



Análisis de la figura del facilitador en el Derecho de la Libre Competencia

Analysis of the facilitator figure on Competency Law

Crossby Buleje Díaz*

Resumen:

El presente artículo busca analizar la figura del facilitador, en el marco de la colusión para la práctica de conductas anticompetitivas de coordinación, en los casos en los que el agente económico que ejecuta prácticas facilitadoras está en un nivel distinto al de los agentes que realizan la colusión horizontal.

Para ello, se describe de manera detallada la configuración de esta figura, así como los diferentes escenarios en los que se puede presentar.

Finalmente, se analiza algunos casos concretos en los que se dio la figura del facilitador.

Abstract:

The present article seeks to analyze the figure of facilitator, on the frame of collusion for performing anti-competitive coordination practices, in the cases where the economic agent that executes the facilitating practice is in a different level from the agent that performs the act of horizontal collusion.

For that purpose, it describes on a detailed way how this figure is configured, and also the different ways it happens.

Finally, it analyses some cases in which the facilitator figure occurred.

Palabras clave:

Facilitador – Derecho de la competencia – Colusión – Prácticas anticompetitivas – Proveedor.

Keywords:

Facilitator – Competition law – Collusion – Anti-competitive practices – Provider.

Sumario:

1. Introducción – 2. “Prácticas facilitadoras” y el “facilitador” en libre competencia – 3. Facilitador en un mercado verticalmente integrado – 4. Facilitador en un mercado no directamente relacionado – 5. Un gremio o asociación empresarial como facilitador de una práctica colusoria horizontal – 6. Conclusión – 7. Bonus track: Consejos prácticos para evitar la responsabilidad por una conspiración hub-and-spoke – 8. Bibliografía

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Marco institucional y Crecimiento Económico por la Universidad Rey Juan Carlos de España. Ha sido docente de pregrado y posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Contacto: crosby.buleje@pucp.pe.

1. Introducción

En el 2008, se promulgó el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Mediante esta norma, se uniformizó y modernizó el derecho de la libre competencia en el Perú, pues esta recogió los pronunciamientos más importantes sobre la materia. Su emisión fue clave para la política de defensa de la libre competencia en el Perú, pues, sin perder la armonía con las libertades empresariales, hizo más efectiva la persecución de aquellas conductas reñidas con el proceso competitivo.

No obstante, como cualquier norma, y más cuando se encuentra referida al proceso de mercado, es perfectible. En ese contexto, en el 2016, se emitió el Decreto Legislativo 1205 que modificó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Esta norma introdujo mejoras a la referida ley, enfocándose en dos ejes principales: la detección y sanción de prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta y el sistema de promoción de la competencia a través de las acciones de abogacía de la competencia.¹

Como parte de las mejoras pertenecientes al primer eje, se introdujo la figura del facilitador de una práctica colusoria horizontal como conducta pasible de sanción. Si bien esta figura es nueva en nuestra legislación, no lo es en la jurisprudencia internacional (y, como evidenciaremos más adelante, en nuestra jurisprudencia).

En este artículo procederemos a analizar la figura del facilitador de conductas anticompetitivas introducida en el Decreto Legislativo 1034 desde la perspectiva de la agencia de competencia peruana y el agente económico.

2. “Prácticas facilitadoras” y el “facilitador” en libre competencia

Las prácticas colusorias horizontales, generalmente llamadas cárteles, son aquellas realizadas entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización. Normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores.

De acuerdo con la agencia de competencia, el efecto de este tipo de conductas, y la razón por la cual se encuentran proscritas, es que puede producirse un incremento de precios o una reducción de la producción, de manera artificial, al margen de los mecanismos del mercado. Ello trae como consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores.²

Estas prácticas pueden ser llevadas a cabo de diferentes maneras. Ciertamente, de acuerdo con la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, estas conductas pueden manifestarse mediante acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas. Sin perjuicio de ello, en toda práctica colusoria horizontal existe un elemento esencial: **una conducta coordinada** con el objeto o efecto de eliminar, restringir o limitar la competencia.³

La persecución de este tipo de conductas y, más importante aún, la constante innovación empresarial en la forma de hacer negocios, han llevado a las empresas a diseñar mecanismos cada vez más sofisticados que implican prácticas colusorias horizontales.

Ello ocurre, pues llevar a cabo una práctica colusión horizontal no es una actividad sencilla. Al respecto, existen tres problemas: (i) el problema de elegir y coordinar las estrategias colusivas; (ii) el problema de monitorear a los miembros y desincentivar desviaciones de la coordinación; y, (iii) el problema de evitar la entrada o expansión de las empresas que no forman parte de la coordinación.⁴

En ese orden de ideas, muchas veces, una práctica colusoria horizontal puede ser llevada a cabo no de manera directa, sino mediante “prácticas facilitadoras” (o *facilitating practices*). Una práctica facilitadora es una conducta, activa o pasiva, que hace más sencilla y efectiva la coordinación entre agentes económicos en el mercado, a fin de realizar prácticas colusorias horizontales. Una práctica facilitadora hace más sencilla la coordinación, porque permite el flujo de información entre agentes competidores en el mercado, y hace más efectiva la coordinación, porque permite la detección y sanción de desviaciones de dicha coordinación.⁵

1 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1205, 1.

2 Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016 recaída en el Expediente 008-2010/CLC

3 Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016 recaída en el Expediente 008-2010/CLC

4 Paul Belleflamme y Martin Peitz, *Industrial Organization: Market and Strategies*, 2da edición (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 378.

5 Caron Beaton-Wells y Brent Fisse, *Australian Cartel Regulation in an International Context* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 41.

Asimismo, se indica que las prácticas facilitadoras ayudan a empresas competidoras en el mercado a superar los factores complicados que hacen la interdependencia oligopólica inviable o insuficiente para obtener beneficios monopolísticos⁶, permitiendo así la formación de cárteles anticompetitivos.

Existen diferentes tipos de prácticas facilitadoras de colusiones horizontales. La mayoría de casos están referidos a acuerdos entre competidores para intercambiar información (por ejemplo, sobre precios históricos o futuros o estrategias de mercado). No obstante, las prácticas facilitadoras pueden también incluir acuerdos verticales que permiten la coordinación entre proveedores o distribuidores.⁷ Es decir, que permiten una práctica colusoria horizontal.

Las prácticas facilitadoras, por lo general, son llevadas a cabo entre agentes competidores. Sin embargo, en otros casos las prácticas facilitadoras no necesariamente son llevadas a cabo solamente por agentes que participan en un mismo nivel de la cadena comercial dado que las empresas buscan mitigar los problemas económicos y legales que los cárteles enfrentan mediante la centralización en terceros de determinadas funciones, reduciendo los costos de coordinación y monitoreo.

De esta manera, las prácticas facilitadoras pueden ser realizadas por agentes que participan en un nivel superior (proveedores), inferior (distribuidores) o en uno que no se encuentra directamente relacionado con el mercado en el que participan los cartelistas (por ejemplo, el mercado de consultoras económicas o gremios empresariales). En tales casos, surge la figura del “facilitador”, objeto de estudio del presente trabajo, la cual se encuentra referida al que ejecuta prácticas facilitadoras estando en un nivel distinto al de los agentes que realizan la colusión horizontal.

La figura del facilitador requiere de un análisis bastante complejo de evidencia directa e indirecta, el cual expondremos, con la cual muchas veces no se cuenta. Por esta razón, no en todas las jurisdicciones, las agencias de competencia han optado por sancionar al facilitador de prácticas colusorias horizontales, sino únicamente a los agentes que llevan a cabo la coordinación.

No obstante, algunos países que son más agresivos en la persecución de los cárteles han optado por perseguir al facilitador incluso aunque no necesariamente se encuentre expresamente regulada dicha conducta en el derecho positivo.

En el caso peruano, con la reciente modificación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se optó por perseguir al facilitador, estableciendo dicha tipificación. En ese orden de ideas, la norma establece:

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

(...)

*2.4. La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, **sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta**. Se incluye en esta disposición a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.*
(Resaltado propio)

Con fines expositivos, vamos a analizar por separado la figura del facilitador de una práctica colusoria horizontal que opera en un nivel superior o inferior de cadena de comercialización al que participan los cartelistas (es decir, en un mercado verticalmente integrado) y la figura del facilitador que opera en un mercado que no está directamente relacionado con el mercado de los cartelistas.

3. El facilitador en un mercado verticalmente integrado

Los incentivos de las empresas que compiten horizontalmente y entran en un cártel tienden a ser evidentes. Como detallamos anteriormente, mediante un cártel se produce un aumento en los precios o una restricción en la producción, lo que permite a las empresas obtener ganancias supra competitivas que afectan el desenvolvimiento del mercado.

Sin embargo, los incentivos de un Facilitador que se encuentra verticalmente integrado con los cartelistas no son tan evidentes. En efecto, ¿por qué este tercero en un nivel distinto desearía facilitar un incremento en el poder de mercado de los cartelistas quienes pueden ser sus proveedores o distribuidores? Es decir, ¿por qué desearía otorgarle mayor de poder negociación a quien en muchos casos es su contraparte?

⁶ George A. Hay, “Facilitating Practices: The Ethyl Case” en *The Antitrust Revolution*, 3era edición, eds. John E. Kwoka y Lawrence J. White (eds.), (Oxford: Oxford University Press, 1999), 189.

⁷ OECD. Facilitating Practices in Oligopolies. Policy Roundtables, 2007. <https://www.oecd.org/daf/competition/41472165.pdf>. (Última fecha de acceso: 4 de abril de 2017).

Y es que analizar la figura del facilitador en un contexto de una restricción vertical es una tarea compleja debido a que en muchos casos una restricción vertical que facilita una práctica colusoria horizontal puede tener una explicación basada en eficiencias económicas o, en otras palabras, puede generar efectos pro competitivos.

En ese orden de ideas, nuestro objetivo en este punto es dilucidar cuándo estamos **una práctica colusoria horizontal llevada a cabo con la intervención de un facilitador** y, en consecuencia, sujeta a la regla per se o prohibición absoluta; y cuándo estamos ante **una restricción vertical** únicamente, la cual puede tener por efecto una coordinación entre agentes, no obstante sujeta a la regla de la razón o prohibición relativa. Ello es propuesto con la finalidad de lograr una correcta aplicación del artículo 2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Ahora bien, estos esquemas de prácticas colusorias horizontales mediante un agente verticalmente integrado, independiente del tipo legal en el que encajen, son conocidos en la doctrina y jurisprudencia de libre competencia como conspiraciones *hub-and-spoke*.

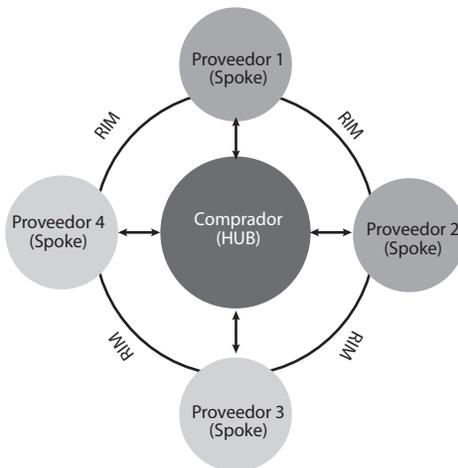
3.1 Conspiración Hub-and-spoke

El término *hub-and-spoke* es un concepto metafórico el cual se originó a partir de un caso no relacionado con derecho de la libre competencia. En efecto, el término surgió a partir del caso *Kotteakos v. United States*⁸ en el cual un conjunto de personas utilizaron individualmente cada una a una misma empresa de construcción a fin de solicitar préstamos gubernamentales fraudulentos. Si bien no se encontró una conexión entre dichas personas, el gobierno estadounidense determinó que todos actuaron bajo un propósito individual, como parte de una conspiración a fin de defraudar al gobierno.

En ese orden de ideas, se considera que una conspiración *hub-and-spoke* es un esquema en el cual una empresa (el *hub* o eje de una rueda) organiza o facilita una supuesta coordinación (el *rim* o borde de la rueda) entre otras empresas ubicadas en un nivel superior o inferior de la cadena de comercialización (los *spokes* o los radios de la rueda).⁹ Por ejemplo, una empresa compradora intercambia información respecto del precio de compra entre sus proveedores, de manera que estos sepan qué estrategia adoptar.

Al respecto, imaginemos el siguiente esquema:

Gráfico 1



A fin de identificar una conspiración *hub-and-spoke* ilícita per se, son necesarias dos condiciones preliminares. En primer lugar, es necesario demostrar que la colusión horizontal entre agentes competidores (esto es, los *spokes*) existió –y que no fueron solo prácticas aparentemente coordinadas– (esto es, el *rim*); en segundo lugar, que el agente verticalmente integrado fue un participante consciente en dicho acuerdo y facilitó el esquema (estos es, el *hub*).¹⁰

8 Kotteakos v. United States, 328 US. 750 (1946),

9 Barak Orbach, "Hub-and-spoke Conspiracies" 15 *Antitrust Source*, no. 3, 2016, at 1., *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-11*. <https://ssrn.com/abstract=2765476>

10 Benjamin Klein, *Antitrust Analysis of Hub-and-Spoke Conspiracies*. Enero, 2017, 2.

En relación a la necesidad del *rim*, se sostiene que si la colusión horizontal no existió, entonces estamos ante únicamente un conjunto de relaciones verticales (o restricciones) que generan un conjunto de conductas paralelas o aparentemente coordinadas,¹¹ no ante un esquema *hub-and-spoke* ilícito per se.

Si bien este requisito parece evidente, el problema se presenta en cómo se satisface el mismo. Es decir, **cuál es el estándar de prueba necesario para acreditar una colusión horizontal en este tipo de esquemas**. Más aún, si la jurisprudencia nacional al respecto es escasa y la internacional no es pacífica.

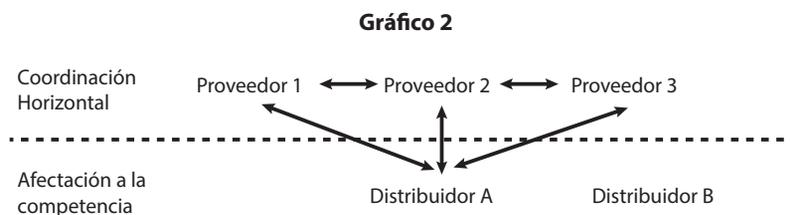
En relación con la participación del *hub*, KLEIN sostiene que la conducta debe consistir en “organizar” o ser “una parte consciente” del acuerdo colusorio horizontal. Dicha participación puede principalmente manifestarse bajo tres actividades económicas: 1) el establecimiento de los términos contractuales colusivos mediante el cual los *spokes* restringen la competencia; 2) la coordinación de la aceptación conjunta de los *spokes* de los términos contractuales colusivos; y, 3) el cambio de las condiciones comerciales en perjuicio de los *spokes* a fin de facilitar el cumplimiento de las condiciones contractuales colusivas.

Con objeto de analizar el cumplimiento de los dos requisitos antes indicados, en este punto, procederemos a analizar la conspiración *hub-and-spoke* según el nivel de la cadena comercial en donde se produzca el daño a la competencia y los incentivos económicos de los agentes que participan en dicha conspiración. En ese sentido, proponemos el estudio de dos tipos de conspiración *hub-and-spoke*: a) cuando los efectos anticompetitivos están en el nivel horizontal; o, b) cuando estos están en el nivel vertical.¹² Luego procederemos a estudiar los incentivos económicos en cada tipo a fin de determinar cómo se deben analizar legalmente.

3.1.1 Incentivos y responsabilidades en una conspiración *hub-and-spoke*

i) **Hub-and-spoke del tipo 1.-**

Asumamos el siguiente modelo de mercado:



En este modelo de mercado, Distribuidor A actúa como un *hub* que organiza la coordinación horizontal entre los proveedores aguas arriba (Proveedor 1, Proveedor 2 y Proveedor 3). Aunque se aprecie una coordinación horizontal en el mercado aguas arriba, la conspiración principalmente afecta a la competencia en el nivel en donde participa Distribuidor A. Ello es logrado mediante acuerdos verticales referidos a que los proveedores están obligados a excluir a (o no contratar con) otros distribuidores que podrían competir con Distribuidor A.

Nótese que en este esquema existen acuerdos entre Distribuidor A y proveedores, dirigidos a proteger el poder de mercado del primero. Entonces, ¿por qué los proveedores tendrían incentivos para coludirse entre ellos a fin de aceptar las condiciones exigidas por Distribuidor A, si acaso con esta conducta no estarían dando más poder de mercado –y en consecuencia la posibilidad de cobrar precios más altos– a su contraparte? Acaso, más bien, ¿los proveedores no tendrían los incentivos en participar en una conspiración a fin de no aceptar las condiciones de Distribuidor A?

Dicho esto, en el supuesto de que entre los proveedores se apreciara un comportamiento paralelo, ¿se debería tratar el esquema como una conspiración *hub-and-spoke* sujeta a la regla per se? Analicemos los incentivos de los participantes en este esquema.

Como se puede colegir, en principio, los proveedores ganarían muy poco de su participación en una colusión horizontal de esta naturaleza y, más aún, perderían la oportunidad de vender volumen adicional a otros distribuidores. Ante ello, se podría sostener que los proveedores tienen un incentivo en coludirse a fin de aceptar manera conjunta las condiciones impuestas por Distribuidor A pues en caso contrario, este les

11 Barak Orbach, “Hub-and-spoke Conspiracies” 15 *Antitrust Source*, no. 3, 2016, at 1, *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-11*, 3.

12 Craig G. Falls y Celeste C. Saravia, “Analyzing Incentives and Liability in “Hub-and-Spoke” Conspiracies”, *Periodical of ABA Antitrust Section Distribution & Franchising Committee* (April 2015).

podría imponer castigos negándose a distribuir sus productos o estableciendo condiciones desfavorables. Para que ello ocurra, la amenaza de Distribuidor A debe ser creíble. Es decir, que cada proveedor debe creer que el Distribuidor A perdería más con la entrada del Distribuidor B que terminando su relación comercial con cada proveedor.

Al respecto, existen dos razones por las cuales esta posición es poco factible. En primer lugar, no hace mucho sentido para los proveedores coludirse para consentir las condiciones de Distribuidor A puesto que si hay un incentivo para coludirse, este es más bien para negarse a aceptar las condiciones de Distribuidor A puesto que, como hemos explicado, los proveedores pierden oportunidades de ganancia. En segundo lugar, si uno de los proveedores no tiene la capacidad de rechazar la condición de Distribuidor A, entonces tampoco tendrá poder para exigirle que solo aceptará su condición, a cambio de que otros proveedores acepten dicha condición. Es decir, tampoco podrá “organizar” una colusión mediante el facilitador (Distribuidor A).

En ese orden de ideas, si se observa una conducta coordinada entre proveedores, es más probable que ello se deba a que Distribuidor A impuso las restricciones verticales y no porque alguno de los proveedores haya llevado a cabo una colusión horizontal. Más aún, si es que en el mercado aguas arriba existiera un proveedor con una importante cuota en las ventas de Distribuidor A, es poco probable que dicho proveedor sintiera creíble la amenaza de castigo por parte de Distribuidor A puesto que sabría que este perdería de negarse a contratar con él.

Como se puede observar, incluso en un supuesto donde el Distribuidor A amenazara a los proveedores, **existen pocos incentivos para que estos realicen una práctica de colusión horizontal a fin de aceptar las condiciones de Distribuidor A y afectar la competencia en el nivel de la cadena donde este último participa**. Ello no quiere decir que el ilícito no se pueda dar, sino que ante la presencia de los incentivos opuestos, se requiere que la agencia de competencia eleve el estándar de prueba a fin de inferir e identificar el *rim* o la práctica colusoria horizontal.

Por otro lado, también se podría alegar que los proveedores sí tienen incentivos a entrar a una colusión horizontal a fin de establecer condiciones exclusorias en contra de Distribuidor B pues Distribuidor A, finalmente, les compartirá parte de los excedentes supra competitivos que obtiene de la exclusión de Distribuidor B; por ejemplo, pagándoles un precio mayor por sus productos u otorgándoles mejores condiciones.

Sin embargo, para que ello sea factible, Distribuidor A debe estar en capacidad de transferir parte de sus rentas monopólicas a todos los proveedores. No solo ello, sino que esta renta debe ser lo suficientemente alta para compensar las pérdidas de los proveedores de no vender sus productos a Distribuidor B. El Distribuidor A deberá hacer un balance entre entrar en la conspiración de tipo horizontal o soportar el ingreso de Distribuidor B. No obstante, en la medida de que es Distribuidor A quien conoce desde el comienzo si el ingreso de Distribuidor B constituye una amenaza o no, si se aprecia una conducta coordinada entre los proveedores, es más probable que ello se deba a restricciones impuestas por iniciativa de Distribuidor A.

Como se puede colegir nuevamente, en una conspiración de esta naturaleza, en donde la afectación a la competencia no se encuentra principalmente en el nivel de la cadena en el que participan los agentes que compiten horizontalmente, existen pocos incentivos para que estos se coludan. Ello no quiere decir que no sea posible que exista una coordinación horizontal, sino que los incentivos existentes hacen que sea poco probable. De esta manera, la agencia de competencia deberá considerar que el estándar de prueba para probar la existencia del *rim* o acuerdo debería ser mucho más alto.

Es decir, en estos casos, a pesar de que se en apariencia se pueda observar un comportamiento coordinado, consideramos que la agencia de competencia debe tener como prueba el propio acuerdo horizontal y no basar la imputación únicamente en paralelismos.¹³

En ese sentido, se sostiene que sin la prueba del acuerdo, solo estamos ante una serie de acuerdos exclusorios entre el *hub* y varias otras empresas *upstream* o *downstream* (*spokes*).¹⁴ Este tipo de acuerdos, deben estar sujetos a la regla de la razón, según lo establecido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

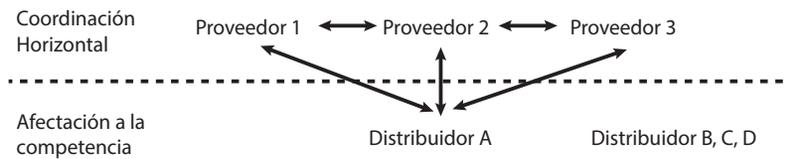
ii) Hub-and-spoke del tipo 2

Analicemos el siguiente esquema:

13 Bell Atlantic corp. V. Twonbly, 550 US 544 (2007)

14 Craig G. Falls y Celeste C. Saravia, “Analyzing Incentives and Liability in “Hub-and-Spoke” Conspiracies”, *Periodical of ABA Antitrust Section Distribution & Franchising Committee* (April 2015), 18.

Gráfico 3



En este modelo de conspiración, la afectación a la competencia se encuentra principalmente en el nivel de la cadena comercial donde participan los proveedores. En este esquema, los proveedores se coluden horizontalmente, por ejemplo, para fijar precios, y Distribuidor A juega un importante papel facilitando dicha conspiración. Aquel puede simplemente transmitir los mensajes entre los proveedores o tomar un rol más activo en términos de vigilar que el acuerdo se cumpla.

Los incentivos para coludirse de los Proveedores 1, 2 y 3 son obvios. Sin embargo, nuevamente, ¿por qué Distribuidor A facilitaría una conducta que presumiblemente incrementaría el precio de compra de los productos de los proveedores? En este caso, ello sí podría explicarse por dos razones: porque Distribuidor A desea evitar una política de castigos impuesta de manera conjunta o porque está en posibilidades de compartir las rentas monopólicas que obtendrían los agentes coludidos en el nivel horizontal.

Nótese previamente que si Distribuidor A es un monopolista y existen altas barreras a la entrada al mercado, entonces no tendría incentivos de facilitar a los proveedores en entrar en una práctica colusoria horizontal. Ello debido a que si Distribuidor A es un monopolista, entonces ya está obteniendo una venta aguas abajo monopólica y, por lo tanto, no puede incrementar los beneficios de la industria ayudando a los proveedores a coludirse. Además, si Distribuidor A es un monopolista y encuentra beneficioso cargar precios más altos en el precio de venta minorista, podría hacerlo sin involucrar a los proveedores.¹⁵

De esta manera, un primer indicio que nos permite evaluar si Distribuidor A facilitaría una práctica colusoria horizontal ilícita per se es si enfrenta o no competencia significativa.

Debe tenerse en cuenta que Distribuidor A facilitaría la práctica colusoria siempre que esté mejor haciéndolo que no. En ese sentido, Distribuidor A facilitaría la colusión en caso de que los proveedores coludidos cobren un precio mayor a B, C y D en comparación con el cobrado a Distribuidor A; si cobrándoles un precio igual, a Distribuidor A le otorgan un *rebate* más beneficioso; o, si simplemente imponen de manera conjunta la obligación de facilitar la colusión a cambio de no terminar una relación comercial pre existente con este. En cualquier caso, debe asumirse que Distribuidor A debe estar en una mejor situación después de la conspiración.

De otro lado, cabe indicar que existen distintos grados de complicidad por parte del *hub* o facilitador de la práctica colusoria horizontal. Desde una participación activa en los beneficios anticompetitivos de los proveedores (en nuestro gráfico anterior) hasta el simple hecho de evitar un castigo de parte de estos. Ello, sumado al hecho que la doctrina mayoritaria reconoce que los acuerdos verticales son por lo general beneficiosos porque implican una combinación de factores que permiten poner el producto en el mercado,¹⁶ genera que incluso en los casos en los que un conjunto de restricciones verticales pueda facilitar un *rim* (sobre la premisa de un grado mínimo de complicidad del *hub*), existen beneficios pro competitivos que se pueden generar en el mercado, por lo que es válido cuestionarse si toda conspiración *hub-and-spoke* o facilitación de esta naturaleza debe estar sujeta a la regla per se.

Por lo tanto, la cuestión no solo es en qué medida el facilitador debe ser responsable de una práctica colusoria horizontal, sino que si en todos los casos debe ser responsable de algún ilícito, sea bajo la regla de la prohibición absoluta o la relativa, dado los beneficios que su actuar puede generar y los incentivos económicos que este puede tener. Siendo así, ¿cómo se debe abordar el análisis de la sanción al *hub* o facilitador?

Por lo general, en otras jurisdicciones, al momento de analizar la responsabilidad de un facilitador de una práctica anticompetitiva, aplican la regla de la razón o la regla per se según sea aplicable al ilícito en específico. En ese sentido, si lo que se facilitó fue un cártel de precios, no se tendrá en consideración las

15 Craig G. Falls y Celeste C. Saravia, "Analyzing Incentives and Liability in "Hub-and-Spoke" Conspiracies", *Periodical of ABA Antitrust Section Distribution & Franchising Committee* (April 2015), 16.

16 Vincent Verouden, "Vertical Agreements: Motivation and Impact", *Issues in Competition Law and Policy (ABA Section of Antitrust Law 2008)*. http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/vertical_agreements.pdf. (Última fecha de acceso: 4 de abril de 2017).

justificaciones basadas en eficiencia que los agentes involucrados, incluyendo el facilitador, puedan alegar sino que se aplicará directamente la regla per se. Ello incluso, como el caso peruano, cuando en el derecho positivo no se haya especificado qué regla aplicar.

Esta posición, no obstante, no tiene en cuenta que en muchos casos los incentivos del facilitador, sobre todo cuando estamos ante una conspiración *hub-and-spoke* del tipo que se analiza en este acápite, hacen, en nuestra opinión, que la regla per se no sea una regla adecuada para juzgar su responsabilidad.

Ciertamente, como hemos apuntado, para analizar una práctica colusoria horizontal del tipo "*naked restraints*" se utiliza la regla per se, la cual únicamente se centra en determinar la existencia del acuerdo y no considera los efectos de la conducta. Además, como casi nunca hay evidencia directa del acuerdo horizontal (*rim*), se determina el ilícito a partir de inferencias de la evidencia circunstancial respecto del mismo.

En ese orden de ideas, a fin de determinar la responsabilidad de agentes competidores en una colusión y ante la falta de evidencia, las agencias de competencia emplean indicios y presunciones. Por ejemplo, en el Perú, se ha señalado lo siguiente:

*"En consecuencia, no es necesario encontrar una prueba directa, como un documento firmado o la grabación de una reunión, para acreditar que determinadas empresas acordaron restringir la competencia sino que **bastaba con que los indicios y presunciones determinados por la autoridad de competencia permitan comprobar la existencia de una práctica concertada**".¹⁷*

(Resaltado propio)

Además, en el análisis de los indicios y presunciones de una práctica anticompetitiva, la agencia de competencia debe evaluar si las acciones corresponden a una situación de competencia efectiva o si, por el contrario, solo pueden ser explicados como el producto de un acuerdo entre las empresas investigadas. Al respecto, la agencia de competencia ha sostenido:

*"[E]sta Sala concuerda con la Comisión en el sentido que, en el presente caso, existe una serie de hechos coincidentes en el tiempo frente a un mismo comprador ocurridos con posterioridad a una fuerte competencia a nivel de precios que **no responden a una situación de competencia efectiva y que sólo pueden ser explicados como el producto de un acuerdo previo entre las empresas denunciadas***.
(...)

La sucesión de coincidencias y su perfecta consistencia con un acuerdo que maximice la utilidad de ambas en el contexto de una repartición del mercado, constituyen elementos de prueba que crean convicción en la Sala sobre la existencia de un acuerdo entre las empresas denunciadas".¹⁸

(Resaltado propio)

Como se puede analizar, ante la falta de evidencia directa de una práctica colusoria horizontal, las agencias de competencia evalúan **si determinado actuar de los agentes horizontales es consistente con su interés económico independiente o si solo la conducta puede ser explicada por una coordinación con los co-conspiradores**. Por ejemplo, en el caso seguido de oficio en contra de las empresas Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A.,¹⁹ por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado, en determinados procesos de selección, la agencia de competencia evaluó si es que existía alguna otra explicación consistente con un interés independiente de cada una de las empresas respecto de la participación de estas en distintas licitaciones públicas. Sin embargo, la autoridad arribó a la conclusión de que la única explicación razonable era que las acusadas tenían que haberse puesto de acuerdo.

Ahora bien, este análisis de interés independiente versus comportamiento coordinado también ha sido aplicado para determinar la responsabilidad de un hub como facilitador de una práctica colusoria horizontal. En el caso *United States v. Apple Inc.*,²⁰ y que será detallado más adelante, se determinó que Apple Inc (Apple) era responsable de una conspiración *hub-and-spoke* ilícita per se toda vez que su actuar era consistente con una actuación concertada con sus proveedores de *e-books*.

Si bien este test puede ser útil para determinar la responsabilidad de los agentes que compiten horizontalmente, consideramos que no lo es para el caso del agente verticalmente integrado. Ello toda vez que la participación del presunto facilitador siempre implicará la coordinación (o actuación concertada)

17 Resolución 255-97-TDC del 22 de octubre de 1997.

18 Resolución 017-2013/CLC-INDECOPI del 19 de marzo de 2003, recaída en el Expediente 014-2009/CLC.

19 Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010, recaída en el Expediente 002-2008/CLC.

20 Apple, 952 F. Supp. 2d. <http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/13-3741/13-3741-2015-06-30.pdf?ts=1435674605>. (Última fecha de acceso: 4 de abril de 2017).

con sus proveedores. De hecho, como se puede apreciar en el gráfico anterior, siempre en una relación vertical tiene que existir una coordinación entre los agentes, que casi siempre se traduce en la existencia de un acuerdo, el cual incluso es consistente siempre con su interés independiente, pues sino no entraría en una transacción vertical. Entonces, ¿por el mero hecho de que se verifique el acuerdo -como exige la regla per se- se debe sancionar al facilitador bajo la regla per se? Creemos que no.

Como se puede apreciar, si se aplicara el test de “interés económico independiente” vs. “conducta coordinada”, siempre el agente verticalmente integrado será responsable per se de la conducta. No obstante, como hemos indicado, (i) pueden haber agentes que si bien están verticalmente integrados con los conspiradores horizontales, no necesariamente han facilitado la colusión conscientemente; (ii) o si bien la han facilitado, han generado las eficiencias inherentes a cualquier restricción vertical. Por estas razones, el análisis de la responsabilidad del “facilitador” debe ser efectuado con otras herramientas relacionadas con análisis de los efectos sobre la competencia respecto de la actuación realizada por el *hub*.

Otro elemento que se emplea para determinar la responsabilidad del facilitador es si este tenía conocimiento de la conspiración en el nivel horizontal.

Al respecto, en el caso *United States v. Apple*, citado anteriormente, Apple fue acusada de facilitar una colusión horizontal entre empresas editoras de libros y sancionada bajo la regla per se. En dicho caso, Apple sostuvo que no podía ser sancionada bajo la regla per se puesto que Apple se encontraba verticalmente integrada con las empresas editoras de libros –y, en consecuencia- debía analizarse bajo la regla de la razón.²¹ Sin embargo, la corte no tomó en consideración ello afirmando lo siguiente:

*“Donde un actor vertical es acusado de haber participado en un acuerdo horizontal ilegal, los denunciantes deben demostrar que la conspiración horizontal existió y que el actor vertical **fue una parte consciente en dicho acuerdo** y facilitó el esquema”.*

(Resaltado Propio)

Si bien la necesidad de ser “parte consciente del acuerdo” parece una regla razonable, se debe tener en cuenta que en la mayoría de ocasiones, los agentes verticalmente integrados buscan generar eficiencias de sus relaciones con sus proveedores o distribuidores, incluso cuando con dichas prácticas facilitan de manera muy incidental que los agentes *downstream* o *upstream* se pongan de acuerdo. Lo anterior, sumado al hecho que no es sencillo trazar una línea nítida entre los efectos competitivos y anticompetitivos, genera que la determinación de cuándo el agente verticalmente integrado ha sido una parte consciente no sea una tarea sencilla para la agencia de competencia. Es decir, un *hub* puede ser consciente de que sus acuerdos verticales pueden generar un clima favorable para la colusión. No obstante, ello no es suficiente para acusarla de una conspiración *hub-and-spoke*.

Además, otra aspecto que debemos considerar es que muchas veces una práctica colusoria horizontal es inferida de evidencia circunstancial ambigua. Entonces, no parece razonable que se sancione al facilitador bajo la regla per se, imputándosele tener pleno conocimiento del acuerdo (o “ser parte consciente del acuerdo”) cuando este es solamente inferido.

Debido a ello, consideramos que para determinar la aplicación de la responsabilidad per se del supuesto facilitador, la agencia de competencia debe tener un estándar de prueba muy alto de que el facilitador conocía de que sí o sí se iban a coludir los agentes (es decir, que su participación era parte integral de la conspiración y no una participación incidental) y de que su interés principal de su relación vertical no era la búsqueda de ganancias en eficiencias, sino más bien que estos se coludieran. Esto último implica que para determinar cuándo el agente califica como facilitador, porque era una parte consciente, se debe considerar también el beneficio incremental, si lo hay, que obtiene el agente vertical por facilitar la conspiración, entre otros aspectos analizados en este sub acápite.

Como se ha podido demostrar en los puntos anteriores, el análisis de los incentivos de los agentes que participan de una conspiración *hub-and-spoke* permite analizar el nivel de responsabilidad de los agentes.

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que “(...) se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta”. No obstante, la norma no señala bajo qué regla se deberá sancionar al referido facilitador.

21 Herbert Hoyenkamp y Michael A. Carrier. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, 3era edición (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2016). 33.

Dar por sentado que la regla aplicable a fin de evaluar la responsabilidad del facilitador es la per se no es un enfoque adecuado por las consideraciones expuestas en los puntos anteriores. Sin embargo, ya la agencia de competencia, en el caso seguido en contra de algunas compañías de seguros,²² determinó la responsabilidad de un facilitador, la Asociación Peruana de Empresas de Seguros –APESEG, bajo la regla per se, subsumiendo la conducta a una práctica colusoria horizontal en la modalidad de decisión:

*“La APESEG es responsable porque fue uno de sus órganos, el Comité de Automóviles, el que efectivamente adoptó la decisión de aprobar una nota técnica con precios y, posteriormente, reducir los precios que se venían cobrando como consecuencia del acuerdo. Además, **es responsable por haber facilitado la adopción de tales acuerdos en dicho Comité** y porque los acuerdos fueron finalmente ejecutados, tal como ha sido identificado en el caso de la responsabilidad de las demás investigadas”.*

(Resaltado propio)

Cabe considerar que en derecho administrativo, existe un principio que rige el procedimiento administrativo sancionador que consiste en que las normas, ante una ambigüedad, deben interpretarse a favor del administrado. En ese caso, consideramos que el artículo 2.4 no es claro en señalar qué regla será aplicable, por lo que aplicar la regla per se no sería lo más adecuado. En todo caso, podrá evaluarse bajo una u otra regla, atendiendo la evidencia e incentivos según se ha explicado en el presente trabajo.

3.1.2. *Infriendo el acuerdo entre los spokes en una conspiración hub-and-spoke*

En el punto anterior analizamos la conducta del *hub* que facilita una conspiración *hub-and-spoke*. En este punto, analizaremos la responsabilidad de aquellos que se coluden horizontalmente dentro de una conspiración de esta naturaleza.

Como hemos indicado anteriormente, a fin de determinar si estamos ante una conspiración *hub-and-spoke*, es necesario encontrar la prueba del acuerdo o *rim*. Sin embargo, como en el análisis de casi toda práctica colusoria horizontal, el *rim* debe ser inferido. Dicho proceso puede realizarse a través de diferentes metodologías. En tal sentido, es objeto del presente punto mostrar cómo en la doctrina internacional se ha inferido una conspiración horizontal a partir de un conjunto de relaciones verticales:

i) Interstate Circuit ²³

Interstate Circuit era una empresa con poder de mercado, propietaria de varios cines en el estado de Texas. Esta estableció acuerdos verticales con sus proveedores, los distribuidores de cine, los cuales fijaban los términos que estos últimos tenían que fijar en sus contratos con empresas propietarias de otros cines ubicados en donde operaba Interstate Circuit. Específicamente, los contratos de Interstate Circuit requerían a cada distribuidor de películas que en sus contratos con sus competidores fijarán un precio mínimo de 25 centavos. En términos de una conspiración *hub-and-spoke*, la materia controvertida era que Interstate Circuit actuó como un *hub* dominante comprador que creó una conspiración horizontal entre los principales distribuidores de películas (los *spokes* de la conspiración) en relación con los términos fijados con otros compradores de películas competidores de Interstate Circuit (Ver Gráfico 3).

En este caso, como detallaremos, la Corte Suprema infringió el acuerdo horizontal con la más mínima evidencia. Ciertamente, en el caso bajo comentario, Interstate Circuit envió cartas a los 8 distribuidores de películas exigiéndoles fijar los términos antes indicados. La Corte encontró la conspiración horizontal entre los distribuidores *upstream* simplemente porque el agente vertical (Interstate Circuit) copió a los 8 distribuidores. Así, la Corte estableció que una conspiración puede ser inferida de: (i) dos o más competidores entran en una relación vertical con un único agente *upstream* o *downstream*; (ii) el acuerdo vertical puede beneficiar a cada competidor solo si entre ellos suscriben el mismo acuerdo; y (iii) la empresa que facilita todos los acuerdos verticales persuade a cada competidor que sus competidores tomarán la misma acción.

Sobre el particular, no estamos de acuerdo con esta posición toda vez que a partir del hecho que todos estén copiados en un mensaje, no se puede inferir que la actuación posterior respondía a una coordinación fehacientemente. De hecho, hoy en día, muchas empresas emplean contratos estándares con sus proveedores, los cuales son competidores, y esta es una situación que es conocida por los proveedores. Empero, a partir de ahí, no se puede señalar que el comportamiento paralelo correspondía a un acuerdo.

ii) Toys “R” Us ²⁴

22 RESOLUCION N° 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003, signada bajo el Expediente N° 004-2002-CLC.

23 Interstate Circuit v. United states, 306 US. 208 (1939).

24 Toys “R” Us, 126 FTC.

Toys R Us (TRU) era el distribuidor más grande de juguetes en Estados Unidos. En un contexto donde estaban surgiendo otros distribuidores de juguetes de bajo precio, TRU empezó a negociar acuerdos verticales con fabricantes de juguetes presionándoles con el fin de que no contraten con estos distribuidores *low cost* con objeto de venderles los mismos juguetes que TRU les compraba. La Federal Trade Commission (FTC) determinó que estos acuerdos verticales constituían una práctica colusoria horizontal per se y determinó que “aunque TRU tenía considerable poder de mercado, los fabricantes no estaban dispuestos a negarse a contratar o discriminar a otros fabricantes a menos que a ellos se les asegurara que sus competidores harían lo mismo”.²⁵ Como Klein explica, “los fabricantes estaban vendiendo a los clubs [los distribuidores *low cost*] porque sus competidores lo hacían y que solamente dejarían de hacerlo si sus competidores también lo hacían”.²⁶ Es decir, había evidencia de que los fabricantes tenían una motivación de coludirse entre los fabricantes de juguetes.

Es importante señalar que en este caso, a diferencia del anterior, TRU representaba un porcentaje no muy alto en las ventas de los productores de juguetes. Por lo tanto, TRU no podría ejecutar un castigo en contra de los productores de juguetes de manera individual si no cumplían con lo exigido, sino que necesitaba que todos estuvieran de acuerdo.

Así, a fin de inferir el *rim* o acuerdo, la FTC no solo se basó en la existencia de un conjunto de acuerdos verticales sino en el propio testimonio de los productores quienes afirmaron que aceptarían las condiciones de TRU si es que este coordinaba la aceptación y hacía seguimiento del cumplimiento de sus competidores. Ello, pues si algún productor incumplía, podría obtener ventajas de venderle a los competidores de TRU.

iii) Dickson y PepsiCo²⁷

Estos casos son interesantes porque implicaron un alejamiento de la jurisprudencia referida al caso de Interstate Circuit.

Dickson era una empresa de software y acusó que los acuerdos de distribución entre Microsoft (su competidor) y tres fabricantes de equipos de computación (Compaq, Dell y Bp Electronics) establecieron una conspiración *hub-and-spoke* a fin de restringir la competencia y perjudicarla. Sin embargo, no presentaron mayor evidencia del acuerdo entre ellas, más que una suerte de paralelismo en las conductas. La Corte de Distrito en este caso sostuvo que, alegar una conspiración *hub-and-spoke* sin identificar el acuerdo o *rim*, es insostenible.

El caso de PepsiCo fue similar. Coca-Cola estableció acuerdos verticales con sus distribuidores incluyendo cláusulas de fidelización consistentes en que estos debían decidir entre contratar con PepsiCo o Coca-Cola. PepsiCo acusó a los distribuidores y a Coca-Cola de realizar una conspiración *hub-and-spoke*. No obstante, la denuncia fue desestimada, debido a que la parte demandante no presentó evidencia directa o indirecta del acuerdo.

iv) Apple Inc.²⁸

Apple, en 2009, decidió entrar al mercado de los *e-books*. Para tal efecto, Apple necesitaba contratar con grandes empresas editoriales. En ese entonces, ya las seis más grandes empresas editoriales tenían contratos con Amazon Inc., directo y dominante competidor de Apple, de entrar al mercado de *e-books*.

Apple logró negociar con cinco de las seis más grandes empresas estableciendo que las editoriales podrían fijar el precio de venta de los *e-books* con un precio tope de \$14.99, \$12.99 y \$9.99, dependiendo del precio de venta del libro físico. Esta estructura de precios incentivaba a que las empresas editoriales incrementaran sus precios. No obstante, no podían hacerlo con Amazon debido a cláusulas contractuales pre existentes.

Cabe mencionar que, previamente, las más grandes editoriales ejecutaron frente a Amazon una práctica denominada “*windowing*” la cual consiste retrasar la emisión de los *e-book* hasta que los libros físicos se hayan vendido lo suficiente, bajando el valor de venta de los primeros -ello, como mecanismo de presión en contra de Amazon para que esta acceda a incrementar los precios de los *e-books*-. En este caso, la evidencia mostró que si la práctica de *windowing* era ejecutada de manera individual por las editoriales, entonces las pérdidas eran significativas. No obstante, cuando eran ejecutadas de manera conjunta, no habían pérdidas significativas y servían como mecanismo de presión contra Amazon.

25 Barak Orbach, “Hub-and-spoke Conspiracies” 15 *Antitrust Source*, no. 3, 2016, at 1., *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-11*, 9.

26 Benjamin Klein, *Antitrust Analysis of Hub-and-Spoke Conspiracies*. Enero, 2017, 17.

27 Dickson, 309 F3d; PepsiCo v. Coca-cola C., 114, citados por Klein.

28 United States v. Apple, Inc 952. F. Supp 2d 638.

Ahora bien, ¿cómo se infririó la colusión horizontal destinada a incrementar los precios de los *e-books*? En primer lugar, las editoriales reconocieron que tendrían que tomar acciones conjuntas pues ellas no creían que ninguna de ellas actuando solas podría convencer a Amazon de cambiar su política de precios. Incluso, tenían que si no actuaban como un grupo, Amazon usaría su siempre creciente poder de mercado en el mercado de distribución de libros para tomar acciones de retaliación contra ellos.²⁹ Ello, de la mano de Apple, quien les había informado en sus negociaciones con cada uno de las editoriales que su entrada a mercado de venta de *e-books* dependía de la aceptación de los términos contractuales de una masa crítica de la mayoría de editoriales. En segundo lugar, antes de entrar en negociaciones con Apple, cuatro de las más grandes editoriales habrían ejecutado y anunciado prácticas conjuntas de *windowing* en contra de Amazon como mecanismo de presión para incrementar el precio de los *e-books*. En tercer lugar, la exigencia conjunta en el mismo momento de las grandes editoriales a fin de cambiar la política de precios mediante la imposición de castigos relacionados con *windowing*.

Como se puede apreciar, en este caso había evidencia de que las editoriales estaban conspirando, así como otros *plus factors*.³⁰

v) Guitar Center³¹

Guitar Center era el distribuidor más grande de instrumentos musicales en Estados Unidos. Esta empresa presionó a los más grandes fabricantes de guitarras con objeto de fijar el precio más bajo en el cual cualquier distribuidor podría publicitar los productos, respecto del cual dichos fabricantes se adhirieron.

En este caso, los denunciantes no tenían evidencia directa de la colusión horizontal, sin embargo, en su lugar, alegaron como *plus factors* que la política de fijación de precios fue similar y que fue adoptada por la misma época. Asimismo, alegaron que dicha política iba en contra de los intereses individuales de los agentes y que sólo iba a tener éxito en caso todos los fabricantes participaran. Finalmente, alegaron la existencia de reuniones en eventos de lanzamiento, show de anuncios y discusiones abiertas diseñadas para señalar, anunciar y hacer cumplir la política de precios.

En este caso, la Novena Corte señaló que para que la denuncia fuera admisible, resultaba necesario evidencia directa del acuerdo horizontal.³²

Como se puede observar, la doctrina no es pacífica respecto de cómo probar una colusión horizontal en el caso de conspiraciones del tipo *hub-and-spoke*. Sin embargo, pareciera indicar que el solo hecho de que competidores se comporten de forma paralela mientras que existe un *hub*, no es evidencia suficiente para probar la conspiración *hub-and-spoke*, por lo que es necesario alegar otros *plus factors*.

4. El Facilitador en un mercado no directamente relacionado

Como hemos indicado anteriormente, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha incluido también la figura del facilitador que opera en un mercado no directamente relacionado. Antes de analizar la responsabilidad del facilitador en este esquema, es importante hacer una precisión.

El artículo 2.4 de la norma antes indicada señala que solo serán responsables en la medida que la conducta que faciliten esté sujeta a prohibición absoluta. Esto es, las prácticas colusorias inter-marca que no sean complementarias a otros acuerdos lícitos que tengan por objeto fijar precios, limitar producción, repartirse clientes o zonas, así como coludirse en compras públicas.

Es decir, aquel tercero que facilite la comisión de una conducta ilícita sujeta a la regla de la prohibición relativa no podrá ser objeto de una investigación. Esta precisión resulta importante debido al alto grado de subjetividad que involucra la identificación de una conducta de abuso de posición de dominio o una práctica colusoria vertical ilícita y a la forma como surgen este tipo de conductas.

29 United States v. Apple, Inc 952. F. Supp 2d 638.

30 Los "*Plus factors*" son evidencias circunstanciales de una colusión horizontal. Aquellos que suelen mencionarse son los siguientes: (i) conductas de una firma contrarias a su propio interés pero favorables al interés grupal; (ii) cambios radicales respecto a las prácticas comunes de las distintas empresas; (iii) facilidad para concertar (costos de transacción para llegar a acuerdos); (iv) requerimientos o quejas expresas o implícitas de los competidores en busca de acuerdos; (v) oportunidad para concertar (reuniones coincidentes con cambios radicales de precios, volúmenes de producción, entre otros); y (iv) historial previo de acuerdos entre empresas o participación conjunta. William Kovacic, "The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws", *The Antitrust Bulletin*, Vol. XXXVIII, N° 1-Spring 1993.

31 Guitar Center 798 F.3d 1186 (2015).

32 Barak Orbach, "Hub-and-spoke Conspiracies" 15 *Antitrust Source*, no. 3, 2016, at 1., *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-11*, 11.

En efecto, para identificar alguna de estas conductas, es necesario:

- (i) que al menos una de las empresas tenga posición de dominio,
- (ii) que haya cometido la conducta de la que se acusa, y
- (iii) que la conducta afecte a la competencia sin una justificación válida.

Respecto del punto (ii), usualmente la prueba son los propios contratos formales o informales (por ejemplo, las comunicaciones vía correo electrónico) o la falta de los mismos (en caso de negativas injustificadas). En este tipo de actos participan una serie de agentes no directamente relacionados (abogados, consultoras económicas, gestores, etcétera). Ello quiere decir que si alguna de estas entidades presta un servicio sea diseñando un contrato o brindando información económica sobre la conveniencia o no del plan comercial, hubiera podido haber sido sancionada si es que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no hubiera hecho esta precisión.

Es importante precisar que este tipo de entidades sí pueden ser sancionadas en la medida que su participación facilite la comisión de una práctica colusoria horizontal. No obstante, la determinación de la responsabilidad no es tan sencilla. Por ejemplo, ¿un estudio de abogados que asesora en la conformación de un gremio empresarial puede ser sancionado por ser un facilitador? o ¿una asociación de empresas que presta sus oficinas a sus miembros y estos se coluden, también es responsable?

En nuestra opinión, la cuestión es tan compleja dado que al igual que lo analizado en el punto anterior, existen diferentes grados de complicidad de un facilitador. En efecto, sin una posición clara, cualquier tercero podría ser considerado como un facilitador de una conducta ilícita por el simple hecho de aconsejar, por ejemplo, a su cliente en el caso de un abogado, de que es poco probable que la conducta pueda configurar un ilícito.

Teniendo en cuenta las diferentes aristas del problema, consideramos que la determinación de responsabilidad en estos casos debe tener estándares muy altos de prueba. Al respecto, en el punto anterior, analizábamos la condición de “ser parte consciente” a fin de determinar responsabilidad y deslizábamos la idea de que la misma no es suficiente para sancionar a una empresa que facilita una conspiración *hub-and-spoke*. En este punto, comentamos nuevamente que no basta que el facilitador sea una parte consciente de que se ha cometido una práctica colusoria horizontal. Si fuera el caso, un abogado cuyo cliente le confiesa sobre un cártel de precios y consulta sobre el programa de clemencia³³ estaría obligado a someterse él mismo al programa de clemencia, debido a que ya tomó conocimiento del ilícito y no lo impidió.

Además, otro aspecto a considerar es el tema referido al beneficio económico como indicio de que el agente puede ser considerado como un facilitador. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que siempre va a existir un beneficio económico para el agente que participa en un mercado no relacionado directamente y facilita una práctica colusoria. Ello ocurre precisamente, porque la relación existente entre un supuesto facilitador y los agentes que compiten horizontalmente es una de compra venta de servicios. De esta manera, la agencia de competencia deberá identificar cuándo ha existido un beneficio de naturaleza extraordinaria al que hubiera recibido en caso no hubiera facilitado la colusión, lo cual de por sí es una tarea difícil. Más aun cuando el “beneficio” en este caso del tercero puede ser el simple hecho de no perder a su cliente.

Como se puede apreciar, es necesario delimitar contornos de la responsabilidad que debe asumir el facilitador. Ello considerando que dicha responsabilidad no puede ser de carácter objetivo sino subjetivo, según lo establecido en la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo.³⁴

A fin de graficar nuestra posición con respecto a la responsabilidad del facilitador en estos casos, comentamos el caso AC-Treuhand AG.³⁵ Esta era una empresa suiza que brindaba servicios de consultoría a asociaciones empresariales. Como parte de sus labores, facilitó prácticas colusorias horizontales entre empresas que ofrecían estabilizadores térmicos. De los documentos oficiales, se supo que desempeñó un papel significativo en la organización y la celebración de las reuniones, conforme exponemos a continuación:

33 El Programa de Clemencia es un programa fomentado por el Indecopi que tiene por finalidad perseguir a los cárteles mediante acuerdos con delatores. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/429684/PROGRAMA+DE+CLEMENCIA/d1996668-3efc-42e8-8311-6e18d0dbfb96>

34 Artículo 246°- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

10. Culpabilidad.-

La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

35 AC-Treuhand AG. Asunto C194/14 P. Conclusiones del abogado general, el Sr. Nils Wahl, presentadas el 21 de mayo de 2015.

“ACTreuhand conocía en profundidad el contenido de los acuerdos contrarios a la competencia, y, de hecho, redactó y circuló con gran profesionalidad todos los datos relativos a los precios, cuotas y clientes. Estaba facultada para efectuar auditorías en los locales de las empresas participantes en los cárteles. Únicamente los datos oportunamente aprobados por ACTreuhand podían servir de base para las negociaciones y pactos. ACTreuhand puso sus locales a disposición para ocultar los cárteles. En ambos cárteles, su función consistía en impedir que se descubrieran esas dos infracciones. En su condición de moderador, su función era alentar compromisos para permitir que se celebraran acuerdos contrarios a la competencia. ACTreuhand puso sus servicios, su experiencia profesional y su infraestructura a disposición de los dos cárteles, para poder beneficiarse de ellos (...)”.

Si bien no es posible establecer una línea clara entre ser o no un facilitador sujeto a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la agencia de competencia deberá evaluar en su conjunto todas las acciones activas o pasivas que no dejen la mínima duda de que la intención del tercero era propiciar la práctica colusoria horizontal, según se aprecia del caso citado. Por ejemplo, trasladar sistemáticamente información sensible entre las partes, organizar las reuniones, redactar los acuerdos colusivos, asegurarse del cumplimiento de estos, poner la infraestructura a disposición para que se ejecuten los acuerdos, entre otros. De esta manera, la agencia de competencia podrá tener indicios fehacientes de que el facilitador conocía de la práctica anticompetitiva, la cual estaba alineada con sus acciones e intereses.

5. Un gremio o asociación empresarial como facilitador de una práctica colusoria horizontal

En distintos pronunciamientos, la agencia de competencia sancionó a diversos gremios o asociaciones empresariales por su participación en una práctica colusoria horizontal bajo lo establecido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas vigente entonces. Además, en determinados casos, la autoridad sancionó a los representantes o principales funcionarios de la asociación bajo la modalidad de recomendación y, en otros, a las propias asociaciones o gremios bajo la modalidad de decisiones.

Por ejemplo, en el caso seguido de oficio en contra de la Unión de Transportistas de Carga – Región Ancash Zona Sierra,³⁶ la Agencia de Competencia sancionó al referido agente por la comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios y reparto de mercado. De otro lado, también tenemos la investigación seguida de oficio en contra de la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú – AGESP³⁷ por la comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de adopción de decisiones o recomendaciones para fijar concertadamente el precio del combustible en Lima y Callao.

El marco teórico para sancionar a las referidas asociaciones o gremios empresariales, y que se encuentra contenido en distinta jurisprudencia, ha sido desarrollado según apuntamos a continuación:

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

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

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

La necesidad de reprimir las decisiones y recomendaciones anticompetitivas surge a partir de la constatación de la influencia que tienen las agrupaciones gremiales sobre sus integrantes. En efecto, a través de mecanismos formales o informales de coacción, estas asociaciones pueden alinear las actividades de las empresas que agrupan a efectos de limitar o eliminar la competencia entre ellas

36 Resolución 056-2011/CLC-INDECOPI del 11 de octubre de 2011, recaída bajo el Expediente 008-2009/CLC.

37 Resolución 008-2011/CLC-INDECOPI del 14 de abril de 2011, recaída bajo el Expediente Preliminar 002-2009/CLC.

Las decisiones o recomendaciones anticompetitivas no siempre se manifiestan a través de acuerdos formales adoptados al interior de una asociación empresarial y registrados en las actas de los respectivos órganos de la agremiación. En algunas ocasiones, simples declaraciones orales pueden ser una forma de manifestar una decisión o recomendación que tiene por objeto alinear la conducta comercial de los integrantes de una asociación.

“En este supuesto, las decisiones o recomendaciones no necesariamente reflejan un acuerdo previo adoptado por los integrantes de una asociación empresarial, sino una conducta de la asociación –puesta de manifiesto por la declaración o exhortación de alguna persona u órgano de ésta– dirigida a conseguir un consenso posterior por parte de sus miembros. Es decir, se buscará el mismo efecto coordinado derivado de un acuerdo colusorio entre los integrantes de la asociación, quienes, dejando de lado su libertad de decisión empresarial, se abstendrán de competir adhiriéndose a la pauta de conducta propuesta por la asociación.”³⁸

Es decir, de acuerdo al razonamiento de la autoridad, un gremio o asociación (a través de un representante formalmente designado o un miembro que actúa en su representación sin una designación formal) puede realizar una conducta que tiene por objetivo alinear la conducta de sus miembros en el mercado. Este objetivo puede ser más efectivo según estemos ante una decisión o una recomendación.

Sobre el particular, coincidimos plenamente con la autoridad en el hecho de que este tipo de conductas realizadas por las asociaciones o gremios empresariales puede distorsionar el proceso competitivo. Sin embargo, más allá de cualquier justificación muy bien elaborada, consideramos que se debe tener en consideración que el artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece lo siguiente:

“Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

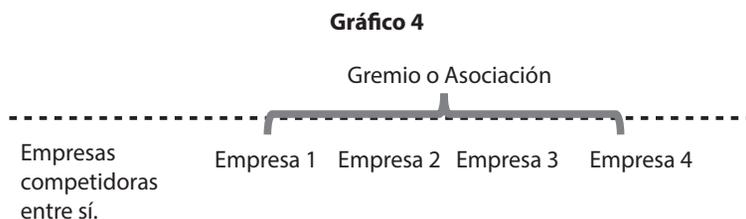
11.1 Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas **por agentes económicos competidores entre sí** que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (...).”

(Resaltado propio)

Es decir, de conformidad con la tipificación de la norma, la conducta debe haberse realizado por agentes económicos que compiten entre ellos o, en otras palabras, que operen en el mismo nivel de la cadena comercial (ámbito subjetivo de la infracción).

No obstante, debe considerarse que cuando estamos ante una conducta realizada por un gremio o asociación empresarial, no estamos ante una conducta realizada entre agentes económicos competidores, conforme se aprecia a continuación:



En ese sentido, más allá del fundamento económico y político, en nuestra opinión, la tipificación establecida hasta antes de la emisión del Decreto Legislativo 1205, impedía que se pueda sancionar a los gremios o asociaciones empresariales, como entidades independientes, por la comisión de la infracción contenida en los artículos 11 y 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, dado que estas entidades no son competidoras.

Además, conforme el mismo Indecopi ha señalado en jurisprudencia, la participación de los gremios o asociaciones empresariales está relacionado con una facilitación de una práctica anticompetitiva. Al respecto, se puede ver el caso seguido en contra de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros –APESEG y otras empresas, citado anteriormente. Ello, toda vez que las reuniones al interior de estas entidades sirven a menudo como plataformas para la comisión de práctica colusorias horizontales, sea porque en su seno se concibe, coordina, ejecuta o se monitorea su cumplimiento.

38 Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, recaída bajo el Expediente 015-2008/CLC

Ahora bien, es válido cuestionarse si es que con lo aseverado, se produce que los artículos 11 y 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo concerniente a decisiones y recomendaciones, resulten en normas inaplicables a los casos en concreto. Al respecto, consideramos que no. En efecto, sí es posible que una entidad adopte decisiones o emita recomendaciones entre sus competidores, en el marco o no de una asociación o gremio empresarial. Por ejemplo, si en una asamblea general el presente, perteneciente a una compañía recomienda o sugiere a sus pares empresariales el incremento del precio, este puede ser sancionado por recomendaciones anticompetitivas. Asimismo, si dicha sugerencia se convierte en un acuerdo, todas las empresas adoptantes del mismo podrán ser sancionados por decisiones anticompetitivas.

Lo cierto es que es muy poco probable que las empresas conformen una asociación o gremio empresarial solo para realizar prácticas anticompetitivas por los altos costos que ello involucra. Empero, sí es cierto que este tipo de plataformas sí son a menudo empleadas para intercambiar información o arribar a acuerdos anticompetitivos sobre precios.

En ese orden de ideas, consideramos que la introducción de la figura del facilitador en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es un acierto puesto que bajo la misma, sí se podrá sancionar a las asociaciones y gremios empresariales por su intervención en una práctica anticompetitiva. De este modo, se podrá sancionar a las empresas que forman parte de la asociación que participan de una práctica colusoria horizontal y al facilitador que interviene en la misma, ya sea porque la participación de este último consiste en la planificación, en la ejecución o en el enforcement mismo.

6. Conclusión

La introducción de la figura del facilitador en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es sumamente positiva porque, sin duda, mejora la persecución de los cárteles.

Sin embargo, identificar cuando estamos ante una práctica colusoria horizontal realizada como parte de una conspiración *hub-and-spoke* en donde el *hub* es considerado como facilitador, es una tarea complicada. Ello, porque muchas veces, podemos estar ante diferentes restricciones verticales paralelas, lo cual puede, en la mayoría de casos, favorecer el proceso competitivo.

Sobre el particular, son dos las principales puntos a evaluar ante la práctica ilícita: los incentivos del *hub* para orquestar la conspiración y cómo inferir una coordinación entre los *spokes*. Según las conclusiones al respecto, se podrá considerar que se está de manera inicial ante una conspiración *hub-and-spoke*.

De otro lado, la figura del facilitador permitirá a la agencia de competencia realizar una mejor labor de persecución de las prácticas colusorias horizontales cuando estas son realizadas utilizando como plataformas los gremios o asociaciones empresariales.

7. Bonus track: Consejos prácticos para evitar la responsabilidad por una conspiración *hub-and-spoke*

Como hemos apuntado a lo largo del presente trabajo y, conforme se desprende de la distinta jurisprudencia internacional, es posible que como resultado de múltiples restricciones verticales entre una empresa y otros agentes que participan en un nivel superior o inferior de la cadena de comercialización, se produzcan varios comportamientos homogéneos aunque independientes, lo cual no necesariamente debe ser considerado como una práctica colusoria horizontal y, en consecuencia, sancionarse.

Sin embargo, muchas veces, por razones distintas a una intención anticompetitiva, las empresas pueden facilitar una práctica colusoria horizontal ilícita. Por ejemplo, imaginemos que una empresa "X" se dedica a la producción de un medicamento. La empresa "X" desea asociar su medicamento a la idea de un alto estándar de calidad. En tal sentido, establece una política de fijación de precios de reventa a sus distribuidores. Además, sus distribuidores tienen las mismas condiciones comerciales. Al respecto, resulta que en determinado momento, un distribuidor "Y" no cumple con el precio mínimo de venta puesto que el mismo lo vende atado a otro producto de marca propia lo cual le resulta rentable porque realiza un subsidio cruzado (margina más con su producto de marca propia) y porque el medicamento genera un alto interés en los consumidores. Ante ello, los otros distribuidores, activos realizando monitoreo de precios y que sí cumplen con el referido precio de reventa, se quejan ante la empresa "X" y esta, tratando de uniformizar su política de distribución, traslada el reclamo al distribuidor "Y". Esta situación genera que los distribuidores se alineen siendo el incentivo de esta actuación bastante clara: un mayor margen de distribuidor.

Así, lo que en principio constituía un conjunto de restricciones verticales entre la Empresa "X" y sus distribuidores, termina aparentando una práctica colusoria horizontal ilícita per se generando que sea factible que se sancione a la empresa "X" por ser un facilitador de la misma.

Como se puede apreciar, si se pudo haber evitado incurrir en una práctica anticompetitiva si es que la empresa "X" hubiera adoptado las medidas correspondientes ante la recepción de los reclamos de sus distribuidores.

En este punto, planteo algunos consejos prácticos para evitar que las empresas incurran en conspiraciones *hub-and-spoke*, en cuyo caso pueden ser sancionadas por la agencia de competencia.

1) Situación 1: La existencia de comunicaciones directas o indirectas entre los spokes.

Como hemos visto en los casos citados, las agencias de competencia de otros países, cuando han evidenciado comunicaciones entre competidores o, al menos, que los competidores estaban al tanto de las comunicaciones de sus competidores con el *hub* respecto de sus condiciones comerciales, han encontrado culpables a las empresas por la comisión de una conspiración *hub-and-spoke*.

Al respecto, se debe tener en cuenta que las comunicaciones con competidores sobre las negociaciones con un proveedor o distribuidor común crean un alto riesgo de infracción a las normas de libre competencia. El hecho de que una de las empresas no converse directamente con su competidor sobre un acuerdo, no evitará que sea responsable si hay evidencia de que usó el *hub* u otra parte como un conducto para comunicarse con los competidores.

En tal sentido, se recomienda que, si el *hub* es utilizado como una plataforma para coordinar acciones entre competidores, este adopte acciones para evitar ser utilizado como tal. Por ejemplo, si un *hub* recibe comentarios o reclamos de uno de sus distribuidores o proveedores en relación con las condiciones comerciales establecidas entre el *hub* y otros distribuidores o proveedores, el *hub* no debe trasladar dichos reclamos al distribuidor a proveedor reclamado. Por el contrario, se recomienda que el *hub* deje constancia escrita a la parte reclamante que no aceptará dichos reclamos y que el *hub* trata sus relaciones verticales con otros distribuidores o proveedores de manera independiente.

2) Situación 2:

Como hemos explicado anteriormente, en todos los casos, un acuerdo colusorio vertical implica una restricción a la competencia en, al menos, uno de los mercados involucrados. Asimismo, desde el punto de vista de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en la mayoría de casos, es probable que dicha restricción se encuentre justificada económicamente y que en el largo plazo beneficie al proceso competitivo. En otros, un conjunto de restricciones verticales puede ser considerado como una conspiración *hub-and-spoke* ilícita per se. Imaginemos el siguiente supuesto.

Un distribuidor "A" impone una exclusividad a un fabricante "B", con objeto de que este no le venda a otro distribuidor "C" o, al menos, le venda a un precio más alto que al que le vende al distribuidor "A". Imaginemos que existen otros fabricantes "D" y "E" y otros distribuidores "F" y "G".

El fabricante "B" puede aceptar la condición empero está perdiendo oportunidades de ganancia ante los fabricantes "D" y "E". En ese caso, resulta más eficiente venderle a estos a precios más altos. No obstante, debido a la competencia que enfrenta el fabricante "B", es necesario que dicho incremento de precios se produzca de manera conjunta con los otros fabricantes puesto que si compiten, el incremento será ineficaz.

Como hemos indicado, es muy probable que la restricción vertical genere competencia inter marca en el largo plazo entre los fabricantes "B", "D" y "E". No obstante, la restricción vertical podría facilitar la comisión de una conducta *hub-and-spoke* ilícita per se si es que los fabricantes deciden aprovechar la estructura contractual a fin de restringir la competencia entre ellos, perjudicando a los competidores del distribuidor "A" (distribuidores "F" y "G").

Ello se puede lograr mediante dos maneras: (i) que el distribuidor "A" ofrezca la exclusividad a el fabricante "B" argumentando que logrará la aceptación de la misma condición de los demás fabricantes; o, (ii) que los fabricantes exijan al distribuidor "A" que aceptarán la condición comercial si y solo si logra que todos, o la gran mayoría de fabricantes aceptan.

Como el lector podrá intuir, ante ello, recomendamos que ninguna de las dos partes ofrezca o exija que los contratos se adopten a cambio de que los competidores hagan lo mismo puesto que ello puede ser considerado como una práctica colusoria horizontal en un esquema de conspiración *hub-and-spoke*.

8. Bibliografía

Beaton-Wells, Caron y Brent Fisse. 2011. *Australian Cartel Regulation in and International Context*. Cambridge: Cambridge University Press.

Belleflamme, Paul y Martin Peitz. 2015. *Industrial Organization: Market and Strategies*, 2da edición. Cambridge: Cambridge University Press.

Falls, Craig G. y Celeste C. Saravia. 2015. Analyzing Incentives and Liability in “Hub-and-Spoke” Conspiracies. *Periodical of ABA Antitrust Section Distribution & Franchising Committee* (April).

Hay, George A. 1999. Facilitating Practices: The Ethyl Case. En: *The Antitrust Revolution*, 3era edición. Eds. John E. Kwoka y Lawrence J. White. Oxford: Oxford University Press.

Hoyenkamp, Herbert y Michael A. Carrier. 2016. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, 3era edición. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business.

Klein, Benjamin. 2017. *Antitrust Analysis of Hub-and-Spoke Conspiracies*. 31 de Enero. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909341>

Orbach, Barak. 2016. Hub-and-spoke Conspiracies. *Antitrust Source*, no. 3, at 1., *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-11*

Verouden, Vincent. 2008. Vertical Agreements: Motivation and Impact. *Issues in Competition Law and Policy (ABA Section of Antitrust Law)*. http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/vertical_agreements.pdf. (Consultada el 22 de mayo de 2009).