes, pone en común conocimientos y agilizar la innovación. Concretamente, la cooperación constituye un importante medio de adaptación al mercado para las pequeñas y medianas empresas. (...) Las Directrices indican que para ver si un acuerdo infringe el*

tipos en el Artículo 11° del DL1034<sup>24</sup>. Por su parte, las prácticas colusorias verticales

---

*apartado 1 del artículo 81 CE es preciso tener en cuenta, en primer lugar, su naturaleza. Existen acuerdos que, por su naturaleza, casi nunca entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 CE. Se trata, por lo general, de acuerdos que no implican la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, como la cooperación entre empresas no competidoras, la cooperación entre empresas competidoras incapaces de llevar a cabo por separado la actividad cubierta por la cooperación, o la cooperación frente a una actividad que no influye en os parámetros relevantes de la competencia, salvo que se cree una posición de dominio o la posición de terceras empresas quede afectada de forma significativa. Otros acuerdos, en cambio, por su propia naturaleza, casi siempre entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 CE. Se trata de los acuerdos, tal y como ha sido analizado la Sección anterior, que tienen como objeto la limitación de la competencia y cuyos efectos negativos se presumen. Estos acuerdos están casi siempre prohibidos y es altamente improbable que puedan ser objeto de una exención con base en el apartado 3 del artículo 81 CE. Los acuerdos que no tienen por objeto la limitación de la competencia pueden sin embargo tener efectos restrictivos sobre la misma. No es suficiente con que un acuerdo limite la competencia entre las empresas partícipes, sino que es preciso que el acuerdo pueda afectar la competencia de forma tal que podría producir efectos negativos en los precios, la producción, la innovación o la diversidad y la calidad de los productos". Odrizola (2005) pp. 270-274.*

<sup>24</sup> DL1034. "Artículo 11°.- Prácticas colusorias horizontales.

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

- (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;*
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;*
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;*
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;*
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;*
- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;*
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;*
- (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,*
- (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones*

consisten en aquellos acuerdos adoptados entre agentes económicos que desarrollan sus actividades económicas en diferentes segmentos de mercado o en distintos eslabones aunque de una misma cadena productiva<sup>25</sup>, encontrándose identificados sus principales tipos en el Artículo 12° del DL1034<sup>26</sup>.

---

*diferentes a una mayor eficiencia económica.*

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

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

*11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas”.*

<sup>25</sup> Sobre los Acuerdos Verticales, la Sala de Competencia indica lo siguiente: “La Comisión, al evaluar la naturaleza de los contratos de trabajo celebrados entre Pilot y los prácticos marítimos, señaló que se trataban de “contratos de exclusividad” que tomaban la forma de contratos de distribución exclusiva, en los cuales los prácticos (nivel upstream) prestarían su servicio de practicaje a través de una única empresa administradora de prácticos (nivel downstream), obligándose a no prestar sus servicios a otras empresas administradoras que pudieran requerir contratarlos. Para la Comisión existiría una relación vertical entre los prácticos y la empresa administradora siendo que los denominados “contratos de exclusividad” constituirían una restricción vertical entre dos agentes en diferentes niveles de una cadena de distribución, tal como se observa en el siguiente gráfico”. Resolución N° 0407-2007/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Competencia con fecha 22 de marzo de 2007, en los seguidos De Oficio por la Comisión de Libre Competencia vs. Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros (Exp. N° 005-2002/CLC).

Asimismo, Escudero indica lo siguiente: “...los acuerdos verticales son aquellos que se celebran entre empresas situadas en un nivel diferente de la cadena de producción o distribución, sobre las condiciones en las que las empresas pueden comprar, vender o revender ciertos bienes o servicios. Algunos ejemplos de acuerdos verticales: - Acuerdos de ‘marca única’: inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un producto concreto en un único vendedor; cláusulas de inhibición de competencia, imposición de cantidades de compra mediante incentivos, etc.; -Mantenimiento del precio de reventa: fijación del precio de reventa mediante precios mínimos, máximos o recomendados; -Acuerdos de compartimentación del mercado: limitaciones en el abastecimiento a un comprador de un producto o servicio, acuerdo de compra exclusiva, etc. La Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 sobre Directrices relativas a las restricciones verticales y el Reglamento 2790/99 de exención de restricciones verticales suponen un enfoque más flexible y económico por parte de la Comisión Europea, y al mismo tiempo la concesión a las empresas de una mayor responsabilidad en términos de autoevaluación a la luz del Derecho de la competencia”. Escudero (2002) pp. 85-86.

<sup>26</sup> DL1034. “Artículo 12°.- Prácticas colusorias verticales.

*12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones*

Ahora bien, una vez revisados los dos tipos de actos anticompetitivos, esto es, el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales, conviene advertir que en el derecho de la competencia, específicamente en la vertiente o sistema normativo de la libre competencia, la autoridad de competencia suele aplicar dos reglas diferentes, dependiendo del supuesto bajo investigación, a efectos de evaluar y sancionar los presuntos actos anticompetitivos comprendidos en los géneros de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias, a saber: la *regla per se* o la *regla de la razón*, ambas provenientes de los criterios jurisprudenciales elaborados por las cortes norteamericanas<sup>27</sup>.

---

*o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.*

*12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.*

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

*12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas”.*

<sup>27</sup> La Regla Per Se proviene esencialmente de los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema norteamericana en los casos *United States vs. Trenton Potteries Co.* (1927) y *United States vs. Socony Vacuum Oil Co.* (1940). En el caso de la Regla de la Razón, diversos autores coinciden en señalar que fue aplicada por las Cortes norteamericanas con anterioridad a la Regla Per Se, a manera de interpretación de la Sherman Act del 2 de julio de 1890.

Así, Fernández-Nóvoa enseña lo siguiente: “*El entroncamiento de la Sherman Act con el Common Law explica que la misma sea sumamente dúctil y en alto grado permeable a las sucesivas corrientes del pensamiento político económico. La consecuencia de ello es que la aplicación e interpretación jurisprudencial de la Sherman Act no haya sido uniforme en los cien años que la Ley de 1890 tiene de vida. Antes al contrario, en la vida ya relativamente larga de la Sherman Act cabe diferenciar cuatro etapas sucesivas. La primera que se extiende desde 1890 a 1910, se caracteriza por el predominio de una interpretación literal y una cierta confusión ante la ausencia de guías y pautas básicas. La segunda etapa que se extiende desde 1911 a 1940, se caracteriza porque la interpretación literal cede paso al método interpretativo del análisis económico o rule of reason. La tercera etapa que se extiende desde 1940 a 1970, se caracteriza porque la aplicación de la Sherman Act se apoya en la teoría económica del oligopolio que desemboca en un retroceso de la rule of reason frente a la presunción de que ciertas prácticas anticompetitivas son per se ilícitas. La cuarta etapa que se extiende desde 1970 hasta nuestros días, se caracteriza, por el predominio ascendente de la Chicago School que preconiza la supremacía de una rule of reason basada en la teoría económica de la eficiencia”.* Fernández Novoa (1990) p. 676.

Por su parte, Escudero precisa lo siguiente: “*Debemos hacer una breve referencia a la situación de la economía norteamericana a finales del siglo XIX, entonces dominada por los trusts. El legislador intervino para limitar o prohibir la libertad de pactos entre competidores,*

Según la regla per se algunos acuerdos anticompetitivos deben considerarse ilegales por sí mismos, de manera objetiva, absoluta y automática, sin importar su idoneidad o no, o si produjeron o no efectos perjudiciales en el mercado, motivo por el cual siempre serán sancionables. En otras palabras, bajo la regla per se ciertos acuerdos anticompetitivos en la modalidad de, por ejemplo, concertación de precios, revisten un carácter ilegal inherente debido a que no puede esperarse del mismo efecto beneficioso alguno, sino únicamente perjuicios para la competencia. Por este motivo, la autoridad de competencia puede prescindir de cualquier evaluación sobre su idoneidad o no, lo que equivale a descartar argumentos o medios probatorios de la defensa, destinados a justificar el acuerdo en virtud a su racionalidad u otros criterios<sup>28</sup>.

Como puede apreciarse, la regla per se posee una naturaleza simplificadora de la labor de la autoridad de competencia, pues la libera de ingresar al campo del entendimiento de las motivaciones de las empresas involucradas en el acuerdo, toda vez que parte de una premisa que establece, prima facie, que la concertación de precios es ilegal y perjudicial por donde se la mire y, asimismo, de la dificultad que reviste la recolección de pruebas que demuestren la efectiva realización del acuerdo anticompetitivo, pues los agentes involucrados procuran eliminar rastro alguno. La adopción de esta regla puede resultar tentadora para la autoridad de competencia, no sólo por la simplificación de sus funciones, sino también por los costos que le demandaría analizar la racionalidad de cada caso puesto en su conocimiento.

En contraste, la regla de la razón se opone en esencia a la regla per se, pues no juzga de manera automática a una concertación de precios como ilegal, sino que analiza la razonabilidad de la práctica, es decir, si la misma afecta o no la eficiencia y la competencia o, en todo caso, si la práctica es beneficiosa para éstas. En otras

---

*y así nació la Ley Sherman o Sherman Act de 2 de julio de 1890, que declaró ilegal “todo contrato, asociación o forma de trust o de otra índole, o conjura que restrinja el tráfico mercantil o el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras”. El Tribunal Supremo Americano interpretó el tenor del literal de esta Ley aplicando la rule of reason, o regla de “lo razonable”, lo cual le permitió admitir ciertos pactos, que aun siendo restrictivos de la competencia, eran positivos en términos generales para la economía”. Escudero (2002) pp. 25-26.*

<sup>28</sup> Sobre el particular, Bullard y Falla señalan que: “En las llamadas legislaciones antimonopolios o legislaciones de promoción de la libre competencia se suelen usar dos tipos de reglas. El primer tipo son las infracciones sujetas a la “regla per se” y que determinan que una práctica es ilegal por la simple realización de su conducta, sin necesidad de evaluar para determinar su ilegalidad las posibilidades de que la regla pueda afectar realmente la competencia”. Bullard, Alfredo y Falla, Alejandro (2002) p. 216.

palabras, bajo la regla de la razón no se considera que una determinada conducta (por ejemplo, la concertación de precios) sea inherentemente ilegal, sino que la autoridad de competencia debe analizar la razonabilidad de la práctica, desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia, así como determinar si sus efectos fueron apreciables en el mercado<sup>29</sup>.

Asimismo, como puede apreciarse, el acogimiento a la *regla de la razón* recarga la labor de la autoridad de competencia y seguramente incrementa los costos de investigación, así como el tiempo que debe invertirse en resolver los casos puestos a su conocimiento, pero como contrapartida protege un principio de justicia que se contrapone a la calificación automática de un acto como ilegal sin analizar sus motivaciones o impacto en el mercado.

Conviene precisar que ambas reglas, a pesar de resultar contrarias en cuanto al criterio de evaluación de los actos anticompetitivos, persiguen la protección de un bien jurídico común, la competencia, y es por ello que pueden ser aplicadas en un mismo sistema normativo, siempre que éste lo permita. Lógicamente la coexistencia de ambas reglas en un mismo régimen de competencia, se materializa a través de

---

<sup>29</sup> Según Bullard: *“Una primera posibilidad es aceptar las prácticas razonables, es decir, aquellas que si bien pueden aparecer, a primera vista, perjudiciales a la competencia, no pueden, dadas las circunstancias, generar ni proteger un monopolio ni distorsionar los mecanismos de competencia. (...) Este criterio es conocido como the rule of reason o la regla de la razón en la jurisprudencia y doctrina norteamericanas. Se analiza, entonces, si es razonable o no que la práctica tenga un efecto anticompetitivo dadas las circunstancias. Se va, entonces, a un análisis caso por caso. Sin embargo, en muchas circunstancias el análisis de la razonabilidad de una práctica es algo sumamente amplio y costos. Por ejemplo, saber si la concertación entre un conjunto de competidores sobre los niveles de precios tendrá éxito, puede ser muy difícil de evaluar”*. Bullard (2003a) p. 656.

Por su parte, Pascual y Vicente define a la regla de la razón de la siguiente manera: *“Este término anglosajón se traduce con frecuencia al castellano por “regla de razón”, cuando más respondería a su esencia traducirlo por “regla de lo razonable”. Tiene su origen en la actitud equitativa de algunos jueces norteamericanos que, ante las aberraciones a que conducía a veces el principio indiscriminadamente prohibitorio de la Sherman Act, decidieron aplicar ésta desde la consideración de lo que era razonable de acuerdo con las circunstancias que rodeaban el caso. Hoy, el término se utiliza de manera general en Derecho de la Competencia para expresar la disposición en que se coloca una autoridad o un juez competentes en materia de competencia cuando, para pronunciarse sobre la prohibición de una práctica en principio restrictiva, antes examina y hace un balance de los aspectos favorables y desfavorables que genera la práctica, desde el punto de vista de la competencia y también de la eficiencia. La rule of reason se opone, así, al principio de ilegalidad absoluta y automática de ciertas prácticas, y se justifica en el hecho de que ciertas prácticas, a primera vista restrictivas, pueden ser juzgadas, después de un amplio examen, beneficiosas desde el punto de vista de la eficiencia y de la competencia”*. Pascual y Vicente (2005) pp. 359-360.

la regulación de supuestos distintos, ya que la aplicación de ambas a un mismo supuesto resultaría contraproducente y, al mismo tiempo, confuso. En efecto, ello implicaría que no exista una regla clara que pueda transmitir como mensaje la autoridad de competencia a los agentes económicos de mercado<sup>30</sup>.

Lo anterior, es lamentablemente lo que ocurrió durante la vigencia del DL 701 respecto a las prácticas colusorias en la modalidad de concertación de precios. En efecto, como esta norma no indicaba de manera expresa si la concertación de precios se debía analizar bajo la *regla per se* o bajo la *regla de la razón*, el INDECOPI emitió al amparo de dicha norma pronunciamientos contradictorios entre sí. Así, en una primera etapa que va desde 1997 hasta 2002, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante, la “Sala de Competencia”) estableció en el denominado “Precedente de las Empresas Avícolas” que bastaba únicamente acreditar la existencia del acuerdo de concertación de precios para sancionar a los denunciados por conducta anticompetitiva, sin importar si el mismo fue ejecutado en el mercado causando efectos perjudiciales o si éste era razonable. Es decir, se consagró la aplicación de la *regla per se* para evaluar los actos de concertación de precios<sup>31</sup>. Sin embargo, en esta misma etapa el INDECOPI no se rigió sólo por la aplicación de la regla *per se* para los casos de concertación de precios, sino que también aplicó la regla de la razón a través del denominado “Precedente Terminales”, el

---

<sup>30</sup> Sobre el particular, Bullard señala lo siguiente: “*Ambas reglas pueden ser aplicadas dentro de un mismo sistema. (...) Estos dos tipos de reglas deben aplicarse a supuestos distintos. La regla per se debe aplicarse cuando no aparece ningún efecto positivo de la conducta y, sin embargo, sí aparecen posibles perjuicios a la competencia que justifican la intervención. Al no haber ventajas aparentes, los perjuicios ocasionados por un error desaparecen y se simplifica el control por la autoridad. Por el contrario, cuando exista la posibilidad de daños al mercado que puedan destruir eficiencia de producirse un error, es mejor aplicar la regla de la razón, de manera que nos permita analizar la conveniencia o no de prohibir o sancionar una práctica*”. Bullard (2003a) p. 657.

<sup>31</sup> La Sala de Competencia señaló lo siguiente: “*5.3 De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción, deben sancionarse de acuerdo a la regla “per se”. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se le debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir los efectos perjudiciales mencionados*”.

Resolución N° 276-97-TDC, emitida por la Sala de Competencia con fecha 19 de noviembre de 1997 y publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 27 de noviembre de 1997, en los seguidos de oficio por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI vs. Asociación Peruana de Avicultura y otras (Exp. N° 029-1996-CLC).

cual precisaba que sólo serían evaluados y sancionados bajo la regla per se los acuerdos de concertación de precios “desnudos o puros” (*naked cartels*), es decir, aquellos que tuviesen como objetivo y efectos únicos y esenciales restringir la competencia. Según este pronunciamiento, aquellos acuerdos que fuesen “accesorios o complementarios” (*ancillary restrictions*) a una integración o asociación adoptada por competidores para lograr una mayor eficiencia de la respectiva actividad productiva, serían analizados bajo la regla de la razón<sup>32</sup>. No obstante, posteriormente, en una segunda etapa, a partir del año 2003, la Sala de Competencia dejó sin efecto estos criterios y mediante el denominado “Precedente SOAT” estableció que, si bien la concertación de precios era una conducta por sí misma reprochable, ésta debía ejecutarse en el mercado para

<sup>32</sup> La Sala de Competencia señaló lo siguiente: “*Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán per se ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.*

*Si, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:*

- i. Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;
- ii. Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;
- iii. Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal”.

Resolución N° 206-97-TDC, emitida por la Sala de Competencia con fecha 13 de agosto de 1997 y publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de noviembre de 1997, en los seguidos por Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. – CIVA vs. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. (Exp. N° 0077-95-CLC).

ser sancionable<sup>33</sup>, pudiendo incluso quedar exenta de reproche y sanción si la conducta tenía más beneficios que perjuicios para el mercado<sup>34</sup>, es decir, se

<sup>33</sup> Este nuevo criterio que exige que el acuerdo sea ejecutado en el mercado para ser sancionable, es decir, que haya sido efectivo, provendría, curiosamente, de la propia jurisprudencia norteamericana. Sobre el particular, De León advierte lo siguiente al comentar el caso *United States vs. Trenton Potteries Co.*: “...es muy interesante la puerta que dejó abierta la Corte Suprema al destacar que para ser considerado per se ilegal, el acuerdo de precios está condicionado a que “sea efectivo”. Esta sería una cuestión que a la larga demostraría ser decisiva, en el cambio de actitud de la Corte Suprema en estos casos, al requerir la condición de que los participantes en dichos acuerdos tuviesen poder de mercado a fin de encuadrar la práctica como conducta per se”. Incluso, al comentar el caso *United States vs. Socony Vacuum Oil Co.*, un paradigma de la consagración de la regla per se, De León agrega lo siguiente: “Socony es considerada como la decisión más contundente a favor del principio de ilegalidad absoluta de los acuerdos para fijar precios. No sólo desecha la condición de que las partes posean poder de mercado, sino que se extiende a un rango de prácticas capaces de “alterar la estructura de precios” sumamente flexible. Por esta razón, a partir de ese entonces, comenzó una revisión sobre el principio de ilegalidad per se que no se ha detenido aun. Como observan Sullivan y Harrington, “muchos economistas disienten de la flexibilidad y amplitud de la regla establecida en Socony, así como de las premisas sobre las cuales fue tomada esta decisión. Primero, critican que carece de todo sentido condenar acuerdos entre competidores que carecen de poder de mercado. En este sentido, es importante recordar que los cárteles son condenados porque reducen la producción por debajo de los niveles de competencia e incrementan el precio por encima del costo marginal. El poder de mercado es un criterio para determinar si los competidores tienen la capacidad para alcanzar estos resultados. Si no ha poder de mercado, la producción de la industria no se reducirá, incluso si los miembros del cártel restringen su propia producción, porque otras firmas en el mercado incrementarán su producción, como respuesta a la acción del cártel. Así, en ausencia de poder de mercado con el cual hacer cumplir la limitación en la producción, los precios no se incrementarán. Muchos economistas concluyen que sin el requisito de poder de mercado, el acuerdo no es de fijación de precios. Por tanto, no debería estar sujeto a un criterio de licitud absoluta o per se”. Pero además, la regla de Socony tiene el inconveniente de hacer imposible que los demandados puedan presentar evidencia que justifique la realización de tales acuerdos, por razones pro-competitivas. Según estos autores, en algunos casos, por tanto, la regla per se puede crear un freno excesivo que puede impedir la competencia creativa”. De León, Ignacio (2003).

<sup>34</sup> La Sala de Competencia señaló lo siguiente:

“1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta se 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 N° 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 N° 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.

consagró una suerte de regla de la razón, aunque relativizada, debido a que exigía que la conducta se implementase en el mercado para ser sancionable, lo cual no se encuentra recogido por la doctrina que respalda el uso de dicho criterio<sup>35</sup>.

Precisamente con la finalidad de evitar un posible escenario de ambigüedad jurisprudencial respecto de la regla bajo la cual deberían analizarse las conductas anticompetitivas, el legislador ha consagrado y definido de manera expresa en el DL 1034 a la regla per se bajo la denominación “prohibición absoluta”, de conformidad con su Artículo 8<sup>o</sup><sup>36</sup>, así como a la regla de la razón bajo la denominación “prohibición relativa”, de conformidad con su Artículo 9<sup>o</sup><sup>37</sup>.

---

*3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 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) se aquellas conductas no se convierten 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 N° 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”.*

Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Competencia con fecha 16 de junio de 2003, en los seguidos de oficio por la Comisión de Libre Competencia vs. Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros (Exp. N° 004-2002-CLC).

<sup>35</sup> Sobre el particular, ver: Gagliuffi (2003).

<sup>36</sup> DL1034. “Artículo 8°.- Prohibición absoluta.- En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta”.

<sup>37</sup> DL1034. “Artículo 9°.- Prohibición relativa.- En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores”.

En tal sentido, se ha establecido que todos los casos de abuso de posición de dominio serán analizados bajo la regla de la razón, de conformidad con el Artículo 10.4° del DL1034<sup>38</sup>. Por su parte, se ha establecido que todos los casos de prácticas colusorias horizontales y verticales también serán analizados bajo la regla de la razón, con excepción de los casos conocidos como “hard core cartels”<sup>39</sup>, es decir, aquellas prácticas colusorias horizontales consistentes en acuerdos puros o desnudos celebrados entre competidores, esto es, que tienen como objetivo y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, desplegándose en las siguientes modalidades: (i) Concertación de Precios u otras condiciones comerciales, (ii) Limitación de Producción o Ventas, (iii) Reparto de Clientes, Proveedores o Territorios y (iv) Licitaciones Colusorias. Estos casos, según el DL 1034 serán analizados bajo la regla per se, motivo por el cual bastará acreditar su existencia para ser considerados anticompetitivos y sancionados; todo ello de conformidad con los artículos 11.2°, 11.3° y 12.4° del DL1034<sup>40</sup>.

En conclusión, el derecho de la competencia promueve y protege a la libre competencia como un bien jurídico necesario para que los agentes económicos

<sup>38</sup> DL1034. “Artículo 10°.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.4 Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

(...)”.

<sup>39</sup> En la Exposición de Motivos del DL1034, el INDECOPI se indica lo siguiente: “...foros como la OECD han identificado a las concertaciones de precios, restricciones de oferta, asignación de territorios o clientes, y colusión en licitaciones, como las conductas más claramente anticompetitivas y dañinas. Sobre dichas conductas – denominadas en conjunto Hard Core Cartels – la OECD promueve, y a conseguido de parte de sus miembros, una activa lucha en su contra, la que ha incluido el incremento de las investigaciones, la elevación de las sanciones pecuniarias máximas, el desarrollo de programas de exoneración de responsabilidad (leniency programs), el incremento de las facultades de la agencia de competencia para obtener medios probatorios, entre otros”. p. 23.

<sup>40</sup> DL1034.

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

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

11.3 Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente, constituyen prohibiciones relativas”.

“12.4 Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas”.

asignen de la manera más eficiente los recursos, reflejándose ello en la colocación de los respectivos productos y servicios en el mercado bajo las mejores condiciones a favor de los consumidores. Ello implicará una reducción de los precios, mejoras tecnológicas, perfeccionamiento de la calidad de los productos y sofisticación de los servicios, entre otras ventajas. En efecto, el Derecho de la Competencia combate, principalmente, dos conductas anticompetitivas genéricas: el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias. El abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que tiene posición dominante en el mercado actúa de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores –reales o potenciales, directos o indirectos–, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio. Las prácticas colusorias, por su parte, se producen cuando dos o más agentes económicos se ponen de acuerdo expresa o tácitamente para desplegar una conducta que tenga como objeto o efecto distorsionar el mercado, restringiendo, impidiendo o falseando la Libre Competencia, es decir, que implique un comportamiento conjunto –como si fueran una sola– que elimine la competencia efectiva entre ellas. Las prácticas colusorias serán horizontales cuando se generen entre agentes que compiten directamente entre sí por encontrarse en el mismo eslabón de la cadena productiva, y serán verticales cuando se generen entre agentes que no compiten directamente entre sí por encontrarse en diferentes eslabones de dicha cadena. Las modificaciones introducidas con la Nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal, ha buscado reducir el margen de ambigüedad en la interpretación de qué conductas deberán ser evaluadas a partir de la regla per se y en qué casos deberá emplearse la regla de la razón.

## Referencias

- ALONSO, Ricardo (1999). “Derecho de la Competencia. Introducción y Derecho Comunitario (Capítulo 13)”. En: URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., Tomo I.
- BERCOVITZ, Alberto (2002). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A. – Thompson Company.
- BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham (1992). *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- BULLARD, Alfredo (2003). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, p. 699.

- BULLARD, Alfredo (2003a). “Las políticas de competencia: ¿por qué y para qué?”. En: *“Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales”*. Lima: Palestra Editores.
- BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro (2002). *¡Prohibido prohibir! El fantasma de los precios sugeridos y la fijación de precios de reventa en el Derecho de la Competencia*. En: Lima: Thémis N° 45.
- CABANELLAS, Guillermo (2005). *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Heliasta.
- CARBAJALES, Mariano y MARCHESINI, Dardo (2002). *Teoría y práctica de la defensa de la competencia*. Buenos Aires: Ad – Hoc.
- COLOMA, Germán (2003) p. 80. *Defensa de la competencia: análisis económico comparado*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 80.
- DE LEÓN, Ignacio (2003). *Una nueva perspectiva jurídica y económica de los cárteles de precios*. En: Materiales de Lectura del Seminario “Competencia y Regulación”, realizado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Hernández & Rosselló Abogados el 18 de agosto de 2003.
- ESCUADERO, Alberto (2002). *Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español*. Madrid: Editorial Dykinson.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos (1990). *Un hito en la historia del Derecho de la Competencia: Centenario de la Sherman Act*. En: Actas de Derecho Industrial. Colegio Universitario de Estudios Financieros – Consejo Superior Bancario. Madrid, Tomo 13.
- FLINT, Pinkas (2002). *Tratado de la Libre Competencia. Estudio exegético del D.L. 701*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- GAGLIUFFI, Ivo (2003). *Derecho de la Competencia: ¿Cómo debe evaluarse una concertación de precios según la legislación peruana?* En: Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 60.

- GALÁN CORONA, Eduardo (1977). *Acuerdos Restrictivos de la Competencia*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- HARTWIG, Karl. (1991) “El rol del Estado en la Economía Social de Mercado”. En: *Economía Social de Mercado*. Lima: Universidad del Pacífico.
- LAZARTE, Jorge (2003). *El concepto de Servicio Público en el Derecho Peruano*. En: Lima: Ius et Veritas N° 26.
- NIHOUL, Paul (2005). *Introducción al Derecho de la Competencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ODRIOZOLA, Miguel, Belén IRISSARRY y Begoña BARRANTES, “Prohibición de prácticas colusorias (II): Restricciones Horizontales (2005)” En: AAVV. “Tratado de Derecho de la Competencia”, *Capítulo 5* Barcelona: Editorial Bosch S.A., Tomo I.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio (2005). “Prohibición del Abuso de Posición Dominante”. En: *Tratado de Derecho de la Competencia*. (Director: BENEYTO, José María / Coordinador: MAILLO, Jerónimo). Tomo I. Barcelona: Editorial Bosch, S.A.
- PELLISÉ, Jaime (2002). *La Explotación Abusiva de una Posición Dominante*. Madrid: Civitas.
- WAELEBROECK, Michael y FRIGNANI, Aldo (1997). *Derecho Europeo de la Competencia*. Barcelona: Editorial Bosch, Tomo I.