

## **TRATAMIENTO DE LA COLUSIÓN TÁCITA EN EL PERÚ: MARCHAS Y CONTRAMARCHAS<sup>1</sup>**

EDUARDO QUINTANA SÁNCHEZ<sup>2</sup>

### RESUMEN

En este trabajo se analiza el tratamiento legal y jurisprudencial de la colusión tácita en el Perú, explicando su racionalidad económica como comportamiento no cooperativo de un oligopolio y haciendo un paralelo con el concepto de posición de dominio conjunta utilizado en la Comunidad Europea. En particular, se discuten los argumentos de la jurisprudencia peruana para calificar la colusión tácita como un comportamiento potencialmente ilícito y se comenta los derroteros por los que puede avanzar su tratamiento bajo la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aprobada

- 
- 1 El presente artículo retoma un trabajo previo del autor titulado “Abuso de posición de dominio y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real?” y publicado en *Thémis Revista de Derecho*, N° 51, diciembre 2005 (Lima- Perú).
  - 2 Profesor de la maestría en Derecho de la Empresa y de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; profesor de la maestría en Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Asociado Senior de Lema, Solari & Santiváñez, Abogados.

en el Perú. Finalmente, se identifican algunas fórmulas efectivas para afrontar el problema de la colusión tácita sin calificarla como ilegal por sí misma.

**Palabras clave:** colusión tácita, oligopolio, prácticas que facilitan la colusión tácita, posición de dominio conjunta.

### ***TACIT COLLUSION IN PERÚ: PROGRESS AND SETBACKS***

#### *ABSTRACT*

*This paper analyses the legal and jurisprudential treatment of tacit collusion in Peru, explaining its economic rationality as non-cooperative oligopoly behaviour and making a comparison with the European collective dominant position concept. In particular, the paper discusses the reasons sustained by Peruvian jurisprudence to qualify tacit collusion as potentially illegal behaviour and comments the future treatment of tacit collusion under the new competition law approved in Peru. Finally, the paper identifies some effective ways to tackle the problem of tacit collusion without qualifying it as illegal per se.*

**Key words:** *Collective dominant position, oligopoly, tacit collusion, tacit collusion facilitating practices.*

## INTRODUCCIÓN

En el ámbito de las políticas de competencia se ha asumido usualmente que los oligopolios conllevan un riesgo inherente de colusión entre empresas rivales. Ello parte de la sospecha tradicionalmente planteada en el sentido de que cuanto menor es el número de empresas se reducen más los costos de transacción para que se pongan de acuerdo y eviten competir. Esta presunción está siendo discutida ya hace varios años por la literatura económica, sustentándose en la Teoría de Juegos, que propone que el oligopolio también puede generar resultados similares a los de competencia, pese a que las empresas participantes en el mercado no se enfrenten activamente.

Según la Teoría de Juegos el comportamiento de las empresas en un oligopolio hace que cada empresa busque maximizar su beneficio individual considerando cómo podrían actuar sus rivales, de manera que el comportamiento de todas resulta interdependiente. Partiendo de esta premisa, ciertos oligopolios no permiten que sus miembros se pongan de acuerdo y como consecuencia de ello tienen que competir, lo que lleva a que fijen precios menores. No obstante, la Teoría de Juegos también reconoce que en otros casos el oligopolio sí puede dar lugar a que los competidores actúen coordinadamente y produzcan resultados similares a los de un monopolio, es decir, que fijen precios por encima del nivel competitivo. Dentro de este segundo grupo, se distingue entre la denominada colusión explícita y lo que se ha venido a denominar la colusión tácita.

La colusión explícita se produce cuando las empresas miembros de un oligopolio tienen comunicación y/o contacto efectivo entre ellas que les permite coordinar su comportamiento a fin de dejar de competir. En términos legales este comportamiento se califica como acuerdos o prácticas concertadas y se denomina genéricamente como carteles. Por su parte, la colusión tácita supone que las empresas pueden ajustar su comportamiento al de sus rivales sin necesidad de contacto ni comunicación directa entre ellas. Esto es posible debido a las particulares condiciones del mercado que les permiten detectar oportunamente la desviación del comportamiento esperado y, además, hacen creíble que

aplicarán medidas de represalia frente a las desviaciones que de identifiquen. La respuesta legal frente a este comportamiento aún no se encuentra definida, existiendo planteamientos que señalan que no debería ser sancionado por ser una conducta racional y lógica en mercados con tales características.

En el ámbito jurídico existe un amplio debate sobre las características de la colusión tácita, sus consecuencias en el mercado y los eventuales remedios legales que podrían servir para hacerle frente. En la Comunidad Europea se viene debatiendo tanto en el ámbito académico como en el jurisprudencial cuál es el mecanismo más idóneo para enfrentar la colusión tácita, es decir, las normas de control de conductas —prohibiciones de acuerdos y prácticas concertadas o de actos de abuso de posición de dominio— o las de control de concentraciones empresariales. En particular, se ha tratado de enfrentar la colusión tácita a través del concepto de abuso de posición de dominio conjunta, partiendo del texto de las normas que señalan que una posición de dominio puede ser ostentada por una o más empresas en el mercado. En este punto, el debate se ha centrado en examinar la licitud de la colusión tácita —o de la posición de dominio conjunta— y, por ende, en definir si corresponde actuar *ex post* bajo el supuesto de que conducta sancionable (control de conductas) o, más bien, utilizar mecanismos de prevención *ex ante* (control de concentraciones).

En el Perú el debate aún se encuentra en una etapa muy incipiente, encontrándose pronunciamientos poco esclarecedores e incluso errados de parte de las autoridades encargadas de la aplicación de las normas de control de conductas. Estos pronunciamientos reproducen en parte el debate planteado en la Comunidad Europea. En particular, en lo referido al uso del concepto de posición de dominio conjunta como correlato de la colusión tácita y a la legalidad de esta figura, dado que la ley peruana también prohíbe los actos de abuso de posición de dominio llevados a cabo por una o más empresas. No obstante, el marco legal ha sido modificado recientemente (julio de 2008) desapareciendo la referencia al abuso de posición de dominio conjunta, lo que también puede dar un giro relevante a la discusión.

Este trabajo busca exponer las dificultades que la colusión tácita plantea para las políticas de competencia y luego discutir críticamente la forma más idónea de enfrentar los resultados que dicha figura puede ocasionar en el mercado. Para ello se describen las ideas económicas que explican el fenómeno de la colusión tácita. Luego, se analiza con detalle la evolución de la figura de la colusión tácita a la luz de la jurisprudencia más relevante que ha emitido la Comunidad Europea, haciendo énfasis en el desarrollo de su relación con el concepto de posición de dominio conjunta. Asimismo, se estudia las líneas argumentales de la jurisprudencia peruana en la materia, indicando sus semejanzas o diferencias con la experiencia europea, así como los riesgos derivados de asumir una posición errada al respecto. De igual manera, se plantean los comentarios correspondientes sobre la nueva ley de represión de conductas anticompetitivas que ha sido recientemente aprobada en el Perú. Por último, se plantean algunas consideraciones finales sobre las medidas que podrían considerarse para hacer frente a los efectos derivados de la colusión tácita.

## 1. EL PROBLEMA DEL OLIGOPOLIO Y LA COLUSIÓN TÁCITA<sup>3</sup>

En el análisis de las políticas de competencia se utilizan los modelos de competencia perfecta y de monopolio como paradigmas teóricos para comparar los resultados que arrojan las distintas estructuras de mercado

3 Esta sección se sustenta en los planteamientos de: BISHOP, S. y WALKER, M. *Economics of E.C. Competition law: concepts, application and measurement* (London, Sweet and Maxwell, 1999), pp. 22-27 y 79-86. BRIONES, JUAN. “Oligopolistic Dominance: Is there a Common Approach in Different Jurisdictions? A review of Decisions Adopted by the Commission under the Merger Regulation”, en: *European Competition Law Review* 6 (1995), pp. 342-347. IVALDI, JULLIEN, REY *et al.* *The Economics of Tacit Collusion* (Final Report for DG Competition, European Commission, 2003), pp. 11-57. MOTTA, MASSIMO. *Competition Policy, Theory and Practice* (New York, Cambridge University Press, 2004), págs. 137-156. NIELS, GUNNAR. “Collective dominance: more than just oligopolistic interdependence”, en: *European Competition Law Review*, N° 5 (2001), pp. 168-172. PHLIPS, LOUIS. *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective* (Glasgow, Cambridge University Press, 1995), pp. 1-20. STROUX, SIGFRID. “Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?”, en: *World Competition* 23 (1) (2000), págs. 7-13.

existentes. Bajo la competencia perfecta las firmas son demasiado pequeñas como para preocuparse por el poder relativo de sus rivales y saben que individualmente no pueden afectar el precio de mercado. Por el contrario, el monopolio no enfrenta competencia, de modo que no tiene que preocuparse por cómo se comportarían sus rivales.

Entre ambos paradigmas se encuentra el oligopolio, cuya característica básica es un número reducido de empresas competidoras que son mutuamente interdependientes en su actuar. Esta es la estructura de mercado más común en los hechos, pues en los mercados reales las empresas sí deben tener en cuenta las posibles decisiones de sus rivales al momento de definir su propia estrategia comercial, en tanto que deben adoptar simultáneamente sus decisiones de precios o cantidades a producir y son conscientes de que tales decisiones influirán en las que puedan adoptar sus competidores.

Tradicionalmente se ha considerado que cuanto más reducido es el número de empresas habrá menor competencia, y viceversa. Ello porque se ha asumido que los oligopolios llevan consigo casi naturalmente el riesgo de colusión entre los competidores, puesto que al ser menos tienen mayores posibilidades de ponerse de acuerdo para no competir. Así, la colusión implica un comportamiento coordinado entre los rivales, que es consecuencia de haber decidido no competir y de aprovechar el poder de mercado que logran como conjunto para fijar condiciones de venta iguales o muy similares, impidiendo que los clientes puedan elegir entre distintas alternativas. El resultado de este comportamiento es similar al de un monopolio. Lo importante para efectos del presente estudio es que tradicionalmente las políticas de competencia han dado por hecho que los mercados con características de oligopolio ofrecen mayores oportunidades para prácticas de colusión, asumiendo que el menor número de empresas reduce los costos de transacción para que los competidores se pongan de acuerdo<sup>4</sup>.

---

4 LOUIS PHILIPS plantea en los siguientes términos los supuestos usuales de las políticas de competencia: “(...) la presunción implícita parece ser que el único equilibrio oligopólico concebible es la colusión. Si los precios no se mueven, debe haber un equilibrio colusivo. Si los precios se mueven simultáneamente o casi simultáneamente, esto debe ser un movimiento de un equilibrio colusivo a otro. Si

Sin embargo, el oligopolio también puede dar lugar a un resultado similar al de competencia, pese a que las empresas participantes en el mercado no se enfrenten activamente. En efecto, la Teoría de Juegos muestra que un oligopolio puede producir un resultado similar al previsto cuando varias empresas compiten agresivamente en el mercado. De ello se deriva que no sea correcto asumir que el resultado del oligopolio siempre será la colusión.

Basándose en el denominado Equilibrio de Nash<sup>5</sup>, la Teoría de Juegos no cooperativos plantea el siguiente escenario bajo la lógica del “dilema del prisionero”<sup>6</sup>. Las empresas A y B, que conforman un oligopolio, deben decidir si fijan un precio alto o bajo. En la siguiente matriz de pagos se muestran los resultados que podrían arrojar sus decisiones, identificándose los beneficios que obtendrían o las pérdidas que sufrirían en cada caso según la decisión que adopten.

---

*una empresa cambia su precio y las demás la siguen inmediatamente o casi inmediatamente, esto debe interpretarse como una reacción defensiva para mantener las cuotas de mercado acordadas. Consecuentemente, la competencia entre oligopolistas sólo es posible a través de (lo que los teóricos de los juegos llaman) hacer trampa. Por ello la trampa debe ser incentivada por todos los medios y el mejor incentivo es crear o mantener información imperfecta entre los competidores”* (traducción libre). Competition Policy: A. GAME ..., *op. cit.*, pág. 10.

- 5 En términos muy simplificados, el equilibrio de Nash supone que cada empresa actúa en el mercado de modo que maximiza sus ganancias tomando como dado el comportamiento de las demás empresas, de modo que ninguna de ellas considera beneficioso actuar de otra manera, considerando la forma en que las otras se comportarán.
- 6 La concepción del dilema del prisionero parte de la idea de dos detenidos interrogados separadamente y que se encuentran ante la disyuntiva de confesar el crimen o guardar silencio, tomando en cuenta lo que el otro podría hacer. Si uno de ellos confiesa, estaría delatando al otro. Mientras que si ambos guardan silencio podrían tener una opción de quedar libres si no hay otras pruebas que los incriminen. Este dilema se traslada al comportamiento de las empresas que conforman un oligopolio y a las decisiones que pudieran adoptar.

**Empresa B**

		Empresa B	
		Precio alto	Precio bajo
Empresa A	Precio alto	15	0
	Precio bajo	40	5

**Equilibrio de Nash**  
**("competencia")**

Tomando en cuenta los posibles resultados de la decisión individual de cada empresa, ambas deberían preferir el escenario en que las dos fijan un precio elevado frente a aquel en que establecen un precio bajo, pues en el primero las dos obtendrían ganancias de 15 (cuadrante superior izquierdo). Pero si, por ejemplo, la empresa A fijara un precio elevado, la mejor alternativa para la empresa B no sería cobrar también un precio elevado, sino más bien fijar un precio bajo, pues así atraería mayor clientela y vendería más unidades, logrando una ganancia de 40, mientras que su rival no obtendría ganancias (cuadrante superior derecho). De igual forma, si la empresa B fijara un precio elevado, la empresa A podría establecer un precio más bajo, para ganar 40 y dejar a su competidora sin ganancia alguna (cuadrante inferior izquierdo). Si las empresas saben que si fijan un precio elevado el competidor fijará un precio bajo para llevarse todas las ganancias, buscarán fijar un precio bajo, de manera que al final ambas obtengan al menos una ganancia de 5 cada una (cuadrante inferior derecho).

El ejercicio anterior explica la interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio y muestra que pese a que las empresas preferirían cobrar un precio elevado, la incertidumbre de que una de ellas no fije su precio en ese nivel, las lleva a cobrar un precio bajo para evitar el riesgo de quedarse sin ganancias. De esta forma, un oligopolio puede dar lugar a los mismos resultados que se producirían

bajo una situación de competencia agresiva entre un gran número de empresas rivales, aún cuando los miembros del oligopolio no parezcan competir activamente. Así, no competir agresivamente deja de ser consecuencia de una estrategia de colusión y se convierte en parte de una lógica en que cada empresa maximiza su beneficio considerando cómo podrían actuar sus rivales.

Conforme a lo señalado hasta este momento, lo más relevante al aplicar las políticas de competencia no es dar por sentado que un oligopolio produce siempre colusión entre los competidores, sino más bien considerar que solamente bajo determinadas circunstancias la interdependencia propia de una situación de oligopolio facilita la existencia de comportamientos de colusión.

### 1.1. COLUSIÓN EXPLÍCITA Y COLUSIÓN TÁCITA

Los tres principales elementos para hacer sostenible y creíble un esquema de colusión entre competidores, son los siguientes:

- Que tengan acceso a información sobre las condiciones de venta que aplicarán sus rivales (cantidades, precios, etc.).
- Que puedan determinar si dichas condiciones de venta fueron aplicadas efectivamente en los hechos.
- Que cuenten con algún mecanismo de “sanción” frente a aquellos que pretendan desviarse del comportamiento pactado o esperado<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Los acuerdos entre competidores generan incentivos para que sus miembros se desvíen de lo pactado, debido a que hacer trampa siempre es una opción atractiva. Considérese, por ejemplo, que en una industria compiten cuatro empresas, el precio se fija en S/. 6,00 y la producción total es de 18.000 unidades. Vía un reparto de cuota de producción las empresas pactan que cada una producirá solamente 3.500 unidades —pese a que tienen capacidad instalada para producir más— de modo que la oferta se restrinja en 4.000 unidades para fijar un precio de S/. 10,00 por unidad. Si una de ellas hace trampa y veladamente ofrece un precio de S/. 8,00 incrementaría notoriamente su nivel de ventas a costa de las demás empresas. Supóngase que

Los dos primeros elementos permiten que los participantes decidan su estrategia comercial acorde con lo pactado o esperado de sus rivales, e identifiquen si alguno de ellos “hace trampa” aplicando condiciones distintas. El tercer elemento sirve como amenaza para que todos respeten las condiciones pactadas o las que se esperaría que apliquen, garantizándose así que dichas condiciones den resultados beneficiosos para todos<sup>8</sup>.

Si las empresas pueden crear las condiciones para que el flujo de información sea el adecuado y exista la referida amenaza, la probabilidad de que el oligopolio genere comportamientos anticompetitivos es mayor, pues la colusión resulta sostenible. Por esta razón, las políticas de competencia persiguen y sancionan los acuerdos, las concertaciones t en general los carteles de competidores —como se les conoce en términos legales— pues a través de estos mecanismos las empresas intercambian información relevante sobre las condiciones de venta, coordinan su comportamiento, e identifican a quienes no cumplen lo

---

dicha empresa llega a vender 12.000 unidades: 3.500 que le correspondían según el acuerdo; 6.500 que compraron los clientes de los otros miembros del acuerdo, atraídos por el menor precio; y 2.000 que compraron algunos de los clientes que habrían dejado de ser atendidos como consecuencia de la supuesta reducción de la oferta en 4.000 unidades. De este modo, la empresa que incumplió el acuerdo tendría ingresos de S/. 96.000 mientras que bajo el acuerdo solamente hubiera recibido S/. 35.000. De otro lado, las otras tres empresas que cumplieron estrictamente lo pactado, produciendo únicamente 3.500 unidades cada una y ofreciéndolas a S/. 10,00, solamente llegarían a vender 4.000 unidades, perdiendo más del 60% de los ingresos que les habría correspondido según el acuerdo y quedándose con un stock de 6.500 unidades.

- 8 Si no existe forma de identificar quién incumple lo pactado ni se cuenta con un mecanismo creíble de castigo, la posibilidad de éxito de cualquier acuerdo se diluye, pues los incentivos a hacer trampa y los beneficios esperados de incumplir lo pactado siempre serán mayores que el riesgo de ser detectado y sancionado. Por ello, los mecanismos de represalia deben constituir una amenaza suficientemente creíble como para disuadir a aquellos miembros que podrían verse tentados a hacer trampa. Así, por ejemplo, bajo un esquema de colusión por el que las empresas se reparten el mercado geográficamente o por clientes, de modo que ninguna entra en la zona o en el segmento de las otras, el riesgo de que todas entren a competir solamente en la zona o el segmento de aquel que incumplió con la asignación pactada, puede resultar un mecanismo de represalia muy convincente y disuasivo.

pactado, diseñando además mecanismos de represalia contra estos últimos.

Este *comportamiento oligopólico cooperativo* entre competidores, a través de mecanismos de intercambio de información y organización de actividades, se conoce en términos económicos como *colusión explícita*, en tanto supone comunicación o contacto efectivo entre los participantes.

Ahora bien, al momento de explicar los resultados del oligopolio bajo la lógica del dilema del prisionero se señaló que lo óptimo para las empresas sería que ambas cobren un precio elevado, para así obtener mayores ganancias, pero que debido a los incentivos de ofrecer precios menores y al riesgo de que sólo una de ellas lo haga, las dos terminan fijando un precio menor. La interrogante es entonces si existe la posibilidad de que las empresas terminen fijando un precio elevado (cuadrante superior izquierdo de la matriz de pagos) sin comunicación o contacto efectivo entre ellas, es decir, sin incurrir en una situación de colusión explícita.

La respuesta es afirmativa. En efecto, el ejercicio con la matriz de pagos antes mencionado considera que la toma de decisiones se da una sola vez, como si las empresas sólo se enfrentaran una vez en el mercado y solamente en esa oportunidad definieran su estrategia de precios. Sin embargo, en los hechos las empresas se encuentran repetidamente en el mercado y cada vez deben decidir el precio que cobran. Así, continuamente pueden ocurrir desvíos, ser castigados y luego perdonados, de manera que aquel que se desvía sufre el castigo de sus rivales dentro del oligopolio y luego éstos pueden perdonarlo y tratar de volver al arreglo implícito que se incumplió.

Para que lo anterior pueda suceder, se requiere que la estructura y características del mercado permitan la presencia de los tres elementos antes señalados, pero sin que exista comunicación o contacto efectivo entre los competidores. Esto es, que los flujos de información sean suficientes para que cada empresa anticipe individualmente el comportamiento de sus rivales y para que luego identifique si éstos se comportaron según lo esperado; y además que exista la amenaza de represalia para los que pretendan desviarse del comportamiento

esperado, sin necesidad de que los competidores se pongan de acuerdo para ello.

Recuérdese que el oligopolio crea interdependencia entre sus miembros y si éstos pueden anticipar con suficiente grado de certeza cuál será el comportamiento de sus rivales y, además, pueden verificar si su comportamiento fue el esperado, la probabilidad de que fijen precios más elevados sin comunicarse directamente se incrementa. Esto sucede cuando el mercado presenta gran transparencia en cuanto a flujos de información sobre las condiciones de venta aplicadas.

No obstante, aún bajo tal supuesto, cada empresa tendría incentivos para “hacer trampa” y desviarse del comportamiento esperado por sus rivales, fijando un precio distinto al esperado. Por ello, también se requeriría que puedan adoptarse medidas de represalia contra cualquiera que actúe en forma distinta a la pronosticada, de modo que todas sean conscientes de que desviarse resultaría bastante costoso. Para que el mecanismo de represalia sea creíble, sin necesidad de que haya contacto o comunicación entre los competidores, es necesario que tal mecanismo se sustente en métodos del propio mercado, esto es, por ejemplo, que exista la posibilidad de iniciar una guerra de precios dirigida contra el que decidió “hacer trampa”. Identificar si tal mecanismo de sanción es viable resulta complejo, pues su utilización también afectaría las ganancias de los competidores que lo aplican, por lo cual tendrían que estar dispuestos a recurrir a tal herramienta.

Un ejemplo que se menciona es el de dos estaciones de servicio y venta de combustibles (denominadas “grifos” en el Perú), que se encuentran ubicadas a poca distancia —por ejemplo, una frente a otra en una vía de doble tránsito—, que venden combustibles de características homogéneas, tienen capacidad instalada disponible similar y no enfrentan la posibilidad de ingreso de competidores adicionales en esa zona. Adicionalmente, los grifos cuentan con una suerte de monopolio geográfico en cierto número de cuadras a la redonda, por lo que la competencia en el área correspondiente se limita a ambos. Finalmente, se tiene que por disposición del marco legal peruano los grifos deben publicar en lugares visibles los precios que cobran y actualizarlos inmediatamente ante cualquier modificación.

Bajo tal escenario, el mercado tendría condiciones que limitarían la posibilidad de competencia potencial y, además, presentaría fluidez de información, lo cual permitiría que cada grifo anticipe los precios de su rival y luego verifique si los aplicó efectivamente. Además, ambos grifos podrían reducir casi inmediatamente sus precios frente a cambios en el comportamiento esperado de su rival, con lo que la amenaza de sanción (inminencia de una guerra de precios) resultaría creíble. En consecuencia, la probabilidad de que ambos grifos ajusten sus precios llevándolos hacia el nivel más óptimo para ambos, es decir, que fijen un precio alto, se incrementaría.

**Colusión tácita**

**Empresa B**

		Empresa B	
		Precio alto	Precio bajo
Empresa A	Precio alto	15	40
	Precio bajo	40	5

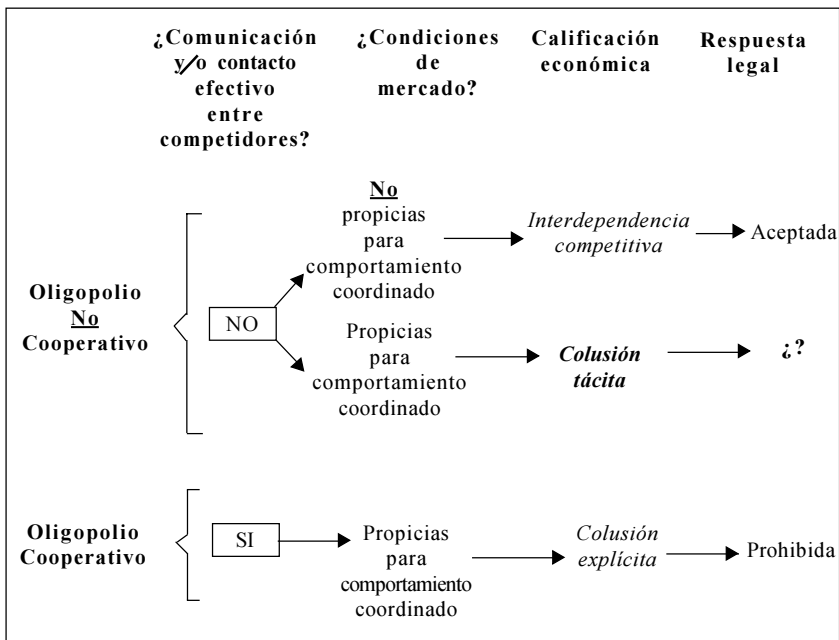
En virtud de lo anterior, cuando un competidor puede ajustar su comportamiento al de sus rivales sin necesidad de contacto ni comunicación directa con ellos, se trata de un *comportamiento oligopólico no cooperativo* que produce la denominada *colusión tácita*. A diferencia de la colusión explícita, la colusión tácita se sustenta únicamente en que el mercado por sí mismo permita detectar oportunamente la desviación del comportamiento esperado y hace creíble que se aplicarán medidas de castigo frente a cualquier desviación.

Aceptando que los oligopolios no cooperativos pueden dar lugar a colusión tácita, la interrogante que queda es cómo escogen los miembros del oligopolio el precio elevado que les conviene. La ausencia de comunicación o contacto entre ellos hace más complicada la

coordinación de comportamientos para elegir el precio a cobrar. En efecto, utilizar las señales de mercado para indicar la intención de coordinar un precio colusivo no sólo puede ser complicado sino también costoso.

Por ejemplo, si un competidor decide que el precio de colusión debe ser mayor y eleva el suyo como señal, puede perder mercado en el periodo de adaptación hasta que el rival también incremente su precio. De otro lado, si un competidor considera que el precio de colusión debe ser un poco menor y reduce el suyo, el rival puede considerarlo como una desviación y aplicarle el mecanismo de sanción, originándose una guerra de precios.

En consecuencia, si bien la colusión tácita es un resultado probable del oligopolio cuando el mercado presenta características propicias para el desarrollo de dicho comportamiento, debe tenerse en cuenta que alcanzarla implica un proceso complejo y costoso de adaptación. En el siguiente cuadro se clasifican los resultados del comportamiento oligopólico, según la conducta de los competidores, las características del mercado y la respuesta legal que correspondería:



## 1.2. CARACTERÍSTICAS DE MERCADO PROPICIAS PARA LA COLUSIÓN TÁCITA

Como se ha señalado, la colusión tácita es sostenible debido a que las propias características del mercado permiten que sin necesidad de comunicación o contacto los competidores ajusten su comportamiento al de sus rivales, dando un resultado similar al de los acuerdos o concertaciones. Sin embargo, no todos los mercados donde existe un oligopolio y, por tanto, donde los competidores son interdependientes entre sí, resultan propicios para que se produzca un resultado de colusión tácita. Según se ha explicado, el resultado del oligopolio también podría ser uno similar al de competencia, si los competidores fijan precios bajos ante la incertidumbre de cómo actuarán los rivales.

Así las cosas, la estabilidad de un esquema de colusión tácita depende de los beneficios de ajustar mutuamente el comportamiento frente a los beneficios de desviarse del comportamiento esperado. Si el engaño puede descubrirse fácilmente y se cuenta con la posibilidad de aplicar medidas de represalia, los incentivos para la colusión son mayores y viceversa.

Por ello, corresponde definir cuáles son los factores que llevan a que determinados mercados sean más propicios que otros para sostener un esquema de colusión tácita. A continuación se detallan sucintamente los principales elementos que facilitan la colusión tácita.

### 1.2.1. FACTORES ESTRUCTURALES DEL MERCADO

Las características estructurales del mercado pueden ser más o menos propicias para que se produzca una colusión tácita. Son diversos los factores que inciden en ello, como por ejemplo:

- Barreras de acceso al mercado. Si el resultado de la colusión tácita es que se eleven los precios, esta situación podría atraer a nuevos agentes que advierten la posibilidad de beneficiarse ofreciendo precios menores en el mercado, lo cual podría poner en riesgo el esquema de colusión. Por ello, si es difícil que ingresen nuevos actores al mercado por las barreras de acceso existentes, los

participantes en la colusión tendrán mayor garantía de que no habrán rivales que perturben el arreglo implícito al que se ha llegado.

- Concentración del mercado y simetría entre las empresas. Si el mercado se encuentra concentrado y las empresas son simétricas en términos de capacidad de producción, costos, variedad de productos y/o cuotas de mercado, habrá mayor probabilidad de coordinación entre ellas.
- Naturaleza del producto y estabilidad del mercado. Si el producto es homogéneo (es decir, no existen muchos elementos de diferenciación, tales como marcas u otros, que generen fidelidad del cliente) y se trata de un mercado maduro en que no hay mucho lugar para mayores desarrollos o innovación constante, los incentivos para que los agentes compitan se reducen y ello permite que las empresas ajusten su comportamiento entre sí.
- Poder de los compradores. Los compradores de gran importancia pueden hacer uso de su poder de negociación para promover competencia entre las empresas, por ejemplo, concentrando sus compras en una sola de ellas de modo que las otras traten de ganar su preferencia. Inclusive, ese tipo de compradores puede tentar a alguna de las empresas a integrarse con ellos si es que prevén que éstas pueden entrar en un esquema de colusión tácita. En tal sentido, es más probable que la colusión tácita pueda mantenerse si los compradores no son poderosos.

Se mencionan también algunas características adicionales, tales como el nivel de crecimiento de la demanda o las fluctuaciones y ciclos de negocio, pero su incidencia sobre la probabilidad de implementación de un esquema de colusión tácita se encuentra en debate.

### 1.2.2. TRANSPARENCIA DE PRECIOS E INFORMACIÓN

Cuando las transacciones en el mercado se realizan de modo que no se hacen públicos los términos de contratación o las negociaciones previas, los competidores pueden modificar su comportamiento sin que sus rivales lo adviertan muy fácilmente. Por ejemplo, pueden decidir un incremento de la producción frente a los requerimientos de un cliente de importancia o el otorgamiento de descuentos frente a pedidos por mayor volumen al esperado. Así, cuanto menos observables sean las condiciones de venta aplicadas por las empresas, más difícil es que las empresas ajusten su comportamiento al de las demás sin contacto o comunicación directa entre ellas.

Por tal motivo, entre los principales elementos que posibilitan la colusión tácita se encuentra la transparencia del mercado, que permite inferir a los competidores cuál será el comportamiento de sus rivales. Si con la observación del mercado y de su evolución se puede identificar el comportamiento de los agentes y monitorear si tiene cambios bruscos o no esperados, es más fácil que los competidores ajusten su comportamiento entre ellos y lleguen a un arreglo implícito. La existencia de flujos de información adecuados sobre precios, volúmenes de venta, tendencias del mercado, etc. permite definir a cada actor, por ejemplo, si mantiene los precios vigentes o si introduce alguna modificación en los mismos para mantener el equilibrio con los demás participantes. Asimismo, esa información permite detectar si alguno de los participantes está actuando fuera de lo esperado, a fin de aplicar a tiempo las medidas de represalia correspondientes.

La transparencia no supone únicamente que las condiciones comerciales aplicadas sean observables por los competidores, sino que lo sean con suficiente detalle y oportunamente, a efectos de que cada uno adopte las decisiones correctas sobre el precio a cobrar o las cantidades a producir. El nivel de desagregación es relevante en la medida que permite evaluar mejor las tendencias del mercado y las condiciones aplicadas por el competidor en cada transacción. Así, por ejemplo, es bastante más complicado identificar el precio unitario de venta de los demás si la única información que fluye está consolidada y

agrupada en rubros muy amplios. De otro lado, el momento en que se accede a la información en referencia podría resultar decisivo para que un esquema de colusión tácita funcione. Si usualmente la información se obtiene con retraso el ajuste mutuo del comportamiento de las empresas podría fracasar<sup>9</sup>.

Finalmente, debe señalarse que aún si existe suficiente transparencia en el mercado las condiciones estructurales del mismo podrían no ser propicias para que los competidores acomoden implícitamente su accionar y, más bien, generar incertidumbre sobre la evolución del mercado impulsándolos a competir.

## 2. CONTROL DEL COMPORTAMIENTO OLIGOPÓLICO Y DE LA POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Como se sabe, las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Europea tuvieron su primer y más amplio desarrollo con el denominado control de conductas, incluyendo tanto la prohibición de acuerdos o prácticas concertadas entre competidores (artículo 81 del Tratado de Roma), como la prohibición de actos de abuso de posición de dominio (artículo 82 del Tratado de Roma). Más adelante, en particular desde 1989, también se incursionó en el campo del control de estructuras, es decir, de la autorización previa de fusiones y adquisiciones de empresas (Reglamento (CE) 139/2004, sobre control de las concentraciones entre empresas, que sustituyó el Reglamento (CEE) 4064/89, modificado por el Reglamento (CE) 1310/97).

El tema de la colusión tácita ha sido considerado en los tres ámbitos de las normas de defensa de la competencia comunitarias antes

---

9 Consideréese, por ejemplo, la información que suelen publicar las asociaciones de comercio sobre precios, cantidades producidas, niveles de capacidad y otros aspectos de la industria. Aún cuando dicha información tenga el detalle suficiente, si existe un retraso considerable entre la publicación y el momento efectivo en que se realizaron las transacciones a las que dicha información se refiere, ésta podría dejar de ser útil para sostener un esquema de colusión tácita.

mencionados, evaluándose y discutiéndose si dichas normas constituyen mecanismos idóneos y efectivos para enfrentar los resultados del comportamiento oligopólico no cooperativo. Más aún, en los últimos años ha concitado un importante debate definir en qué medida el concepto de posición de dominio conjunta permite enfrentar la colusión tácita. Dicho concepto ha sido utilizado con distintos niveles de éxito tanto al aplicar la prohibición de actos de abuso de posición de dominio, como para el control de concentraciones empresariales. A continuación se presenta la evolución del tema en cada ámbito.

## 2.1. PROHIBICIÓN DE ACUERDOS Y PRÁCTICAS CONCERTADAS ENTRE COMPETIDORES (ARTÍCULO 81)

El primer ámbito en que la Comunidad Europea debatió la aplicación de las normas de libre competencia frente al comportamiento oligopólico no cooperativo o colusión tácita, fue el de la prohibición de acuerdos y prácticas concertadas prevista por el artículo 81 del Tratado de Roma (previamente artículo 85)<sup>10</sup>.

Como ya se ha señalado, la colusión tácita parte del supuesto de que los competidores asumen una línea común de acción sin que exista comunicación o contacto efectivo entre ellos. En términos legales, y particularmente en materia de prueba de acuerdos o prácticas concertadas entre competidores, el comportamiento similar entre las empresas del mercado, ya sea en cuanto al establecimiento de precios

---

10 Tratado de Roma

Artículo 81. “Se encuentran prohibidos y son incompatibles con el mercado común todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados Miembros y que tengan como objetivo o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia dentro del mercado común. En particular aquellas que: a) fijen directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones; b) limiten o controlen la producción, los mercados, el progreso técnico o la inversión; c) repartan mercados o fuentes de suministro; (...)”.

u otras condiciones así como a la modificación de las mismas en el tiempo, suele denominarse paralelismo de conductas. El interrogante era entonces si el paralelismo de conductas —entendido como colusión tácita— podía considerarse prueba suficiente para identificar, y eventualmente sancionar, una práctica concertada.

### 2.1.1. *DYESTUFFS*

El primer caso de importancia en que se trató esta materia fue el cartel de los colorantes (conocido como el caso *Dyestuffs*). La Comisión Europea sancionó por concertación a 10 empresas productoras de tinte de anilino que habían venido elevando consecutiva y uniformemente sus precios hasta en tres oportunidades en distintos países de la Comunidad Europea. El Tribunal Europeo de Justicia confirmó esta decisión considerando que el número de productores indicaba que no se trataba de un mercado oligopólico, por lo que era de esperar que hubiera competencia en el mercado. Por ello, resultaba inexplicable que todos los productores hubieran incrementado sus precios en un período de sólo 2 ó 3 días, sin que ello fuera consecuencia de una concertación previa. Más aún, cuando el anuncio anticipado de los incrementos eliminaba la incertidumbre entre los competidores acerca del precio que se aplicaría en el futuro<sup>11</sup>.

Autores como RENE JOLIET y VALENTINE KORAH sugirieron en aquella época que la interpretación del Tribunal sobre el concepto de práctica concertada resultaba tan amplia que podría abarcar inclusive el simple paralelismo de conductas. Sin embargo, no debe olvidarse que la Comisión encontró evidencia relevante sobre contacto directo e indirecto entre las partes. Existía una inexplicable similitud e incluso igualdad en el texto (frases idénticas) de las órdenes de venta de los productores, pese a haber sido enviadas en diferentes países, en el mismo día y hasta a la misma hora. Asimismo, se contaba con registros de reuniones entre los productores, donde se discutían no sólo los

---

11 ICI v. Commission, Casos 48, 49, 51-57/69 (1972).

precios a aplicar, sino también las fechas en que se pretendía anunciar los incrementos<sup>12</sup>.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Europeo de Justicia señaló que “*el comportamiento paralelo no debería identificarse por sí mismo como una práctica concertada*”, aunque el mismo podría ofrecer “*una fuerte evidencia de tal práctica si lleva a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, considerando la naturaleza de los productos, el tamaño y número de empresas, y el volumen del mercado en cuestión*” (traducción libre)<sup>13</sup>.

En casos posteriores, el Tribunal Europeo de Justicia señaló que en ausencia de pruebas sobre contacto directo o indirecto entre los competidores, éstos podían adaptar su conducta como una respuesta inteligente frente al comportamiento de sus rivales, sin que ello fuera una infracción al artículo 81 del Tratado de Roma<sup>14</sup>. Con esto se admitía la validez del denominado comportamiento “líder-seguidor”, pues el Tribunal aceptaba que en determinados mercados podía existir una suerte de liderazgo “barométrico” en la aplicación de precios.

### 2.1.2. *WOOD PULP*

No obstante, el caso del cartel de la pulpa de madera (conocido como el caso *Wood Pulp*) es el que sentó el precedente más importante en esta materia. La Comisión Europea concluyó que 43 productores de sulfato de pulpa de madera de Canadá, Estados Unidos y Finlandia habían incurrido en concertación de precios. Según la Comisión el mercado no era oligopólico pues había muchos competidores y la

---

12 Autores citados y luego refutados por JONES, A. y SUFRIN, B. *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*. (Gran Bretaña, Oxford University Press, 2004), págs. 819-820.

13 *ICI v. Commission*, Casos 48, 49, 51-57/69 [1972], párrafo 66.

14 *Suiker Unie UA v. Commission*, Casos 40-48, 50, 54-56, 111 y 113-114/73 [1975], párrafo 174. *Zuchner v Bayerische Vereinsbank*, Caso 172/80 [1981], párrafo 14.

transparencia existente había sido creada artificialmente por los competidores a través de una política de intercambio de información basada en el anuncio de precios por adelantado.

El Tribunal Europeo de Justicia encargó la elaboración de dos informes a expertos economistas, para que analizaran el mercado de pulpa de madera y la evidencia encontrada por la Comisión. Sustentándose en dichos informes, el Tribunal revocó la decisión de la Comisión en su mayor parte.

Según el Tribunal, la política de anuncio trimestral de los precios no eliminaba la incertidumbre entre los productores sobre los precios que efectivamente aplicarían sus rivales y, de otro lado, existían explicaciones alternativas para el paralelismo encontrado en el anuncio de precios. En cuanto a la transparencia del mercado, se determinó que la información se encontraba disponible sin mayor restricción porque los mismos compradores se comunicaban entre ellos los precios existentes y, además, algunos agentes de venta actuaban en nombre de varios productores por lo que contaban con los precios de todos ellos y podían compararlos. Asimismo, se concluyó que, pese al número de empresas involucradas, el mercado sí presentaba las características de un oligopolio. La argumentación del Tribunal fue la siguiente:

“70. Dado que la Comisión no cuenta con documentos que permitan concluir directamente la existencia de una concertación entre los productores en cuestión, es necesario examinar si el sistema de anuncio trimestral de precios, la simultaneidad o casi simultaneidad de los anuncios de precios y el paralelismo de anuncios de precios hallados desde 1975 hasta 1985 constituye evidencia firme, precisa y consistente de una concertación previa.

71. Al definir el valor probatorio de tales factores debe tenerse en cuenta que el paralelismo de conductas no puede considerarse como prueba suficiente de concertación, a menos que ésta constituya la única explicación posible para aquella conducta. Es necesario tener en mente que si bien el artículo [81] (...) prohíbe cualquier forma de colusión que distorsione la competencia, ello no priva a los operadores económicos del derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de sus competidores.

(...)

*126. Siguiendo ese análisis, debe señalarse que, en este caso, la concertación no es la única explicación posible para la conducta paralela. Para empezar, el sistema de anuncio de precios puede entenderse como una respuesta racional frente al hecho de que el mercado de pulpa constituye un mercado de largo plazo y a la necesidad de limitar los riesgos comerciales tanto para los compradores como para los vendedores. Adicionalmente, la similitud de las fechas de anuncios de precios puede ser el resultado del alto grado de transparencia del mercado, el mismo que no puede describirse como artificial. Finalmente, el paralelismo de precios y de tendencias de precios puede ser satisfactoriamente explicado por las tendencias oligopólicas del mercado y por las circunstancias específicas prevalecientes en ciertos períodos. Consecuentemente, el paralelismo de conductas encontrado por la Comisión no constituye evidencia de concertación” (traducción libre)<sup>15</sup>.*

Como se advierte, esta sentencia redujo casi totalmente la posibilidad de que el mero paralelismo de conductas —o la colusión tácita— constituya prueba suficiente de una práctica concertada, requiriéndose siempre algún tipo de intercambio de información entre los competidores o, al menos, reciprocidad en la comunicación de condiciones de venta entre ellos<sup>16</sup>.

Cabe mencionar que el Tribunal Europeo de Justicia dejó abierta la posibilidad de que el paralelismo de conductas constituyera prueba de una práctica concertada en aquellos casos en que no hubiera explicación alternativa plausible para ese comportamiento, salvo la existencia de una concertación previa. No obstante, siendo la regla en la Comunidad Europea que los competidores pueden adaptar inteligentemente su comportamiento en función al de sus rivales si tienen la capacidad de anticipar oportunamente cuál será su conducta, parece poco probable que la única explicación del paralelismo pueda ser una concertación<sup>17</sup>.

15 Ahlstrom OY and others V. Commission, Casos C 89, 104, 114, 116-117 y 125-129/85 [1993], párrafos 70, 71 y 126.

16 JONES, ALISON, “Wood Pulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism”, en: *European Competition Law Review* 14 (6) (1993). RODGER, BARRY. “Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly”, en: *European Competition Law Review* 1, 1995, pág. 24.

17 STROUX. “Is EC Oligopoly Control ...”, *op. cit.*, págs. 13-16.

En todo caso, si se pretendiera sostener que existe una concertación basándose únicamente en evidencia económica relacionada con el paralelismo de conductas, la carga de la prueba resultaría sumamente elevada y recaería en la autoridad de defensa de la competencia<sup>18</sup>.

De esta manera, en la Comunidad Europea existe un consenso bastante generalizado respecto de la imposibilidad de enfrentar la colusión tácita—o los mercados cuyas condiciones son propicias para ese tipo de comportamiento oligopólico— a través del artículo 81 del Tratado de Roma, es decir, a través de la prohibición de prácticas colusorias explícitas. Más aún, la jurisprudencia nacida de la aplicación de dicha norma señala reiteradamente que los competidores tienen el derecho de ajustar su comportamiento al de sus rivales si cuentan con los elementos suficientes para anticipar su conducta; esto es, si independientemente, sin comunicación ni contacto efectivo entre ellos, pueden pronosticar las tendencias del mercado.

## 2.2. PROHIBICIÓN DE ACTOS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA (ARTÍCULO 82)

Un segundo ámbito en que se ha estudiado si corresponde aplicar las normas de libre competencia comunitarias para enfrentar la colusión tácita, ha sido aquel correspondiente a la prohibición de actos de abuso de posición de dominio prevista en el artículo 82 del Tratado de Roma (previamente artículo 86)<sup>19</sup>.

---

18 WHISH, R. and SUFRIN, B. “Oligopolistic Markets and EC Competition Law”, en: Yearbook of European Law 12, 1992, págs. 63-64.

19 Tratado de Roma.

Artículo 82. “Se encuentra prohibido y es incompatible con el mercado común cualquier **abuso, por una o más empresas, de una posición de dominio en el mercado común o en una parte substancial del mismo en tanto afecte el comercio entre los Estados Miembros. Tal abuso puede consistir, en particular, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de venta injustificadas; b) limitar la producción, el mercado o el progreso técnico en perjuicio de los consumidores; (...)**”.

De acuerdo con la referida norma, la posición de dominio puede ser ostentada por una o por más empresas. Lo usual es encontrar actos de abuso de posiciones de dominio individuales, por lo que la duda era si dicha prohibición también era aplicable a empresas que conjuntamente podían tener una posición de dominio como consecuencia, por ejemplo, de conformar un oligopolio. Dentro de esta línea de razonamiento, pasó a debatirse si la prohibición del abuso de posición de dominio conjunta podía ser utilizada para impedir la colusión tácita.

En una primera etapa del debate el concepto de posición de dominio conjunta giraba en torno a la doctrina de la entidad económica única, es decir, a la idea de empresas formal y legalmente separadas pero que eran parte de un mismo grupo económico. Bajo esta concepción restringida, la posición de dominio conjunta no era más que un grupo de empresas sujetas a la misma voluntad empresarial y, por ende, no independientes entre sí. En consecuencia, se asumía que el grupo económico era responsable por la actuación individual —es decir, el abuso— de cada una de las empresas que lo conformaban.

Sin embargo, posteriormente, fue una concepción más amplia la que prevaleció. Según ella, empresas competidoras independientes, tanto legal como económicamente, podían configurar una posición de dominio conjunta<sup>20</sup>.

### 2.2.1. *ITALIAN FLAT GLASS*

El caso en que se deja de lado la concepción restringida antes mencionada y se opta por una visión más amplia fue el de los productores de vidrio italiano (conocido como el caso *Italian Flat Glass*). La Comisión Europea encontró que tres productores italianos de vidrio plano se habían repartido el mercado estableciendo cuotas de venta

---

20 RODGER, BARRY, “Market Integration and the Development of European Competition Policy to meet New Demands: A Study of the Control of Oligopolistic Markets and the Concept of a Collective Dominant Position under the Article 86 of the EC Treaty”, en: *Legal Issues of European Integration* 2 (1994), págs. 15-18. WHISH, RICHARD. *Competition Law* (Great Britain, Lexis Nexis, 2003), págs. 520-521.

para cada una, habían fijado concertadamente sus tarifas y concedían descuentos diferenciales uniformemente, por lo cual los sancionó en virtud del artículo 81 del Tratado de Roma.

Adicionalmente, la Comisión entendió que como participantes de un mercado altamente oligopólico dichas empresas ostentaban una posición de dominio conjunta, pues podían actuar con independencia de cualquier presión competitiva de los demás productores. En tal virtud, concluyó que las conductas que dieron lugar al reparto de mercado, también implicaban un abuso de su posición de dominio conjunta, en la medida que se presentaban como una entidad única en el mercado, sancionándolas también por infracción al artículo 82 del Tratado de Roma.

En apelación, el Tribunal de Primera Instancia precisó que para evaluar la existencia de una posición de dominio conjunta debía considerarse el mismo concepto de empresas competidoras independientes que se utilizaba en aplicación del artículo 81 del Tratado de Roma, pero concentrándose en la existencia de vínculos económicos que pudieran influir en que tales empresas ostenten una posición de dominio. Las palabras del Tribunal fueron las siguientes:

“357. (...) los propios términos del párrafo primero del artículo [82] establecen que “una o más empresas” pueden explotar de manera abusiva una posición dominante. Según reiterada jurisprudencia, tal y como por otro lado admiten todas las partes, el concepto de acuerdo o de práctica concertada entre empresas, en el contexto del artículo [81] del Tratado, no contempla acuerdos o prácticas concertadas entre empresas pertenecientes a un mismo grupo si las empresas forman una unidad económica. De ello se desprende que, cuando el artículo [81] contempla acuerdos o prácticas concertadas entre “empresas”, se refiere a relaciones entre dos o varias entidades económicas capaces de competir una contra la otra.

*358 Este Tribunal considera que no existe razón alguna, jurídica o económica, para suponer que el término “empresa” que figura en el artículo [82], tenga un significado distinto del que se le ha atribuido en el contexto del artículo [81]. Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás*

*operadores del mismo mercado. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiriera la posibilidad de comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores”<sup>21</sup>.*

En cuanto al caso concreto, el Tribunal revocó la decisión en lo referente al abuso de posición de dominio conjunta, pues entendió que la Comisión solamente había “reciclado” los hechos que infringían el artículo 81 para sancionar también según el artículo 82 del Tratado de Roma. En tal sentido, el Tribunal dejó sentado que para encontrar una infracción por abuso de posición de dominio conjunta se requería analizar el mercado de referencia, sin que bastara probar que dos o más empresas habían coordinado su comportamiento a través de un acuerdo.

Pese a lo útil de la precisión realizada, en el sentido de que una posición de dominio podía ser ostentada por empresas competidoras independientes, esta sentencia creó otras dudas al señalar que se requería de “vínculos económicos” entre las empresas que tuvieran la posición de dominio conjunta, así como al precisar como ejemplo de tales vínculos los acuerdos o licencias que pudieran tener las empresas y que les otorgaban una situación de preeminencia en el mercado en cuestión. Por ello, este pronunciamiento no ofreció mayores luces para definir si la colusión tácita podía dar lugar a una posición de dominio conjunta<sup>22</sup>.

En posteriores pronunciamientos, el alcance del término “vínculos económicos” fue perfilándose más hacia la idea de la colusión tácita, aunque sin referirse a ella de manera definitiva. Así, en algunos pronunciamientos el Tribunal Europeo de Justicia llegó a señalar que las empresas que formaban una posición de dominio conjunta debían encontrarse ligadas de forma tal que pudieran adoptar una misma línea

---

21 *Societa Italiano Vetro-SIV Spa v. Commission*, Casos T-68, 77 y 78/89 [1992], párrafos 357 y 358.

22 JONES y SUFRIN EC, *Competition Law...*, *op. cit.*, págs. 828-829. WHISH. *Competition Law, op. cit.*, págs. 522.

de acción en el mercado<sup>23</sup>. No obstante, tales pronunciamientos no terminaron de definir qué implicaba que las empresas estuvieran ligadas entre sí.

### 2.2.2. *COMPAGNIE MARITIME BELGE*

El hito más importante en la evaluación de la posición de dominio conjunta bajo el artículo 82 del Tratado de Roma es el caso de las conferencias marítimas que agrupan a compañías navieras que sirven determinadas rutas comerciales (conocido como el caso *Companie Maritime Belge*)<sup>24</sup>. En este caso, la Comisión Europea sancionó nuevamente por infracciones a los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma.

De un lado, la Comisión determinó que tres conferencias marítimas, CEWAL (Associated Central West Africa Lines), COWAK y UKWAL, habían infringido el artículo 81 al repartirse el mercado de transporte marítimo de línea entre Europa del Norte y África Occidental, acordando negarse a operar como armadores independientes en la zona de actividad de las otras conferencias.

De otro lado, la Comisión concluyó que tres empresas miembros de CEWAL (Companie Maritime Belge, Companie Maritime Belge Transports y Dafra-Lines) ostentaban posición de dominio conjunta en el mercado de operaciones de dicha conferencia marítima, es decir, en

---

23 Municipality of Almelo and others v. NV Energiebedrijf IJsselmij, Caso C-393/92 [1994]. Se trata de una sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Justicia dentro de un proceso iniciado por una cuestión prejudicial elevada en consulta por la autoridad judicial de uno de los Estados Miembros de la Comunidad. En el párrafo 42 de la sentencia se señala: “*Dicha posición dominante colectiva requiere sin embargo que las empresas del grupo de que se trate estén suficientemente ligadas entre sí como para adoptar una misma línea de acción en el mercado*”. Esta idea fue reiterada luego en otras sentencias de similar naturaleza, como por ejemplo: Centro Servizi Spedipporto Srl v. Spedizione Marittime del Golfo Srl, Caso C-96/94 [1995], párrafo 33.

24 Cabe señalar que los acuerdos de creación de conferencias marítimas se encuentran exceptuados de la aplicación del artículo 81 del Tratado de Roma en virtud de una exención de bloque aprobada por la Comisión Europea (Reglamento 4056/86).

las rutas de Zaire (República Democrática del Congo) a Europa del Norte. Asimismo, entendió que, aprovechando tal situación, tales empresas habían incurrido en abuso para sacar del mercado al principal armador independiente —no afiliado a CEWAL—, a través de las siguientes prácticas: (i) aplicar un acuerdo con las autoridades de Zaire para promover el comercio marítimo de dicho país; (ii) reducir sus fletes a valores iguales o menores que los de ese principal competidor en los buques que salieran en la misma fecha (práctica denominada “*fighting ships*”); y, (iii) contratar a exclusividad con quienes tomaran sus servicios en dichas rutas.

En apelación, esta decisión fue confirmada tanto por el Tribunal de Primera Instancia como por el Tribunal Europeo de Justicia. Este último no sólo estableció que empresas independientes podían ostentar una posición de dominio conjunta, sino que fue más allá y precisó que no se requerían vínculos legales o formales específicos entre las referidas empresas para que surja una posición de dominio conjunta, sino que tal posición podía identificarse analizando otros factores de correlación entre ellas y, particularmente, a través de una evaluación económica sobre la estructura del mercado:

“36. (...) la expresión ‘más empresas’ contenida en el artículo [82] del Tratado implica que una posición dominante puede estar ocupada por dos o más entidades económicas, jurídicamente independientes entre sí, siempre que, desde el punto de vista económico, se presenten o actúen juntas en un mercado específico, como una entidad colectiva. Procede entender en este sentido la expresión ‘posición dominante colectiva’ que será utilizada en el desarrollo de la presente sentencia.

(...)

41. Para apreciar la existencia de una entidad colectiva en el sentido que se ha expuesto anteriormente, es necesario evaluar los vínculos o factores económicos de correlación entre las empresas afectadas (...).

(...)

45. *La existencia de una posición dominante colectiva puede, por tanto, derivarse de la naturaleza y del contenido de un acuerdo, de su forma de*

*aplicación y, en consecuencia, de los vínculos o factores de correlación entre empresas que resulten de ellos. No obstante, la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva, afirmación que podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate”<sup>25</sup>.*

Luego de definir lo que constituye una posición de dominio conjunta, el Tribunal Europeo de Justicia confirmó que las empresas habían incurrido en abuso de tal posición al implementar la práctica de “*fighting ships*”. Para arribar a tal conclusión, el Tribunal obvió pronunciarse directamente sobre dos importantes argumentos de las empresas investigadas. En efecto, éstas señalaron que solamente habían reducido sus precios para alcanzar a la competencia y, además, que no los habían fijado por debajo de costos, con lo cual su política de precios no debía ser cuestionada. Más bien, el Tribunal señaló que a través de aquella práctica las empresas investigadas habían impedido que el único competidor independiente de CEWAL pudiera fijar precios más bajos que ellas, lo cual reforzaba la posición de dominio conjunta que ostentaban.

Conforme a esta sentencia, el análisis de la estructura del mercado sería suficiente para definir la existencia de una posición de dominio conjunta. En tal virtud, si bien no lo dijo expresamente, el Tribunal Europeo de Justicia estaría entendiendo que, bajo el artículo 82 del Tratado de Roma, una posición de dominio conjunta podría derivarse del comportamiento oligopólico de las empresas, sin requerirse vínculos contractuales o estructurales entre ellas. Esto no sería otra cosa que una situación de colusión tácita.

Al respecto, cabe agregar que a la luz de esta sentencia varios autores han sostenido que la interpretación del Tribunal sobre lo que constituye una posición de dominio conjunta sería igual bajo el artículo 82 que

---

25 *Compagnie Maritime Belge Transports SA and others v. Commission*, Casos C-395 y 396/96P [2000], párrafos 36, 41 y 45.

bajo las normas de control de concentraciones empresariales<sup>26</sup>, ámbito este último en el cual –como se verá más adelante– dicha figura se asimila expresamente a la colusión tácita. De otro lado, también se ha afirmando que pese a su importancia en la identificación de lo que es una posición de dominio conjunta a la luz del artículo 82, esta sentencia es de reducida utilidad en cuanto a criterios de interpretación sobre lo que constituye un abuso de tal posición<sup>27</sup>.

### 2.2.3. *IRISH SUGAR*

Un caso usualmente comentado para hacer referencia a lo que constituye abuso de posición de dominio conjunta es el de dos empresas que operaban en el mercado de producción y venta de azúcar (conocido como el caso *Irish Sugar*). La Comisión Europea definió que Irish Sugar, principal productor de azúcar en Irlanda, y Sugar Distributirs Ltd (SDL), que se dedicaba a la distribución del azúcar en distintos países de la comunidad, habían ostentado posición de dominio conjunta entre 1985 y febrero de 1990 —momento en que la primera adquirió la totalidad de acciones de la segunda— debido a que se encontraban vinculadas por estrechos lazos<sup>28</sup>.

Adicionalmente, concluyó que dichas empresas habían incurrido en abuso al implementar las siguientes prácticas: (i) Irish Sugar amenazó a la empresa naviera B&I con negarse a tomar sus servicios si seguía

26 JONES y SUFRIN. *EC Competition Law...*, *op. cit.*, pág. 836. MONTI, GIORGIO. “The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC”, en: *Common Market Law Review* 38 (2001), pág. 132. WHISH. *Competition Law*, *op. cit.*, pág. 526.

27 PREECE, STEVEN. “Compagnie Maritime Belge: Missing the Boat?”, en: *European Competition Law Review* 8 (2000), págs. 390-392.

28 Los principales lazos entre ambas empresas eran los siguientes: (i) Irish Sugar tenía el 51% de las acciones del Holding que controlaba SDL y tenía la facultad de escoger a la mitad de su directorio; (ii) un director de Irish Sugar formaba parte del directorio de SDL; (iii) ambas empresas se reunían mensualmente con la finalidad de discutir las políticas de precios del azúcar y sobre el mercado de distribución; (iv) SDL acordó comprar a Irish Sugar toda el azúcar que distribuiría; (v) Irish Sugar asumía todas las promociones y descuentos ofrecidos por SDL a los compradores.

transportando el azúcar de un competidor francés; (ii) SDL acordó con un vendedor mayorista y otro minorista intercambiar el azúcar que éstos habían adquirido de productores de Francia por el azúcar que aquella distribuía; (iii) ambas aplicaron descuentos por fidelidad a vendedores mayoristas que alcanzaban determinadas metas de venta. La Comisión caracterizó estas prácticas como actos destinados a explotar o preservar una posición de dominio conjunta.

En apelación, el Tribunal de Primera Instancia confirmó la decisión de la Comisión, señalando que los actos de abuso de posición de dominio conjunta no tenían que ser realizados necesariamente por todas las empresas que ostentaban tal posición, sino que también constituía abuso aquellos actos llevados a cabo independientemente por alguna de esas empresas si explotaban una posición de dominio conjunta:

*“66. En efecto, si bien la existencia de una posición dominante colectiva se deduce de la posición que ocupan conjuntamente las entidades económicas de que se trate en el mercado de referencia, el abuso no debe ser necesariamente obra de todas las empresas en cuestión. Basta con que pueda ser identificado como una de las manifestaciones de la ocupación de tal posición dominante colectiva. Por consiguiente, los comportamientos abusivos de las empresas que ocupan una posición dominante colectiva pueden ser tanto comunes como individuales. Basta con que dichos comportamientos abusivos se refieran a la explotación de la posición dominante colectiva que las empresas ocupen en el mercado”<sup>29</sup>.*

Se ha comentado acertadamente que las tres prácticas en cuestión podrían haberse abordado por vías distintas al abuso de posición de dominio conjunta. En primer lugar, podría haberse considerado que dada la participación accionaria de Irish Sugar en SDL, ambas empresas conformaban un solo grupo económico y que las prácticas en cuestión eran actos de abuso de posición de dominio individual. No obstante, al parecer los alcances del concepto de grupo empresarial no son tan claros en las normas comunitarias europeas. En segundo lugar, se podría haber considerado que algunas de las prácticas eran casos de

---

29 Irish Sugar plc v. EC Commission, Caso T-228/97 [1999], párrafo 66.

concertación, como por ejemplo los descuentos por fidelidad que fueron acordados coordinadamente; aunque tal calificación no podría haberse extendido a las otras dos prácticas implementadas independientemente por las empresas. Finalmente, podría haberse acusado a ambas empresas de incurrir en actos de abuso de posición de dominio individual, tanto por la amenaza de Irish Sugar de negarse a contratar a la empresa naviera B&I, como por el intercambio de azúcar acordado por SDL; aunque en este último caso no se tenía evidencia de que SDL tuviera posición de dominio individual. Por ello, se ha sostenido que el Tribunal habría recurrido a la figura del abuso de posición de dominio conjunta para comprender todas las prácticas en cuestión bajo la misma prohibición<sup>30</sup>.

Finalmente, se ha planteado también que, siguiendo la línea de razonamiento de esta sentencia, podría considerarse como abuso de posición de dominio conjunta los actos realizados por una de las empresas en tal posición destinados a salvaguardarla, aún cuando ello no sea consecuencia de un acuerdo con las otras empresas que tienen tal posición. Asimismo, se entendería que el abuso de posición de dominio conjunto no se limita únicamente a empresas en una relación horizontal, es decir, entre competidores, sino que puede presentarse también entre empresas en relación vertical, de productor y distribuidor, si éste último intenta proteger al primero a través de prácticas anticompetitivas<sup>31</sup>.

### 2.3. CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES (REGLAMENTO (CE) 139/2004)

Finalmente, el control de concentraciones empresariales es el tercer ámbito en que se ha evaluado la posibilidad de controlar la colusión tácita a través de las normas de libre competencia comunitarias. Estas

---

30 MONTI. “The Scope of Collective Dominance...”, *op. cit.*, pág. 142.

31 *Ibid.*, pág. 143.

normas sujetan a autorización previa de la Comisión Europea las fusiones, adquisiciones y otros actos a través de los cuales se modifique la estructura de control de las empresas, en tanto que los mismos puedan obstaculizar significativamente la competencia, en particular si crean o refuerzan una posición dominante en el mercado<sup>32</sup>.

Las normas de control de concentraciones empresariales no se refieren expresamente a la posición de dominio conjunta. No obstante, en su aplicación las autoridades comunitarias de defensa de la competencia han evaluado también si como consecuencia de las concentraciones empresariales notificadas se crearía una posición de dominio conjunta que pudiera restringir la competencia. En otras palabras, la interrogante ha sido si al autorizarse la operación de concentración se crearían condiciones propicias en el mercado para que los competidores que se mantuvieran en operación pudieran entrar en un esquema de colusión tácita.

### 2.3.1. *KALI UND SALZ*

Entre los casos más relevantes en que se ha discutido esta materia, el primero es el de la concentración de dos empresas alemanas productoras de potasio, Kali und Salz AG y Mitteldeutsche Kali AG (denominado como el caso *Kali und Salz*). La Comisión Europea concluyó que luego de realizarse la concentración notificada, la empresa resultante adquiriría una posición de dominio conjunta con SCPA, su competidora más cercana (las cuotas de mercado de cada una serían de 23 y 37%,

---

32 Reglamento (CE) 139/2004, del 20 de enero de 2004, sobre Control de las Concentraciones entre Empresas.

Artículo 2. “Evaluación de las concentraciones. 1. Las concentraciones contempladas en el presente Reglamento se evaluarán con arreglo a los objetivos del presente Reglamento y a las disposiciones que figuran a continuación, a fin de determinar si son compatibles con el mercado común. (...). 3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común”.

respectivamente). Para arribar a tal conclusión, la Comisión consideró que existían vínculos entre Kali Und Salz y SCPA que permitían su actuar coordinado. Tales vínculos estaban representados por un joint venture que habían formado para operar en Canadá, por acuerdos de distribución entre ambas para actuar en el mercado francés, entre otros. Por ello, la Comisión condicionó la autorización de la operación notificada a que *Kali und Salz* diera término a dichos vínculos, a lo cual esta empresa se comprometió. El Gobierno Francés y SCPA apelaron tal decisión, oponiéndose a que las normas sobre control de concentraciones empresariales se aplicaran a casos de posición de dominio conjunta.

El Tribunal Europeo de Justicia confirmó que las normas de control de concentraciones permitían analizar si como consecuencia de las operaciones notificadas se creaba una posición de dominio conjunta, a efectos de definir si correspondía aprobar la operación. Sin embargo, concluyó que la Comisión no había demostrado adecuadamente que la concentración notificada generaría una posición de dominio conjunta, por lo que anuló la decisión en referencia. En particular, el Tribunal expresó lo siguiente:

*“221. (...) en el caso de una supuesta posición dominante colectiva, la Comisión tiene que determinar mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia si la operación de concentración que es objeto de examen lleva a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores”<sup>33</sup>.*

Esta sentencia ha sido criticada por el formalismo que asumió el Tribunal Europeo de Justicia al requerir factores de correlación entre las empresas para identificar una posición de dominio conjunta. Al

---

33 France and others v. Commission, Casos C-68/94 y 30/95 [1998], párrafo 221.

respecto, se ha precisado que lo más importante era analizar si las características del mercado en cuestión eran propicias para un comportamiento oligopólico no cooperativo, es decir, para un esquema de colusión tácita, y no si las empresas se encontraban vinculadas a través de contratos o relaciones comerciales<sup>34</sup>.

### 2.3.2. *GENCOR*

El siguiente caso de importancia fue el de la concentración de dos empresas sudafricanas, Gencor y Lonrho, productoras de platino y metales relacionados, que buscaban conformar una empresa en común denominada Implats Ltd (conocido como el caso *Gencor*). La Comisión Europea encontró que si se conformaba Implats, se crearía una posición de dominio conjunta con su competidora Amplats, pues cada una tendría el 35% del mercado mundial de producción de platino y rodio. En tal sentido, luego de realizar un análisis sobre las características del mercado (poco crecimiento y reducido poder de los compradores, elevada concentración y barreras de acceso, gran transparencia y productos homogéneos) la Comisión consideró que se crearía un duopolio que restringiría la competencia en el mercado común europeo, por lo que prohibió la concentración. Gencor apeló esta decisión.

El Tribunal de Primera Instancia confirmó tal decisión, aceptando en primer lugar la validez de analizar la creación de una posición de dominio conjunta bajo la normativa sobre control de concentraciones. Asimismo, precisó que para identificar una posición de dominio conjunta se requería que las empresas en cuestión pudieran actuar coordinadamente basándose en ciertos vínculos económicos, pero que ello no significaba que los mismos tuvieran que manifestarse necesariamente a través de vínculos estructurales entre las empresas. Más aún, el Tribunal señaló que:

---

34 BISHOP, SIMON. “Power and Responsibility: the ECJ’s Kali-Salz Judgment”, en: *European Competition Law Review* 1, (1999). Ysewyn, J. and Caffarra, C. “Two’s Company, Three’s a Crowd: The Future of Collective Dominance after the Kali & Salz Judgment”, en: *European Competition Law Review* 7 (1998), pp. 469-470.

“276. (...) no existe ninguna razón, en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios.

*277. Esta conclusión es aún más evidente en el ámbito del control de las concentraciones, cuyo objetivo es impedir que aparezcan o se refuercen estructuras de mercado contrarias a la competencia. Estas estructuras pueden resultar tanto de la existencia de vínculos económicos en el sentido estricto que defiende la demandante como de las estructuras de los mercados de tipo oligopolístico, donde cada operador puede tomar conciencia de los intereses comunes y, en particular, hacer subir los precios sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada”<sup>35</sup>.*

Esta sentencia fue elogiada por haberse apartado de la idea de que se requerían “vínculos estructurales” entre las empresas para concluir que se crearía una posición de dominio conjunta. No obstante, se ha planteado que si el concepto de vínculos económicos utilizado por el Tribunal de Primera Instancia abarcaba incluso el comportamiento oligopólico no cooperativo, entonces no había razón para mantener la idea de “vínculos económicos”, pues dicho comportamiento no se sustentaba en vínculo alguno sino en la interdependencia entre los miembros del oligopolio<sup>36</sup>.

---

35 Gencor Ltd v. Commission, Caso T-102/96 [1999], párrafos 276 y 277.

36 KORAH, VALENTINE. “Gencor v. Commission: Collective Dominance”, en: European Competition Law Review 6 (1999).

## 2.3.3. AIRTOURS

Finalmente, debe comentarse el caso de la concentración de Airtours y First Choice, ambos operadores turísticos, en virtud de una pretendida adquisición hostil del segundo por parte del primero (conocido como el caso *Airtours*). La Comisión Europea evaluó distintas características del mercado de paquetes turísticos para festividades cortas y determinó que el mismo resultaba propicio para el comportamiento oligopólico. Por ello, entendió que la entidad resultante de la adquisición antes mencionada gozaría de posición de dominio conjunta con los otros dos competidores más importantes, esto es, Thomson Travel Group y Thomas Cook. En tal virtud, la Comisión prohibió la referida operación de concentración.

En apelación, el Tribunal de Primera Instancia definió con mayor claridad que para efectos de las normas de control de concentraciones, la posición de dominio conjunta supone evaluar si las características del mercado y la modificación que se generaría como consecuencia de la operación notificada, permitirían que las empresas entiendan que es preferible adoptar una línea de acción común para elevar los precios en vez de competir. Así, el Tribunal manifestó que:

*“61. (...) puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste como consecuencia de una concentración cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y por tanto preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE (...)”<sup>37</sup>.*

---

37 *Airtours v. Commission*, Caso T-342/99 [2002], párrafo 61.

Adicionalmente, el Tribunal señaló que existían tres requisitos para una posición de dominio conjunta: (i) que exista transparencia en el mercado para conocer cómo se están comportando los competidores y verificar si mantienen una línea de acción común; (ii) que se cuente con un mecanismo disuasivo para que los competidores no se aparten de la línea de acción común, es decir, una forma de represalia convincente<sup>38</sup>; (iii) que la reacción previsible de los competidores actuales o potenciales y de los consumidores no impida los resultados esperados de la línea de acción común.

No obstante lo anterior, al evaluar el caso concreto, el Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión de la Comisión, al considerar que el análisis de la evidencia llevado a cabo había sido incompleto e incorrecto como para sostener que el mercado presentaba una tendencia al comportamiento oligopólico. En primer lugar, no se había tomado en cuenta que las cuotas de mercado de los operadores mostraban cierta volatilidad, lo que constituía un indicio de un mercado competitivo. En segundo lugar, no se había encontrado suficiente transparencia en el mercado como para permitir la coordinación tácita entre los principales operadores turísticos. En tercer lugar, las características del mercado dificultaban la adopción de medidas de represalia efectivas y oportunas. En cuarto lugar, se había subestimado la capacidad de reacción de los operadores más pequeños frente a una reducción de la oferta de los principales operadores. En quinto lugar, no se había observado que el mercado presentaba reducidas barreras de entrada, lo que facilitaba el ingreso de competidores potenciales. Finalmente, se había subestimado el papel de los consumidores, quienes sí podían reaccionar ante un incremento significativo en el precio, recurriendo a otras fuentes de aprovisionamiento.

---

38 Sobre el particular, en el párrafo 195 de la sentencia, el Tribunal puntualizó que: *“En este contexto, la Comisión no tiene que acreditar necesariamente la existencia de un «mecanismo de represalias» determinado y más o menos estricto, pero debe en todo caso probar que existen suficientes factores de disuasión para que a ninguno de los miembros del oligopolio dominante le interese apartarse del comportamiento común a expensas de los demás miembros”*.

Entre los diversos comentarios sobre esta sentencia, se ha sostenido que su mérito es haber definido con mayor claridad que la posición de dominio conjunta es equivalente a la colusión tácita y, además, haber creado un balance entre el poder discrecional de la Comisión y el estándar de prueba que se le exige<sup>39</sup>. No obstante, también se ha afirmado que pese a ser una severa llamada de atención del Tribunal de Primera Instancia a la Comisión, exigiéndole mayor rigurosidad en la apreciación de las pruebas, la sentencia no llegó a establecer reglas claras en cuanto a la evidencia requerida para determinar cuándo las características de un mercado resultan suficientes para que una operación de concentración dé lugar a una posición de dominio conjunta<sup>40</sup>.

De conformidad con todo lo señalado previamente, el análisis de la posición de dominio conjunta bajo el control de concentraciones empresariales ha pasado por exigir vínculos estructurales entre las empresas, a referirse únicamente a vínculos económicos, para terminar concentrándose en las características del mercado que permiten el establecimiento de un esquema de colusión tácita.

#### 2.4. ¿CÓMO ENFRENTA LA COMUNIDAD EUROPEA LA COLUSIÓN TÁCITA?

La evolución del derecho comunitario europeo en materia de control del comportamiento oligopólico no cooperativo, que conlleva a un esquema de colusión tácita, muestra las complejidades involucradas en definir la mejor forma de enfrentar ese tipo de comportamientos a través de las normas de defensa de la competencia.

De un lado, los Tribunales y la Comisión Europea han descartado casi totalmente la posibilidad de impedir la colusión tácita a través de la prohibición de acuerdos y prácticas concertadas entre competidores

---

39 WHISH. *Competition Law, op. cit.*, págs. 539-540.

40 NIKPAY, A. y HOUWEN, F. "Tour de Force or a Little Local Turbulence? A Heretical View on the Airtours Judgment", en: *European Competition Law Review* 24 (5) (2003), págs. 199-200.

prevista en el artículo 81 del Tratado de Roma. Ello se debe a que se ha considerado que ese tipo de infracciones requiere necesariamente evidencia de alguna forma de comunicación o contacto efectivo entre las empresas, situación que no se verifica en la colusión tácita.

Si bien se ha dejado abierta la posibilidad de considerar que el paralelismo de conductas —como equivalente a la colusión tácita— pueda ser prueba de una concertación, ello ha quedado condicionado a que no exista explicación alternativa plausible alguna para el paralelismo, por lo que la probabilidad de que esto ocurra en los hechos es muy reducida. En efecto, en reiterados pronunciamientos se ha reconocido expresamente el derecho de los competidores que conforman un oligopolio a ajustar inteligentemente —o racionalmente— su comportamiento al de sus rivales, en tanto que las características del mercado les permitan anticipar cuál será su forma de actuar sin necesidad de contacto ni comunicación entre ellos. Esto último es precisamente lo que ocurre en un esquema de colusión tácita.

De otro lado, la Comisión y los Tribunales Europeos han concluido que una posición de dominio conjunta puede identificarse según el artículo 82 del Tratado de Roma a través de la apreciación de la estructura del mercado en cuestión y sin necesidad de que existan vínculos contractuales o estructurales entre las empresas. En virtud de ello, los comentaristas consideran que la posición de dominio conjunta podría asimilarse a la colusión tácita, pues como ya se ha mencionado esta figura se sustenta en que las condiciones estructurales del mercado permiten a las empresas ajustar su comportamiento al de sus competidores. Bajo esta premisa, podría surgir como interrogante si la colusión tácita sería considerada en sí misma como un acto de abuso de posición de dominio conjunta y por tanto, ser prohibida.

Como es bien sabido, en el caso del abuso de posición de dominio individual se entiende sin lugar a dudas que sólo se cuestiona el abuso mas no que una empresa ostente tal posición en el mercado. Ello implica que es necesaria una doble evaluación y pruebas diferentes para demostrar la posición de dominio y los actos específicos de abuso. Esta misma distinción debe mantenerse al estudiar el abuso de posición

de dominio conjunta, dado que ostentar dicha posición no debe considerarse ilegal por sí mismo.

Hay quienes sostienen que en el caso de la posición de dominio conjunta este distingo resulta menos claro y que, bajo determinados supuestos, la colusión tácita puede constituir un acto de abuso por sí misma, por ejemplo, si tiene como resultado que se fijen precios excesivamente elevados<sup>41</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que más allá de las explicaciones teóricas contenidas en las decisiones de la Comisión Europea así como en las sentencias del Tribunal Europeo de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, hasta ahora ninguno de los casos en que se ha aplicado el concepto de posición de dominio conjunta se ha referido a supuestos que califiquen estrictamente como esquemas de colusión tácita, sino más bien a casos en que existían vínculos contractuales o estructurales entre las empresas involucradas<sup>42</sup>. Piénsese en el acuerdo del reparto de mercado en *Italian Flat Glass*, en los acuerdos existentes entre las empresas miembros de las conferencias marítimas en *Companie Maritime Belge*, o en la importante participación accionaria y el contrato de distribución existente en *Irish Sugar*. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta también que las prácticas sancionadas en algunos de estos casos tampoco fueron comportamientos propios de un esquema de colusión tácita (es decir, el ajuste racional de la conducta de los agentes para adoptar una línea de acción común), sino más bien actos que podrían haberse caracterizado, eventualmente, como abusos de posición de dominio individual o como prácticas concertadas.

---

41 MCGREGOR, LORNA, “The Future for the Control of Oligopolies Following *Compagnie Maritime Belge*”, en: *European Competition Law Review* 10 (2001), págs. 437. Adicionalmente, se ha propuesto que la figura del abuso de posición de dominio conjunta se aplique para sancionar aquellos casos en que no pueda llegarse a probar la existencia de una práctica concertada prohibida por el artículo 81 del Tratado de Roma, para hacer más completa de esta forma la protección que ofrece el marco legal comunitario de defensa de la competencia; ver al respecto: SOAMES, TREVOR. “An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference”, en: *European Competition Law Review* 1, 1996, págs. 38-39.

42 HAUPT, “Collective Dominance Under Article 82 ...”, *op. cit.*, pág. 438.

En consonancia con lo señalado previamente, existe un consenso bastante generalizado, entre economistas y juristas europeos, respecto de que las normas de control de conductas contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma no deben utilizarse para sancionar los esquemas de colusión tácita<sup>43</sup>. Asumir que la colusión tácita es evidencia de abuso de posición de dominio conjunta, sería entender que está prohibido *per se* que las empresas lleguen a ostentar tal posición, lo que no es correcto. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la colusión tácita es el comportamiento racional que presentan los miembros de un oligopolio cuando las condiciones de mercado les permiten anticipar la conducta de sus rivales, por lo que no sería atendible sancionar dicho comportamiento. Adicionalmente, no sería válido considerar un comportamiento que bajo el artículo 81 es lícito —ajustar inteligentemente la propia conducta a aquella de los rivales— como una prueba de abuso bajo el artículo 82<sup>44</sup>. En tal sentido, para sancionar por abuso de posición de dominio conjunta se requiere más que el comportamiento oligopólico que conlleva a un esquema de colusión tácita<sup>45</sup>.

---

43 Entre los economistas véase, por ejemplo: BISHOP y WALKER. *Economics of E.C. Competition ...*, *op. cit.*, págs. 136-137. MOTTA. *Competition Policy...*, *op. cit.*, págs. 137-138 y 190-192. PHLIPS. *Competition Policy: A Game ...*, *op. cit.*, págs. 2 y 10-12. Para los juristas puede considerarse, entre otros: HAUPT, H. “Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the Light of the Airtours Judgment”, en: *European Competition Law Review* 9 (2002), pág. 439. KORAH, VALENTINE. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice (Great Britain, Hart Publishing, 2004)*, p. 113. MONTI. “The Scope of Collective Dominance...”, *op. cit.*, págs. 144-145. WHISH. *Competition Law*, *op. cit.*, págs. 526-527. WITHERS, CH. y JEPHCOTT, M. “Where to go Now for EC Oligopoly Control”, en: *European Competition Law Review* 22 (8) (2001), pág. 303.

44 En el plano práctico, de aceptarse que la colusión tácita fuera evidencia de abuso en ciertos casos, por ejemplo si lleva la fijación de precios excesivamente elevados, sería la autoridad de defensa de la competencia quien tendría que definir si las condiciones fijadas a través de dicho comportamiento son abusivas o no. Considerando que tanto los casos válidos como aquellos supuestamente ilegales provendrían del mismo tipo de conducta, la probabilidad de ejercicio de excesiva discrecionalidad al elegir los casos ilegales es bastante elevada.

45 La necesidad de actos de explotación de la posición de dominio conjunta para encontrar una infracción al artículo 82 del Tratado de Roma ha sido reconocida por

Lo dicho hasta ahora resulta coherente con el desarrollo que ha tenido el concepto de posición de dominio conjunta bajo las normas de control de concentraciones empresariales de la Comunidad Europea. En efecto, ante la imposibilidad de prohibir la colusión tácita a través del artículo 81 del Tratado de Roma y dado que no es recomendable sancionarla por sí misma como un abuso de posición de dominio conjunta, se ha optado por prevenir ese comportamiento a través del control de estructuras<sup>46</sup>.

Así, reconociendo que la colusión tácita puede ser una conducta racional de las empresas en un mercado oligopólico, el control de concentraciones empresariales ha buscado más bien evitar que se creen condiciones que faciliten tal comportamiento. Para ello, bajo dichas normas se evalúa prospectivamente si las operaciones notificadas tienen la capacidad de crear una posición de dominio conjunta, esto es, de generar condiciones propicias para que los competidores que se mantengan en el mercado luego de la operación implementen esquemas de colusión tácita.

Dentro de esta lógica, no resulta sorprendente que sea precisamente en el ámbito del control de concentraciones empresariales en que se haya hecho más notoria la equivalencia entre posición de dominio conjunta y colusión tácita.

---

el propio Tribunal Europeo de Justicia: “37. Pues bien, la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate (...). 38. Esta misma conclusión debe aplicarse a las empresas que ocupan una posición dominante colectiva. La afirmación de que dos o más empresas ocupan una posición dominante colectiva debe proceder, en principio, de una apreciación económica de la posición en el mercado pertinente de las empresas afectadas, anterior a cualquier examen acerca de si las empresas explotaron de forma abusiva su posición en el mercado”. *Compagnie Maritime Belge Transports SA and others v. Commission*, Casos C-395 y 396/96P [2000], párrafos 37 y 38.

46 MONTI, “The Scope of Collective Dominance...”, *op. cit.*, pág. 135.

### 3. COLUSIÓN TÁCITA Y ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA EN EL PERÚ

En el Perú, los conceptos de posición de dominio conjunta y colusión tácita han comenzado a evaluarse bajo las normas de libre competencia en los últimos años de su aplicación. Existen algunos pronunciamientos en que las autoridades de defensa de la competencia peruanas han utilizado la figura de la posición de dominio conjunta como sustento de sus pronunciamientos. Dicho concepto se ha examinado tanto al amparo de la prohibición de actos de abuso de posición de dominio, como de la prohibición de acuerdos, prácticas concertadas y otras conductas restrictivas de la competencia, previstas en la ley de libre competencia vigente hasta julio de 2008<sup>47</sup>.

El artículo 5 del Decreto Legislativo 701 (DL701) prohibía los actos de abuso de posición de dominio llevados a cabo por una o más empresas<sup>48</sup>. En este ámbito, la cuestión se centró en definir cuál era el alcance del término posición de dominio conjunta y cuáles los requerimientos para incurrir en abuso de la misma. De otro lado, el artículo 6 del DL701 prohibía los acuerdos así como las actuaciones paralelas o prácticas concertadas que pudieran restringir la

---

47 Decreto Legislativo 701, Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas, Restrictivas de la Libre Competencia. Estuvo vigente desde el año 1993 hasta julio de 2008.

48 Artículo 4. “*Se entiende que **una o varias empresas gozan de una posición de dominio** en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución”.*

Artículo 5. “*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”.*

competencia<sup>49</sup>. En este campo, la discusión ha sido si la posición de dominio conjunta, entendida como colusión tácita, se encuentra prohibida por dicha norma.

Por obvias razones, el concepto de posición de dominio conjunta no ha tenido desarrollo en el ámbito del control de concentraciones empresariales, al no existir tales normas en el Perú, salvo en lo que corresponde a la industria eléctrica<sup>50</sup>.

La reciente Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que se encuentra en vigor en el Perú ha eliminado la figura de la posición de dominio conjunta así como de su abuso, por lo que se comentará más adelante cuáles pueden ser las consecuencias de ello sobre el tratamiento de la colusión tácita<sup>51</sup>.

### 3.1. PRONUNCIAMIENTOS EXISTENTES EN EL PERÚ

Las instancias encargadas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI han emitido pronunciamientos en los que señalan sus criterios sobre lo que constituye la posición de dominio conjunta y su eventual abuso, así como su relación con el concepto de colusión tácita. De otro lado, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL también ha emitido un pronunciamiento al respecto<sup>52</sup>. A continuación se explica los alcances de estos pronunciamientos.

49 Artículo 6. “Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia”.

50 Ley 26876, que aprueba la Ley Antimonopolio y Antioligopolio en el Sector Eléctrico. Su Reglamento fue aprobado a través del Decreto Supremo 017-98-ITINCI.

51 El 25 de junio de 2008 fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la misma que entró en vigencia a los 30 días posteriores a su publicación.

52 Si bien el INDECOPI es la autoridad de defensa de la competencia en todos los sectores económicos, el marco legal vigente en el Perú reconoce un caso especial en

### 3.1.1. CASO AFP (INDECOPI)

En este caso se denunció que las cuatro administradoras de fondos de pensiones que funcionaban en el Perú (AFP), así como la asociación de AFP, habían incurrido en abuso de posición de dominio por la fijación de precios excesivos, materializados en el cobro de comisiones muy elevadas a los afiliados como contraprestación por los servicios de administración de sus fondos. Asimismo, se denunció que dichas empresas y su asociación habían incurrido en concertación de precios al fijar coordinadamente las referidas comisiones.

Como primera instancia, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (CLC) declaró infundada la demanda por concertación al determinar que no existía evidencia de que las investigadas hubieran incurrido en tal conducta. De otro lado, declaró improcedente la denuncia por abuso de posición de dominio, por considerar que la ley peruana no prohibía la fijación de precios excesivos como un acto de abuso de posición de dominio, pero sin referirse directamente a la posible existencia de una posición de dominio conjunta por parte de las AFP.

En apelación, el Tribunal del INDECOPI consideró que según el artículo 4 del DL 701 resultaba posible que la posición de dominio fuera ostentada por más de una empresa y que esta figura podía presentarse si las empresas conformaban el mismo grupo empresarial o si, siendo independientes, podían llevar a cabo una acción conjunta pero no concertada, debido a la estructura del mercado en cuestión. En particular, el Tribunal expresó lo siguiente sobre la posición de dominio conjunta:

“Esta situación puede presentarse cuando los varios agentes que actúan en un mercado determinado forman parte de un mismo grupo económico, es decir, cuando la existencia de varios agentes es sólo un elemento formal (existen varias razones sociales), pues en la realidad, se trata de un único grupo empresarial.

---

que otorga dichas facultades al OSIPTEL, que es la entidad administrativa encargada de aplicar el DL 701 en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Una situación distinta es aquella en que los varios agentes de mercado, independientes entre sí, poseen la posición de dominio como una consecuencia de la particular estructura del mercado en el cual actúan. Esta situación, singular y poco frecuente, les puede permitir a todos ellos obtener una posición de dominio como consecuencia de la estructura singular del mercado en el cual participan, estructura que se ha configurado de esa forma peculiar como consecuencia de la propia dinámica de intercambios en el mercado. Este mecanismo, no toma en cuenta o considera la existencia de un agente dominante, sino que, todos los agentes de mercado, en conjunto, ejercen naturalmente la posición de dominio.

(...)

Puede observarse que entre los factores legales determinantes de la existencia de una posición de dominio en el mercado, el legislador ha cuidado de señalar que se trata de condiciones que se derivan de acciones que son el resultado de las dinámicas de intercambio intenso en un mercado libre. Así, incluso en el caso de la existencia de una posición de dominio conjunta por parte de agentes económicos independientes unos de otros, dicha posición debe ser el resultado de una acción de mercado, con intercambios intensos y competencia, que determina un resultado estructural que hace posible la acción conjunta —no concertada de los agentes que participan del mismo.

*En consecuencia, para la procedencia de la denuncia será necesario identificar la posición de dominio en el mercado y que dicha posición de dominio sea consecuencia de las acciones previstas expresamente en el texto de la ley, para, de ser el caso, disponer la actuación de fondo en el proceso, es decir, la identificación de una conducta abusiva por parte de las empresas en posición de dominio*<sup>53</sup>.

Acto seguido, el Tribunal del INDECOPI determinó que las AFP ostentaban posición de dominio conjunta en el mercado, no por ser parte del mismo grupo empresarial, sino más bien porque el mercado presentaba condiciones estructurales que les permitía ejercer en simultáneo dicha posición, sin incurrir en una práctica concertada. En

---

53 Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI. Denuncia de la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Díez Canseco Cisneros contra AFP horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP.

particular, señaló que se trataba de un mercado muy concentrado y de una actividad intensamente regulada, para la cual se habían impuesto una gran cantidad de requisitos legales, que a la larga generaban elevadas barreras de acceso al mercado.

Sin embargo, el Tribunal precisó que la posición de dominio conjunta de las AFP se derivaba de un mandato legal previsto en la regulación del sector y que el DL701 no atribuía al INDECOPI facultad para conocer casos de abuso de posición de dominio originada en un mandato legal, por lo que finalmente también declaró improcedente la denuncia.

### 3.1.2. CASO AGENCIAS MARÍTIMAS (INDECOPI)

Este caso se refiere a la denuncia de una empresa operadora de almacenes para carga marítima contra un conjunto de agencias marítimas por abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación. Según la denunciante, las agencias estaban vinculadas con distintas empresas almaceneras y aplicaban condiciones más onerosas por sus servicios a los almacenes independientes—como la denunciante—que competían con sus almacenes vinculados.

Dado que en la denuncia no se planteó un supuesto de prácticas concertadas, pero se indicaba que las denunciadas estaban llevando a cabo una misma conducta, la CLC evaluó el caso bajo la figura de la posición de dominio conjunta. Para ello, consideró que esa figura se presentaba en actividades caracterizadas por interdependencia oligopolística y que implicaba un comportamiento alineado de parte de dos o más empresas que entendían que esa era la mejor “estrategia” debido a las características especiales del mercado<sup>54</sup>.

La CLC entendió que la interdependencia oligopólica se derivaba de la estructura del mercado y no de la conducta de los agentes, por lo cual la mejor vía para enfrentar los casos de abuso de posición de

---

54 Cabe mencionar que entre las características de mercado consideradas por la CLC se incluyen las siguientes: elevada concentración, simetría en las cuotas de los oligopolistas, gran transparencia en el mercado, homogeneidad del producto, tecnología de producción madura, altas barreras de ingreso, entre otras.

dominio conjunta era a través de la abogacía de la competencia, que impulsara la modificación de las condiciones estructurales del mercado. No obstante ello, afirmó que en la medida que el abuso de posición de dominio conjunta implicaba una estrategia conscientemente no competitiva en el mercado, se encontraba incluida dentro del ámbito de las conductas prohibidas por el DL701 y que tal práctica encajaba “*más cómodamente*” bajo la prohibición de actuaciones paralelas o prácticas concertadas:

“13. (...) el abuso de posición de dominio conjunta implica que dos o más empresas han actuado alineadamente. Este actuar alineado no permitiría categorizar dicho fenómeno como abuso de posición de dominio (categoría que tradicionalmente incluye únicamente conductas unilaterales). De otro lado, por definición el abuso de posición de dominio conjunta implica un actuar conjunto, ‘paralelo’, pero no coordinado o acordado, por lo que también se encuentra dificultad para considerarlo como un supuesto de prácticas colusorias.

(...)

19. El concepto de “posición de dominio conjunta” hace referencia a aquella situación en la que dos o más empresas independientes, pero que en conjunto gozan de cierta independencia respecto de otros competidores y de los consumidores, alinean su conducta no concertadamente de modo tal que generan una restricción en la producción y un aumento de precios. En otras palabras, se comportan como un cártel sin haberse puesto de acuerdo en tal sentido, básicamente por las especiales condiciones del mercado en el que coexisten.

(...)

21. Este particular fenómeno (asimilable con ciertos matices a los conceptos manejados en doctrina de ‘colusión tácita’, ‘prácticas conscientemente paralelas’ y ‘paralelismo consciente’) sólo puede surgir en aquellos mercados en los que se presenta una intensa ‘interdependencia oligopólica’ entre cada uno de los agentes supuestamente involucrados en la práctica”.

(...)

23. (...) puede afirmarse que es posible —y según algunos autores preferible— tratar esta figura en el marco de las denominadas ‘prácticas colusorias’, reguladas en nuestro ordenamiento por el artículo 6 del Decreto Legislativo 701. En este caso, la conducta de las empresas oligopólicas tendría que enmarcarse dentro de lo que se denomina las ‘prácticas conscientemente paralelas’ (...) Esta figura —la de las prácticas conscientemente paralelas— a su vez debe ser enmarcada dentro de lo que el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 denomina ‘actuaciones paralelas’.

47. (...) esta Comisión es consciente de que el ‘problema’ de la interdependencia oligopólica y el surgimiento de colusiones tácitas es uno más de estructura del mercado que de comportamiento de sus agentes. Por ende, no necesariamente este tipo de conductas debe ser corregido mediante la imposición de sanciones.

48. (...) no tendría sentido sancionar a un agente por actuar del modo que racionalmente le resulta más ventajoso, porque le permite maximizar sus beneficios. Sin embargo, en dicho contexto sí puede ser necesario que la agencia de competencia intervenga mediante otros mecanismos a fin de incentivar un funcionamiento eficiente del mercado.

49. A criterio de esta Comisión, en los casos de abuso de posición de dominio conjunta o prácticas conscientemente paralelas, debería corresponder únicamente la realización de abogacías de competencia que busquen rectificar las condiciones de mercado que favorecen el surgimiento de este tipo de situaciones.

50. Como se ha afirmado, los casos de abuso de posición de dominio conjunta conllevan una acción “conjunta” o “alineada” de las empresas que ostentan conjuntamente tal posición. Ahora bien, esta acción conjunta o paralela debe ser una que no encuentre justificación en las condiciones del mercado, sino más bien en un oportunismo de dichas empresas de su condición de oligopólicas. En otros términos, los oligopolistas deberán adoptar conscientemente una estrategia no competitiva.

*51. Debe considerarse que el paralelismo en sí mismo no constituye prueba suficiente para determinar la existencia de una concertación. Los competidores en una industria pueden incrementar o disminuir sus precios o sus volúmenes de producción en respuesta a aumentos o disminuciones de precios o volúmenes de producción de otros competidores, en especial*

*si éstos últimos son líderes en el mercado. Esto último puede constituir una conducta económicamente racional y justificable.*

52. El tipo de paralelismo relevante para determinar la existencia de un abuso de posición de dominio conjunta debe ser uno particular, que evidencie la adopción de una estrategia no competitiva de parte de las empresas participantes de un oligopolio. Así, no bastará, por ejemplo, que se determine la existencia de alzas y bajas en los precios de manera simultánea entre las empresas. Para que pueda inferirse la existencia de una “acción conjunta no concertada” deberá determinarse que las empresas se están comportando de igual forma, cobrando los mismos (o muy similares) precios o condiciones de comercialización. De lo contrario, la empresa que vende a un menor precio estará en la capacidad de apropiarse de los clientes de las otras.

53. De acuerdo a lo expuesto en los acápites anteriores, y en línea con lo establecido por el Tribunal, esta Comisión considera que los abusos de una posición de dominio conjunta se encuentran dentro del ámbito de las conductas prohibidas por el Decreto Legislativo 701.

54. Pese a la terminología empleada, y a que un supuesto de abuso de posición de dominio conjunta podría ser visto indistintamente como un abuso de posición de dominio (llevado a cabo por dos o más empresas independientes entre sí) o como una práctica colusoria (“colusión tácita”), esta Comisión considera que este tipo de prácticas deben ser encausadas a través del artículo 6 del Decreto Legislativo 701, es decir, dentro de las denominadas prácticas colusorias y, en particular, bajo el concepto de prácticas conscientemente paralelas.

*55. Esto porque el tipo de conducta que involucra este fenómeno encaja más cómodamente en esta última categoría, por tratarse de una conducta llevada a cabo por dos o más empresas y con un determinado grado de “cooperación” entre ellas. Por lo demás, como se ha visto, las condiciones de mercado que se ha considerado necesarias para la configuración de una posición de dominio conjunta son muy similares a las condiciones favorables para el surgimiento de prácticas colusorias”<sup>55</sup>.*

Luego del análisis concreto del mercado de servicios de agenciamiento marítimo, la CLC concluyó que el mismo no presentaba

---

55 Resolución N° 040-2005-INDECOPI/CLC. Denuncia de Almacenes Mundo S.A. contra Trabajos Marítimos S.A. y otros, párrafos 47-55.

las condiciones para una situación de interdependencia oligopólica que podría conllevar a una posición de dominio conjunta. Asimismo, no encontré indicios de que las empresas denunciadas hubiesen adoptado un comportamiento paralelo que restringiese la competencia.

Posteriormente, el Tribunal del INDECOPI se pronunció respecto de la decisión de la CLC anulándola debido a que en su opinión la CLC se había equivocado al calificar la práctica denunciada como una de abuso de posición de dominio conjunta, siendo más bien una práctica restrictiva de la competencia derivada de un acuerdo entre empresas integradas verticalmente, por lo que debía ser analizada bajo criterios distintos e incluyendo además a las empresas almaceneras integradas con las denunciadas. Como consecuencia de lo anterior, el pronunciamiento del Tribunal del INDECOPI en este caso no es relevante para efectos del análisis de la materia del presente estudio<sup>56</sup>.

---

56 Al respecto, cabe indicar que El Tribunal del INDECOPI señaló lo siguiente:

“(…) las prácticas anticompetitivas denunciadas por Almusa (...) no se derivan de la posición dominante que podrían ostentar las catorce agencias marítimas que operarían regularmente en el sector, sino del hecho que éstas se encuentran integradas verticalmente con los demás operadores portuarios de la cadena logística —navieras y terminales de almacenamiento principalmente—, situación que les permitiría excluir a aquellos operadores que no se encuentran integrados de alguna forma, como es el caso de Almusa.

Al respecto cabe precisar que, de acuerdo a los artículos 3° y 6° del Decreto Legislativo N° 701, las prácticas colusorias alcanzan a todos aquellos acuerdos entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia, generando perjuicio para el interés económico general. Dentro de los alcances de la referida prohibición se encuentran comprendidos los acuerdos verticales (...).

Conforme se desprende de lo anterior, si bien Almusa denunció la existencia de una posición dominante conjunta ejercida por las agencias marítimas que operan en el TPC, atendiendo a que de la información recogida respecto de las características de los servicios de transporte marítimo —en los que se desarrollarían las prácticas anticompetitivas denunciadas— se desprende que tales prácticas se derivarían de la existencia de acuerdos verticales establecidos entre los operadores portuarios (...).

No obstante la Comisión, recogiendo lo manifestado por Almusa y sin efectuar una correcta calificación de los hechos denunciados, realizó el análisis de los mismos asumiendo que la presunta infracción se encontraba tipificada en los artículos 3°, 4° y 5° del Decreto Legislativo N° 701, referidos a la prohibición del abuso de posición dominante. (...).

### 3.1.3. CASO DESMOTADORAS DE ALGODÓN (INDECOPI)

El señor Federico León denunció a un conjunto de empresas dedicadas al desmote de algodón pima en la zona norte del Perú por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de brindar el referido servicio a las empresas productoras de algodón en dicha zona y, asimismo, por concertación del precio de compra del algodón en el período 2003-2004. Luego de una larga investigación, la CLC resolvió declarar infundada la denuncia porque no se encontró evidencia de que las empresas denunciadas se hubieran negado concertadamente a prestar sus servicios ni tampoco de que hubieran concertado el precio de compra durante el período investigado.

Si bien en este caso las conductas denunciadas no incluyeron un supuesto de abuso de posición de dominio conjunta, el Tribunal del INDECOPI consideró oportuno pronunciarse en apelación sobre la relación entre las prácticas concertadas y la colusión tácita, así como sobre el valor probatorio del paralelismo de conductas, en los siguientes términos:

“64. Una conducta paralela puede ser el principal indicio de la existencia de una práctica concertada. Empero, la jurisprudencia y la doctrina internacional es uniforme al estimar que el paralelismo por sí solo no puede ser sancionado como una práctica colusoria, pues se requiere la existencia de una actuación consciente y conjunta destinada a limitar la competencia.

65. Considerando que las prácticas concertadas, al igual que los acuerdos colusorios, requieren de un elemento consensual para ser sancionadas por el Decreto Legislativo 701, la Sala considera apropiado asimilar el concepto de prácticas concertadas al de la colusión tácita.

---

Contrariamente a lo señalado por la Comisión y de acuerdo al análisis precedente, la Sala considera que la denuncia plantea la existencia de restricciones a la competencia derivadas de la existencia de acuerdos de integración vertical entre los operadores portuarios del TPC, conductas tipificadas en los artículos 3° y 6° del Decreto Legislativo N° 701 (...).”

Resolución N° 1046-2006/TDC-INDECOPI. Denuncia de Almacenes Mundo S.A. contra Trabajos Marítimos S.A. y otros, págs. 21-23.

66. Así, mientras que los acuerdos colusorios expresos propiamente dichos son demostrados mediante pruebas directas (actas, contratos, correspondencia, grabaciones, filmaciones, testimonios, etc.), la colusión tácita es probada a través de indicios y presunciones. En este último caso, si bien no existe prueba directa de la realización de un acuerdo entre las empresas investigadas, su actuación no puede ser explicada sino asumiendo la existencia de un acuerdo.

67. Si bien en los casos de colusión tácita o encubierta no se acredita la existencia de un acuerdo expreso para restringir la competencia, éste puede inferirse a partir de evidencia que tiene a excluir la posibilidad de acción independiente de las partes. (...).

(...).

87. La evidencia económica es uno de los principales indicios que utilizan las autoridades de competencia para la investigación y sanción de acuerdos anticompetitivos. No obstante, su análisis debe ser muy cuidadoso y estricto puesto que la evidencia económica puede tener diversas lecturas dependiendo del mercado en cuestión.

88. La principal evidencia económica utilizada en una investigación por prácticas restrictivas de la competencia es el paralelismo. Esto es la existencia de una actuación similar entre empresas competidoras. Por lo general, el paralelismo se produce en relación con el precio, esto es, la existencia de precios idénticos o similares en los productos ofrecidos por los agentes del mercado, con tendencias similares en las variaciones de los precios y, por lo general, simultáneas.

89. El paralelismo, no obstante, no es un indicio necesario, no es suficiente por sí solo para acreditar la existencia de un acuerdo colusorio. En efecto, a nivel doctrinario se ha reconocido mayoritariamente que el paralelismo de precios, aun cuando se realice de manera consciente, no constituye un elemento suficiente que acredite la existencia de un acuerdo colusorio o una voluntad común para dejar de competir.

*90. El paralelismo de precios puede tener su origen en la propia estructura del mercado que favorece la actuación paralela de los competidores, como una conducta explicada racionalmente, por ejemplo, en el caso de los oligopolios o en mercados donde se produce la conducta líder-seguidor. Sin embargo, la verificación del paralelismo de precios podrá llevar a la*

*autoridad de competencia a la conclusión de la existencia de un acuerdo colusorio expreso o tácito, cuando dicha hipótesis constituya la única alternativa lógica que explique dicho fenómeno*<sup>57</sup>.

Pese a la confusión de conceptos que se aprecia en el desarrollo teórico antes citado que asimila la figura de las prácticas concertadas, que requieren de indicios sobre contacto efectivo entre competidores e intercambios de información, con la figura de la colusión tácita, finalmente el Tribunal del INDECOPI consideró que en el caso no se habían encontrado indicios de una concertación de precios de compra en el período objeto de investigación, declarando infundada la denuncia.

#### 3.1.4. CASO ALFATEL (OSIPTTEL)

En este caso, una empresa concesionaria del servicio de televisión por cable denunció que Telefónica del Perú se negaba a brindarle acceso a sus postes para que instale su red de cables para brindar servicios en el distrito de Huaycán de la ciudad de Lima, y que tal práctica limitaba la competencia en tanto que la denunciada se encontraba a su vez vinculada con otra empresa prestadora del servicio de televisión por cable.

El Cuerpo Colegiado de OSIPTTEL (CCO) analizó la denuncia bajo los alcances del artículo 5 del DL701, considerando que el mismo incluía el supuesto del abuso de posición de dominio conjunta. Para tales efectos, consideró que la posición de dominio conjunta en este tipo de casos no implicaba que las empresas pudieran implementar un esquema de colusión tácita, sino que pudieran ejercer su poder de mercado para excluir a los competidores. En tal sentido, los miembros del oligopolio debían contar con información suficiente para conocer que no existían incentivos para competir entre ellos, de modo que tuviesen un adecuado margen de certeza de que si incurrían en actos abusivos no tendrían

---

57 Resolución N° 00448-2008/TDC-INDECOPI. Denuncia del señor Federico León y León León contra Ucisa S.A. y otros, págs. 21-23 y 26-27.

competidores que neutralizaran su actuar. Las ideas planteadas por el CCO al respecto, fueron las siguientes:

“(…) los procedimientos por abuso de posición de dominio conjunta tienen por finalidad determinar si se cometió efectivamente una infracción a las normas de libre competencia. Dentro de este contexto, la identificación de la posición de dominio conjunta supone determinar si una o más empresas pueden actuar independientemente de los demás participantes en el mercado imponiendo condiciones de venta sin que hayan empresas que puedan enfrentárseles, para luego analizar si una o más de dichas empresas cometieron actos abusivos. Es decir, la identificación de la posición de dominio conjunta es un medio para definir posteriormente si se produjo la infracción.

De acuerdo con lo anterior en los procedimientos por abuso de posición de dominio conjunta no se requiere evaluar si las empresas pueden incurrir en una colusión tácita para no competir, sino si se encuentran en capacidad de ejercer su poder de mercado para explotarlo o para excluir a los competidores.

(…)

*(…) tratándose de procedimientos por abuso de posición de dominio debe entenderse que la transparencia se refiere a la información suficiente para que los miembros del oligopolio conozcan que no existen mayores incentivos para competir entre ellos, de manera que si uno de ellos incurre en una conducta abusiva pueda tener un margen de certeza de que los demás miembros del oligopolio no se constituirán en fuente alternativa de suministro para el agente afectado por dicha conducta”<sup>58</sup>.*

Con base en estas ideas, el CCO encontró que el mercado presentaba características propicias para la existencia de posición de dominio conjunta, pues las únicas empresas que tenían instalada una red de postes en el distrito en cuestión y que podían atender el pedido de la denunciante eran la distribuidora eléctrica que operaba en esa zona y la denunciada. Además, consideró que se trataba de un mercado muy concentrado y con elevadas barreras de entrada, el servicio involucraba

---

58 Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPEL. Denuncia de Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. contra Telefónica del Perú S.A.A.

un bien homogéneo (los postes) y sin mayores necesidades de innovación. Adicionalmente, ambas empresas habían dado claras muestras de que no tenían intención de alquilar espacio en sus postes ubicados en el distrito de Huaycán. Gracias a ello las empresas contaban con suficiente información que les indicaba que no habían incentivos para competir. Consecuentemente, se concluyó que las dos empresas ostentaban una posición de dominio conjunta.

Seguidamente, el CCO analizó la negativa de la empresa denunciada y determinó que la misma no tenía justificación de negocios alguna, por lo cual concluyó que se trataba de un acto de abuso de posición de dominio conjunta. Ello pese a que la negativa sólo había sido implementada en los hechos por una de las empresas que ostentaba tal posición. La principal razón para tal veredicto sería que su conducta limitaba el acceso de un competidor potencial al mercado, pues la operadora de televisión por cable vinculada a Telefónica del Perú podría ingresar al mismo en el futuro, es decir, la denunciada se estaba reservando un mercado potencial.

### 3.2. COMPARACIÓN Y CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Según el Tribunal del INCEDOPI en el caso de las AFP la posición de dominio conjunta puede derivarse de la doctrina de la entidad económica única, es decir, de empresas del mismo grupo económico, y también— aunque bastante confusamente expresado— de una situación en que las condiciones estructurales del mercado permiten un comportamiento conjunto pero no concertado entre las empresas. Dentro de estas condiciones estructurales se incluyó la evaluación de aspectos tales como la concentración del mercado y las barreras de acceso al mismo. Otro punto a resaltar es que en el referido pronunciamiento se señaló expresamente que la evaluación de este tipo de casos implica identificar tanto la posición de dominio conjunta como la conducta abusiva (lo que se calificó como “*la actuación de fondo en el proceso*”).

En tal sentido, si bien se definió incorrectamente la posición de dominio conjunta en el primer supuesto (si las empresas son parte el mismo grupo económico la posición de dominio sería individual y no conjunta), el tratamiento del segundo supuesto resulta adecuado, en tanto que permitiría incluir dentro del concepto de posición de dominio conjunta los esquemas de colusión tácita, tal cual se ha definido en el presente artículo. Así, puede sostenerse que la definición planteada por el Tribunal del INDECOPI se refiere al ajuste racional del comportamiento de empresas que conforman un oligopolio, sin necesidad de comunicación o contacto efectivo entre ellas, debido a que las características estructurales del mercado así lo permiten.

Más aún, si el concepto de posición de dominio conjunta manejado se refiere efectivamente a la colusión tácita, la misma no sería ilegal por sí misma como un acto de abuso de posición de dominio. En efecto, si se requiere de actos de abuso de posición de dominio por parte de las empresas involucradas —como actuación de fondo en la investigación— se tendría que demostrar, de un lado, la colusión tácita como equivalente a la posición de dominio conjunta y, de otro, actos específicos de abuso para declarar que se incurrió en infracción al DL701.

El caso de las Agencias Marítimas pareciera haber dado mayores luces sobre la figura de la posición de dominio conjunta como equivalente a la colusión tácita, pero cuanto mayor fue el desarrollo del análisis de la CLC se hicieron más tangibles las contradicciones al considerar que la colusión tácita no debería ser sancionada para terminar señalando que dicha figura debía encausarse como una práctica de colusión prohibida, pese a que se indicó que lo más conveniente en este caso era hacer abogacía de la competencia.

En efecto, la CLC señaló acertadamente que la posición de dominio conjunta se deriva de las especiales características del mercado y, además, que el comportamiento oligopólico que conlleva a una colusión tácita entre los competidores es una respuesta económica racional frente a tales condiciones de mercado. Más aún, la CLC sostuvo que la mejor vía para enfrentar esa figura no era el control de conductas —en tanto se señala que no tendría sentido aplicar las sanciones que este tipo de

normas prevé como solución— sino que debía recurrirse a acciones de abogacía de la competencia, para impulsar la modificación o eliminación de aquellas características del mercado que resultaban propicias para la colusión tácita.

Sin embargo, la CLC llegó a una conclusión inconsistente con sus afirmaciones. Partiendo de un aparente distingo entre posición de dominio conjunta y colusión tácita, basado en que ésta última supondría un “*determinado grado de cooperación entre las empresas*”, asumió que la primera estaría dentro del ámbito del artículo 5 del DL701 (casos de abuso de posición de dominio), pero que no era sancionable, mientras que la segunda sí estaría prohibida y sería sancionable por el artículo 6 de dicha norma (prácticas de colusión). Así, la CLC estaría entendiendo que la colusión tácita se encuentra proscrita como una práctica conscientemente paralela, no obstante haber reconocido expresamente que se trata de un comportamiento racional y que no implica comunicación ni contacto efectivo entre los agentes, requisito que es típico en las prácticas prohibidas por el artículo 6 del DL701<sup>59</sup>. Esto resulta más inconsistente aún si se tiene en cuenta que la propia CLC afirmó que la respuesta más adecuada frente a la colusión tácita es la abogacía de la competencia.

Adicionalmente, la CLC indicó que su línea interpretativa estaba en consonancia con lo resuelto por el Tribunal del INDECOPI, pues consideraba que el abuso de posición de dominio conjunta estaba prohibido por el DL701. Sin embargo, acto seguido la CLC llegó a la conclusión de que pese a su terminología, esa figura no estaba prohibida como abuso de posición de dominio conjunta (artículo 5 DL701) sino como una práctica de colusión entre competidores (artículo 6 DL701).

---

59 Aparentemente se estaría entendiendo que cuando el artículo 6 del DL701 se refiere a actuaciones paralelas las distingue de las prácticas concertadas. No obstante, el texto de la norma trata ambos términos como sinónimos (recuérdese que el artículo 6 se refiere a las “actuaciones paralelas o prácticas concertadas”). En tal sentido, no parece adecuado asumir como hace la CLC en este caso que el texto del DL701 establece que las actuaciones paralelas son un tipo de prácticas colusorias distintas a las prácticas concertadas y, además, que dichas actuaciones paralelas son lo mismo que la colusión tácita, quedando así esta última prohibida.

Como se advierte de lo expresado al comentar el caso de las AFP, esta interpretación no se sigue de los argumentos planteados por el Tribunal del INDECOPI que señaló explícitamente que para que fuera sancionable se requería demostrar un abuso de la posición de dominio conjunta, con lo cual el Tribunal consideraba que la práctica estaría prohibida por el artículo 5 del DL701.

En lo que respecta al caso de los desmotadores de algodón, como ya se ha apuntado previamente, el Tribunal del INDECOPI incurre en una grave confusión teórica al equiparar la concertación con la colusión tácita. Para tales efectos, el Tribunal hace el distingo entre acuerdos colusorios expresos que suponen evidencia incriminadora directa y la colusión tácita que en su opinión —errada por cierto— se demuestra a través de indicios y presunciones. Evidentemente, existe una equivocada asimilación de la colusión tácita, en la que no existe contacto efectivo entre las partes, con una práctica concertada, en la que tiene que recurrirse a prueba indirecta basada en indicios y presunciones para explicar el paralelismo de conductas como la secuela de un acuerdo previo del que no se tiene prueba directa. Mientras que la colusión tácita es una respuesta racional frente a las condiciones de mercado, la concertación es un fraude que hacen los competidores al mercado cuya única diferencia con un acuerdo explícito entre competidores es que no se tiene prueba directa de su existencia. Sin embargo, el mayor problema es que como parte de su razonamiento el Tribunal del INDECOPI llega a señalar que si bien el simple paralelismo de precios puede considerarse prueba suficiente para concluir que se ha producido un acuerdo colusorio tácito, cuando la existencia de tal acuerdo sea la única alternativa lógica que explique el paralelismo.

El error en que incurre el Tribunal del INDECOPI en este caso puede dar lugar a dos interpretaciones. La interpretación más benigna es que al asimilar la colusión tácita a la concertación y al señalar que en ambos casos se requiere de prueba de indicios y presunciones, el Tribunal del INDECOPI solamente haya buscado descartar la posibilidad de sancionar la colusión tácita sin contar con prueba indirecta sobre contacto efectivo entre las partes e intercambios de información. De esta manera, se estaría asegurando que sólo se sancione por casos de concertación y

nunca por el simple acomodo de conductas como consecuencia de las especiales características del mercado. Sin embargo, bajo esta interpretación resulta complicado explicar la afirmación del Tribunal del INDECOPI en el sentido de que solamente con el paralelismo de conductas puede concluirse que ha existido un acuerdo previo entre los competidores.

La otra interpretación es más grave, pues indicaría que las empresas que forman un oligopolio pueden ser sancionadas simplemente por adecuar su conducta al comportamiento esperado de sus rivales dentro de un mercado que permite ese acomodo de conductas, tomando en cuenta para ello indicios y presunciones basadas en el paralelismo de conductas como principal o incluso única evidencia. Esta segunda interpretación debe ser dejada de lado de plano, en tanto que iría en contra de la corriente seguida mayoritariamente a nivel internacional de no sancionar la colusión tácita, sino además contra la práctica habitual seguida en el Perú de no sancionar el mero paralelismo de conductas sin prueba indirecta adicional sobre la existencia de un acuerdo previo.

Por último, el caso Alfatel tiene como mayor virtud plantear la necesidad de un doble análisis para determinar un caso de abuso de posición de dominio, esto es, determinar primero la existencia de la posición de dominio conjunta, para luego recién analizar si se cometió el acto de abuso. En tal sentido, distingue correctamente la posición de dominio conjunta como una situación inobjetable y el abuso como acto ilícito.

No obstante, el pronunciamiento hace una interpretación distinta a la esbozada en la jurisprudencia del INDECOPI. Así, deja de lado la equivalencia entre la posición de dominio conjunta y la colusión tácita, para adoptar una concepción tradicional de lo que es el abuso de posición de dominio, como conducta por la que se aprovecha el poder de mercado para excluir a los competidores. Pese a ello, toma en cuenta los criterios de análisis correspondientes a la identificación de mercados propicios para la colusión tácita.

La mixtura realizada puede parecer heterodoxa, al no seguir la línea de razonamiento en que la posición de dominio conjunta es equivalente a la colusión tácita, pero de todos modos recurrir a elementos de juicio

propios del análisis de esta última figura. No obstante, también puede considerarse como un caso *sui generis* en que el concepto ha sido ajustado a fin de enfrentar un comportamiento abusivo que impedía la entrada de un competidor potencial. En tal sentido, podría asimilarse a casos como los de *Companie Maritime Belge* o *Irish Sugar*.

### 3.3. NUEVA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y COLUSIÓN TÁCITA

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que ha entrado en vigor recientemente en el Perú no incluye referencia alguna a la posición de dominio conjunta o a su abuso. Los artículos 7 y 10 de la nueva ley sólo se refieren a la posición de dominio como una condición individual de un agente económico, sin mencionar que pueda haber una o más empresas con posición de dominio ni que el abuso pueda ser llevado a cabo por una o más empresas<sup>60</sup>.

---

60 Artículo 7. “*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; b) las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; (...).

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

Artículo 10. “*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.

(...)

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

Dado que previamente la jurisprudencia peruana identificaba la colusión tácita con la posición de dominio conjunta en aplicación del DL701 y que la nueva ley ya no contempla esta figura ni tampoco su abuso, cabe preguntarse si eso significa que la colusión tácita ha dejado de ser una conducta pasible de sanción bajo el marco legal vigente en el Perú.

Al respecto, la jurisprudencia previa ha considerado que la colusión tácita podría ser evaluada como una práctica conscientemente paralela (CLC) o como una práctica concertada (Tribunal del INDECOPI), de modo que la ausencia de la figura de la posición de dominio conjunta no es argumento suficiente para descartar que la colusión tácita pueda considerarse prohibida por la nueva ley de defensa de la competencia peruana. No obstante, la nueva ley ya no contempla la expresión “actuaciones paralelas” que se encontraba en el DL701, sino que incluye como prácticas colusorias horizontales únicamente los acuerdos, las decisiones, las recomendaciones y las prácticas concertadas<sup>61</sup>. En tal sentido, la única opción que parecería existir actualmente sería considerar que la colusión tácita sea asimilable a una práctica concertada, como ha asumido el Tribunal del INDECOPI previamente.

Como ya se ha comentado existe un evidente error en dicha asimilación, pero además debe señalarse que sancionar la colusión tácita como tal, considerándola una práctica colusoria horizontal entre competidores, supondría asumir que el paralelismo de conductas es un comportamiento *per se* ilegal o, en términos de la nueva ley, una práctica calificada como una prohibición absoluta<sup>62</sup>. Esto también es un error

---

61 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; (...).”*

62 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”.*

considerando, al igual que lo hace la Comunidad Europea, que los agentes económicos tienen el derecho de ajustar inteligentemente su comportamiento a la conducta esperada de sus rivales; aunque podría ser admisible bajo el razonamiento del pronunciamiento más reciente del Tribunal del INDECOPI, en que señala que el paralelismo de precios puede ser prueba suficiente de un acuerdo colusorio tácito, cuando la existencia de tal acuerdo sea la única alternativa lógica que explique el paralelismo.

Sin perjuicio de lo mencionado, dada la novedad de la norma bajo comentario no puede adelantarse mayor juicio sobre el tratamiento que recibirá en el futuro la colusión tácita por parte de las autoridades peruanas de defensa de la competencia. En todo caso, la ventaja que puede encontrarse en que la nueva ley no contemple la figura de la posición de dominio conjunta y de su abuso, es que al menos eso será un elemento menos de confusión terminológica y conceptual para dichas autoridades.

#### 4. COMENTARIOS FINALES

Como se aprecia, el tratamiento de la colusión tácita y el desarrollo del concepto de posición de dominio conjunta por la jurisprudencia administrativa peruana ha tenido marchas y contramarchas que han seguido líneas argumentales parecidas a las de la Comunidad Europea, con aciertos y errores similares, aunque en determinados casos incurriendo en desaciertos más graves.

En principio, las autoridades peruanas de defensa de la competencia parecen haber equiparado, con mayor o menor habilidad, la posición de dominio conjunta con el concepto de colusión tácita. La CLC ha sido explícita en este sentido (caso Agencias Marítimas) mientras que el Tribunal del INDECOPI lo planteó de manera implícita a través de su explicación sobre el comportamiento que supone el abuso de posición de dominio conjunta (caso AFP). No obstante, dado su pronunciamiento más reciente en el que asimila la colusión tácita a las prácticas concertadas (caso desmotadores de algodón), ya no puede afirmarse con certeza que se mantenga la equivalencia antes indicada.

Tanto la CLC como el Tribunal del INDECOPI parecen haber desvirtuado la naturaleza del abuso de posición de dominio conjunta o colusión tácita cuando han pretendido considerarla sancionable bajo una supuesta prohibición de prácticas conscientemente paralelas o como una práctica concertada. No obstante, el tratamiento de la colusión tácita en el Perú se ha limitado mayormente al campo teórico, pues hasta el momento no se han sancionado ni investigado casos en que el mercado haya presentado efectivamente características propicias para comportamientos oligopólicos no cooperativos y en los que se haya verificado una colusión tácita.

Inicialmente el Tribunal del INDECOPI señaló la necesidad de identificar no sólo la posición de dominio conjunta sino también un acto de abuso específico para que pueda considerarse que existe una conducta sancionable (caso AFP). De esta forma, se conservaba la racionalidad utilizada en los casos de abuso de posición de dominio individual, puesto que la posición de dominio conjunta no era objeto de cuestionamiento por sí misma. Sin embargo, como ya se señaló, considerando el pronunciamiento más reciente del Tribunal del INDECOPI en el que asimila la colusión tácita a las prácticas concertadas, ya no puede asegurarse que se mantenga el mismo razonamiento. En todo caso, debe mencionarse que al igual que en Europa (caso Irish Sugar), el único caso que se ha sancionado en el Perú por abuso de posición de dominio conjunta fue una situación de características bastante *sui generis* que no estaba relacionada con un esquema de colusión tácita (caso Alfatel).

Otro aspecto a comentar es el paralelo que puede hacerse entre el control de concentraciones empresariales aplicado en Europa y las acciones de abogacía de la competencia planteadas por la CLC. Como ya se indicó, la Comunidad Europea parece haber llegado a la conclusión de que la forma más efectiva de enfrentar la posición de dominio conjunta —entendida como colusión tácita— es prevenirla a través del control de concentraciones empresariales. Al no contar con normas de esa naturaleza en el Perú, la CLC ha planteado que la mejor forma de enfrentar la posición de dominio conjunta es previniéndola con acciones de abogacía de la competencia. Lamentablemente, ese paralelo se quiebra cuando se considera que la colusión tácita podría

encontrarse proscrita al igual que una típica práctica de colusión entre competidores.

Si se acepta que la colusión tácita es el comportamiento racional en mercados con interdependencia oligopolística, que a su vez presentan características propicias para el ajuste del comportamiento de las empresas a la conducta esperada de sus rivales, dicho comportamiento no debería condenarse por sí mismo, ni como un acto de abuso de posición de dominio, ni como una práctica concertada. En el primer caso, tendría que seguirse la misma racionalidad que con el abuso de posición de dominio individual, es decir, debería identificarse además actos de abuso específicos para que se considere una práctica sancionable. En el segundo caso, tendría que exigirse el mismo estándar de prueba sobre la intención de no competir pese a que el mercado lo permitiría, es decir, que se encuentre evidencia de comunicación o contacto efectivo entre los competidores.

Adicionalmente, es necesario recuperar la idea de la CLC de que no tiene sentido aplicar los remedios o las sanciones previstas en el DL701 o en la actual Ley de Represión de Conducta Anticompetitivas a la colusión tácita, para sostener que las normas de control de conductas peruanas no resultan medidas efectivas para enfrentar ese tipo de comportamiento racional dentro del mercado.

Al respecto, es útil volver al ejemplo planteado al inicio de este trabajo, en el cual los grifos no sólo contarían con información suficientemente detallada y oportuna para prever el comportamiento de sus competidores, sino que contarían con herramientas de represalia disuasivas. Entonces sería racional que ajustaran su conducta al comportamiento esperado de sus rivales, para mantener un equilibrio que maximice sus ganancias. De considerar ilícito ese comportamiento la autoridad de defensa de la competencia tendría que reconocer que las medidas correctivas que pudiera ordenar no lograrían el cese efectivo de la práctica, en tanto que luego de su decisión las características del mercado continuarían siendo las mismas y los competidores seguirían teniendo acceso a la información para anticipar la reacción de sus rivales. En consecuencia, la única forma de evitar que la colusión tácita se mantenga sería ordenar a los grifos no guiarse por las condiciones

de mercado y las estimaciones que pudieran efectuar válidamente (es decir, ordenarles algo así como “cubrirse los ojos” frente a lo evidente) para que no actúen de la misma forma. Adicionalmente, las multas u otras sanciones que pudieran imponerse también resultarían ineficaces, pues una vez cumplidas los grifos estarían nuevamente en condiciones de incurrir en el mismo comportamiento. Tendría que imponérseles multas sucesivamente por actuar racionalmente. Esto generaría total incertidumbre sobre la forma en que deben comportarse las empresas que forman parte de un oligopolio y actúan en mercados propicios para la colusión tácita, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello supone<sup>63</sup>.

La situación podría ser distinta —aunque debe reconocerse que también sería bastante más riesgosa en términos de seguridad jurídica y protección contra la arbitrariedad— si la ley de defensa de la competencia peruana contemplara la facultad de dictar los denominados remedios de estructura. Es decir, ordenar la separación estructural de las empresas infractoras o la venta de parte de sus activos, ante el hallazgo de actos de abuso de posición de dominio<sup>64</sup>. Si tal fuera el caso, podría tratarse de corregir la implementación comprobada de

---

63 Probablemente fueron razones de esta índole las que podrían haber convenido a la autoridades de defensa de la competencia de la Comunidad Europea para dejar de tratar de sancionar la colusión tácita a través de las normas de control de conductas y decidirse por actuar mayormente en la prevención de condiciones de mercado propicias para la colusión tácita a través del control de concentraciones empresariales.

64 Esta facultad ha sido introducida hace relativamente poco tiempo en el marco normativo de la Comunidad Europea a través de la Regulación del Consejo 1/2003. También se encontraba prevista en un proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que propuso reiteradamente el INDECOPI en sustitución del DL701 hace tres años atrás, pero que no logró el consenso requerido para su aprobación. Esta facultad no se encuentra prevista en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas actualmente vigente, aunque algunos han planteado que bajo una interpretación amplia podría considerarse que dicha facultad sí se ha previsto implícitamente en el artículo 46.1 de la referida ley, que señala que las autoridades de defensa de la competencia pueden dictar “entre otras” las medidas correctivas señaladas expresamente en dicho artículo; con lo cual la separación estructural estaría dentro de esa frase.

esquemas de colusión tácita a través de esas medidas, buscándose con ellas la modificación de las condiciones estructurales del mercado.

Obviamente, además de lo discutible de otorgar a la autoridad de defensa de la competencia el poder discrecional de ordenar remedios de separación estructural, la aplicación de este tipo de remedios pasaría por considerar que la colusión tácita, pese a ser un comportamiento racional, es una conducta sancionable por sí misma.

La forma que se ha buscado para enfrentar el problema de la colusión tácita sin considerarla como ilegal por sí misma, es concentrar los esfuerzos de *enforcement* en identificar prácticas destinadas a facilitar la aparición artificial de las condiciones propicias para la colusión tácita. Este es el caso de aquellas prácticas a través de las cuales las empresas que conforman un oligopolio crean condiciones que facilitan un esquema de colusión tácita en un mercado que no presenta naturalmente tales condiciones, como por ejemplo, la creación artificial de transparencia de información requerida para conocer el comportamiento de los competidores.

Entre las prácticas que introducen artificialmente transparencia en el mercado pueden mencionarse tanto las denominadas cláusulas de nación más favorecida (*most-favoured nation clauses*), como las cláusulas para alcanzar a la competencia (*meeting-competition clauses*). Estas cláusulas permiten a las empresas —en particular a las líderes de mercado— dar señales a sus competidores sobre los precios y condiciones a fijar.

Mediante las cláusulas de nación más favorecida, las empresas se obligan frente a sus contrapartes a otorgarles cualquier condición más beneficiosa, como por ejemplo descuentos, que pacten en el futuro con otros clientes. Este compromiso reduce los incentivos de dichas empresas a otorgar descuentos y, por ende, también reduce la tentación de modificar el precio fijado inicialmente y que podría ser el resultado de una colusión tácita. A través de las cláusulas para alcanzar a la competencia, el vendedor se compromete a igualar las mejores condiciones que pudieran ofrecerle a sus clientes los competidores. Con este tipo de cláusulas se incrementan los flujos de información hacia las empresas vendedoras, en tanto que cada vez que un comprador

reciba la oferta de un precio menor lo comunicará a su proveedor a fin de que éste iguale ese precio. De esta manera, los competidores podrían monitorear más fácilmente cualquier desvío del precio fijado a través de un esquema de colusión tácita. Como se observa, la introducción de este tipo de cláusulas por parte de competidores, en especial las cláusulas para alcanzar a la competencia, permitiría no sólo anticipar el comportamiento de los rivales sino también identificar los desvíos del comportamiento esperado<sup>65</sup>.

Siendo ello así, en vez de pretender sancionar la colusión tácita en sí misma como acto de abuso de posición de dominio conjunta o como colusión entre competidores, parece más adecuado que sean las prácticas facilitadoras de esquemas de colusión tácita las que se consideren como actos de abuso sancionables. Así, la introducción de cláusulas como las indicadas líneas arriba —o de prácticas comerciales con efectos similares— podría constituir un instrumento *ad hoc* creado por las empresas que participan en mercados oligopólicos para facilitar la estabilidad de un esquema de colusión tácita. Ese debería ser el centro de atención de las autoridades de defensa de la competencia. No obstante, al haberse eliminado la referencia al abuso de posición de dominio conjunta de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas peruana, tendría que buscarse una nueva interpretación para sancionar conductas como las mencionadas, tal vez ahora sí a través de alguna de las figuras calificadas como prácticas colusorias horizontales. Este será un tema necesario en el futuro desarrollo jurisprudencial.

Por último, se mantiene como interrogante si las medidas de represalia adoptadas por los competidores y que son propias de un esquema de colusión tácita también deben considerarse como válidas desde un punto de vista legal. Como se ha mencionado, si el mercado presenta las condiciones propicias para ello, ajustar el comportamiento propio a la conducta esperada de los rivales sería la respuesta racional de toda

---

65 KORAH. An Introductory Guide ..., *op. cit.*, pp. 113-114. MONTI. "The Scope of Collective Dominance...", *op. cit.*, págs. 146-149. MOTTA. Competition Policy..., *op. cit.*, págs. 156-158.

empresa. Sin embargo, los esquemas de colusión tácita implican que las desviaciones serán castigadas a través de mecanismos de represalia tales como las guerras de precios, de modo que se disuada cualquier propensión a no mantener el comportamiento esperado.

La pregunta es si la aplicación comprobada de estas medidas de represalia debería ser considerada lícita, al igual que el ajuste del comportamiento a la conducta de los rivales. Al respecto, algunos podrían considerar que tales medidas siguen una racionalidad económica similar a la del ajuste del comportamiento entre los competidores, por lo que deberían recibir el mismo tratamiento legal. Pero debe tenerse en cuenta también que el objetivo de esas medidas es garantizar el alineamiento implícito de las conductas disidentes para recuperar así la vigencia del arreglo tácito existente. Es decir, los competidores atacan a aquel oligopolista que encontró rentable desviarse y asumió que podía haber lugar para la competencia. Este es también un tema por dilucidar en el futuro.

