

# ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES CONTENIDAS EN LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

---

TOMMY DEZA SANDOVAL<sup>♦</sup>

## Resumen

*En este artículo se analiza el alcance y aplicación de la regulación contenida en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas respecto de la definición y tipificación de las prácticas colusorias horizontales, a la luz de la jurisprudencia europea reciente, así como de los casos resueltos por el INDECOPI durante los últimos años. Resulta especialmente importante en este análisis la referencia a conceptos tales como el “single overall agreement” o el criterio aplicado en la Unión Europea a los cárteles que tienen por objeto o efecto restringir la competencia, entre otros aspectos.*

## I. Introducción

Es ampliamente reconocido que la libre competencia genera beneficios para la sociedad.<sup>1</sup> Por un lado, produce eficiencias asignativas (*allocative efficiencies*), lo que significa que los consumidores adquirirán el producto ofertado al menor precio posible según su disposición a pagar; mientras que los ofertantes producirán a ese precio de competencia toda la cantidad que la sociedad requiera. Para el oferente,

---

<sup>♦</sup> Máster en Regulación de Servicios Públicos de Red por la Universidad de Barcelona. Abogado titulado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Estudios en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Asistente Legal de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Ejecutivo 2 de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI. Las opiniones expresadas en este artículo son de responsabilidad exclusiva del autor.

Dedicado a Joanna, por su constante ánimo.

<sup>1</sup> Whish, Richard (2001). *Competition Law*. Cuarta edición. Suffolk-Reino Unido: Editorial Lexis Nexis, p. 3; Goyder, D. G. (2003). *EC Competition*. Cuarta edición. Cornwall-Reino Unido: Oxford University Press, p. 9.

una reducción de la cantidad ofertada simplemente significaría una pérdida, debido a que podría seguir obteniendo beneficios produciendo una unidad adicional si su costo marginal se encuentra por debajo del precio.

Además, la competencia genera eficiencias productivas (*productive efficiencies*), porque los ofertantes buscarán producir los bienes o servicios al menor costo posible. Este tipo de eficiencia traduce un beneficio para la sociedad en su conjunto, toda vez que se destinarán menos recursos en el proceso productivo, lo que se reflejará en un menor costo.

Asimismo, la competencia genera eficiencias dinámicas (*dynamic efficiencies*), pues se espera que los competidores inviertan en investigación y desarrollo para innovar en sus procesos productivos y mejorar la calidad y diferenciación de sus productos con el fin de ganarse las preferencias de los consumidores.

Relacionado con la generación de eficiencias, un mercado competitivo produce otros beneficios sociales, como la democratización del acceso a los mercados. En efecto, desde un punto de vista dinámico, los menores precios derivados de la competencia podrían generar la inclusión en el mercado de ciudadanos que antes no podían acceder por su restricción presupuestaria.<sup>2</sup>

Considerando las eficiencias derivadas de los mercados competitivos, la Constitución Política del Perú ha otorgado una valoración positiva al instituto de la libre competencia, al establecer que el Estado tiene el deber de facilitar y vigilar el libre desenvolvimiento del proceso competitivo en los mercados, para lo que debe orientar su actuación a combatir toda práctica que limite la libre competencia y el abuso de posición dominante.

En esa misma línea, el texto constitucional reconoce la libre iniciativa privada en el marco de una economía social de mercado, en virtud de la cual los agentes económicos tienen el derecho de decidir libremente si concurren (o no) al mercado realizando la actividad económica de su preferencia, y utilizando bienes de capital y mano de obra para la obtención de beneficios económicos.

La libre iniciativa privada y la libre competencia son dos conceptos que se encuentran relacionados recíprocamente. El ejercicio de la primera solo será

---

<sup>2</sup> Véase Fernández, Miguel (2000). *La competencia*. Primera reimpresión. Madrid: Editorial Alianza, pp. 55 y ss.

viable en un contexto competitivo en el cual todos los agentes tengan la libertad de concurrir en el mercado bajo la forma empresarial de su preferencia. La sustancia misma de la segunda implica la existencia de un entorno de rivalidad en el que los agentes económicos tienen libertad de decidir si concurren en el mercado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que si bien las libertades económicas constituyen un límite contra la arbitrariedad e intervencionismo del Estado en los mercados, éste no puede soslayar la función supervisora y reguladora que le compete con el fin de vigilar y corregir las fallas del mercado,<sup>3</sup> en particular aquélla que signifique el ejercicio ilícito del poder de mercado mediante la comisión de conductas anticompetitivas.

Con la finalidad de cumplir con tal encargo constitucional, el Estado ha implementado, en ejercicio de su rol supervisor y regulador, políticas de defensa de la competencia constituidas por dos grandes pilares: (i) el control de estructuras; y, (ii) el control de conductas.

El control de estructuras se refiere a los procedimientos de evaluación previa de las operaciones de concentración empresarial (por ejemplo, fusiones, absorciones, contratos de gerencia, *joint ventures*, constitución de una empresa en común, entre otras) con el propósito de evitar que se concreten actos que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia en los mercados. No obstante la importancia de este tipo de control para la política de competencia, en el Perú éste solo es aplicable al mercado de las actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica.

El control de conductas, por otro lado, se refiere a la investigación, represión y sanción por parte de la agencia de competencia de los actos que constituyan supuestos de abuso de posición de dominio o prácticas colusorias restrictivas de la competencia.

El objeto de este artículo se enmarca precisamente en el ámbito del control de conductas sobre las prácticas colusorias horizontales, en particular en el análisis de las modalidades en que esta clase de prácticas se materializan, a la luz de lo

---

<sup>3</sup> Al respecto, véase Sentencia del 15 de febrero de 2005, recaída en el Expediente 034-2005-AI/TC, y Sentencia del 5 de diciembre de 2006, emitida en el Expediente 01963-2006-AA/TC.

tipificado en el artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por Decreto Legislativo 1034 (en adelante, LRCA).

## II. Las prácticas colusorias

Existe un consenso en la doctrina y en la jurisprudencia comparada respecto de que las prácticas colusorias horizontales son las conductas más perjudiciales para la competencia, debido a que las empresas que forman parte del acuerdo “[...] sustituyen la actuación autónoma en el mercado tratando de obtener el éxito económico en base a la bondad de sus prestaciones, por una actuación coordinada en la que los incentivos para la captación de clientes se ven reducidos, en perjuicio de éstos y de la eficiencia del sistema en general”.<sup>4</sup>

Todo cártel, práctica colusoria o concertación involucra un acuerdo, coordinación o conspiración entre agentes económicos para no competir en un mercado determinado. A través de esta conducta, los competidores se comportarán como si se tratara de una sola empresa con el objeto último de maximizar sus beneficios de manera conjunta, ya sea aumentando precios, reduciendo sus cantidades o capacidad de producción, repartiendo canales de distribución, mercados geográficos, cuotas de producción, clientes, proveedores, entre otras conductas. Toda esta diversidad de comportamientos persigue aumentar las rentas o utilidades de los agentes involucrados en la práctica colusoria a niveles supracompetitivos.

Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas en la LRCA, cuyo artículo 11.1 estipula: “[...] 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 [...]”.

Similar redacción tiene el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,<sup>5</sup> que establece lo siguiente: “[...] serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las

---

<sup>4</sup> Galan, Eduardo (2005). “Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general”. En José María Beneyto Pérez (comp.). *Tratado de Derecho de la Competencia*. Barcelona: Editorial Bosch S.A., p. 174.

<sup>5</sup> El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, modificó el Tratado de la Unión Europea suscrito en Maastricht el 7 de febrero de febrero de 1992 y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea suscrito en Roma el 25 de marzo de 1957.

*decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”.*

Atendiendo al mayor desarrollo y madurez del Derecho de la Competencia comunitario europeo, consideramos pertinente hacer una revisión de su jurisprudencia y doctrina con el propósito de delimitar qué se entiende por “acuerdo, decisiones o prácticas concertadas”, así como la frase “tener por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia”, para así tener una mayor claridad sobre el espectro de situaciones que podrían ser abarcadas dentro de tales elementos normativos que se encuentran ahora tipificados en el artículo 11.1 de la LRCA.

## **2.1. Acuerdos**

### *2.1.1. Concepto y modalidades de manifestación*

Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, el término “acuerdo” hace referencia a todo contrato, pacto, convenio, arreglo, etcétera, a través del cual dos o más competidores conciertan voluntades con la finalidad de restringir la competencia en el mercado respecto de algún factor o condición de la oferta, tales como la fijación de precios, el reparto de mercados geográficos, el reparto de clientes, la restricción de la cantidad producida, entre otros.<sup>6</sup>

Para que se configure esta modalidad de práctica colusoria, los competidores involucrados en el acuerdo deben haber expresado inequívocamente su intención o voluntad de conducirse en el mercado conforme a lo coordinado, sin importar la manera en que se haya manifestado esa intención, es decir, sea oral o por algún instrumento escrito.<sup>7</sup> El Tribunal de Justicia Europeo (en adelante, Tribunal de Justicia), última y suprema instancia jurisdiccional del ámbito comunitario, se ha pronunciado en el mismo sentido, tal como se desprende de la sentencia emitida en el caso seguido por la *Comisión vs. Anic Partecipazioni* (1999), cuya parte pertinente dice: “[...] para que exista acuerdo a efectos del apartado 1 del artículo

---

<sup>6</sup> Al respecto, véase Díez, Fernando (2008). “Título I: De la Defensa de la Competencia. Capítulo I: De las conductas prohibidas”. En José Massaguer y José Manuel Sala Arquer. *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*. Primera edición. Madrid: Editorial Thomson Civitas, p. 37.

<sup>7</sup> Van Bael, Ivo y Bellis Jean-Francois (2005). *Competition Law of the European Community*. La Haya: Editorial Kluwer Law International, pp. 40 y ss.

85 [101.1] *del Tratado, basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado [...]'*<sup>8</sup> (el subrayado es nuestro).

El supuesto de infracción no exige que el acuerdo sea oponible jurídicamente a las contrapartes. Así, por ejemplo, se han considerado anticompetitivos los denominados “pactos de caballeros”, que, por definición, no son ejecutables ante los tribunales civiles de un país, sino que generan una mera obligación moral.<sup>9</sup> Sobre el particular, en el caso *Tréfileurope vs. Comisión* (1995) el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (en lo sucesivo, el Tribunal de Primera Instancia) señaló:

*“[...] para ser considerado un acuerdo dentro de los alcances del artículo 85(1) [101.1] del Tratado, es suficiente para las empresas en cuestión haber expresado sus intenciones de conducirse en el mercado en una manera particular. Ese es el caso donde hay un ‘pacto de caballeros’ entre varias empresas representando la expresión de la buena fe de la intención de las partes de unirse al acuerdo restrictivo de la competencia”.*<sup>10</sup>

En el Perú, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha tenido una interpretación similar a la esbozada en la jurisprudencia europea. Así, en el caso seguido de oficio contra diversas empresas aseguradoras por la concertación en el precio del seguro obligatorio de accidentes de tránsito (caso SOAT), la máxima instancia administrativa de competencia consideró que: *“[...] 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 [...]”.*<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0049:ES:PDF>> (consulta: 16/2/2010).

<sup>9</sup> Véase Bellamy, Christopher y Graham Child (1992). *Derecho de la competencia en el mercado común*. Primera edición en español. Madrid: Editorial Civitas, pp. 78 y 79.

<sup>10</sup> Traducción libre del siguiente texto: *“For there to be an agreement within the meaning of article 85(1) of the Treaty, it is sufficient for the undertakings in question to have expressed their joint intention to conduct themselves in the market in a particular way. That is the case where there is a “gentlemen’s agreement” between a number of undertakings representing the faithful expression of such a joint intention of the parties to the agreement Concerning a restriction of competition”* (Sentencia del Tribunal de Justicia del 6 de abril de 1995 en el caso T-141/89).

Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61989A0141](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61989A0141)> (consulta: 12/2/2010).

<sup>11</sup> Resolución 224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003.

Contar con una interpretación amplia del término “acuerdo” resulta importante en la medida en que contribuye a que la agencia de competencia tenga un mayor éxito en su lucha contra diversas modalidades de cárteles, tarea en la cual comúnmente se enfrentan dos grandes problemas.

El primero consiste en que, con los años, los cárteles han sofisticado cada vez más la planeación e implementación de los acuerdos anticompetitivos. En efecto, en la actualidad es poco probable que los cárteles utilicen medios escritos o algún otro instrumento análogo para regular los diferentes aspectos del acuerdo: por ello se ha considerado que la manifestación de voluntad puede ser expresa o implícita. El hecho de que sea de una u otra forma no solo se relaciona con el medio oral o escrito utilizado, sino también con la naturaleza de la adopción misma del acuerdo colusorio. Así, por ejemplo, estaremos ante una manifestación expresa cuando, de manera oral, un grupo de empresas coordinen inequívocamente la fijación de un precio determinado o el reparto de un mercado geográfico. En cambio, se estará ante una manifestación implícita cuando una empresa haga públicas determinadas condiciones de comercialización de su producto y, luego, sospechosamente éstas son seguidas de forma inmediata por sus competidores, con lo que estarían manifestando indubitablemente su deseo de unirse al acuerdo colusorio.<sup>12</sup>

El segundo problema que enfrenta la agencia de competencia, en algunos casos, es la complejidad y duración de los acuerdos. Durante el periodo de vida de un cártel, muchos agentes económicos pueden participar, algunos de manera más activa que otros. Si la agencia de competencia estuviera obligada a probar un acuerdo separado cada vez que las condiciones del cártel han cambiado, ello podría hacer imposible su tarea de monitoreo y fiscalización de los mercados. Por lo tanto, para resolver este problema la Comisión Europea (en lo sucesivo, la Comisión) ha desarrollado la teoría del “acuerdo único” (en inglés “*single overall agreement*”), en virtud del cual todos los miembros de un acuerdo anticompetitivo son responsables, independientemente de si han participado activamente en cada aspecto del “día a día” de la implementación del cártel.<sup>13</sup>

Sobre el particular, en el caso seguido contra *ANIC SpA y otros* —caso Polipropileno— (1986), la Comisión Europea señaló lo siguiente:

*“La Comisión estima que todo el conjunto de sistemas y de acuerdos adoptados en el marco de un sistema de reuniones periódicas e institucionalizadas, ha*

<sup>12</sup> Al respecto, véase Van Bael, Ivo y Jean-Francois Bellis, (2005) *op. cit.*, pp. 40 y ss.

<sup>13</sup> Al respecto, véase Whish, Richard, (2001) *op. cit.*, p. 96.

*constituido un acuerdo único y continuo en el sentido del apartado 1 del artículo 85.*

[...]

*En el caso que nos ocupa, los productores, al adherirse a un plan común para regular los precios y la oferta en el mercado del polipropileno, participaban en un acuerdo marco global que se manifestaba en una serie de subacuerdos más detallados que se adoptaban de vez en cuando”.<sup>14</sup>*

Este razonamiento fue confirmado por el Tribunal de Primera Instancia en el caso *NV Limburgse Vinyl Maatschappij vs. Comisión* (1999), en el que consideró que: “[...] una empresa puede ser responsable de todo el acuerdo de cártel, aunque haya participado sólo en uno o más de sus elementos constitutivos, si se evidencia que sabía, o tuvo que haber sabido, que la colusión en la cual participaba [...] era parte de un plan único con la intención de distorsionar la competencia”.<sup>15</sup>

En el caso *Thyssen Stahl vs. Comisión* (1999), el Tribunal de Primera Instancia ha esbozado un criterio aun más estricto, al considerar que el hecho de acudir a reuniones en las cuales se haya tomado acuerdos anticompetitivos es suficiente para presumir la participación en tales actividades ilícitas a falta de prueba capaz de establecer lo contrario.<sup>16</sup> Sin embargo, en el caso *Cementiries CBR SA vs. Comisión* (2000), el referido órgano jurisdiccional retrocedió en tal presunción, al señalar que cuando existen numerosos acuerdos bilaterales y multilaterales entre varias empresas, no se puede presumir por este solo hecho que forman parte de un acuerdo único, por lo que es necesario que la agencia de competencia lo compruebe.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Decisión del 23 de abril de 1986, *Diario Oficial número L 230 del 18 de agosto de 1986*, pp. 0001-0066. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31986D0398:ES:HTML>> (consulta: 10/2/2010).

<sup>15</sup> Traducción libre del siguiente texto: “*An undertaking may be held responsible for an overall cartel even though it is shown to have participated directly only in one or some of its constituent elements if it is shown that it knew, or must have known, that the collusion in which it participated, especially by means of regular meetings organized over several years, was part of an overall plan intended to distort competition and that the overall plan included all the constituent elements of the cartel*” (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 11 de abril de 1999, en el Caso T-305/94, [1999] ECR II-931, [1999] 5 CMLR 303). Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61994A0305](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61994A0305)> (consulta: 12/1/2010).

<sup>16</sup> Véase Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 11 de marzo de 1999, en el Caso T-141/94, [1999] ECR II-347, [1999] 4 CMLR 810. Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61994A0141](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61994A0141)> (consulta: 12/2/2010).

<sup>17</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 15 de marzo de 2000, en el Caso T-25/95,

Otro mecanismo desarrollado para hacer frente al problema de la complejidad de los acuerdos colusorios consiste en que la autoridad no se encuentre obligada a tipificar la conducta compleja dentro de cada una de las modalidades del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, bien como un acuerdo, bien como una práctica concertada, para concluir que se ha cometido una infracción anticompetitiva.<sup>18</sup>

En algunos casos en los que la Comisión ha concluido que los imputados son responsables de la comisión de una práctica concertada, no se ha considerado necesario determinar también si esas prácticas son parte de un acuerdo. Incluso en algunas decisiones, la Comisión ha manifestado que la cooperación entre empresas tiene los mismos efectos de un acuerdo colusorio o de una práctica concertada, sin decidir realmente respecto de alguna de las dos.<sup>19</sup>

Esta línea de pensamiento ha sido confirmada por el Tribunal de Primera Instancia en el caso *NV Limburgse Vinyl Maatschappij vs. Comisión*, al declarar lo siguiente:

*“En el contexto de una infracción compleja que envuelve muchos productores buscando en una gran cantidad de años regular el mercado entre ellos, no puede esperarse de la Comisión que clasifique la infracción de manera precisa, para cada empresa y por cada momento dado, ya que en cualquier evento ambas de esas formas de infracción son cubiertas por el Artículo 85 [101] del Tratado”.*<sup>20</sup>

Finalmente, el Tribunal de Primera Instancia incluso ha ido más allá al sostener que la “tipificación conjunta” es permitida cuando las infracciones incluyeran

---

[2000] ECR II-491. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995A0025:ES:HTML>> (consulta: 12/2/2010).

<sup>18</sup> Al respecto, véase Whish, Richard, *op. cit.*, p. 94.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Traducción libre del siguiente texto: “*In the context of a complex infringement which involves many producers seeking over a number of years to regulate the market between them, the Commission cannot be expected to classify that infringement precisely, for each undertaking and for any given moment, as either an agreement or a concerted practice, since, in any event, both those forms of infringement are covered by Article 85 of the Treaty*” (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 20 de abril de 1999, en el Caso T-305/94, [1999] ECR II-931, [1999] 5 CMLR 303).

Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61994A0305](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61994A0305)> (consulta: 12/2/2010).

elementos de ambas modalidades, esto es: (i) de un acuerdo colusorio; y, (ii) de una práctica concertada. Ello implica que la Comisión no está obligada a probar la realización por separado de ambas formas de prácticas colusorias durante el periodo de infracción.<sup>21</sup>

### 2.1.2. Grupo económico

El concepto de “acuerdo” alude a un concurso de voluntades entre competidores, lo que, se entiende, se refiere a agentes independientes entre sí. En ese sentido, no existirá un acuerdo colusorio —y, por lo tanto, no será sancionable— la conjunción de voluntades entre empresas que constituyen un grupo económico, es decir, que se encuentran vinculadas por relaciones de control y que, consecuentemente, obedecen a un mismo centro de imputación de intereses. A este respecto, es de aplicación la doctrina producida en el caso *Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp.*,<sup>22</sup> en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sostuvo que no es posible la existencia de una práctica colusoria entre empresas de un grupo económico, toda vez que no se trata de competidores efectivos, sino que actúan como una “cuadrilla de caballos que tiran de un mismo coche pero están dirigidos por un solo conductor”.

En el nivel comunitario europeo, en el caso *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper vs. Sterling Drug Inc.*, el Tribunal de Justicia, manteniendo el criterio

<sup>21</sup> En el caso *Sugar British*, la Comisión señaló lo siguiente: “*El Tribunal de Primera Instancia en varias sentencias ha hecho claro que no era necesario, particularmente en los hechos complejos de considerable duración, para la Comisión caracterizarlos como exclusivamente un acuerdo colusorio o una práctica concertada, o dividirlo en infracciones separadas. De hecho, podría incluso no ser posible o realista hacer tal distinción, ya que la infracción como un todo podría presentar características de ambos tipos de conductas prohibidas, mientras que consideradas por separado algunas de sus formas podrían de manera más precisa ser descrita como una en lugar de otra. En particular, sería artificial subdividir conductas continuas, teniendo la una y la otra un objetivo único, dentro de muchas infracciones discretas. Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia en sus sentencias ha permitido a la Comisión la doble tipificación de una sola infracción, como un acuerdo y una práctica concertada, y ha declarado que esto tenía que ser entendido, no como requiriendo, simultánea y acumulativamente, prueba de que cada una de los elementos fácticos contenidos en la conducta continua presentasen elementos constitutivos de ambos, un acuerdo y una práctica concertada, sino en cambio como refiriéndose a un todo complejo que compromete muchos elementos fácticos, algunos de los cuales por separado serían tipificados como acuerdos, mientras que otros serían considerados prácticas concertadas*” (Decisión de la Comisión del 14 de octubre de 1998, en el Caso IV/F-3/33.708 y otros).

Disponible en: <<http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999D0210:EN:HTML>> (consulta: 12/2/2010).

<sup>22</sup> (467 U.S. 752,1984).

adoptado anteriormente por la Comisión y el propio Tribunal, señaló que la norma comunitaria de competencia no es aplicable a los acuerdos celebrados entre empresas que pertenecen a un mismo grupo, siempre que esas empresas formen parte de una unidad económica en la cual la empresa subsidiaria no es independiente para determinar su estrategia dentro del mercado. Pero, además, en esta sentencia el Tribunal de Justicia dispuso la exigencia de un criterio adicional para que tales acuerdos no sean sancionables por las normas de competencia, y que consiste en que el acuerdo mencionado tenga por objeto simplemente establecer un reparto interno de funciones entre las empresas.<sup>23</sup>

Sobre el particular, consideramos que el criterio adicional mencionado en el párrafo precedente es inadecuado, en la medida en que abre la posibilidad de sancionar como una práctica colusoria aquellas estrategias o conductas llevadas a cabo por empresas que conforman un grupo económico que no tengan por objeto establecer un reparto interno de funciones entre ellas. Es el caso, por ejemplo, de la participación por separado en una licitación pública ofreciendo el mismo precio, lo que podría estar sancionado por las normas de contratación pública pero que no constituye por sí misma un acuerdo colusorio por la falta de independencia. Más adecuada resulta la aplicación de la doctrina estadounidense que sostiene que la ausencia de independencia entre empresas que conforman un grupo económico hace materialmente imposible que éstas puedan conspirar y ejecutar un acuerdo colusorio.

Lo importante al momento de analizar estos casos es determinar si existe o no una relación de control<sup>24</sup> por parte de una empresa sobre otras, o de una persona natural sobre dos o más empresas.

En la jurisprudencia española se ha optado por abandonar paulatinamente el criterio adicional establecido por el Tribunal de Justicia conforme se observa en la

---

<sup>23</sup> Traducción libre del siguiente texto: *“Article 85 is not concerned with agreements or concerted practices between undertakings belonging to the same concern and having the status of parent company and subsidiary, if the undertakings form an economic unit within which the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on the market, and if the agreements or practices are concerned merely with the internal allocation of tasks as between the undertakings”* (Sentencia del 31 de octubre de 1974, en el Caso 15/74).  
Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61974J0015](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61974J0015)> (consulta: 12/22010).

<sup>24</sup> Esta relación de control se puede expresar mediante la propiedad de más de un 50% de participación social sobre el capital de una empresa, a través de la potestad de elegir a la mayoría de los miembros del directorio, entre otros aspectos.

sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia español (ahora, la Comisión Nacional de la Competencia) del 10 de mayo de 1999, en el caso *Aluminios Lecuona S.L. y otros vs. Industria Navarra de Extrusión del Aluminio S.L. y otros*, en el cual manifestó que: “[...] cuando se está en presencia de dos empresas pertenecientes a un grupo económico en las que se da unidad de decisión, no cabe infracción del art. 1 LDC [...] En efecto, las conductas prohibidas por este artículo se refieren siempre a comportamientos bilaterales o multilaterales, consistentes en acuerdos o prácticas entre dos o más sujetos independientes”.<sup>25</sup>

De igual forma, el Tribunal de Defensa de la Competencia español, en su sentencia del 12 de mayo de 2000, recaída en el caso *Gomyl S.A. vs. Góndolas Merino S.L.*, estableció que las empresas que forman parte de un grupo económico, si bien son jurídicamente independientes, ajustan su actuación y estrategia comercial a las directrices emanadas de un ente común, siendo la unidad de dirección el rasgo definidor básico del grupo. En tal sentido, el elemento fundamental para determinar si entre dos empresas de un mismo grupo se está en presencia de un acuerdo o práctica concertada, es la existencia de una real autonomía de comportamiento de la filial respecto de la matriz.<sup>26</sup>

## 2.2. Decisiones y recomendaciones

El artículo 11.1 de la LRCA tipifica las decisiones y recomendaciones como otro tipo de modalidades de práctica colusoria horizontal, que son conductas que se materializan en el seno de un ente colectivo integrado por agentes económicos que en principio deben competir en el mercado, tales como los gremios empresariales, los colegios profesionales o las federaciones de empresarios.

Una decisión es aquel acuerdo o convenio emitido por algún órgano de gobierno de un ente colectivo que, conforme a sus estatutos o reglamentación, tiene la característica de ser exigible para sus miembros; mientras que una recomendación es aquel acuerdo que, pese a su naturaleza no vinculante, tiene una gran influencia en los miembros de la agremiación.<sup>27</sup> En este mismo sentido, la

---

<sup>25</sup> Disponible en: <<http://www.encompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=r%20344/98&ambito=Recursos&PrPag=1&PagSel=2>> (consulta: 13/2/2010).

<sup>26</sup> Disponible en: <<http://www.encompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=R%20408/00&ambito=Recursos>> (consulta: 13/2/2010).

<sup>27</sup> Al respecto, véase Pascual y Vicente, Julio (2000). “Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia”. En *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* número 205. Madrid, enero-febrero, p. 11.

Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha considerado en el citado pronunciamiento del caso SOAT, lo siguiente: “[...] 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”.

Según la doctrina, las decisiones se configuran independientemente de si fueron emitidas por el órgano competente para ello o si, conforme a sus estatutos, se utilizó el procedimiento establecido para la formación de esa decisión. Tampoco interesa, a efectos de la aplicación de las normas de competencia, que el ente colectivo se encuentre legalmente constituido o sea irregular.<sup>28</sup>

Con relación a las recomendaciones, el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no hace referencia explícita a esta modalidad de práctica colusoria; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha interpretado de manera extensiva el concepto de decisión, incluyendo en ella a las recomendaciones sin efecto obligatorio. Así, en el caso *Heintz van Landewyck SARL y otros vs. Comisión*, el referido órgano jurisdiccional señaló que una recomendación hecha por una asociación de empresas y que constituya una expresión de voluntad de la intención de los miembros de actuar en el mercado de conformidad con los términos de la recomendación, reúne las condiciones necesarias para la aplicación de la norma de competencia europea.<sup>29</sup>

Para los tribunales europeos, el hecho de que la recomendación no sea vinculante no hace que esta modalidad de acuerdo se encuentre fuera del ámbito de aplicación del referido artículo 101.1. En el caso *Frubo vs. Comisión* (1974), el Tribunal de Justicia analizó tal argumento planteado por los miembros de una asociación, tal como se desprende de la siguiente cita textual:

“28. Los recurrentes niegan que el arreglo tomado entre ellos sea un acuerdo entre empresas en el significado del artículo 85(1) [101.1].

<sup>28</sup> Al respecto, véase Diez, Fernando (2008), *op. cit.*, p. 39.

<sup>29</sup> Traducción libre del siguiente texto: “A recommendation made by an association of undertakings and constituting a faithful expression of the members’ intention to conduct themselves compulsorily on the market in conformity with the terms of the recommendation fulfils the necessary conditions for the application of article 85 ( 1 ) of the EEC treaty” (Sentencia del 29 octubre de 1980, en los Casos del 209 al 215 y 218/78) Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&nnumdoc=61978J0209](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&nnumdoc=61978J0209)> (consulta: 13/2/2010).

29. Desde su punto de vista, un acuerdo entre asociaciones se encuentra dentro de tal estipulación solamente si realmente ha creado obligaciones que son directamente exigibles entre los afiliados a la asociación [...]

30. El artículo 85(1) es aplicable a las asociaciones en la medida que sus propias actividades frente a aquellas de sus propios miembros son calculadas para producir los resultados al cual se refiere dicho artículo.

31. Establecer otra interpretación del artículo 85(1) sería restarle contenido”.<sup>30</sup>

También se ha considerado que la asociación no requiere en sí misma realizar una actividad económica diferente de la de sus miembros para estar comprendida dentro de los alcances del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Finalmente, cabe anotar que las decisiones tomadas en una asociación, además de generar responsabilidad al ente colectivo, pueden derivar en responsabilidad de sus miembros en la modalidad de acuerdo.<sup>31</sup> Ello tiene la finalidad de evitar que los socios evadan sus responsabilidades e imputen la responsabilidad formal de la infracción al ente colectivo. En esta línea, el Tribunal de Defensa de la Competencia español ha indicado, en el caso de oficio contra el *Colegio de Farmacéuticos de Valencia* (1999), que:

“Se trata [las decisiones o recomendaciones] de acuerdos adoptados por instituciones formadas por operadores económicos, de carácter vinculante (decisiones) o únicamente orientativo (recomendaciones), consideradas como si fueran acuerdos entre los asociados, ficción utilizada por la Ley para evitar que los socios, en este caso los colegiados, puedan eludir sus responsabilidades colutorias por el procedimiento de trasladar la responsabilidad de la autoría formal al ente colectivo”.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Traducción libre del siguiente texto: “ 28 the applicants deny that the agreement made between them is, as it has been described in the disputed decision, an agreement between undertakings within the meaning of article 85 (1). 29 in their view, an agreement between associations is caught by this provision only if it has actually created obligations which are directly enforceable as between the affiliated undertakings, [...] 30 article 85 (1) applies to associations in so far as their own activities of those of the undertakings belonging to them are calculated to produce the results to which it refers. 31 to place any other interpretation on article 85 (1) would be to remove its substance”. Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61974J0071](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61974J0071)> (consulta: 13/2/2010).

<sup>31</sup> Véase Bellamy, Christopher y Graham Child (1992), *op. cit.*, p. 85.

<sup>32</sup> Disponible en: <<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=1&sNumero=472-99&sAmbito=+&sSector=+&PrPag=1&PagSel=1>> (consulta: 16/2/2010).

### 2.3. Prácticas concertadas

Una práctica concertada exige la presencia de cierto grado de coordinación entre competidores, sin que llegue a suponer la celebración de un acuerdo propiamente dicho o una decisión o recomendación. Este concierto de voluntades entre empresas competidoras se caracteriza por la reciprocidad.

En esta línea de pensamiento, el Tribunal de Justicia en el caso *Imperial Chemical Industries Ltd. vs. Comisión* (1974) ha definido a las prácticas concertadas como: “[...] una forma de coordinación entre competidores que, sin haber alcanzado el estado de un acuerdo propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas”.<sup>33</sup>

La importancia de esta definición radica en que incluye a una amplia gama de conductas que pueden tener algún objeto o efecto anticompetitivo, pero sobre las cuales no existe prueba directa de la concertación misma. Según esta modalidad de práctica colusoria, la prueba circunstancial tiene un papel importante para la función fiscalizadora de la agencia de competencia; ello, toda vez que la comisión de la infracción se infiere luego de analizar los factores estructurales y de competencia en el mercado,<sup>34</sup> los cuales, por sí mismos, no son suficientes para explicar o justificar que la conducta no se debe a una concertación. Por el contrario, dichas evidencias e indicios hacen inferir a la autoridad de competencia que ésta se debió necesariamente a la cooperación y coordinación ilícita entre competidores.

Al respecto, cierto sector reconocido de la doctrina británica ha destacado el peligro de la utilización de la prueba circunstancial si no es aplicada con sumo cuidado y precisión por la autoridad de competencia, ya que se podrían estar sancionando simples paralelismos o conductas “líder-seguidor” perfectamente

---

<sup>33</sup> Traducción libre del siguiente texto: “Article 85 draws a distinction between the concept of ‘concerted practices’ and that of ‘agreements between undertakings’ or of ‘decisions by associations of undertakings’; the object is to bring within the prohibition of that article a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition” (Sentencia del 14 de julio de 1974, en el Caso 48/69).

Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CEL\\_EXnumdoc&lg=en&numdoc=61969J0048](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CEL_EXnumdoc&lg=en&numdoc=61969J0048)> (consulta: 17/2/2010).

<sup>34</sup> Factores tales como la existencia de barreras de entrada al mercado, los sistemas de distribución, la elasticidad de la demanda, la similitud en la estructura de costos de las empresas, etcétera.

razonables y justificables en un mercado concreto en la creencia de que se trata de una práctica concertada.<sup>35</sup>

Como se puede apreciar, las prácticas concertadas exigen cierto grado de comunicación (v.g., intercambio de información) y coordinación entre las empresas que tienen la intención de ajustar sus estrategias y comportamientos recíprocamente con el fin de maximizar sus utilidades, sin que se trate propiamente de un acuerdo entre empresas.

Para el Tribunal de Justicia, los criterios de “coordinación” y “cooperación” entre competidores no requieren ser el resultado de un plan real, sino que deben ser entendidos en el sentido de que cada agente económico tiene el deber de determinar independientemente la política que adoptará en el mercado y no lo hace,<sup>36</sup> conforme se desprende de la jurisprudencia elaborada en el caso *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros vs. Comisión* (1975).

Más recientemente, en el caso *Cimenteries CBR y otros vs. Comisión*, el Tribunal de Primera Instancia ha considerado que el requisito referido al contacto recíproco es satisfecho simplemente cuando un competidor informa a otro, a petición de éste o con su anuencia, de sus intenciones o de su conducta futura en el mercado. El referido Tribunal agrega que cualquier contacto directo o indirecto entre operadores económicos que sea capaz de hacer evidente el curso de la estrategia comercial que han decidido adoptar, constituye una práctica concertada cuando el objeto o efecto de tal contacto es crear condiciones de competencia que no corresponden a las normales condiciones de mercado. En tal sentido, el Tribunal de Primera Instancia ha dejado sentado que una práctica concertada implica la presencia de dos elementos típicos: (i) la concertación entre las empresas; y, (ii) una conducta

---

<sup>35</sup> Cfr. Whish, Richard (2001), *op. cit.*, p. 99.

<sup>36</sup> Traducción libre del siguiente texto: “*These criteria of ‘coordination’ and ‘cooperation’ laid down by the case-law of the court, which in no way require the working out of an actual plan, must be understood in the light of the concept inherent in the provisions of the treaty relating to competition that each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market including the choice of the persons and undertakings to which he makes offers or sells*” (Sentencia del 16 de diciembre de 1975, en los Casos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73).

Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61973J0040](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61973J0040)> (consulta: 17/2/2010).

ejecutada en el mercado que sea conforme a esa concertación, de tal manera que se observe una relación causa-efecto entre ambos elementos.<sup>37</sup>

De lo anterior se infiere que las prácticas concertadas son reprochables porque suponen un contacto entre competidores que intercambian información estratégica (cooperación coordinada) de importancia y que eliminan del mercado la incertidumbre propia de un entorno de dinámica competitiva. Pese a ello, debe analizarse, en el caso concreto, si un determinado contacto o intercambio de información constituye o no un supuesto de práctica concertada, dado que en el extremo se podría llegar, por ejemplo, a afirmar erróneamente que toda campaña publicitaria de una empresa consignando un precio de venta de su producto correspondería a una estrategia colusoria, lo que no es acorde con el espíritu de la política de competencia.

Con relación a los efectos de una práctica concertada, en el caso de *Hüls AG vs. Comisión* (1999) el Tribunal de Justicia señaló que este tipo de conducta, una vez ejecutada, está comprendida en los alcances del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incluso si no se observan efectos anticompetitivos en el mercado.<sup>38</sup>

Sin embargo, un año más tarde, en el caso *Cimenteries CBR y otros vs. Comisión*, el Tribunal de Primera Instancia ha considerado que no existiría infracción si las

---

<sup>37</sup> Traducción libre del siguiente texto: “*The concept of concerted practice implies the existence of reciprocal contacts. That condition of reciprocity is satisfied where the disclosure by one competitor to another of future intentions or conduct on the market has been sought or, at the very least, accepted by the other competitor [...] Any direct or indirect contact between economic operators of such a nature as to disclose to a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market constitutes a concerted practice prohibited by Article 85(1) of the Treaty, where the object or effect of such contact is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question [...] a concerted practice implies, besides undertakings’ concerting together, conduct on the market pursuant to those collusive practices, and a relationship of cause and effect between the two*” (Sentencia del 15 de marzo de 2000, en los Casos acumulados T-25/95 y otros).

Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61995A0025](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61995A0025)> (consulta: 17/2/2010).

<sup>38</sup> Traducción libre del siguiente texto: “*A concerted practice is caught by Article 85(1) of the Treaty, even in the absence of anti-competitive effects on the market*” (Sentencia del 8 de julio de 1999, en el caso C-199/92 P).

Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61992J0199](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61992J0199)> (consulta: 17/2/2010).

partes podían probar que no se habían producido tales efectos. Al respecto, el referido Tribunal declaró textualmente lo siguiente:

*“Una práctica concertada implica, además de la concertación de las empresas, que éstas se conduzcan sobre el mercado de acuerdo a esa práctica colusoria y una relación de causalidad entre ambos elementos. Sujeto a prueba en contrario, que las partes deben argumentar, puede presumirse que la acción concertada por la cual las partes buscaron repartirse el mercado, ha influenciado sus conductas sobre el mismo”*.<sup>39</sup>.

De la cita anterior se desprende que el Tribunal de Primera Instancia ha establecido una presunción (*iuris tantum*) referida a que las prácticas concertadas producirán efectos, al considerar que la mera coordinación entre las empresas competidoras influenciará la conducta de éstas en el mercado respectivo. En ese sentido, las empresas imputadas de una práctica concertada deberán probar que esa presunción no se configura.

En el Perú, el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI ha considerado, en el caso *Federico León contra UCISA S.A. y otros*, que si bien en “[...] *las prácticas concertadas no existe un acuerdo de voluntades entre agentes para evitar la competencia [...], su actuación en el mercado es similar y tendría como única explicación lógica la adopción de una estrategia concertada*”.<sup>40</sup>

Como se ha señalado en el acápite referido a los “acuerdos”, con el tiempo los cárteles han sofisticado la manera en que coordinan entre sí a efectos de eludir su responsabilidad frente a la autoridad administrativa, siendo por lo general muy difícil encontrar una prueba directa y concluyente de un acuerdo entre competidores. Por tal motivo, la autoridad de competencia debe recurrir al uso de evidencia circunstancial para concluir si se ha cometido una práctica concertada en el mercado.

---

<sup>39</sup> Traducción libre del siguiente texto: “[...] *a concerted practice implies, besides undertakings’ concerting together, conduct on the market pursuant to those collusive practices, and a relationship of cause and effect between the two. Subject to proof to the contrary, which the parties concerned must adduce, it must be presumed that the concerted action by which those parties sought to share the market influenced their conduct on that market*” (Sentencia del 15 de marzo de 2000, en los Casos acumulados T-25/95 y otros).

<sup>40</sup> Resolución 048-2008/TDC-INDECOPI del 16 de enero de 2008, en el procedimiento seguido por Federico León contra UCISA S.A. y otros.

En atención a lo anterior, en el caso peruano la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, como órgano instructor, ha utilizado la siguiente metodología en la investigación de prácticas concertadas en las que se carecía de pruebas directas:<sup>41</sup>

- En primer lugar, debe establecerse la existencia de un comportamiento paralelo.
- En segundo lugar, y si se confirma la existencia de dicho paralelismo, se procede a evaluar si las características del mercado facilitan la realización de una práctica concertada.
- Finalmente, se procede a determinar la existencia de indicios que evidencien que la actuación de las empresas investigadas no puede ser explicada de otra manera que no sea asumiendo la existencia de coordinación entre ellas.

### 2.3.1. Comportamiento paralelo

En el caso de *Federico León contra UCISA S.A. y otros* (2008),<sup>42</sup> el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI ha manifestado que si bien el paralelismo constituye el principal indicio de la comisión de una práctica concertada, este criterio por sí solo no puede hacer inferir a la agencia de competencia la existencia de una infracción, pues para ello es necesaria “[...] la existencia de una actuación consciente y conjunta destinada a limitar la competencia”.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Esta metodología ha sido descrita en el Informe 020-2004/ST-CLC del 22 de julio de 2004, por el cual la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia recomendó sancionar una recomendación de precios en el mercado de transporte urbano en la provincia de Maynas, Loreto.

<sup>42</sup> Resolución 048-2008/TDC-INDECOPI del 16 de enero de 2008.

<sup>43</sup> El Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI hizo referencia a la siguiente cita: “La práctica concertada se manifiesta a través de un comportamiento de las empresas que no tiene que ser necesariamente coincidente o idéntico, pero que sí es coordinado, pues es fruto o consecuencia de una deliberada voluntad de eliminar los riesgos de la competencia mediante alguna forma de colaboración. Dos elementos se hacen presentes: uno de carácter material, la actuación en el mercado, y otro, la existencia de una concertación, más o menos precisa, esto es, de algún tipo de consenso que se encuentra en la base del comportamiento empresarial. Consecuentemente, el mero paralelismo o identidad de conducta en el mercado no basta para constituir práctica concertada; es precisa la concurrencia de un elemento consensual” (Galan, Eduardo (2005), *op. cit.*, p. 188).

En efecto, en la línea considerada por el referido órgano administrativo, no todo comportamiento paralelo entre empresas supone la comisión de una práctica concertada, por cuanto tal paralelismo puede ser perfectamente explicado por factores competitivos y, en consecuencia, constituir una conducta económicamente racional y justificable. Así, por ejemplo, un paralelismo de precios puede deberse a una conducta líder-seguidor, a la subida de un insumo común para la industria (por ejemplo, materias primas, hidrocarburos, etcétera), o constituir simplemente el nivel de equilibrio del mercado en un ámbito competitivo, toda vez que el mercado es un fenómeno que está en constante movimiento. Por tal motivo, el paralelismo debe ser analizado junto con otros indicios adicionales que puedan crear convicción en la autoridad de competencia respecto de que no existe otra explicación posible de tal fenómeno que la comisión de una práctica concertada.

A escala europea, en el caso *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros vs. Comisión*, el Tribunal de Justicia ha dejado sentado que los agentes económicos tienen el derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de sus competidores, y que el hecho de que un vendedor alinee sus precios a los más elevados de sus competidores no necesariamente es evidencia de una práctica concertada, sino que podría ser explicado por un legítimo intento de obtener el máximo beneficio.<sup>44</sup>

Lo resuelto por el Tribunal de Justicia podría incluso servir de sustento para afirmar que en Europa no son sancionadas las conductas que resulten de la interdependencia oligopólica entre competidores; situación en la cual, si bien existe un alineamiento estratégico y cooperativo de conductas, éste no se deriva de alguna concertación, combinación o contacto entre ellos, sino de la propia estructura de mercado que hace prever con cierto grado de certeza la estrategia futura del competidor. Sin embargo, en la legislación y jurisprudencia europea se acepta la posibilidad de sancionar tales conductas no como prácticas colusorias, pero sí bajo la figura del abuso de posición de dominio colectivo.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Traducción libre del siguiente texto: “*although it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors [...] The fact that a vendor aligns his price on the highest price charged by a competitor is not necessarily evidence of a concerted practice but may be explained by an attempt to obtain the maximum profit*” (Sentencia del 16 de diciembre de 1975, en los Casos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73).

<sup>45</sup> Por lo extenso del tema, el abuso de posición de dominio colectivo y las prácticas conscientemente paralelas merecen un trabajo de investigación aparte.

### 2.3.2. Condiciones del mercado que facilitan la realización de prácticas concertadas

Luego de que la agencia de competencia determina que existe un comportamiento paralelo sospechoso, debe proceder al siguiente paso del análisis consistente en establecer si las características de la estructura del mercado en el caso concreto facilitan la realización de una práctica concertada.

De acuerdo con lo señalado en la doctrina,<sup>46</sup> la formación de cárteles es más probable en mercados que cuentan con las siguientes características:

- i) el mercado es concentrado;
- ii) las firmas tienen similares costos, procesos, objetivos o grado de integración vertical y diversidad de productos;
- iii) el producto ofertado es bastante homogéneo y no tiene sustitutos cercanos;
- iv) la demanda es inelástica;
- v) la información sobre ventas se encuentra ampliamente disponible;
- vi) existen asociaciones, comités, gremios y otras formas de organización asociativa que contribuyen a reducir costos de transacción para llegar a un acuerdo, facilitar su monitoreo, permitir sancionar de traidores al acuerdo, entre otros.

### 2.3.3. Los indicios (o “plus factors”)

Las condiciones de mercado que facilitan la existencia de conductas colusorias no son suficientes como para afirmar la efectiva comisión de una práctica concertada, motivo por el cual cierto sector de la doctrina ha manifestado que la autoridad de competencia debe buscar indicios adicionales o “*plus factors*” que permitan arribar inequívocamente a tal conclusión. Entre esos indicios se han señalado los siguientes:<sup>47</sup>

- a) La existencia de un motivo racional que incentive un comportamiento colectivo. Así, por ejemplo, constituirá un indicio el que las empresas

---

<sup>46</sup> Conrath W., Craig (1995). *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. Washington, D. C.: World Bank.

<sup>47</sup> Kovacic, William E. (1993). “The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws”. En: *The Antitrust Bulletin*, Federal Legal Publications, Inc., volumen XXXVIII, número 1. Primavera.

hayan incurrido en pérdidas durante un tiempo y, luego, empiezan a obtener utilidades desde el momento en que aparece el paralelismo.

- b) Acciones contrarias a los propios intereses de algunos participantes, salvo que, vistas como parte de un plan colectivo, sea probable que éstas beneficien al conjunto.
- c) Fenómenos de mercado que no pueden ser razonablemente explicados, sino solo como producto de una concertación. Así, por ejemplo, en industrias donde el costo del flete es significativo, resultará sospechoso que una empresa venda sus productos en áreas geográficas lejanas y 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 en la asociación que las agrupa o un viaje a una determinada ciudad.
- e) Uso por parte de las empresas de prácticas que facilitan acuerdos colusorios. Por ejemplo, que al interior de un gremio las empresas investigadas compartan información sobre sus negocios (v.g., 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 se produjo un paralelismo de precios, las empresas hubieran reducido previamente 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 se observa el comportamiento paralelo.

Cabe señalar que el listado precedente no es exhaustivo, y tampoco se requiere que la autoridad de competencia encuentre evidencia relativa a todos ellos. Este listado es construido por Kovacic (1993) sobre la base del análisis de la jurisprudencia de los Estados Unidos. Solo será necesario probar la existencia de los indicios que permitan eliminar de manera razonable y convincente la posibilidad de que el paralelismo observado es consecuencia de una conducta lícita.

### III. Objeto o efecto anticompetitivo

El artículo 11.º de la LRCA prescribe que las prácticas colusorias horizontales prohibidas son aquéllas que tienen por *objeto o efecto* restringir, impedir o falsear la libre competencia. En tal sentido, el presente acápite se propone delimitar o definir ambos elementos normativos del supuesto de infracción referido a las prácticas colusorias horizontales.

Sobre el particular, en el caso *Société Techniqué Minière vs. Maschinenbau Ulm* (1966), el Tribunal de Justicia manifestó que el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contiene una fórmula disyuntiva cuando se refiere al *objeto o efecto* de una práctica colusoria. Conforme a esta interpretación, la autoridad de competencia debe analizar primero cuál es el propósito u objeto preciso del acuerdo en el contexto económico en el cual será ejecutado, lo que se desprenderá de todas o algunas de las condiciones del acuerdo en sí. Solo cuando este análisis no revele un deterioro suficiente para el proceso competitivo, la autoridad deberá analizar las eventuales consecuencias o efectos de la práctica colusoria.<sup>48</sup>

En línea con lo anterior, en los casos *Constean and Grunding vs. Comisión*<sup>49</sup> (1966) y *Verband der Sachversicherer e.V. vs. Comisión*<sup>50</sup> (1987), el Tribunal

<sup>48</sup> Traducción libre del siguiente texto: “[...] the fact that these [el objeto o efecto] are not cumulative but alternative requirements, indicated by the conjunction ‘or’, leads first to the need to consider the precise purpose of the agreement, in the economic context in which it is to be applied. This interference with competition referred to in article 85 (1) must result from all or some of the clauses of the agreement itself. Where, however, an analysis of the said clauses does not reveal the effect on competition to be sufficiently deleterious, the consequences of the agreement should then be considered and for it to be caught by the prohibition it is then necessary to find that those factors are present which show that competition has in fact been prevented or restricted or distorted to an appreciable extent” (Sentencia del 30 de junio de 1966, en el Caso 56/65).

Disponible en: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61965J0056:EN:HTML>> (consulta: 18/2/2010).

<sup>49</sup> Traducción libre del siguiente texto: “For the purpose of applying article 85 (1), there is no need to take account of the concrete effects of an agreement once it appears that it has as its object the prevention, restriction or distortion of competition” (Sentencia del 13 de julio de 1966, en el Caso 56 y 58/64).

Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61964J0056](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61964J0056)> (consulta: 18/2/2010).

<sup>50</sup> Traducción libre del siguiente texto: “As the Court has consistently held, it is unnecessary to consider the actual effects of an agreement if it is apparent that it has the object of preventing, restricting or distorting competition” (Sentencia del 27 de enero de 1987, en los Casos 45/85).

Disponible en: <[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61985J0045](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61985J0045)> (consulta: 18/2/2010).

de Justicia ha establecido que si de los hechos se desprende que el objeto mismo del acuerdo es restringir la competencia, resultará innecesario que la Comisión pruebe o acredite el efecto anticompetitivo de la conducta colusoria, a efectos de proceder a sancionar a los integrantes del cártel bajo el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Una práctica colusoria horizontal tendrá el objeto de impedir, restringir o falsear la competencia si de sus términos y condiciones se desprende objetivamente que su finalidad o propósito es afectar de modo directo la dinámica competitiva del mercado. Por ello, la frase “tengan por objeto” no debe ser interpretada en el sentido de que se hace referencia a la intencionalidad o finalidad subjetiva de las partes al momento de celebrar el acuerdo, sino respecto de la finalidad objetiva que se desprende del mismo acuerdo, es decir, restringir la competencia. Así, por ejemplo, un acuerdo de reparto de clientes puede no haber sido implementado con la intención de restringir la competencia, sino como un acuerdo accesorio a uno principal de prestación conjunta de servicios; sin embargo, la agencia de competencia puede llegar a determinar que el acuerdo en sí mismo tenía el objeto de restringir la competencia, independientemente de la intención de los miembros del acuerdo.

En línea con lo anterior, la frase “tengan por efecto” se refiere a aquellos acuerdos que no tienen el propósito o finalidad objetiva de lesionar la competencia, pero que, sin embargo, como consecuencia del concierto de voluntades y la coyuntura concurrente, originan un perjuicio a la dinámica competitiva del mercado.

La mayoría (si no todos) los acuerdos que “tienen por objeto” restringir la competencia son evidentemente dañinos, dado que es poco probable que generen eficiencia alguna en el mercado que supere los costos sociales de la restricción. Por tal razón, la LRCA ha incluido a este tipo de prácticas restrictivas en el régimen de prohibiciones absolutas, de tal manera que para concluir que ha existido una infracción anticompetitiva bastará con que la autoridad de competencia acredite solamente la existencia de la concertación, sin que sea necesario comprobar que ésta tiene o puede tener efectos anticompetitivos en el mercado.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> **“LRCA, 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.”*

Precisamente, la LRCA considera que las colusiones cuyo objeto es netamente restrictivo y, por ende, se encuentran bajo prohibición absoluta, son aquellos acuerdos horizontales *inter marca* (es decir, entre agentes independientes cuyos productos compiten en el mercado), que no son complementarios o accesorios de otros acuerdos lícitos; y que tengan por objeto lo siguiente:

- fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicios;
- limitar la producción o las ventas por medio de participaciones o cuotas;
- repartirse clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- fijar condiciones en licitaciones, concursos u otras formas de contratación o adquisición pública prevista en la legislación de la materia, así como en subastas y remates públicos.<sup>52</sup>

El Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI ha señalado, en el caso *Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. contra Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.* (19997), que, si bien los acuerdos complementarios o accesorios pueden reducir la competencia entre sus miembros, no deben estar sujetos a un régimen de prohibición absoluta, debido a que podrían tener los efectos de una integración en la cadena productiva que genere eficiencias y una reducción de costos en beneficio de los consumidores.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Al respecto, en la exposición de motivos de la LRCA se ha señalado que: “[...] la prohibición absoluta de las conductas señaladas esta referida únicamente a prácticas colusorias *inter-marca*, puesto que será en la competencia entre productos o servicios de distintos agentes económicos donde resultarán directamente nocivas e injustificadas las prácticas colusorias. Asimismo, no estarán sujetas a la prohibición absoluta aquellas conductas que resulten complementarias o accesorias a otros acuerdos que sí puedan redundar en ganancias de eficiencia y beneficios para la sociedad, sujetándose estos últimos a una prohibición relativa por sus potenciales efectos positivos”. Disponible en: <[http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf)> (consulta: 18/2/2010).

<sup>53</sup> Al respecto, véase Resolución 206-97/TDC del 13 de agosto de 1997, en el procedimiento seguido por Miguel Segundo Ciccía Vasquez E.I.R.L. contra Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. En ese pronunciamiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

*“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 LRCA no ha incluido dentro del régimen de prohibición absoluta a los acuerdos horizontales *intramarca*.

Las relaciones *intramarca* se observan en dos ámbitos. En primer lugar, cuando un productor celebra contratos con minoristas para establecer una red de distribución de sus productos (véase diagrama 1). Es el caso de una empresa transnacional automotriz que suscribe contratos de distribución con dos o más concesionarios independientes para la reventa de sus automóviles en un país determinado.

En segundo lugar, se observa entre distribuidores del producto, cuando se genera entre ellos una competencia *intramarca* tanto por precio como por otras condiciones comerciales no relacionadas con él (véase diagrama). Sin embargo, por lo general el proveedor preferirá limitar la competencia sobre precios mediante la fijación de un precio mínimo de reventa minorista, con el propósito de promover la competencia *intramarca* en servicios pre y posventa entre sus distribuidores, lo que, eventualmente, podría redundar en un incremento en la venta del producto de la marca.

En este contexto, puede ocurrir que dos distribuidores de la misma marca de producto celebren acuerdos horizontales o realicen prácticas concertadas con el propósito de restringir o limitar la competencia *intramarca* entre ellos. Así, por ejemplo, dos empresas distribuidoras podrían celebrar acuerdos para repartirse zonas geográficas, o podrían acordar restringir el número de servicios posventa (limitar la producción de sus servicios) o el horario de atención al cliente a efectos de ahorrarse costos y perjudicar a los consumidores (fijar condiciones comerciales).

---

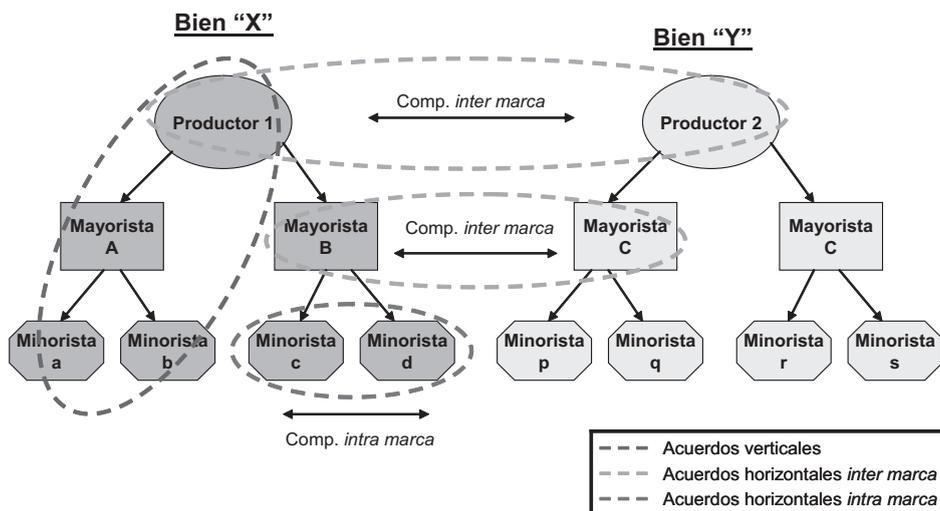
*la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:*

- 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”.*

Es indudable que esta clase de acuerdos entre distribuidoras de una misma marca son de naturaleza horizontal y podrían tener un objeto restrictivo de la competencia (en particular, el reparto de mercado), en tanto no sean complementarios o accesorios. Sin embargo, no les sería de aplicación la prohibición absoluta, debido a que la LRCA prescribe expresamente que este régimen comprenderá solo a las colusiones horizontales *inter marca*, pese a que una restricción horizontal *intramarca* podría ser tan perjudicial como la anterior. En este sentido, la autoridad de competencia deberá analizar los acuerdos horizontales *intramarca* bajo la regla de la prohibición relativa; es decir, no bastará que pruebe la existencia de la concertación, sino que debe acreditar además que esa conducta tiene o podría tener efectos perjudiciales para el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

En el diagrama 1 se muestran acuerdos horizontales *intermarca* e *intramarca*; de ahí, se puede colegir que ambos tienen la misma naturaleza restrictiva de la competencia.

**Diagrama 1**



Sin hacer una distinción entre acuerdos *intramarca* o *intermarca*, en la jurisprudencia europea se ha considerado que algunas modalidades de colusiones horizontales son tan perjudiciales para la competencia que caen automáticamente bajo los alcances del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; es el caso de los acuerdos de fijación de precios, de reparto de mercado,

cuota de producción o control de la demanda, etcétera. Sin embargo, tales acuerdos podrán ser considerados lícitos solo si las partes demuestran que caen dentro de los alcances del supuesto de excepción del artículo 101.3, esto es:

*“[...] que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:*

*a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*

*b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.*

En el supuesto de que la autoridad de competencia concluya que la práctica colusoria bajo investigación no tiene un objeto anticompetitivo, procederá a determinar si ésta tiene como efecto restringir la dinámica competitiva, lo que requerirá de un amplio análisis de las características del mercado concreto.

Lo recién señalado se desprende del caso *European Night Services vs. Comisión* (1998), en el cual el Tribunal de Primera Instancia consideró lo siguiente:

*“[...] este Tribunal recuerda con carácter preliminar que la valoración de un acuerdo con arreglo al apartado 1 del artículo 85 del Tratado debe tener en cuenta el marco concreto en el que produce sus efectos, y en particular el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los servicios contemplados en dicho acuerdo y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado [...] a menos que se trate de un acuerdo que suponga restricciones evidentes de la competencia como la fijación de precios, el reparto del mercado o el control de la demanda [...] En efecto, en este último caso, tales restricciones pueden compararse con los efectos supuestamente favorables a la competencia únicamente en el marco del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, con vistas a la concesión de una exención de la prohibición contenida en el apartado 1 del mismo artículo”.*<sup>54</sup>

<sup>54</sup> Sentencia del 15 de septiembre de 1998, en los Casos T-374/94. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994A0374:ES:HTML>>.

Lo considerado por los tribunales europeos ha sido, finalmente, recogido en las Directrices de la Comisión sobre la Aplicación del apartado 3 del artículo 81.º del Tratado de la Unión Europea a los Acuerdos de Cooperación Horizontal,<sup>55</sup> en el que se señala que:

*“[...] en algunos casos, la naturaleza de una cooperación hace que el [...] artículo 81 sea aplicable inmediatamente. Se trata de acuerdos cuyo objeto es limitar la competencia fijando precios, limitando la producción o repartiéndose los mercados o la clientela. Se presume que estas restricciones producen efectos negativos en el mercado. Por consiguiente, no es necesario examinar sus efectos reales sobre la competencia y el mercado para determinar que están comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81.*

*Sin embargo, muchos acuerdos de cooperación no tienen como objeto la restricción de la competencia. Por tanto, es necesario analizar los efectos del acuerdo. Para ello, no basta con que el acuerdo limite la competencia entre las partes. Es necesario también que pueda afectar a la competencia en el mercado en una medida tal que se pueda esperar que produzca efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la diversidad y calidad de los productos o servicios”.*

#### **IV. Impedir, restringir o falsear la competencia**

Luego de analizar en el acápite anterior el contenido de la frase “tener por objeto o efecto”, corresponde finalmente determinar qué se entiende por los vocablos “impedir, restringir o falsear” consignados en el artículo 11.1 de la LRCA, para lo cual se hará referencia a lo considerado en la doctrina y jurisprudencia europea, toda vez que el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tiene una redacción similar.

Al respecto, se ha señalado que la acepción normativa de esos vocablos hace referencia al grado o nivel de intensidad con el que determinada conducta podría afectar la competencia en el mercado. De esta manera, se afirma que el término “impedir” alude a la acción de eliminar o imposibilitar de manera absoluta la dinámica competitiva en el mercado mediante la concertación de voluntades, mientras que, por otro lado, el término “restringir” se referiría a una afectación de la competencia, pero en menor medida, sin llegar a eliminar o imposibilitar por

---

<sup>55</sup> Diario Oficial número C 3 del 6 de enero de 2001, pp. 2-30.

completo la competencia, sino solo una parte de ella. En este contexto, el término “falsear” ha sido entendido como una cláusula abierta aplicable a cualquier otra modalidad de afectación de la competencia que no pueda ser comprendida dentro de las acepciones “impedir” o “falsear”.<sup>56</sup>

Sin embargo, a efectos de que la autoridad de competencia concluya que se ha cometido una colusión horizontal, no es relevante que se determine concretamente si la afectación ha consistido en impedir, restringir o falsear la dinámica competitiva: su importancia se apreciará solamente al momento de la graduación de la sanción.<sup>57</sup>

Lo anterior se encuentra en línea con lo establecido en la LRCA, cuyo literal “c” del artículo 44.º establece que para determinar la gravedad de la infracción y, por ende, la multa aplicable, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI puede tener en consideración, entre otros, el criterio referido al alcance de la restricción de la competencia, es decir, la intensidad con que la infracción ha restringido la competencia en el mercado, sea eliminándola del todo o no.

## V. Comentarios finales

Como se puede observar, la jurisprudencia y doctrina europea han desarrollado en extenso cada uno de los elementos del tipo contenido en el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que, al ser idénticos a las modalidades de prácticas colusorias horizontales tipificadas en el artículo 11.1 de la LRCA, deberían ser tomadas en consideración cuando la agencia de competencia peruana aplique la LRCA a los casos de cárteles que investigue y sancione.

La utilidad de tener presente la jurisprudencia comparada europea en las actividades de *enforcement* contra los cárteles en el Perú, se observa, por ejemplo, en la aplicación de la teoría del “*single overall agreement*”, que ha servido para sancionar cárteles complejos y de larga duración, con periodos de tiempo en que el acuerdo podría haber estado ejecutándose y otros en que no. De esta manera se simplifica la labor probatoria de la agencia de competencia que podría derivar de un excesivo formalismo y que a la larga podría tener como consecuencia la impunidad de los cárteles.

---

<sup>56</sup> Galan, Eduardo, *op. cit.*, p. 188.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

Por otro lado, resulta importante el criterio aplicado en la Unión Europea respecto de los cárteles que tienen por objeto o efecto restringir la competencia. En particular, ello es de utilidad para deducir si los actos que tienen un objeto restrictivo son aquéllos que se encuentran dentro de la denominada prohibición absoluta normada en la LRCA y que han probado ser tan dañinos para la competencia que, por lo general, no aceptan justificación alguna. En la Unión Europea, se presume que este tipo de conductas colusorias tienen efectos negativos, de modo que no es necesario que la agencia de competencia realice un análisis sobre sus efectos en el mercado para concluir que se ha infringido el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sin embargo, aun en este supuesto, tal presunción es *iuris tantum*, en la medida en que se permite a los imputados probar que el acuerdo calza en el supuesto de excepción del artículo 101.3, por lo que la prohibición podrá declararse inaplicable al caso concreto. En cambio, en la normativa peruana existe una suerte de presunción *iuris et de iure*, toda vez que el régimen de prohibición absoluta da por sentado el efecto perjudicial para el mercado de algunas conductas de objeto restrictivo y, por ende, se desestima cualquier intento de defensa por parte de los imputados referido a que la conducta no tuvo efectos restrictivos o que, por el contrario, generó alguna eficiencia productiva o desarrollo técnico.

## Referencias

- BELLAMY, Christopher y CHILD Graham (1992). *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Editorial Aranzadi
- CONRATH W., Craig (1995). *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. Washington: World Bank.
- DIEZ, Fernando (2008) “Título I\_ De la Defensa de la Competencia, Capítulo I. De las conductas prohibidas”. En José Massaguer y José Manuel Sela Arquer. Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia. Primera Edición. Madrid: Editorial Thomson Civitas.
- FERNANDEZ, MIGUEL (2000). *La Competencia*. Primera reimpresión. Madrid: Editorial Alianza.
- GALAN, Eduardo (2005). “Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general”. En *Tratado de Derecho de la Competencia*. Barcelona: Editorial Bosch S.A.
- KOVACIC, William E. (1993). “The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws”. En *The Antitrust Bulletin*, número 1. Primavera.
- PASCUAL y VICENTE, Julio (2000). “Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia”. En *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero-febrero. Madrid.

VAN BAEL, Ivo y BELLIS, Jean-Francois (2005). *Competition Law of the European Community*. La Haya: Kluwer Law.

WHISH, Richard (2001). *Competition Law*. Reino Unido: Suffolk.