

**Universidad San Francisco de Quito USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**¿Qué prácticas restrictivas se sancionan a la luz de la Ley  
Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado?**

*Análisis de cómo la Superintendencia de Control del Poder de Mercado aplica  
la figura del paralelismo consciente y sus consecuencias para el Derecho de  
competencia ecuatoriano.*

**Camila Gabriela Sánchez Santamaría**

Director: Mario Navarrete Serrano

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de  
Abogada

Quito, 5 de diciembre de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“¿Qué prácticas restrictivas se sancionan a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado?”

Camila Sánchez

Mario Navarrete, LLM  
Director del Trabajo de Titulación



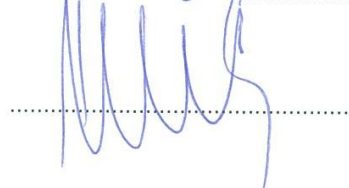
Dr. Xavier Andrade Cadena  
Lector del Trabajo de Titulación



Mgr. José Urizar  
Lector del Trabajo de Titulación



Dr. Farith Simon  
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2017

Quito, 25 de octubre de 2017

Doctor  
Farith Simon  
**Decano del Colegio de Jurisprudencia**  
**Universidad San Francisco de Quito**  
Ciudad. –

Estimado Farith:

A continuación, remito el informe aprobando la tesina de Camila Sánchez Santamaría, titulada “¿Qué prácticas restrictivas se sancionan a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado? Análisis de cómo la Superintendencia de Control del Poder de Mercado aplica la figura del paralelismo consciente y sus consecuencias para el Derecho de competencia ecuatoriano”.

#### **1. Importancia del tema planteado**

La alumna aborda, en última instancia, la relación entre un fenómeno económico -la colusión tácita- y la forma jurídica específica que el legislador ecuatoriano decidió adoptar para regularlo. La tesis trasciende un ejercicio de coherencia jurídica y enfrenta el problema desde una perspectiva más amplia: cuestiona si el mecanismo legal logra un beneficio social, facilita el tráfico comercial entre empresas y conduce eficientemente los limitados recursos de persecución del regulador de Competencia ecuatoriano (la Superintendencia de Control del Poder de Mercado). Visto así, el tema reviste de importancia académica y práctica.

Académicamente, la tesina analiza un tema de actualidad nacional e internacional. La concentración de riqueza genera estructuras de mercado perniciosas en mercados de escala global (un problema que también ha afectado históricamente una economía pequeña como la ecuatoriana). Esta concentración facilita la colusión entre operadores económicos y reduce la efectividad de los mecanismos de mercado, impidiendo o dificultando la exploración tecnológica, la competencia en precios, y la asignación eficiente de recursos. Nos enfrentamos, indudablemente, a un futuro en que cada vez menos empresas controlan una cantidad mayor de recursos, y el Derecho de Competencia aparece como uno de los posibles mecanismos de corrección; el análisis de si uno de estos mecanismos –de manera específica, la sanción de la colusión tácita- es efectivo, es un tema de interés trascendental.

Visto desde la perspectiva de un practicante, el trabajo también es relevante. La ortodoxia del Derecho de Competencia ecuatoriano está todavía en construcción. Es



PBX: 400 7800  
Intl: +593 2 382 7640 al 649  
Av. República de El Salvador N36-140  
Edif. Mansión Blanca  
Casilla Postal: 17 01 363  
pbp@pbplaw.com  
Quito, Ecuador

GUAYAQUIL . QUITO . [www.pbplaw.com](http://www.pbplaw.com)

difícil enfrentar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus teorías de daño cuando no existen suficientes precedentes que iluminen la forma de interpretación de las prohibiciones, y es especialmente complicado hacerlo cuando el tema en discusión es uno que no se agota en el conflicto jurídico, sino que se erige desde una perspectiva económica. Siendo que la prohibición de los paralelismos conscientes es verdaderamente excepcional, este trabajo analiza uno de los artículos que más debate generará a medida que la interpretación de la ley madure, y alimenta una discusión amplia del lugar y los límites del Derecho de Competencia.

**2. Trascendencia de la hipótesis planteada por la investigadora**

La hipótesis de la investigadora es trascendente. La tesis no se agota en un ejercicio jurídico, sino que busca abordar desde instituciones económicas el problema, desentrañando contradicciones que superan las instituciones legales.

La investigadora mira el problema desde una perspectiva social, toma en consideración experiencia extranjera, y sugiere que el mecanismo de regulación e intervención legal resulta ineficiente, sin dejar de reconocer que el problema económico que subyace merece solución.

**3. Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados**

Los documentos usados por la investigadora son pertinentes y suficientes. Echa mano de la más autorizada doctrina y precedentes académicos, además de referirse a discusiones políticas que develan el complejo trasfondo del problema.

**4. Contenido argumentativo de la investigación**

La argumentación es sólida, y refleja una investigación completa. Pese a que no coincido en la totalidad de sus conclusiones, la alumna ha hecho un esfuerzo adecuado para explicar en detalle sus argumentos.

**5. Conclusión**

La tesis está bien lograda, por lo que recomiendo que sea defendida oralmente ante un tribunal del Colegio de Jurisprudencia.

Atentamente,

  
Mario Navarrete Serrano

© Derechos de autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:



Nombres y apellidos:

Camila Gabriela Sánchez Santamaría

Código:

00110318

Cédula de Identidad:

1716867385

Lugar y fecha:

Quito, 5 de diciembre de 2017

*A mi mamá.*

## **Agradecimientos:**

*Agradezco a mi mamá, Ximena, por ser el mejor ejemplo de vida, gracias por tu amor, fuerza, dedicación, perseverancia y luz;*

*agradezco a mi hermana, Paola, por su apoyo, alegría, complicidad y fuerza;*

*agradezco a mis abuelos, Gladys y Luis, por su amor, cariño y compañía en todos estos años, son eternos; y;*

*agradezco a Mario Navarrete por compartirme su pasión por el Derecho de Competencia y ser una guía invaluable en la dirección de este Trabajo de Titulación.*

## **Resumen**

Los carteles concentran una gran parte de la atención y los recursos de las agencias de competencia en el mundo por los efectos nocivos que generan en el mercado. Ecuador no es la excepción, el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada y paralelismo consciente que tengan por objeto o efecto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia. Si bien consentimos en que es necesario prohibir las prácticas restrictivas consideramos que, debido a su naturaleza, las conductas conscientemente paralelas no deberían interpretarse como prácticas restrictivas y, por ende, no deberían ser sancionadas. Este trabajo de titulación tiene por objetivo demostrar que la legislación ecuatoriana ha incurrido en un error económico y jurídico al interpretar a las conductas conscientemente paralelas como prácticas restrictivas de la competencia debido a que ha dejado de lado la estructura que las impulsa: el oligopolio interdependiente.



## ***Abstract***

*Cartels concentrate a large part of the attention and the resources of the agencies of competition in the world for the harmful effects they generate in the market. Ecuador is no exception, article 11 of the Organic Law of Regulation and Control of Market Power prohibits any agreement, decision of associations, concerted practice and conscious parallelism whose object or effect is to prevent, restrict or distort competition. While we agree that it is necessary to prohibit restrictive practices, we consider that, because of their nature, conscious parallelism should not be interpreted as restrictive practices and, therefore, should not be sanctioned. This thesis aims to demonstrate that Ecuadorian law has incurred in an economic and legal error in interpreting conscious parallelism as restrictive practices of competition because it has neglected the structure that drives them: oligopolistic interdependence.*

## ÍNDICE

<b>I. ABREVIATURAS .....</b>	<b>xi</b>
<b>II. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>III. DESARROLLO .....</b>	<b>3</b>
<b>1. DIFERENCIAS EN LOS CARTELES CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 11 DE LA LEY     ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO.....</b>	<b>3</b>
1.1. ACUERDO .....	4
1.2. DECISIONES O RECOMENDACIONES COLECTIVAS .....	7
1.3. PRÁCTICAS CONCERTADAS .....	10
1.4. CONDUCTAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS.....	14
1.5. OBJETO O EFECTO DE RESTRINGIR, FALSEAR O DISTORSIONAR LA COMPETENCIA	18
<b>2. ¿CUÁL ES EL PROBLEMA QUE SE DERIVA DEL ERRÓNEO TRATAMIENTO ECONÓMICO     Y JURÍDICO DEL PARALELISMO CONSCIENTE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA?.....</b>	<b>20</b>
2.1. LA INTERDEPENDENCIA OLIGOPOLÍSTICA Y EL PARALELISMO CONSCIENTE .....	20
2.2. TRATAMIENTO DEL PARALELISMO CONSCIENTE EN EL DERECHO COMPARADO ...	27
2.3. ¿POR QUÉ EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS NO SE SANCIONAN LOS OLIGOPOLIOS INTERDEPENDIENTES COMO UNA FORMA ESPECÍFICA DE PRÁCTICA RESTRICTIVA? .....	32
<b>3. LAS CONDUCTAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS NO DEBEN SER SANCIONADAS ...</b>	<b>37</b>
3.1. LA SANCIÓN NO ES UNA FORMA EFICIENTE DE ABORDAR EL PARALELISMO CONSCIENTE .....	38
3.2. LOS REMEDIOS ESTRUCTURALES NO PRODUCEN UN EFECTO DESEABLE DENTRO DEL MERCADO .....	46
3.3. NUEVOS MECANISMOS DE ACCIÓN QUE PUEDE TOMAR LA AUTORIDAD RESPECTO DE LAS CONDUCTAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS.....	50
<b>IV. CONCLUSIONES .....</b>	<b>55</b>
<b>V. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>58</b>

## I. Abreviaturas

<b>Abreviatura</b>	<b>Explicación</b>
§	Sección
FTC	La Comisión Federal de Comercio es la agencia federal de Estados Unidos que ejerce su competencia en el ámbito de protección al consumidor, así como en Derecho de competencia.
LORCPM	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.
SCPM	Superintendencia de Control del Poder de Mercado es el organismo técnico de control ecuatoriano que tiene por objetivo asegurar la transparencia, eficiencia en los mercados y fomentar la competencia.
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C326/49, de 26 de octubre de 2012.

## II. Introducción

En octubre de 2011, se promulgó la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo «LORCPM») primera normativa que se dirige a regular y controlar el Derecho de competencia en el país. Al ser un área del Derecho que es relativamente nueva, es necesario abordar una de las problemáticas que dificulta la correcta evolución del Derecho de competencia en el Ecuador: las conductas conscientemente paralelas.

Estas conductas han sido objeto de debates constantes en la doctrina y jurisprudencia internacional debido a su naturaleza, forma de configuración y, sobre todo, respecto de los efectos que despliegan dentro del mercado. Este debate surge en razón de la estructura que da luz a esta conducta; el oligopolio interdependiente.

Los operadores económicos, en cualquier estructura de mercado, tienen como objetivo fundamental maximizar sus beneficios; esta es una de las proyecciones más palpables de la racionalidad de un operador económico. Para alcanzar el objetivo mencionado, los operadores económicos deberán, sobre la base de la eficiencia y racionalidad, utilizar toda la información disponible para mejorar las probabilidades de diseñar y ejecutar una estrategia ganadora en el mercado.

Así, la conducta racional de los operadores económicos es esperable y deseable en mercados perfectamente competitivos, donde empujará a la consecución de resultados eficientes. En cambio, en mercados oligopólicos interdependientes, la actuación racional de los operadores suele conducir a resultados indeseables: la particular estructura del mercado interdependiente produce, ante la actuación racional, una subida de precios a un nivel supra-competitivo propia de las prácticas restrictivas. Este es el dilema que nos presenta el oligopolio interdependiente.

Esta consecuencia generó que las conductas conscientemente paralelas sean consideradas, en un inicio, prácticas restrictivas de la competencia. No obstante, al analizar que el resultado del mercado deviene de la estructura oligopólica interdependiente y no de la coordinación entre operadores económicos la mayoría de países han dado marcha atrás y han cesado en considerar a las conductas conscientemente paralelas como prácticas restrictivas de la competencia.

A pesar de ello, el artículo 11 de la LORCPM prohíbe y sanciona todo «acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos

[...] cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia [...]<sup>1</sup>. De lo que se desprende del articulado, es evidente que el régimen ecuatoriano ha optado por considerar a las conductas conscientemente paralelas como cualquier otra práctica restrictiva de la competencia. Esto significa que: (i) no se distinguió el origen que caracteriza a las conductas conscientemente paralelas respecto del origen de los acuerdos, decisión o recomendación colectiva y prácticas concertadas y, (ii) que existe un divorcio entre teoría económica y definición legal lo que provoca una errónea interpretación de la naturaleza de esta conducta.

Sobre la base de lo mencionado, la posición del presente trabajo frente al problema jurídico planteado es demostrar que al incurrir en esta errónea interpretación de la figura del paralelismo consciente se afecta de manera sustancial el mercado y el Derecho de competencia ecuatoriano. Se fija una sanción y prohibición estricta al paralelismo consciente sin que se distinga el origen de las conductas o los principios económicos detrás de ellas. Existe un divorcio entre la aplicación legal de la prohibición y su fundamento económico que provocan que existan mecanismos sancionatorios que no producen efectos eficientes ni deseables en el mercado.

Para llegar esta conclusión fue necesario abordar tres temas principales: [1] las diferencias en los carteles contenidos en el artículo 11 de la LORCPM, [2] el problema que se deriva del erróneo tratamiento económico y jurídico del paralelismo consciente en la legislación ecuatoriana y, finalmente, [3] por qué las conductas conscientemente paralelas no deben ser sancionadas. El objetivo de la primera sección es diferenciar de manera correcta cuáles son los tipos de prácticas restrictivas de la competencia, dilucidar que las [1.4] conductas conscientemente paralelas tienen un fundamento diferente a los [1.1] acuerdos, [1.2] decisión o recomendación colectiva y [1.3] práctica concertada. En definitiva, estos tipos de carteles tienen por objetivo actuar, dentro del mercado, coordinadamente para sustituir los riesgos de la competencia y generar un [1.5] efecto u objeto anticompetitivo.

La segunda sección busca exponer el problema que se deriva del erróneo tratamiento económico y jurídico del paralelismo consciente en la legislación ecuatoriana. Para ratificar dicho planteamiento explicamos [2.1] la relación que existe entre la interdependencia oligopolística y el paralelismo consciente, siendo este primer elemento el origen de la conducta y la respuesta de por qué no debería considerarse

---

<sup>1</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 11. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

como una práctica restrictiva de la competencia. Luego exponemos el [2.2] tratamiento que ha recibido el paralelismo consciente en el Derecho Comparado, específicamente en este trabajo de titulación nos hemos referido constantemente a [2.3] Estados Unidos y Europa debido a que, en un inicio, trataban al paralelismo consciente como una manifestación jurídica análoga a las prácticas restrictivas. No obstante, a partir del estudio profundo que se ha realizado del oligopolio interdependiente y los problemas que esta particular estructura de mercado supone para el Derecho y la economía, tanto Estados Unidos como Europa han decidido dar marcha atrás y tratar de encontrar mecanismos alternativos eficientes para abordar el paralelismo consciente.

Finalmente, la última sección concluye que las conductas conscientemente paralelas no deben ser sancionadas. Para llegar a dicha conclusión, se demuestra que [3.1] la sanción no es una forma eficiente de abordar el paralelismo consciente ya que las sanciones no modifican la estructura de mercado pues no impiden que la conducta de los operadores económicos deje de ser conscientemente paralela. En esta línea, ratificamos que si bien [3.2] los remedios estructurales pueden modificar la estructura oligopolística interdependiente no producen un efecto deseable dentro del mercado, ya que pueden generar, sin duda alguna, efectos adversos para el mercado y los competidores. Sobre la base de lo expuesto, concluimos el trabajo de titulación recomendando [3.3] nuevos mecanismos de acción que puede tomar la autoridad respecto de las conductas conscientemente paralelas<sup>2</sup>.

### **III. Desarrollo**

#### **1. Diferencias en los carteles contenidos en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**

En el régimen de competencia ecuatoriano, el artículo 11 de la LORCPM prohíbe<sup>3</sup> las prácticas restrictivas:

---

<sup>2</sup> Es importante anticipar al lector en relación a la metodología de investigación, que en la mayoría de secciones de este trabajo de titulación recurrimos a jurisprudencia extranjera específicamente que corresponde a Estados Unidos y Europa que, si bien no son vinculantes para el Ecuador, son excelentes exponentes de cómo ha mutado el tratamiento hacia las conductas conscientemente paralelas. Ha sido la jurisprudencia y doctrina internacional la que ha zanjado el debate respecto de este tipo de conductas por ello consideramos imperativo referirnos a ellas.

<sup>3</sup> Si bien el encabezado de la Sección 3 de la LORCPM se refiere a «acuerdos y prácticas restrictivas», creemos que tal construcción es un error. Los acuerdos no son equivalentes a las prácticas restrictivas, sino que existe entre ellas una relación género – especie, siendo las prácticas restrictivas el género, y el acuerdo una forma específica de manifestación. En este trabajo nos referiremos al género, únicamente, como prácticas restrictivas.

Artículo 11.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo **acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela**, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general<sup>4</sup>. (Énfasis añadido).

En el presente capítulo analizaremos las cuatro formas de manifestación de las prácticas restrictivas: [1.1] acuerdo, [1.2] decisión o recomendación colectiva, [1.3] práctica concertada y [1.4] práctica conscientemente paralela. Además, se realizará un análisis de lo que implica para las prácticas restrictivas el [1.5] objeto o efecto de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia.

Debemos precisar que, si bien se trata de instituciones distintas, las prácticas restrictivas contenidas en el artículo 11 son manifestaciones de un mismo concepto jurídico-económico. Esto en razón de que, el elemento esencial de las prácticas restrictivas es la coordinación y cooperación que adquieren los operadores económicos para desenvolverse dentro del mercado. Así, lo que producen las prácticas restrictivas es que los competidores coordinen su comportamiento en el mercado y/o traten de influenciar en los parámetros pertinentes de la competencia mediante estas prácticas<sup>5</sup>. Al adquirir estas prácticas, los operadores dejan de actuar unilateral e independientemente, esto genera un riesgo en la competencia pues reduce significativamente su eficiencia<sup>6</sup>.

### 1.1. Acuerdo

El acuerdo es la forma típica de práctica restrictiva, donde «exist[e] un intercambio de voluntades entre varias personas que puedan ser considerados operadores económicos independientes»<sup>7</sup>; una «conurrencia de voluntades, al menos, entre dos partes»<sup>8</sup>. Así, no puede existir un acuerdo restrictivo entre dos operadores económicos

---

<sup>4</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 11. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

<sup>5</sup> BELLAMY y CHILD. *European Union Law of Competition*. 7ma ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 282. (Traducción libre).

<sup>6</sup> *Id.*, p. 133.

<sup>7</sup> Alberto ARRIBAS *et al.* *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. 3era ed. Navarra: Thomson Reuters, 2012, p. 40.

<sup>8</sup> BELLAMY Y CHILD. *European Union Law of Competition*. *Óp. cit.*, p. 100.

que, aunque jurídicamente independientes<sup>9</sup>, formen parte de una entidad económica única<sup>10</sup>.

El Tribunal de Justicia<sup>11</sup> en *Bayer c. Comisión*<sup>12</sup>, determinó que un «acuerdo se centra en la existencia de una concurrencia de voluntades entre dos partes, la forma en la que se manifiesta carece de importancia siempre y cuando se constituya la expresión fiel de la intención de las partes»<sup>13</sup>. Es así que se considera que «[...] la concurrencia genuina de la voluntad entre las partes constituye un acuerdo sobre la base de lo prescrito en el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea»<sup>14</sup> (en lo sucesivo «TFUE»).

Los acuerdos, entonces, son una concertación de voluntades que contiene una intención. Así, es necesario recalcar que cuando un acuerdo contiene lo previamente señalado no existen elementos adicionales que le pueden revocar validez o eficacia, por

---

<sup>9</sup> Tomando las palabras del artículo 191 del Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero.

<sup>10</sup> Si bien la LORCPM se refiere a «personas vinculadas» y «grupos económicos», usaremos la formulación europea de «entidad económica única» para referirnos al actuar coordinado de los operadores económicos. La primera vez que se desarrolló este concepto en el Derecho Europeo fue en el caso *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión*. El tribunal declaró que: «las demandantes no pueden negar que Europemballage, constituida el 20 de febrero de 1970 por Continental, es filial de ésta; que la circunstancia de que la filial tenga una personalidad jurídica distinta no basta para evitar que su comportamiento se impute a la sociedad matriz; que tal puede ser el caso cuando la filial no decide su comportamiento en el mercado de forma autónoma, sino que aplica las instrucciones que le imparte la sociedad matriz». Tribunal de Justicia. Caso *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión*. Asunto 6/72. Sentencia de 21 de febrero de 1973, párr. 15.

<sup>11</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene a su disposición dos órganos jurisdiccionales; el Tribunal de Justicia y el Tribunal General. El primero se encarga de: (i) procedimientos directos contra los Estados miembros, institución, órgano u organismo de la Unión Europea y (ii) procedimientos indirectos, relacionados a la validez de estos ante los tribunales o cortes nacionales. En definitiva, ejerce su jurisdicción exclusiva sobre las acciones entre las instituciones y las interpuestas por un Estado miembro en contra del Parlamento Europeo y/o contra el Consejo. La segunda, se encarga de conocer todos los demás recursos de este tipo, en particular aquellos interpuestos por particulares y de los interpuestos por un Estado miembro contra la Comisión. Parlamento Europeo. *Las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_1.3.10.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.3.10.html) (acceso: 12/06/2017).

<sup>12</sup> Dentro de la jurisprudencia europea se ha determinado que los acuerdos usualmente son utilizados con el objetivo de limitar las exportaciones e importaciones de los Estados miembros, esto es considerado por la Comisión Europea como particularmente dañino para la integración de los mercados. En el caso *Bayer c. Comisión* se determinó que *Bayer*, con base en el estudio que había realizado sobre el cálculo de las necesidades de su producto en el mercado español, decidió racionar las cantidades suministradas a sus distribuidores. El hecho de que los distribuidores de *Bayer* hayan aceptado distribuir el producto en tales condiciones «bastaba para concluir que existía un concurso de voluntades y, por tanto, un acuerdo». Luis ORTIZ BLANCO *et al.* Manual de Derecho de la Competencia. Madrid: Tecnos, 2008, p. 74.

<sup>13</sup> Richard WHISH y David BAILEY. *Competition Law*. 8va. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 103. (Traducción libre).

<sup>14</sup> *Id.*, p. 104.



eso, varios autores han determinado que la forma del acuerdo es absolutamente irrelevante. Es decir, la palabra acuerdo «no se limita a contratos vinculantes: es suficiente con que una de las partes voluntariamente límite su libertad de acción en relación con la otra»<sup>15</sup>. En razón de aquello, un acuerdo puede ser un contrato legal, un compromiso de litigio, un acuerdo de delimitación de marca o una solución de patente, un *gentleman's agreement* o simples entendimientos, cada uno de ellos debe haber sido considerados como acuerdos así no sean jurídicamente vinculantes<sup>16</sup>.

Los factores, por tanto, que no tienen relevancia a la hora de constatar la existencia de un acuerdo son: (i) la forma contractual, (ii) el hecho de que se haga o no una descripción detallada de la conducta, (iii) la observación o no de sus disposiciones, (iv) su terminación formal, (v) el cambio de las partes en el tiempo o (vi) las razones de las partes para alcanzar dichos acuerdos<sup>17</sup>.

Entonces, lo que debe rescatarse de los acuerdos es el efecto u objeto que ocasionan [*infra* §1.5] en el mercado. Así, estos deben «restringir, falsear o distorsionar<sup>18</sup> la competencia, o afect[ar] negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general»<sup>19</sup>.

La Comisión Europea, los Tribunales comunitarios y las autoridades nacionales de defensa de la competencia<sup>20</sup> han entendido el término acuerdo sobre la base de parámetros eminentemente pragmáticos. El factor esencialmente relevante para analizar el término acuerdo es el «abandono del comportamiento independiente, y la existencia de un objetivo común y una fórmula propia de cooperación [...], esto es, con capacidad real de determinar autónomamente su comportamiento en el mercado antes de suscribir el acuerdo»<sup>21</sup>. Así, el fin último del acuerdo es el concierto de voluntades para generar un efecto que, de alguna manera, incida desfavorablemente en el mercado.

Se ha determinado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia dos formas mediante las cuales se puede establecer la aquiescencia para que tenga lugar un acuerdo. En primer lugar, la aquiescencia puede deducirse de los «poderes establecidos en un

---

<sup>15</sup> Luis ORTIZ BLANCO *et al.* Manual de Derecho de la Competencia. *Óp. cit.*, p. 72.

<sup>16</sup> Richard WHISH y David BAILEY. *Competition Law*. 7ma. ed. Oxford: University Press, 2012. p. 100. (Traducción libre).

<sup>17</sup> Alberto ARRIBAS *et al.* *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. *Óp. cit.*, p. 40.

<sup>18</sup> Dentro del análisis de este trabajo, se considerarán a estos calificativos como sinónimos.

<sup>19</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 11. *Óp. cit.*

<sup>20</sup> Las autoridades a las que se hace alusión en esta sección, son autoridades europeas.

<sup>21</sup> Alberto ARRIBAS *et al.* *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. *Óp. cit.*, p. 40

contrato entre las partes y, en segundo lugar, puede haber aquiescencia tácita cuando una de las partes requiere, explícita o implícitamente, la cooperación o asistencia de la otra parte para la aplicación de su política unilateral y la otra parte cumple aplicando esa política»<sup>22</sup>. El caso hito que define la aquiescencia tácita es el caso *Bayer c. Comisión*, el Tribunal de Justicia determinó que es necesario que «la manifestación del deseo de una de las partes contratantes de alcanzar un objetivo anticompetitivo constituya una invitación a la otra parte, ya sea expresa o implícita, a cumplir conjuntamente ese objetivo»<sup>23</sup>. De esa manera no es necesario una manifestación expresa del consentimiento, basta con que el operador económico, de manera tácita, adopte la conducta para cumplir la política anticompetitiva.

Cabe recalcar que los operadores económicos que se han visto *obligados*<sup>24</sup> a seguir la conducta del otro operador, no pueden legitimar su conducta bajo esta justificación. El Tribunal de Justicia en el caso *Trélifeurope c. Comisión* fue enfática en establecer que el operador económico que no está de acuerdo con la conducta exigida debe presentar una denuncia ante la autoridad competente en lugar de formar parte de la infracción<sup>25</sup>. En casos determinados la Comisión ha tomado bajo consideración la presión que sienten los operadores económicos para disminuir las sanciones, no imponer sanciones o, en definitiva, no iniciar ningún procedimiento<sup>26</sup>.

## 1.2. Decisiones o recomendaciones colectivas

Las decisiones o recomendaciones colectivas se manifiestan mediante la «expresión de voluntad de un ente de tipo asociativo que, en virtud de cualquiera de los mecanismos posibles a su alcance, [...] tiende a uniformizar el comportamiento de sus miembros, obligándoles a actuar de forma común»<sup>27</sup>. En este sentido, la asociación de operadores o empresas busca representar a un grupo de operadores económicos con el objetivo que adopten reglas, que son la expresión de la voluntad de los representantes,

---

<sup>22</sup> BELLAMY Y CHILD. *European Union Law of Competition*. Óp. cit., p. 103.

<sup>23</sup> *Id.*, p. 104.

<sup>24</sup> Se debe entender el término dentro del marco de una situación de presión de parte de los operadores económicos para que otros operadores formen parte del acuerdo.

<sup>25</sup> BELLAMY Y CHILD. *European Union Law of Competition*. Óp. cit., p. 104.

<sup>26</sup> *Id.*, p. 102.

<sup>27</sup> Alberto ARRIBAS *et al.* *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Óp. cit., p. 42

para obtener un comportamiento específico dentro de la actividad comercial que desarrollen<sup>28</sup>.

Se ha determinado en la doctrina, así como en la jurisprudencia que es absolutamente irrelevante la forma legal o jurídica que adopte una asociación, así, puede ser aquella que no tenga una personalidad jurídica propia, por ejemplo, pueden ser asociaciones: «(i) asociaciones sin ánimo de lucro, (ii) asociaciones de asociaciones de empresas, (iii) cooperativas agrícolas y (iv) asociaciones públicas»<sup>29</sup>. Adicionalmente, en relación a la forma de manifestación de las decisiones que son adoptadas por una asociación se ha definido que tampoco es relevante el título o la naturaleza aparente del documento<sup>30</sup>. Las decisiones se refieren a las reglas y regulaciones que deben ser adoptadas por los miembros de las asociaciones, estas pueden ser: no vinculantes para sus miembros, códigos de conducta, directrices, regulaciones internas, circulares, protocolos, estatutos de la misma asociación o tener forma de recomendación.

Lo esencialmente relevante es que, «a pesar del estatuto del documento legal, si constituye un fiel reflejo de la voluntad de la asociación de empresas de coordinar el comportamiento de los miembros en el mercado»<sup>31</sup>, constituye una decisión. Por tanto, no es admisible que algunos miembros de la asociación aleguen que no formaron parte de la decisión o recomendación o, simplemente, no la adoptaron. El Tribunal de Justicia ha determinado en el caso *Verband Der Sachversicherer* lo siguiente: «no tendría ninguna importancia saber si cada miembro individual ha sido asociado a la génesis de la recomendación o si ha emitido un voto favorable a ésta [sic] por cuanto la obligación de todos los miembros de la asociación es respetar las disposiciones estatutarias»<sup>32</sup>. Con tal de que la decisión guíe el comportamiento de los miembros de la asociación en el mercado, se entiende que su conducta puede llegar a falsear la competencia.

---

<sup>28</sup> Cristina CUCU. *Agreements, Decisions and Concerted Practices: key concepts in the analysis of anticompetitive agreements*. [https://app.vlex.com/#WW/search/\\*/agreements+between+undertakings%2C+decisions+by+associations+of+undertakings+and+concerted+practices/WW/vid/467951014/graphical\\_version](https://app.vlex.com/#WW/search/*/agreements+between+undertakings%2C+decisions+by+associations+of+undertakings+and+concerted+practices/WW/vid/467951014/graphical_version) (acceso: 23/05/17). (Traducción libre).

<sup>29</sup> Van BAEL y BELLIS. *Competition Law of the European Community*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2005, p. 435. (Traducción libre).

<sup>30</sup> Cristina CUCU. *Agreements, Decisions and Concerted Practices: key concepts in the analysis of anticompetitive agreements*. *Óp. cit.*

<sup>31</sup> BELLAMY Y CHILD. *European Union Law of Competition*. *Óp. cit.*, p. 133.

<sup>32</sup> Tribunal de Justicia. *Caso Verband Der Sachversicherer c. Comisión*. Colonia. Sentencia de 27 de enero de 1987. Asunto 45/85. (Unión Europea).

El Tribunal de Justicia, en el caso mencionado, prescribió que constituye una recomendación de asociación de empresas, «cualquiera que sea la naturaleza jurídica de tal recomendación, que constituya la fiel expresión de la voluntad de aquella [sic] de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado»<sup>33</sup>. Y, además, se realizó la salvedad que no todas las «asociaciones de empresas» se relacionan con la práctica restrictiva de la competencia prescrita en el artículo 11 de la LORCPM o en el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Es totalmente permisible «la asociación en el sentido de que varias empresas independientes se asocien, por ejemplo, en reuniones o en un proyecto determinado»<sup>34</sup>.

Así, el elemento que debe primar al momento de tratar de identificar el objetivo primordial de la decisión o recomendación colectiva es que, el órgano de gobierno de la asociación, afecte desfavorablemente la competencia mediante su objeto o efecto<sup>35</sup>. Para poder desplegar estos efectos nocivos en el mercado, la asociación debe, sobre la base de un poder de imposición, establecer determinadas conductas a sus miembros para que desarrollen sus actividades comerciales<sup>36</sup>. Por dicha razón, emerge la prohibición a esta práctica restrictiva, se busca evitar que los operadores evadan las reglas de la competencia simplemente por la forma en que coordinan su comportamiento en el mercado<sup>37</sup>. Una vez que los operadores establecen un tipo de conducta en el mercado, bajo el paraguas de una asociación, influyen en la «determinación de los precios [...] en función de los cálculos de costes y rentabilidad de su empresa evaluados individualmente por cada uno de los empresarios que están operando en el mismo mercado»<sup>38</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha sancionado varios casos en los que se determinó que, con base en la conducta adoptada por las asociaciones, se vulneró la competencia. Uno de ellos es el caso de la *Empresa Nacional Siderúrgica S.A. c. Comisión*, en este caso diecisiete empresas siderúrgicas europeas y una de las

---

<sup>33</sup> Diego LOMA-OSORIO LERENA *et al. Tratado de Derecho de la Competencia*. Pamplona: Thomson Reuters, 2013, p. 108.

<sup>34</sup> BELLAMY Y CHILD. *European Union Law of Competition*. *Óp. cit.*, p. 132.

<sup>35</sup> Estas características de las prácticas restrictivas serán abordadas más adelante.

<sup>36</sup> Cristina CUCU. *Agreements, Decisions and Concerted Practices: key concepts in the analysis of anticompetitive agreements*. *Óp. cit.*

<sup>37</sup> Tribunal de Justicia. *Caso Wouters y otros*. Países Bajos. Sentencia de 19 de febrero de 2002. Asunto C-309/99. (Unión Europea).

<sup>38</sup> Antonio CREUS CARRERAS, Olivia AMADOR PEÑATE y Gerard PÉREZ OLMO. *Código de Derecho de la Competencia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2006, p. 16.

asociaciones profesionales habían participado en la toma de decisiones en el mercado comunitario de las vigas<sup>39</sup>. Debido a dificultades que se estaban desarrollando en este mercado, la Comisión estableció una política de elaboración de precios y, además, estableció recomendaciones. No obstante, las empresas de este sector adoptaron la decisión de la Comisión para fijar precios y, así, influenciar en el mercado sobre la base de la conducta colectiva adoptada. Otro caso que sancionó la Comisión fue *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (CNSD) c. Comisión*, el CNSD era una asociación de empresas que representaba a los agentes de aduanas. La asociación estableció una tarifa mínima y máxima fija, la tarifa aplicaba para cada prestación profesional de los agentes de aduanas. De acuerdo a la Comisión, «la tarifa establecida por el CNSD puede afectar al comercio entre los Estados miembros en la medida en que esta tarifa establece precisamente el precio de todas las operaciones aduaneras, relativas a las importaciones en Italia y a las exportaciones de Italia»<sup>40</sup>.

### 1.3. Prácticas concertadas

Las prácticas concertadas son una forma particular de clasificación de las conductas restrictivas debido a que los operadores económicos pueden llegar a establecer una forma de cooperación, sin tener necesariamente que incurrir en un acuerdo<sup>41</sup>. Así, debe entenderse por práctica concertada «una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas<sup>42</sup>. Esta cooperación entre las empresas debe «permitir a los interesados consolidar posiciones establecidas en el mercado en detrimento de la libre circulación efectiva de

---

<sup>39</sup> Tribunal de Justicia. *Caso Empresa Nacional Siderúrgica S.A. (Ensidesa) c. Comisión*. Sentencia de 11 de marzo de 1999. Asunto T-157/94. (Unión Europea).

<sup>40</sup> Tribunal de Justicia. *Caso Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (CNSD) c. Comisión*. Sentencia de 30 de marzo de 2000. Asunto T-513/93. (Unión Europea).

<sup>41</sup> Se ha considerado dentro de la doctrina europea que el objetivo de tener «acuerdos» y «prácticas concertadas» es para extender el ámbito de aplicación del Artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Así, el Tribunal de Justicia ha determinado que el concepto de prácticas concertadas se ha desarrollado para aquellos casos en los que la evidencia es insuficiente para demostrar la presencia de un acuerdo restrictivo de la competencia. BELLAMY Y CHILD. *European Union Law of Competition*. 7ma ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 113.

<sup>42</sup> Luis ORTIZ BLANCO *et al.* Manual de Derecho de la Competencia. *Óp. cit.*, p. 79. Esta definición ha sido recogida en varias jurisprudencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, así es una definición recurrente en: T-Mobile y otros c. Comisión. Países Bajos. Sentencia de 4 de junio de 2009. Asunto C-8/08, párr. 26, Suiker Unie y otros c. Comisión. Sentencia de 16 de diciembre de 1975, Ahlstrom Osakeyhtio y otros c. Comisión sentencia de 31 de marzo de 1993 y, sobre todo, en el caso Imperial Chemical Industries (ICI) c. Comisión (Dyestuffs).

los productos en el mercado interior y de la libertad de los consumidores de elegir a sus proveedores»<sup>43</sup>. Por ello se explica que el elemento esencial de la coordinación y cooperación entre operadores debe significar que las empresas no determinan su conducta de manera independiente en el mercado, por el contrario, de manera conjunta buscan operar igual, esto provoca un riesgo en la competencia pues reduce significativamente su eficiencia<sup>44</sup>.

Lo expuesto nos permite abordar los requisitos creados por la Corte General en el caso *Polypropylene*:

(i) dos o más operadores económicos conciertan juntos, (ii) las empresas se comportan en el mercado con arreglo a esas prácticas colusorias, (iii) existe una relación entre causa y efecto entre la concertación y la conducta en el mercado. Hay una presunción refutable de que las empresas que participan en la acción concertada y que siguen activos en el mercado tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en ese mercado<sup>45</sup>.

Estos requisitos nos permiten abordar el elemento esencial de las prácticas concertadas: la transferencia de información. Para que se constituya una práctica concertada es necesario que los operadores económicos dispongan de información relevante que les permita cartelizar el mercado<sup>46</sup>. La información que usualmente utilizan los operadores económicos para coludir es la información sobre precios, características de los productos, volumen de ventas y demás elementos que les habilitan a restringir la competencia en su favor. No obstante, lo dicho no significa que la mera transferencia de información represente que se está falseando la competencia o afectando negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea enuncian que «el intercambio de información es una característica común a muchos mercados competitivos que puede generar diversos tipos de mejoras de eficiencia»<sup>47</sup> pues «la transparencia creada por los intercambios de información puede producir eficiencias y beneficios tanto para los proveedores como

---

<sup>43</sup> Ariel EZRACHI. *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*. 3era. ed. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 64. (Traducción libre).

<sup>44</sup> BELLAMY Y CHILD. *European Union Law of Competition*. *Óp. cit.*, p. 133.

<sup>45</sup> *Id.*, p. 114.

<sup>46</sup> Tribunal General. *Caso Hüls AG. contra Comisión Europea*. Sentencia de 8 de julio de 1999. Asunto C-199/92 P. (Unión Europea).

<sup>47</sup> Comisión Europea. *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=ES) (acceso: 22/05/17).

para los consumidores»<sup>48</sup>. Por ejemplo, el intercambio puede: (i) solucionar problemas de asimetrías de información, (ii) ayudar a las empresas ahorrar sus costes, (iii) hacer posible una entrega rápida de los productos a los clientes, (iv) resolver la inestabilidad de la demanda, (v) beneficiar a los consumidores pues reducen sus costes de búsqueda y (vi) mejorar las posibilidades de elección de los consumidores<sup>49</sup>.

Por tanto, para que la transferencia de información entre competidores se considere contraria a las normas de competencia, es necesario que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una práctica concertada se interpreten a la luz de la lógica inherente de las disposiciones sobre competencia<sup>50</sup>. En este sentido, todo «operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común»<sup>51</sup>, de manera que no permita que los operadores económicos tengan pleno conocimiento de las estrategias de mercado que adopta<sup>52</sup>. Así, «el intercambio de información entre competidores tendrá un objetivo contrario a la competencia cuando sea apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes»<sup>53</sup>.

En relación a la forma de intercambio de información en una práctica concertada, se ha definido en la doctrina que existen diferentes métodos, se incluyen «la adquirida por terceros y publicada con fines estadísticos, intercambio de cuestionarios entre diferentes compañías, encuestas realizadas por las cámaras o asociaciones, información intercambiada directamente entre competidores con relación a ahorros, costos de producción, entre otras<sup>54</sup>». Si bien es necesario que exista un intercambio de información, no es absolutamente necesario que el intercambio de información sea formal. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró en el caso *Cemento* «que no es necesario demostrar que un operador económico se ha comprometido

---

<sup>48</sup> Luis D. S. MORAIS y Lucio T. FETEIRA. *Competition Case Law Digest. A synthesis of EU and national leading cases*. Concurrences: Reino Unido, 2015, p. 45. (Traducción libre).

<sup>49</sup> Comisión Europea. *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*. Óp. cit.

<sup>50</sup> Tribunal de Justicia. Caso. *T-Mobile Netherlands BV y otros contra Raad Van Bestuur Van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*. Sentencia de 4 de junio de 2009. Asunto C-8/08. (Unión Europea).

<sup>51</sup> Tribunal General. *Caso Fresh Del Monte Produce, Inc. contra Comisión Europea*. Sentencia de 14 de marzo de 2013. Asunto T-587/08. (Unión Europea).

<sup>52</sup> Comisión Europea. *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*. Óp. cit.

<sup>53</sup> Tribunal General. *Caso Fresh Del Monte Produce, Inc. contra Comisión Europea*. Óp. cit.

<sup>54</sup> Amílcar PEREDO RIVERA. *Derecho de la Competencia Económica. Teoría y Práctica*. México DF: Porrúa, 2014, p. 113.

formalmente o ha adoptado una determinada conducta. Basta con que, mediante su declaración de intenciones, el competidor elimine o, al menos, reduzca sustancialmente la incertidumbre sobre la conducta que se espera de ella en el mercado»<sup>55</sup>.

Es por ello que, dentro del carácter probatorio de las prácticas concertadas, si bien debe existir cooperación entre los operadores económicos, se puede constituir una práctica concertada sobre la base de «una prueba sólida [si] tal práctica conduce a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, habida cuenta de la naturaleza de los productos, del tamaño y del número de las empresas y del volumen de dicho mercado»<sup>56</sup>. Es decir, se puede configurar la práctica concertada sobre la base de la modificación de las condiciones normales de la competencia, en caso de que el mercado presente elementos que no lo caracterizan. En este sentido, sobre la base de la sentencia del Tribunal General en el caso *Fresh del Monte c. Comisión* se estableció justamente que, además de la concertación entre las empresas, debe haber un comportamiento en el mercado que siga a la concertación, es decir, una relación de causa y efecto<sup>57</sup>.

Por ello, en el caso *T-Mobile Netherlands* se estableció que una reunión entre competidores en la que se comparte (sin acordar) los planes futuros de precios pueden ser suficiente para que se caracterice una práctica restrictiva, es decir, un cártel. Es necesario recalcar que no es preciso que el intercambio de información sea recíproco para que se constituya una práctica restrictiva de la competencia. Las Cortes de la Unión Europea han definido de manera clara que no es obligatorio que dos competidores revelen las intenciones de sus precios para ser sancionados; es suficiente que uno revele sus precios futuros al otro, se presume que aceptó la información y lo usó para ajustar su conducta en el mercado<sup>58</sup>. En esta línea, el Tribunal de Justicia enfatizó en el caso *Wood Pulp*<sup>59</sup> que el simple hecho de anunciar los precios de parte de los competidores no

---

<sup>55</sup> BELLAMY Y CHILD. *European Union Law of Competition*. 7ma ed. *Óp. cit.*, p. 115.

<sup>56</sup> Luis D. S. MORAIS y Lucio T. FETEIRA. *Competition Case Law Digest. A synthesis of EU and national leading cases*. *Óp. cit.*, 43.

<sup>57</sup> Tribunal General. *Caso Fresh Del Monte Produce, Inc. contra Comisión Europea*. *Óp. cit.*

<sup>58</sup> Peter D. CAMESASCA y Laurie-Anne GELIER. “Close Your Eyes”? Navigating the Tortuous Waters of Conscious Parallelism and Signaling in the European Union. *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 7. (2016), p. 3. (Traducción libre).

<sup>59</sup> Un extracto de la sentencia del caso *Wood Pulp* detalla lo siguiente: «Los efectos de los acuerdos y prácticas sobre los precios anunciados y/o facturados a los clientes y sobre las reventas de pasta en la Comunidad han sido no sólo sustanciales, sino además intencionales y han sido la consecuencia primera y directa de los acuerdos y prácticas». Tribunal de Justicia. *Caso Wood Pulp c. Comisión*. Sentencia de 27 de septiembre de 1988. Asunto 89/85.



constituye una práctica concertada. A menos que la concertación entre los operadores económicos constituya «la única explicación plausible» para los anuncios. «En otras palabras, el Tribunal de Justicia considera claramente que los anuncios paralelos de precios de los rivales no pueden transformarse en señalización de precios sin circunstancias extraordinarias, a saber, cuando no tengan otra explicación plausible que la colusión»<sup>60</sup>.

#### 1.4. Conductas conscientemente paralelas

La última práctica restrictiva de la competencia contenida en el artículo 11 de la LORCPM son las conductas conscientemente paralelas<sup>61</sup>. De acuerdo a Domingo Valdés Prieto esta práctica es

[una] característica de los mercados que presentan una estructura oligopolística, una alta homogeneidad en los productos y gran transparencia en los precios. En tales mercados se ha constatado que cada competidor planifica su estrategia comercial considerando el comportamiento esperado de sus rivales. [...] Esto se traduce en una interdependencia conductual en materia de precios y, por tanto, las variaciones del equilibrio entre la oferta y la demanda tendrán correlativamente una equivalencia en las alzas y bajas de los precios del mercado respectivo. Por lo expuesto, esta práctica es también conocida como «interdependencia oligopolística» o «colusión tácita»<sup>62</sup>.

Si bien la cita menciona que el paralelismo consciente tiene un elemento «interdependiente» no debe pasar desapercibido un elemento adicional por el que se caracterizan estas prácticas: la independencia. La interdependencia, dentro del paralelismo consciente, «se refiere al comportamiento que implica la coordinación con

---

<sup>60</sup> Peter D. CAMESASCA y Laurie-Anne GELIER. «Close Your Eyes»? Navigating the Tortuous Waters of Conscious Parallelism and Signaling in the European Union. *Óp. cit.*, p. 4.

<sup>61</sup> El término «conductas conscientemente paralelas» no es universal. Dentro de la doctrina estadounidense, particularmente en el ámbito económico y legal, existe cierta divergencia respecto a la uniformidad de los términos. En lo que se refiere a colusión tácita en los oligopolios, por un lado, los economistas distinguen entre colusión explícita y tácita mientras que los abogados se refieren a coordinación tácita, acuerdos tácitos y colusión explícita. Por ello, vale la pena realizar ciertas precisiones, se debe entender por colusión explícita aquel «acuerdo entre competidores que depende de la comunicación entre empresas y/o intercambio para suprimir la rivalidad», la colusión tácita o colusión implícita (término económico) y coordinación tácita (término legal estadounidense) es aquella conducta en la que no existe intercambio de información, se refiere aquella mutua interdependencia entre los oligopolistas. Roger D. BLAIR y D. Daniel SOKOL. “The Oxford Handbook of International Antitrust Economics”. *Tacit Collusion in Oligopoly*. Edward J. GREEN *et al.* New York: Oxford University Press, 2015, p. Para nosotros, dentro de los términos que fueron adoptados por la legislación ecuatoriana de la legislación española, entendemos por coordinación tácita, colusión tácita o implícita como una conducta conscientemente paralela.

<sup>62</sup> Domingo VALDÉS PRIETO. Las fuentes del monopolio y su regulación. Una aproximación al injusto monopólico de fuente. <https://app.vlex.com/#vid/275274339> (acceso: 31/10/16).

otros»<sup>63</sup>. No obstante, conviene realizar una salvedad respecto de la palabra coordinación, esta no debe ser entendida en el sentido de un acuerdo o una concertación, sino en estas situaciones la interdependencia hace alusión a la forma en que cada jugador debe comportarse en el mercado. Es decir, los jugadores deben tratar, en la medida de lo posible, de «anticipar las reacciones de los demás, [...] el propósito es superar a los rivales en lugar de actuar armoniosamente por el beneficio mutuo de todos. En lugar de un acuerdo de ideas, los jugadores intentan una derrota de ideas»<sup>64</sup> [*supra* §2.1].

Por otro lado, la independencia se refiere al comportamiento de «dos o más partes que no tiene relación alguna, si bien es un comportamiento que tiene similitudes, está motivado por consideraciones que no dependen de las reacciones de los demás»<sup>65</sup>. Por ejemplo, «cuando el precio de algunos insumos sube o baja [...] esperamos que incluso los competidores perfectos aumenten o reduzcan sus precios. Cada competidor puede ser consciente de las acciones del otro o ser capaz de predecir, pero esas acciones no son la explicación de por qué cada uno ajusta su propio precio»<sup>66</sup>.

Lo que busca Kaplow con esta diferenciación entre ambos términos y la injerencia de estos en el desarrollo del término paralelismo consciente es precisamente realizar una crítica y enfatizar que la «interdependencia no significa simplemente que los rivales están mutuamente conscientes de las acciones del otro. [Precisamente por esto, crítica] adecuadamente la ecuación común de interdependencia con el «paralelismo consciente», que puede significar una simple consciencia de las acciones paralelas de otros con una causa externa común»<sup>67</sup>. Kaplow, entonces utiliza estos términos para tratar de explicar lo que es el paralelismo consciente en razón de que busca acentuar que la interdependencia no significa que los competidores están plenamente conscientes de las acciones del uno y del otro. Entonces, el paralelismo consciente «se refiere aquello que se asemeja o corresponde, que es coherente con el comportamiento independiente puro, pero no descarta el comportamiento interdependiente. El paralelismo como

---

<sup>63</sup> Louis KAPLOW. *Competition Policy and Price Fixing*. New Jersey: Princeton University Press, 2013 p. 38. (Traducción libre).

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Id.*, p. 37.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> William H. PAGE. «Objective and Subjective Theories of Concerted Action». 79 *Antitrust Law Journal* No. 1(2013) p. 79. (Traducción libre).

adjetivo debe ser entendido como «aquella que es similar o análoga – o interdependiente – en tendencia o desarrollo»<sup>68</sup>.

En este sentido y para ampliar la definición otorgada por Louis Kaplow, el libro realizado como comentario a la Ley de Derecho de Defensa de la Competencia<sup>69</sup> enuncia que las conductas conscientemente paralelas se han definido como «aquellas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en que cada operador económico, sin que medie acuerdo ni concertación alguna, actuando unilateral pero armónicamente, ajusta deliberadamente su comportamiento al de otro competidor o competidores»<sup>70</sup>. Estarían, por tanto, las prácticas conscientemente paralelas integradas por tres elementos: (i) identidad de comportamiento, (ii) consciencia de dicho alineamiento y (iii) objeto o resultado anticompetitivo.

Adicionales a estos elementos, se ha desarrollado por la doctrina una forma de identificar a las prácticas conscientemente paralelas a partir de tres requisitos que trae a colación Alberto Arribas con los que estamos de acuerdo. Así, con base en estos, se puede determinar su existencia:

1. La no existencia de contactos directos entre las partes
2. Una estructura de mercado oligopolística, o muy concentrada
3. Que las decisiones de las diferentes empresas sean independientes entre sí<sup>71</sup>.

En relación al segundo elemento, se debe destacar el carácter relevante de las prácticas conscientemente paralelas; su estructura de mercado, está habilita la existencia de la práctica, pues los mercados con esta estructura se caracterizan por tener pocos

---

<sup>68</sup> Louis KAPLOW. *Competition Policy and Price Fixing*. *Óp. cit.*, p. 41.

<sup>69</sup> La Ley de Defensa de la Competencia fue la fuente principal para el desarrollo de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. El Ecuador se inspiró en esta ley para adecuar, al igual que los españoles, las prácticas restrictivas de la competencia dentro de su ordenamiento. Así, la LORCPM y la Ley de Defensa de la Competencia son los pocos, sino los únicos, cuerpos normativos que han introducido la conducta conscientemente paralela. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no contiene esta práctica restrictiva de la competencia en su Artículo 101.1.

<sup>70</sup> Alberto ARRIBAS *et al.* *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. *Óp. cit.*, p. 51.

<sup>71</sup> *Id.*, p. 53. Dentro de los requisitos expuestos por el autor, no hemos tomado en consideración el cuarto: «que las empresas sean capaces no sólo de monitorizar el mercado, sino también de imponer mecanismos de penalización lo suficientemente efectivos como para obligar al resto de competidores ajustar sus políticas comerciales». Como se verá en el segundo capítulo de este trabajo de titulación, consideramos que este elemento no distingue a las conductas conscientemente paralelas pues, a nuestro modo de ver, este requisito caracteriza a los acuerdos, decisión de asociaciones y prácticas concertadas mas no a las conductas conscientemente paralelas.

oferentes<sup>72</sup>. Así, las empresas de un mercado como esté toman sus decisiones influidas por su interdependencia mutua. «Siendo pocos, cualquier cambio en los precios o productos de un actor tendrá una influencia directa en los resultados de sus rivales lo que hará que éstos ajusten sus estrategias de precios. De este modo, la empresa de un mercado oligopólico considera tanto la demanda de mercado por su producto como la reacción de sus rivales frente a sus estrategias comerciales»<sup>73</sup>. Esto provoca que el actuar de los operadores económicos en este tipo de mercado se caracterice por adoptar siempre conductas estratégicas<sup>74</sup>, esto significa «que cada acción se considera en términos de su impacto en otras firmas oligopolísticas y sus reacciones, debido a la fuerte interdependencia entre las empresas en el mercado»<sup>75</sup>.

La Corte Suprema de los Estados Unidos también se ha expresado en lo que respecta a las prácticas paralelas y en el caso *Brooke Group Ltd. Vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.* menciona que

la colusión tácita, a veces llamada coordinación de precios oligopolística o paralelismo consciente, no es en sí misma ilegal, por el cual las empresas en un mercado concentrado podrían, en efecto, compartir el poder de un monopolio fijando sus precios en un nivel supracompetitivo maximizando los beneficios, sus intereses económicos compartidos y su interdependencia con respecto a las decisiones sobre precios y productos<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> «En los mercados oligopolísticos, la relación entre la demanda total del mercado y las economías de escala significa que sólo hay espacio para un número limitado de empresas en el mercado». Gunnar NIELS, Helen JENKINS y James KAVANAGH. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 143. (Traducción libre).

<sup>73</sup> Fernando ARAYA JAZMA. *El problema del oligopolio y los efectos coordinados*. Corte Suprema, 2 de enero de 2013, rol 3993-2012. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722013000100015](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000100015) (acceso: 22/05/17).

<sup>74</sup> «Un ejemplo típico de una conducta paralela en estos supuestos serían los anuncios públicos de precios realizados frente a los clientes (a diferencia de los anuncios secretos, siempre sospechosos, que se realizan exclusivamente frente a los competidores), que suscitan la cuestión de si, cuando son secundados por los demás competidores en el mercado, constituyen una prueba suficiente de que ha habido una concertación o coordinación entre las empresas en cuestión o si el paralelismo en estos casos es el resultado de sus conductas autónomas. Y es que el seguimiento al líder de precios puede ser el resultado de un comportamiento autónomo de los competidores —una adaptación inteligente al comportamiento existente de un competidor—, en cuyo caso se tratará de un comportamiento competitivo irreprochable, o el resultado de una concertación previa, en cuyo caso nos encontraríamos ante una práctica concertada». Helmut BROKELMANN. *Prácticas concertadas y conscientemente paralelas*. <http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE001-05 Practicas concertadas conscientemente paralelas-Brokelmann.pdf> (acceso: 16/06/17).

<sup>75</sup> Ramona CIOBANU. *Considerations regarding price in oligopolistic structured markets*. [https://app.vlex.com/#WW/search/content\\_type:4/oligopolistic+interdependence/WW/vid/355048378/graphical\\_version](https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/oligopolistic+interdependence/WW/vid/355048378/graphical_version) (22/05/17). (Traducción libre).

<sup>76</sup> William H. PAGE. «Objective and Subjective Theories of Concerted Action». *Óp. cit.*, p. 79.

Al contrario, jurisprudencia española de la Comisión Nacional de Competencia ha definido en los casos *Laboratorios Farmacéuticos y Hormigón Gerona* que debe entenderse por prácticas conscientemente paralelas «aquellas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en que cada operador económico, sin que medie acuerdo o concertación alguna, actuando unilateral pero armónicamente, ajusta deliberadamente su comportamiento al de otro competidor o competidores, evitando hacerse la competencia»<sup>77</sup>. De lo expuesto, es evidente que las prácticas conscientemente paralelas tienen un tratamiento diferente tanto en la jurisprudencia como en la doctrina internacional. En la siguiente sección explicaremos cuál es el problema presentado por el modelo español y por qué se diferencia tanto del modelo adoptado por Estados Unidos y Europa.

### 1.5. Objeto o efecto de restringir, falsear o distorsionar la competencia

Se consideran prácticas restrictivas de la competencia cuando su objeto o efecto<sup>78</sup> pueda impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia. Por un lado, las restricciones de la competencia por el objeto se manifiestan cuando el objetivo y el propósito de la práctica toma en consideración el contexto económico en el que se va a aplicar<sup>79</sup>. Es decir, «se entiende por restricciones de la competencia por el objeto aquéllas [sic] que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia»<sup>80</sup>. Así, las prácticas restrictivas por su objeto son aquellas que han sido

---

<sup>77</sup> Alberto ARRIBAS *et al.* *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. Óp. cit.*, p. 51.

<sup>78</sup> En el caso *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*, el Tribunal de Justicia realizó una precisión en cómo debe entenderse los términos «objeto y efecto». Así, enunció lo siguiente: «considerando finalmente que, para que le sea aplicable la prohibición del apartado 1 del artículo 85, el acuerdo litigioso debe tener «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común»; que el hecho de que, como indica la conjunción «o», se trate de requisitos alternativos y no acumulativos, lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar; que las alteraciones del juego de la competencia, a las que se refiere el apartado 1 del artículo 85, deben resultar de la totalidad o de algunas de las cláusulas del propio acuerdo; que, sin embargo, en el caso de que el análisis de dichas cláusulas no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible; que, para ello, debe considerarse la situación real en la que se habría encontrado la competencia si no existiera el acuerdo objeto del litigio» Tribunal de Justicia. *Caso Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*. Sentencia de 30 de junio de 1966. Asunto 56/65 371. (Unión Europea).

<sup>79</sup> Richard WHISH y David BAILEY. *Competition Law. Óp. cit.*, p. 118.

<sup>80</sup> Comisión Europea. *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=ES) (acceso: 22/05/17).

seleccionadas por los operadores económicos con la finalidad explícita de restringir la competencia<sup>81</sup>.

Por otro lado, las prácticas restrictivas por su efecto son aquellas que, sin tener la finalidad explícita de restringir la competencia, como producto de la práctica adoptada se reduce la competencia entre las partes y a favor de terceros. «Debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación»<sup>82</sup>. En razón de que la práctica es analizada bajo los efectos que provoca en la competencia, es necesario que se aprecien dichos efectos en el marco en el que se producen, es decir, «en el contexto económico y jurídico en el que se sitúan dichos acuerdos, decisiones o prácticas y en el que pueden producir, con otros, un efecto acumulativo sobre el juego de la competencia»<sup>83</sup>.

\* \* \*

De lo expuesto, se puede concluir que las prácticas restrictivas de la competencia contempladas en el artículo 11 de la LORCPM son manifestaciones de un mismo tipo económico y jurídico; son adoptadas con miras actuar de manera coordinada y conjunta en el mercado. Los operadores económicos renuncian a la independencia y unilateralidad que caracteriza a un mercado en competencia perfecta.

No obstante, si bien las prácticas restrictivas parten de un mismo origen, estas pueden llegar a adoptarse de manera distinta, por dicha razón existe una diferenciación en su tratamiento dependiendo del tipo de práctica que trate: (i) acuerdos, (ii) decisión o recomendación colectiva, (iii) práctica concertada y (iv) paralelismo consciente.

En la siguiente sección se analizará de manera específica las conductas conscientemente paralelas, expondremos cuál es el problema que se deriva del erróneo

---

<sup>81</sup> En el caso *Beef Industry Development Society y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd. c. Comisión Europea* la Comisión Europea determinó lo siguiente: «a la vista de su tenor literal, el concepto de objeto de restringir la competencia atiende, en primer lugar, a la finalidad del acuerdo. Los tribunales comunitarios han presumido la existencia de una finalidad o tendencia restrictivas de la competencia, en particular, cuando es consecuencia necesaria del acuerdo una restricción de la competencia. (19) En un caso así, las partes no pueden alegar, en principio, que no era su propósito restringir la competencia o que con el acuerdo se persiguiera también un objetivo diferente. (20)» Comisión Europea. *Caso Beef Industry Development Society y Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd. c. Comisión Europea*. Conclusiones de la abogada general Verica Trstenjak, 4 de septiembre de 2008, Asunto C-209/07. (Unión Europea).

<sup>82</sup> Comisión Europea. *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=ES) (acceso: 22/05/17).

<sup>83</sup> Tribunal de Justicia. *Caso SA Brasserie de Haecht c. Wilkin-Janssen*. Sentencia de 12 de diciembre de 1967. Asunto 23/67. (Unión Europea).

tratamiento económico y jurídico en la legislación ecuatoriana partiendo de: [2.1] ¿Cuál es la relación existente entre el paralelismo consciente y la interdependencia oligopolística? [2.2] ¿Cuál es el tratamiento que se ha dado en otros países a las conductas conscientemente paralelas? y [2.3] ¿Por qué en Estados Unidos y Europa no se sancionan los oligopolios interdependientes como una forma específica de práctica restrictiva?

## **2. ¿Cuál es el problema que se deriva del erróneo tratamiento económico y jurídico del paralelismo consciente en la legislación ecuatoriana?**

La ineficiencia y pérdida social de los oligopolios interdependientes ha dado luz para que legislaciones como la española y ecuatoriana tipifiquen y prohíban a las conductas conscientemente paralelas bajo el paraguas de las prácticas restrictivas. Debido a la particular estructura de los oligopolios interdependientes, se ha debatido constantemente en la doctrina y legislación, cómo abordarlos y si es un camino adecuado usar las herramientas sancionatorias y reparatorias de las leyes de Competencia. Siendo que el fallo de mercado que se origina en mercados oligopólicos interdependientes es el centro de análisis de este trabajo, a continuación nos centraremos en el origen del paralelismo consciente: [2.1] la interdependencia oligopolística, [2.2] qué tratamiento particular ha tenido en el Derecho Comparado y, por último, demostraremos [2.3] por qué Estados Unidos y Europa no sancionan a los oligopolios interdependientes como una forma específica de práctica restrictiva.

### **2.1. La interdependencia oligopolística y el paralelismo consciente**

La estructura de un mercado es fundamental para entender el comportamiento de sus operadores económicos. Para comprender mejor cómo los elementos estructurales del mercado afectan la conducta de los agentes y los resultados que arrojan (en términos de eficiencia y bienestar), la economía ha modelado, junto a la estadística y a la matemática, varios escenarios de interacción competitiva. Para los efectos del estudio de este trabajo nos centraremos en tres: (i) mercados de competencia perfecta, (ii) monopolios y (iii) mercados de competencia imperfecta.

En primer lugar, los mercados perfectamente competitivos se caracterizan por tener (i) varios compradores y vendedores, (ii) los bienes ofrecidos son homogéneos, (iii) no existen barreras de entrada y (iv) no existe asimetría de información. «Como resultado

de estas condiciones, las acciones de un solo comprador o vendedor en el mercado tienen un efecto insignificante en el precio de mercado. Cada comprador y vendedor toma el precio de mercado como dado»<sup>84</sup>. Esto quiere decir que los productores no pueden llegar a tener una influencia dentro del mismo. Así, los operadores dentro de este mercado no tienen ningún fundamento para preocuparse por las estrategias que tomen sus rivales, que serán tan insignificantes que no causarán un efecto apreciable en el mercado debido a que son tomadores de precios<sup>85</sup>. El principal beneficio de la competencia perfecta es que maximiza la eficiencia (asignativa, distributiva y dinámica)<sup>86</sup> y el bienestar (especialmente el excedente del consumidor)<sup>87</sup>.

Por otro lado, los mercados monopólicos, al contrario de los mercados de competencia perfecta, se caracterizan por tener (i) un único vendedor, (ii) en el que el producto ofrecido no tiene sustitutos, (iii) y tienen significativas barreras de entrada. Estas características permiten que, dentro del monopolio, el precio sea fijado por el productor, que está en la capacidad de fijarlo mediante ajustes en la cantidad que oferta en el mercado<sup>88</sup>. De esta manera, el monopolista tiene una preocupación mínima en relación al precio, pues no tiene rivales que puedan competir. Así, los mercados monopólicos tienden a ser ineficientes, asignando excesivos recursos para la

---

<sup>84</sup> Gregory MANKIW. *Principios de Economía*. 6ta. ed. Santa Fe: Cengage Learning, 2012, p. 280.

<sup>85</sup> Simon BISHOP y Mike WALKER. *The Economics of EC Competition Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2010, p. 2.020. (Traducción libre).

<sup>86</sup> La eficiencia, en términos económicos, se construye sobre la base de tres aristas: (i) asignativa, (ii) productiva y (iii) dinámica. La eficiencia asignativa tiene lugar cuando el precio es igual al costo marginal. «Este resultado es arrojado cuando los bienes y servicios están siendo producidos en cantidades valoradas por la sociedad. [Es decir, ante esta situación], los proveedores expandirán su producción hasta el punto en que el precio del mercado coincida con el costo marginal, [...] esto permitirá que cualquier persona que esté dispuesto y sea capaz de comprar el producto a su costo de producción podrá hacerlo. El resultado es un mercado que está en equilibrio» (Eficiencia de Pareto). En segundo lugar, la eficiencia productiva se refiere a que los bienes y servicios están siendo producidos al menor costo posible. «Todas las empresas deben producir al costo mínimo o perderán sus consumidores, tendrán pérdidas, y eventualmente se verán obligados a salir del mercado. Dada la información perfecta en el mercado, cualquier técnica de reducción de costos será copia de otras empresas y el precio del mercado se reducirá en general. Por lo tanto, existe una presión a la baja sobre los costos y las reducciones de costos se transfieren a los clientes debido a la presión competitiva de otros proveedores». Finalmente, se ocupa de como los mercados fomentan innovación y progreso tecnológico. Alison Jones y Brenda Sufrin. *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*. 6ta.ed. New York: Oxford University Press, 2016, p. 8-9. (Traducción libre).

<sup>87</sup> «El excedente del consumidor es la cantidad que el comprador está dispuesto a pagar por un bien menos la cantidad que efectivamente paga por él. El excedente del consumidor mide el beneficio que obtienen los compradores por participar en el mercado». Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. *Óp. cit.*, p. 137.

<sup>88</sup> *Id.*, p. 303.



producción, minimizando el bienestar total, además de extraer el excedente del consumidor.

Por último, en los mercados de competencia imperfecta podemos hallar varias configuraciones estructurales que producirán, dependiendo de la forma de interacción entre competidores, resultados distintos. Nos centraremos en dos: el oligopolio y el oligopolio interdependiente que, si bien comparten rasgos comunes, poseen características diferenciadoras suficientemente importantes como para arrojar resultados diametralmente distintos. El oligopolio se caracteriza por tener (i) pocos vendedores<sup>89</sup> que (ii) ofrecen productos homogéneos en el que existe (iii) transparencia de información. Debe entenderse que el oligopolio es «un fenómeno que existe en algún lugar del continuo que inicia en el monopolio y termina en la competencia perfecta»<sup>90</sup>. Así, si bien los oligopolios tienden a ser ineficientes, no siempre producen una dinámica competitiva que pueda asimilarse a acuerdos horizontales de gravedad, como los carteles. «[L]a expresión «oligopolio» no es del todo útil para describir la situación de preocupación por la política de competencia, ya que hay muchos mercados en los que sólo hay pocos vendedores y, sin embargo, son altamente competitivos; y hay otros en los que puede haber muchas empresas y, sin embargo, el fracaso del proceso competitivo»<sup>91</sup>.

El paralelismo consciente halla su origen en una estructura particular de los mercados oligopólicos: la interdependencia. Un oligopolio interdependiente es aquel dónde, además de existir pocos competidores, productos homogéneos y transparencia de información, existen también: (i) barreras de entrada altas, (ii) interacción frecuente entre competidores y, como elemento adicional, (iii) simetría. Así, la diferencia fundamental entre un oligopolio y un oligopolio interdependiente radica en que, el segundo a diferencia del primero, cuenta con elementos que facilitan la colusión y, por ende, se facilita la construcción de una estructura interdependiente<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Austan GOOLSBEE, Steven LEVITT, Chad SYVERSON. *Microeconomía*. Barcelona: Reverté, 2005, p. 440. Jack HIRSHLEIFFER y Amihai GLAZER. *Microeconomía, Teoría y aplicaciones*. 5a. ed. Juaréz: Prentice Hall Inc., 1992, p. 319. Jeffrey M. PERLOFF. *Microeconomics*. 6ta. ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2012, p. 459. (Traducción libre).

<sup>90</sup> Richard WHISH y David BAILEY. *Competition Law*. *Óp. cit.*, p. 595.

<sup>91</sup> Simon BISHOP y Mike WALKER. *The Economics of EC Competition Law*. *Óp. cit.*, p. 2.022.

<sup>92</sup> Sobre elementos que facilitan la colusión, *vid.* Amílcar Peredo Rivera. *Derecho de la Competencia Económica. Teoría y Práctica*. México DF: Porrúa, 2014, p. 153 y Eleanor M. FOX. *Cases and materials on U.S. Antitrust in Global Context*. 3ra. ed. Estados Unidos de América: West, 2012, p. 592.

En primer lugar, el número reducido de competidores en un oligopolio interdependiente es crucial para que se establezca el carácter interdependiente, mientras mayor es el número de competidores, menor es la posibilidad de que actúen paralelamente<sup>93</sup>. En relación a la transparencia de información, esta permite que se reduzca significativamente la incertidumbre del proceso competitivo. En mercados con estas características la colusión tácita es factible debido a que existe información sustancial a disposición de los operadores económicos. «Como resultado, la colusión tácita puede ser difícil de sostener cuando los precios individuales no son prontamente observables y no pueden deducirse fácilmente de los datos de mercado disponibles»<sup>94</sup>.

Además, para que exista un oligopolio interdependiente es necesario que existan barreras de entrada altas, este elemento haya su fundamento en los pocos competidores que debe haber en el mercado. Las barreras de entrada permiten establecer precios supra-competitivos y que estos se mantengan en el tiempo, los competidores tendrán el incentivo de observar sus estrategias para que todos maximicen sus retornos. Las barreras de entrada bajas incentivan a los competidores a ingresar en el mercado, en consecuencia, la colusión tácita no podría ser posible. Adicionalmente, la estructura de mercado debe caracterizarse por una interacción frecuente entre competidores, esto permitirá que reaccionen con más facilidad a las estrategias de cada competidor. Es decir, mientras más interacción exista en los competidores con mayor facilidad podrán anticipar las decisiones que estos tomen en el mercado<sup>95</sup>.

Ahora bien, el objetivo primordial que tienen los operadores económicos en mercados es maximizar sus beneficios; esta es una de las proyecciones más palpables de la racionalidad de un operador económico, racionalidad que se presume bajo la economía clásica y neoclásica<sup>96</sup>. Este objetivo es una constante que se desarrolla en mercados monopólicos, oligopólicos e, incluso, perfectamente competitivos. Y, esta nota propia de la naturaleza de la dinámica competitiva no es ajena a los oligopolios interdependientes. Otra proyección común de la racionalidad de los operadores

---

<sup>93</sup> Mar IVALDI *et al.* *The Economics of Tacit Collusion*. [http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf) (acceso: 09/10/17).

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Uno de los principios básicos de economía es que las personas racionales piensan en términos marginales. Es decir, de acuerdo a Gregory Mankiw, un tomador de decisiones racional emplea una acción si y sólo si el beneficio marginal de esta acción es mayor al costo marginal. Gregory MANKIW. *Principios de Economía*. 6ta. ed. Santa Fe: Cengage Learning, Inc. p. 7

económicos, es que utilizan toda la información disponible para mejorar las probabilidades de diseñar y ejecutar una estrategia ganadora en el mercado. En definitiva, dos características propias de la naturaleza racional de los operadores económicos es la búsqueda por maximizar sus retornos e, íntimamente atado, el usar cuanta información esté a su alcance para ejecutar mejores estrategias que logren, precisamente, incrementar sus ganancias.

Así, la conducta racional de los operadores económicos es esperable y deseable en mercados perfectamente competitivos, donde empujará a la consecución de resultados eficientes. En cambio, en mercados oligopólicos interdependientes, la actuación racional de los operadores suele conducir a resultados indeseables: la particular estructura del mercado interdependiente produce, ante la actuación racional, una subida de precios a un nivel supra-competitivo propia de las prácticas restrictivas. Este es el dilema que nos presenta el oligopolio interdependiente.

Ahondando más en la racionalidad esperada de los operadores, podemos ver cómo conducen, en mercados oligopólicos interdependientes, a consecuencias diferentes a las que ocurrirían, por ejemplo, en competencia perfecta. Por ejemplo,

en un mercado perfectamente competitivo, **una empresa** que reduzca su precio tendrá un efecto imperceptible sobre sus competidores, de modo que no necesitarán responder, en un oligopolio **una empresa que reduzca su precio tendrá un efecto significativo en sus dos o tres principales rivales**, de modo que tendrán que reaccionar igualando el corte. (Énfasis añadido).

Esto significa que cada operador está obligado a reconocer la presencia del otro, pues, para mantener un nivel competitivo y maximizar sus beneficios, los operadores económicos deben tomar en consideración la manera en la que sus competidores actúan en relación a la cantidad de producto y precio de sus bienes o servicios para mantenerse dentro del mercado<sup>97</sup>.

Si bien existe un reconocimiento de las decisiones que toman los demás operadores económicos, este se realiza con miras a velar por el interés individual de cada empresa, en definitiva, ser eficientes dentro del mercado. Así, los operadores económicos adoptan

---

<sup>97</sup> Thomas SULLIVAN, Herbert HOVENKAMP y Howard SHELANSKI. *Antitrust Law, Policy and Procedure. Cases, Materials, Problems*. 6ta. ed. San Francisco: LexisNexis, 2009, p. 290. Richard WHISH y David BAILEY. *Competition Law. Óp. cit.*, p. 596. «El argumento es que los vendedores en un oligopolio reconocen que sus propias decisiones de precio y producción son dictadas, dada la estructura de la industria, en gran parte por las reacciones predichas de otros vendedores a los movimientos de precios. Anticipando esas reacciones, los competidores adoptan precios paralelos». *Ibid.* p. 291. (Traducción libre).

un «conjunto de estrategias o de acciones con las que cada empresa obtiene los mejores resultados posibles, dadas las acciones de sus competidoras»<sup>98</sup>. En un mercado competitivo, la construcción y ejecución de estrategias que toman en cuenta el comportamiento del competidor resultan inanes, siendo que los operadores económicos son tomadores de precio. Sin embargo, en oligopolios interdependientes, la estrecha vinculación entre los pocos jugadores, la transparencia, simetría y sustanciales barreras, no conducen a equilibrios competitivos, sino a equilibrios ineficientes. El típico equilibrio de un oligopolio interdependiente es el de Nash. El equilibrio de Nash es

un concepto fundamental en la teoría de los juegos y el método más utilizado de predicción del resultado de una interacción estratégica en las ciencias sociales. Un juego (en forma estratégica o normal) consiste en los siguientes tres elementos: un conjunto de jugadores, un conjunto de acciones (o estrategias puras) disponibles para cada jugador, y una recompensa (o utilidad) para cada jugador. Las funciones de la recompensa representan las preferencias de cada jugador sobre los perfiles de acción, donde un perfil de acción es simplemente una lista de acciones, una para cada jugador. **El equilibrio de Nash de estrategia pura es un perfil de acción con la propiedad de que ningún jugador individual puede obtener una ganancia más alta al desviarse unilateralmente de este perfil**<sup>99</sup>. (Énfasis añadido).

Este equilibrio requiere de una consciencia específica de los jugadores en que reconocen que la estrategia individual no puede mejorarse si se desvían unilateralmente; es decir, los operadores están conscientes que solamente una modificación conjunta puede permitirles mejorar, a todos, su estrategia y resultados. En este equilibrio, los incentivos (producto, nuevamente, de la interdependencia del mercado) para los jugadores son evidentes y perversos: modificando conjuntamente su estrategia logran encontrar una mejora que les permita mejorar su situación particular.

Entonces, los operadores económicos en un mercado con estructura oligopolística, como en todos los demás modelos de competencia, observarán la conducta de los otros operadores porque es la única forma **racional** en la que podrán seguir siendo eficientes en el mercado, pero esta conducta sumada a la interdependencia, puede llevar a consecuencias indeseables. Así lo ha ratificado Turner<sup>100</sup>; «es racional para un oligopolista establecer el precio de su producto y determinar su producción anticipando la reacción de sus competidores exactamente de la misma manera que esperaríamos que

---

<sup>98</sup> Robert PINDYCK y Daniel RUBINFELD. *Microeconomía*. 7ma. ed. Madrid: Pearson Educación, S.A., 2009, p. 515.

<sup>99</sup> Keith CAMPBELL y Joshua MILLER. *Nash Equilibrium*. <http://www.columbia.edu/~rs328/NashEquilibrium.pdf> (acceso: 11/07/17). (Traducción libre).

<sup>100</sup> Donald F. TURNER. Profesor de la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

un vendedor reaccionara en un mercado competitivo»<sup>101</sup>. Desde su perspectiva, no se ejecuta ningún tipo de acuerdo, sino es un accionar prudente y racional elegido sobre la base de las reacciones probables que tendrán los demás operadores en el mercado<sup>102</sup>.

Para ejemplificar esta conducta adoptada por los operadores económicos en una estructura de interdependencia oligopolística, bajo el equilibrio de Nash, podemos utilizar el dilema del prisionero en el siguiente ejemplo entre dos empresas competitivas.

Hay dos firmas, A y B, que deben decidir si cobran un precio alto o cobran un precio bajo. Hay por lo tanto cuatro resultados posibles: ambos cobrarán precios altos, ambos cobrarán precios bajos, o uno u otro podría cobrar un precio bajo mientras que el otro cobra un precio alto. Los números en cada recuadro de la figura indican los beneficios resultantes del resultado de las decisiones de las dos firmas. El primer número en cada cuadro muestra las ganancias de la empresa A mientras que el segundo número muestra los beneficios de la empresa B. Por ejemplo, si ambas firmas eligen un precio bajo, cada empresa obtiene ganancias de 4 (ver el cuadrante inferior derecho).

		Firma B	
		Alto	Bajo
Firma A	Alto	10,10	0,30
	Bajo	30,0	4,4

Considerando los diversos resultados, ambas firmas preferirían un resultado en el cual ambos cobren un precio alto al que ambos cobren un precio bajo. En este caso, ambas firmas obtendrían ganancias de 10 (cuadrante superior izquierdo). Pero si la empresa A elige un precio elevado, ¿cuál es la mejor acción que la empresa B puede tomar? Con la firma A eligiendo un precio alto, si la empresa B también elige un precio alto obtiene ganancias de 10 (arriba a la izquierda). Pero si la empresa B elige un precio bajo, obtiene beneficios de 30 como resultado de la subcotización de la empresa A (arriba a la derecha). Por lo tanto, dado que la empresa A elige un precio alto, la mejor estrategia de la empresa B es cobrar un precio bajo.

Pero si la empresa B cobra un precio bajo, ¿cuál es el mejor curso de acción para la empresa A? con la firma B cobrando un precio bajo, si la firma A cobra un precio alto, obtiene cero beneficios (arriba a la derecha) pero si cobra un precio bajo, la firma A gana utilidades de 4 (cuadrante inferior derecho). Por lo tanto, la empresa A cobrará un precio bajo si la empresa B cobra un precio bajo. Este resultado (el área sombreada) representa un equilibrio de Nash: la mejor que la empresa A puede hacer si la empresa B cobra un precio bajo es también elegir un precio bajo y viceversa. En este ejemplo, es también el único equilibrio de Nash. En cada uno de los otros cuadrantes, al menos una de las empresas desea cambiar su comportamiento dado el comportamiento de la otra empresa. Si en el cuadrante superior izquierdo ambas firmas desean cambiar su comportamiento, en la parte inferior izquierda la empresa B quiere cambiar y en la firma superior derecha A quiere cambiar. Este modelo simple

<sup>101</sup> Thomas SULLIVAN, Herbert HOVENKAMP y Howard SHELANSKI. Antitrust Law, Policy and Procedure. *Cases, Materials, Problems. Óp. cit.* p. 291.

<sup>102</sup> *Ibíd.*

muestra que mientras ambas empresas prefieren una situación en la que ambas empresas cobran un precio alto, el incentivo para cobrar un precio bajo, mientras que la firma rival cobra un precio alto resulta en ambas empresas cobrar un precio bajo<sup>103</sup>.

Por lo expuesto, el equilibrio<sup>104</sup> alcanzado dentro de esta estructura se refleja por aquella situación en la que se adopta «un conjunto de acciones por parte de los jugadores de tal manera que ningún jugador tiene un incentivo para alterar su acción a la luz de las acciones tomadas por los otros jugadores»<sup>105</sup>. Cada jugador intenta maximizar sus beneficios siguiendo una estrategia particular, pero cada jugador es consciente que las estrategias de sus demás competidores pueden afectar sus beneficios. Esto contrasta con el modelo de competencia perfecta y monopolio, donde la reacción al precio de los competidores es inane, siendo que son tomadores de precios. El juego alcanza un equilibrio si mantiene las estrategias constantes de cualquier otra empresa, ninguna empresa puede obtener un beneficio mayor eligiendo una estrategia diferente<sup>106</sup>.

## 2.2. Tratamiento del paralelismo consciente en el Derecho comparado<sup>107</sup>

El TFUE prescribe en su artículo 101.1 lo siguiente:

Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en<sup>108</sup> [...].

---

<sup>103</sup> Alison JONES y Brenda SUFRIN. *EU Competition Law. Text, Cases and Materials. Óp. cit.*, p. 653. (Traducción libre). Sobre ejemplos parecidos en los que se ejemplifique el equilibrio de Nash, *vid.* Douglas G. BAIRD, Robert H. GERTNER y Randal C. PICKER. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 166-167.

<sup>104</sup> «El término equilibrio se refiere a una situación en la cual, tomando como dadas las estrategias de los otros jugadores, ningún jugador puede ganar desviándose de su propia estrategia actual». Louis KAPLOW. «On the meaning of Horizontal Agreements in Competition Law» *Óp. cit.* p.783.

<sup>105</sup> Gregory J. WERDEN. “Economic evidence on the existence of collusion: reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory”. *Óp. cit.*, p. 721. (Traducción libre).

<sup>106</sup> Tom HOEHN, Mike WALKER y Adrian MAJUMDAR. *Master in Economics for Competition Law*. p. 2-061. (Traducción libre).

<sup>107</sup> Es importante recalcar que, en relación a la metodología de investigación, en la mayoría de secciones de este trabajo de titulación recurrimos a jurisprudencia extranjera específicamente que corresponde a Estados Unidos y Europa que, si bien no son vinculantes para el Ecuador, son excelentes exponentes de cómo ha mutado el tratamiento hacia las conductas conscientemente paralelas. En ese sentido, como es la jurisprudencia de estos países la que ha permitido un tratamiento diferente respecto de estas conductas consideramos imperativo referirnos a las leyes de competencia que han amparado el análisis jurisprudencial.

<sup>108</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículo 101.1. Diario Oficial de la Unión Europea C326/49, de 26 de octubre de 2012.

Por su parte, la sección 1 del *Sherman Antitrust Act* prescribe lo siguiente:

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony<sup>109</sup> [...].

De lo que se desprende de ambos artículos, la normativa europea como la estadounidense no recoge expresamente el paralelismo consciente como una práctica restrictiva de la competencia. Por un lado, el artículo 101.1 del TFUE se refiere únicamente a: (i) acuerdos, (ii) decisiones de asociaciones de empresas y (iii) prácticas concentradas. Por otro lado, la primera sección del *Sherman Antitrust Act*<sup>110</sup> se refiere específicamente a: (i) contratos, (ii) combinaciones y (iii) conspiraciones. Si bien el estudio econométrico de los oligopolios interdependientes se originó en Estados Unidos muchos años después de la expedición del *Sherman Act*, las legislaciones de competencia de ambos han coincidido en que no es una solución adecuada prohibirlos como una forma específica de práctica restrictiva de la competencia. No obstante, la Ley de Defensa de la Competencia española prescribe en el número 1 del artículo 1 lo siguiente: «se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o **conscientemente paralela**, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]»<sup>111</sup>. (Énfasis añadido).

Sobre la base de lo señalado en la Ley de Defensa de la Competencia, la LORCPM que se inspiró en la Ley de Defensa de la Competencia española prescribe lo siguiente: «Artículo 11.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo **acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela**»<sup>112</sup> [*supra* §1.1]. (Énfasis añadido). De lo que se desprende de ambos articulados, existe una similitud notoria entre el artículo 1 de la

---

<sup>109</sup> Anthony D. BECKER. *The Sherman Antitrust Act 1890*. [http://www.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC\\_Acts.pdf](http://www.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf) (acceso: 16/07/17). (Traducción libre).

<sup>110</sup> Debe tomarse en consideración que los calificativos para describir una práctica restrictiva de la competencia dentro del Derecho estadounidense son diferentes, no obstante, a pesar de la diferenciación en sus denominaciones, la forma en la que se manifiestan estas conductas colusorias son las mismas.

<sup>111</sup> Ley de Defensa de la Competencia. Artículo 1.1. Boletín Oficial del Estado de 27 de mayo de 2017.

<sup>112</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 11. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

Ley de Defensa de la Competencia española y el artículo 11 de la LORCPM. En el siguiente apartado analizaremos la base sobre la cual se adoptó el régimen en Estados Unidos como en Europa.

El precedente hito estadounidense que dio luz al análisis del paralelismo consciente fue *Theatre Enterprises*. En este caso, «el accionante presentó una demanda por daños y perjuicios y una orden judicial en virtud de las secciones 4 y 16 del *Clayton Act*, alegando que los productores y distribuidores de películas habían violado las leyes de competencia al conspirar para restringir las imágenes de «estreno» a los cines de Baltimore»<sup>113114</sup>. Lo esencialmente relevante del caso era determinar si los demandados, al momento de rechazar la solicitud de estreno, habían actuado de manera independiente o como producto de un acuerdo expreso o tácito. Ante esto, la Corte falló:

el comportamiento empresarial es una evidencia circunstancial admisible de la cual el investigador puede inferir un acuerdo [...] pero **esta Corte nunca ha sostenido que la prueba del comportamiento paralelo de los negocios establezca de manera concluyente un acuerdo o, expresado de manera diferente, que tal comportamiento en sí mismo constituye una ofensa a la Ley Sherman**. La evidencia circunstancial de un comportamiento conscientemente paralelo puede haber hecho grandes incursiones en la tradicional actitud judicial hacia la conspiración, pero el «paralelismo consciente» no ha sido removido del todo de la conspiración contenida en la Ley Sherman<sup>115</sup>. (Énfasis añadido)

Si bien con esta jurisprudencia se sentaron las bases en Estados Unidos para considerar, en un inicio, al paralelismo consciente como una *posible* práctica restrictiva de la competencia, pues, como se recalca en la última oración «[...] el «paralelismo consciente» no ha sido removido del todo de la conspiración contenida en la Ley Sherman»<sup>116</sup>, paulatinamente dentro de los precedentes de la Corte Suprema este

---

<sup>113</sup> Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Theatre Enterprises v. Paramount Distributing*. Causa No. 346. Sentencia de 4 de enero de 1954. (Traducción libre).

<sup>114</sup> El caso se basa en que el peticionario fue propietario de *Crest Theatre*, «ubicado en un distrito comercial a unas seis millas del centro comercial del centro de Baltimore, Maryland». El teatro antes y después de la apertura solicitó individualmente a los demandados películas de estreno, no obstante, los demandados rechazaron su solicitud, se adhirió uniformemente a una política establecida de restringir los estrenos a los ocho teatros del centro de Baltimore. El fundamento de los demandados, entre varios motivos, hallaba su justificación en dos razones: (i) los estrenos se concedían únicamente a teatros no competitivos, «dado que el *Crest* era competencia sustancial de los teatros del centro de la ciudad, un arreglo de día y fecha sería económicamente inviable», y (ii) la localización del teatro no era atractiva para el anuncio y explotación de los estrenos, la maximización de las ganancias respecto de un teatro del centro no se asemejaba a lo que podía llegar a ganar el *Crest*. *Ibíd.*

<sup>115</sup> Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Theatre Enterprises v. Paramount Distributing*. *Óp. cit.*

<sup>116</sup> Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Theatre Enterprises v. Paramount Distributing*. *Óp. cit.* «La afirmación de que la “Corte nunca ha sostenido que la prueba de un comportamiento comercial paralelo establece de manera concluyente” una violación apenas constituye un



criterio fue superado. No obstante, «la línea que distingue los acuerdos tácitos (que están sujetos al escrutinio de la sección 1) de la mera coordinación tácita derivada de la interdependencia oligopolística (que elude el alcance de la sección 1) es indistinta»<sup>117</sup>.

En el caso *Liggett Group, Inc. V Brown & Williamson Tobacco Corp* [*supra* §1.4] la Corte de Apelaciones del Circuito Cuarto determinó lo siguiente:

aún en ausencia de un acuerdo entre los oligopolistas, que nadie sostiene es el hecho en este caso, la sola participación en un oligopolio no proporciona ninguna base para la prueba de una conducta ilegal. Por lo tanto, ningún caso sugiere que la mera participación en un mercado oligopólico constituya una conducta ilegal en virtud de las leyes antitrust. La mera existencia de un mercado con estructura oligopólica en la que un pequeño grupo de fabricantes participa en precios conscientemente paralelos de un producto idéntico no viola las leyes antitrust. *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, [346 U.S. 537, 74 S. Ct. 257, 98 L. Ed. 273 (1954)]. Representa una condición, no un método; de hecho, podría ser coherente con la competencia intensa<sup>118</sup>.

En el caso *City of Tuscaloosa v. Harcros Chemicals, Inc.* el Circuito Decimoprimer de la Corte de Apelaciones falló que «la evidencia de paralelismo consciente no permite una inferencia de conspiración a menos que el demandante establezca que, suponiendo que no hay conspiración, cada acusado que actúa en paralelo actuó en contra de su interés económico propio [...] u ofrece otros “factores adicionales” que tienden a establecer que los acusados no se dedicaban simplemente al mantenimiento de precios oligopolísticos o al liderazgo en los precios, sino más bien a un acuerdo colusorio para fijar precios o restringir de otro modo el comercio»<sup>119</sup>.

---

recorte en sus decisiones anteriores. Además, la frase final –que “el paralelismo consciente” no ha sido removido de la conspiración ...enteramente” – puede constituir una de las declaraciones más calificadas que la Corte Suprema ha resaltado. Tal vez esta observación se entiende mejor como una reacción sarcástica al argumento absurdo del demandante. En cualquier caso, la Corte apoyó explícitamente la inclusión de acuerdos tácitos (lo que quiera que eso signifique) y los distinguió de un comportamiento independiente, que en el contexto del argumento del demandante se refiere claramente a un comportamiento que no es interdependiente Sección 2.C)». Louis KAPLOW. *Competition Policy and Price Fixing. Óp. cit.*, p. 80.

<sup>117</sup> William E. KOVACIC *et al.* “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”. *Michigan Law Review*. (2011), p. 405. (Traducción libre).

<sup>118</sup> Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Circuito Cuarto. *Liggett Group, Inc. v. Brown & Williamson Tobacco Corporation*. Causa 964 F. 2d 335. Sentencia de 11 de mayo de 1992. Tribunal de Distrito de los Estados Unidos. *Holiday Wholesale Grocery v. Phillip Morris Inc.* Causa 231 F. Sentencia de 11 de julio de 2002.

<sup>119</sup> Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Circuito Onceavo. *City of Tuscaloosa v. Harcros Chemicals, Inc.* Causa 231 F. Sentencia de 1998. (Traducción libre). En este caso la corte de apelaciones llegó a la siguiente conclusión del paralelismo consciente: «el paralelismo consciente es el proceso, no en sí mismo ilegal, por el cual las empresas en un mercado concentrado podrían en efecto compartir el poder de monopolio, fijando sus precios en un nivel supracompetitivo maximizando los beneficios, reconociendo sus intereses económicos compartidos y su interdependencia con respeto a las decisiones sobre precios y productos».

Por último, uno de los casos más recientes en los que se recogió las mismas consideraciones es *Larson v. Ferrelgas Partners*, la Corte de Apelaciones del Distrito de Missouri falló lo siguiente: «incluso el paralelismo consciente, una reacción común de las empresas en un mercado concentrado [que] reconoce sus intereses económicos compartidos y su interdependencia con respecto a las decisiones sobre precios y productos [,] no es en sí misma ilegal»<sup>120</sup>.

Por su parte, la Comisión Europea en unos de los primeros casos en los que se refirió de manera indirecta al paralelismo consciente mencionó lo siguiente: «[...] un paralelismo en el comportamiento no puede identificarse por sí solo con una práctica concertada, puede ser sin embargo un indicio serio de ésta [sic], cuando avoca condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, en atención al tipo de productos, a la importancia y al número de empresas y al volumen de dicho mercado [...]»<sup>121</sup>. De lo que se desprende del extracto del caso *Imperial Chemical Industries (ICI) c. Comisión (Dyestuffs)* en esa época, para la Comisión, no estaban completamente dilucidadas las diferencias entre el paralelismo consciente y las prácticas concertadas [*supra* §1.3].

No obstante, tres años más tarde el Tribunal de Justicia llegó a la siguiente formulación en el caso *Sukier Unie y otras c. Comisión*: «[...] si bien es verdad que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores [...]»<sup>122</sup>. Así, clarificando la decisión previamente adoptada, fue con el caso *Wood Pulp II* que la Comisión falló lo siguiente: «es necesario recordar que, si bien el artículo 85 (actual 101) del Tratado prohíbe cualquier forma de colusión que falsee la competencia, no priva a los operadores económicos del derecho a adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de sus competidores»<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Corte de Apelaciones del Distrito de Missouri. *Larson v. Ferrelgas Partners*. Causa No. 15-2789. Sentencia de 23 de junio de 2017. (Traducción libre).

<sup>121</sup> Tribunal de Justicia. *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión Europea*. Causa 48/69. Sentencia de 14 de julio de 1972. (Unión Europea).

<sup>122</sup> Tribunal de Justicia. *Sukier Unie y otras c. Comisión Europea*. Causa 40/73. Sentencia de 16 de diciembre de 1975. (Unión Europea).

<sup>123</sup> Tribunal de Justicia. *Wood Pulp II c. Comisión Europea*. Causa 89/95. Sentencia de 31 de marzo de 1993. (Unión Europea).

Los casos *Gencor Ltd y Aitours plc*, c. Comisión también se refieren de manera específica a los elementos que integran un oligopolio interdependiente. El Tribunal de Primera Instancia determinó que:

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,[...] 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<sup>124</sup>.

De manera específica el caso *Glencor Ltd* refiriéndose a los oligopolios interdependiente menciona que «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>125</sup>.

Las jurisprudencias aludidas, explican la conducta y la teoría de la interdependencia oligopolística de manera precisa. Los operadores económicos, en un mercado oligopólicamente interdependiente, se adaptan de forma inteligente al comportamiento adoptado por sus competidores con el único fin de seguir siendo eficientes dentro del mercado lo que constituye una manifestación de conducta racional [*supra* §2.1].

### **2.3. ¿Por qué en Europa y Estados Unidos no se sancionan los oligopolios interdependientes como una forma específica de práctica restrictiva?**

En un mercado que se caracteriza por tener una estructura de interdependencia oligopolística [*supra* §2.1], no es posible considerar como una práctica restrictiva de la competencia a la forma racional en la que actúan los operadores económicos en el mercado. Como hemos manifestado, el actuar racional de los operadores económicos en esta estructura es igual a la de los operadores económicos en un mercado competitivo, el problema radica que como consecuencia de su accionar, a diferencia de los operadores

---

<sup>124</sup> Tribunal de Justicia. *Gencor Ltd c. Comisión Europea*. Asunto T-102/96. Sentencia de 25 de marzo de 1999 y Tribunal de Justicia. *Aitours plc, c. Comisión Europea*. Asunto T-342/99. Sentencia de 6 de junio de 2002.

<sup>125</sup> Tribunal de Justicia. *Gencor Ltd c. Comisión Europea*. *Óp. cit.*

económicos en un mercado competitivo, producen efectos indeseables que son producto de la estructura interdependiente del mercado<sup>126</sup>.

Los agentes de mercado en una estructura de interdependencia oligopolística observan y anticipan las estrategias que adoptarán sus competidores sobre la base de la información que se encuentra a su disposición, tal como lo hacen todos los operadores económicos en competencia. La distinción es que, en un oligopolio interdependiente, la simetría, transparencia y cercanía arrojan como resultado un equilibrio de precios no competitivo y crean incentivos para que las estrategias dominantes no se modifiquen unilateralmente sino en conjunto. Así, debemos enfatizar la conducta de estos operadores y distinguirla de aquella que fundamenta a las prácticas restrictivas de la competencia.

Los acuerdos se caracterizan por la concurrencia de voluntades con el fin de alcanzar, dentro del mercado, mediante la concertación, un objetivo común para dos o más operadores económicos [*supra* §1.1]. Las decisiones o recomendaciones colectivas es la expresión de voluntad de una asociación, mediante cualquier vehículo, en el que se busca uniformizar el comportamiento de sus miembros para reemplazar los riesgos de la competencia por la colaboración [*supra* §1.2]. Por último, las prácticas concertadas, es una forma de coordinación entre operadores económicos que busca sustituir los riesgos de la competencia mediante el intercambio de información sensible que elimina la incertidumbre de la conducta competitiva de los otros operadores económicos [*supra* §1.3].

De lo expuesto, es evidente que el elemento de la esencia que caracteriza a una práctica restrictiva es el intercambio de información entre operadores económicos con el

---

<sup>126</sup> «Se caracteriza porque los competidores saben que actúan en forma similar o coincidente, pero ello se debe a la estructura y características particulares de un determinado mercado relevante y, por tanto, tampoco existe concierto y consiguientemente no procede imputar responsabilidad monopólica. Suele presentarse esta clase de conductas paralelas en mercados en los que los competidores producen y/o comercializan bienes o servicios homogéneos y, en consecuencia, manejan una estructura de costos similar o bien en el caso de la comercialización de productos homogéneos que los consumidores identifican como tales, es usual que el precio de aquellos presente semejanzas» [...] «Cada competidor planifica su estrategia comercial considerando el comportamiento esperado de sus rivales. [sic] Ello se explica porque cada competidor teme una guerra devastadora en materia de precios y por ello tiende a buscar en estos un nivel tal que garantice a los oferentes del respectivo mercado una ganancia suficiente. Esto se traduce en una interdependencia conductual en materia de precios y, por tanto, las variaciones del equilibrio entre la oferta y la demanda tendrán correlativamente en las alzas y bajas de los precios del mercado respectivo» [...] «La interdependencia oligopolística constituye una interesante defensa, puesto que aquella no resulta en si misma constitutiva de ilícito contrario a la libre competencia. En efecto, para que esa conducta sea sancionada sería necesario que mediase un acuerdo colusorio entre las empresas». Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera Constitucional. Causa No. 2578/2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012.

objetivo de actuar **conjuntamente** para generar, dentro del mercado, precios supra-competitivos. En los oligopolios interdependientes la conducta unilateral de los operadores económicos, en un mercado que se caracteriza por tener (i) pocos competidores, (ii) productos homogéneos, (iii) transparencia en el mercado en un mercado, (iv) con altas barreras de entrada, (v) interacción frecuente entre competidores y (vi) simetría [*supra* §2.1] produce efectos indeseables, en lugar de presiones competitivas que disciplinen a sus competidores.

Tanto Europa como Estados Unidos han adoptado un régimen que se caracteriza por evitar la sanción respecto del paralelismo consciente en virtud de que las sanciones impuestas por la autoridad de competencia no logran resolver el problema central del oligopolio interdependiente. Es decir, las sanciones no subsanan el verdadero problema respecto del actuar racional de los operadores en un oligopolio, pues estas no modifican la estructura del mercado.

Así, los precedentes jurisprudenciales a los que nos hemos referido, tanto de Europa como de Estados Unidos, en una primera instancia trazaban los límites para que la autoridad de competencia reaccione ante esta conducta. No obstante, una vez que se desarrolló doctrina y jurisprudencia se sentaron las bases en el Derecho de Competencia aplicable en ambos países para que las cortes tomen en consideración que un mero paralelismo de precios no necesariamente significa que se esté incurriendo en una práctica restrictiva de la competencia.

Por ello, resulta excepcional que España haya adoptado el paralelismo consciente dentro de su Ley de Defensa de la Competencia como una práctica restrictiva, lo que ha traído problemas a las cortes españolas el momento en que deben aplicarla, debiendo recurrir a comparaciones, analogías, o a la incorporación de otras formas de restricción.

Ello ocurre en el caso *Detergentes* en el que el Tribunal de Defensa de la Competencia falla lo siguiente:

se consideran «prácticas concertadas» aquellas actuaciones que, alterando o restringiendo la situación de competencia en un mercado, implican un paralelismo de conducta consciente entre agentes económicos, normalmente competidores, y suponen cierta cooperación y coordinación entre ellos. Las «prácticas conscientemente paralelas» no exigen el elemento consensual, aunque, evidentemente no podrán ser explicadas por las reacciones normales o previsibles de los agentes en el mercado. Las dificultades y dudas que plantea la aplicación de este último concepto sobre todo en

casos de mercados con productos homogéneos y de estructura oligopolística no deben ser despreciadas<sup>127</sup>.

Por su parte, en el caso *Air Europa Líneas Aéreas S.A.* la misma autoridad dictaminó que: «en el presente caso existió transferencia de información [...]. Pues bien, probado que la actora conocía las circunstancias de los cargos que aplicaría Iberia, y que los cargos son idénticos, es inevitable concluir que se ha producido o bien un acuerdo tácito o bien una conducta conscientemente paralela [...]»<sup>128</sup>. En la resolución *Azúcar* el Tribunal de Defensa de la Competencia determinó lo siguiente: «los hechos descritos en el Informe-Propuesta constituyen, a juicio del Servicio, una infracción al artículo 1.1 de la LDC y del artículo 85.1 (actual 101.1) del Tratado UE por constituir una práctica concertada o conscientemente paralela cuyo objeto y efecto es restringir la competencia, ya que el intercambio de información sensible sería perjudicial para empresas que tuvieran una política comercial independiente. El hecho de intercambiarla es signo de la concertación en los demás campos (precios, cuotas de venta, etc..)»<sup>129</sup>. Es probable que, en un intento de aportar seguridad jurídica a su determinación legal, las cortes españolas intenten recabar elementos adicionales del cometimiento de conductas ilegales (intentando asimilarlo a los «plus factors» americanos).

Ahora bien, existen otras instancias donde el Tribunal de Defensa de la Competencia ha sancionado a operadores económicos por el paralelismo unilateral que se produce, como hemos visto, en oligopolios interdependientes. En el caso *United International Pictures, S.L.* la autoridad española sancionó a la empresa por «haberse concertado para uniformar sus políticas comerciales con otros competidores. [...] [L]a supuesta semejanza de políticas comerciales era apreciada como un presunto indicio del acuerdo restrictivo que se sancionaba en aplicación de una prueba de presunciones»<sup>130</sup>. El operador económico recurrió la sentencia del Tribunal por considerar que «la noción “conducta conscientemente paralela” no puede aplicarse a comportamientos puramente unilaterales de los competidores que se acomodan a las condiciones del mercado o del comportamiento de otros competidores, siempre que se realice sin ningún elemento

---

<sup>127</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia. Expte. 306/91. Detergentes. 6 de marzo de 1992. (España).

<sup>128</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso No. de Recurso 439/2006, de 04 de febrero de 2008. (España).

<sup>129</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia. Expte. 426/98. Azúcar, de 15 de abril de 1999. (España).

<sup>130</sup> Tribunal Supremo. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. No. 1525/2013, de 10 de noviembre de 2015. (España).

colusorio o concertado entre ellos»<sup>131</sup>. A pesar de la correcta fundamentación del operador, el Tribunal y después en el recurso presentado por *United International Pictures, S.L.* se determinó que

existe una prueba directa sobre la uniformidad contractual, de la que puede inferirse un acuerdo contrario a la competencia, lo cual resulta conforme con la jurisprudencia, baste recordar lo afirmado en nuestra sentencia de 31 de marzo de 2005 (rec. 4574/2002) “la **coincidencia de precios** constituye, en las circunstancias en las que se inscribe, indicio suficiente para explicar la concertación o la práctica conscientemente paralela -no la existencia de contactos- y, consiguientemente, la conducta prohibida y sancionable” [...]. (Énfasis añadido).

De lo expuesto, es evidente la problemática que plantea las conductas conscientemente paralelas en la legislación española.

En el Ecuador, en uno de los primeros casos en los que se tiene conocimiento que se inició un expediente por paralelismo consciente, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo «**SCPM**») ha determinado lo siguiente:

[e]n un desarrollo normal del mercado y de la competencia, los operadores económicos pueden presentar una adaptación unilateral y autónoma a la conducta de sus competidores (adaptarse al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores), y esa adaptación no siempre referirá a la existencia de una práctica concertada; esto, siempre y cuando no haya mediado previamente una toma de contacto, directo o indirecto, entre los operadores económicos en cuestión, pues esa adaptación previsiva se opone de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no corresponderían a las condiciones normales del mercado de que se trate<sup>132</sup>.

En virtud de lo señalado, es absolutamente necesario rescatar el verdadero significado de lo que es el paralelismo consciente porque el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha adoptado un régimen de sanción que, al momento, es objeto de controversias fundamentadas pues no explica de manera correcta la naturaleza y esencia de la conducta. Vemos como la SCPM también intenta aportar seguridad y certeza sobre sus determinaciones, asimilándolas a las prácticas concertadas. Además, es necesario hallar la solución a la sanción que impone la autoridad ante conductas conscientemente paralelas en la medida que se requiere subsanar, no la reacción racional que tienen los operadores económicos en este tipo de estructura de mercado, sino la estructura en sí del oligopolio interdependiente la cual genera un fallo de mercado visible. En definitiva, el

---

<sup>131</sup> *Ibíd.*

<sup>132</sup> Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Informe de Resultados de la Investigación del expediente confidencial.

remedio dispuesto por la LORCPM no sirve para enmendar adecuadamente los resultados ineficientes de las estructuras de mercado oligopólicas e interdependientes.

\* \* \*

El origen que da luz a las conductas conscientemente paralelas es la interdependencia oligopolística. Este equilibrio predice que, en una estructura de mercado que se caracteriza por la transparencia de información, pocos vendedores, productos homogéneos, barreras de entrada altas, interacción frecuente entre competidores y cuotas de mercado simétricas, los agentes de mercado, en aras de velar por la eficiencia, utilizan a su favor toda la información disponible. Esto significa que actuarán racionalmente de manera que maximicen sus retornos, en el proceso adoptarán un conjunto de acciones sobre la base de las estrategias que adopten sus rivales, de manera que todos maximicen sus beneficios al actuar paralela, pero unilateralmente.

Este análisis respecto de las conductas conscientemente paralelas ha guiado a cuestionamientos recurrentes dentro de la doctrina y la legislación. Por ello, si bien dentro de la legislación de Estados Unidos y de la Unión Europea ha entendido que el Derecho de competencia y sus remedios no están diseñados para abordar este problema estructural de mercado. No obstante, algunos países, como España y Ecuador, han decidido insistir en la sanción.

Por ello, es necesario abordar las conductas conscientemente paralelas desde otra perspectiva, entender que el accionar de los operadores económicos en una estructura oligopolística se construye sobre la racionalidad. En consecuencia, no es admisible que se sancione esta práctica pues los efectos que se desprenden de este accionar no son eficientes ni deseables en el mercado. En el siguiente apartado, analizaremos las posibles recomendaciones que puede optar la autoridad de competencia al tratar el problema del oligopolio interdependiente.

### **3. Las conductas conscientemente paralelas no deben ser sancionadas**

Como hemos demostrado en el apartado anterior, las conductas conscientemente paralelas no deben ser sancionadas. En el siguiente apartado analizaremos [3.1] la experiencia de las autoridades en aquellos casos en los que se trató de sancionar a los operadores económicos por incurrir en un paralelismo consciente. Demostraremos que la sanción no es un mecanismo eficiente para abordar el problema del oligopolio.



Asimismo, explicaremos [3.2] que las sanciones impuestas a los operadores económicos no producen un efecto deseable en el mercado, pues no subsanan la estructura de mercado que invita a los operadores a incurrir en esta conducta. Finalmente, [3.3] trataremos de plantear nuevos mecanismos de acción que puede tomar la autoridad respecto de las conductas conscientemente paralelas.

### **3.1. La sanción no es una forma eficiente de abordar el paralelismo consciente**

Para entender porque no es adecuado sancionar a los operadores económicos en una estructura oligopolística interdependiente es necesario revisar el siguiente ejemplo: supongamos que en una carrera de atletismo se encuentran dos jugadores: A y B. El jugador A se encuentra en una estructura de competencia perfecta y el jugador B se encuentra en una estructura de competencia imperfecta, específicamente en un oligopolio interdependiente. De lo que se desprende, es evidente que la pista en la que va a correr el jugador A es sustancialmente diferente a la pista en la que va a correr el jugador B. Al iniciar la carrera, tanto A como B actúan racionalmente, es decir hacen todo lo que se encuentra a su disposición para ganar. Así, A y B dosificaran su esfuerzo para estratégicamente lograr su victoria, lo mismo sucede en el mercado. A y B lo que tienen en mente al competir en el mercado, independientemente de la estructura en la que se encuentren, es maximizar sus beneficios y, para hacerlo, utilizaran toda la información que se encuentre a su disposición para diseñar y ejecutar una estrategia ganadora en el mercado. Ahora bien, A tanto en la carrera de atletismo como en el mercado, al actuar racionalmente, generará un efecto eficiente y deseable: obtener la victoria. No obstante, B al actuar igual de racionalmente que A nunca alcanzará la victoria y no generará efectos eficientes ni deseables.

De lo que se desprende, ambos jugadores actúan sobre la base de la racionalidad, no obstante, el segundo jugador a diferencia del primero al actuar racionalmente el resultado que obtiene es generar precios supra-competitivos una característica de las prácticas restrictivas de la competencia. Así, lo que no está tomando bajo consideración el Derecho de competencia es que el jugador B se encuentra en una pista de carrera diferente a la del jugador A que le imposibilita generar los mismos resultados. Por ello, no depende de los operadores económicos, en esta estructura de mercado, bajo una sanción, modificar su accionar. Lo que requiere el jugador B para modificar su accionar y generar efectos eficientes y deseables en el mercado, es que su pista, es decir su estructura oligopólica interdependiente, sea modificada.

El objetivo fundamental de imponer multas o sanciones en materia de Derecho de competencia, de acuerdo a lo manifestado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, es: (i) reprimir las conductas ilícitas e (ii) impedir su repetición<sup>133</sup>. Por un lado, el objetivo al imponer una sanción<sup>134</sup> es castigar al operador económico que no ha actuado dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico<sup>135</sup>. Por otro, mediante la sanción, se busca disuadir a los operadores económicos de manera que no vuelvan a tomar en consideración las mismas prácticas restrictivas para desarrollarse dentro del mercado y, por ende, afectar al mismo. Por ello, «es innegable que la sanción impuesta tiene un valor pedagógico que pretende influir en las conductas posteriores»<sup>136</sup>, la autoridad busca poner un alto a aquella práctica que tiene por objetivo afectar a los consumidores y al interés general.

Sobre la base de lo expuesto, se han desarrollado mecanismos dentro del Derecho de competencia con el objetivo de precautelar el mercado: (i) el monetario (ii) el conductual y (iii) el estructural<sup>137</sup>. Por un lado, las sanciones pecuniarias se refieren a aquellas que tienen por objetivo generar un detrimento en el patrimonio de los operadores económicos sobre la base de la conducta ilícita o infracción adoptada por el operador económico. Por otro, las sanciones conductuales buscan, mediante mecanismos coercitivos, obtener una conducta contraria o diferente del operador económico con el objetivo de reestablecer el orden, por ejemplo, las autoridades de competencia pueden ordenar a los operadores económicos que dejen de dar aviso previo de los cambios de precio u obligarles a adoptar precios techos<sup>138</sup>. En definitiva, ambos

---

<sup>133</sup> Tribunal de Justicia. *ACF Chemiefarma NV c. Comisión Europea*. Causa 41/69. Sentencia de 15 de julio de 1970. (Unión Europea).

<sup>134</sup> Dentro del Derecho administrativo, de acuerdo a Roberto Dromi, la sanción es un medio indirecto con que cuenta la Administración para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a derecho. Roberto DROMI. *Derecho Administrativo*. 9na. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 314.

<sup>135</sup> «La sanción administrativa es un acto desfavorable que afecta la esfera jurídica de un particular con una finalidad represora frente a una infracción o conducta ilícita». Eduardo CORDERO QUINZACARA. «Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. (2013). p. 84.

<sup>136</sup> Lluís CASES PALLARES. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 192.

<sup>137</sup> Luis BERENGUER FUSTER, César GINER PARREÑO y Antonio Robles MARTÍN-LABORDA. *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 280.

<sup>138</sup> Competition Commission. *Market Investigation References: Competition Commission Guidelines*. [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20111202165157/http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/rules\\_and\\_guide/pdf/cc3.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20111202165157/http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/rules_and_guide/pdf/cc3.pdf) (acceso: 01/10/2017).

mecanismos buscan sancionar a los operadores por haber incurrido en infracciones previstas en la ley y ordenar al cumplimiento de las medidas ordenadas aun en contra de la voluntad del obligado a ello<sup>139</sup>.

Finalmente, los mecanismos estructurales no se catalogan *per se*<sup>140</sup> como sanciones pero generan un gravamen<sup>141</sup> para los operadores económicos. Estas tienen por objetivo restablecer la competencia alterada, «puede llegar incluso a afectar al seno mismo de la organización empresarial, de tal forma que tenga que suprimirse determinadas ramas de actividad o procederse a la enajenación de determinados activos»<sup>142</sup>.

La LORCPM ha recogido, dentro de su normativa, estos tres mecanismos para combatir las prácticas restrictivas<sup>143</sup>. Las infracciones a estas se clasifican en (i) graves y (ii) muy graves. Las infracciones son graves cuando las conductas colusorias se desarrollen entre «empresas u operadores económicos que no sean competidores entre sí, reales o potenciales»<sup>144</sup> y, son consideradas muy graves cuando las prácticas restrictivas se desarrollen «entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales»<sup>145</sup>.

Esta clasificación es útil para determinar la cuantía de la sanción pecuniaria. De acuerdo al artículo 79 de la LORCPM, las infracciones graves se sancionan con una multa de hasta «el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la

---

<sup>139</sup> Fernando GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10ma. ed. Madrid: Tecnos, 1987, p. 137.

<sup>140</sup> El concepto así delineado ha permitido a la doctrina y jurisprudencia española descartar una serie de actos de la Administración que, a pesar de su contenido desfavorable, no constituyen sanción en sentido estricto:

- Todo acto que no sea consecuencia de una conducta ilícita, como la expropiación de un inmueble, la suspensión de un concurso público, la extinción de un acto administrativo por caducidad o cumplimiento del plazo, etc.

- Aquellos actos que sean consecuencia de una conducta ilícita, pero que no tienen una finalidad represiva o reaccional, como las medidas de restablecimiento del orden alteradas por dicha conducta (vgr. la suspensión de una construcción por no tener permiso de edificación, el cierre de un local comercial sin permiso municipal, etc.) o medidas de reparación o resarcimiento (vgr. la reparación del perjuicio causado al patrimonio público o la restitución de los gastos asumidos por la Administración en los casos de ejecución por la vía sustitutoria). Eduardo CORDERO QUINZACARA. «Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena». *Óp. cit.*, p. 85.

<sup>141</sup> Alberto ARRIBAS *et al.* *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. *Óp. cit.*, p. 902.

<sup>142</sup> *Ibíd.*

<sup>143</sup> La autoridad encargada de sancionar a los operadores económicos es la Superintendencia de Control y Poder del Mercado de acuerdo a lo prescrito en el artículo 38 número 8 de la LORCPM. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 38, número 8. *Óp. cit.*

<sup>144</sup> *Id.*, Artículo 78.

<sup>145</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 78. *Óp. cit.*

multa»<sup>146</sup>, mientras que a las infracciones muy graves se les impone una multa de hasta «el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa»<sup>147</sup>.

Además de la sanción monetaria contemplada en el apartado anterior, nuestra legislación de igual manera prevé el mecanismo conductual y estructural. Por un lado, el artículo 73 de la LORCPM se refiere a los mecanismos conductuales, este establece como medidas correctivas (i) el cese de la práctica anticompetitiva, (ii) la realización de actividades o contratos tendientes a restablecer el proceso competitivo o (iii) la inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos<sup>148</sup>. Por otro lado, en relación a los mecanismos estructurales, el inciso décimo del artículo 79 de la LORCPM establece, excepcionalmente, que la SCPM «podrá ordenar desinvertir, dividir o escindir en los casos en los que determine que es el único camino para restablecer la competencia»<sup>149</sup>.

No obstante, ¿son estos mecanismos previstos por la LORCPM eficientes para tratar las conductas conscientemente paralelas? En este apartado analizaremos la experiencia de las autoridades en aquellos casos en los que se ha deseado imponer una sanción a aquellos operadores económicos que han incurrido en una conducta conscientemente paralela; demostraremos que las decisiones adoptadas por la autoridad no han provocado un efecto eficiente [*supra* §2.1] en el mercado debido a que la intervención y regulación han generado un costo social que supera al beneficio de esta intervención, por ende, estos antecedentes han guiado a estos países a optar por otra forma de actuación respecto de esta conducta.

En Estados Unidos, la Comisión Federal de Comercio (en lo sucesivo «FTC»<sup>150</sup>) en 1972 demandó a las cuatro empresas más grandes manufactureras de cereales alegando que sus acciones y omisiones en el plazo de los últimos 30 años han generado una estructura concentrada y no competitiva en el mercado violando, de esta manera, la sección 5 del *FTC Act*. Las cuatro empresas demandadas fueron: (i) Kellogg's Co., (ii)

---

<sup>146</sup> *Id.*, Artículo 79.

<sup>147</sup> *Ibid.* «De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente» *Ibid.*

<sup>148</sup> *Id.*, Artículo 73.

<sup>149</sup> *Id.*, Artículo 79.

<sup>150</sup> Siglas utilizadas por su nombre en inglés.

General Mills, Inc., (iii) General Foods Corp, y (iv) Quaker Oats Co<sup>151</sup>. A pesar de que el juez en sede administrativa falló a favor de las compañías de cereales debido a la falta de prueba de parte de la FTC, la Comisión tomó la decisión de analizar nuevamente el caso para determinar si una apelación de la decisión era viable<sup>152</sup>.

El Comisionado Clanton, al analizar el caso estableció que se trataba de un comportamiento oligopolístico y que, por ende, tiene efectos únicamente anticompetitivos<sup>153</sup>. No obstante, al analizar si una sanción o remedio estructural era pertinente, hizo alusión a los remedios estructurales planteados por los profesores Areeda y Turner. Ellos sugieren «que la evidencia de un desempeño monopolístico persistente en un mercado, ya sea exhibido por una firma o un pequeño grupo de empresas, debería ser suficiente para justificar un alivio en forma de desinversión u otros remedios similares»<sup>154</sup>. A pesar de lo mencionado por los profesores, el Comisionado Clanton ratifica que, para que sea exitosa una desinversión, se requiere que exista evidencia certera de que el mercado no está funcionando bien y, sobre todo, que el remedio no genere una ineficiencia aparente en el mercado<sup>155156</sup>. Sobre la base de

---

<sup>151</sup> En la mitad de 1960, el FTC demandó ante una corte para escindir empresas. Por primera vez y debido a la falta de efectividad de las medidas anteriormente utilizadas para reducir la concentración, el FTC tuvo planeado dirigirse hacia los mercados oligopólicos e introducir un análisis económico estructural mediante la desconcentración. La denuncia alegó, entre otras cosas, que los encuestados proliferaron marcas; productos artificialmente diferenciados mediante la promoción de marcas y la publicidad intensiva; realizaron numerosas adquisiciones durante los últimos 70 años, eliminando las fuentes de los cereales RTE de marca privada; se negaron a fabricar productos de marca privada, aunque tenían capacidad no utilizada; y a través de los servicios de Kellogg en la provisión de espacio en los supermercados y la colocación de cereales en ella, perpetuaron sus cuotas de mercado y limitaron la exposición del producto de otros productores.

En el momento en que se planteó el recurso de apelación, hubo un cambio de gobierno del presidente Jimmy Carter al presidente Ronald Reagan, quien seleccionó a James Miller III como cabeza del FTC. Miller una vez que estuvo en el cargo desistió del recurso de apelación. A pesar de ello, la Comisión decidió revisar el caso. Eleanor M. FOX. *Cases and materials on U.S. Antitrust in Global Context*. 3ra. ed. Estados Unidos de América: West, 2012, p. 595. Traducción libre.

<sup>152</sup> Eleanor M. FOX. *Cases and materials on U.S. Antitrust in Global Context*. *Óp. cit.*, p. 596.

<sup>153</sup> *Ibíd.*

<sup>154</sup> *Ibíd.*

<sup>155</sup> *Ibíd.*

<sup>156</sup> En este punto, debemos enfatizar que Turner adopta esta posición en el supuesto de que las conductas conscientemente paralelas sean sancionadas bajo la segunda sección del *Sherman Act*, pues como expuso en su trabajo «The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal», el comportamiento del «oligopolista racional en el establecimiento de su precio es precisamente el mismo que el del vendedor racional en una industria compuesta por un gran número de competidores. Ambos están tasando su producto y determinando su producción para alcanzar el beneficio más alto, o sufrir la menor pérdida, que se puede obtener en las condiciones del mercado que enfrentan. El oligopolista racional simplemente tiene en cuenta un factor más: las reacciones de sus competidores ante cualquier cambio de precio que tenga. Debe tomarlos en consideración porque sus competidores reaccionarán inevitablemente». Donald F. TURNER. «The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal». *Harvard Law Review*, Vol. 75, No. 4 (1962), p. 665.

esta probable ineficiencia del remedio estructural, incluso Areeda y Turner reconocen que los tipos de mercados en los que podría funcionar la desinversión son limitados<sup>157</sup>. Esto en virtud de que, introducir un remedio estructural como estos y sin el análisis previo puede generar una ineficiencia realmente perniciosa para el mercado en la medida que los costos producto de la desinversión pueden superar extensamente los costos provocados por la estructura oligopolística.

En el caso *E.I Du Pont de Nemours y Ethyl Corporation*, la FTC sostuvo que los operadores económicos y dos fabricantes de anticongelantes, *PPG Industries, Inc.* y *Nalco Chemical Company*, habían participado en métodos injustos de competencia.

Cada empresa adoptó de manera independiente y unilateral, en diferentes momentos algunas o todas las prácticas comerciales que no fueron ni restrictivas, ni depredadoras ni adoptadas con el propósito de restringir la competencia. Estas prácticas impugnadas fueron: (1) la venta del producto por las cuatro empresas a un precio que incluía los costos de transporte, (2) el otorgamiento por Du Pont y Ethyl de un aviso previo adicional de aumentos de precios, por encima de los 30 días previstos en el contrato (3) el uso por parte de Du Pont y Ethyl (e infrecuentemente por PPG) de la cláusula de “nación más favorecida” en virtud de la cual el vendedor prometió que ningún cliente sería cobrado un precio más alto que otros clientes<sup>158</sup>.

El FTC, sobre la base de las conductas descritas, determinó que *PPG* y *Nalco* habían incurrido en métodos injustos de competencia que se subsumen bajo la sección 5 del *FTC Act*. Si bien esta sección no prohíbe fijación de precios por parte de empresas individuales, la Comisión consideró que esta sección puede ser violada «incluso en ausencia de acuerdo si las empresas se comportan de manera interdependiente que, debido a la estructura y las condiciones del mercado, facilita la coordinación de precios de manera que disminuya sustancialmente la competencia en la industria»<sup>159</sup>. Sobre la base de esto, «la FTC emitió una orden de cese y desistimiento solo contra Ethyl y Du Pont, prohibiéndoles anunciar cambios de precios antes del período contractual de 30 días y usar cláusulas de “nación más favorecida” en sus contratos de venta»<sup>160</sup>. No obstante, lo particularmente relevante es que el FTC no prohibió el uso de comunicados de prensa ni el aviso previo de 30 días de aumentos de precios.

Ante la decisión del FTC, el juez Mansfield determinó que, la «mera existencia de una estructura de mercado oligopolística en la que un pequeño grupo de fabricantes se

---

<sup>157</sup> Eleanor M. FOX. *Cases and materials on U.S. Antitrust in Global Context*. Óp. cit., p. 597.

<sup>158</sup> *Id.*, p. 604.

<sup>159</sup> *Id.*, p. 605.

<sup>160</sup> *Id.*, p. 607.

ocupa de precios conscientemente paralelos de un producto idéntico no viola las leyes de competencia. Representa una condición, no un “método”; de hecho, podría ser coherente con la intensa competencia»<sup>161</sup>. Así, Mansfield concluye que no existen pruebas sustanciales que demuestren que la competencia en la industria ha sido afectada por estas prácticas o que, en definitiva, si se hubiesen eliminado, hubiese mejorado la competencia. Por ello, los cuatro expertos en el caso «declararon que la falta de competencia perfecta en la industria se debía a la estructura de la industria y que las prácticas impugnadas tenían poco efecto sobre la competencia»<sup>162</sup>. En este sentido, las prácticas adoptadas por los operadores económicos no redujeron la incertidumbre de los precios en la industria dado que los competidores, igual se enteraban de los precios en cuestión de horas.

Sobre la base de lo expuesto, es posible determinar que las sanciones impuestas a los operadores económicos por incurrir en una conducta conscientemente paralela cuando se encuentran en un mercado con una estructura de interdependencia oligopolística no es eficiente. Esto en virtud de dos razones, los operadores económicos (i) piensan en términos racionales y (ii) utilizan toda la información que se encuentra a su disposición para diseñar la estrategia que les permitirá maximizar sus retornos.

El establecer en contra de un operador económico una sanción pecuniaria como la prevista en el artículo 79 de la LORCPM no es eficiente [*supra* §2.1]. La sanción administrativa no estará cumpliendo su objetivo pues, los operadores económicos, a pesar de la multa económica impuesta, no modificarán su conducta<sup>163</sup> ni se abstendrán de volverla a cometer debido a que la estructura en la que se encuentran es la misma. Debemos enfatizar que este se trata de un mercado que se caracteriza por tener i) pocos competidores, (ii) productos homogéneos, (iii) transparencia de información<sup>164</sup>, (iv) barreras de entrada altas, (v) interacción frecuente entre competidores y, como elemento adicional (vi) simetría<sup>165</sup>. Por tanto, no es racional y no es eficiente que se sancione a los operadores económicos por actuar racionalmente como cualquier otro competidor.

---

<sup>161</sup> Eleanor M. FOX. *Cases and materials on U.S. Antitrust in Global Context*. *Óp. cit.*, p. 609.

<sup>162</sup> *Id.*, p. 611.

<sup>163</sup> Richard WHISH y David BAILEY. *Competition Law*. 8va. ed. New York: Oxford University Press, 2015, p. 601.

<sup>164</sup> María Belén GONZÁLEZ. “El intercambio de información entre empresas y la libre competencia”. *Estudios de Derecho de competencia*. Juan Ignacio FONT GALÁN y Manuel PINO ABAD (coords.). Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 364.

<sup>165</sup> *Ibíd.*

Todos los competidores sin importar la estructura de mercado competirán con vehemencia, actuarán unilateralmente, maximizarán sus beneficios y utilizarán toda la información disponible en el mercado. El problema con el oligopolio interdependiente radica en que así los competidores actúen racionalmente como en cualquier estructura del mercado, el resultado que se arroja es una subida de precios a un nivel supra-competitivo propia de las prácticas restrictivas. Este resultado es producto de la estructura del mercado no del accionar de los operadores económicos.

En relación a los mecanismos estructurales, tampoco es eficiente permitir que la SCPM, en todos los casos, pueda desinvertir, dividir o escindir empresas para restablecer la competencia. El caso Kellog es una guía fundamental que sirve de referente para evaluar los efectos perniciosos de una medida estructural, pues, a veces, las medidas estructurales pueden generar costos y alterar el mercado de tal manera que, después de su aplicación, no se puedan retrotraer sus efectos. Además, las medidas estructurales pueden generar falsos positivos, es decir, tal y como se manifestó en el caso Kellog se requiere de prueba irrefutable y un estudio pormenorizado para aplicar estos mecanismos y, a veces, los estudios pueden resultar insuficientes y generar efectos absolutamente indeseables en la medida de que el costo de la intervención supere el beneficio obtenido de esta. También puede darse el caso de que las medidas estructurales no generen ningún efecto en el mercado como pasó en el caso *E.I Du Pont de Nemours y Ethyl Corporation*. Si bien el FTC emitió una orden de cese y desistimiento para que los operadores económicos no anuncien sus precios antes del periodo contractual, no prohibió el uso de los comunicados de prensa o los avisos previos de aumentos de precios, esta medida permitió que se sigan desplegando los mismos efectos en el mercado. Tal como lo ratificaron los expertos, los competidores seguían teniendo conocimiento de los precios con diferencia de horas, por ello, no es eficiente introducir estas prohibiciones cuando la misma estructura de mercado permite que la información se siga desplegando a favor de los operadores económicos.

Sobre la base de esto, tanto Europa como Estados Unidos han adoptado un régimen que se caracteriza por evitar la sanción respecto del paralelismo consciente en virtud de que las sanciones impuestas por la autoridad de competencia no son eficientes. Es decir, las sanciones no subsanan el verdadero problema respecto del actuar racional de los operadores en un oligopolio.



### 3.2. Los remedios estructurales no producen un efecto deseable dentro del mercado

Los casos expuestos en el apartado anterior demuestran que, sobre el entendido de que el paralelismo consciente es producto de una estructura oligopólica interdependiente, las sanciones pecuniarias y conductuales no son remedios eficientes o deseables en el mercado<sup>166</sup>. Esto en virtud de que estas sanciones pueden, de manera temporal, tratar de ser un remedio para la competencia, pero en el largo plazo no modificarán la conducta de los operadores económicos dado que, la estructura sobre la que trabajan, sigue siendo la misma. Por ello, estas sanciones no generan efectos deseables en el mercado porque son incapaces de modificar la estructura de este, mientras exista una estructura oligopólica interdependiente puede existir una conducta conscientemente paralela. No obstante, ¿pueden ser los mecanismos estructurales la solución al problema del oligopolio? En el siguiente apartado analizaremos si las consecuencias de estos remedios son deseables y la problemática de aplicar estos remedios únicamente tomando en consideración el aspecto jurídico más no económico del oligopolio interdependiente.

De acuerdo al artículo 7 del Reglamento de la Comunidad Europea relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 (antiguos 81 y 82) del TFUE, la Comisión

podrá ordenar mediante decisión a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada. A tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural [...]<sup>167</sup>.

El Consejo de la Unión Europea ha determinado que los remedios estructurales sean aplicados de manera excepcional cuando los remedios de comportamiento no sean oportunos. Esta posición ha sido repercutida por nuestra legislación, los remedios estructurales son aplicados únicamente cuando los remedios conductuales no son eficaces. En este sentido, los remedios estructurales

---

<sup>166</sup> Giorgio MONTI. *EC Competition Law*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 336. (Traducción libre).

<sup>167</sup> Consejo de la Unión Europea. *Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado*. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN> (acceso: 01/10/2017).

pueden abarcar desde la ruptura total (o disolución) de una empresa (horizontal o verticalmente, funcional u organizativa) hasta la desinversión de una unidad de negocio individual o múltiple. Los remedios estructurales intervienen directamente en la concentración excesiva del poder de mercado y se consideran más autosuficientes, más estrictos y eficaces que los remedios conductuales. Sin embargo, el uso de remedios estructurales contra las empresas dominantes podría también plantear la pérdida de eficiencias sustanciales para la empresa afectada y podría suponer dificultades significativas en su aplicación, así como en los costes de ejecución<sup>168</sup>.

Se han determinado tres elementos claves para considerar oportuna la aplicación de remedios estructurales, estos deben ser: (i) proporcionales, (ii) necesarios y (iii) efectivos. En relación a los primeros, «imponer cambios en la estructura de la empresa tal y como era antes de cometer la infracción sólo responde al principio de proporcionalidad si de la propia estructura de la empresa se deriva un riesgo sustancial de una infracción duradera o reiterada»<sup>169</sup>. En concordancia con lo mencionado, Tajana menciona que será proporcional el remedio estructural cuando «el riesgo de una infracción duradera y repetida debe derivarse de la estructura de la empresa y no de la propia estructura del mercado ni de la estructura de los demás competidores»<sup>170</sup>. En segundo lugar, el remedio estructural será necesario cuando los remedios conductuales y monetarios no sean suficientes para abordar el problema<sup>171</sup>. Y, por último, en relación a los elementos para delimitar el elemento efectivo, no se ha definido con claridad cuál son los requisitos que lo conforman.

«[...] [L]a eficacia parece estar más relacionada con su capacidad de resolver el problema de la competencia que con el impacto del remedio en el mercado. En otras palabras, un recurso “eficaz” no es necesariamente eficiente, ni tiene que ser para cumplir con el criterio jurídico del artículo 7»<sup>172</sup>. Sobre la base de este enunciado, este tercer elemento da a entender que, para que se considere efectivo el remedio estructural, se debe realizar un análisis de costo beneficio<sup>173</sup>. Es decir,

[l]a satisfacción de este requisito puede ser problemática y la Comisión debe estar segura de que la desinversión elimina el riesgo de colusión tácita. Por ejemplo, si se

---

<sup>168</sup> Alessandro TAJANA. «If I Had a Hammer...Structural Remedies and Abuse of Dominant Position». *Competition and Regulation in Network Industries Volume 1, No.1*. (2006), p. 6.

<sup>169</sup> Consejo de la Unión Europea. *Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado*. *Óp. cit.*

<sup>170</sup> *Id.*, p. 19.

<sup>171</sup> Giorgio MONTI. *EC Competition Law*. *Óp. cit.*, p. 336.

<sup>172</sup> Se refiere al Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado.

<sup>173</sup> Giorgio MONTI. *EC Competition Law*. *Óp. cit.*, p. 338.

disuelve un duopolio y ambas empresas se ven obligadas a desprenderse de algunos activos para crear un tercer competidor, hay que asegurarse de que el oligopolio de tres empresas no sea susceptible de una colusión tácita. Por otro lado, la eficacia podría interpretarse de una manera más orientada hacia el futuro, lo que significa que el remedio no sólo debe resolver el problema de la competencia, sino también no debe causar ningún daño al mercado. Dicho de otro modo, [...] ¿son los beneficios del remedio superados por los costos que el remedio causa?<sup>174</sup>.

El primero y segundo requisito contemplado en el artículo 7 del Reglamento 1/2003 suponen varios problemas. Como se señaló, la proporcionalidad no se subsume al caso del oligopolio interdependiente, pues tal y como menciona Tajana este debe ser aplicado cuando el riesgo de la infracción se derive de la propia empresa y no de la estructura de mercado. Lamentablemente, el efecto generado por el oligopolio interdependiente (fundamento de las conductas conscientemente paralelas) parte de la estructura de mercado y no de la estructura de las empresas. Por ello, aplicar un remedio estructural en una estructura oligopólica interdependiente no subsanará el problema del paralelismo consciente. Si el remedio se enfoca en la estructura de las empresas tendrá el mismo efecto que las sanciones conductuales o pecuniarias, se podrá alterar la estructura de la empresa, pero eventualmente la estructura del mercado les llevará a los operadores económicos a utilizar toda la información que esté a su disposición para poder maximizar sus retornos. Esto en virtud de que son los elementos de la estructura del mercado la que facilita la colusión tácita.

En relación al segundo requisito, es necesario tomar en consideración los efectos económicos que se desprenden de la desinversión como remedio estructural. El alcanzar precios supra-competitivos en cualquier estructura de mercado es el último objetivo de los operadores económicos, «es lo que atrae la “perspicacia comercial” en primer lugar; induce la toma de riesgos que produce la innovación y el crecimiento económico»<sup>175</sup>. Por ello,

se demostró que si bien muchos sectores de la industria estaban altamente concentrados, esto se debía a las eficiencias que podrían obtenerse como resultado de la producción a gran escala. Así, cualquier reducción en el tamaño de la industria aumentaría los costos de producción y aumentaría los precios, resultado opuesto al que buscaban los que clamaban por la desinversión. Además de socavar la eficiencia productiva, la desinversión podría desincentivar el crecimiento porque penalizaría a las empresas que tuvieran éxito. El supuesto beneficio de romper la industria (eliminar

---

<sup>174</sup> Giorgio MONTI. *EC Competition Law. Óp. cit.*, p. 338.

<sup>175</sup> *Id.*, p. 218.

la colusión tácita) fue superado por los temores de que las consecuencias serían más costosas<sup>176</sup>.

A pesar de las razones expuestas, Posner mantiene, en la primera sección de su postulado referente al oligopolio, que la disolución o desinversión es el remedio apropiado para los conspiradores tácitos. Si bien dentro de su postulado mantiene que este remedio estructural debe ser excepcional, explica que estos tienen por objetivo atacar la estructura de mercado ya que reconoce que «la fijación de precios no competitivos depende en gran medida de la estructura del mercado; incluso la colusión expresa es raramente practicable en los mercados que no son oligopolísticos en estructura»<sup>177</sup>. En un supuesto ideal los remedios estructurales serían la herramienta apropiada para abordar el problema del paralelismo consciente, no obstante, como hemos mencionado, los remedios estructurales deben ser aplicados cuando la infracción se deriva de la estructura de la propia empresa y no de la estructura del mercado. Adicionalmente, en el supuesto no consentido de que pueda ser aplicado por la estructura del mercado, Posner no está tomando en consideración los efectos económicos perniciosos que se desprenden de una desinversión. Sin duda alguna este remedio puede tener efectos disuasorios, sin embargo, los efectos económicos que causan en el mercado no justifican la adopción de esta medida.

Por ello, en la segunda sección de su postulado referente a los mecanismos para reestructurar los mercados oligopólicos, reconoce que la desinversión implica un costo social alto debido a que «la reconstitución de una industria importante implicará gastos administrativos sustanciales; y si las empresas se disuelven en unidades más pequeñas que la escala de operación eficiente en la industria, se pueden incurrir en costos sociales mucho mayores»<sup>178</sup>. Asimismo, la amenaza de la disolución también puede tener un «efecto desincentivador grave. Las empresas podrían evitar la expansión de las ventas hasta el punto en que se someterían a la disolución conforme a la ley, aun cuando fueran más eficientes que sus competidores»<sup>179</sup>.

En consecuencia, es evidente que los remedios estructurales no pueden ser aplicados a las conductas conscientemente paralelas en virtud de que no cumplen los

---

<sup>176</sup> Giorgio MONTI. *EC Competition Law. Óp. cit.*, p. 338.

<sup>177</sup> Richard A. POSNER. "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach". *Stanford Law Review*. (1968), p. 1591.

<sup>178</sup> *Id.*, p. 1594.

<sup>179</sup> Richard A. POSNER. "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach". *Óp. cit.*, p. 1595.

requisitos previstos para su aplicación, específicamente el requisito de proporcionalidad y efectividad. En el supuesto no consentido de que estos califiquen para tratar a la colusión tácita, cabe recalcar que, en el Derecho de competencia, no se debe tomar en consideración únicamente los efectos jurídicos de las figuras jurídicas, también se debe analizar los efectos económicos que estos despliegan en el mercado. Por lo tanto, si bien la desinversión puede ser una herramienta eficiente únicamente en el aspecto jurídico, este supone un costo excesivo para el mercado. Así, no es aconsejable que se utilice esta herramienta pues no cumple con su objetivo fundamental, no reestablece la competencia alterada. Por el contrario, produce efectos mucho más perniciosos. Así, es evidente que los remedios estructurales no producen efectos económicos deseables en el mercado en lo que concierne al oligopolio interdependiente.

### **3.3. Nuevos mecanismos de acción que puede tomar la autoridad respecto de las conductas conscientemente paralelas**

Con el objetivo de tratar de abordar el problema del oligopolio, se ha tratado de formular, dentro de la doctrina, mecanismos alternativos para solucionar la problemática de las conductas conscientemente paralelas. Como hemos expuesto en los apartados anteriores, formular mecanismos adecuados para atacar el problema del oligopolio es sustancialmente complicado. En este apartado trataremos de plantear soluciones alternativas que pueden tomar las autoridades de competencia para afrontar la estructura particular de mercado que da luz a las conductas conscientemente paralelas sin tener que incurrir en un régimen sancionatorio ineficaz.

Cabe recalcar que, los mecanismos alternativos que se plantearan en el siguiente apartado tienen por objetivo disminuir los resultados ineficientes generados por los oligopolios interdependientes. No obstante, bajo ningún concepto debe entenderse que estas alternativas se formulan en aras de considerar a las conductas conscientemente paralelas como prácticas restrictivas de la competencia. Si bien los operadores económicos actúan de manera racional en un oligopolio interdependiente y por ello no deben ser sancionados, no es menos cierto que la estructura en sí genera ineficiencias. Por lo tanto, es necesario formular mecanismos de acción en contra de esta estructura de mercado de manera que no exista una base que ampare la existencia de las conductas conscientemente paralelas.

Debido a la complejidad en abordar los oligopolios interdependientes, las autoridades de competencia han tomado las siguientes decisiones:

(1) revisar la parte estructural de su ley de Derecho de competencia para que no tolere el “oligopolio”; (2) revisar las prácticas parte de su ley de Derecho de competencia para que una acción coordinada que sería ilegal cuando se hace por acuerdo se vuelve ilegal sin prueba de acuerdo; 3) no hacer nada con respecto a la situación, sobre la teoría de que la concentración al nivel de oligopolio es necesaria para lograr economías de escala y, por lo tanto, sirve al interés público a pesar de la imputación de la competencia; o 4) establecer el control público de los precios y otras decisiones económicas de los “oligopolistas” para evitar el abuso del poder monopolista que se dice que poseen inherentemente<sup>180</sup>.

Ninguna de las opciones mencionadas nos parece adecuadas. A nuestro parecer, existen dos mecanismos relativamente eficaces que pueden disminuir los efectos ineficientes generados por una estructura oligopolística: (i) intercambio de información y (ii) control de concentraciones. Estos mecanismos obedecen a un control diferenciado que debe realizar la autoridad. Por lo general, el control que suelen realizar las autoridades de competencia se enfoca en un control *ex post*, es decir analizan el mercado una vez que las conductas o prácticas adoptadas tienen un efecto en el mercado. Este es el caso del análisis al que está sujeto el artículo 11 de la LORCPM, 101.1 del TFUE y sección 1 del *Sherman Antitrust Act*. No obstante, esta no es la única herramienta, en casos excepcionales se ha determinado que, mediante la regulación, la autoridad puede intervenir *ex ante*<sup>181</sup> en el Derecho de competencia. Las medidas planteadas a continuación obedecen a ese accionar de parte de la autoridad.

En primer lugar, las prácticas de facilitación se refieren a aquellas «prácticas que facilitan a las empresas lograr los beneficios de la colusión tácita. Una práctica de facilitación obvia es una práctica de intercambio de información que artificialmente incrementa la transparencia del mercado y así hace el comportamiento paralelo más fácil»<sup>182</sup>. Esta ha sido una medida adoptada por el Derecho comunitario europeo de la competencia, se busca prohibir a los comerciantes, en mercados altamente concentrados, publicar información que se refiera a secretos comerciales, producción

---

<sup>180</sup> Louis SCHWARTZ. «New Approaches to the Control of Oligopoly». *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 109, No. 1. (1960), p. 32. (Traducción libre).

<sup>181</sup> Joaquín Almunia, vicepresidente de la Comisión Europea, responsable por las políticas de competencia comparte esta opinión, es más ha manifestado lo siguiente: «[a] veces es preferible la regulación ex ante para resolver problemas estructurales y abrir los mercados a la competencia. [...]Pero, por supuesto, la reglamentación ex ante sigue siendo necesaria cuando persisten problemas estructurales de competencia». Joaquín ALMUNIA. *Competition v Regulation: where do the roles of sector specific and competition regulators begin and end?* Brussels: Center on Regulation in Europe, 2010, p. 4. Speech/10/121.

<sup>182</sup> Richard WHISH y David BAILEY. *Competition Law*. *Óp. cit.*, p. 605.

individual, aumentos planificados en capacidad que puedan permitir la colusión tácita<sup>183</sup>.

En el caso *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* se determinó que existía un alto grado de concentración y la competencia estaba debilitada porque se trataba de: «(i) cuatro empresas que dominaban el mercado con una cuota global aproximadamente del 80% y (ii) tenían un acuerdo de intercambio de información con otros cuatro conocidos proveedores capaces de disputarles su cuota de mercado, lo que ha dado lugar a la creación artificial de las condiciones para el establecimiento de un oligopolio estricto»<sup>184</sup>. Si bien es evidente que el intercambio de información ha recibido un tratamiento diferenciado de las conductas conscientemente paralelas, la Comisión en este caso determinó lo siguiente:

En este tipo de mercado [oligopólico], la incertidumbre y el secreto entre los proveedores constituye un elemento fundamental de la competencia. De hecho, en estas condiciones de mercado, sólo es posible una competencia activa si cada competidor puede mantener secretas sus acciones o incluso logra desorientar a sus rivales.

No obstante, este razonamiento no disminuye, de ningún modo, los efectos positivos de la transparencia sobre la competencia en un mercado competitivo con muchos compradores y vendedores. Cuando existe un reducido grado de concentración, la transparencia del mercado puede fomentar la competencia en la medida en que los consumidores puedan elegir con pleno conocimiento de los bienes ofrecidos. Hay que señalar que el mercado de tractores del Reino Unido no es un mercado poco concentrado y que la transparencia en cuestión no está encaminada al beneficio de los consumidores. Por el contrario, el elevado grado de transparencia entre los proveedores del mercado de tractores del Reino Unido derivado del acuerdo elimina el efecto sorpresa de la actuación de un competidor, dando lugar a una disminución del período de reacción y, en consecuencia, a una gran reducción de las ventajas temporales. Dado que se puede detectar inmediatamente la aplicación de una medida favorable a la competencia al observar un incremento de ventas, en el caso de que una empresa aplique una reducción de precios o cualquier otra medida de mejora de la oferta, las otras pueden reaccionar inmediatamente, eliminando así cualquier ventaja de la primera<sup>185</sup>.

La estructura de mercado en el caso *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* es igual a la de un oligopolio en el que, debido a la transparencia de información, forma como producto una interdependencia entre los operadores económicos. Esto promueve que los operadores económicos busquen maximizar sus beneficios y utilicen toda la información que se encuentre a su disposición para luego,

---

<sup>183</sup> Giorgio MONTI. *EC Competition Law. Óp. cit.*, p. 339.

<sup>184</sup> Tribunal de Justicia. Caso *UK Agricultural Tractor Registration Exchange c. Comisión*. Asunto 92/157/CEE, p. No. L 68/26. (Unión Europea).

<sup>185</sup> *Ibíd.*

de manera unilateral, implementarlas en el mercado de manera que alcancen un beneficio. Si bien es racional su conducta, esto genera demasiada transparencia de información en la que ya no se promueve la competencia, por el contrario, se reducen los riesgos de la competencia y el mercado ya no genera las mismas eficiencias.

En segundo lugar, otro mecanismo que puede tomarse en consideración al momento de estudiar una estructura oligopolística es el antecedente que le permite subsistir: las concentraciones económicas. Esta herramienta puede ser eficaz debido a que en «[u]n mercado estructuralmente oligopolístico es aquel en el que los pocos vendedores más grandes del mercado tienen una cuota de mercado suficiente para hacer probable que reconozcan la interacción de su propio comportamiento y la respuesta de sus rivales al determinar los valores de las variables del mercado»<sup>186</sup>. En este sentido, las concentraciones económicas pueden suponer una vía fácil para que se construya una estructura oligopolística, por eso se ha determinado que «[s]i se prohíben fusiones que causen imperfecciones en el mercado habrá menos necesidad de medidas correctivas bajo los artículos 101 o 102»<sup>187</sup> del TFUE.

Las concentraciones o fusiones tienden a facilitar el paralelismo consciente en la medida que pueden generar dos efectos: (i) reducir el número de operadores económicos en una industria<sup>188</sup> y (ii) preponderar la simetría de información. El primer caso que fue condicionado por la Comisión Europea fue el caso de *Nestlé/Perrier*, se determinó que era un caso que preponderaba una dominancia conjunta y, por ello, se ordenó a Perrier transferir ciertos de sus activos a un productor independiente. Sobre la base de este elemento, además de la dominancia, se estableció que, de la concentración, podían emerger elementos que faciliten la colusión. Esto debido a que: (i) la industria es altamente concentrada, (ii) existe transparencia de información y (iii) se permite que se observen las decisiones de mercado de la empresa<sup>189</sup>. Si bien esta concentración fue permitida bajo condiciones, existen voces que abogan en que se haya rechazado la concentración debido a que «las características de la industria (alta concentración, alta observación de precios, simetría, una historia de aumentos paralelos de precios)

---

<sup>186</sup> Louis SCHWARTZ. «New approaches to the control of oligopoly». *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 109, No. 1. (1960), p. 33.

<sup>187</sup> Alison JONES y Brenda SUFRIN. *EU Competition Law. Text, cases and materials. Óp. cit.*, p. 710.

<sup>188</sup> Massimo MOTTA. *Competition Policy. Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 192.

<sup>189</sup> Massimo MOTTA. *Competition Policy. Theory and Practice. Óp. cit.*, p. 284.



sugieren fuertemente que las empresas han sido capaces de tácitamente coludir con el tiempo»<sup>190</sup>.

Si bien a primera vista estos mecanismos alternativos pueden ser opciones válidas para atacar la estructura del oligopolio interdependiente, no son del todo eficientes en la medida que tienen ciertas dificultades. Por ejemplo, el restringir el intercambio de información puede ayudar a que los operadores económicos no adopten una conducta interdependiente y tomen sus estrategias con base en las del otro competidor. No obstante, esta restricción puede afectar a los consumidores en la medida que no tienen completo conocimiento del bien o servicio al que acceden y, además, ¿qué tan realista es y con qué discrecionalidad se debe filtrar la información? En relación a las concentraciones, si bien tienen el objetivo de que no se forme una estructura oligopólica interdependiente, lamentablemente «ni la teoría económica ni la experiencia proporcionan un número definido de empresas o un tamaño de cuota de mercado que deben mantener conjuntamente para que esta lógica se aplique»<sup>191</sup>.

De lo descrito podemos inferir que al momento de evaluar si se debe aplicar un mecanismo alternativo se debe realizar un análisis de costo beneficio. Es decir, nos debemos preguntar si aplicar un mecanismo alternativo o sancionar a las conductas conscientemente paralelas brinda más beneficios que los daños irreparables de intervenir en un mercado como este.

\* \* \*

Sobre la base de lo expuesto, podemos concluir que la LORCPM presenta significativas falencias. No es racional ni lógico sancionar a las conductas conscientemente paralelas como prácticas restrictivas de la competencia. Como hemos demostrado, las sanciones hacia este tipo de conductas no son eficientes en la medida que no subsanan el fundamento de su existencia: la estructura de mercado. Ante las sanciones pecuniarias o conductuales, lamentablemente los operadores económicos en una estructura interdependiente seguirán manteniendo la misma conducta.

Adicionalmente, establecer un remedio estructural en este tipo de mercado no produce efectos deseables. Si bien jurídicamente se puede obtener un beneficio de ordenar la desinversión dentro de una estructura oligopólica, esta misma desinversión puede generar efectos realmente perniciosos y adversos para el mercado.

---

<sup>190</sup> *Id.*, p. 285.

<sup>191</sup> Louis SCHWARTZ. «New approaches to the control of oligopoly». *Óp. cit.*, p. 33.

Económicamente, intervenir de una manera tan agresiva en el mercado puede generar que los costos de la intervención sean superiores al beneficio de la intervención lo que no es, de manera alguna, eficiente. Por ello, estos mecanismos estructurales pueden producir efectos más perniciosos de los causados por los oligopolios interdependientes.

Finalmente, es evidente que de los mecanismos sancionadores no se obtienen efectos eficientes ni deseables para tratar este tipo de estructura. Por ello, es necesario analizar la opción de aplicar mecanismos alternativos como lo son el control del intercambio de información y el control de concentraciones. En primera instancia pueden resultar eficaces para tratar esta estructura de mercado, no obstante, no debemos olvidar que, de igual manera, presentan dificultades para el mercado por ello es necesario un análisis de costo beneficio.

#### **IV. Conclusiones**

Sobre la base de lo expuesto, podemos concluir que las conductas conscientemente paralelas no deben interpretarse como una práctica restrictiva de la competencia. Esto en virtud de tres consideraciones: [1] los acuerdos, decisión o recomendación colectiva y práctica concertada poseen características diferenciadoras suficientemente importantes como para arrojar resultados diametralmente distintos de lo que constituye una conducta conscientemente paralela; [2] existe un error económico y jurídico dentro de la legislación ecuatoriana que impide que las conductas conscientemente paralelas reciban un tratamiento apropiado; y, por último, en virtud de lo expuesto, [3] las conductas conscientemente paralelas no deben ser sancionadas.

##### *Sobre las diferencias de los carteles contenidos en el artículo 11 de la LORPCM*

Las prácticas restrictivas de la competencia contempladas en el artículo 11 de la LORPCM se refieren a manifestaciones de un mismo tipo económico y jurídico. Sobre la base de esta característica, los acuerdos, decisión o recomendación colectiva y prácticas concertadas son adoptadas por los operadores económicos con el objetivo de actuar de manera conjunta en el mercado para sustituir los riesgos de la competencia. Es decir, los operadores económicos renuncian a actuar de manera independiente y unilateral como lo requiere un proceso competitivo normal y provocan que se desplieguen resultados anticompetitivos que perjudican el mercado y el bienestar general.

##### *Sobre el erróneo tratamiento económico y jurídico del paralelismo consciente en la legislación ecuatoriana*

No obstante, este no es el caso de las conductas conscientemente paralelas, debido a que los operadores económicos no actúan de manera coordinada sino de manera racional. Los operadores económicos, en esta particular estructura de mercado, actúan como cualquier otro operador económico que se encuentre en una estructura de competencia perfecta. Sobre la base de la racionalidad, compiten con vehemencia, actúan unilateralmente y utilizan toda la información que se encuentre a su disposición para maximizar sus retornos. El problema radica en que, al actuar racionalmente, debido a la estructura oligopólica interdependiente se obtiene como resultado una subida de precios a un nivel supra-competitivo propia de las prácticas restrictivas.

Este resultado se obtiene debido a los elementos que dan luz a la estructura de mercado de interdependencia oligopolística: (i) pocos competidores, (ii) productos homogéneos, (iii) transparencia de información, (iv) barreras de entrada altas, (v) interacción frecuente entre competidores y, como elemento adicional (vi) simetría. Debido a estos factores que facilitan la colusión tácita, se obtiene un resultado ineficiente.

A pesar del fundamento económico y legal, países como Ecuador y España han insistido en sancionar las conductas conscientemente paralelas a pesar de que el resultado del mercado no es producto de los operadores económicos, sino de la estructura en la que se encuentran: el oligopolio interdependiente. Al contrario, Estados Unidos y Europea han entendido que el Derecho de competencia y sus remedios no están diseñados para abordar este problema estructural de mercado, pues de lo que se desprende de las jurisprudencias aludidas se ha determinado que el paralelismo consciente es el resultado de un mercado altamente concentrado por su estructura oligopólica interdependiente<sup>192</sup>.

*Sobre porque las conductas conscientemente paralelas no deben ser sancionadas*

Así, las conductas conscientemente paralelas deben ser abordadas desde otra perspectiva, la de la racionalidad. En ese sentido, la sanción no produce un efecto eficiente en el mercado debido a que, ante las sanciones pecuniarias o conductuales, los

---

<sup>192</sup> Corte de Apelaciones del Distrito de Missouri. *Larson v. Ferrelgas Partners*. Causa No. 15-2789. Sentencia de 23 de junio de 2017. Tribunal de Justicia. *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión Europea*. Causa 48/69. Sentencia de 14 de julio de 1972. (Unión Europea). Tribunal de Justicia. *Sukier Unie y otras c. Comisión Europea*. Causa 40/73. Sentencia de 16 de diciembre de 1975. (Unión Europea). Tribunal de Justicia. *Wood Pulp II c. Comisión Europea*. Causa 89/95. Sentencia de 31 de marzo de 1993. (Unión Europea). Tribunal de Justicia. *Gencor Ltd c. Comisión Europea*. Asunto T-102/96. Sentencia de 25 de marzo de 1999 y Tribunal de Justicia. *Aitours plc, c. Comisión Europea*. Asunto T-342/99. Sentencia de 6 de junio de 2002.

operadores económicos en una estructura interdependiente no pueden modificar su conducta pues es solo racional que actúen como lo hacen: utilizar a su favor toda la información que se encuentra a su disposición y buscar maximizar sus retornos.

En relación a los remedios estructurales si bien jurídicamente cumplen su cometido económicamente suponen un riesgo alto para el mercado y el proceso competitivo. Como se ha demostrado los remedios estructurales pueden generar efectos adversos en el mercado, no son del todo precisos y pueden intervenir en industrias que no requieren de desinversión o, por último, puede que no generen ningún efecto en el mercado. Así, el costo de implementarlos puede ser mayor al beneficio que se obtiene de ellos.

Sobre la base de lo expuesto es evidente que los mecanismos sancionadores no son eficientes ni deseables para abordar las conductas conscientemente paralelas. En ese sentido, recomendamos a la autoridad que se utilicen mecanismos alternativos bajo la modalidad *ex ante* para poder abordar de mejor manera las estructuras de mercado que se caracterizan por tener una interdependencia oligopolística. En ese sentido, se podría abordar el (i) intercambio de información para reducir la transparencia en el mercado y (ii) el control de concentraciones para evitar que se genere una estructura oligopolística de mercado.

Sobre la base de estas conclusiones, se confirma que las conductas conscientemente paralelas no deben interpretarse como prácticas restrictivas de la competencia y, por ende, no deben ser sancionadas. Es la particular estructura de mercado y los elementos que la conforman lo que provoca que se obtenga un resultado ineficiente análogo a los resultados de las prácticas restrictivas de la competencia. No es el accionar de los operadores económicos lo que provoca este resultado por ello carece de sentido que se les sancione cuando es la estructura de mercado y no ellos lo que provoca un resultado adverso. Ahora bien, si bien las recomendaciones realizadas pueden resultar eficaces para tratar esta estructura de mercado, no debemos olvidar que, de igual manera, presentan dificultades para el mercado por ello siempre es necesario un análisis de costo beneficio. Tal vez la respuesta sea que, ante una conducta conscientemente paralela, es mejor no aplicar la ley de competencia.

## V. Bibliografía

### Doctrina

- ALMUNIA, Joaquín. *Competition v Regulation: where do the roles of sector specific and competition regulators begin and end?* Brussels: Center on Regulation in Europe, 2010. Speech/10/121.
- ARAYA JAZMA, Fernando. *El problema del oligopolio y los efectos coordinados*. Corte Suprema, 2 de enero de 2013, rol 3993-2012. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722013000100015](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000100015)
- ARRIBAS, Alberto *et al.* *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. 3era ed. Navarra: Thomson Reuters, 2012.
- BAEL, Van y BELLIS. *Competition Law of the European Community*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2005.
- BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H. y PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- BECKER, Anthony D. *The Sherman Antitrust Act 1890*. [http://www.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC\\_Acts.pdf](http://www.stern.nyu.edu/networks/ShermanClaytonFTC_Acts.pdf)
- BERENGUER FUSTER, Luis, GINER PARREÑO, César y ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio. *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- BELLAMY y CHILD. *European Union Law of Competition*. 7ma ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BISHOP, Simon y WALKER, Mike. *The Economics of EC Competition Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2010.
- BROKELMANN, Helmut. *Prácticas concertadas y conscientemente paralelas*. [http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE001-05\\_Practicas\\_concertadas\\_concientemente\\_paralelas-Brokelmann.pdf](http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE001-05_Practicas_concertadas_concientemente_paralelas-Brokelmann.pdf)
- CAMESASCA, Peter D. y GELIER, Laurie-Anne. “Close Your Eyes”? Navigating the Tortuous Waters of Conscious Parallelism and Signalling in the European Union. *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 7. (2016).
- CAMPBELL, Keith y MILLER, Joshua. *Nash Equilibrium*. <http://www.columbia.edu/~rs328/NashEquilibrium.pdf>
- CASES PALLARES, Lluís. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- CIOBANU, Ramona. *Considerations regarding price in oligopolistic structured markets*. [https://app.vlex.com/#WW/search/content\\_type:4/oligopolistic+interdependence/WW/v/id/355048378/graphical\\_version](https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/oligopolistic+interdependence/WW/v/id/355048378/graphical_version)

- CREUS CARRERAS, Antonio y AMADOR PEÑATE, Olivia y PÉREZ OLMO, Gerard. *Código de Derecho de la Competencia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2006.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo. «Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. (2013).
- Competition Commission. *Market Investigation References: Competition Commission Guidelines*.  
[http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20111202165157/http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/rules\\_and\\_guide/pdf/cc3.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20111202165157/http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/rules_and_guide/pdf/cc3.pdf)
- CUCU, Cristina. *Agreements, Decisions and Concerted Practices: key concepts in the analysis of anticompetitive agreements*.  
[https://app.vlex.com/#WW/search/\\*/agreements+between+undertakings%2C+decisions+by+associations+of+undertakings+and+concerted+practices/WW/vid/467951014/graphical\\_version](https://app.vlex.com/#WW/search/*/agreements+between+undertakings%2C+decisions+by+associations+of+undertakings+and+concerted+practices/WW/vid/467951014/graphical_version)
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 9na. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- EZRACHI, Ariel. *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*. 3era. ed. Portland: Hart Publishing, 2012.
- FOX, Eleanor M. *Cases and materials on U.S. Antitrust in Global Context*. 3ra. ed. Estados Unidos de América: West, 2012.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10ma. ed. Madrid: Tecnos, 1987.
- GONZÁLEZ, María Belén. “El intercambio de información entre empresas y la libre competencia”. *Estudios de Derecho de competencia*. Juan Ignacio FONT GALÁN y Manuel PINO ABAD (coords.). Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GOOLSBEE, Austan, LEVITT, Steven, y SYVERSON, Chad. *Microeconomía*. Barcelona: Reverté, 2005.
- HIRSHLEIFFER, Jack y GLAZER, Amihai. *Microeconomía, Teoría y aplicaciones*. 5a. ed. Juaréz: Prentice Hall Inc., 1992.
- HOEHN, Tom, WALKER, Mike y MAJUMDAR, Adrian. *Master in Economics for Competition Law*.
- IVALDI, Mar *et al.* *The Economics of Tacit Collusion*.  
[http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf)
- JONES, Alison y SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*. 6ta.ed. New York: Oxford University Press, 2016.
- KAPLOW, Louis. *Competition Policy and Price Fixing*. New Jersey: Princeton University Press, 2013.

- KOVACIC, William E. *et al.* “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”. *Michigan Law Review*. (2011).
- LOMA-OSORIO LERENA, Diego *et al.* *Tratado de Derecho de la Competencia*. Pamplona: Thomson Reuters, 2013.
- MANKIW, Gregory. *Principios de Economía*. 6ta. ed. Santa Fe: Cengage Learning, 2012
- MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. New York: Cambridge University Press, 2007
- MORAIS, Luis D. S. y FETEIRA, Lucio T. *Competition Case Law Digest. A synthesis of EU and national leading cases*. Concurrences: Reino Unido, 2015.
- MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- NIELS, Gunnar, JENKINS, Helen y KAVANAGH, James. *Economics for competition lawyers*. New York: Oxford University Press, 2001.
- ORTIZ BLANCO, Luis *et al.* *Manual de Derecho de la Competencia*. Madrid: Tecnos, 2008.
- PAGE, William H. «Objective and Subjective Theories of Concerted Action». *79 Antitrust Law Journal* No. 1(2013)
- Parlamento Europeo. *Competences of the Court of Justice of the European Union*. [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_1.3.10.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.3.10.html)
- PEREDO RIVERA, Amílcar. *Derecho de la Competencia Económica. Teoría y Práctica*. México DF: Porrúa, 2014.
- PERLOFF, Jeffrey M. *Microeconomics*. 6ta. ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2012.
- PINDYCK, Robert y RUBINFELD, Daniel. *Microeconomía*. 7ma. ed. Madrid: Pearson Educación, S.A., 2009
- POSNER, Richard A. “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach”. *Stanford Law Review*. (1968).
- SCHWARTZ, Louis. «New Approaches to the Control of Oligopoly». *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 109, No. 1. (1960).
- SULLIVAN, Thomas, HOVENKAMP, Herbert y SHELANSKI, Howard. *Antitrust Law, Policy and Procedure. Cases, Materials, Problems*. 6ta. ed. San Francisco: LexisNexis, 2009.
- TAJANA, Alessandro. «If I Had a Hammer...Structural Remedies and Abuse of Dominant Position». *Competition and Regulation in Network Industries Volume 1, No.1*. (2006).
- VALDÉS PRIETO, Domingo. Las fuentes del monopolio y su regulación. Una aproximación al injusto monopólico de fuente. <https://app.vlex.com/#vid/275274339>
- WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition Law*. 8va. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition Law*. 7ma. ed. Oxford: University Press, 2012.

## **Jurisprudencia**

Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Circuito Cuarto. *Liggett Group, Inc. v. Brown & Williamson Tobacco Corporation*. Causa 964 F. 2d 335. Sentencia de 11 de mayo de 1992. Tribunal de Distrito de los Estados Unidos. *Holiday Wholesale Grocery v. Phillip Morris Inc.* Causa 231 F. Sentencia de 11 de julio de 2002.

Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Circuito Onceavo. *City of Tuscaloosa v. Harcros Chemicals, Inc.* Causa 231 F. Sentencia de 1998.

Corte de Apelaciones del Distrito de Missouri. *Larson v. Ferrelgas Partners*. Causa No. 15-2789. Sentencia de 23 de junio de 2017.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Theatre Enterprises v. Paramount Distributing*. Causa No. 346. Sentencia de 4 de enero de 1954.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. Sala Tercera Constitucional. Causa No. 2578/2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Informe de Resultados de la Investigación del expediente confidencial.

Tribunal de Defensa de la Competencia de España. Expte. 426/98. Azúcar, de 15 de abril de 1999.

Tribunal de Defensa de la Competencia de España. Expte. 306/91. Detergentes. 6 de marzo de 1992.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *ACF Chemiefarma NV c. Comisión Europea*. Causa 41/69. Sentencia de 15 de julio de 1970

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Aitours plc, c. Comisión Europea*. Asunto T-342/99. Sentencia de 6 de junio de 2002.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (CNSD) c. Comisión*. Sentencia de 30 de marzo de 2000. Asunto T-513/93.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso Empresa Nacional Siderúrgica S.A. (Ensidesa) c. Comisión*. Sentencia de 11 de marzo de 1999. Asunto T-157/94.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión*. Asunto 6/72. Sentencia de 21 de febrero de 1973.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso Fresh Del Monte Produce, Inc. contra Comisión Europea*. Sentencia de 14 de marzo de 2013. Asunto T-587/08

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso Hüls AG. contra Comisión Europea*. Sentencia de 8 de julio de 1999. Asunto C-199/92 P



Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso SA Brasserie de Haecht c. Wilkin-Janssen*. Sentencia de 12 de diciembre de 1967. Asunto 23/67.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso. *T-Mobile Netherlands BV y otros contra Raad Van Bestuur Van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*. Sentencia de 4 de junio de 2009.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso *UK Agricultural Tractor Registration Exchange c. Comisión*. Asunto 92/157/CEE, p. No. L 68/26.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso Verband Der Sachversicherer c. Comisión*. Colonia. Sentencia de 27 de enero de 1987. Asunto 45/85.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Gencor Ltd c. Comisión Europea*. Asunto T-102/96. Sentencia de 25 de marzo de 1999.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso Wouters y otros*. Países Bajos. Sentencia de 19 de febrero de 2002. Asunto C-309/99, párr. 64. (Unión Europea).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión Europea*. Causa 48/69. Sentencia de 14 de julio de 1972.

Tribunal Supremo de España. Sala de lo Contencioso No. De Recurso 439/2006, de 04 de febrero de 2008.

Tribunal Supremo de España. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. No. 1525/2013, de 10 de noviembre de 2015.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Sukier Unie y otras c. Comisión Europea*. Causa 40/73. Sentencia de 16 de diciembre de 1975.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Wood Pulp II c. Comisión Europea*. Causa 89/95. Sentencia de 31 de marzo de 1993.

### **Plexo normativo**

Comisión Europea. *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=ES)

Consejo de la Unión Europea. *Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado*. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>

Ley de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado de 27 de mayo de 2017.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C326/49, de 26 de octubre de 2012.