

# ALCANCES E INTERRELACIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES EN EL MARCO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

## SCOPE AND INTERRELATION OF HORIZONTAL COLLUSION PRACTICES WITHIN THE FRAMEWORK OF THE LAW ON THE REPRESSION OF ANTI-COMPETITIVE CONDUCT

Waldo Borda Gianella\*

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia  
y de la Protección de la Propiedad Intelectual

*In this article, the author analyses the scope and interrelationship between the concepts of agreement, decision, recommendation and concerted practice in the light of comparative doctrine and jurisprudence, taking particular account of the case law of the Court of Justice of the European Union. In an introductory way, the scope of some of these concepts, outlined by Peruvian doctrine and jurisprudence, are presented, identifying the inconsistencies between these and the developments at a comparative level. Then we proceed with the formulation of a proposal of interpretation of the scope and interrelationship existing between these four concepts, which gives final pass to the identification of the implications generated with the proposed proposal.*

*The relevance of the points addressed is supported by: (i) the increase in the number of procedures for horizontal collusive practices initiated by the Technical Secretariat of the Commission for the Defense of Free Competition of Indecopi in recent years; (ii) the limited national case law on the interrelationship between cases of horizontal collusive practice and their application in the context of the administrative penalty procedure; and, (iii) the limited development of the national doctrine on the interrelationship between cases of horizontal collusive practice and their implications in practice.*

**KEYWORDS:** *horizontal collusive practices; agreement; concerted practice; decision; recommendation.*

*En el presente artículo el autor analiza los alcances e interrelación existente entre los conceptos de acuerdo, decisión, recomendación y práctica concertada a la luz de la doctrina y jurisprudencia comparada, tomando especial consideración en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De manera introductoria se presentan los alcances de algunos de estos conceptos, esbozados por la doctrina y jurisprudencia peruana, identificando las incongruencias entre estos y los desarrollos a nivel comparado. Seguidamente se procede con la formulación de una propuesta de interpretación de los alcances e interrelación existente entre estos cuatro conceptos, la cual da pase final a la identificación de las implicancias generadas con la propuesta planteada.*

*La relevancia de los puntos que se abordaran encuentra sustento en: (i) el incremento en la cantidad de procedimientos por prácticas colusorias horizontales iniciados por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi en los últimos años; (ii) la reducida jurisprudencia nacional respecto a la interrelación entre los supuestos de práctica colusoria horizontal y su aplicación en el marco del procedimiento administrativo sancionador; y, (iii) el reducido desarrollo de la doctrina nacional sobre la interrelación existente entre los supuestos de práctica colusoria horizontal y sus implicancias en la práctica.*

**PALABRAS CLAVE:** *Prácticas colusorias horizontales; acuerdo; práctica concertada; decisión; recomendación.*

\* Abogado. Funcionario de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) (Lima, Perú). Contacto: waldo.borda@pucp.edu.pe

Las opiniones son expresadas a título personal y no comprometen a ninguna de las instituciones a las que se encuentra afiliado el autor.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 1 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 30 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

Las prácticas colusorias horizontales constituyen una de las principales preocupaciones de las agencias de competencia a lo largo del mundo, interés que se genera debido a la grave afectación producida por estos actos y a las dificultades presentes en su detección.

Esta situación ha motivado el desarrollo de una amplia jurisprudencia y doctrina a nivel comparado, la cual profundiza tanto en los alcances de los conceptos de **acuerdo**, **decisión**, **recomendación** y **práctica concertada**, así como en las características y aplicación del tipo infractor formulado.

La labor descrita no resulta ajena al caso peruano, cuya jurisprudencia ha ido desarrollando los alcances de diversos conceptos como las **decisiones** y **recomendaciones** en el marco de los pronunciamientos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), órganos encargados en primera y segunda instancia de los procedimientos sancionadores seguidos por la realización de conductas anticompetitivas en el Perú.

No obstante ello, puede observarse que en los últimos años se ha planteado ante el Indecopi la diferenciación entre los distintos tipos de prácticas colusorias horizontales para formular la existencia de problemas de tipificación en las imputaciones realizadas por prácticas colusorias horizontales, resaltando la pretensión de declarar nulo el procedimiento en caso la infracción finalmente constatada pase de ser un **acuerdo** a una **práctica concertada**.

En este escenario, el presente artículo plantea analizar los alcances e interrelación existente entre las distintas variantes de las prácticas colusorias horizontales, a través de un análisis crítico que tome en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y la doctrina comparada. Para ello se partirá por una referencia preliminar de los distintos conceptos comprendidos dentro de esta figura, identificando las posibles discordancias existentes en su desarrollo por la doctrina y jurisprudencia nacional. Seguidamente de ello se presentará una propuesta de interpretación a la luz de la jurisprudencia y doctrina comparada, culminando el presente trabajo con la verificación de las implicancias de esta postura.

## II. APROXIMACIÓN INICIAL A LA NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES

Se entiende por práctica colusoria horizontal a la coordinación existente entre dos o más agentes

económicos competidores que tiene por objeto o efecto restringir, suprimir o controlar la competencia real o potencial existente entre estos en un mismo nivel de su actividad económica.

La proscripción de este tipo de conductas busca evitar que la dinámica natural del mercado sea restringida o reemplazada por la actuación coordinada de las partes, la cual suprimiría las posibles ventajas generadas como consecuencia del proceso competitivo.

Similar definición de las **prácticas colusorias horizontales** es manejada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, quien las perfila como:

[c]onductas consistentes en coordinaciones realizadas por los agentes económicos que participan directa o indirectamente en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto o efecto de eliminar, restringir o limitar la competencia, en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores (Resolución 0171-2019/SDC-INDECOPI, 2019, numeral 304).

En el ordenamiento peruano la proscripción de este tipo de conductas se encuentra comprendida bajo el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), el cual refiere a cuatro supuestos: (i) acuerdos; (ii) decisiones; (iii) recomendaciones; y, (iv) prácticas concertadas. Este artículo expresa 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, [...] (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019) [énfasis agregado].

Los supuestos presentados por esta disposición han sido analizados en diversa medida por la jurisprudencia y doctrina nacional, desarrollando los alcances de los supuestos comprendidos en las prácticas colusorias horizontales proscritas por nuestro ordenamiento y presentando distintos elementos que permiten su aplicación a los casos de actuaciones anticompetitivas ocurridos en la realidad.

No obstante ello, la normativa y jurisprudencia en el Perú no se ha detenido a abordar con mayor atención la interrelación existente entre los cuatro supuestos señalados por el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, limitando su desarrollo a constatar aspectos como la aplicación de la prohibición absoluta a las recomendaciones y decisiones (Resolución 508-2017/SDC-INDECOPI, 2017, numerales 102-120).

En el marco de esta situación, puede observarse que en los últimos años se ha formulado la existencia de problemas de tipificación en las imputaciones realizadas por prácticas colusorias horizontales, resaltando la pretensión de declarar nulo el procedimiento en caso la infracción finalmente constatada pase de ser un **acuerdo** a una **práctica concertada** (Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI, 2018, numerales 243-263).

Debido a ello, y con el fin de contribuir en aclarar los alcances de la tipificación de las prácticas colusorias horizontales en el Perú, se procederá en el siguiente apartado a desarrollar la interrelación existente entre los conceptos o realidades comprendidas bajo la infracción tipificada en el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

### III. INTERRELACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS O REALIDADES COMPRENDIDAS BAJO LA INFRACCIÓN TIPIFICADA EN EL ARTÍCULO 11.1 DEL TUO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

#### A. Alcances preliminares del concepto de acuerdo

Como el primero de los supuestos previsto por el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el **acuerdo** se perfila como el acto característico de las prácticas colusorias horizontales, resultando recurrente su imputación en los casos seguidos ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi en los últimos años<sup>1</sup>.

Al respecto, esta conducta es definida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia como “todo concierto de voluntades mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia” (Resolución 0171-2019/SDC-INDECOPI, 2019, numeral 306).

Una delimitación de los alcances de este concepto puede identificarse igualmente en la jurisprudencia del TJUE, la cual concibe al **acuerdo** como la existencia de una voluntad concordante de por lo menos dos partes, respecto de la que resulta indistinta la forma en que se manifiesta dicha concordancia:

28. Asimismo, ha de recordarse, que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un «acuerdo» se basa en la **expresión de la voluntad concordante entre por lo menos dos partes, no siendo determinante per se la forma en que se manifiesta dicha concordancia** (*AC-Treu-hand c. Comisión*, 2015, apartado 29) [énfasis agregado].

37. Es preciso señalar que el Tribunal de Primera Instancia destacó acertadamente, en los apartados 30 a 34 de la sentencia recurrida, que, para constituir un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, basta con que **un acto o un comportamiento** aparentemente unilateral sea la **expresión de la voluntad concordante entre por lo menos dos partes, no siendo determinante per se la forma en que se manifiesta dicha concordancia** (*Comisión c. Volkswagen*, 2006, apartado 37) [énfasis agregado].

Ambas definiciones permiten apreciar que el concepto de **acuerdo** tendría cierta semejanza o identidad con el concepto de **práctica colusoria horizontal**, observándose que el supuesto de hecho de la infracción se encuentra comprendido por la configuración de un consenso (voluntades coordinadas o concordantes) entre competidores para restringir la competencia.

Muestra ilustrativa de esta posible identidad se verifica de igual manera en la definición de **práctica colusoria** contenida en el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española (en adelante, RAE), la cual la describe como un “acuerdo restrictivo de la competencia” (Real Academia Española [RAE], s.f., Práctica colusoria).

Sin embargo, y a pesar de no corresponder a un hecho cometido o controlado por el agente infractor al concretar la conducta, un sector importante de la doctrina nacional incorpora como un elemento del concepto de **acuerdo** el tipo de medio probatorio con el que se acredita esta infracción, formulando como un componente de su configuración su acreditación mediante una prueba directa.

<sup>1</sup> Desde el 2014 a la fecha, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi ha iniciado 15 casos.

Esta situación es identificada por algunos autores tales como Quintana Sánchez, quien constata a nivel doctrinal la incorporación de este aspecto vinculado a la acreditación de la conducta infractora durante el procedimiento administrativo sancionador:

Según lo definido por la doctrina, los acuerdos entre competidores son pactos, contratos o convenios que ponen en evidencia la manifestación de voluntad de los participantes y que se prueban a través de documentos escritos u otros medios que permiten concluir con plena certeza que existió la voluntad común de restringir la competencia entre ellos (prueba directa) (2011, p. 16).

Similar referencia a este elemento parecería apreciarse igualmente en la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo 1034, en la cual se refiere a los “acuerdos” como aquellos “convenios demostrados mediante prueba directa” (2008).

Al respecto, puede apreciarse que la distinción descrita tendría su origen en la diferenciación doctrinal entre las figuras del **acuerdo** y la **práctica concertada** que diversos autores realizan a partir de los alcances de ambos conceptos desarrollados por la jurisprudencia comparada.

En dicho contexto, se aprecia que un sector de la doctrina nacional diferencia entre ambos supuestos por el tipo de medio probatorio existente, es decir, prueba directa o indirecta, tomando usualmente en consideración criterios que se desprenderían de pronunciamientos del TJUE y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

Muestra de este análisis se observa en el caso de autores como Deza Sandoval, quien con motivo del pronunciamiento del TJUE en el caso *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión* señala que la práctica concertada “incluye a una amplia gama de conductas que pueden tener algún objeto o efecto anticompetitivo, pero sobre las cuales no existe prueba directa de la concertación misma” (2009, p. 45).

A diferencia de esta interpretación, puede apreciarse que a nivel comparado diversas jurisdicciones califican a los **acuerdos** y **prácticas concertadas** como distintas manifestaciones de una

misma conducta infractora, excluyendo la calificación del medio probatorio utilizado como un elemento requerido por el supuesto de hecho de la infracción.

Esta segunda interpretación puede apreciarse de manera clara en la normativa en materia de libre competencia adoptada por Colombia, observándose en la definición de **acuerdo** en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 la incorporación de las prácticas concertadas<sup>2</sup>:

Artículo 45. Definiciones

Para cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas (Decreto 2153, 1992).

De manera semejante, la consideración de los distintos supuestos de prácticas colusorias horizontales como manifestaciones de un mismo tipo infractor puede observarse igualmente en la jurisprudencia del TJUE, la cual señala que los acuerdos, decisiones en el marco de asociaciones gremiales y prácticas concertadas corresponden a actuaciones que presentan una misma naturaleza (*AC-Treuhand c. Comisión*, 2015, apartado 29).

Ante este escenario, corresponde preguntarse por la corrección de la primera postura y, por ende, si la consideración de un aspecto vinculado a la actuación de la autoridad en la acreditación de la infracción (el medio probatorio) puede afectar el supuesto de hecho cometido por el administrado y formar parte de los conceptos de **acuerdo** y **práctica concertada**.

Para responder a esta interrogante se considera necesario analizar los alcances de las distintas fuentes de las que parten ambas posturas, verificando la coherencia de la interpretación realizada respecto de ellas.

Esta labor partirá por verificar la interpretación existente de los pronunciamientos del TJUE y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, cerciorándose del contenido desarrollado en su jurisprudencia para el posterior desarrollo de una propuesta de interpretación.

<sup>2</sup> Para una referencia a autores que subsumen a la práctica concertada dentro de la definición de acuerdo véase a Quintana Sánchez, quien refiere que: “Cabe indicar que un sector de la doctrina se inclina por considerar que este tipo de situaciones también debe encuadrarse dentro de la figura del acuerdo, pues entiende que éste no involucra necesariamente obligatoriedad jurídica” (2011, p. 16).

## B. Interpretación de la jurisprudencia del TJUE y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América desarrollada por la doctrina nacional

Conforme se mencionó en el marco del estudio y referencia a los **acuerdos y prácticas concertadas** un sector de la doctrina nacional ha procedido a considerar a la prueba directa e indirecta (tipo de medio probatorio) con la que se acredita estos supuestos como un elemento diferenciador de ambos conceptos.

Muestra de esta situación puede apreciarse en autores como Diez Canseco, Fernández y Quintana Sánchez, quienes al analizar las prácticas concertadas las diferencian de los acuerdos y otras figuras por su acreditación mediante pruebas indirectas:

Las prácticas concertadas no son otra cosa que acuerdos donde no existe prueba directa, sino que el elemento volitivo se deduce de los indicios que rodean la conducta y que no admiten ninguna otra explicación. Se dice entonces que se ha obtenido «prueba indiciaria» y corresponde sancionar la infracción (Diez Canseco & Fernández, 2013, p. 116).

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 (Quintana Sánchez, 2008, p. 179).

De manera semejante, similar desarrollo de la distinción de las prácticas concertadas puede apreciarse en el caso de Deza Sandoval, quien en el marco de un análisis de los pronunciamientos del TJUE señala que la práctica concertada “incluye a una amplia gama de conductas que pueden tener algún objeto o efecto anticompetitivo, pero sobre las cuales no existe prueba directa de la concertación misma” (2009, p. 45).

En el mismo sentido, puede apreciarse que Hugo Gómez, durante su permanencia como Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, se pronunció en el Informe 020-2004-INDECOPI/ST-CLC señalando con menor intensidad esta vinculación de la práctica concertada con la utilización de prueba indirecta, tomando como referente a la experiencia norteamericana:

51. Una práctica concertada debe ser probada adecuadamente, aunque puede ser sufi-

ciente la prueba de presunciones. En efecto, **la prueba de las prácticas concertadas se hace normalmente apoyándose en indicios y presunciones sobre su existencia**, basadas fundamentalmente en el hecho de que el comportamiento de las empresas en el mercado sería inexplicable si no existiere algún tipo de concertación entre ellas.

52. En la doctrina norteamericana las prácticas concertadas son conocidas como confabulaciones tácitas y son determinadas a partir de pruebas sobre patrones de conducta paralela que acreditan que las empresas han perseguido (en forma simultánea o secuencial) estrategias similares de negocios a lo largo del tiempo. **En estos casos, el acuerdo existe, pero no puede ser probado de manera directa sino a través de evidencia circunstancial o pruebas indirectas** (2004, p. 18) [énfasis agregado].

No obstante ello, y a pesar de las interpretaciones formuladas por diversos autores, corresponde precisar que los pronunciamientos del TJUE y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América no plantean la incorporación del tipo de medio probatorio como elemento para distinguir y definir a los **acuerdos y prácticas concertadas**, conforme se observará a continuación.

## C. Los acuerdos y prácticas concertadas en la jurisprudencia del TJUE

A diferencia del escenario descrito anteriormente, la jurisprudencia del TJUE ha optado por una aproximación distinta de la relación existente entre **acuerdo y práctica concertada**, considerando que ambos supuestos presentan una misma naturaleza y solo se diferencian por la intensidad y forma en que se manifiestan:

29. Por lo que se refiere al concepto de «práctica concertada», de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 81 CE, apartado 1, distingue este concepto del de «acuerdo» y el de «decisión de asociación de empresas» con el único propósito de recoger distintas formas de colusión entre empresas que, desde un punto de vista subjetivo, comparten la misma naturaleza y sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan (*AC-Treuhand c. Comisión*, 2015).

Conforme reconocen diversos autores, este planteamiento del TJUE implica la consideración de un único supuesto infractor, el supuesto de **colusión** contenido en el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (actual artículo 101 del

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), respecto del cual el **acuerdo y práctica concertada** constituyen distintas formas o manifestaciones que presentan una misma naturaleza<sup>3</sup>.

Esta interpretación relativiza la relevancia de la distinción existente entre ambos supuestos, generando que ambas variantes constituyan únicamente ejemplos concretos dentro de un mismo supuesto de hecho.

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que el TJUE sí se ha detenido en desarrollar el contenido de los conceptos de **acuerdo y práctica concertada**, señalando igualmente la posibilidad de la utilización de indicios (pruebas indirectas) para la acreditación de ambos supuestos:

28. Asimismo, ha de recordarse, que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un «acuerdo» se basa en la **expresión de la voluntad concordante entre por lo menos dos partes, no siendo determinante per se la forma en que se manifiesta dicha concordancia** (*AC-Treuhand c. Comisión*, 2015)<sup>4</sup> [énfasis agregado].

26. Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una **forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas** (*T-Mobile Netherlands y otros*, 2009)<sup>5</sup> [énfasis agregado].

55. Al ser notorias tanto la prohibición de participar en estos acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que pueden exponerse los infractores, es habitual que dichos acuerdos y prácticas se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un país tercero y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo.

56. Aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto

ilícito entre los operadores, como las actas de una reunión, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción.

**57. En la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia** (*Aalborg Portland y otros c. Comisión*, 2004) [énfasis agregado].

A partir de estas referencias puede apreciarse que la jurisprudencia del TJUE no incorpora el tipo de medio probatorio como un elemento diferenciador de los conceptos de **acuerdo y práctica concertada**, reconociendo la posibilidad de utilizar indicios para ambos supuestos.

#### D. Los acuerdos y prácticas concertadas en la experiencia norteamericana

De manera semejante a lo observado con el TJUE, puede apreciarse que la jurisprudencia y doctrina norteamericana no ha desarrollado una distinción conceptual entre **acuerdos y prácticas concertadas** que considere como elemento determinante al medio probatorio utilizado para su acreditación.

En ese sentido, se identifica que la referencia utilizada por algunos autores nacionales corresponde en realidad a la diferenciación existente entre acuerdos explícitos (*express agreements*) y acuerdos tácitos (*implied agreements*) desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ámbito que no resulta totalmente equivalente a la distinción entre **acuerdo y práctica concertada**.

El desarrollo de esta distinción en la jurisprudencia norteamericana es reconocido por diversos autores tales como Gellhorn, Kovacic y Cakins, quienes constatan que los tribunales norteamericanos han distinguido usualmente en su análisis

<sup>3</sup> Al respecto, ver Monti, quien refiere que:

[I]nstead, there is only one offence in Article 81, express collusion, and it may take different forms. As the ECJ put it, the concepts of agreement and concerted practice 'are intended to catch forms of collusion having the same nature and are only distinguishable from each other by their intensity and the form in which they manifest themselves (2007, p. 326).

<sup>4</sup> Véase, en ese sentido, la sentencia *Comisión c. Volkswagen*, 2006, apartado 37.

<sup>5</sup> Véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros c. Comisión*, apartado 26 y de 31 de marzo de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö y otros c. Comisión*, apartado 63.

probatorio a los acuerdos explícitos, que comúnmente presentan prueba directa, de los acuerdos tácitos, en los que se suele usar evidencia circunstancial (prueba indirecta)<sup>6</sup>:

En su análisis de las pruebas del demandante, los tribunales a menudo distinguen entre los acuerdos “explícitos” y los “tácitos”. Estos términos parecen haber sido diseñados para reconocer las diferencias en los tipos de pruebas que se utilizan para probar una acción concertada. Los acos en los que se alegan acuerdos “explícitos” por lo general implican pruebas directas de que los demandados han intercambiado garantías. Normalmente los documentos y el testimonio están hasta arriba de la jerarquía de pruebas porque la tendencia es que den al tribunal una mayor confianza de que los demandados actuaron de forma conjunta. Los casos en los que se habla de colusión “tácita” utilizan el término para describir dos fenómenos. Un grupo de decisiones emplea el término de colusión “tácita” para referirse a supuestos acuerdos que el demandante trata de probar con la introducción de pruebas circunstanciales. Empleada de esta forma, la etiqueta “tácito” reconoce que ese tipo de pruebas es inferior a la prueba directa de una acción concertada. [...] El segundo grupo de casos en los que se habla de colusión “tácita” se utiliza el término para referirse a una conducta paralela, interdependiente, del tipo que aborda Theatre Enterprises. En los casos en los que se emplea “colusión tácita” como sinónimo de “paralelismo consciente” generalmente no se concluye que existe responsabilidad con la Sección 1 (2008, pp. 243-244).

No obstante ello, y conforme es reconocido por la American Bar Association, esta distinción no debe ser confundida con la presencia de evidencia directa para la acreditación de un acuerdo, reconociendo expresamente la posibilidad de acreditar este supuesto mediante el uso de evidencia directa o indirecta:

Direct evidence of an agreement is different from the concept of an express agreement. It

is well settled that, for purposes of Section 1, an agreement can be express—that is, explicitly stated or written. An example of an express agreement is the “fully worked out paper plan” in *American Column & Lumber Co. v. United States*. An express agreement can be proven by direct or indirect evidence. By contrast, an implied agreement requires the factfinder to make inferences to establish the existence of the agreement. Implied agreements therefore are typically proven through circumstantial, or indirect, proof (2010, p. 53)<sup>7</sup>.

A diferencia de ambos conceptos, que se centran en como se aprecia el **acuerdo** al momento de su acreditación, en el ámbito norteamericano se aprecia la utilización de los términos **agreement** y **concerted action / conspiracy / collusion**, los cuales han sido interpretados por algunos autores como conceptos que se asemejarían más a los de **acuerdo y práctica concertada** desarrollados en otras partes del mundo<sup>8</sup>.

Al respecto, si bien la diferenciación entre ambos términos no es del todo rigurosa en la jurisprudencia norteamericana, si es posible observar que estos son utilizados de manera semejante a la distinción observada en el TJUE. Esta diferencia la práctica concertada por la ausencia de un acuerdo de manera previa a la actuación de un agente en el mercado con la que reflejaría su aceptación de participar en la conducta anticompetitiva:

While the District Court’s finding of an agreement of the distributors among themselves is supported by the evidence, we think that, in the circumstances of this case, such agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent-run exhibitors was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that concerted action was contemplated and invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it. (...). It is elementary that an unlawful conspiracy may be and often is formed without simultaneous action or agreement on the part of the conspirators. Acceptance by competitors, without previous agreement, of

<sup>6</sup> Conforme es desarrollado por Gellhorn, Kovacic y Cakins, la jurisprudencia norteamericana usaría los términos “acuerdo tácito” para hacer mención a dos supuestos bastante distintos: (i) acuerdos en los que la autoridad usa prueba indirecta para su acreditación; y, (ii) situaciones en las que se aprecia un paralelismo de precios resultado de la interdependencia existente en el mercado; solo resultando relevante para el presente análisis la primera de estas acepciones (2008).

<sup>7</sup> La prueba directa de un acuerdo es diferente del concepto de acuerdo expreso. Está bien establecido que, a los efectos de la Sección 1, un acuerdo puede ser expreso, es decir, explícitamente declarado o escrito. Un ejemplo de acuerdo expreso es el “plan completamente elaborado por escrito; en *American Column & Lumber Co. v. United States*. Un acuerdo expreso puede probarse mediante pruebas directas o indirectas. Por el contrario, un acuerdo implícito requiere que el investigador haga inferencias para establecer la existencia del acuerdo. Por lo tanto, los acuerdos implícitos suelen probarse mediante pruebas circunstanciales o indirectas [traducción libre].

<sup>8</sup> Al respecto, ver Quintana, quien señala que: “Cabe mencionar que los términos acuerdo y concertación coinciden con las denominaciones inglesas “agreement” o “combination” y “conspiracy” o “collusion”” (2013, p. 35).

an invitation to participate in a plan the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the *Sherman Act* (*Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 1939)<sup>9</sup>.

En ese sentido, puede observarse que la jurisprudencia y doctrina norteamericana excluyen igualmente al tipo de medio probatorio utilizado como un elemento conformante del acuerdo, reconociendo la posible utilización de evidencia indirecta para su constatación.

#### IV. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 11.1 DEL TUO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Una vez identificados los alcances de las distintas fuentes tomadas por un sector de la doctrina nacional para perfilar la distinción entre **acuerdo** y **práctica concertada**, corresponde precisar que los planteamientos que diferencian entre ambos supuestos a partir de la evidencia utilizada en su acreditación resultan incongruentes con los desarrollos teóricos presentes a nivel comparado, los cuales solo vinculan la presencia de ambos tipos de prueba (directa e indirecta) con el **acuerdo** y **práctica concertada** para señalar en que escenarios es más recurrente la presencia de cada una de estas.

Debido a ello, y con el objetivo de contribuir a la comprensión ambos conceptos y su interrelación, a continuación, se procederá a formular una propuesta detallada de la vinculación existente entre los **acuerdos**, **decisiones**, **recomendaciones** y **prácticas concertadas**, precisando como parte de ello la cercanía o relación existente entre cada supuesto.

##### A. El acuerdo como tipo general de infracción en las conductas anticompetitivas horizontales

Como punto de partida de la interpretación formulada, el **acuerdo** es identificado como el supuesto de hecho de mayor amplitud dentro de las conductas comprendidas en el artículo 11.1 del TUO de la

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, resultando coherente su posicionamiento como elemento central del tipo infractor (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019).

En conformidad con lo indicado anteriormente, el **acuerdo** es definido por la jurisprudencia del TJUE como la existencia de una voluntad concordante de por lo menos dos partes, respecto de la que resulta indistinta la forma en que se manifiesta dicha concordancia.

Esta definición permite identificar que un acuerdo anticompetitivo implicará la configuración de una conformidad entre las voluntades de los participantes (consenso) con la finalidad o efecto de restringir la competencia, concepto que resulta muy semejante a la definición de **práctica colusoria horizontal** adoptada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi:

Estas conductas consisten en coordinaciones realizadas por los agentes económicos que participan directa o indirectamente en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto o efecto de eliminar, restringir o limitar la competencia, en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores (Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI, 2019, numeral 336).

Los elementos de este concepto permiten igualmente constatar que la configuración de este concierto de voluntades resulta indistinto a la forma en que se pueda materializar, aspecto que conlleva la posibilidad de comprender bajo sus alcances otros supuestos previstos en el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que impliquen elementos adicionales al solo consenso<sup>10</sup>.

A partir de estas características resulta plausible posicionar al **acuerdo** como un supuesto general o simple de la infracción contenida en el artículo 11.1, respecto del cual la presencia de aspectos

<sup>9</sup> Si bien la conclusión del Tribunal de Distrito de un acuerdo de los distribuidores entre sí está respaldada por las pruebas, creemos que, en las circunstancias de este caso, tal acuerdo para la imposición de las restricciones a los exhibidores subsiguientes no era un requisito previo para una conspiración ilegal. Era suficiente que, sabiendo que se contemplaba e invitaba la acción concertada, los distribuidores dieran su adhesión al esquema y participaran en él. (...) Es elemental que una conspiración ilícita pueda formarse y a menudo se forme sin acción o acuerdo simultáneos por parte de los conspiradores. La aceptación por los competidores, sin acuerdo previo, de una invitación a participar en un plan cuya consecuencia necesaria, si se lleva a cabo, es la restricción del comercio interestatal es suficiente para establecer una conspiración ilícita con arreglo a la Ley Sherman [traducción libre].

<sup>10</sup> Muestra de ello sería el caso de las decisiones, en las cuales se requiere su realización en el marco de asociación o entidad gremial.

adicionales establecerá la configuración de los tipos calificados del mismo<sup>11</sup>.

### B. La decisión y recomendación como supuestos calificados de acuerdo en el marco de asociaciones o entidades gremiales

Como segundo y tercer supuesto previsto en el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la **decisión** y **recomendación** constituyen las dos variantes de prácticas colusorias horizontales presentadas en el marco de una asociación o entidad gremial, caracterizándose por constituir disposiciones de cumplimiento obligatorio (decisión) o referencial (recomendación) aprobadas con el objeto o efecto de restringir la competencia.

Una definición semejante a la presentada en la legislación peruana puede observarse en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de España, la cual define estas conductas como acuerdos de carácter vinculante (decisiones) u orientativos (recomendaciones) adoptados por instituciones formadas por operadores económicos:

7. Las decisiones o recomendaciones colectivas con fines o efectos contrarios a la competencia constituyen formas de prácticas colusorias prohibidas por el art. 1 LDC equiparables a los acuerdos horizontales entre competidores, que son las manifestaciones más graves de la prohibición. Se trata de acuerdos adoptados por instituciones formadas por operadores económicos, de carácter vinculante (decisiones) o únicamente orientativo (recomendaciones), consideradas como si fueran acuerdos entre los asociados, ficción utilizada por la Ley para evitar que los socios, en este caso los colegiados, puedan eludir sus responsabilidades colusorias por el procedimiento de trasladar la responsabilidad de la autoría formal al ente colectivo (Expediente 472/99, 2000).

Este criterio ha sido igualmente adoptado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, quien en el marco de la Resolución 508-2017/SDC-INDECOPI consideró que los entendimientos contrarios a la competencia adoptados por entes gremiales constituyen decisiones, si poseen carácter vinculante, o recomendaciones, si poseen carácter orientativo:

95. Según una clasificación doctrinal, los entendimientos adoptados por asociaciones profesionales o de empresas con fines contrarios a la competencia constituyen decisiones si tienen carácter vinculante, en virtud de las normas de la asociación o gremio involucrado, o recomendaciones si tienen únicamente carácter orientativo, pero poseen la capacidad para influir en el comportamiento de los agentes económicos a las que van dirigidas (2017, numeral 95).

Al respecto, corresponde precisar que la proscripción de la adopción de este tipo de conductas parte por considerar que la aprobación de disposiciones por los distintos órganos dentro de un ente gremial son el resultado de la configuración de un consenso (acuerdo) entre sus asociados, ya sea mediante su participación directa en la asamblea general o mediante su participación delegada en el directorio o gerencia elegidos.

Esta situación es reconocida por autores como Alonso Soto, quien identifica que para el Derecho de la Competencia la adopción de acuerdos por los órganos de dirección de una asociación resulta equivalente a la aprobación de estos por parte de sus asociados, aspecto que resulta de vital importancia para evitar la utilización de entes gremiales para canalizar la concreción de conductas anticompetitivas:

Lo que subyace tras esta concepción no es sancionar la voluntad del sujeto independiente que adopta el acuerdo o toma la decisión, lo que evidentemente constituiría una conducta unilateral de la persona jurídica o la entidad en cuestión de difícil encuadramiento en la prohibición que estamos analizando, sino evitar que se utilicen dichas figuras jurídicas para lograr o promover una concertación entre los asociados. En este sentido, la normativa de la competencia parte de la ficción de que cuando una asociación de operadores económicos adopta un acuerdo o recomendación a través de sus órganos de dirección es como si todos sus asociados hubieran adoptado dicho acuerdo o decisión y no de actuaciones unilaterales propias de dicha persona jurídica (2009, pp. 70-72)<sup>12</sup>.

La consideración descrita resulta especialmente clara en el caso de las **decisiones**, debido a que su consideración como un **acuerdo** en el marco

<sup>11</sup> Ejemplos semejantes de supuestos generales de ilícitos pueden observarse en la tipificación de los delitos de homicidio o hurto, los cuales presentan a su vez en el mismo cuerpo normativo la tipificación de delitos correspondiente a sus supuestos calificados (por ejemplo, el asesinato y el robo).

<sup>12</sup> Para un desarrollo de los alcances del concepto de **recomendación** ver el desarrollo planteado por Quintana (2015).

de una asociación o entidad gremial se encuentra vinculada a la sujeción de sus miembros a estas disposiciones, situación que se da como resultado de la aceptación del estatuto u otros cuerpos normativo de la entidad e implica el consentimiento directo del asociado a ser sujeto a dichas pautas.

Muestra de este razonamiento puede apreciarse en la jurisprudencia del TJUE, en la que se aprecia el reconocimiento del rol desarrollado por los representantes de los miembros de un ente gremial al momento de configurar una **decisión**<sup>13</sup>:

64. De las consideraciones precedentes se desprende que debe considerarse que una organización profesional como el Colegio de Abogados de los Países Bajos constituye una asociación de empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado cuando adopta un reglamento como el *Samenwerkingsverordening* 1993. Un reglamento de esta índole expresa la voluntad de los representantes elegidos por los miembros de una profesión destinada a obtener de ellos que adopten un determinado comportamiento en el marco de su actividad económica [...].

71. En vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la letra a) de la primera cuestión que un reglamento sobre la colaboración entre abogados y otras profesiones liberales como el *Samenwerkingsverordening* 1993, adoptado por un organismo como el Colegio de Abogados de los Países Bajos, debe considerarse una decisión adoptada por una asociación de empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado (*Wouters y otros*, 2002).

Los elementos previamente descritos permiten posicionar a la **decisión** y **recomendación** como variantes específicas del **acuerdo**, caracterizadas

por su concreción en el marco de un ente gremial, haciendo factible su valoración como un supuesto calificado de este tipo de conductas<sup>14</sup>.

### C. Las prácticas concertadas como supuestos calificados de acuerdo celebrado con los actos de ejecución de la práctica

Como cuarto de los supuestos previstos en el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas la **práctica concertada** constituye una forma de coordinación entre competidores que sustituye la dinámica de competencia por la cooperación fáctica sin concretarse (o identificarse) previamente la celebración de un **acuerdo**.

La delimitación de esta conducta puede apreciarse en la jurisprudencia del TJUE, la cual reconoce que la **práctica concertada** sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por la cooperación sin llegar a la celebración de un convenio propiamente dicho:

64. Considerando que si el artículo 85 distingue el concepto de «práctica concertada» del de «acuerdos entre empresas» o del de «decisiones de asociaciones de empresas», lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de este artículo una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas;

65. que, por consiguiente, por su propia naturaleza la práctica concertada no reúne todos los elementos de un acuerdo, pero puede ser el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes (*Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión*, 1972)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Cabe precisar que, a diferencia del artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conducta Anticompetitivas, el artículo 101.1 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (anteriormente artículo 85.1 del Tratado de Roma) únicamente tipifica en su redacción a las **decisiones de asociaciones de empresas**, aspecto que motivó la incorporación de las **recomendaciones** dentro de los alcances de este concepto por parte de la jurisprudencia del TJUE. Al respecto, con motivo del asunto *Verband der Sachversicherer c. Comisión* (C-45/85) el TJUE ha señalado que:

32. A la vista de dichos elementos, debe hacerse constar que la recomendación, cualquiera que sea su naturaleza jurídica exacta, constituye la expresión fiel de la voluntad de la parte demandante de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado alemán del seguro de acuerdo con los términos de la recomendación. De ello se deduce que constituye una decisión de asociación de empresas en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (1987).

<sup>14</sup> Esta interpretación resulta comparable a la tipificación de delitos calificados como es el caso del asesinato y el robo, los cuales parten de la existencia de un supuesto base o general de infracción (homicidio y hurto). Una interpretación alternativa de las **recomendaciones** sería su aproximación a una tentativa de **acuerdo**, al identificarse que mediante esta se manifiesta la propuesta u oferta para la concreción de un consenso anticompetitivo entre las empresas agremiadas. No obstante ello, esta interpretación podría generar conflicto con los alcances generales del concepto de práctica colusoria horizontal, al excluir la existencia directa o indirecta de una coordinación entre competidores.

<sup>15</sup> Para referencias más recientes a este concepto por parte del TJUE véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands* y otros, apartado 26.

De manera semejante, el desarrollo de este concepto se aprecia también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que identifica con motivo de una concertación entre distribuidores de películas de cine que en el caso de una **práctica concertada** (*concerted action/conspiracy*) no se requiere que el acuerdo anticompetitivo preexista a los actos con los que cada parte se adhiere e implementa la restricción a la competencia:

While the District Court's finding of an agreement of the distributors among themselves is supported by the evidence, we think that, in the circumstances of this case, such agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent-run exhibitors was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that concerted action was contemplated and invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it. [...]. It is elementary that an unlawful conspiracy may be and often is formed without simultaneous action or agreement on the part of the conspirators. Acceptance by competitors, without previous agreement, of an invitation to participate in a plan the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act (*Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 1939)<sup>16</sup>.

En este contexto, puede apreciarse que la **práctica concertada** constituye una conducta en la cual las partes actúan en el mercado tomando en consideración elementos vinculados al accionar futuro de sus competidores, los cuales son obtenidos de estos por contactos que no implican la celebración de un acuerdo anticompetitivo. Esta acción, al ser una respuesta cooperativa consciente, establece e implementa el consentimiento de cada una de las partes de restringir la competencia, concretando el concierto de voluntades que configura la conducta<sup>17</sup>.

El concepto descrito puede diferenciarse del **acuerdo** debido a que en las **prácticas** concertadas la ejecución de la conducta anticompetitiva es a su vez un componente de la configuración del concierto de voluntades, mientras que en el caso del **acuerdo** la celebración del concierto de voluntades preexiste a su implementación, configurándose de la coordinación entre competidores realizada con anterioridad<sup>18</sup>.

Muestra de esta diferenciación es presentada por diversos autores tales como Monti, quien identifica que la actuación de las partes considerando la información obtenida constituye el elemento que termina de configurar a la práctica concertada<sup>19</sup>:

In an early case the Court drew a distinction between concerted action (collusion) and the concerted practice (the implementation of col-

<sup>16</sup> Si bien la conclusión del Tribunal de Distrito de un acuerdo de los distribuidores entre sí está respaldada por las pruebas, creemos que, en las circunstancias de este caso, tal acuerdo para la imposición de las restricciones a los exhibidores subsiguientes no era un requisito previo para una conspiración ilegal. Era suficiente que, sabiendo que se contemplaba e invitaba la acción concertada, los distribuidores dieran su adhesión al esquema y participaran en él. [...]. Es elemental que una conspiración ilícita pueda formarse y a menudo se forme sin acción o acuerdo simultáneos por parte de los conspiradores. La aceptación por los competidores, sin acuerdo previo, de una invitación a participar en un plan cuya consecuencia necesaria, si se lleva a cabo, es la restricción del comercio interestatal es suficiente para establecer una conspiración ilícita con arreglo a la Ley Sherman [traducción libre].

<sup>17</sup> En este escenario la evaluación de las explicaciones alternativas de la actuación del administrado permitirá verificar si el accionar optado por este corresponde a aspectos ajenos a la interacción o corresponden a la influencia de la información obtenida a partir de esta.

<sup>18</sup> Para una referencia de los alcances del contenido buscado en la prueba documental utilizada para la acreditación de prácticas colusorias horizontales ver Monti (2007, p. 330):

In the majority of cases, the Commission proves agreements and concerted practices by obtaining documentary evidence of collusion: for example, faxes, emails or recorded conversations. These documents must show either that the parties agreed to behave in the market in a specific way (so that the documents can prove the presence of an agreement), or that the parties have exchanged information about their future intentions, thereby facilitating coordination and showing the presence of a concerted practice.

<sup>19</sup> Para una referencia similar ver Brokelmann quien señala que:

Como se desprende de esta clásica definición acuñada en la jurisprudencia del TJCE, la práctica concertada es una práctica colusoria que, como tal, exige necesariamente la existencia de algún contacto bilateral o plurilateral, o una voluntad común entre las partes de la misma. De ahí que una práctica concertada pueda inferirse cuando ha habido un contacto entre competidores cuyo objeto haya sido eliminar la incertidumbre sobre su futuro comportamiento competitivo —ya sea por anunciar el propio comportamiento competitivo en el entendimiento de que los demás se adapten al mismo, ya sea por intentar conocer el futuro comportamiento de los demás competidores—. El medio habitual de conseguir esta concertación es el intercambio de información sensible, puesto que permite modificar artificialmente las condiciones normales de competencia, que se caracterizan precisamente por la incertidumbre en cuanto a las reacciones de los competidores respecto al propio comportamiento competitivo. La exigencia de independencia o autonomía se convierte, por tanto, en el eje de la jurisprudencia del Tribunal (2015, p. 91).

lusion). The difference might be illustrated in this way: if two competitors enter into a contract to set the same price for their goods, this is an unlawful agreement from the moment the contract is signed. **In contrast, if two competitors meet and exchange information about their intended commercial strategy for the following year, this is a concerted practice only when the parties take this information into account in devising their future commercial strategy** (2007, p. 326) [énfasis agregado]<sup>20</sup>.

La figura descrita permite igualmente reconducir aquellos supuestos de colusión en los que el reducido nivel de medios probatorios no permita acreditar de manera clara la celebración del **acuerdo** previamente a su implementación, siendo posible su constatación como **prácticas concertadas** al verificarse como única explicación que la alineación del accionar de las partes se concreta como consecuencia del contacto o coordinación previa existente.

Este aspecto es reconocido por autores como Brokelmann, quien verifica que el concepto de **práctica concertada** facilita a las autoridades de competencia su labor en casos en los que la celebración del consenso o los detalles de su contenido no resultan claros, bastando con calificar la conducta como práctica concertada de identificarse un correlato entre la coordinación de los competidores y el reemplazo en la realidad de la dinámica competitiva por cooperación<sup>21</sup>:

El concepto de «práctica concertada» ha evolucionado a lo largo de los años para convertirse en una cláusula general que —más allá de los «acuerdos» entre empresas y las «decisiones» de asociaciones— abarca cualquier forma de coordinación entre empresas, facilitando

así a las autoridades de competencia la labor de calificar un sinfín de conductas que típicamente se desarrollan en el marco de un cártel complejo y de larga duración. El recurso a la noción de «práctica concertada» facilita a las autoridades de competencia la tarea de tener que calificar individual y pormenorizadamente si la coordinación ya ha alcanzado un grado suficiente como para ser calificada como «acuerdo» o si se trata meramente de una práctica concertada. La Comisión Europea califica incluso en ocasiones una práctica al mismo tiempo como «acuerdo» o «práctica concertada». Si todo el proceso entre las empresas imputadas tiene la finalidad de coordinar el comportamiento competitivo de dichas empresas en el mercado, la jurisprudencia tiene reconocido que basta con calificar el conjunto de conductas como «práctica concertada». De esta manera, la práctica concertada se ha convertido en un tipo abierto, con todas las dificultades que ello entraña desde el punto de vista de la necesaria tipicidad del Derecho sancionador (2015, pp. 88-89).

En este escenario, la ausencia de ciertos elementos probatorios podrá implicar tanto la acreditación de un **acuerdo**, con apoyo de la prueba indiciaria, como también la posibilidad de recurrir al supuesto de **práctica concertada**, en caso los elementos no resulten suficientes para acreditar la celebración en sí del acuerdo anticompetitivo o ciertos detalles relevantes de su contenido.

A partir del análisis desarrollado corresponde posicionar a la **práctica concertada** como una variante del **acuerdo** caracterizada por la concreción del concierto de voluntades por medio del accionar de cada participante (manifestando con ello su adherencia a la conducta anticompetitiva<sup>22</sup>), el cual

<sup>20</sup> En un primer caso, la Corte estableció una distinción entre la acción concertada (colusión) y práctica concertada (la implementación de la colusión). La diferencia podría ilustrarse de esta manera: si dos competidores celebran un contrato para fijar el mismo precio por sus mercancías, se trata de un acuerdo ilegal desde el momento en que se firma el contrato. **En cambio, si dos competidores se reúnen e intercambian información sobre su estrategia comercial prevista para el año siguiente, se trata de una práctica concertada sólo cuando las partes tienen en cuenta esta información al elaborar su futura estrategia comercial** [traducción libre] [énfasis agregado].

<sup>21</sup> Esta apreciación es coherente con la jurisprudencia del TJUE, que refiere que la diferenciación entre **acuerdos, decisiones de asociaciones y prácticas concertadas** tiene como finalidad impedir que las empresas infractoras evadan la aplicación de la prohibición utilizando una forma particular de coordinación. Al respecto ver la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 11 de septiembre de 2014, *MasterCard Inc. y otros c. Comisión*, la cual señala en su apartado 63 que:

Así, resulta de una jurisprudencia constante que, si el artículo 81 CE distingue el concepto de práctica concertada del de acuerdos entre empresas o del de decisiones de asociaciones de empresas, lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de esta disposición las diferentes formas de coordinación entre empresas de su comportamiento en el mercado (véanse, en particular las sentencias *Imperial Chemical Industries c. Comisión*, 1972, apartado 64; *Comisión c. Anic Participazioni*, 1999, apartado 112; así como *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, 2006, apartado 32) y evitar así que las empresas puedan eludir las normas de la competencia simplemente en razón de la forma en que coordinan este comportamiento.

<sup>22</sup> Una referencia adicional a la concreción del consenso en este tipo de conducta puede apreciarse en el Diccionario del Español Jurídico, el cual define a la **práctica concertada** como una “conducta restrictiva de la competencia resultado de la coordinación entre empresas que deriva de un acuerdo tácito o, más frecuentemente, de un acuerdo explícito que no es posible acreditar mediante pruebas directas” (RAE, s.f., Práctica Concertada).

constituye a su vez la adhesión a la restricción anti-competitiva y su implementación.

#### D. Interpretación de la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Una vez identificados los alcances teóricos de los distintos supuestos señalados en el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, corresponde analizar el desarrollo de estos planteado por la Exposición de Motivos de dicha ley, a efectos de verificar los alcances de su contenido.

Al respecto, puede apreciarse que la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas presenta brevemente a los distintos tipos de prácticas colusorias horizontales, señalando algunos aspectos vinculados a cada uno de ellos dentro de unos paréntesis ubicados a la derecha de cada término:

##### Prácticas colusorias horizontales

En el numeral 11.1 del artículo 11 del Decreto Legislativo se define qué se entiende por prácticas colusorias horizontales. Dichas conductas pueden ser de distintos tipos, a saber, acuerdos (**convenios demostrados mediante pruebas directas**), decisiones (directivas con carácter vinculante al interior de una asociación o similar), recomendaciones (directiva con carácter orientativo al interior de una asociación o similar) o prácticas concertadas (**convenios demostrados mediante indicios y presunciones**) (Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034, 2008) [énfasis agregado].

El contenido detallado en estos paréntesis permite observar una primera disociación entre los cuatro supuestos, señalando que los **acuerdos y prácticas concertadas** constituirían convenios, mientras que las **decisiones y recomendaciones** constituirían directivas.

Sobre el particular, una primera aproximación literal a los términos **convenio** y **directiva** permite observar que estas palabras son utilizadas de manera coloquial y no de forma técnica al esbozar en la Exposición de Motivos algunos alcances respecto de los cuatro supuestos

Esta situación se identifica al verificar que los alcances del término **convenio** podría referir a su vez

a la presencia de un acuerdo en ambos supuestos (**acuerdo y práctica concertada**), descartando que la ausencia de prueba directa excluiría la presencia de un acuerdo.

Así, el término **convenio** es definido por el Diccionario de la Lengua Española como un “acuerdo o pacto” (RAE, s.f., Convenio), mientras que el Diccionario del Español Jurídico de la RAE lo define como el “pacto, acuerdo o contrato establecido entre dos o más personas o entidades, con la finalidad de regular una determinada situación o poner punto final a una controversia” (s.f., Convenio).

El escenario descrito se aprecia igualmente en el caso de la definición del término **directiva**, concepto que es descrito por el Diccionario de la Lengua Española como una “instrucción que ha de seguirse” (RAE, s.f., Directiva), aspecto que a pesar de plantearse en los supuestos de **decisión y recomendación** referiría en mayor medida al carácter obligatorio señalado con relación a la decisión.

La lectura literal de los paréntesis vinculados a estos cuatro supuestos resulta igualmente discordante con la jurisprudencia nacional y comparada, la cual llega a excluir estos elementos o los considera únicamente como elementos usualmente utilizados para la acreditación de ciertas prácticas colusorias horizontales.

Muestra de esta situación se observa al contrastar el paréntesis vinculado a la **práctica concertada** con la definición de este concepto desarrollada por el TJUE, la cual descarta en su configuración la celebración de un convenio señalada en la Exposición de Motivos con relación a este concepto:

26. Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una **forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas**<sup>23</sup> (T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, 2009) [el énfasis es nuestro].

De manera semejante, la jurisprudencia de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi permite observar que los alcances de la **recomendación** no se circunscriben a la emisión de directivas por parte de una entidad

<sup>23</sup> Véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 26, y de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 63.

gremial, bastando para su configuración la realización de exhortaciones:

43. Ciertamente, a efectos de encontrarse en el ámbito del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, lo más importante es que cualquier decisión, recomendación u otra actividad de la asociación debe ser capaz de reprimir la competencia entre sus miembros. Por ello, se ha enfatizado que las decisiones o recomendaciones no requieren ser formales ni vinculantes, ni deben ser expresamente aprobadas por los miembros de la asociación para que sean sancionables por las normas de competencia, dado que incluso una exhortación oral puede llevar a responsabilidad si está dirigida a que los miembros la acaten (Resolución 0037-2017/SDC-INDECOPI, 2017).

Por el contrario, las referencias presentes en los cuatro paréntesis correspondientes a **acuerdo**, **decisión**, **recomendación** y **práctica concertada** parecerían indicar las situaciones de usual recurrencia de estos supuestos en la experiencia de la autoridad de competencia, contexto que explicaría el uso coloquial de estos términos.

En ese sentido, la mención en la Exposición de Motivos a la utilización de prueba directa o indirecta en los **acuerdos** y **prácticas concertadas** únicamente correspondería al tipo de medio probatorio utilizado usualmente para la acreditación de ambos supuestos.

Ello se observaría en la posterior jurisprudencia de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, la cual ha permitido la utilización de prueba indirecta en el caso de **acuerdos**<sup>24</sup> y, en aplicación de un símil con la diferenciación de **acuerdos expresos** y **tácitos** existente en la jurisprudencia norteamericana, ha señalado escenarios en los que se suelen utilizar pruebas directas, para los **acuerdos colusorios expresos**, o pruebas indirectas, para las **prácticas concertadas**, sin desconocer la presencia de un acuerdo en ambos supuestos:

92. Así, mientras que los acuerdos colusorios expresos –propriadamente dichos– son demostrados mediante pruebas directas (actas, contratos, correspondencia, grabaciones, filmaciones, testimonios, etc.), las prácticas concertadas son probadas 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 ac-

tuación no puede ser explicada de otra manera sino asumiendo la existencia de un acuerdo (Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, 2013).

A mayor abundamiento, una revisión de las fuentes utilizadas por la Sala Especializada de Defensa de la Competencia en el pronunciamiento citado permite identificar la continua referencia a la utilización de la prueba indirecta o de presunciones para acreditar los distintos tipos de prácticas colusorias horizontales. Ello es reconocido por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia de España:

El artículo 1.1 LDC prohíbe todo “acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional.

De estas prohibiciones, la práctica concertada es aquella conducta anticompetitiva que se deriva de una identidad de comportamientos que no se explican de modo natural por la propia estructura o las condiciones de competencia del mercado y que por esta razón induce a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no pueden ser expresamente probados (1988).

**En los procedimientos en materia de la competencia es frecuente acudir a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción, fundamentalmente, cuando se trata de conductas colusorias. Las empresas que conciertan sus actuaciones no acostumbra a dejar rastro de sus convenios, si bien los resultados de éstos resultan evidentes y de ellos se puede deducir la existencia de un acuerdo, como única explicación plausible (Expediente 426/98, 1999).**

Debido a ello, y a partir de un análisis detallado de la Exposición de Motivos, puede concluirse que la referencia al medio probatorio utilizado (prueba directa o indirecta) únicamente corresponde a una mención al tipo de evidencia que es usualmente utilizado para la acreditación de un **acuerdo** o **práctica concertada**.

#### E. Alcances de la propuesta formulada

A partir de los alcances esbozados se ha logrado constatar que los supuestos previstos por

<sup>24</sup> Ver Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019, Resolución 0171-2019/SDC-INDECOPI del 12 de septiembre de 2019 y Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2019.

el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas corresponden a distintas manifestaciones de una misma infracción administrativa, en concreto, la práctica colusoria horizontal.

Esta conducta, tipificada por el artículo 11, consiste en la coordinación entre dos o más agentes económicos competidores que tiene por objeto o efecto restringir, suprimir o controlar la competencia real o potencial existente entre estos en un mismo nivel de su actividad económica<sup>25</sup>.

La infracción descrita podría concretarse de diversas formas, presentando como manifestación básica o general al **acuerdo**, el cual consiste en la existencia de una voluntad concordante de dos o más partes que, indistintamente a la forma en que se manifiesta, tiene por objeto o efecto restringir la competencia<sup>26</sup>.

De presentarse diversos elementos adicionales en la concreción de la práctica colusoria horizontal esta podría calzar en una de las tres manifestaciones de mayor especificidad señaladas en el artículo 11.1, las **decisiones, recomendaciones y prácticas concertadas**.

La **decisión y recomendación** constituyen las dos variantes de prácticas colusorias horizontales presentadas en el marco de una asociación o entidad gremial, caracterizándose por constituir disposiciones de cumplimiento obligatorio (decisión) o referencial (recomendación) aprobadas en estas entidades con el objeto o efecto de restringir la competencia.

La **práctica concertada** constituye una conducta en la que las partes actúan en el mercado tomando en consideración elementos vinculados al accionar futuro de sus competidores, los cuales son obtenidos de estos sin la celebración previa de un acuerdo anticompetitivo, configurándose recién la confluencia de voluntades con esta actuación consciente.

En ese sentido, la definición de **acuerdo y práctica concertada** esbozada en las secciones precedentes plantea la exclusión de las definiciones

desarrolladas por un sector de la doctrina, el cual considera que la distinción entre ambos conceptos se sustenta en el tipo de prueba utilizada para la demostración de la conducta anticompetitiva, calificándolas como **acuerdo** en caso de utilizarse prueba directa y como **práctica concertada** en caso de utilizarse de indicios y presunciones (prueba indirecta).

El alejamiento de esta postura resulta concordante con la jurisprudencia del TJUE, la cual reconoce en sus pronunciamientos que los **acuerdos** y las **prácticas concertadas** pueden ser acreditados mediante la utilización de prueba indiciaria:

55. Al ser notorias tanto la prohibición de participar en estos acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que pueden exponerse los infractores, es habitual que dichos acuerdos y prácticas se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un país tercero y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo.

56. Aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto ilícito entre los operadores, como las actas de una reunión, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción.

57. **En la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia** (*Aalborg-Portland y otros c. Comisión*, 2004) [énfasis agregado].

De manera semejante, el desarrollo planteado permite considerar la posibilidad de imputar cualquiera de las manifestaciones previstas en el artículo 11.1 como **práctica colusoria horizontal** o **acuerdo**, al resultar distintas manifestaciones de una misma infracción que presenta un supuesto general.

<sup>25</sup> Conforme refieren autores como Brokelmann, los alcances de este concepto implican la necesaria confluencia de voluntades en las distintas prácticas colusorias horizontales:

El hecho de que el art. 81 TCE confiera el mismo trato a «acuerdos» y «prácticas concertadas», pone de manifiesto que el requisito de la concordancia de voluntades —o de la «colusión», como se rotula el art. 1 LDC— es consustancial a ambos conceptos y permite a su vez su distinción del concepto de conducta unilateral, prohibida en el art. 82 TCE únicamente en el caso de que exista al mismo tiempo una posición de dominio (2015, p. 93).

<sup>26</sup> Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 22 de octubre de 2015, *AC-Treuhand c. Comisión*, apartado 28, y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 13 de julio de 2006, *Comisión c. Volkswagen*, apartado 37.

Esta interpretación del artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas como una sola infracción resulta semejante a los criterios asumidos por el TJUE para la aplicación de su tipo infractor de prácticas colusorias horizontales, diferenciándose de la propuesta planteada al presentar, en lugar de un supuesto general (el **acuerdo**), la consideración del estándar de **práctica concertada** como un nivel mínimo de acreditación que podrá ser aplicado incluso en casos calificados previamente como **acuerdos**:

52. Según jurisprudencia reiterada, los conceptos de «acuerdo» y «práctica concertada» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, incluyen, desde un punto de vista subjetivo, formas de colusión que comparten la misma naturaleza y se distinguen solo por su intensidad y por las formas en que se manifiestan (véase, en particular, T - Mobile Netherlands y otros, citado anteriormente, apartado 23 y la jurisprudencia citada). En consecuencia, es suficiente que las pruebas de los elementos constitutivos de cualquiera de estas formas de infracción previstas por dicha disposición se hayan proporcionado para que esta última se aplique en cualquier caso.

53. De ello se deduce que, aun suponiendo que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error al interpretar y aplicar la noción de «acuerdo» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, este supuesto error no podía, por sí solo, conducir a la anulación del sentencia recurrida, ya que, como puede verse en el examen de la segunda parte del primer motivo y, en particular, del apartado 43 de la presente sentencia, en los apartados 101 a 120 de la sentencia recurrida se ha demostrado correctamente que los contactos que tuvieron lugar durante el período inicial podría en cualquier caso clasificarse como “práctica concertada” en el sentido de esa disposición (*Solvay Solexis SpA c. Comisión*, 2013) [traducción libre]<sup>27</sup>.

En ese sentido, a partir del análisis realizado se puede concluir que la propuesta de interpretación

formulada resulta consistente con la jurisprudencia y doctrina a nivel comparado, siendo coherente su aplicación para poder solucionar incongruencias generadas por la aplicación de criterios exógenos a la actuación del agente infractor.

## V. CONCLUSIONES

Las prácticas colusorias horizontales constituyen una de las principales preocupaciones de toda agencia de competencia, debido a la grave afectación que estas generan y a las dificultades presentes en su detección.

En el ordenamiento peruano, las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas en el artículo 11 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, señalando cuatro supuestos en los que se pueden concretar: (i) acuerdos; (ii) decisiones; (iii) recomendaciones; y, (iv) prácticas concertadas.

La imputación de este tipo de infracciones ha resultado recurrente en la última década en los casos seguidos ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, reflejando la importancia de la proscripción de esta conducta en nuestro ordenamiento.

A pesar de esto, la normativa y jurisprudencia en el Perú no se ha detenido a abordar de manera detallada la interrelación existente entre los supuestos de prácticas colusorias horizontales señalados en el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, solamente limitando su análisis teórico a constatar aspectos como la aplicación de la prohibición absoluta a las recomendaciones y decisiones.

En el marco de esta situación, a lo largo de los últimos años se ha formulado la existencia de problemas de tipificación en las imputaciones realizadas por prácticas colusorias horizontales, resaltando la pretensión de declarar nulo el procedimiento en caso la infracción finalmente constatada pase de considerarse un **acuerdo** a una **práctica concertada**.

<sup>27</sup> Véase la versión original en italiano:

52. Secondo una giurisprudenza costante, le nozioni di «accordo» e di «pratica concordata», ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, comprendono, dal punto di vista soggettivo, forme di collusione che condividono la stessa natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme con cui si manifestano (v., segnatamente, sentenza T-Mobile Netherlands e a., cit., punto 23 e giurisprudenza ivi citata). Di conseguenza, basta che la prova degli elementi costitutivi dell'una o dell'altra di queste forme di infrazione previste da detta disposizione sia stata fornita affinché quest'ultima comunque si applichi.

53. Da ciò discende che, anche ipotizzando che il Tribunale abbia commesso un errore interpretando e applicando la nozione di «accordo» ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, questo presunto errore non potrebbe condurre, da solo, all'annullamento della sentenza impugnata dal momento che, come si evince dall'esame della seconda parte del primo motivo e, in particolare, dal punto 43 della presente sentenza, nei punti da 101 a 120 della sentenza impugnata è stato correttamente dimostrato che i contatti avvenuti nel corso del periodo iniziale potevano essere comunque qualificati come «pratica concordata» ai sensi di detta disposizione.

El planteamiento descrito tendría como sustento la posición de un sector de la doctrina nacional que distingue a los **acuerdos y práctica concertada** por el tipo de prueba utilizada para la demostración de la conducta anticompetitiva, calificándolas como **acuerdo** en caso de utilizarse prueba directa y como **práctica concertada** en caso de utilizarse indicios y presunciones (prueba indirecta).

No obstante ello, a partir de un análisis detallado de los conceptos de acuerdo, decisión, recomendación y práctica concertada, a la luz de la jurisprudencia del TJUE y la doctrina comparada, es posible identificar de manera clara los alcances e interrelación existente entre estos cuatro conceptos, identificándose que estos corresponden a distintas manifestaciones de una misma infracción.

Esta infracción, es decir, la práctica colusoria horizontal, presentaría como supuesto base o general al **acuerdo**, siendo las manifestaciones restantes supuestos específicos de mayor concreción que se presentan al identificarse elementos adicionales que resultan particulares a estas variantes.

Es así como la **decisión y recomendación** constituyen variantes de prácticas colusorias horizontales presentadas en el marco de una asociación o entidad gremial, caracterizándose por constituir disposiciones de obligatorio (decisión) o referencial (recomendación) cumplimiento.

A diferencia de ello, la **práctica concertada** constituye una variante en la que la ejecución de la conducta anticompetitiva es a su vez un componente de la configuración del concierto de voluntades, no requiriendo la existencia del acuerdo con anterioridad a esta actuación.

Esta interpretación, consistente con la jurisprudencia del TJUE y la doctrina comparada, permite descartar la diferenciación de los conceptos de **acuerdo y práctica concertada** a partir del tipo de prueba utilizado, así como las alegaciones con relación a los presuntos vicios de nulidad que generaría que en el marco de un procedimiento sancionador se varíe de los alcances del concepto de **acuerdo** a los de una práctica concertada, situaciones ya superadas por este tribunal. 

## REFERENCIAS

ABA Section of Antitrust Law (2010). *Proof of Conspiracy Under Federal Antitrust Laws*. American Bar Association.

Alonso Soto, R. (2009). Acuerdos, Decisiones y Otras Conductas Explícitas. En Martínez Lage, S. & Petitbo Juan, A (dirs.), *Los acuerdos Ho-*

*rizontales entre empresas* (pp. 65-85). Marcial Pons. [https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-04\\_Acuerdos\\_decisiones\\_otras\\_conductas\\_explicitas-Alonso.pdf](https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-04_Acuerdos_decisiones_otras_conductas_explicitas-Alonso.pdf).

Brokelmann, H. (2009). Prácticas concertadas y conscientemente paralelas. En Martínez Lage, S. & Petitbo Juan A (dirs.), *Los acuerdos Horizontales entre empresas* (pp. 87-114). Marcial Pons. [https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-05\\_Practicas\\_concertadas\\_concientemente\\_paralelas-Brokelmann.pdf](https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-05_Practicas_concertadas_concientemente_paralelas-Brokelmann.pdf).

Deza Sandoval, T. (2009). Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, (9), 31-62.

Diez Canseco, L., & Fernández, D. (2013). *Modulo Derecho de la Libre Competencia*. Academia de la Magistratura.

Gellhorn, E., Kovacic, W., & Calkins, S. (2008). *Derecho y Economía de la Competencia*. Casals & Associates.

Monti, G. (2007). *EC Competition Law*. Cambridge University Press.

Quintana Sánchez, E. (2008). Tratamiento de la Colusión Tácita en el Perú: Marchas y Contramarchas. *Revista de Derecho de la Competencia*, (4), 119-189.

(2011). Prácticas Concertadas entre Competidores y Estándar de Prueba Requerido. *Revista de Derecho Administrativo*, 10(I), 16-45.

(2013). *Libre Competencia: Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutorios*. Indecopi.

(2015). Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana. *Ius et Veritas*, (51), 46 - 63.

Real Academia Española. (s.f.). Convenio. En Diccionario de lengua española. <https://dle.rae.es/convenio?m=form>.

(s.f.). Convenio. En Diccionario del Español Jurídico. <https://dej.rae.es/lema/convenio>.

(s.f.). Directiva. En Diccionario de lengua española. <https://dle.rae.es/directivo#Dr0oRwT>.

(s.f.). Práctica Colusoria. En Diccionario del español jurídico. <https://dej.rae.es/lema/pr%C3%A1ctica-colusoria>.

(s.f.). Práctica Concertada. En Diccionario del español jurídico. <https://dej.rae.es/lema/pr%C3%A1ctica-concertada>.

### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Case C-48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comm'n., 1972 E.C.R. 619

Case C-45/85, Verband Der Sachversicherer v. Comm'n., 1987 E.C.R. 405

Case C-309/99, Wouters y otros, 2002 I-01577

Case C-204/00, Aalborg Portland y otros v. Comm'n., 2004 I-00123

Case C-74/04 P, Comm'n v. Volkswagen, 2006 I-06585

Case C-8/08, T-Mobile Netherlands y otros, 2009 I-04529

Case C-449/11 P, Solvay Solexis SpA v. Comm'n., 2013

Case C-382/12 P, MasterCard Inc. y otros v. Comm'n., 2014

Case C-194/14P, AC-Treuhand v. Comm'n., 2015

Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de febrero de 2019 (Perú).

Decreto 2153 de 1992, Decreto por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial, 31 de diciembre de 1992 (Col.).

Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Interstate, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 15 de julio de 2013, Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 23 de enero de 2017, Resolución 0037-2017/SDC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 22 de agosto de 2017, Resolución 0508-2017/SDC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 26 de agosto de 2019, Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 12 de septiembre de 2019, Resolución 0171-2019/SDC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 10 de diciembre de 2019, Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI (Perú).

Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, Informe 020-2004-INDECOPI/ST-CLC (Perú).

Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 31 de diciembre de 2018, Resolución 0104-2018/CLC-INDECOPI (Perú).

Tribunal de Defensa de la Competencia de España, 15 de abril de 1999, Resolución recaída en el Expediente 426/98 (Esp.).

Tribunal de Defensa de la Competencia de España, 7 de abril de 2000, Resolución recaída en el Expediente 472/99 (Esp.).