

# ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA Y COLUSIÓN TÁCITA: ¿INFRACCIONES SIN CONTENIDO REAL?\*

Eduardo Quintana Sánchez\*\*

*¿En qué consisten el abuso de posición de dominio conjunta y la colusión tácita? ¿Son conceptos equivalentes? ¿Son sancionables dichas prácticas bajo el Decreto Legislativo 701? ¿En qué supuestos?*

*En este interesante y extenso artículo, el autor, a través del análisis de jurisprudencia nacional y de la Comunidad Europea, absuelve las inquietudes planteadas, entre otras. Creemos que el presente trabajo será de gran utilidad, tanto en el ámbito académico, como en la resolución de casos futuros que involucren estas materias.*

\* Agradezco los comentarios de Martha Martínez al presente trabajo, así como la colaboración de Lucía Villarán en la elaboración del mismo, en especial en la revisión de la jurisprudencia nacional y extranjera. Los errores que hubieran quedan de mi parte.

\*\* Profesor de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de las políticas de competencia se ha asumido usualmente que los oligopolios conllevan un riesgo inherente de colusión entre empresas rivales. Ello parte de la idea tradicional de que a menor número de empresas menores costos de transacción para que se pongan de acuerdo en no competir. Esta presunción viene siendo discutida por corrientes económicas más recientes, derivadas de los conceptos de la teoría de juegos, que proponen que el oligopolio también puede generar resultados similares a los de competencia, pese a que las empresas participantes en el mercado no se enfrenten activamente.

Esas corrientes plantean que el comportamiento oligopólico sigue una lógica en que cada empresa maximiza su beneficio considerando cómo podrían actuar sus rivales, de manera que su comportamiento es interdependiente. Partiendo de tal premisa, algunos oligopolios no permiten que sus miembros entren en esquemas de colusión y producen resultados similares a los de competencia, esto es, que las empresas fijen precios menores. No obstante, también se reconoce que, en otros casos, el oligopolio puede ocasionar que los competidores actúen coordinadamente y produzcan resultados similares a los de situaciones de monopolio, es decir, que fijen precios por encima del nivel competitivo. Dentro de este segundo grupo, se distingue entre colusión explícita y lo que se ha venido a denominar colusión tácita.

La colusión explícita se produce cuando las empresas miembros de un oligopolio tienen comunicación o contacto efectivo entre ellas que les permita coordinar su comportamiento a fin de dejar de competir. En términos legales este comportamiento se califica como acuerdos o prácticas concertadas y se denomina genéricamente como carteles. La colusión tácita supone que las empresas pueden ajustar su comportamiento al de sus rivales sin necesidad de contacto ni comunicación directa entre ellas. Esto es posible debido a que las particulares condiciones del mercado en cuestión les permiten detectar oportunamente la desviación del comportamiento esperado y, además, hacen creíble que se aplicarán medidas de represalia frente a cualquier desviación. En cuanto a la respuesta legal para este comportamiento, se argumenta que el mismo no debería ser sancionado, por ser la conducta racional y esperable en mercados de esa naturaleza.

En el ámbito jurídico existe un nutrido debate sobre las características de la colusión tácita, sus

consecuencias en el mercado y los eventuales remedios legales que podrían servir para hacerle frente. En la Comunidad Europea se ha discutido acaloradamente si las normas de control de conductas –prohibiciones de acuerdos y prácticas concertadas o de actos de abuso de posición de dominio– o las de control de concentraciones empresariales, son mecanismos idóneos para enfrentar la colusión tácita. En particular, se ha buscado lidiar con la colusión tácita a través del concepto de posición de dominio conjunta, partiendo del texto de las normas que señalan que una posición de dominio puede ser ostentada por una o más empresas en el mercado. En este punto, el debate se ha centrado en examinar la licitud de la colusión tácita –o de la posición de dominio conjunta– y, por ende, en definir si corresponde actuar *ex-post* bajo el supuesto de que es una infracción sancionable o, más bien, utilizar mecanismos de prevención.

En el Perú aún no se ha planteado esta discusión en el campo académico, pese a que existen interesantes pronunciamientos de las instancias correspondientes sobre la materia. Estos pronunciamientos reproducen en cierta medida parte del debate ocurrido en la Comunidad Europea. En particular, en lo referido al uso del concepto de posición de dominio conjunta como correlato de la colusión tácita y a la legalidad de esta figura, dado que la ley peruana también prohíbe los actos de abuso de posición de dominio llevados a cabo por una o más empresas.

Este trabajo busca exponer las dificultades que la colusión tácita plantea para las políticas de competencia y luego discutir críticamente la forma más idónea de enfrentar los resultados que dicha figura puede ocasionar en el mercado. Para ello se describen brevemente las ideas económicas que explican el fenómeno de la colusión tácita. Luego, se analiza con detalle la evolución de la figura de la colusión tácita a la luz de la principal jurisprudencia que ha emitido la Comunidad Europea, poniendo especial énfasis en el desarrollo de su relación con el concepto de posición de dominio conjunta. Asimismo, se estudia las líneas argumentales de la jurisprudencia peruana en la materia, indicando sus semejanzas o diferencias con la experiencia europea, así como los riesgos derivados de asumir una posición errada al respecto. Finalmente, se plantean algunas consideraciones finales sobre los derroteros que podría seguir la figura de la colusión tácita y aquella del abuso de posición de dominio conjunta, evaluando si efectivamente constituyen infracciones a las normas de libre competencia.

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

El análisis de políticas de competencia utiliza los modelos de competencia perfecta y de monopolio como paradigmas teóricos para comparar los resultados que arrojan las distintas estructuras de mercado existentes. Bajo la competencia perfecta las firmas son demasiado pequeñas para preocuparse por el poder relativo de sus rivales y saben que no pueden afectar el precio de mercado. El monopolio no enfrenta competencia, por lo que no tiene que preocuparse por los rivales.

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

Tradicionalmente se ha considerado que cuanto más reducido es el número de empresas habrá menor competencia, y viceversa. En tal virtud, se asume que los oligopolios llevan consigo casi naturalmente el riesgo de colusión entre empresas rivales, ya que cuanto menos son éstas mayor posibilidad tienen de ponerse de acuerdo para no competir. Así, la colusión implica un comportamiento

coordinado entre los rivales, que es consecuencia de haber decidido no competir y de aprovechar el poder de mercado que logran como conjunto para fijar condiciones de venta iguales o muy similares, impidiendo que los clientes puedan elegir entre distintas alternativas. El resultado de este comportamiento es parecido al que arrojaría una situación de monopolio. Lo importante para efectos del presente artículo es que las políticas de competencia parten del supuesto de que los mercados con características de oligopolio ofrecen mayores oportunidades para tales prácticas, asumiendo que el menor número de empresas reduce los costos de transacción para que los competidores se pongan de acuerdo<sup>2</sup>.

Sin embargo, el oligopolio también puede dar lugar a un resultado similar al de competencia, pese a que las empresas participantes en el mercado no se enfrenten activamente. En efecto, la teoría de juegos muestra que un oligopolio puede producir un resultado similar a aquel en que hay varias empresas compitiendo agresivamente en el mercado. Esto indica que no es correcto presumir que el resultado del oligopolio siempre será la colusión.

Basándose en el denominado equilibrio de Nash<sup>3</sup>, la teoría de juegos no cooperativos plantea el siguiente escenario bajo la lógica del "dilema del prisionero"<sup>4</sup>. Las empresas A y B, que conforman un oligopolio, deben decidir si fijan un precio alto o bajo. En la siguiente matriz de pagos se muestran los resultados que podrían arrojar sus decisiones, identificándose los beneficios que obtendrían o las pérdidas que sufrirían en cada caso según la decisión que adoptaran.

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

Equilibrio de Nash ("competencia")

<sup>1</sup> Esta sección se sustenta en los planteamientos de: BISHOP, Simon y Mike WALKER. "Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement". Londres: Sweet and Maxwell. 1999. pp. 22-27 y 79-86. BRIONES, Juan. "Oligopolistic Dominance: Is there a Common Approach in Different Jurisdictions? A review of Decisions Adopted by the Commission under the Merger Regulation". En: European Competition Law Review 6. 1995. pp. 342-347. IVALDI, Marc; JULLIEN, Bruno; REY, Patrick; SEABRIGHT, Paul y Jean TIROLE. "The Economics of Tacit Collusion. Final Report for DG Competition". European Commission. 2003. pp. 11-57. MOTTA, Massimo. "Competition Policy. Theory and Practice". Nueva York: Cambridge University Press. 2004. pp. 137-156. NIELS, Gunnar. "Collective Dominance: More than just Oligopolistic Interdependence". En: European Competition Law Review 5. 2001. pp. 168-172. PHILIPS, Louis. "Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective". Glasgow: Cambridge University Press. 1995. pp. 1-20. STROUX, Sigfrid. "Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?". En: World Competition 23. 2000. pp. 7-13.

<sup>2</sup> Louis Philips plantea en los siguientes términos los supuestos usuales de las políticas de competencia: "(...) la presunción implícita parece ser que el único equilibrio oligopólico concebible es la colusión. Si los precios no se mueven, debe haber un equilibrio colusivo. Si los precios se mueven simultáneamente o casi simultáneamente, esto debe ser un movimiento de un equilibrio colusivo a otro. Si una empresa cambia su precio y las demás la siguen inmediatamente o casi inmediatamente, esto debe interpretarse como una reacción defensiva para mantener las cuotas de mercado acordadas. Consecuentemente, la competencia entre oligopolistas sólo es posible a través de (lo que los teóricos de los juegos llaman) hacer trampa. Por ello la trampa debe ser incentivada por todos los medios y el mejor incentivo es crear o mantener información imperfecta entre los competidores" (traducción libre). PHILIPS, Louis. Op. Cit. p. 10.

<sup>3</sup> En términos muy simplificados, el equilibrio de Nash supone que cada empresa actúa en el mercado de modo que maximiza sus ganancias tomando como dado el comportamiento de las demás empresas, de modo que ninguna de ellas considera beneficioso actuar de otra manera, considerando la forma en que las otras se comportarán.

<sup>4</sup> La concepción del dilema del prisionero parte de la idea de dos detenidos interrogados separadamente, que se encuentran ante la disyuntiva de confesar el crimen o guardar silencio, tomando en cuenta lo que el otro podría hacer. Si uno de ellos confiesa, estaría delatando al otro, mientras que si ambos guardan silencio podrían tener una opción de quedar libres si no hay otras pruebas que los incriminen. Este dilema se traslada al comportamiento de las empresas que conforman un oligopolio y a las decisiones que pudieran adoptar.

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

El ejercicio anterior explica la interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio y muestra que pese a que las empresas preferirían cobrar un precio elevado, la incertidumbre de que una de ellas no fije su precio en ese nivel las lleva a cobrar un precio bajo para evitar el riesgo de quedarse sin ganancias. De esta forma, un oligopolio puede dar lugar a los mismos resultados que se producirían bajo una situación de competencia agresiva entre un gran número de empresas rivales, aun cuando los miembros del oligopolio no parezcan competir activamente. Así, no competir agresivamente deja de ser consecuencia de una estrategia colusiva y se convierte en parte de una lógica en que cada empresa maximiza su beneficio considerando cómo podrían actuar sus rivales.

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

## 2.1. Colusión explícita y colusión tácita

Los tres principales elementos para hacer sostenible y creíble un esquema de colusión entre competidores, son que estos últimos: (i) tengan acceso a información sobre las condiciones de venta que aplicarán los demás (cantidades, precios, etcétera); (ii) puedan determinar si dichas condiciones de venta se aplicaron efectivamente en los hechos; y (iii) cuenten con algún mecanismo de “sanción” frente a aquellos que pretenden desviarse del comportamiento pactado o esperado<sup>5</sup>.

Los dos primeros elementos permiten que los participantes decidan su estrategia comercial acorde con lo pactado o esperado, e identifiquen si alguno de ellos “hace trampa” aplicando condiciones distintas. El tercer elemento sirve como amenaza para que todos respeten las condiciones pactadas o las que se esperaba que apliquen, garantizándose así que las mismas den resultados beneficiosos para todos<sup>6</sup>.

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

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

Ahora bien, al momento de explicar los resultados del oligopolio bajo la lógica del dilema del prisionero se

<sup>5</sup> Los acuerdos entre competidores generan incentivos para que sus miembros se desvíen de lo pactado, debido a que hacer trampa siempre sería una opción atractiva. Considérese, por ejemplo, que en una industria compiten cuatro empresas, el precio se fija en \$/. 6,00 y la producción total es de 18.000 unidades. Las empresas acuerdan que cada una producirá solamente 3.500 unidades –pese a que tienen capacidad instalada para producir más– de modo que restringirán la oferta en 4.000 unidades para fijar un precio de \$/. 10,00 por unidad. Si una de ellas hace trampa y veladamente ofrece un precio de \$/. 8,00 incrementaría notoriamente su nivel de ventas a costa de las demás empresas. Supóngase que dicha empresa llega a vender 12.000 unidades: 3.500 que le correspondían según el acuerdo; 6.500 que compraron los clientes de los otros miembros del acuerdo, atraídos por el menor precio; y 2.000 que compraron algunos de los clientes que habrían dejado de ser atendidos como consecuencia de la supuesta reducción de la oferta en 4.000 unidades. De este modo, la empresa que incumplió el acuerdo tendría ingresos de \$/. 96.000 mientras que bajo el acuerdo solamente hubiera recibido \$/. 35.000. De otro lado, las otras tres empresas que cumplieron estrictamente lo pactado, produciendo únicamente 3.500 unidades cada una y ofreciéndolas a \$/. 10,00, solamente llegarían a vender 4.000 unidades, perdiendo más del 60% de los ingresos que les habría correspondido según el acuerdo y quedándose con un stock de 6.500 unidades.

<sup>6</sup> Si no existe forma de identificar quién incumple lo pactado ni se cuenta con un mecanismo creíble de castigo, la posibilidad de éxito de cualquier acuerdo se diluye, pues los incentivos para hacer trampa y los beneficios esperados de incumplir siempre serán mayores que el riesgo de ser detectado y sancionado. Por ello, los mecanismos de represalia deben constituir una amenaza suficiente para disuadir a aquellos miembros que podrían verse tentados a hacer trampa. Así, por ejemplo, bajo un esquema de colusión por el que las empresas se reparten el mercado geográficamente o por clientes, de modo que ninguna entra en la zona o en el segmento de las otras, el riesgo de que todas entren a competir solamente en la zona o el segmento de aquel que incumplió con la asignación pactada, puede resultar un mecanismo de represalia muy convincente y disuasivo.

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

La respuesta es afirmativa. En efecto, el ejercicio con la matriz de pagos antes mencionada considera que la toma de decisiones se da una sola vez, como si las empresas solo se enfrentaran una vez en el mercado y únicamente en ese momento definirían su estrategia de precios. Sin embargo, en los hechos, las empresas se encuentran repetidamente en el mercado y cada vez deben adoptar esas decisiones. Así, consecutivamente pueden ocurrir desvíos, su castigo y, luego, el perdón, de manera que aquel que se desvía sufre el castigo de los otros oligopolistas y luego estos tienen la opción de perdonarlo y tratar de volver al arreglo implícito que se incumplió.

Para que lo anterior pueda suceder, se requiere que la estructura y características del mercado en cuestión permitan la presencia de los tres elementos antes señalados, sin que haya comunicación o contacto efectivo entre las empresas. Esto es, que los flujos de información sean suficientes para anticipar el comportamiento del rival y para identificar si se comportó según lo esperado, y que exista la amenaza de represalia para los que pretendan desviarse del comportamiento esperado, sin necesidad de que las empresas se pongan de acuerdo para ello.

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

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

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

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

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

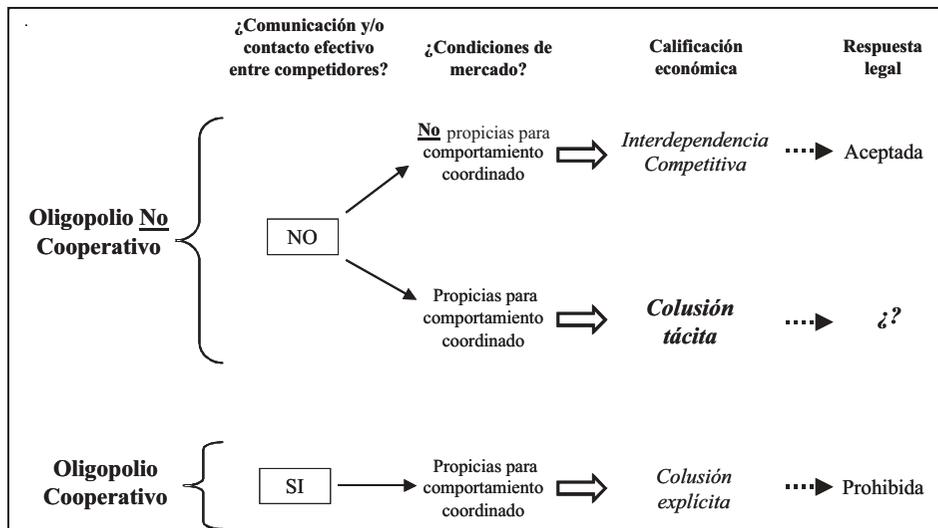
*Colusión tacita*

En virtud de lo anterior, cuando las empresas pueden ajustar su comportamiento al de los rivales sin necesidad de contacto ni comunicación directa entre ellas, se habla de un **comportamiento oligopólico no cooperativo** que produce la denominada **colusión tácita**. A diferencia de la colusión explícita, la colusión tácita se sustenta únicamente en que el mercado por sí mismo permite detectar oportunamente la desviación del comportamiento esperado y hace creíble que se aplicarán medidas de castigo frente a cualquier desviación.

Aceptando que los oligopolios no cooperativos pueden dar lugar a colusión tácita, la interrogante que queda es cómo escogen los miembros del oligopolio el precio elevado que les conviene. La ausencia de comunicación o contacto entre ellos hace más complicada la coordinación de comportamientos para elegir el precio a cobrar. En efecto, utilizar las señales de mercado para indicar la intención de coordinar un precio colusivo no solo puede ser complicado, sino también costoso.

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

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



## 2.2. Características de mercado propicias para la colusión tácita

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

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

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

### 2.2.1. Factores estructurales del mercado

Las características estructurales del mercado pueden ser más o menos propicias para que se produzca una

colusión tácita. Son diversos los factores que inciden en ello, como por ejemplo:

- Barreras de acceso al mercado. Si el resultado de la colusión tácita es que se eleven los precios, esta situación podría atraer a nuevos agentes que advierten la posibilidad de beneficiarse ofreciendo precios menores en el mercado en cuestión, lo cual podría poner en riesgo el esquema de colusión. Por ello, si es difícil que ingresen nuevos actores al mercado por las barreras de acceso existentes, los participantes en la colusión tendrán mayor garantía de que no habrán rivales que perturben el arreglo implícito al que se ha llegado.
- Concentración del mercado y simetría entre las empresas. Si el mercado se encuentra concentrado y las empresas son simétricas en términos de capacidad de producción, costos, variedad de productos y cuotas de mercado, habrá mayor probabilidad de coordinación entre ellas.
- Naturaleza del producto y estabilidad del mercado. Si el producto es homogéneo (es decir, no existen muchos elementos de diferenciación, tales como marcas u otros, que generen fidelidad del cliente) y se trata de un mercado maduro en que no hay mucho lugar para mayores desarrollos o innovación constante, los incentivos para que los agentes compitan se reducen y ello permite que las empresas ajusten su comportamiento entre sí.
- Poder de los compradores. Los compradores de gran importancia pueden hacer uso de su poder de negociación para promover competencia entre las empresas, por ejemplo, concentrando sus compras en una sola de ellas de modo que las otras traten de ganar su preferencia. Inclusive, ese tipo de compradores puede tentar a alguna de las empresas a integrarse con ellos si es que prevén que éstas pueden entrar en un esquema de colusión tácita. En tal sentido, es más probable que la colusión tácita pueda mantenerse si los compradores no son poderosos.

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

## 2.2.2. Transparencia de precios e información

Cuando las transacciones en el mercado se realizan de modo que no se hacen públicos los términos de

contratación o las negociaciones previas, las empresas pueden modificar su comportamiento sin que sus rivales lo adviertan muy fácilmente. Por ejemplo, pueden decidir un incremento de la producción frente a los requerimientos de un cliente de importancia o el otorgamiento de descuentos frente a pedidos por mayor volumen de lo esperado. Así, cuanto menos observables sean las condiciones de venta aplicadas por las empresas, más difícil es que las empresas ajusten su comportamiento al de las demás sin contacto o comunicación directa entre ellas.

Por tal motivo, entre los principales elementos que posibilitan la colusión tácita se encuentra la transparencia del mercado, que permite inferir a los participantes cuál será el comportamiento de sus rivales. Si la observación del mercado y su evolución permite identificar el comportamiento de los agentes y monitorear si tiene cambios bruscos o inesperados, es más fácil que las empresas ajusten su comportamiento entre ellas y lleguen a un arreglo implícito. La existencia de flujos de información adecuados sobre precios, volúmenes de venta, tendencias del mercado, etcétera, permite definir a cada actor, por ejemplo, si mantiene los precios vigentes o si introduce alguna modificación en los mismos para mantener el equilibrio con los demás participantes. Asimismo, esa información permite detectar si alguno de los participantes está actuando fuera de lo esperado, a fin de aplicar a tiempo las medidas de represalia correspondientes.

La transparencia no supone únicamente que las condiciones comerciales aplicadas sean observables por los competidores, sino que lo sean con suficiente detalle y oportunamente, a efectos de que cada uno de ellos adopte las decisiones correctas sobre el precio a cobrar o las cantidades a producir. El nivel de desagregación es relevante en la medida que permite evaluar mejor las tendencias del mercado y las condiciones aplicadas por el competidor en cada transacción. Así, por ejemplo, es bastante más complicado identificar el precio unitario de venta de los demás competidores si la única información que fluye está consolidada y agrupada en rubros muy amplios. De otro lado, el momento en que se accede a la información en referencia podría resultar decisivo para que un esquema de colusión tácita funcione. Si usualmente la información se obtiene con retraso, el ajuste mutuo del comportamiento de las empresas podría fracasar<sup>7</sup>.

Finalmente, debe señalarse que aun si existiese suficiente transparencia en el mercado, las condiciones estructurales del mismo podrían no ser propicias para

<sup>7</sup> Considérese, por ejemplo, la información que suelen publicar las asociaciones de comercio sobre precios, cantidades producidas, niveles de capacidad y otros aspectos de la industria. Aún cuando dicha información tenga el detalle suficiente, si existe un retraso considerable entre la publicación y el momento efectivo en que se realizaron las transacciones a las que dicha información se refiere, ésta podría dejar de ser útil para sostener un esquema de colusión tácita.

que las empresas acomoden implícitamente su accionar y, más bien, generen incertidumbre sobre la evolución del mercado impulsándolas así a competir.

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

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

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

#### 3.1. Prohibición de acuerdos y prácticas concertadas entre competidores (artículo 81)

El primer ámbito en que la Comunidad Europea debatió la aplicación de las normas de libre competencia frente al comportamiento oligopólico no cooperativo o colusión tácita fue el de la prohibición de acuerdos y prácticas concertadas prevista por el artículo 81 del Tratado de Roma (previamente artículo 85)<sup>8</sup>.

Como ya se ha señalado, la colusión tácita parte del supuesto de que los competidores asumen una línea común de acción sin que exista comunicación o contacto efectivo entre ellos. En términos legales, y particularmente en materia de prueba de acuerdos o prácticas concertadas entre competidores, el comportamiento similar entre las empresas del mercado, ya sea en cuanto al establecimiento de precios u otras condiciones así como a la modificación de las mismas en el tiempo, suele denominarse paralelismo de conductas. La interrogante era entonces si el paralelismo de conductas –entendido como colusión tácita– podía considerarse prueba suficiente para identificar, y eventualmente sancionar, una práctica concertada.

##### 3.1.1. Dyestuffs

El primer caso de importancia en que se trató esta materia fue el cartel de los colorantes (conocido como el caso *Dyestuffs*). La Comisión Europea sancionó por concertación a diez empresas productoras de tinte de anilino que habían venido elevando consecutiva y uniformemente sus precios hasta en tres oportunidades en distintos países de la Comunidad Europea. El Tribunal Europeo de Justicia confirmó esta decisión considerando que el número de productores indicaba que no se trataba de un mercado oligopólico, por lo que era de esperar que hubiera competencia en el mercado. Por ello, resultaba inexplicable que todos los productores hubieran incrementado sus precios en un período de solo dos o tres días, sin que ello fuera consecuencia de una concertación previa. Más aún, cuando el anuncio anticipado de los incrementos eliminaba la incertidumbre entre los competidores acerca del precio que se aplicaría en el futuro<sup>9</sup>.

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

<sup>8</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. (En adelante, el “Tratado de Roma”). **Artículo 81.** “Se encuentran prohibidos y son incompatibles con el mercado común todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados Miembros y que tengan como objetivo o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia dentro del mercado común. En particular aquellas que: a) fijen directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones; b) limiten o controlen la producción, los mercados, el progreso técnico o la inversión; c) repartan mercados o fuentes de suministro; (...)”.

<sup>9</sup> *ICI versus Commission*. Casos 48, 49, 51-57/69. 1972.

a aplicar, sino también las fechas en que se pretendían anunciar los incrementos<sup>10</sup>.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Europeo de Justicia señaló que “el comportamiento paralelo no debería identificarse por sí mismo como una práctica concertada”, aunque el mismo podría ofrecer “una fuerte evidencia de tal práctica si lleva a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, considerando la naturaleza de los productos, el tamaño y número de empresas, y el volumen del mercado en cuestión” (traducción libre)<sup>11</sup>.

En casos posteriores, el Tribunal Europeo de Justicia señaló que en ausencia de pruebas sobre contacto directo o indirecto entre los competidores, estos podían adaptar su conducta como una respuesta inteligente frente al comportamiento de sus rivales, sin que ello fuera una infracción al artículo 81 del Tratado de Roma<sup>12</sup>. Con esto, se admitía la validez del denominado comportamiento “líder-seguidor”, pues el Tribunal aceptaba que en determinados mercados podía existir una suerte de liderazgo “barométrico” en la aplicación de precios.

### 3.1.2. Wood Pulp

No obstante, el caso del cartel de la pulpa de madera (conocido como el caso *Wood Pulp*) es el que sentó el precedente más importante en esta materia. La Comisión Europea concluyó que 43 productores de sulfato de pulpa de madera de Canadá, Estados Unidos y Finlandia habían incurrido en concertación de precios. Según la Comisión, el mercado no era oligopólico pues habían muchas empresas y la transparencia existente había sido creada artificialmente por las ellas a través de una política de intercambio de información basada en el anuncio de precios por adelantado.

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

Según el Tribunal, la política de anuncio trimestral de los precios no eliminaba la incertidumbre entre los productores sobre los precios que efectivamente aplicarían sus rivales y, de otro lado, existían

explicaciones alternativas para el paralelismo encontrado en el anuncio de precios. En cuanto a la transparencia del mercado, se determinó que la información se encontraba disponible sin mayor restricción porque los mismos compradores se comunicaban entre ellos los precios existentes y, además, algunos agentes de venta actuaban en nombre de varios productores por lo que contaban con los precios de todos ellos y podían compararlos. Asimismo, se concluyó que, pese al número de empresas involucradas, el mercado sí presentaba características de un oligopolio. La argumentación del Tribunal fue la siguiente:

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

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

(...)

126. Siguiendo ese análisis, debe señalarse que, en este caso, la concertación no es la única explicación posible para la conducta paralela. Para empezar, el sistema de anuncio de precios puede entenderse como una respuesta racional frente al hecho de que el mercado de pulpa constituye un mercado de largo plazo y a la necesidad de limitar los riesgos comerciales tanto para los compradores como para los vendedores. Adicionalmente, la similitud de las fechas de anuncios de precios puede ser el resultado del alto grado de transparencia del mercado, el mismo que no puede describirse como artificial. Finalmente, el paralelismo de precios y de tendencias de precios puede ser satisfactoriamente explicado por las tendencias

<sup>10</sup> Autores citados y luego refutados por JONES, Alison y Brenda SUFRIN. “EC Competition Law: Text, Cases and Materials”. Gran Bretaña: Oxford University Press. 2004. pp. 819-820.

<sup>11</sup> *ICI versus Commission*. Casos 48, 49, 51-57/69. 1972. Párrafo 66.

<sup>12</sup> *Suiker Unie UA versus Commission*. Casos 40-48, 50, 54-56, 111 y 113-114/73. 1975. Párrafo 174. *Zuchner versus Bayerische Vereinsbank*. Caso 172/80. 1981. Párrafo 14.

oligopólicas del mercado y por las circunstancias específicas prevalecientes en ciertos períodos. Consecuentemente, el paralelismo de conductas encontrado por la Comisión no constituye evidencia de concertación" (traducción libre)<sup>13</sup>.

Como se advierte, esta sentencia redujo casi totalmente la posibilidad de que el mero paralelismo de conductas –o la colusión tácita– constituya prueba suficiente de una práctica concertada, requiriéndose siempre algún tipo de intercambio de información entre las empresas o, al menos, reciprocidad en la comunicación de condiciones de venta entre ellas<sup>14</sup>.

Cabe mencionar que el Tribunal Europeo de Justicia dejó abierta la posibilidad de que el paralelismo de conductas constituyera prueba de una práctica concertada en aquellos casos en que no hubiera explicación alternativa plausible para ese comportamiento, salvo la existencia de una concertación previa. No obstante, siendo la regla en la Comunidad Europea que las empresas pueden adaptar inteligentemente su comportamiento en función al de sus rivales si pueden anticipar oportunamente cuál será su conducta, parece muy poco probable que la única explicación del paralelismo pueda ser una concertación<sup>15</sup>. En todo caso, si se pretendiera sostener que existe una concertación basándose únicamente en evidencia económica relacionada con el paralelismo de conductas, la carga de la prueba resultaría sumamente elevada y recaería en la autoridad de defensa de la competencia<sup>16</sup>.

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

## 3.2. Prohibición de actos de abuso de posición de dominio conjunta (artículo 82)

Un segundo ámbito en que se ha estudiado si corresponde aplicar las normas de libre competencia comunitarias para enfrentar la colusión tácita ha sido aquel correspondiente a la prohibición de actos de abuso de posición de dominio contemplada por el artículo 82 del Tratado de Roma (previamente artículo 86)<sup>17</sup>.

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

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

Sin embargo, posteriormente, fue una concepción más amplia la que prevaleció. Según ella, empresas competidoras independientes, tanto legal como económicamente, podían configurar una posición de dominio conjunta<sup>18</sup>.

### 3.2.1. Italian Flat Glass

El caso en que se deja de lado la concepción restringida antes mencionada y se opta por una visión más amplia

<sup>13</sup> *Ahlstrom OY and others versus Commission*. Casos C 89, 104, 114, 116-117 y 125-129/85. 1993. Párrafos 70, 71 y 126.

<sup>14</sup> JONES, Alison. "Wood Pulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism". En: *European Competition Law Review* 14. 1993. RODGER, Barry. "Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly". En: *European Competition Law Review* 1. 1995. p. 24.

<sup>15</sup> STROUX, Sigfrid. Op. Cit. pp. 13-16.

<sup>16</sup> WHISH, Richard y Brenda SUFRIN. "Oligopolistic Markets and EC Competition Law". En: *Yearbook of European Law* 12. 1992. pp. 63-64.

<sup>17</sup> Tratado de Roma. **Artículo 82**. "Se encuentra prohibido y es incompatible con el mercado común cualquier **abuso, por una o más empresas, de una posición de dominio en el mercado** común o en una parte substancial del mismo en tanto afecte el comercio entre los Estados Miembros. Tal abuso puede consistir, en particular, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de venta injustificadas; b) limitar la producción, el mercado o el progreso técnico en perjuicio de los consumidores; (...)".

<sup>18</sup> RODGER, Barry. "Market Integration and the Development of European Competition Policy to meet New Demands: A Study of the Control of Oligopolistic Markets and the Concept of a Collective Dominant Position under the Article 86 of the EC Treaty". En: *Legal Issues of European Integration* 2. 1994. pp. 15-18. WHISH, Richard. "Competition Law". Gran Bretaña: Lexis Nexis. 2003. pp. 520-521.

fue el de los productores de vidrio italiano (conocido como el caso *Italian Flat Glass*). La Comisión Europea encontró que tres productores italianos de vidrio plano se habían repartido el mercado estableciendo cuotas de venta para cada una, habían fijado concertadamente sus tarifas y concedían descuentos diferenciales uniformemente, por lo cual los sancionó en virtud del artículo 81 del Tratado de Roma.

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

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

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

358. Este Tribunal considera que no existe razón alguna, jurídica o económica, para suponer que el término

“empresa” que figura en el artículo [82], tenga un significado distinto del que se le ha atribuido en el contexto del artículo [81]. Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiriera la posibilidad de comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores”<sup>19</sup>.

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

Pese a lo útil de la precisión realizada, en el sentido de que una posición de dominio podía ser ostentada por empresas competidoras independientes, esta sentencia creó otras dudas al señalar que se requería de “vínculos económicos” entre las empresas que tuvieran una posición de dominio conjunta y al precisar como ejemplo de tales vínculos los acuerdos o licencias que pudieran tener las empresas y que les otorgaban una situación de preeminencia en el mercado en cuestión. Por ello, este pronunciamiento no ofreció mayores luces para definir si la colusión tácita podía dar lugar a una posición de dominio conjunta<sup>20</sup>.

Cabe señalar que, en posteriores pronunciamientos, el alcance del término “vínculos económicos” fue perfilándose más hacia la idea de la colusión tácita, aunque sin referirse a ella de manera definitiva. Así, en algunos pronunciamientos, el Tribunal Europeo de Justicia llegó a señalar que las empresas conformantes de una posición de dominio conjunta debían encontrarse ligadas de forma tal que pudieran adoptar una misma línea de acción en el mercado<sup>21</sup>. No

<sup>19</sup> *Societa Italiano Vetro-SIV Spa versus Commission*. Casos T-68, 77 y 78/89. 1992. Párrafos 357 y 358.

<sup>20</sup> JONES, Alison y Brenda SUFRIN. Op. Cit. pp. 828-829. WHISH, Richard. Op. Cit. p. 522.

<sup>21</sup> *Municipality of Almelo and others versus NV Energiebedrijf IJsselmij*. Caso C-393/92. 1994. Se trata de una sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Justicia dentro de un proceso iniciado por una cuestión prejudicial elevada en consulta por la autoridad judicial de uno de los Estados Miembros de la Comunidad. En el párrafo 42 de la sentencia se señala: “Dicha posición dominante colectiva requiere sin embargo que las empresas del grupo de que se trate estén suficientemente ligadas entre sí como para adoptar una misma línea de acción en el mercado”. Esta idea fue reiterada luego en otras sentencias de similar naturaleza, como por ejemplo: *Centro Servizi Spedipporto Srl versus Spedizione Marittime del Golfo Srl*. Caso C-96/94. 1995. Párrafo 33.

obstante, tales pronunciamientos no terminaron de definir qué implicaba que las empresas estuvieran ligadas entre sí.

### 3.2.2. Compagnie Maritime Belge

El hito más importante en la evaluación de la posición de dominio conjunta bajo el artículo 82 del Tratado de Roma es el caso de las conferencias marítimas que agrupan a compañías navieras que sirven determinadas rutas comerciales (conocido como el caso *Compagnie Maritime Belge*)<sup>22</sup>. En este caso, la Comisión Europea sancionó nuevamente por infracciones a los artículos 81 y 82.

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

De otro lado, la Comisión concluyó que tres empresas miembros de CEWAL (Compagnie Maritime Belge, Compagnie Maritime Belge Transports y Dafra-Lines) ostentaban posición de dominio conjunta en el mercado de operaciones de dicha conferencia marítima, es decir, en las rutas de Zaire (República Democrática del Congo) a Europa del Norte. Asimismo, entendió que, aprovechando tal situación, tales empresas habían incurrido en abuso para sacar del mercado al principal armador independiente –no afiliado a CEWAL–, a través de las siguientes prácticas: (i) aplicar un acuerdo con las autoridades de Zaire para promover el comercio marítimo de dicho país; (ii) reducir sus fletes a valores iguales o menores que los de ese principal competidor en los buques que salieran en la misma fecha (práctica denominada “*fighting ships*”); y, (iii) contratar a exclusividad con quienes tomaran sus servicios en dichas rutas.

En apelación, esta decisión fue confirmada tanto por el Tribunal de Primera Instancia como por el Tribunal Europeo de Justicia. Este último no sólo estableció que empresas independientes podían ostentar una posición de dominio conjunta, sino que fue más allá y precisó que no se requerían vínculos legales o formales específicos entre las referidas empresas para que surja una posición de dominio conjunta, sino que ésta podía identificarse analizando otros factores de correlación

entre ellas y, particularmente, a través de una evaluación económica sobre la estructura del mercado en cuestión:

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

(...)

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

(...)

45. La existencia de una posición dominante colectiva puede, por tanto, derivarse de la naturaleza y del contenido de un acuerdo, de su forma de aplicación y, en consecuencia, de los vínculos o factores de correlación entre empresas que resulten de ellos. No obstante, la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva, afirmación que podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate”<sup>23</sup>.

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

<sup>22</sup> Cabe señalar que los acuerdos de creación de conferencias marítimas se encuentran exceptuados de la aplicación del artículo 81 del Tratado de Roma en virtud de una exención de bloque aprobada por la Comisión Europea (Reglamento 4056/86).

<sup>23</sup> *Compagnie Maritime Belge Transports SA and others versus Commission*. Casos C-395 y 396/96P. 2000. Párrafos 36, 41 y 45.

de dominio conjunta que ostentaban.

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

Al respecto, cabe agregar que, a la luz de esta sentencia, varios autores han sostenido que la interpretación del Tribunal sobre lo que constituye una posición de dominio conjunta sería igual bajo el artículo 82 que bajo las normas de control de concentraciones empresariales<sup>24</sup>, ámbito este último en el cual –como se verá más adelante– dicha figura se asimila expresamente a la colusión tácita. De otro lado, también se ha afirmando que, pese a su importancia en la identificación de lo que es una posición de dominio conjunta a la luz del artículo 82, esta sentencia es de reducida utilidad en cuanto a criterios de interpretación sobre lo que constituye un abuso de tal posición<sup>25</sup>.

### 3.2.3. Irish Sugar

Un caso usualmente comentado para hacer referencia a lo que constituye abuso de posición de dominio conjunta es el de dos empresas que operaban en el mercado de producción y venta de azúcar (conocido como el caso *Irish Sugar*). La Comisión Europea definió que Irish Sugar, principal productor de azúcar en Irlanda, y Sugar Distributirs Ltd. (SDL), que se dedicaba a la distribución del azúcar en distintos países de la Comunidad, habían ostentado posición de dominio conjunta entre 1985 y febrero de 1990 –momento en que la primera adquirió la totalidad de acciones de la segunda– debido a que se encontraban vinculadas por estrechos lazos<sup>26</sup>.

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

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

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

“66. En efecto, si bien la existencia de una posición dominante colectiva se deduce de la posición que ocupan conjuntamente las entidades económicas de que se trate en el mercado de referencia, el abuso no debe ser necesariamente obra de todas las empresas en cuestión. Basta con que pueda ser identificado como una de las manifestaciones de la ocupación de tal posición dominante colectiva. Por consiguiente, los comportamientos abusivos de las empresas que ocupan una posición dominante colectiva pueden ser tanto comunes como individuales. Basta con que dichos comportamientos abusivos se refieran a la explotación de la posición dominante colectiva que las empresas ocupen en el mercado”<sup>27</sup>.

Se ha comentado acertadamente que las tres prácticas en cuestión podrían haberse abordado por vías distintas al abuso de posición de dominio conjunta. En primer lugar, podría haberse considerado que dada la participación accionaria de Irish Sugar en SDL, ambas empresas conformaban un solo grupo económico y que las prácticas en cuestión eran actos de abuso de posición de dominio individual. No obstante, al parecer, los alcances del concepto de grupo empresarial no son tan claros en las normas comunitarias europeas. En segundo lugar, se podría haber considerado que algunas de las prácticas eran casos de concertación, como, por ejemplo, los descuentos por fidelidad que fueron acordados coordinadamente –aunque tal calificación no podría haberse extendido a las otras dos prácticas implementadas independientemente por

<sup>24</sup> JONES, Alison y Brenda SUFRIN. Op. Cit. p. 836. MONTI, Giorgio. “The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC”. En: Common Market Law Review 38. 2001. p. 132. WHISH, Richard. Op. Cit. p. 526

<sup>25</sup> PREECE, Steven. “Compagnie Maritime Belge: Missing the Boat?”. En: European Competition Law Review 8. 2000. pp. 390-392.

<sup>26</sup> Los principales lazos entre ambas empresas eran los siguientes: (i) Irish Sugar tenía el 51% de las acciones del Holding que controlaba SDL y tenía la facultad de escoger a la mitad de su directorio; (ii) un director de Irish Sugar formaba parte del directorio de SDL; (iii) ambas empresas se reunían mensualmente con la finalidad de discutir las políticas de precios del azúcar y sobre el mercado de distribución; (iv) SDL acordó comprar a Irish Sugar toda el azúcar que distribuiría; (v) Irish Sugar asumía todas las promociones y descuentos ofrecidos por SDL a los compradores.

<sup>27</sup> *Irish Sugar plc versus EC Commission*. Caso T-228/97. 1999. Párrafo 66.

las empresas—. Finalmente, podría haberse acusado a ambas empresas de incurrir en actos de abuso de posición de dominio individual, tanto por la amenaza de Irish Sugar de negarse a contratar a la empresa naviera B&I, como por el intercambio de azúcar acordado por SDL, aunque en este último caso no se tenía evidencia de que SDL tuviera posición de dominio individual. Por ello, se ha sostenido que el Tribunal habría recurrido a la figura del abuso de posición de dominio conjunta para comprender todas las prácticas en cuestión bajo la misma prohibición<sup>28</sup>.

Finalmente, se ha planteado también que, siguiendo la línea de razonamiento de esta sentencia, podría considerarse como abuso de posición de dominio conjunta los actos realizados por una de las empresas en tal posición destinados a salvaguardarla, aun cuando ello no sea consecuencia de un acuerdo con las otras empresas en cuestión.

Asimismo, se entendería que el abuso de posición de dominio conjunta no se limita únicamente a empresas en una relación horizontal, es decir entre competidores, sino que puede presentarse entre empresas en relación vertical, de productor y distribuidor, si éste último intenta proteger al primero a través de prácticas anticompetitivas<sup>29</sup>.

### 3.3. Control de concentraciones empresariales (Reglamento (CE) 139/2004)

Finalmente, el control de concentraciones empresariales es el tercer ámbito en que se ha evaluado la posibilidad de controlar la colusión tácita a través de las normas de libre competencia comunitarias. Estas normas sujetan a autorización previa de la Comisión Europea las fusiones, adquisiciones y otros actos a través de los cuales se modifique la estructura de control de las empresas, en tanto que los mismos puedan obstaculizar significativamente la competencia, en particular si crean o refuerzan una posición dominante en el mercado<sup>30</sup>.

Las normas de control de concentraciones empresariales no se refieren expresamente a la posición de dominio conjunta. No obstante, en su aplicación, las autoridades de defensa de la competencia comunitarias han evaluado también si, como consecuencia de las concentraciones empresariales notificadas, se crearía una posición de dominio conjunta que pudiera restringir la competencia. En otras

palabras, la interrogante ha sido si, de autorizarse la operación de concentración, se crearían en el mercado en cuestión condiciones propicias para que las empresas que se mantuvieran en operación pudieran entrar en un esquema de colusión tácita.

#### 3.3.1. Kali und Salz

Entre los casos más relevantes en que se ha discutido esta materia, el primero es el de la concentración de dos empresas alemanas productoras de potasio, Kali und Salz AG y Mitteldeutsche Kali AG (denominado como el caso *Kali und Salz*). La Comisión Europea concluyó que luego de realizarse la concentración notificada, la empresa resultante adquiriría una posición de dominio conjunta con SCPA, su competidora más cercana (las cuotas de mercado de cada una serían de 23% y 37%, respectivamente). Para arribar a tal conclusión, la Comisión consideró que existían vínculos entre Kali und Salz y SCPA que permitían su actuar coordinado. Tales vínculos estaban representados por un *joint venture* que habían formado para operar en Canadá, por acuerdos de distribución entre ambas para actuar en el mercado francés, entre otros. Por ello, la Comisión condicionó la autorización de la operación notificada a que Kali und Salz diera término a dichos vínculos, a lo cual esta empresa se comprometió. El Gobierno Francés y SCPA apelaron tal decisión, cuestionando que las normas sobre control de concentraciones empresariales se aplicaran a casos de posición de dominio conjunta.

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

“221. (...) en el caso de una supuesta posición dominante colectiva, la Comisión tiene que determinar mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia si la operación de concentración que es objeto de examen lleva a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las

<sup>28</sup> MONTI, Giorgio. Op. Cit. p. 142.

<sup>29</sup> Ibid. p. 143.

<sup>30</sup> Reglamento (CE) 139/2004, del 20 de enero de 2004, sobre Control de las Concentraciones entre Empresas. **Artículo 2. “Evaluación de las concentraciones.** 1. Las concentraciones contempladas en el presente Reglamento se evaluarán con arreglo a los objetivos del presente Reglamento y a las disposiciones que figuran a continuación, a fin de determinar si son compatibles con el mercado común. (...). 3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común”.

empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores”<sup>31</sup>.

Esta sentencia fue criticada debido al formalismo que asumió el Tribunal Europeo de Justicia al requerir factores de correlación entre las empresas para identificar una posición de dominio conjunta. Al respecto, se precisó que lo más importante era analizar si las características del mercado en cuestión eran propicias para un comportamiento oligopólico no cooperativo, es decir, para un esquema de colusión tácita, y no si las empresas se encontraban vinculadas a través de contratos o relaciones comerciales<sup>32</sup>.

### 3.3.2. Gencor

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

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

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

277. Esta conclusión es aún más evidente en el ámbito del control de las concentraciones, cuyo objetivo es impedir que aparezcan o se refuercen estructuras de mercado contrarias a la competencia. Estas estructuras pueden resultar tanto de la existencia de vínculos económicos en el sentido estricto que defiende la demandante como de las estructuras de los mercados de tipo oligopolístico, donde cada operador puede tomar conciencia de los intereses comunes y, en particular, hacer subir los precios sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada”<sup>33</sup>.

Esta sentencia fue elogiada por haberse apartado de la idea de que se requerían vínculos estructurales entre las empresas para concluir que se crearía una posición de dominio conjunta. No obstante, se planteó que si el concepto de vínculos económicos utilizado por el Tribunal de Primera Instancia abarcaba incluso el comportamiento oligopólico no cooperativo, entonces no había razón para mantener la idea de “vínculos económicos”, pues dicho comportamiento no se sustentaba en vínculo alguno, sino en la interdependencia entre los miembros del oligopolio<sup>34</sup>.

### 3.3.3. Airtours

Finalmente, debe comentarse el caso de la concentración de Airtours y First Choice, ambos operadores turísticos, en virtud de una pretendida

<sup>31</sup> *France and others versus Commission*. Casos C-68/94 y 30/95. 1998. Párrafo 221.

<sup>32</sup> BISHOP, Simon. “Power and Responsibility: the ECJ’s Kali-Salz Judgment”. En: *European Competition Law Review* 1. 1999. YSEWYN, Johan y Cristina CAFFARRA. “Two’s Company, Three’s a Crowd: The Future of Collective Dominance after the Kali & Salz Judgment”. En: *European Competition Law Review* 7. 1998. pp. 469-470.

<sup>33</sup> *Gencor Ltd versus Commission*. Caso T-102/96. 1999. Párrafos 276 y 277.

<sup>34</sup> KORAH, Valentine. “Gencor v. Commission: Collective Dominance”. En: *European Competition Law Review* 6. 1999.

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

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

“61. (...) puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste como consecuencia de una concentración cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y por tanto preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE (...)”<sup>35</sup>.

Adicionalmente, el Tribunal señaló que existían tres requisitos para una posición de dominio conjunta: (i) que exista transparencia en el mercado para conocer cómo se están comportando las empresas y verificar si mantienen una línea de acción común; (ii) que se cuente con un mecanismo disuasivo para que las empresas no se aparten de la línea de acción común, es decir, una forma de represalia convincente<sup>36</sup>; y, (iii) que la reacción previsible de los competidores actuales o potenciales y de los consumidores no impida los

resultados esperados de la línea de acción común.

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

Entre los diversos comentarios sobre esta sentencia, se ha sostenido que su mérito es haber definido con mayor claridad que la posición de dominio conjunta es equivalente a la colusión tácita y, además, haber creado un balance entre el poder discrecional de la Comisión y el estándar de prueba que se le exige<sup>37</sup>. No obstante, también se ha afirmado que, pese a ser una severa llamada de atención del Tribunal de Primera Instancia a la Comisión, exigiéndole mayor rigurosidad en la apreciación de las pruebas, la sentencia no llegó a establecer reglas claras en cuanto a la evidencia requerida para determinar cuándo las características de un mercado resultan suficientes para que una operación de concentración dé lugar a una posición de dominio conjunta<sup>38</sup>.

De conformidad con todo lo señalado previamente, el análisis de la posición de dominio conjunta bajo el control de concentraciones empresariales ha pasado por exigir vínculos estructurales entre las empresas, a referirse únicamente a vínculos económicos, para

<sup>35</sup> *Airtours versus Commission*. Caso T-342/99. 2002. Párrafo 61.

<sup>36</sup> Sobre el particular, en el párrafo 195 de la sentencia, el Tribunal puntualizó que: “En este contexto, la Comisión no tiene que acreditar necesariamente la existencia de un “mecanismo de represalias” determinado y más o menos estricto, pero debe en todo caso probar que existen suficientes factores de disuasión para que a ninguno de los miembros del oligopolio dominante le interese apartarse del comportamiento común a expensas de los demás miembros”.

<sup>37</sup> WHISH, Richard. Op. Cit. pp. 539-540.

<sup>38</sup> NIKPAY, Ali y Fred HOUWEN. “Tour de Force or a Little Local Turbulence? A Heretical View on the *Airtours* Judgment”. En: *European Competition Law Review* 24. 2003. pp. 199-200.

terminar concentrándose en las características del mercado que permiten el establecimiento de un esquema de colusión tácita.

### 3.4. ¿Cómo enfrenta la Comunidad Europea la colusión tácita?

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

De un lado, los Tribunales y la Comisión Europea han descartado casi totalmente la posibilidad de impedir la colusión tácita a través de la prohibición de acuerdos y prácticas concertadas entre competidores contenida en el artículo 81 del Tratado de Roma. Ello se debe a que se ha considerado que ese tipo de infracciones requiere necesariamente evidencia de alguna forma de comunicación o contacto efectivo entre las empresas, situación que no se verifica en la colusión tácita.

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

De otro lado, la Comisión y los Tribunales Europeos han concluido que una posición de dominio conjunta puede identificarse según el artículo 82 del Tratado de Roma a través de la apreciación de la estructura del mercado en cuestión y sin necesidad de que existan vínculos contractuales o estructurales entre las empresas. En virtud de ello, los comentaristas

consideran que la posición de dominio conjunta podría identificarse con la colusión tácita, pues, como ya se ha mencionado, esta figura se sustenta en que las condiciones estructurales del mercado permiten a las empresas ajustar su comportamiento al de sus competidores. Bajo esta premisa, podría surgir como interrogante si la colusión tácita sería considerada en sí misma como un acto de abuso de posición de dominio conjunta y por tanto quedar prohibida.

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

Hay quienes sostienen que en el caso de la posición de dominio conjunta este distinguo resulta menos claro y que, bajo determinados supuestos, la colusión tácita puede constituir un acto de abuso por sí misma, por ejemplo, si tiene como resultado que se fijen precios excesivamente elevados<sup>39</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que más allá de las explicaciones teóricas contenidas en las decisiones de la Comisión Europea, así como en las sentencias del Tribunal Europeo de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, hasta ahora, ninguno de los casos en que se ha aplicado el concepto de posición de dominio conjunta se ha referido a supuestos que califiquen estrictamente como esquemas de colusión tácita, sino más bien a casos en que existían vínculos contractuales o estructurales entre las empresas involucradas<sup>40</sup>. Piénsese en el acuerdo del reparto de mercado en *Italian Flat Glass*, en los acuerdos existentes entre las empresas miembros de las conferencias marítimas en *Companie Maritime Belge*, o en la importante participación accionaria y el contrato de distribución existente en *Irish Sugar*. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta también que las prácticas sancionadas en algunos de estos casos tampoco fueron comportamientos propios de un esquema de colusión tácita (es decir, el ajuste racional de la conducta de los agentes para adoptar una línea de acción común), sino más bien actos que

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

<sup>40</sup> HAUPT, Heiko. "Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the Light of the *Airtours* Judgment". En: *European Competition Law Review* 9. 2002. p. 438.

podrían haberse caracterizado, eventualmente, como abusos de posición de dominio individual o como prácticas concertadas.

En consonancia con lo señalado previamente, existe un consenso bastante generalizado, entre economistas y juristas europeos, respecto de que las normas de control de conductas contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma no deben utilizarse para sancionar los esquemas de colusión tácita<sup>41</sup>. Asumir que la colusión tácita es evidencia de abuso de posición de dominio conjunta sería entender que está prohibido *per se* que las empresas lleguen a ostentar tal posición, lo que no es correcto. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la colusión tácita es el comportamiento racional que presentan los miembros de un oligopolio cuando las condiciones de mercado les permiten anticipar la conducta de sus rivales, por lo que no sería atendible sancionar dicho comportamiento. Adicionalmente, no sería válido considerar un comportamiento que bajo el artículo 81 es lícito –ajustar inteligentemente la propia conducta a aquella de los rivales– como una prueba de abuso bajo el artículo 82<sup>42</sup>.

En tal sentido, para sancionar por abuso de posición de dominio conjunta se requiere más que el comportamiento oligopólico que conlleva a un esquema de colusión tácita<sup>43</sup>. Es decir, se requiere demostrar actos específicos de abuso. Tal sería el caso, por ejemplo, de aquellas prácticas a través de las cuales las empresas que conforman un oligopolio crean condiciones que facilitan un esquema de colusión tácita en un mercado que no presenta naturalmente tales condiciones. Esto sería más evidente si dichas empresas utilizan mecanismos que producen artificialmente la transparencia requerida en el mercado para conocer el comportamiento de los competidores.

Como ejemplos de prácticas que introducen artificialmente transparencia en el mercado pueden mencionarse tanto las denominadas cláusulas de nación más favorecida (*most-favoured nation clauses*), como las cláusulas para alcanzar a la competencia

(*meeting-competition clauses*). En términos generales, dichas cláusulas permiten a las empresas –en particular a las líderes de mercado– dar señales a sus competidores sobre los precios y condiciones a fijar.

Mediante las cláusulas de nación más favorecida, las empresas se obligan frente a sus contrapartes a otorgarles cualquier condición más beneficiosa, como por ejemplo descuentos, que pacten en el futuro con otros clientes. Este compromiso reduce los incentivos de dichas empresas a otorgar descuentos y, por ende, también reduce la tentación de modificar el precio fijado inicialmente y que podría ser el resultado de una colusión tácita.

A través de las cláusulas para alcanzar a la competencia, el vendedor se compromete a igualar las mejores condiciones que pudieran ofrecerle a sus clientes los competidores. Con este tipo de cláusulas se incrementan los flujos de información hacia las empresas vendedoras, en tanto que cada vez que un comprador recibe la oferta de un precio menor lo comunicará a su proveedor a fin de que éste iguale ese precio. De esta manera, los competidores podrían monitorear más fácilmente cualquier desvío del precio fijado a través de un esquema de colusión tácita.

Como se aprecia, la introducción de este tipo de cláusulas por parte de empresas competidoras, en especial las cláusulas para alcanzar a la competencia, permitiría no solo anticipar el comportamiento de los rivales sino también identificar los desvíos del comportamiento esperado<sup>44</sup>.

Siendo ello así, en vez de pretender sancionar la colusión tácita en sí misma como acto de abuso de posición de dominio conjunta, parece más adecuado que sean las prácticas facilitadoras de esquemas de colusión tácita las que se consideren como actos de abuso sancionables bajo el artículo 82. Así, la introducción de cláusulas como las indicadas líneas arriba –o de prácticas comerciales con efectos similares– podría constituir un instrumento *ad hoc* creado por las

<sup>41</sup> Entre los economistas ver, por ejemplo: BISHOP, Simon y Mike WALKER. Op. Cit. pp. 136-137. MOTTA, Massimo. Op. Cit. pp. 137-138 y 190-192. PHILIPS, Louis. Op. Cit. pp. 2 y 10-12. Para los juristas puede considerarse, entre otros: HAUPT, Heiko. Op. Cit. p. 439. KORAH, Valentine. "An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice". Gran Bretaña: Hart Publishing. 2004. p. 113. MONTI, Giorgio. Op. Cit. pp. 144-145. WHISH, Richard. Op. Cit. pp. 526-527. WITHERS, Chris y Mark JEPHOCOTT. "Where to go Now for EC Oligopoly Control". En: European Competition Law Review 22. 2001. p. 303.

<sup>42</sup> En el plano práctico, de aceptarse que la colusión tácita fuera evidencia de abuso en ciertos casos, por ejemplo si conlleva la fijación de precios excesivamente elevados, sería la autoridad de defensa de la competencia quien tendría que definir si las condiciones fijadas a través de dicho comportamiento son abusivas o no. Considerando que tanto los casos válidos como aquellos supuestamente ilegales provendrían del mismo tipo de conducta, la probabilidad de ejercicio de excesiva discrecionalidad al elegir los casos ilegales es bastante elevada.

<sup>43</sup> La necesidad de actos de explotación de la posición de dominio conjunta para encontrar una infracción al artículo 82 del Tratado de Roma ha sido reconocida por el propio Tribunal Europeo de Justicia: "37. Pues bien, la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate (...). 38. Esta misma conclusión debe aplicarse a las empresas que ocupan una posición dominante colectiva. La afirmación de que dos o más empresas ocupan una posición dominante colectiva debe proceder, en principio, de una apreciación económica de la posición en el mercado pertinente de las empresas afectadas, anterior a cualquier examen acerca de si las empresas explotaron de forma abusiva su posición en el mercado". *Compagnie Maritime Belge Transports SA. and others versus Commission*. Casos C-395 y 396/96P. 2000. Párrafos 37 y 38.

<sup>44</sup> KORAH, Valentine. Op. Cit. pp. 113-114. MONTI, Giorgio. Op. Cit. pp. 146-149. MOTTA, Massimo. Op. Cit. pp. 156-158.

empresas que participan en mercados oligopólicos para facilitar la estabilidad de un esquema de colusión tácita.

Lo dicho hasta ahora resulta coherente con el desarrollo que ha tenido el concepto de posición de dominio conjunta bajo las normas de control de concentraciones empresariales de la Comunidad Europea. En efecto, ante la imposibilidad de prohibir la colusión tácita a través del artículo 81 del Tratado de Roma y dado que no es recomendable sancionarla por sí misma como un abuso de posición de dominio conjunta, se ha optado por prevenir ese comportamiento a través del control de estructuras<sup>45</sup>.

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

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

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

En el Perú, los conceptos de posición de dominio conjunta y colusión tácita han comenzado a evaluarse bajo las normas de libre competencia en los últimos cuatro años de su aplicación. En particular existen tres pronunciamientos (conocidos a la fecha de elaboración del presente artículo) en que las autoridades de defensa de la competencia peruanas han utilizado la figura de la posición de dominio conjunta como sustento de sus pronunciamientos. Dicho concepto se ha examinado

tanto al amparo de la prohibición de actos de abuso de posición de dominio, como de la prohibición de acuerdos, prácticas concertadas y otras conductas restrictivas de la competencia.

De un lado, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 (en adelante, "DL 701") prohíbe los actos de abuso de posición de dominio llevados a cabo por una o más empresas<sup>46</sup>. En este ámbito, la cuestión se ha centrado en definir cuáles son los alcances del término posición de dominio conjunta y cuáles los requerimientos para incurrir en abuso de la misma. De otro lado, el artículo 6 del DL 701 prohíbe los acuerdos así como las actuaciones paralelas o prácticas concertadas que pudieran restringir la competencia<sup>47</sup>. En este campo, la discusión ha sido si la posición de dominio conjunta, entendida como colusión tácita, se encuentra prohibida por dicha norma.

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

##### 4.1. Pronunciamientos existentes en el Perú

Las instancias encargadas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI han emitido cada una un pronunciamiento en el que definen importantes criterios sobre lo que constituye la posición de dominio conjunta y su eventual abuso. De otro lado, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL también ha emitido un pronunciamiento al respecto<sup>48</sup>. A continuación, se describen los casos en el orden antes mencionado.

###### 4.1.1. Caso AFP (Tribunal del INDECOPI)

En este caso se denunció que las cuatro administradoras de fondos de pensiones (en adelante, "AFP") que funcionaban en el Perú, así como la asociación de AFP, habían incurrido en abuso de posición de dominio por

<sup>45</sup> MONTI, Giorgio. Op. Cit. p. 135.

<sup>46</sup> **Artículo 4.** "Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución". (Subrayado agregado).

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

<sup>47</sup> **Artículo 6.** "Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia". (Subrayado agregado).

<sup>48</sup> Si bien el INDECOPI es la autoridad de defensa de la competencia en todos los sectores económicos, el marco legal vigente en el Perú reconoce un caso especial en que otorga dichas facultades al OSIPTEL, que es la entidad administrativa encargada de aplicar el DL 701 en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones.

la fijación de precios excesivos, materializados en el cobro de comisiones muy elevadas a los afiliados como contraprestación por los servicios de administración de sus fondos. Asimismo, se denunció que dichas empresas y su asociación habían incurrido en concertación de precios al fijar coordinadamente las referidas comisiones.

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

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

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

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

(...)

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

En consecuencia, para la procedencia de la denuncia será necesario identificar la posición de dominio en el mercado y que dicha posición de dominio sea consecuencia de las acciones previstas expresamente en el texto de la ley, para, de ser el caso, disponer la actuación de fondo en el proceso, es decir, la identificación de una conducta abusiva por parte de las empresas en posición de dominio"<sup>49</sup>.

Acto seguido, el Tribunal del INDECOPI determinó que las AFP ostentaban posición de dominio conjunta en el mercado, no por ser parte del mismo grupo empresarial, sino, más bien, porque el mercado presentaba condiciones estructurales que les permitía ejercer en simultáneo dicha posición, sin incurrir en una práctica concertada. En particular, señaló que se trataba de un mercado muy concentrado y de una actividad intensamente regulada, para la cual se habían impuesto una gran cantidad de requisitos legales, que a la larga generaban elevadas barreras de acceso al mercado.

Sin embargo, el Tribunal precisó que la posición de dominio conjunta de las AFP se derivaba de un mandato legal previsto en la regulación del sector y que el DL 701 no atribuía al INDECOPI facultad para conocer casos de abuso de posición de dominio originada en un mandato legal, por lo que, finalmente, también declaró improcedente la denuncia.

#### 4.1.2. Caso Agencias Marítimas (Comisión de Libre Competencia del INDECOPI)

Este caso se refiere a la denuncia de una empresa operadora de almacenes para carga marítima contra un conjunto de agencias marítimas por abuso de

<sup>49</sup> Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI de 4 de junio de 2004, contenida en el expediente 001-2003/CLC. *Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Diez Canseco Cisneros contra AFP horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP.*

posición de dominio en la modalidad de discriminación. Según la denunciante, las agencias estaban vinculadas con distintas empresas almaceneras y aplicaban condiciones más onerosas por sus servicios a los almacenes independientes –como la denunciante– que competían con sus empresas vinculadas.

Dado que la denuncia no planteó un supuesto de prácticas concertadas, pero indicaba que las denunciadas estaban llevando a cabo una misma conducta, la CLC evaluó el caso bajo la figura de la posición de dominio conjunta. Para ello, consideró que esa figura se presentaba en actividades caracterizadas por interdependencia oligopolística y que implicaba un comportamiento alineado de parte de dos o más empresas que entendían que esa era la mejor “estrategia” debido a las características especiales del mercado<sup>50</sup>.

La CLC entendió que la interdependencia oligopólica se derivaba de la estructura del mercado y no de la conducta de los agentes, por lo cual, la mejor vía para enfrentar los casos de abuso de posición de dominio conjunta era a través de la abogacía de la competencia, que impulsara la modificación de las condiciones estructurales del mercado. No obstante ello, afirmó que en la medida que el abuso de posición de dominio conjunta implicaba una estrategia conscientemente no competitiva en el mercado, se encontraba incluida dentro del ámbito de las conductas prohibidas por el DL 701 y que tal práctica encajaba “*más cómodamente*” bajo la prohibición de acuerdos y actuaciones paralelas o prácticas concertadas:

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

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

49. A criterio de esta Comisión, en los casos de abuso de posición de dominio conjunta o prácticas conscientemente paralelas, debería corresponder únicamente la realización de abogacías de competencia

que busquen rectificar las condiciones de mercado que favorecen el surgimiento de este tipo de situaciones.

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

51. Debe considerarse que el paralelismo en sí mismo no constituye prueba suficiente para determinar la existencia de una concertación. Los competidores en una industria pueden incrementar o disminuir sus precios o sus volúmenes de producción en respuesta a aumentos o disminuciones de precios o volúmenes de producción de otros competidores, en especial si estos últimos son líderes en el mercado. Esto último puede constituir una conducta económicamente racional y justificable.

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

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

54. Pese a la terminología empleada, y a que un supuesto de abuso de posición de dominio conjunta podría ser visto indistintamente como un abuso de posición de dominio (llevado a cabo por dos o más empresas independientes entre sí) o como una práctica colusoria (“colusión tácita”), esta Comisión considera que este tipo de prácticas deben ser encausadas a través

<sup>50</sup> Cabe mencionar que entre las características de mercado consideradas por la CLC se incluyen las siguientes: elevada concentración, simetría en las cuotas de los oligopolistas, gran transparencia en el mercado, homogeneidad del producto, tecnología de producción madura, altas barreras de ingreso, entre otras.

del artículo 6 del Decreto Legislativo 701, es decir, dentro de las denominadas prácticas colusorias y, en particular, bajo el concepto de **prácticas conscientemente paralelas**.

55. Esto porque el tipo de conducta que involucra este fenómeno encaja más cómodamente en esta última categoría, por tratarse de una conducta llevada a cabo por dos o más empresas y con un determinado grado de “cooperación” entre ellas. Por lo demás, como se ha visto, las condiciones de mercado que se ha considerado necesarias para la configuración de una posición de dominio conjunta son muy similares a las condiciones favorables para el surgimiento de prácticas colusorias” (resaltados y subrayados en el texto original)<sup>51</sup>.

Luego del análisis concreto del mercado de servicios de agenciamiento marítimo, la CLC concluyó que el mismo no presentaba las condiciones para una situación de interdependencia oligopólica que podría conllevar a una posición de dominio conjunta. Asimismo, no encontró indicios de que las empresas denunciadas hubiesen adoptado un comportamiento paralelo que restringiese la competencia.

#### 4.1.3. Caso Alfatel (Cuerpo Colegiado de OSIPTEL)

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

El Cuerpo Colegiado de OSIPTEL (en adelante, “CCO”) analizó la denuncia bajo los alcances del artículo 5 del DL 701, considerando que el mismo incluía el supuesto del abuso de posición de dominio conjunta. Para tales efectos, consideró que la posición de dominio conjunta en este tipo de casos no implicaba que las empresas pudieran implementar un esquema de colusión tácita, sino que pudieran ejercer su poder de mercado para excluir a los competidores. En tal sentido, los miembros del oligopolio debían contar con información suficiente para conocer que no existían incentivos para competir entre ellos, de modo que tuviesen un adecuado margen de certeza de que si incurrían en actos abusivos no tendrían competidores que neutralizaran su actuar. Las ideas planteadas por el CCO al respecto fueron las

siguientes:

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

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

(…)

(…) tratándose de procedimientos por abuso de posición de dominio debe entenderse que la transparencia se refiere a la información suficiente para que los miembros del oligopolio conozcan que no existen mayores incentivos para competir entre ellos, de manera que si uno de ellos incurre en una conducta abusiva pueda tener un margen de certeza de que los demás miembros del oligopolio no se constituirán en fuente alternativa de suministro para el agente afectado por dicha conducta”<sup>52</sup>.

Sobre la base de estas ideas, el CCO encontró que el mercado presentaba características propicias para la existencia de posición de dominio conjunta, pues las únicas empresas que tenían instalada una red de postes en el distrito en cuestión y que podían atender el pedido de la denunciante eran la distribuidora eléctrica que operaba en esa zona y la denunciada. Además, consideró que se trataba de un mercado muy concentrado y con elevadas barreras de entrada, el servicio involucraba un bien homogéneo (los postes) y sin mayores necesidades de innovación. Adicionalmente, ambas empresas habían dado claras muestras de que no tenían intención de alquilar espacio en sus postes ubicados en el distrito de Huaycán. Gracias a ello las empresas contaban con suficiente información que les indicaba que no habían incentivos para competir. Consecuentemente, se

<sup>51</sup> Resolución 040-2005-INDECOPI/CLC de 18 de julio de 2005, contenida en el expediente 009-2004/CLC. *Almacenes Mundo S.A. contra Trabajos Marítimos S.A. y otros*, párrafos 47-55.

<sup>52</sup> Resolución 039-2003-CCO/OSIPTEL de 20 de enero de 2003, contenida en el expediente 009-2001. *Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. contra Telefónica del Perú S.A.A.*

concluyó que las dos empresas ostentaban una posición de dominio conjunta.

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

#### 4.2. Comparación y crítica de la jurisprudencia nacional

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

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

Más aún, si el concepto de posición de dominio conjunta manejado se refiere efectivamente a la colusión tácita, la misma no sería ilegal por sí misma como un acto de abuso de posición de dominio. En efecto, si se requiere de actos de abuso de posición de dominio por parte de las empresas involucradas –como actuación de fondo en la investigación– se tendría que demostrar, de un lado, la colusión tácita como equivalente a la posición de dominio conjunta y, de otro, actos específicos de abuso para declarar que se ha incurrido en infracción al DL 701.

El caso de las Agencias Marítimas tiene el mérito de haber precisado con mayor detalle y mejores argumentos la figura de la posición de dominio conjunta. Sin embargo, resulta contradictorio en cuanto a sus conclusiones y parece ir más allá de lo señalado por el Tribunal del INDECOPI.

En efecto, la CLC señaló acertadamente que la posición de dominio conjunta se deriva de las especiales características del mercado y, además, que el comportamiento oligopólico que conlleva a una colusión tácita entre los competidores es una respuesta económica racional frente a tales condiciones de mercado. Más aún, sostuvo que la mejor vía para enfrentar esa figura no era el control de conductas – en tanto se señala que no tendría sentido aplicar las sanciones que este tipo de normas prevé como solución–, sino que debía recurrirse a acciones de abogacía de la competencia, para impulsar la modificación o eliminación de aquellas características del mercado que resultaban propicias para la colusión tácita.

Sin embargo, pese a lo anterior, la CLC llegó a una conclusión inconsistente con sus afirmaciones. Partiendo de un aparente distingo entre posición de dominio conjunta y colusión tácita, basado en que esta última supondría un “determinado grado de cooperación entre las empresas”, asumió que la primera estaría bajo el artículo 5 del DL 701, pero no sería sancionable, mientras que la segunda sí estaría prohibida por el artículo 6 de dicha norma. Así, la CLC estaría entendiendo que la colusión tácita se encuentra proscrita como una práctica conscientemente paralela, no obstante haber reconocido expresamente que se trata de un comportamiento racional y que no implica comunicación ni contacto efectivo entre los agentes, como ocurre con las prácticas prohibidas por el artículo 6 del DL 701<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Aparentemente se estaría entendiendo que cuando el artículo 6 del DL 701 se refiere a actuaciones paralelas las distingue de las prácticas concertadas. No obstante, el texto de la norma parece tratar ambos términos como sinónimos (recuérdese que el artículo 6 se refiere a las “actuaciones paralelas o prácticas concertadas”). En tal sentido, sería discutible argumentar que el texto de la ley establece que las actuaciones paralelas son un tipo de prácticas colusorias distintas a las prácticas concertadas y que en virtud de ello la colusión tácita se encuentra prohibida por dicha norma.

Adicionalmente, la CLC indicó que su línea interpretativa estaba en consonancia con lo resuelto por el Tribunal del INDECOPI, pues consideraba que el abuso de posición de dominio estaba prohibido por el DL 701. Hasta aquí, no habría problema en el razonamiento de la CLC. Sin embargo, acto seguido, llegó a la conclusión de que, pese a su terminología, esa figura no estaba prohibida por el artículo 5 de dicha norma, sino por el artículo 6 de la misma, referido a acuerdos y prácticas concertadas entre competidores. Como se advierte de lo expresado al comentar el caso de las AFP, esta interpretación no se sigue de los argumentos planteados por el Tribunal del INDECOPI.

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

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

La mixtura realizada puede parecer heterodoxa, al no seguir la línea de razonamiento en que la posición de dominio conjunta es equivalente a la colusión tácita, pero de todos modos recurrir a elementos de juicio propios del análisis de esta última figura. No obstante, también puede considerarse como un caso *sui generis* en que el concepto ha sido ajustado a fin de enfrentar un comportamiento abusivo que impedía la entrada de un competidor potencial. En tal sentido, podría asimilarse a casos como los de *Companie Maritime Belge* o *Irish Sugar*.

## 5. COMENTARIOS FINALES

Como se aprecia, el desarrollo del concepto de posición de dominio conjunta por la jurisprudencia administrativa peruana ha seguido en líneas generales derroteros similares a los de la Comunidad Europea, incluyendo sus posibles aciertos y errores.

Así, por ejemplo, esa figura se ha ido equiparado con la colusión tácita, aunque pareciera que finalmente podría estarse desvirtuando su lógica si la misma se

pretendiera sancionar bajo la prohibición de prácticas concertadas. No obstante, cabe señalar que, al igual que en Europa, el tratamiento del tema no ha pasado del campo teórico, pues hasta el momento no se han investigado casos en que se haya encontrado que el mercado presentaba características propicias para comportamientos oligopólicos no cooperativos y en los cuales se haya verificado la implementación de un esquema de colusión tácita.

Otro tema importante es que en la jurisprudencia peruana parece haberse mantenido la lógica del doble análisis, es decir, identificar la posición de dominio conjunta y luego el acto de abuso específico. De esta forma, se conserva la misma racionalidad utilizada para los supuestos de abuso de posición de dominio individual, pues se estaría partiendo de que la posición de dominio conjunta es inobjetable. Cabe señalar que, al igual que en Europa, el único caso en que se ha sancionado por abuso de posición de dominio conjunta es un caso de características *sui generis* no relacionado con un esquema de colusión tácita.

También merece atención el paralelo que puede hacerse entre control de concentraciones empresariales y acciones de abogacía de la competencia. Como ya se indicó, la Comunidad Europea parece haber llegado a la conclusión de que la forma más efectiva de enfrentar la posición de dominio conjunta –entendida como colusión tácita– es prevenirla a través del control de concentraciones empresariales. Pese a no contar con normas de esa naturaleza, en el Perú también se ha planteado que la mejor forma de enfrentar la posición de dominio conjunta es previniéndola con acciones de abogacía de la competencia. Lamentablemente, ese paralelo se quiebra cuando se considera que la colusión tácita podría encontrarse proscrita al igual que una práctica concertada entre competidores.

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

Adicionalmente, es necesario recuperar la idea de que no tiene sentido aplicar las sanciones previstas en el

DL 701 a la colusión tácita y extenderla para sostener que las normas de control de conductas peruanas como tales y en su versión actual no son efectivas para enfrentar tal comportamiento.

Para explicar lo anterior, es conveniente volver sobre el ejemplo planteado al inicio de este artículo respecto de los grifos. Bajo el escenario planteado, los grifos no solo contarían con información suficientemente detallada y oportuna para prever el comportamiento de sus competidores, sino que contarían con herramientas de represalia disuasivas. En consecuencia, sería racional que ajustaran su conducta al comportamiento esperado de sus rivales, para mantener un equilibrio que maximice sus ganancias.

Si la autoridad de defensa de la competencia considerara ilícito ese comportamiento, se toparía con la sorpresa de que cualquier orden de conducta que emitiera no daría lugar a cese efectivo de la práctica, en tanto que las características del mercado continuarían siendo las mismas, salvo que se ordenara a los grifos “taparse los ojos” para no ver las condiciones y tendencias del mercado, con lo cual, tendrían que actuar sin considerar las señales que les ofrece su actividad. Adicionalmente, las multas u otras sanciones que pudieran imponerse resultarían ineficaces, pues al día siguiente de cumplirlas los grifos estarían nuevamente en condiciones de incurrir en el mismo comportamiento. Esto generaría total incertidumbre sobre lo que deben hacer las empresas que participan en mercados de ese estilo, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello implica. Razones de esta índole deben ser las que convencieron a la Comunidad Europea de seguir el camino de la prevención de condiciones de mercado propicias para la colusión tácita, en vez de prohibir este comportamiento *per se*.

Hay dos cuestiones adicionales que se deben mencionar al respecto. La primera es que parece más adecuado identificar aquellas prácticas llevadas a cabo por las empresas para facilitar la aparición artificial de las condiciones propicias para la colusión tácita, y enfocarse en perseguir y sancionar tales prácticas. Como se explicó previamente, la introducción generalizada de cláusulas de nación más favorecida o para alcanzar la competencia podrían tener tales efectos. Esta óptica se inspiraría en una lógica preventiva, al atacar la fuente que originaría las referidas condiciones de mercado, pero se materializaría a través de la aplicación del control de conductas. Además, las órdenes de cese de las conductas

infractoras sí resultarían efectivas para reducir las probabilidades de una colusión tácita.

El segundo tema es que la situación podría ser distinta –aunque debe reconocerse que también bastante más riesgosa– si la ley de defensa de la competencia peruana contemplara la facultad de dictar los denominados remedios de estructura. Es decir, ordenar la separación estructural de las empresas infractoras o la venta de parte de sus activos, ante el hallazgo de actos de abuso de posición de dominio. Si tal fuera el caso, podría tratarse de corregir la implementación comprobada de esquemas de colusión tácita a través de esas medidas, buscándose con ellas la modificación de las condiciones estructurales del mercado. Obviamente, esta lógica pasaría por asumir que la colusión tácita, pese a ser un comportamiento racional, es sancionable por sí misma. La alerta que cabe plantear en este caso es lo discutible de otorgar ese grado de poder discrecional a la autoridad de defensa de la competencia<sup>54</sup>.

Finalmente, una interrogante que surge es si las medidas de represalia propias de un esquema de colusión tácita también deben considerarse como válidas desde un punto de vista legal. Como se ha mencionado, si el mercado presenta las condiciones propicias para ello, ajustar el comportamiento propio a la conducta esperada de los rivales sería la respuesta racional de toda empresa. Sin embargo, los esquemas de colusión tácita implican que las desviaciones serán castigadas a través de mecanismos de represalia tales como las guerras de precios, de modo que se disuada cualquier propensión a no mantener el comportamiento esperado.

La pregunta es si la aplicación comprobada de estas medidas de represalia debería ser considerada lícita, al igual que el ajuste del comportamiento a la conducta de los rivales. Al respecto, algunos podrían considerar que tales medidas siguen una racionalidad económica similar a la del ajuste del comportamiento entre los competidores, por lo que, deberían recibir el mismo tratamiento legal. Pero debe tomarse en cuenta también que el objetivo de esas medidas es garantizar el alineamiento implícito de las conductas disidentes para recuperar así la vigencia del arreglo tácito existente. Es decir, los competidores atacan a aquel oligopolista que encontró rentable desviarse y asumiró que podía haber lugar para la competencia. Considerando tales posiciones, no sería adecuado adelantar una respuesta frente a un tema que amerita mayor discusión y que probablemente termine definiéndose caso por caso.

<sup>54</sup> Cabe mencionar que esta facultad ha sido introducida hace relativamente poco tiempo en el marco normativo de la Comunidad Europea a través de la Regulación del Consejo 1/2003. También se encuentra prevista en el proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que ha propuesto reiteradamente el INDECOPI en sustitución del DL 701.

De acuerdo con todo lo anterior, y retomando el título de este artículo, corresponde señalar que, si se asume la equivalencia entre posición de dominio conjunta y colusión tácita, esta última figura no debería considerarse una infracción. De otro lado, el abuso de

posición de dominio conjunta, entendido, por ejemplo, como prácticas que faciliten la aparición artificial de las condiciones propicias para la colusión tácita o como supuestos similares al del caso Alfatel, sí resultaría una conducta sancionable.