

# Prácticas Concertadas entre competidores y estándar de prueba requerido

Eduardo Quintana Sánchez<sup>\* \*\*</sup>

## SUMILLA

El autor examina las características y efectos de las Prácticas Concertadas entre competidores, para luego explicar cómo se debe probar su existencia a través de indicios y presunciones, de conformidad con el marco legal peruano. Asimismo, realiza una evaluación crítica sobre la actividad probatoria que lleva a cabo INDECOPI para demostrar la existencia de concertaciones, mediante la revisión comparada de sus principales pronunciamientos sobre la materia, señalando sus fortalezas y debilidades.

Las prácticas concertadas o concertaciones entre competidores generan un “fraude” al mercado, pues en vez de rivalizar para atender mejor a los clientes y ganar así una mejor posición en el mercado, las empresas optan por evitar el riesgo de competir y actúan como si fueran una sola empresa, definiendo conjuntamente sus condiciones de venta. Con ello, las empresas aparentan competir, cuando en realidad están decidiendo su estrategia comercial de modo unificado, haciendo creer que el mercado está en pleno funcionamiento. El resultado de las concertaciones cuyo único propósito es restringir la competencia -denominadas habitualmente carteles- es ineficiencia pura en términos económicos, dado que producen efectos equivalentes a los de un monopolio que se aprovecha de su condición de proveedor único.

Considerando lo anterior, el tratamiento legal que reciben los carteles de competidores es muy drástico, siendo sancionados de forma automática una vez que se ha logrado demostrar su existencia. Ante ello, como podrá suponerse, las empresas que optan por participar en una concertación suelen cuidarse de no dejar rastros de su actuación ilegal o eliminan toda forma de prueba que pueda demostrar su responsabilidad. En consecuencia, el mayor reto que enfrentan las autoridades protectoras de la Competencia en su labor de persecución de prácticas concertadas es probar su existencia.

Este trabajo tiene por finalidad examinar cómo se realiza el análisis y determinación de la existencia de una concertación entre competidores y, en particular, de qué manera realiza esta tarea INDECOPI.

Para ello se explica primero los elementos típicos de una concertación en términos conceptuales y también el tratamiento que les da el marco legal peruano. En segundo lugar, se identifica el tipo de prueba (indicios y presunciones) que se requiere para demostrar la existencia de concertaciones y se define la secuencia de análisis más apropiada para la actividad probatoria; asimismo se explica en qué medida la Ley y las autoridades administrativas o judiciales peruanas admiten el uso de indicios y presunciones. En tercer lugar, se examina críticamente y en detalle los distintos aspectos que habitualmente aborda INDECOPI para analizar casos de concertación entre competidores, haciendo énfasis en el estándar de prueba requerido para demostrar su existencia.

## I. Las Prácticas Concertadas

### 1.1 Distinción entre acuerdos y prácticas concertadas

Los dos tipos de conducta que por regla general prohíben las normas protectoras de la competencia

\* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Regulación de Servicios Públicos de la London School of Economics and Political Science. Profesor de Facultades de Derecho y Programas de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad ESAN y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Santiváñez Abogados.

\*\* Agradezco la acuciosa colaboración de Noelia Carreras en la revisión y sistematización de la jurisprudencia de INDECOPI utilizada en el presente trabajo.

son de un lado los actos de abuso de posición de dominio, conducta típicamente unilateral a través de la cual la empresa más poderosa del mercado busca excluir a competidores, y de otro lado las denominadas prácticas colusorias, conductas que involucran necesariamente el concierto de voluntades de dos o más empresas decididas a reducir o eliminar la competencia. Dentro de este último grupo, se pueden distinguir varias modalidades entre las que se encuentran los acuerdos y las denominadas prácticas concertadas o concertaciones entre competidores, es decir, entre empresas independientes que producen bienes sustitutos.

Los acuerdos y las prácticas concertadas tienen como elemento común que responden al concierto de voluntades entre competidores para dejar de competir o limitar su rivalidad en algún aspecto de su estrategia comercial (por ejemplo si deciden fijar un mismo precio o repartirse los clientes a ser atendidos por cada uno)<sup>1</sup>. No obstante, pueden encontrarse dos distinciones relevantes entre ambas figuras en lo que se refiere a la forma en que se manifiestan y a los medios de prueba requeridos para demostrar su existencia.

Según lo definido por la doctrina, los acuerdos entre competidores son pactos, contratos o convenios que ponen en evidencia la manifestación de voluntad de los participantes y que se prueban a través de documentos escritos u otros medios que permiten concluir con plena certeza que existió la voluntad común de restringir la competencia entre ellos (prueba directa). Inclusive, algunos autores plantean que lo que distingue a los acuerdos es que son jurídicamente vinculantes, es decir, que legalmente obligan a las partes a su cumplimiento<sup>2</sup>.

No obstante, los competidores también pueden restringir la competencia mediante arreglos o

entendimientos no formalizados, por ejemplo, lo que se conoce como pactos de caballeros en los cuales existe un “compromiso de honor de la palabra empeñada”<sup>3</sup>. Este tipo de casos se califican habitualmente como prácticas concertadas. Dada su naturaleza, estas no pueden demostrarse con prueba directa (contratos o pactos acordados entre los participantes), pues esta no existe o nunca llega a encontrarse (ya que los infractores se ocupan de desaparecerla). Por ello, las prácticas concertadas se demuestran mediante la conjunción del comportamiento o actuación coordinada de los infractores en el mercado (paralelismo), y de otros elementos de juicio o evidencias que, indirectamente y a través de inferencias, permitan concluir que existió un concierto de voluntades entre los competidores (prueba indirecta)<sup>4</sup>.

## 1.2 Criterios de análisis de Prácticas Colusorias entre competidores

Las prácticas colusorias entre competidores (ya sea vía un acuerdo o cuando menos mediante un arreglo no formalizado) pueden tener como finalidad restringir la competencia y actuar artificialmente como si fueran una sola empresa en el mercado (es decir, como si fueran una suerte de monopolio o empresa con gran poder de mercado), y así decidir su estrategia comercial de modo unificado, en vez de asumir el riesgo de la competencia que involucra fijar cada uno su estrategia empresarial de modo independiente<sup>5</sup>. El resultado de este comportamiento es similar al de un monopolio tanto en términos de rentabilidad para los participantes del cartel, como de perjuicio para los consumidores. En efecto, al eliminar el riesgo de la competencia aprovechándose de la colusión, estas empresas pueden obtener beneficios indebidos y mayores a los que lograrían en una situación de competencia (o como dirían los economistas, pueden obtener rentas monopólicas)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Los términos acuerdo y concertación coinciden con las denominaciones inglesas “*agreement*” o “*combination*” y “*conspiracy*” o “*collusion*”; al respecto puede verse: KHEMANI, R. y SHAPIRO, D., Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia (Washington, 1996), pp. 2, 7-9 y 14.

<sup>2</sup> GALÁN CORONA, Eduardo. Acuerdos Restrictivos de la Competencia (Madrid, 1977), p. 133 y ss. GARRIGUES, Joaquín. Cuso de Derecho Mercantil I (Madrid, 1976), p. 225.

<sup>3</sup> La frase citada corresponde a VELASCO, Luis Antonio. Acuerdos, Decisiones Colectivas y Prácticas Concertadas; en: Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e Intervenciones Públicas), Velasco Coordinador (Valladolid, 2005), p. 62.

<sup>4</sup> BELLAMY, CH. y CHILD, G., Derecho de la Competencia en el Mercado Común (Madrid, Marcial Pons Editores, 1992), pp. 78, 90-92. Cabe indicar que un sector de la doctrina se inclina por considerar que este tipo de situaciones también debe encuadrarse dentro de la figura del acuerdo, pues entiende que éste no involucra necesariamente obligatoriedad jurídica; ver por ejemplo KORAH, Valentine, An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice (Gran Bretaña, Hart Publishing, 2004), octava edición, p. 45 y ss; asimismo, VELASCO, Op. Cit.

<sup>5</sup> Evidentemente, al definir su estrategia de modo independiente las empresas enfrentan el riesgo propio de la competencia, es decir, que unas ganen y otras pierdan, en función de la preferencia de los clientes o consumidores.

<sup>6</sup> Debe tenerse en cuenta para estos efectos que, por lo general, las prácticas colusorias no buscan excluir a competidores del mercado –con la notoria excepción de los boicots– sino más bien asegurar la participación de la mayor parte o de todas las empresas que actúan en el mercado, a fin de poder manipular efectivamente la formación de los precios y otras condiciones de la oferta.

Cuando las prácticas colusorias tienen como finalidad única y directa afectar las condiciones de oferta en el mercado, por lo general producen efectos dañinos, entre los que se puede señalar los siguientes:

- afectan al comprador o consumidor al permitir que se le cobre precios mayores o que se le imponga condiciones menos beneficiosas que las que primarían en un mercado competitivo;
- privan al comprador o consumidor de la posibilidad de elegir entre distintas opciones de precios, calidades u otras condiciones de venta; y,
- limitan los incentivos a la eficiencia e innovación de las empresas que participan de la práctica, pues al desaparecer los riesgos de la competencia, también desaparece el impulso a ganarle a los rivales.

Al tratarse de prácticas a través de las cuales los competidores le hacen un “fraude” al mercado por dejar de competir y comportarse artificialmente como un único agente, con el fin de obtener beneficios inválidos, el tratamiento legal de estas conductas es sumamente drástico.

Sin perjuicio de ello, en ciertos casos las prácticas colusorias, además de producir efectos restrictivos de la competencia, también pueden producir efectos beneficiosos derivados de la actuación conjunta de los competidores en el mercado. Así, cuando las prácticas colusorias producen efectos mixtos, el tratamiento legal puede ser menos drástico y considerar los beneficios alcanzados.

Teniendo en cuenta lo anterior, existe consenso en la aplicación de dos criterios de análisis para reflejar el distinto tratamiento que ameritan las prácticas colusorias entre competidores. De un lado, se encuentra el criterio de prohibición automática, según el cual basta que la práctica colusoria exista, independientemente de los efectos perjudiciales que haya ocasionado. Este criterio de análisis fue denominado originalmente como ilegalidad *per*

se. De otro lado, está el criterio de prohibición en función de los efectos de la práctica colusoria, de modo que la declaración de ilegalidad requiere que se demuestren efectos dañinos en el mercado, lo que implica comparar beneficios y perjuicios en los casos de prácticas colusorias con efectos mixtos, para identificar si el efecto neto es negativo. Este criterio fue denominado originalmente como la *rule of reason*<sup>7</sup>.

El criterio de prohibición automática o ilegalidad *per se* fue creado por la Corte Suprema de Estados Unidos para los casos de fijación de precios entre competidores, por acuerdo o mediando una concertación, así como para aquellas prácticas que indirectamente tienen un efecto equivalente como sucede con la reducción de la producción u oferta o el reparto de mercado. Según la Corte Suprema de Estados Unidos, la experiencia demuestra que ese tipo de conductas, por su propia naturaleza, tienden a restringir la competencia sin una razón que las justifique y, por ello, resulta inconveniente utilizar recursos privados o públicos para determinar si en algún caso remoto producen efectos beneficiosos<sup>8</sup>.

Las prácticas colusorias antes indicadas son rigurosamente perseguidas y sancionadas sin mayor indagación sobre sus efectos, debido a que su único objeto es restringir la competencia. Este tipo de prácticas se ha venido denominando “*hard core cartels*” o carteles duros. Para su declaración de ilegalidad no se requiere cuantificar los efectos perjudiciales de la práctica o si la misma produjo los efectos esperados por los infractores<sup>9</sup>.

Sin perjuicio de lo indicado, la aplicación del criterio de prohibición automática se ha restringido a las prácticas más dañinas, considerando que en muchas circunstancias es adecuado estudiar la razonabilidad de las prácticas y sus efectos en cada caso concreto, evitando así sancionar como ilegales aquellos acuerdos que, sin aparentarlo, generan mayor bienestar para los consumidores, reducen los costos de transacción o conducen a una mayor eficiencia en la cadena productiva<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Ver: GELLHORN, E. y KOVACIC, W., *Antitrust Law and Economics in a Nutshell* (St. Paul, West Publishing Co., 1994), 165-169; y, HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise, Principle and Execution* (United States, Harvard University Press, 2005), pp. 253-268.

<sup>8</sup> AREEDA, PH. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*, 4ta. Edición (Boston, 1988), pp. 226 y 227; HOVENKAMP, Op. Cit., pp. 260-267.

<sup>9</sup> Organization for Economic Co-operation and Development - OECD. *Hard Core Cartels* (2000). La denominación de carteles duros se encuentra reconocida en el ámbito del Derecho de la Competencia y se refleja, por ejemplo, en los lineamientos emitidos por las autoridades de defensa de la competencia de Estados Unidos o la Comunidad Europea. Ver: Federal Trade Commission (FTC) y US Department of Justice (DoJ). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (abril 2000), pp. 3 y 8-9. Comisión Europea (CE). *Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal* (2001/C 3/02), pfs 18 y 25.

<sup>10</sup> AREEDA y KAPLOW, Op. Cit., pp. 198-199 y 225. BORK, Robert. *The Antitrust Paradox, a Policy at War with Itself* (New York, 1993), pp. 26-30.

En efecto, además de producir efectos restrictivos de la competencia, las prácticas colusorias entre competidores también pueden producir efectos beneficiosos derivados de la actuación conjunta de estas empresas en el mercado, como por ejemplo los acuerdos de estandarización de calidades que benefician a los consumidores al reducir los denominados costos de búsqueda entre distintas presentaciones, o los acuerdos de investigación y desarrollo que permiten a los competidores unir esfuerzos para lograr avances muy valiosos en términos de innovación (compartiendo conocimientos complementarios y/o significativas inversiones requeridas para la investigación)<sup>11</sup>.

### 1.3 Prácticas Concertadas en la Ley peruana

De acuerdo con lo dispuesto por la norma peruana de protección de la competencia, las prácticas concertadas entre competidores se encuentran reguladas dentro de la modalidad de prácticas colusorias horizontales.

El numeral 11.1 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establece lo siguiente: “Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la Libre Competencia (...)”.

Adicionalmente, el numeral 11.2 de esta norma prevé que: “Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales intermarca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto: a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o, d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos

u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates”. Por último, el numeral 11.3 señala que: “Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas”.

De otro lado, el artículo 8° del Decreto Legislativo 1034 establece los alcances de la prohibición absoluta señalando que: “En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta”. Mientras que el artículo 9° de tal norma señala los alcances de la prohibición relativa en los siguientes términos: “En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores”.

En tal sentido, la Ley peruana distingue entre acuerdos y prácticas concertadas como modalidades de prácticas colusorias; además, establece que un grupo de acuerdos o prácticas concertadas se encuentran bajo prohibición absoluta, que no es otra cosa que una prohibición automática o bajo la ilegalidad *per se*, mientras que otro grupo se encuentra bajo prohibición relativa, lo que conlleva una prohibición según sus efectos o bajo la regla de la razón<sup>12</sup>.

Considerando la distinta severidad con que son tratadas, lo más probable es que las prácticas colusorias sometidas a prohibición relativa se manifiesten a través de acuerdos entre competidores (contratos, pactos o convenios aceptados formalmente por los competidores e incluso con obligatoriedad jurídica), mientras que

<sup>11</sup> Para una revisión de este tipo de prácticas colusorias y su tratamiento legal en el Perú puede verse: BULLARD, A. y FALLA, A. La mujer del César...: ¿son los Acuerdos de Compras Conjuntas ilegales según las Normas de Libre Competencia?; en: *Ius et Veritas* N° 25 (2002). QUINTANA, Eduardo. Los acuerdos de investigación y desarrollo frente al Derecho de la Competencia peruano; en: *Anuario Andino de Propiedad Intelectual* N° 6 (2009).

<sup>12</sup> Cabe mencionar que en este caso las prácticas colusorias se someten a una evaluación en forma de balance entre efectos beneficiosos y perjudiciales para determinar el efecto neto de la conducta. Al respecto, la exposición de motivos del Proyecto de Ley elaborado por INDECOPI y que dio lugar a la emisión del Decreto Legislativo N° 1034 señala lo siguiente: “El tratamiento de prohibición absoluta o regla *per se* respecto de determinadas conductas se contraponen a un tratamiento de prohibición relativa o regla de la razón. (...) En el segundo caso, sin embargo, la autoridad de competencia evaluará las justificaciones y efectos (reales y potenciales) económicos de las prácticas analizadas. (...) A aquellas conductas que pueden tener tanto efectos positivos como negativos la legislación comparada, en amplio consenso, les otorga una presunción de licitud y, por ende, un tratamiento de prohibición relativa o, lo que es lo mismo, de análisis bajo la regla de la razón. En similar sentido, el Proyecto establece una prohibición relativa para determinadas conductas. Como se ha mencionado anteriormente, este tipo de análisis requiere que la autoridad evalúe cuál es el efecto neto de la conducta y, sólo en el caso en que dicho efecto sea negativo –porque los efectos positivos son menores que los efectos negativos–, la conducta será considerada una infracción”.

las prácticas colusorias sometidas a prohibición absoluta se manifiesten mediante prácticas concertadas (inexistencia de aceptación formal y/o eliminación de rastros del arreglo o concierto existente). En tal sentido, parece sumamente improbable que los competidores que coordinen la fijación conjunta de sus precios o su participación amañada en un concurso público se comprometan a cumplir tal arreglo por escrito y formalmente en un documento formal. De igual modo, no sería útil ni necesario que los competidores eviten poner por escrito y en un convenio formal un pacto para llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo conjuntamente.

Entonces, no es extraño que la mayor complejidad en el caso de prácticas colusorias, en particular las prácticas concertadas, sujetas a prohibición absoluta se encuentre en demostrar su existencia; mientras que la mayor complejidad en el caso de prácticas colusorias sujetas a prohibición relativa se encuentre en evaluar el efecto neto que producen en el mercado.

Siendo ello así, para demostrar la existencia de una práctica concertada se requiere el uso de elementos de prueba no convencionales, pues la única vía para demostrar que se produjo una concertación entre competidores es recurrir a hechos y/o circunstancias que, analizados en conjunto y relacionados entre sí, indiquen un comportamiento inexplicable por hechos fortuitos o simples coincidencias y que solo puede responder a una coordinación previa entre las empresas participantes. En tal sentido, se requiere la búsqueda e identificación de los "vestigios" que han dejado las empresas que participaron en la concertación. Así, la complejidad de las prácticas concertadas se debe principalmente a la necesidad de identificar evidencia circunstancial relevante y suficiente para determinar la responsabilidad de los infractores, a través de un riguroso análisis de probabilidades. La evidencia circunstancial a la que se hace referencia es la prueba de indicios y presunciones de acuerdo con el marco legal peruano.

#### 1.4 ¿Qué implica demostrar la existencia de una Práctica Concertada?

Como se ha comentado previamente, la principal diferencia entre el criterio de prohibición absoluta y relativa es la necesidad de analizar o no los efectos de la conducta en el mercado. En el caso de prácticas concertadas sujetas a prohibición absoluta no se requiere analizar sus efectos, sino únicamente la existencia de la conducta prohibida. En consecuencia, es necesario definir qué aspectos deben probarse para demostrar la existencia de una concertación entre competidores.

Podría pensarse que basta demostrar que existió un concierto de voluntades entre los competidores; es decir, identificar que los competidores coordinaron la modalidad y alcances de la práctica concertada, por ejemplo una fijación de precios, el reparto de cuotas de producción o venta, etc. Sin embargo, como se explica en detalle más adelante, las concertaciones se demuestran a través de la evaluación del comportamiento de las empresas en el mercado y de otros indicios que indirectamente permitan concluir que ese comportamiento se debe a un arreglo previo entre los competidores. De este modo, para demostrar la existencia de una concertación siempre se requerirá que los competidores hayan llevado a la práctica su arreglo (de otro modo no podría analizarse el comportamiento en el mercado), no siendo suficiente demostrar que han logrado coordinar un arreglo<sup>13</sup>. En consecuencia, una concertación existirá cuando los competidores hayan llegado a un arreglo de colusión y, además, lo hayan llevado a la práctica.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta también cuáles son los elementos básicos para que una práctica colusoria en general y una concertación en particular puedan constituir efectivamente un riesgo de daño para el mercado. Al respecto, una amplia literatura económica explica y demuestra que un cartel únicamente puede existir como tal cuando el arreglo incluye y/o facilita mecanismos que permitan la identificación oportuna de desvíos y un castigo efectivo contra estos<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Distinto es el caso de un acuerdo, en el cual para demostrar su existencia bastaría identificar que los competidores pudieron arribar al convenio, contrato o pacto que es manifestación de dicho acuerdo, sin necesidad de que lo hayan llevado a la práctica.

<sup>14</sup> BISHOP, S. y WALKER, M. *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (London, Sweet and Maxwell, 1999), pp. 22-27 y 79-86. IVALDI, JULLIEN, REY y otros. *The Economics of Tacit Collusion* (Final Report for DG Competition, European Commission, 2003), pp. 11-57. MOTTA, Massimo. *Competition Policy, Theory and Practice* (New York, Cambridge University Press, 2004), pp. 137-156. MOTTA, Massimo. *Cartels in the European Union: Economics, Law, Practice*; en: *Competition Policy in the EU, Fifty Years on from the Treaty of Rome*, Xavier Vives ed. (United States, Oxford University Press, 2009), pp. 95-134. PHILIPS, Louis. *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective* (Glasgow, Cambridge University Press, 1995), pp. 1-20.

Si bien la concertación es rentable para los competidores, actuar contrariamente a lo pactado puede ser más rentable aún. Ello se debe a que una concertación genera incentivos para que sus participantes se desvíen de lo pactado o, en palabras más simples, decidan hacer “trampa” (lo que no sería otra cosa que en vez de mantenerse dentro de la colusión decidan competir)<sup>15</sup>. Debe tenerse en cuenta que al ser un arreglo ilegal, ninguno de los perjudicados por el referido desvío utilizaría la vía legal para requerir compensaciones y/o exigir penalidades o sanciones frente a quien incumplió. De este modo, los carteles generan una considerable tentación para hacer trampa.

En tal sentido, para el éxito de un cartel se requiere que sus integrantes tengan acceso a información sobre las condiciones de venta que aplican los rivales (cantidades, precios, etc.) para verificar si están cumpliendo lo pactado. Asimismo, también requiere una posibilidad creíble de que los integrantes perjudicados castiguen los desvíos.

Estos mecanismos de monitoreo y sanción deben ser parte del arreglo de colusión o, en todo caso, originarse naturalmente por las condiciones del mercado, en tanto que no será viable recurrir a medios legales para tenerlos<sup>16</sup>.

Un cartel puede ser efectivo solamente cuando sus integrantes cuentan con medios de monitoreo y sanción que les permitan controlar mutuamente el incentivo a desviarse, pues sólo así existirá una amenaza creíble de ser detectado y castigado por los otros miembros del cartel, disuadiéndolos de hacer trampa.

Por ende, para demostrar la existencia de una práctica concertada bajo los términos de la

prohibición absoluta contenida en el Decreto Legislativo N° 1034 se tendrá que encontrar un concierto de voluntades entre los competidores, probar que el arreglo de colusión se llevó a la práctica, y además que incluye medios de monitoreo efectivo y sanción creíble, que sean una amenaza creíble frente a los incentivos de desvío de sus integrantes.

Esto se debe a que para demostrar la existencia de una conducta que se encuentra bajo la prohibición absoluta es necesario acreditar que la práctica investigada ha sido diseñada para, o tiene la potencialidad de, ser llevada a cabo con éxito. De otro modo, se estaría prohibiendo y sancionando una conducta sin opción alguna de producir los efectos no deseados por el marco legal.

Lo anterior no significa que deban evaluarse los efectos de las prácticas colusorias sujetas a prohibición absoluta; esto es, no significa que estén sometidas a la regla de la razón. No debe confundirse la comparación de efectos positivos y negativos de una conducta para determinar su efecto neto en el mercado, con la evaluación de la existencia de los medios necesarios para que la conducta pueda ser efectivamente un riesgo para el mercado<sup>17</sup>.

Considerando los aspectos materia de prueba para demostrar la existencia de una práctica concertada y el tipo de prueba que se utiliza para estos efectos, a continuación se expondrá cómo ha sido regulada la utilización de indicios y presunciones. Adicionalmente, se detallarán los criterios jurisprudenciales que se han desarrollado al respecto en el Perú y en el extranjero, para definir así el método de análisis que valida el uso de la prueba indiciaria en procedimientos administrativos sancionadores de concertaciones.

<sup>15</sup> Un ejemplo explica tales incentivos. En un mercado compiten cuatro empresas y se vende en total 18,000 unidades a un precio de S/. 6.00 cada una, los ingresos totales obtenidos por las cuatro empresas en competencia son de S/. 108,000.00. Los cuatro competidores llegan a un arreglo colusorio para reducir la oferta disponible en 2,000 unidades lo que determinará un incremento del precio a S/. 8.00 por unidad. Para ello se reparten cuotas de venta máxima de 4,000 unidades cada una, esperando asegurarse ingresos de S/. 32,000.00 cada una (e ingresos totales de S/. 128,000.00). Este sería el típico resultado de una concertación, los participantes evitan el riesgo de competir e incrementan artificialmente sus ingresos conjuntos. Sin embargo, si uno de los participantes decide hacer trampa y veladamente ofrece un precio de S/. 7.00 por unidad y produce más que la cuota pactada, incrementará notoriamente su rentabilidad por encima de lo que obtendría cumpliendo el arreglo. Al vender a S/. 1.00 menos que los otros competidores, es seguro que atraerá la demanda y podrá vender más unidades. Por ejemplo, si llega a vender 6,000 unidades, lograría ingresos de S/. 42,000 (frente a los S/. 32,000.00 que hubiera obtenido cumpliendo el arreglo). Por otro lado, los otros competidores habrían dejado de vender en conjunto las 2,000 unidades adicionales que vendió la primera empresa, con lo cual afrontarían una pérdida de los ingresos esperados del orden de S/. 16,000 en conjunto.

<sup>16</sup> Un cartel puede incluir en su arreglo un mecanismo de entrega periódica de información por parte de sus miembros que permita a todos saber cómo está actuando cada uno y también las medidas a seguir si algún miembro incumple. En todo caso, el mercado también podría ofrecer las condiciones para un castigo efectivo si por ejemplo los competidores se han repartido el mercado geográficamente o por clientes, pero existe el riesgo latente de que dejen de lado el arreglo y entren a competir solamente en la zona o el segmento de aquel que incumplió con la asignación pactada.

<sup>17</sup> Sobre estos planteamientos puede revisarse QUINTANA, Eduardo. La idoneidad de los carteles y su prohibición absoluta o per se; en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 152, año 16 (mayo de 2011).

## II. Indicios y presunciones como medio de prueba

### 2.1 Indicios y presunciones

La prueba tiene por finalidad acreditar los hechos planteados por las partes, generar certeza en el juzgador sobre las materias controvertidas y, en último término, fundamentar su decisión.

Considerando la posibilidad de que en algunos casos no exista prueba directa que permita demostrar hechos relevantes, se prevé la facultad de utilizar otros medios que indirectamente generen convicción sobre los hechos que son investigados. Estos medios son los indicios y las presunciones que de estos puedan derivarse.

Los indicios pueden ser necesarios o contingentes, dependiendo del grado de certeza y convicción que generen en el Juzgador. En tal sentido, serán necesarios cuando por sí solos y con independencia de cualquier otra prueba demuestren de manera inevitable la existencia del hecho investigado; de otro lado, serán contingentes cuando conjuntamente con otras pruebas e indicios, en un cálculo de probabilidad, permitan concluir la existencia de tal hecho<sup>18</sup>.

Por lo general el indicio es un elemento de prueba fragmentario ya que no es común encontrar indicios necesarios. La prueba indiciaria suele ser una prueba por pluralidad de hechos, en tanto que de uno solo habitualmente únicamente se deriva una indicación o una sospecha, pero de una serie de hechos convergentes nace la prueba. En efecto, esta clase de prueba se sustenta en una relación de causa y efectos, por lo que los indicios deben ser convergentes, en el sentido de que los diversos hechos circunstanciales deben concurrir conjuntamente a establecer el hecho a probar. Por ello, algunos autores plantean que si varios indicios contingentes se refieren a una sola causa, su concurso vale como un indicio necesario<sup>19</sup>.

De acuerdo con lo anterior, los hechos o circunstancias pueden constituir indicios que relacionados entre sí permiten presumir la existencia

de otro hecho no conocido. Así, existe una estrecha relación entre indicio y presunción, ya que el indicio como hecho material debe ser analizado en función a la experiencia del juzgador, quien a través de la evaluación de todos los hechos y aplicando un razonamiento lógico crítico puede deducir o inferir -aplicando una presunción- otro hecho relevante para definir las materias controvertidas<sup>20</sup>. Al respecto, Devis Echandía señala que “El indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla (...)”<sup>21</sup>.

Para considerar esa dicotomía entre los indicios y las presunciones, así como su estrecha relación, se ha definido la prueba indiciaria como:

“(...) aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función al nexo causal y coherente entre los hechos probados -indicios- y el que se trate de probar delito”<sup>22</sup>.

La prueba indiciaria o circunstancial se caracteriza por que solo indica un hecho probable, pero requiere de una deducción para llegar a demostrar algo. Adicionalmente, se trata de una prueba crítica, en tanto requiere del razonamiento lógico para inferir el hecho investigado sobre la base de los indicios. Finalmente, es una prueba de probabilidades, puesto que permite varias inferencias posibles, que es necesario ir descartando a través del análisis crítico cuando no conduzcan a una certeza sobre el hecho investigado, de forma que al final será la suma de probabilidades la que determine la certeza sobre un hecho<sup>23</sup>.

### 2.2 Indicios y presunciones en el ordenamiento legal peruano

El ordenamiento legal peruano contempla la facultad de utilizar los denominados sucedáneos de medios probatorios, como mecanismos para corroborar, complementar o sustituir el valor o alcance de los medios probatorios directos<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial (Buenos Aires, 1985), Tomo II, p. 627.

<sup>19</sup> GORPHE, Francois. La Apreciación Judicial de las Pruebas (Buenos Aires, 1967), p. 359.

<sup>20</sup> ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial (Argentina, 1956), T. III, p. 684.

<sup>21</sup> Op. Cit., p. 613.

<sup>22</sup> RIVES SEVA, Alfonso. La Prueba en el Proceso Penal (Pamplona, 1996), p. 73.

<sup>23</sup> SAN MARTÍN, César. Derecho Procesal Penal (Lima, 1999), Vol. II, pp. 633-634.

<sup>24</sup> El artículo 275° del Código Procesal Civil establece lo siguiente: “Finalidad de los sucedáneos. Los sucedáneos son auxilios establecidos por la Ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos”.

Entre los sucedáneos de medios probatorios se encuentran los indicios y las presunciones.

El artículo 276° del Código Procesal Civil define el indicio como: “El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia”. De otro lado, el artículo 277° del mismo Código define la presunción señalando lo siguiente: “Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado”.

Entonces, según el ordenamiento legal se debe considerar indicio a toda circunstancia, signo y en general cualquier hecho suficientemente acreditado que analizado en conjunto con los demás conduzca a una certeza sobre un hecho desconocido. De otro lado, la presunción es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más indicios lleva a la certeza del hecho investigado.

Estas reglas también son aplicables al procedimiento administrativo y, en especial, al procedimiento administrativo sancionador. En efecto, el artículo 166° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (LPAG), contempla expresamente la posibilidad de utilizar todo tipo de prueba al establecer lo siguiente: “Medios de Prueba. Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa (...)”.

El texto de la norma es claro en admitir cualquier medio de prueba que sea útil para definir la cuestión controvertida en el procedimiento administrativo, sin hacer exclusión alguna<sup>25</sup>.

Debe entenderse entonces que el uso de indicios y presunciones como medio de prueba dentro del procedimiento administrativo sancionador se encuentra legalmente reconocido. Además, el principio de verdad material contenido en la LPAG establece la facultad de la Administración de verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos y la obligación de hacerlo cuando la materia investigada involucre el interés público<sup>26</sup>. Esto último es precisamente lo que sucede en la investigación de una práctica concertada entre competidores.

Finalmente, no sólo existen pronunciamientos de tribunales que utilizan continuamente la prueba indiciaria en procedimientos administrativos sancionadores, sino que además la validez probatoria de los indicios ha sido reconocida por el Poder Judicial al pronunciarse en vía Contencioso-Administrativa, tal como se detallará más adelante. Esta jurisprudencia resulta también fuente del Procedimiento Administrativo de acuerdo con las normas correspondientes<sup>27</sup>.

En tal sentido, de acuerdo con el ordenamiento legal peruano el uso de indicios y presunciones resulta una prueba idónea para demostrar la existencia de infracciones administrativas, incluyendo las concertaciones entre competidores.

### 2.3 Método de análisis de los indicios y presunciones

Si bien el uso de indicios y presunciones resulta válido para determinar la existencia de infracciones, ello no significa que esta clase de prueba resulte suficiente y concluyente en todo supuesto. Así, en algunos casos se ha cuestionado su utilización para comprobar la comisión de delitos o infracciones, sosteniéndose que atenta contra la presunción de inocencia, que es uno de los principios y garantías básicas del derecho sancionador.

<sup>25</sup> Comentando esta disposición Morón Urbina señala lo siguiente: “En principio, durante la vía administrativa son admisibles cuantos medios de prueba puedan dar evidencia para la decisión, aunque por el predominio de la escrituriedad en la actuación pública, los medios de esta naturaleza suelen tener mayor frecuencia y utilidad que los otros”. Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General (Lima, 2001), p. 356.

<sup>26</sup> Artículo IV. “Principios del Procedimiento Administrativo. 1. El Procedimiento Administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo (...) 1.11. Principio de verdad material. (...) En el caso de procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por la partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también el interés público”.

<sup>27</sup> Artículo V. “Fuentes del Procedimiento Administrativo. 1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho. 2. Son fuentes del Procedimiento Administrativo: (...) 2.7. La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas. 2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede (...)”.



En el Perú, la presunción de inocencia se encuentra reconocida constitucionalmente. El artículo 2º, numeral 24, literal e) de la Constitución Política establece lo siguiente: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Al comentar el precepto constitucional citado, Marcial Rubio señala que la utilización de evidencia circunstancial no es contraria a la presunción de inocencia y que en algunos sistemas judiciales, a partir de determinadas circunstancias, este último beneficio desaparece y se invierte la carga de la prueba recayendo sobre el procesado cuando surgen ciertas evidencias circunstanciales. Adicionalmente, dicho autor corrobora la validez de la prueba de indicios al sostener que debería evaluarse la posibilidad de invertir la carga de la prueba cuando se detectan determinadas evidencias circunstanciales “para casos especialmente difíciles de probar por la complejidad de las formas del actuar delictivo y por la gran capacidad de los actores para borrar pruebas”<sup>28</sup>.

En el Derecho Administrativo Sancionador también se reconoce dicho principio; el mismo está previsto en el artículo 230º de la LPAG que establece lo siguiente:

Artículo 230º: “Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...). 9. Presunción de licitud. Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”.

Morón Urbina señala que la presunción de licitud contemplada en el Procedimiento Administrativo:

“(…) solo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción”<sup>29</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la utilización de prueba indiciaria no vulnera la presunción de inocencia del acusado, siempre que sea fehaciente y se analice correctamente. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional español definió en 1985 los criterios para estudiar y valorar los indicios, al resolver una acción de amparo que planteaba la violación de la presunción de inocencia por el uso de ese tipo de pruebas en un proceso penal<sup>30</sup>. Al referirse a la jurisprudencia antes citada, Berenguer señala que:

“(…) el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina acerca de la admisibilidad de la prueba de presunciones en el derecho penal, que sustancialmente consiste en afirmar que la prueba indiciaria o de presunciones puede ser admitida cuando concurren determinadas circunstancias: en primer lugar, que los hechos base (es decir propiamente los indicios) estén suficientemente acreditados, que la relación causal entre los indicios y los hechos que constituyen el delito esté suficientemente razonada y que en el supuesto de que existan otras interpretaciones para explicar las consecuencias de los indicios, deberán analizarse éstas y justificar las razones del rechazo de estas otras versiones”<sup>31</sup>.

En el Perú, la Corte Suprema de la República también se ha pronunciado reconociendo el uso de indicios y presunciones como prueba del delito, siempre que exista una pluralidad de indicios contingentes, que los mismos sean concordantes y convergentes en el sentido de incriminar al procesado, y que se analicen a partir de las reglas

<sup>28</sup> RUBIO, Marcial, Estudio de la Constitución Política de 1993 (Lima, 1999), T. I, pp. 477-479.

<sup>29</sup> Morón Urbina, Op. Cit., p. 521.

<sup>30</sup> Sentencia 174/1985, de 17 de diciembre de 1985, citada por CASES PALLARES, Lluís, Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia (Madrid, 1995), p. 334. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional español afirmó lo siguiente: “(…) entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y la presencia de simples sospechas conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe, evidentemente, construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe de llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas de criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso el Tribunal debe de tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente. A la luz de los mismos criterios hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculpado. Ciertamente éste no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea conveniente o resulte contradicho por la prueba no debe de servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente”

<sup>31</sup> BERENGUER, Luis, “Los derechos de defensa en los procedimientos en materia de competencia”, en: Gaceta Jurídica y de la Competencia de la C.E. Serie D-27 (Madrid, 1997), p. 92.

de la ciencia, técnica y experiencia, para inferir de ellos una conclusión, debiendo analizarse paralelamente la consistencia de los contra indicios que pudieran haberse ofrecido<sup>32</sup>.

Respecto de valor probatorio de los indicios en relación con el de la prueba directa, San Martín opina que:

“La prueba directa y la indiciaria, ambas en el mismo nivel, son aptas para formar la convicción judicial, sin que sea dable sostener que la convicción resultante de la segunda sea inferior a la resultante de la prueba directa. Ambas tienen pleno reconocimiento jurisdiccional. En sí mismo no puede sostenerse que la prueba indiciaria es menos segura y más riesgosa que la prueba directa. En primer lugar, todo depende de la seguridad u objetividad de la fuente de la prueba, lo que es común a ambas clases de prueba (...) En segundo lugar, el tema de la inferencia pertenece a la fase de depuración de la prueba, común a toda la institución en su conjunto”<sup>33</sup>.

De este modo, si los indicios son correctamente analizados y las presunciones que de ellos se derivan se confrontan con las explicaciones alternativas que existen, el valor probatorio de los indicios resulta igual de contundente que el de la prueba directa.

En resumen, los indicios y presunciones son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia y pueden sustentar válidamente una decisión que declare la existencia de una concertación entre competidores. No obstante, su eficacia y valor probatorio dependen de la correcta aplicación de las siguientes etapas de análisis:

- (i) Acreditar que los indicios son hechos ciertos y no controvertidos

Los indicios deben ser hechos o circunstancias fehacientemente comprobadas y no sujetas a duda o contradicción entre ellas; o sea, cuya validez no puede ser negada. Debe asegurarse que los indicios no sean meras suposiciones y que no se pretenda demostrar un supuesto indicio a través de otros indicios.

- (ii) Examinar los indicios de manera conjunta y coordinada

En este nivel de análisis, debe definirse si los indicios son convergentes en el hecho que indican, es

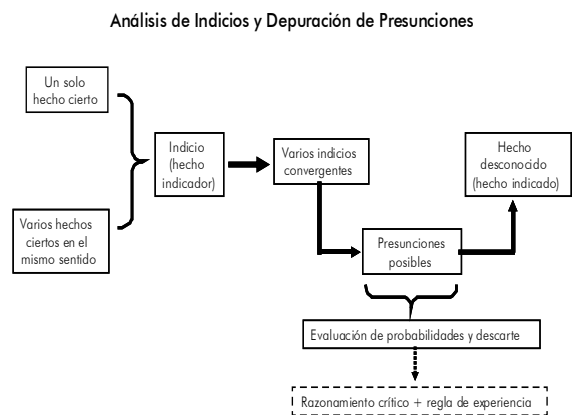
decir, si coinciden en sustentar una misma línea de razonamiento para demostrar el hecho investigado. En tal sentido, la interpretación de los indicios no debe considerarlos como hechos aislados unos de otros, sino evaluarlos coordinadamente como piezas de un mismo todo, para identificar si en conjunto indican lo que se pretende demostrar, es decir, la concertación entre competidores.

Por ello, adquieren especial relevancia en esta interpretación las coincidencias entre fechas y hechos de importancia, su recurrencia en breves períodos de tiempo que hacen poco factible que se deban a hechos fortuitos, la existencia de comportamientos atípicos de las empresas que presuntamente participaron en la concertación, entre otros. Asimismo, resulta de la mayor trascendencia identificar el posible móvil de la concertación, considerando si existen motivos racionales que justifiquen que los autores hayan actuado coordinadamente, según los costos y beneficios que les hubiera ocasionado la concertación.

- (iii) Inferir las presunciones posibles y confrontarlas con el análisis contra-fáctico

Luego deben elaborarse las presunciones que se deriven de los indicios identificados y que impliquen la responsabilidad de los presuntos infractores. Las presunciones deben inferirse de forma razonada y con base en la experiencia del juzgador. Adicionalmente, deben confrontarse con las explicaciones alternativas que presenten los procesados para explicar la existencia de los indicios de concertación. Si dichas explicaciones son rechazadas resulta necesario precisar las razones que lo justifican.

Esta secuencia de análisis se resume en el siguiente gráfico:



<sup>32</sup> Ejecutoria Suprema del 19 de mayo de 1995, expediente N° 3732-94, Lima. Citada por: SAN MARTÍN, Op. Cit., Vol. II, p. 634.  
<sup>33</sup> Op. Cit., Vol. II, p. 632.

Finalmente, debe agregarse que la prueba de indicios es una prueba de probabilidades, por lo que la certeza del hecho investigado, es decir, la concertación de voluntades de los competidores, es determinada por la suma de probabilidades de que hayan coordinado su comportamiento en el mercado. Asimismo, si bien la carga de la prueba recae sobre quien afirma la existencia de una concertación, es suficiente que se encuentren diversos indicios que valorados en conjunto y confrontados permitan concluir que dicha práctica existió. Si las pruebas de descargo que presentan los acusados resultan insuficientes o los razonamientos que de tales pruebas deduzcan los acusados no generan convicción sobre su inocencia, ello no significa que se haya invertido la carga de la prueba ni que se les esté exigiendo que demuestren su inocencia.

### III. Indicios y Presunciones como prueba de concertaciones

La utilización de indicios como medio de prueba es ampliamente aceptada para demostrar la existencia de prácticas concertadas entre competidores<sup>34</sup>.

En Estados Unidos, país con antigua tradición de aplicación de normas de Libre Competencia, la Corte Suprema ha sancionado diversas prácticas sin contar con evidencia directa o con la existencia de una colusión explícita, basándose en evidencia circunstancial para inferir una colusión. No obstante, para llegar a esta conclusión no basta que las empresas tengan la oportunidad de concertar o que hacerlo sea beneficioso. Se requiere demostrar que las acciones de dichas empresas sólo pueden ser racionales si se sustentan en la seguridad que las demás van a actuar de la misma forma, lo cual solamente puede ocurrir si media un arreglo previo entre ellas. Además, los precedentes judiciales han establecido que una conducta similar entre los competidores

no debe considerarse por sí sola como prueba suficiente para inferir una práctica concertada, aunque pueda constituir un importante indicio si es poco probable que tal conducta ocurra en condiciones de mercado normales. Para inferir una concertación de este tipo de comportamiento se utilizan evidencias circunstanciales, denominadas “plus factors” relacionadas con las condiciones del mercado en cuestión<sup>35</sup>.

En la Comunidad Europea también se utiliza prueba indiciaria para demostrar la existencia de concertaciones. Inicialmente se planteó que la existencia de un comportamiento paralelo entre competidores unido a la evidencia de un contacto efectivo entre los mismos era prueba suficiente de concertación. Sin embargo, posteriormente, dicho estándar se ha hecho más riguroso y actualmente se considera que existe una práctica concertada cuando:

- hay contacto efectivo entre las partes, que frecuentemente consiste en reuniones, discusiones, intercambios de información, sondeos de opinión; y
- tal contacto tiene como objetivo ya sea influenciar la conducta de las empresas en el mercado y, en particular, suprimir por adelantado la incertidumbre respecto de la conducta futura de una empresa, o el efecto de mantener o modificar la actuación de las empresas, en aspectos que se regían por el juego de la competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe presumirse una concertación si existen explicaciones alternativas para los indicios encontrados; por ejemplo, si existe una justificación económica plausible para una conducta paralela entre las empresas. Sin embargo, intercambios de información confidencial, la proximidad de fechas relevantes y acuerdos previos entre las empresas, pueden ser evidencia concluyente de una práctica concertada<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Al respecto, puede verse, por ejemplo, las siguientes obras: CONRATH, Craig, Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition, pp. 2-14 – 2-17; OECD-World Bank, A framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy (Estados Unidos, 1998), pp. 28-29.

<sup>35</sup> Los plus factors que suelen mencionarse son los siguientes: (i) conductas de una firma contrarias a su propio interés pero favorables al interés grupal; (ii) cambios radicales respecto a las prácticas comunes de las distintas empresas; (iii) facilidad para concertar (costos de transacción para llegar a acuerdos); (iv) requerimientos o quejas expresas o implícitas de los competidores en busca de acuerdos; (v) oportunidad para concertar (reuniones coincidentes con cambios radicales de precios, volúmenes de producción, entre otros); y (iv) historial previo de acuerdos entre empresas o participación conjunta. HOVENKAMP, Op. Cit., pp. 173-177. KOVACIC, William, “The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws”, en: The Antitrust Bulletin, Vol. XXXVIII, N° 1-Spring 1993, pp. 37-42.

<sup>36</sup> BELLAMY y CHILD Op. Cit., pp. 90-92. GUERRIN, M. y KYRIAZIS, G. “Carteles: Aspectos Procesales y Probatorios”, en: Gaceta Jurídica y de la Competencia de la C.E. Serie D-21 (Madrid, 1994), pp. 315-326. Las autoridades de competencia de los países miembros de la Comunidad Europea también reconocen los indicios y presunciones como prueba de concertaciones. Por ejemplo, se tiene el siguiente pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia español: “(...) en este ámbito sancionador (...) los infractores – para los cuales es mucho más rentable coludir que competir – no dejan pruebas evidentes de su mal hacer concurrencial. Antes bien procuran por todos los medios a su alcance evitar el ofrecer medios de prueba ya que

En el caso peruano, la prueba indiciaria y de presunciones ha sido reiteradamente utilizada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, para la investigación y sanción de prácticas concertadas. La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal INDECOPI no sólo ha reconocido la fuerza probatoria de los indicios para respaldar decisiones condenatorias<sup>37</sup>, sino que ha afirmado que la prueba indiciaria es el mecanismo a través del cual generalmente se comprueba la existencia de prácticas anticompetitivas<sup>38</sup>.

Sin embargo, el Tribunal INDECOPI también ha hecho énfasis en el razonamiento contra-fáctico que debe primar en el análisis y valoración de los indicios ya que si los mismos son suficientemente fuertes como para soportar un proceso de descarte de las explicaciones alternativas, dicho razonamiento contra-fáctico termina fortaleciendo la hipótesis inculpatoria. Al respecto, el Tribunal de INDECOPI ha señalado que:

“(...) además de apreciar y valorar las pruebas directas actuadas, deben analizarse los indicios previamente acreditados utilizando el razonamiento lógico antes anotado. Ello implica, también, sumergir las conclusiones obtenidas de los indicios en una 'prueba ácida', constituida por un análisis contrafáctico, es decir, buscando otras posibles conclusiones que razonablemente puedan derivarse de los indicios detectados”<sup>39</sup>.

La Corte Suprema de la República no solamente ha reconocido la facultad de la autoridad de Defensa de la Competencia para utilizar sucedáneos de medios probatorios dentro de procedimientos administrativos sancionadores sino que, en particular, ha confirmado la validez de la prueba de indicios y presunciones para demostrar la existencia de prácticas concertadas. En un primer pronunciamiento, la Sala Civil de la Corte Suprema afirmó lo siguiente:

“Como lo anota la empresa actora, puede ser que el simple paralelismo de precios no sea suficiente para afirmar que se 'concerte precios', pero en cambio, este hecho agregado a otros actos comprobados llevan a la convicción que si hubo concertación (...) Que la prueba del “indicio”, antes propio del derecho penal, es la acción o señal que da a conocer lo oculto, es la sospecha que un hecho permita sobre otro desconocido. Ninguna prueba ofrece tanta variedad como el indicio, este se basa en hechos o circunstancias que se suponen probados y tratan mediante el razonamiento y la inferencia establecer la relación con el hecho investigado, la incógnita del problema (...) Que como premisa se advierte, que los indicios a fin de que cumplan con su cometido, esto es, que más adelante sirvan como un medio probatorio, deben ser apreciados en su conjunto y no en forma individual (...) Que los indicios señalados en las resoluciones impugnadas sobre la base de la investigación

*son profesionales* que entre sus pautas de conducta tienen que incorporar necesariamente la legislación antitrust. Así, siempre que pueden, evitan dejar rastros que permitan su persecución. (...) si se aplicaran rígidamente los principios fundamentales de la prueba tal como los ha construido el derecho penal clásico, sería punto menos que imposible condenar jamás un comportamiento anticompetitivo (...) En derecho de la competencia es habitual tener que sostener las resoluciones condenatorias tanto sobre la prueba de presunciones como otorgando un plusvalor a los indicios racionales de comisión o de omisión que constituyen la falta. Sucede aquí, sin embargo, que la fortaleza de la prueba de presunciones se ve plenamente apuntalada mediante la observación de los efectos económicos sobre el mercado de la práctica anticompetitiva”. Resolución de 18 de mayo de 1992, publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Economía y Hacienda de España, p. 4631.

<sup>37</sup> Por ejemplo, en la Resolución N° 276-1997-TDC/INDECOPI, publicada en El Peruano con fecha 27 de noviembre de 1997, la Sala de Defensa de la Competencia afirmó lo siguiente: “La prueba indiciaria tiene, en este sentido, el mismo mérito que cualquier otro medio probatorio. Incluso mediante el uso de la prueba indiciaria podría desvirtuarse el valor probatorio de las pruebas directas. Tan es así que en el proceso penal, en el que se encuentran en juego valores tan importantes como la libertad de las personas, y en dónde los principios garantistas tienen especial valor, las pruebas de cargo que sirven para condenar a los ciudadanos suelen ser pruebas indiciarias”.

<sup>38</sup> Resoluciones N° 276-1997-TDC/INDECOPI y N° 082-1998-TDC/INDECOPI. El Tribunal de INDECOPI señaló que: “En lo que concierne al ámbito específico de los procedimientos por infracción a las normas de Libre Competencia, los indicios y presunciones resultan ser una herramienta particularmente importante. Por lo general, las empresas conscientes en muchos casos de la ilegalidad de estas conductas, suelen desarrollarlas de la manera que haga más difícil su detección. Por otra parte, la mecánica y dinámica del mercado suelen no dejar huellas claras de cómo ocurrieron los hechos. Probar negativas verbales de venta, existencia de discriminaciones o intenciones predatorias suele ser complicado por la rapidez con la que ocurren los hechos, por la evidente conducta cautelosa y defensiva de los infractores, y por lo dificultoso que es encontrar información relevante. En este orden de ideas, la comprobación de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y de otras prácticas ilegales similares, generalmente se producirá sobre la base de pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados”.

<sup>39</sup> Resoluciones N° 276-1997-TDC/INDECOPI y N° 082-1998/TDC-INDECOPI.

de oficio realizado por INDECOPI (...) son hechos que conllevan a establecer que la actora sí participó en la concertación de precios conjuntamente con las demás empresas investigadas y sancionadas (...) que para la eficacia probatoria de los 'indicios' se requiere que estos reúnan ciertos requisitos, como el que no existan 'contraindicios' que no puedan descartarse razonablemente y le resten convicción a los indicios (...) En el caso de autos hay ausencia de contraindicios (...)”<sup>40</sup>.

En otro pronunciamiento, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema señaló:

“Que, con relación a los fundamentos expuestos en la demanda referidos a que se ha emitido resolución sin ninguna prueba que determine que ha existido concertación de precios, basado en simples indicios, cabe destacar que esto no constituye el único sustento para resolver la controversia judicial, puesto que si bien la resolución de Primera Instancia en la vía administrativa indica que no tiene prueba directa que determine tal hecho, esto es, un documento suscrito que pruebe el acuerdo también lo es, que del Informe N° 003-97-CLC (...) esto es, de los cuadros comparativos que se anexan a dicho informe (...) se advierte que efectivamente la demandada ofertó en igual precio que su competidora a la empresa Petroperú Sociedad Anónima, en las últimas tres licitaciones durante el período de octubre de 1995 a marzo de 1996, reduciendo por otro lado, sus propuestas de ventas en similar cantidad, no habiendo prueba que acredite en modo alguno los motivos de la reducción ni de la coincidencia en el precio, tanto más que según el cuadro que corre a fojas doscientos dos, se acredita que la actora ofertó el mismo producto a otras empresas por una cantidad menos a la propuesta hecha a la empresa del Estado Petroperú, igual situación se ve reflejada en las ventas realizadas por la empresa Envases Metálicos [la otra empresa que participó en la concertación], de lo que se infiere que no es correcto la tesis de que la identidad del producto explicaría la identidad en el precio (...)”<sup>41</sup>.

Como se observa de las sentencias glosadas previamente, la Corte Suprema admite sin reparos el uso de indicios y presunciones, precisando además la forma de análisis que corresponde para que constituyan material probatorio suficiente para demostrar una concertación. En tal sentido, la Corte Suprema analiza los indicios considerando si la pluralidad de los mismos le genera convicción sobre los hechos investigados, valorándolos en conjunto y no de forma individual, y confrontándolos con los contraindicios o explicaciones alternativas que pudieran existir para justificar determinadas coincidencias poco usuales.

#### IV. La prueba de concertaciones en la práctica de INDECOPI

La práctica de INDECOPI demuestra que se consideran y abordan, en mayor o menor medida (es decir con mayor o menor profundidad de análisis y, por ende, de sustento), los siguientes aspectos para demostrar la existencia de una práctica concertada entre competidores<sup>42</sup>:

- Plus factors que faciliten la coordinación.
- Paralelismo de conductas.
- Indicios que demuestren el arreglo entre competidores.
- Ejecución del arreglo y seguimiento de lo ejecutado.
- Contraindicios y/o explicaciones alternativas.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se hace una revisión crítica de varios de los más importantes pronunciamientos de INDECOPI en esta materia.

##### 4.1 Plus factors que faciliten la coordinación

INDECOPI conceptúa los denominados *plus factors* en los siguientes términos:

“La aproximación económica permite a la agencia de competencia identificar que existen mercados cuyas características facilitan la colusión. De esta manera, si bien las características de un mercado no constituyen

<sup>40</sup> Sentencia de fecha 18 de octubre de 1999, recaída en la demanda Contencioso Administrativa planteada por Corporación Molinera S.A. contra la Resolución N° 1104-96-INDECOPI/TRI (investigación iniciada de oficio por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI contra diversas empresas productoras de harina de trigo por concertación de precios).

<sup>41</sup> Sentencia del 08 de junio de 2000, recaída en la demanda Contencioso Administrativa planteada por Rheem Peruana S.A. contra la Resolución N° 255-97-TDC/INDECOPI (denuncia presentada por Petróleos del Perú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. por concertación de precios y reparto de mercado de cilindros para aceites lubricantes).

<sup>42</sup> Si bien la mayoría de casos de prácticas concertadas que ha investigado hasta la fecha INDECOPI (y que se estudian en esta sección) se regían por la norma antes vigente (Decreto Legislativo N° 701), el análisis efectuado por esta entidad en tales casos es un referente válido sobre la forma en que realizará las investigaciones de prácticas concertadas en el futuro, en tanto que, no ha habido variación mayor entre dicha norma y el Decreto Legislativo N° 1034 en materia de prueba de concertaciones.

indicios de una infracción por sí mismos ni determinan la existencia de una conducta concertada, sí facilitan y hacen más probable la realización de este tipo de prácticas<sup>43</sup>.

Entre las principales características de mercado que facilitan una concertación según INDECOPI se encuentran las siguientes<sup>44</sup>:

- El mercado presenta niveles de concentración por el lado de la oferta (pocas firmas o sólo algunas pocas grandes firmas importantes).
- Las firmas son similares (en costos, procesos, objetivos o grado de integración vertical o números de productos).
- El producto es bastante similar o estándar (producto homogéneo).
- El producto no tiene sustitutos cercanos.
- La demanda del producto tiende a ser inelástica, vale decir, los consumidores no pueden reducir significativamente la cantidad que compran aún si ocurre un incremento en el precio.
- La información sobre ventas se encuentra ampliamente disponible.
- Existen prácticas de cooperación entre las firmas.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede observarse que desde los inicios de sus labores la práctica de INDECOPI ha incluido la identificación de *plus factors* como parte del análisis de la existencia de concertaciones entre competidores. Como ejemplo puede citarse algunos párrafos de una de las resoluciones más conocidas de INDECOPI en materia de sanción de prácticas concertadas, en los que analiza las características del mercado de comercialización de pollo en Lima Metropolitana, evaluando si se presentan características facilitadoras de un cartel:

“La carne de pollo es el producto cárnico de mayor demanda entre los consumidores peruanos; su precio se ubica por debajo del precio de las carnes rojas y de la mayor parte de la carne de pescado, hecho que la convierte en la alternativa más accesible para las familias peruanas. En el mercado del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana

y el Callao se presenta un alto grado de concentración tanto a nivel de la producción como de la comercialización; conjuntamente con los principales productores participan en dicho mercado otras empresas que, por su menor dimensión, no afectan sustancialmente al mercado; estas últimas comercializan su producción a través de sistemas distintos a los utilizados por los principales productores.

Las empresas de mayor participación en dicho mercado se encuentran agrupadas al interior del Comité de Productores de Pollo y Carne de la Asociación Peruana de Avicultura, cuyos representantes han sostenido durante el período de investigación reuniones periódicas -por lo menos una vez por semana-, en las cuales se evaluó el comportamiento del mercado y de cada una de las empresas en particular a partir de la información intercambiada o recolectada directamente por los organismos gremiales.

En dicho mercado se presentan condiciones que facilitan la creación de barreras de entrada a potenciales competidores que se derivan del sistema de comercialización actualmente existente, el mismo que se realiza principalmente a través de 14 centros de distribución y de menos de 240 comerciantes mayoristas que se encuentran controlados directamente por los productores agrupados al interior de la APA<sup>45</sup>.

En relación con lo anterior, debe señalarse que en este tipo de casos INDECOPI no realiza el análisis estándar de mercado relevante, sino que es habitual que su evaluación del mercado esté principalmente dirigida a identificar si los competidores pueden incurrir más fácilmente en prácticas concertadas.

Un aspecto adicional que vale la pena mencionar en cuanto a los *plus factors* está relacionado con la existencia de gremios. Dentro de su práctica INDECOPI ha iniciado diversos casos de concertaciones incluyendo dentro de los investigados al gremio que agrupa a los competidores, por lo cual es relevante la precisión efectuada frente al cuestionamiento de que se

<sup>43</sup> Resolución N° 009-2008-INDECOPI/CLC (investigación de oficio iniciada contra la Asociación Peruana de Empresa de Seguros - APESEG, empresas aseguradoras y varios de sus funcionarios).

<sup>44</sup> INDECOPI señala que estas características son las que considera la doctrina como características facilitadoras de la colusión, remitiéndose a los siguientes referencias bibliográficas: CONRATH, Craig W, Practical Handbook of antimonopoly law enforcement for an economy in transition (1995), pp. 2-13; y POSNER, Richard, Antitrust Law (The University of Chicago Press, 2001), second edition, pp. 69-79.

<sup>45</sup> Resolución N° 001-97-INDECOPI-CLC (investigación de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura y diversas empresas del sector avícola).

considere que la existencia y funcionamiento de un gremio pueda constituir un indicio de concertación:

“Sobre el particular, esta Comisión considera pertinente precisar que si bien en ambos pronunciamientos se afirmó que la APESEG podría facilitar una supuesta práctica anticompetitiva, ello no deja de lado los aspectos positivos de la actividad del gremio ni cuestiona la licitud de su existencia. Al igual que las otras características del mercado citadas, la existencia de la APESEG no es un indicio sino un elemento que podría viabilizar, mas no determinar, una colusión entre competidores”<sup>46</sup>.

Una vez identificada la existencia de características que facilitan la concertación, INDECOPI revisa si existe alguna muestra de comportamiento paralelo entre los competidores.

#### 4.2 Paralelismo de conductas

El paralelismo de conductas no constituye en sí prueba de una concertación entre competidores, pues puede deberse a una conducta racional de acomodo en el mercado.

INDECOPI ha definido algunos aspectos conceptuales a tener en cuenta al evaluar la actuación paralela de las empresas en el mercado, distinguiendo las situaciones de convergencia y paralelismo propiamente dicho:

“A efectos de acreditar una actuación paralela, la autoridad de competencia buscará observar si existe un cambio en el patrón de comportamiento de los precios a través del período investigado; no siendo necesario observar un cambio simultáneo de las variaciones o estabilidad de los precios. El cambio en el comportamiento en los precios, que en sí mismo no es suficiente para probar una colusión, puede presentarse como convergencia o paralelismo en los precios. La convergencia ocurre cuando los precios suben o bajan hasta llegar a un mismo precio, o suben o bajan hacia un rango de precios o hacia múltiples precios. En tanto, el paralelismo se presenta cuando las empresas siguen una misma tendencia y mantienen una distancia o rango de variación al subir, mantener o bajar sus precios, o también cuando ellas coinciden

en los márgenes de variación sobre un nivel de precios determinado”<sup>47</sup>.

Asimismo, INDECOPI ha sido claro al señalar que el paralelismo no es evidencia suficiente para concluir que existe una concertación, dado que puede responder incluso a un esquema líder - seguidor:

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

97. (...) En ese sentido, debe diferenciarse cuándo se está frente a un paralelismo de precios derivado de comportamientos competitivos por parte de las empresas, de uno que se derive de prácticas concertadas”<sup>48</sup>.

En cuanto a la forma misma de evaluación de comportamientos en la práctica de INDECOPI, pueden citarse a manera de ejemplo una de sus primeras investigaciones y otra bastante más reciente.

En el caso de concertación de precios entre las empresas productoras de harina de trigo se llegó a las siguientes conclusiones respecto del comportamiento de éstas:

“Que, según la información estadística presentada por las empresas investigadas se ha comprobado la existencia de movimientos paralelos en los precios de mercado de la harina de trigo y reducción en la dispersión de los mismos a partir del mes de marzo de 1995; lo que es evidente en las operaciones de venta referidas al segmento de 300 a más sacos, observándose que la diferencia entre el precio máximo y mínimo se reduce sustancialmente a partir de mediados del mes de marzo de 1995.

Que, la reducción observada de la dispersión de los precios de lista y precios efectivos del trigo, resulta consistente con un comportamiento

<sup>46</sup> Resolución N° 009-2008-INDECOPI/CLC.

<sup>47</sup> Resolución N° 009-2008-INDECOPI/CLC.

<sup>48</sup> Resolución N° 036-2004-INDECOPI/CLC (inicio de la investigación de oficio contra la Asociación Peruana de Empresa de Seguros - APESEG, empresas aseguradoras y varios de sus funcionarios).

de tipo colusorio. Asimismo, se observa para las operaciones de venta superiores a 300 sacos una caída brusca de la varianza de precios de lista y precios efectivos, a partir de la primera quincena del mes de marzo de 1995. La evidencia, sin embargo, no es clara en el segmento de 1 a 299 sacos, lo cual es indicativo de las dificultades para hacer cumplir el acuerdo de precios para operaciones de menor volumen<sup>49</sup>.

De otro lado, en el caso de concertación de primas y deducibles mínimos de seguros vehiculares entre las empresas aseguradoras, INDECOPI hizo el siguiente análisis:

“A continuación se grafica el movimiento de las diferentes tarifas mínimas (prima mínima y deducible mínimo) que las empresas aseguradoras ofrecieron en el mercado antes de octubre de 2000 y después de enero de 2001 para el seguro vehicular de tipo básico y completo.

En el seguro de tipo básico, antes de octubre de 2000, es posible observar que las empresas aseguradoras ofrecieron diferentes tarifas mínimas. El gráfico N° 2 muestra que desde del mes de octubre hasta diciembre de 2000, las tarifas mínimas ofrecidas por las seis empresas aseguradoras convergen hacia un mismo valor, así a partir de enero de 2001 sus tarifas mínimas fueron de US\$ 300,00 y US\$ 150,00.

De acuerdo con este gráfico, antes de octubre de 2000, las tarifas mínimas (primas mínimas y deducibles mínimos) ofrecidas por las empresas presentaron desviaciones estándares de US\$ 45,08 y US\$ 40,82 (primas mínimas y deducibles mínimos) con coeficientes de variabilidad de 22,1% y 25,3% (primas mínimas y deducibles mínimos). Luego, a partir de enero de 2001, las desviaciones estándares para la tarifa mínima y los correspondientes coeficientes de variabilidad fueron de US\$ 0,00 y de 0%, debido a que se eliminó toda dispersión en las mismas<sup>50</sup>.

De encontrar muestras de comportamiento paralelo entre los competidores, INDECOPI pasa a la identificación y análisis de los indicios propiamente dichos.

### 4.3 Indicios que demuestren el arreglo entre competidores

#### a) Documentos privados de diversa índole

Los indicios que toma en cuenta INDECOPI para declarar la existencia de una concertación pueden estar reflejados en documentos formales o no, presentaciones e incluso correos electrónicos, en tanto permitan identificar la existencia de un acuerdo entre competidores. Los documentos pueden ser de diversa índole, como actas de directorio de empresas o de reuniones de gremios, informes internos o externos, memorandos internos, cotizaciones a clientes, documentos de ofertas presentadas en concursos públicos o privados, etc.

Como ejemplo se encuentran las actas de directorio utilizadas en el caso de concertación de precios entre las empresas productoras de harina de trigo. En el acta de directorio de Industrias Teal S.A. del 16 de marzo de 1995, se encontró el resumen de lo informado por uno de los asistentes que señalaba lo siguiente:

“De todas maneras ella tenía la impresión que el año 1995, económicamente hablando iba a ser mejor, dado que a raíz de la venta del complejo industrial La Fabril a la empresa Perú Pacífico, subsidiaria del Banco de Crédito, se había llegado a un acuerdo con las firmas competidoras a fin de hacer un reajuste, elevar los precios de los productos a niveles razonables, ya que el fenómeno con nuestra empresa no es un caso aislado sino que se ha reflejado en todas las compañías” (subrayado agregado).

Adicionalmente, en el acta de directorio de Molinera Valencia Sucesores S.A. del 27 de marzo de 1995, se encontró lo siguiente:

“En varios el Gerente informó que el día 23 de Marzo de 1995 ha tenido una reunión con los señores empresarios molineros que en esa oportunidad también se realizó con los señores de La Fabril S.A.; se trató sobre las positivas perspectivas que se avizoran para la industria molinera a partir de este mes ya que la guerra de precios desatada por La Fabril S.A. ha terminado” (subrayados agregados)<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Resolución 047-95-INDECOPI/CLC (investigación de oficio iniciada contra el Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y dieciocho empresas molineras).

<sup>50</sup> Resolución 009-2008-INDECOPI/CLC.

<sup>51</sup> Resolución 047-95-INDECOPI/CLC.



Otro ejemplo que puede mencionarse, esta vez tomado del caso de la concertación de precios, cantidades producidas y otras condiciones de venta por las empresas productoras avícolas, es el acta de sesión de directorio de la empresa de Alimentos Protina S.A. del día 12 de junio de 1995, donde se encontró lo siguiente:

“El Ing. (...) comunicó respecto al acuerdo tomado, recientemente, en el Comité de Productores de pollos, manifestando la inminente decisión de beneficiar y congelar pollos a fin de evitar que los precios bajen. Sostuvo finalmente que la Empresa que logre nivelar su peso promedio en 2.200 Kg. o menos, no se verá afectada con el acuerdo de beneficio y congelamiento”<sup>52</sup> (subrayado agregado).

Entre los memorandos internos de empresas considerados indicios puede mencionarse uno utilizado en el caso de la concertación de precios, cuotas de producción y otras condiciones entre empresas productoras del sector avícola. El memorando que se cita fue elaborado por un gerente de una empresa avícola para otro gerente ubicado en la sede central ubicada fuera de Lima, resumiéndole lo acontecido en la reunión de la Asociación Peruana de Avicultura del 3 de mayo de 1995, en la que se trataron diversas medidas para controlar de modo coordinado y conjunto el exceso de oferta de pollos:

“En la reunión habida en el Comité de Productores de Pollos el día miércoles 03 de los corrientes, se trataron puntos de suma importancia:

1. Mantener un peso promedio estandarizado. Moción que fue aprobada por unanimidad.
2. Carga Promedio mensual de Pollos de Carne que debe tener cada Integración.

El Señor Polo Suárez Fabres (sic) y el Señor Fernando Ikeda, presentaron el siguiente cuadro, que se adjunta en hoja anexa, en base a las cargas promedios de los tres (03) últimos meses.

Al ver este cuadro se hizo una votación entre todos los presentes para que eliminaran sus

excedentes de mayo que eran los más próximos, vía ahogamiento de embriones o de Pollos B.B., lo cual en una primera votación la mayoría aceptó con excepción de TAKAGAKI; que puso en consideración una serie de motivos por lo cual no podía dar una respuesta inmediata.

Por otro lado, el Señor Fabres (sic), hizo las siguientes propuestas:

1. Reducción de la importación de Reproductoras.
2. Anulación de las importaciones de Pollo B.B. o Huevos Fértiles y propuso que estos se comprarán a nivel nacional.
3. Eliminación de Reproductoras.
4. Congelación del Pollo.

(...) A esta medida se agregó la propuesta del señor Bellido de formar entre todos los Integrantes del Comité de Pollo de Carne una Compañía que compraría el Pollo Congelado, lo vendería a Provincias o tratará de exportarlo. (...)

Este pollo que manejaría la nueva Compañía sería el excedente de la producción del mes de mayo y los siguientes meses. La nueva Compañía trabajaría sin lucro para poder romper la entrada de pollo chileno. Según sus cálculos estos (sic) nos representaría una pérdida de 0.05 por kilo de pollo, suma inferior a la que resultaría de no congelar y permitir que estos grupos se acerquen cada vez más a Lima, y de las ventas del Pollo como Pollo Vivo por la consiguiente baja en los precios. (...)

Siendo la 01.30 p.m., se pidió un cuarto intermedio hasta el día de mañana para que cada uno de los integrantes del Comité lo piensen y en el caso especial del señor Pedro Komatsudani que se opone a la medida haga su Flujo de Caja y vea si le conviene, ya que se opone alegando que meses atrás hemos procedido en el Comité a trabajar como una Libre empresa”<sup>53</sup> (subrayados agregados).

Como ejemplo de documentos cursados entre entidades privadas que han sido considerados

<sup>52</sup> Resolución N° 276-97-TDC (investigación de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura y diversas empresas del sector avícola).

<sup>53</sup> Resolución N° 276-97-TDC. Luego de analizados los distintos indicios encontrados en este caso y en particular el contenido del documento transcrito, el Tribunal de INDECOPI concluyó lo siguiente: “A manera de conclusión sobre este punto, la Sala considera que se puede concluir a partir de los medios probatorios e indicios conjuntamente valorados, que en la reunión del CPPC del 3 de mayo de 1995, las avícolas asistentes, con excepción de Takagaki (hoy Avinka S.A.), acordaron hacer frente al

indicios, se puede mencionar el caso de la concertación de precios entre prácticos del puerto del Callao. Al respecto, hasta el año 2000 el servicio de practicaaje en el puerto del Callao lo prestaban 18 empresas que reunían a 36 prácticos autorizados por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI). A comienzos del año 2001 casi la totalidad de prácticos quedó dentro de la empresa Pilot Station S.A. y adicionalmente se mantuvieron dos empresas más: Seawell S.A. y Pratmar S.R.L. (la primera con un solo práctico y la segunda con dos, aunque estos tres prácticos también prestaban servicios a Pilot Station). Acto seguido, la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos (ASPEPRAMA) remitió a las agencias marítimas una circular mediante la cual les informaba que en adelante los prácticos únicamente brindarían servicios a través de dichas empresas así como las condiciones del servicio que eran iguales para las tres empresas, incluso la tarifa aplicable.

Entre los indicios considerados en este caso se encuentran dos comunicaciones. La primera de ellas es una carta de fecha 29 de enero de 2001, en la que el presidente de la ASPEPRAMA señalaba lo siguiente al Secretario General de la International Maritime Pilot Association (IMPA): "Ahora estamos trabajando con solamente una empresa, su nombre es Pilot Station, las otras dos compañías Seawell y Pratmar figuran sólo para las leyes peruanas y no semejar a un monopolio". Asimismo, en otra carta de fecha 24 de enero de 2001, uno de los prácticos del puerto del Callao informaba al presidente de la IMPA que se había alcanzado el objetivo de prestar el servicio únicamente a través de tres "empresas asociadas" y, además, señalaba lo siguiente: "(...) trabajaremos con precios fijados 15 años atrás"<sup>54</sup>.

Las presentaciones también pueden constituir indicio de concertación. Así, en el caso de la supuesta concertación de precios y otras

condiciones de venta entre empresas productoras de azúcar, se consideró como principal indicio para iniciar una investigación una presentación en *power point* titulada "Reunión de Países Productores de Azúcar de la Región Andina" cuya impresión fue encontrada en el local institucional del gremio.

En la presentación se señalaba aparentes recomendaciones tales como: "Canalizar las importaciones a través de operadores comerciales de los productores locales"; "Respetar los precios internos del mercado"; "Dosificar las importaciones en función a la programación de producción local". Asimismo, en la referida presentación se planteaba que "Sin estas condiciones mínimas no se podrá mantener la estabilidad de los precios internos (...)" y además que "Se requiere del compromiso de todas las partes, porque debemos mirar a construir un negocio de productores y no de comerciantes". En este caso, se entendió que la presentación mostraba la existencia de un "acuerdo regional" y se asumió además que el mismo requería necesariamente a su vez para su funcionamiento de un acuerdo local. Asimismo, se entendió que al señalarse en la presentación que se trataba de un documento a propuesta del Perú, ello implicaba la existencia de un acuerdo local previo<sup>55</sup>.

Como ya se ha comentado, los indicios pueden ser incluso afirmaciones o frases encontradas en correos electrónicos de funcionarios de las empresas investigadas, que indican la existencia de algún tipo de coordinación o acuerdo en ciernes. Un ejemplo de ello son los siguientes correos electrónicos utilizados en el caso de concertación de aerolíneas para reducir las comisiones otorgadas a las agencias de viaje por la venta de pasajes aéreos:

"De: Piedra, F. - LIMPS  
<Francisca.Piedra@klm.com>  
Para: HANSPERU CONSULTING

problema que representaría para sus empresas la "sobreproducción" que habían confirmado que se produciría en base a la información recopilada a fines del mes de abril y trabajada por el señor Izaguirre. Para tal efecto, dichas empresas adoptaron una serie de medidas restrictivas de la competencia diseñadas para ser implementadas en forma conjunta y simultánea. Las medidas acordadas en estas reuniones fueron la disminución de los niveles de crianza (por ejemplo, reduciendo la importación de huevos fértiles, exportando huevos fértiles de manera conjunta y/o eliminando huevos fértiles y embriones) la estandarización del peso del pollo, así como el manejo conjunto de excedentes a través de su congelado y venta fuera del mercado de Lima. Para esto último, el señor Rafael Bellido, representante de Corporación Ganadera S.A., sugirió formar una empresa que se encargaría de vender los excedentes de producción - esto es, el pollo que se congelaría - en otros mercados, principalmente en provincias (Cuzco y Puno, lugares donde, a diferencia de Lima, se comercializa principalmente congelado) y a instituciones (por ejemplo, la Marina de Guerra del Perú). Dicha sugerencia fue aceptada, encargándose al señor Bellido elaborar un proyecto para la conformación de la nueva empresa".

<sup>54</sup> Resolución N° 010-2002-INDECOPI/CLC (denuncia presentada por Maersk S.A. e investigación de oficio contra la ASPEPRAMA y las empresas de prácticos del puerto del Callao).

<sup>55</sup> Resolución N° 059-2006-INDECOPI/CLC (inicio de la investigación de oficio contra la Asociación Peruana de Productores de Azúcar y diversas empresas productoras de azúcar).

S.A.C. <lhlmi@terra.com.pe>  
CC: limuu@iberia.es <limuu@iberia.es>  
Fecha: Martes 28 de Marzo de 2000 02:23 PM  
Asunto: RE: Filing

Ani copia Tomas Munoz:  
¿Quién es primero, el Gato o el Ratón?  
Así va ser la de nunca acabar. Creo que  
tenemos que ser serios.

Quedamos en que las comisiones se bajaban  
el 1° de Abril, no el 15 de Abril.

También quedamos que la tarifa 590 era para  
una fecha, se vendió por tres, y hoy en una  
agencia la estaban también vendiendo para el  
31 de Marzo con sticker puesto por tu oficina.

Creo que debemos decidir que queremos  
sino no vale la pena ni bajar el 10% ni seguir  
conversando por gusto.

KLM ya sacó la 799 y ya están las nuevas tarifas  
válidas para el 1° de Abril como acordado  
en pantalla. Las cartas a las agencias están  
listas y firmadas pero no repartidas, solo estoy  
esperando a LH.

Te ruego reconsiderar todas estas acciones que  
nos hacen pensar que ustedes quieren pero no  
quieren un orden en el mercado.

Es un poco contradictorio lo que ofrecen con  
los hechos. El mercado sigue boleteando LH en  
la clase que sea, con la duración que sea y con  
los incentivos de antes y nadie está avisado que  
va a haber un cambio.

Lo del 15 de abril es nuevo y no fue lo que se  
conversó.

Te ruego reconsiderar la posición de LH o creo  
que esta vez nos retiramos y que sea lo que  
sea. Si a LH no le conviene un arreglo, sería  
mejor que lo dijeran abiertamente.

TODOS tenemos que llenar aviones y a todos  
nos va costar al principio. Te puedo asegurar  
que si nosotros subimos las americanas  
también van a subir.

Te ruego reconsiderar la posición de LH en  
todo sentido.

¿Tomas, podremos reunirnos mañana? Puede

ser en mi oficina y a las 8:30 am?  
Gracias y saludos  
Pancha

—Original Message—  
From: HANSAPERU CONSULTING S.A.C.  
Sent: Tuesday, March 28, 2000 1:57 PM  
To: Piedra, F. - LIMPS  
Subject: RE:Filing

*Hola Panchita, sería perfecto mañana, hoy  
estoy con la gente de SITA pues nos cambian  
todos los equipos por completo y debo estar  
con ellos, para ver que cada Terminal tenga  
exactamente las aplicaciones que deben tener.*

*Mañana, estoy a cualquier hora dispo.  
(...)” (subrayados agregados)<sup>56</sup>.*

## **b) Desde detalles o textos manuscritos hasta información remitida con carácter oficial**

De otro lado, los indicios pueden ser simples detalles  
que muestran intercambios de información entre  
competidores o textos manuscritos que indican  
un acuerdo, así como documentos remitidos con  
carácter oficial por las empresas a autoridades  
del estado que directa o indirectamente permiten  
identificar la existencia de algún acuerdo previo  
entre los competidores.

Así, por ejemplo, en el caso de concertación de los  
dos proveedores de silicato de sodio se consideró  
que algunos detalles eran indicios. Se consideró  
indicio que en una carta dirigida por Proquinsa  
a su cliente haciéndole una cotización privada  
del producto, se haya encontrado engrapada  
la boleta de remisión exitosa de fax y que el  
número de fax impreso en dicha boleta no fuera  
el del cliente sino el de su competidor, la empresa  
Silicatos. También se consideró indicio que en dos  
cotizaciones privadas de Proquinsa a clientes (las  
mismas que contaban ya con cargo de recepción)  
se encontrara anotado a mano lo siguiente: “Atn:  
Sra. Linda” (nombre distinto al del funcionario del  
cliente que era destinatario de la cotización) y que  
casualmente una alta funcionaria de Silicatos se  
llamara Linda Ríos, mientras que de la indagación  
realizada por INDECOPI ningún funcionario ni  
empleado de Proquinsa respondía a ese nombre  
en el período investigado<sup>57</sup>.

En otro caso de concertación entre empresas  
contratistas de obras que se presentaron a un

<sup>56</sup> Resolución N° 019-2002-INDECOPI/CLC (denuncia presentada por la Asociación Peruana de Agencias de Viaje y Turismo en contra de diversas aerolíneas).

<sup>57</sup> Resolución N° 020-97-INDECOPI/CLC (investigación de oficio iniciada contra Proquinsa y Silicatos S.A.).

concurso público convocado para el asfaltado de una avenida en el distrito del Tambo en Huancayo, se consideró como indicio que cuatro postoras habían presentado un documento denominado Análisis de Estructuras de Costos que era exactamente igual, incluyendo los mismos montos de costo directo de la obra y de utilidad (siendo este último rubro aquel que más podían ajustar para competir). Además, ese documento contenía en todos los casos el mismo error (signos o letras que no aparecían completamente) con lo cual se dedujo que los documentos habían sido elaborados en la misma impresora o máquina de escribir<sup>58</sup>.

Los indicios pueden ser inclusive textos manuscritos en documentos de las empresas investigadas. Así, en el caso de la concertación de precios, cantidades producidas y otras condiciones de venta en el mercado avícola se consideró como indicio el siguiente texto manuscrito encontrado en una copia de un informe titulado "Abastecimiento Semana del 16 al 22.04.96", que las empresas investigadas discutieron en la reunión de un comité de la Asociación Peruana de Avicultura de fecha 24 de abril de 1996 (este documento fue encontrado en el local de Avícola Rosmar S.A.)<sup>59</sup>:

concertacion } Precios  
                  } volumenes  
                  } promociones concertadas

0

libre mercado.

De igual modo, en el caso de la concertación entre los dos productores de silicatos de sodio se consideró como indicio el texto manuscrito en el reverso de una carta de fecha 24 de agosto de 1994 a través de la cual Silicatos S.A. comunicó a Procter & Gamble que estaba en capacidad de suministrarle el producto a un precio de S/.

565.00 la tonelada métrica. El referido texto manuscrito era el siguiente: "precio que se indica en la carta de S/. 565.00 fue coordinado por J de C y B. Alecchi" (subrayado agregado), siendo que los gerentes generales de Silicatos S.A. y de Proquina eran José de Cárdenas y Bruno Alecchi, respectivamente<sup>60</sup>.

No obstante, también pueden encontrarse indicios de concertación en la información remitida oficialmente por las empresas investigadas a entidades o autoridades del estado.

Un ejemplo de ello son los formatos titulados "Precios al por mayor de productos nacionales comercializados en el país" remitidos al Instituto Nacional de Estadística e Informática por la empresa Molinera San Martín de Porres S.A. sobre evolución de precios del pollo. El formato presentado el 23 de octubre de 1995 contiene lo siguiente en la sección de comentarios: "El 18/10/95 el Precio se recuperó. En el mercado aun no se puede observar la demanda del producto, ya que depende del precio promedio del pollo y el acuerdo que tomen el grupo de granjeros" (subrayado agregado). Adicionalmente, en el formato presentado el 23 de noviembre del mismo año, luego de referir que el precio del pollo en granja había sido de S/3.20 el 30 de octubre y de S/3.10 el 9 de noviembre, contenía las siguientes afirmaciones en la sección de comentarios: "El precio de S/3.10. Se está manteniendo debido a que todos los integrantes [es decir empresas avícolas] han bajado su producción por acuerdo ya que el mercado necesita estabilizarse" (subrayado agregado)<sup>61</sup>.

### c) Abundancia o no de indicios

Dependiendo de las particularidades del caso y del hallazgo o no de elementos indicadores en documentos, detalles, u otros, los indicios pueden ser abundantes<sup>62</sup> o bastante reducidos. No obstante esto último, INDECOPI ha sostenido resoluciones condenatorias incluso cuando los indicios identificados han sido muy pocos, pareciendo en primer momento que solo se trata

<sup>58</sup> Resolución N° 003-99-INDECOPI/CLC (denuncia presentada por la Municipalidad Distrital de El Tambo contra las cinco empresas postoras en el concurso).

<sup>59</sup> Resolución N° 276-97-TDC. Según la investigación de INDECOPI, en la época que corresponde a la fecha del documento que tenía ese manuscrito las empresas avícolas habían acordado realizar una campaña publicitaria conjunta para impulsar mayor consumo de pollo a fin de controlar el exceso de producción más rápidamente y acto seguido volver a elevar el precio coordinadamente.

<sup>60</sup> Resolución N° 020-97-INDECOPI/CLC.

<sup>61</sup> Resolución N° 276-97-TDC.

<sup>62</sup> Así sucedió en el caso de la concertación en el sector avícola en el que la multiplicidad de indicios y/o referencias explícitas y directas sobre la existencia de acuerdos llevó a algunos autores a sostener que se trataba de un caso de acuerdo entre competidores y no de práctica concertada.

de una situación de paralelismo en el mercado. Para muestra pueden comentarse los siguientes dos ejemplos, uno de los primeros años de INDECOPI y el otro muy reciente.

El primer caso, está referido a la concertación de precios y cantidades entre los dos productores de cilindros de acero para aceites lubricantes en el Perú, ocurrida dentro de los concursos llevados a cabo por la empresa PETROPERÚ entre octubre de 1995 y marzo de 1996. En este caso el principal indicio de concertación fueron las condiciones de venta ofrecidas en sobre cerrado por ambas empresas que eran exactamente las mismas en cuanto al precio mientras que diferían en cifras mínimas en cuanto a la cantidad, pese a que en los concursos previos las ofertas que presentaron habían sido bastante distintas. Dada la casi identidad de sus ofertas, ambas empresas habían ganado a medias los últimos 3 concursos, a diferencia de lo ocurrido en los más de 10 concursos anteriores en los que sola una había ganado. La principal información que utilizó la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI para realizar su análisis se encuentra en el siguiente cuadro comparativo de ofertas:

Fecha	Requerimiento de Petroperú	Rheem Peruana		Envases metálicos	
		Precio	Cantidad	Precio	Cantidad
abr-92	900	30.98	900		
abr-92	1,000	31.83	1,000		
may-92	1,000	28.82	1,000		
jul-92	900	28.07	900		
ago-92	900	28.07	900	28.00	900
dic-92	600			27.85	600
dic-92	600	27.80	600	27.85	600
ene-93	600	27.70	600	27.50	600
ene-93	600	27.20	600	27.50	600
feb-93	600	27.20	600	26.90	600
feb-93	600			26.85	600
mar-93	600	27.20	600	26.60	600
mar-93	600	27.20	600	26.55	600
mar-93	600	26.50	600	26.35	600
abr-93	600	26.00	600	26.25	600
abr-93	600	23.35	600		
feb-94	3,500	22.00	3,500	22.34	3,500
mar-94	30,000	19.95	30,000	17.95	30,000
nov-94	10,000			17.94	10,000
ene-95	10,000	20.50	10,000	19.50	10,000
abr-95	20,000	17.70	20,000	18.97	20,000
oct-95	10,000	23.80	5,020	23.80	5,090
feb-96	10,000	23.80	5,102	23.80	5,090
mar-96	10,000	23.80	5,102	23.80	5,090

Del análisis de esta información así como de las características del proceso de compra de cilindros por PETROPERÚ, la primera instancia de INDECOPI concluyó:

“(…) si bien en el presente procedimiento no se ha encontrado una prueba directa que revele la existencia de convenios o acuerdos entre las empresas denunciadas respecto de los precios y/o volúmenes ofertados a PETROPERÚ, existe una serie de hechos coincidentes en el tiempo frente a un mismo comprador ocurridos con posterioridad a una nutrida competencia a nivel de precios, hechos que de ninguna manera parecen responder a una situación de competencia efectiva y que sólo pueden ser explicados como el producto de un acuerdo previo entre las empresas denunciadas.  
(…)

De acuerdo con el criterio de prueba señalado, los hechos que permiten concluir la existencia de un comportamiento anticompetitivo en el presente procedimiento se produjeron exactamente desde la solicitud de cotización realizada por PETROPERÚ en octubre de 1995. En primer lugar, las dos empresas denunciadas modificaron simultáneamente los precios cotizados a PETROPERÚ en octubre de 1995. En segundo lugar, el precio cotizado por ambas empresas en octubre de 1995 y luego en las dos oportunidades posteriores -febrero y marzo de 1996- fue totalmente idéntico, es decir, de US \$ 23.80 dólares americanos por unidad. En tercer lugar, tanto Rheem como Envases Metálicos S.A. presentaron su oferta reduciendo el volumen de cilindros ofrecidos a una cifra casi equivalente al 50% de los requeridos por PETROPERÚ, en los tres pedidos que esta empresa realizó consecutivamente. A esta suma de coincidencias se debe agregar que en los tres años anteriores dichas empresas habían presentado sus ofertas a PETROPERÚ por el total de cilindros requeridos y en una clara situación de competencia por precios.

Los hechos señalados, que ocurridos aisladamente y en forma esporádica, no constituirían prueba sobre una concertación, cuando se producen reiteradamente -por tres veces consecutivas en sólo seis meses- dentro de un proceso de adquisición de carácter cerrado y confidencial en el que la única posibilidad de conocer las ofertas es al momento de la apertura de los sobres y finalmente donde las dos únicas empresas que producían los bienes requeridos por PETROPERÚ habían estado compitiendo a nivel de precios de forma mantenida por tres años seguidos, sí constituyen evidencia clara de la existencia de una concertación

de las empresas denunciadas respecto de las propuestas de venta de cilindros de 55 galones presentadas a Petroperú a partir de octubre de 1995" (subrayados agregados)<sup>63</sup>.

El análisis realizado por el Tribunal de INDECOPI en la revisión de la apelación refuerza la evaluación conjunta de las extraordinarias coincidencias encontradas y señala que estas no solamente resultan inexplicables, sino que cumplen con las dos condiciones que serían necesarias para maximizar los beneficios de los infractores en un acuerdo de reparto de ventas:

"Así, se desprende que los procesos por competencia convocados por PETROPERÚ, se llevaban a cabo en estricta confidencialidad, con lo cual ninguno de los postores tenía la posibilidad de conocer las ofertas presentadas por los demás antes de la apertura de los sobres. (...).

El simple hecho de que se haya dado una coincidencia exacta de precios es un elemento importante que permite presumir la existencia de un acuerdo. Nótese que en los tres años anteriores nunca se había producido una coincidencia exacta en los precios. (...).

Pero la coincidencia no se dio sólo con respecto al precio. Las cantidades ofrecidas por ambas empresas cambian súbitamente. Los años anteriores cada una ofrecía el íntegro del monto pedido por PETROPERÚ en cada ocasión. Sin embargo, en los tres procesos de adquisición referidos y en los que se produce la igualdad de precios, ambas empresas reducen el monto ofrecido a aproximadamente el 50% del monto solicitado por PETROPERÚ en cada caso.

Estos datos son consistentes con la existencia de un acuerdo y reflejan coincidencias extraordinarias que difícilmente pueden ser explicadas por razones diferentes. En caso se produjera una concertación que busque repartirse la venta entre ambas empresas deberían cumplirse precisamente las dos condiciones para maximizar la utilidad de las dos empresas en el proceso: (i) el precio debe ser el mismo para evitar que una oferta sea preferida sobre la otra; y (ii) las cantidades deben ser cercanas al 50% de manera que al

otorgar la buena pro, deba dividirse la misma entre las dos empresas involucradas en partes prácticamente iguales.

La sucesión de coincidencias y su perfecta consistencia con un acuerdo que maximice la utilidad de ambas en el contexto de una repartición del mercado, constituyen elementos de prueba que crean convicción en la Sala sobre la existencia de un acuerdo entre las empresas denunciadas" (subrayados agregados)<sup>64</sup>.

El segundo caso a comentar es el de la concertación de ofertas entre tres empresas productoras de oxígeno medicinal en las licitaciones y adjudicaciones llevadas a cabo por ESSALUD para compra de oxígeno medicinal líquido y gaseoso durante el período enero de 1999 a junio de 2004. De forma parecida a lo ocurrido en el ejemplo anterior, en este caso no se encontró prueba directa que permitiera identificar la existencia de una concertación, por lo que INDECOPI sustentó su análisis en las ofertas presentadas por los postores, las características de los procesos de compra y la modificación del comportamiento de las empresas a raíz de eventos externos derivados del cambio en el diseño de las licitaciones por parte de ESSALUD. En los siguientes párrafos se plantea la forma de análisis seguida en este caso:

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

Una herramienta útil en el análisis de indicios y presunciones consiste en el denominado event-analysis, mediante el cual, a partir de un hecho exógeno, es posible demostrar la conducta anticompetitiva de los agentes investigados. Cabe resaltar que este análisis supone la exogeneidad del evento respecto del comportamiento de los agentes investigados pues, de lo contrario, estos podrían anticipar y ajustar sus expectativas o comportamientos, principalmente, aquellos relacionados a precios y cantidades ofertadas.

<sup>63</sup> Resolución N° 004-97-INDECOPI-CLC (denuncia presentada por Petróleos del Perú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A.).

<sup>64</sup> Resolución N° 255-97-TDC (denuncia presentada por Petróleos del Perú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A.).

En el presente caso, no se cuenta con pruebas directas de la existencia de un acuerdo para repartirse el mercado entre las empresas investigadas. Por lo tanto, para identificar o descartar la existencia de una práctica concertada, se recurrirá a los sucedáneos de los medios probatorios constituidos por los indicios y presunciones. Asimismo, se utilizará el denominado "event analysis" para evaluar el comportamiento de las empresas investigadas ante el cambio implementado por EsSalud en la forma de organizar su demanda de oxígeno medicinal a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002)" (resultados agregados)<sup>65</sup>.

El análisis de los hechos se realizó considerando dos períodos. El primer período comprende desde la licitación de agosto de 1998 a las adjudicaciones de septiembre de 2001 (incluye 3 licitaciones y algunas adjudicaciones directas al final), y el segundo desde la licitación de septiembre de 2002 hasta la licitación de noviembre de 2005 (incluye 3 licitaciones y varias adjudicaciones intermedias). La distinción entre ellos fue la modificación de las condiciones de las licitaciones desde el 2002, al incrementarse el número de ítems por el que las empresas podían competir y reducirse la cantidad requerida de cada uno de esos ítems (la finalidad fue facilitar que se presentaran nuevos postores). Este cambio fue considerado por la Comisión de Libre Competencia como un evento exógeno a los proveedores habituales de oxígeno (es decir las tres empresas investigadas) que modificó las características del mercado y los incentivos para competir.

Según la evaluación realizada, durante el primer período la participación de las empresas investigadas en los procesos de compra mostró reiteradas coincidencias poco comunes. En las dos primeras licitaciones del período (1998 y 2000), las empresas presentaron ofertas muy cercanas al 110% del valor referencial establecido por ESSALUD en todas las zonas en las que obtuvieron la buena pro, mientras que en las zonas donde no obtuvieron la buena pro se debió a que no se presentaron o presentaron ofertas superiores al 110% del valor referencial quedando descalificadas automáticamente. En la tercera licitación (2001), todas las empresas coincidieron en abstenerse de participar informando a ESSALUD que los precios referenciales previstos no eran

suficientes, quedando desierta. Luego se dieron adjudicaciones directas (2001), en las que las empresas lograron la buena pro de las zonas que venían atendiendo en los años previos.

El resultado fue que en el primer período cada empresa logró tener el abastecimiento exclusivo de todos los departamentos de una zona del Perú: Praxair la zona Lima y sur, Aga la zona norte, y Messer la zona centro.

Como ya se ha comentado, en el segundo período ESSALUD introdujo la modificación en el diseño de las licitaciones, lo que permitió que participaran otros proveedores como Oxycuzco y Oxyman (esto daría lugar a mayor competencia y se entiende que haría más complejo el arreglo que existiría entre las 3 empresas investigadas). En este período existió inicialmente coincidencia en el comportamiento de las empresas pues todas continuaron abasteciendo las zonas que tradicionalmente habían atendido, pero luego todas participaron y ganaron procesos para abastecer zonas en los que antes no habían participado.

Así, en la primera licitación (2002) las empresas lograron mantener el abastecimiento de la zona que antes tenían pero empezaron a participar en todos los procesos aunque fuera con ofertas no competitivas (es decir, dejaron de abstenerse de participar o de presentar ofertas superiores al 110% del precio referencial). Luego se dieron adjudicaciones directas (2003) en las que las tres empresas mantuvieron el abastecimiento de sus zonas tradicionales. En la segunda y tercera licitación (2004 y 2005) las empresas abandonaron el patrón de comportamiento que habían mantenido por más de cinco años consecutivos y empezaron a presentar ofertas competitivas y a adjudicarse la buena pro de procesos para atender zonas en los que antes no habían ganado y con precios cercanos al 70% del valor referencial establecido por ESSALUD.

Según INDECOPI, lo ocurrido en el segundo período demostraría que las empresas investigadas sí estaban en capacidad de presentar ofertas competitivas y ganar en zonas distintas a las que habían abastecido tradicionalmente desde 1999.

De esta forma, la primera instancia de INDECOPI consideró como indicios de concertación lo siguiente:

<sup>65</sup> Resolución N° 051-2010-INDECOPI-CLC (investigación de oficio contra Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A.). Cabe señalar como una debilidad de esta resolución que no se hace suficiente precisión sobre los alcances del denominado *event analysis* ni se define cómo lo utilizará INDECOPI (con qué límites y bajo qué requisitos).

- Que, las empresas hayan obtenido la buena pro en las mismas zonas desde la licitación de 1998 hasta las adjudicaciones de octubre de 2003;
- La estrategia de ofertar precios por encima del 110% del valor referencial o no participar en los procesos de las zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían, lo cual se produjo en las licitaciones de los años 1998, 2000 y 2001; y,
- La estrategia de ofertar precios altos (cerca al 110% del valor referencial) desde la licitación de 1998 hasta las adjudicaciones del 2001 y precios bajos en la licitación del 2002 y las adjudicaciones del 2003, conservando cada empresa la zona que tradicionalmente había venido abasteciendo desde la licitación de 1998.

En función de lo anterior, la Comisión de Libre Competencia concluyó lo que sigue:

“Todos estos indicios o coincidencias se encuentran debidamente acreditados y, analizados en su conjunto, permiten presumir la existencia de una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de reparto de mercado para la provisión de oxígeno medicinal a EsSalud, desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 (noviembre, 1998) hasta las Adjudicaciones de octubre de 2003, de forma tal que Praxair abasteciera siempre las zonas sur y Lima, Aga la zona norte y Messer la zona centro”<sup>66</sup>.

Los dos ejemplos reseñados muestran que INDECOPI puede concluir que existe una concertación basándose en indicios relacionados principalmente con el hallazgo de reiteradas coincidencias en el comportamiento de los agentes económicos, dentro de contextos con particulares características (como procesos de licitación a sobre cerrado, con muy pocos participantes, productos considerados homogéneos, etc.). Sin duda estos ejemplos trazan una delgada línea divisoria entre paralelismo de conductas e indicios de concertación, pues estos últimos se derivan principalmente del comportamiento en el mercado y no de prueba documental alguna que haga referencia o permita identificar de modo

implícito la pre-existencia de un acuerdo entre los competidores.

En función de estos casos, se entiende que la identificación de coincidencias notorias y reiteradas en el comportamiento de los competidores, que no parecen tener una explicación razonable, constituye un importante hecho indicador (es decir un indicio) distinto al mero paralelismo de las conductas cuya evaluación conjunta ha permitido encontrar las referidas coincidencias<sup>67</sup>.

#### 4.4 Ejecución del arreglo y seguimiento de lo ejecutado

Como se ha comentado en las secciones previas, una de las características que puede distinguir a las prácticas concertadas de los acuerdos es que las primeras deben ser llevadas a cabo en el mercado, es decir, debe existir un comportamiento que sólo se explique como consecuencia de un arreglo entre los competidores, cuya existencia a su vez no pueda ser demostrada a través de prueba directa.

Adicionalmente, como también se ha explicado en las secciones previas, uno de los elementos constitutivos de la concertación es que sus integrantes cuenten con mecanismos de supervisión y control de desvíos (“trampa”). Por ello, la prueba de indicios debería permitir identificar tales mecanismos como parte de la labor probatoria encomendada a la autoridad de competencia.

La práctica de INDECOPI muestra que la actividad probatoria y el análisis realizado no sólo tienen en consideración la ejecución del arreglo entre los competidores, sino también el seguimiento de que lo ejecutado sea conforme al mencionado arreglo. No obstante, cabe señalar que la verificación de esto último no siempre se realiza con el mismo rigor o, en otras palabras, la labor probatoria muchas veces no llega a identificar evidencia sobre mecanismos de supervisión y control.

En lo que se refiere a evidencia contundente de mecanismos de seguimiento y control de desvíos, pueden citarse algunos ejemplos de la práctica de INDECOPI.

<sup>66</sup> Resolución N° 051-2010-INDECOPI-CLC.

<sup>67</sup> Sin perjuicio de lo señalado, cabe advertir que la magnitud y naturaleza de las coincidencias en el comportamiento de los competidores deberían ser consideradas rigurosamente para concluir que existen indicios suficientes de una concertación. Por ejemplo, la magnitud y naturaleza de las coincidencias en la concertación en el mercado de cilindros de acero (precios idénticos y cantidades casi idénticas luego de un período de agresiva competencia), no parecen ser igual de contundentes que en la concertación en el mercado del oxígeno (no participación o descalificación adrede en las licitaciones, distribución geográfica de zonas de abastecimiento y comportamiento competitivo posterior). Cabe agregar que si bien el uso del *impact analysis* es sugerente en este último caso, no parece ser concluyente en términos de evidenciar una concertación.



El primero es el caso de la concertación de las empresas productoras de harina de trigo, en el cual no sólo se evaluaron las medidas adoptadas para verificar el cumplimiento de lo acordado<sup>68</sup>, sino que además se encontraron pruebas de dicho seguimiento tales como la comunicación del 8 de mayo de 1995 remitida por el Supervisor de Harinas a la Gerencia de Ventas de la empresa Molino Italia S.A. en la que se reportaba cómo estaban aplicando los precios las empresas, en los siguientes términos:

“Nicolini: Respeta los precios  
Perú: Respeta los precios.  
Sta. Rosa: Respeta los precios.  
Cogorno: Respeta los precios.  
Triunfo: Respeta los precios, pero en algunos casos recibe cheques diferidos por la compras al contado.  
Cogorno Trujillo: Sus precios son como sigue:  
1 a 100 49.50 crédito  
100 a + 48.40 crédito  
1 a 100 48.10 contado ch dif. 15 días  
100 a + 47.40 contado ch dif. 15 días  
Inca: Respeta los precios pero a partir de 200 sacos no le cobra flete al cliente. El contado lo trabajan con cheques diferidos a una semana.  
Sayón: Sus precios son como sigue:  
45.20 contado sin escalas  
48.20 crédito sin escalas  
Finna: Respeta los precios. A partir de 200 sacos no cobra flete al cliente”<sup>69</sup>.

En igual sentido se tuvo en cuenta el reporte semanal de ventas al 22 de julio de 1995 dirigido por el Gerente de Comercialización al Gerente General de la empresa Molinera Inca S.A., el mismo que fue mostrado a los funcionarios de INDECOPI y cuyo texto señalaba lo siguiente

de acuerdo con la reproducción magnetofónica efectuada por INDECOPI: “En lo que refiere a los precios, en lo que es Lima, se nos informa que los molinos Nicolini, Molitalia, Cogorno y Fabril, han hecho efectivo el aumentos de precio a partir del día 24 tal como se había acordado. Para Molinera Perú, Finna, Lugón y Triunfo se indican que cambiarán sus precios a partir del día 27” (subrayado agregado)<sup>70</sup>.

Un segundo ejemplo es el caso de la concertación entre empresas avícolas, en el que la evidencia encontrada demostraba la implementación de un mecanismo de recopilación de información para verificar el acuerdo para congelamiento de pollos. Esto queda evidenciado con la Circular N° 053-95 del Comité de Productores de Pollo Carne de la Asociación Peruana de Avicultura del 11 de mayo de 1995 que fue remitida a las empresas que conformaban el Comité. En la circular se señalaba lo siguiente:

“Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con el propósito de manifestarle nuestra más seria preocupación, debido a que no se viene contando oportunamente con la información de producción de Pollito BB Carne de su empresa. Conforme lo acordado en Comité de fecha 10.05.95, las empresas deberán enviar su información de manera semanal.

Esto contribuirá a poder tomar las decisiones más inteligentes y en el momento más oportuno” (subrayado agregado)<sup>71</sup>.

Posteriormente, el 6 de julio de 1995, el Gerente General del Comité de Productores de Pollo Carne remitió cartas a todas las empresas comunicándoles los montos con los que participarían en el programa de “saca para beneficio y congelado” de pollo. El texto de esa carta era el siguiente:

“Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, conforme lo acordado en la reunión de Comité celebrada el día 05.07.95, para adjuntarle fotocopia del Programa de saca para beneficio

<sup>68</sup> En efecto, uno de los considerandos de la resolución del INDECOPI señala lo siguiente: “Que, asimismo, se observa una reducción de la brecha entre el precio de lista y el precio efectivo de la harina de trigo en transacciones superiores a 300 sacos (ver gráfico adjunto). La reducción de dicha brecha constituiría un mecanismo para facilitar la verificación del cumplimiento del acuerdo por parte de las empresas involucradas pues al basar la política de precios en listas de precios por todos conocidas se reduce el margen de las empresas para aplicar discrecionalmente políticas de descuentos; Que, de la investigación realizada se ha verificado la existencia de criterios uniformes a partir del mes de marzo de 1995, por parte de las principales empresas del sector. Esto también sería compatible con la necesidad de supervisar el acuerdo, dado que una mayor uniformidad en la política de descuentos permite detectar a quienes incumplen el acuerdo”. Ver: Resolución 047-95-INDECOPI/CLC (investigación de oficio iniciada contra el Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y dieciocho empresas molineras)

<sup>69</sup> Resolución N° 047-95-INDECOPI/CLC.

<sup>70</sup> Resolución N° 047-95-INDECOPI/CLC.

<sup>71</sup> Resolución N° 276-97-TDC.

y congelado de 160,000 pollos, en el cual su empresa participa con (X CANTIDAD) pollos.

Sobre el particular, mucho le agradeceremos a usted, se sirva enviar a más tardar el día Viernes 07.07.95, las órdenes de recojo respectivas a nombre de la Asociación Peruana de Avicultura" (subrayado agregado)<sup>72</sup>.

Adicionalmente, en el memorándum de fecha 12 de agosto de 1995, dirigido por un funcionario de Alimentos Protina S.A. a dos funcionarios de Molinera San Martín de Porres S.A., se señala lo siguiente:

"Beneficio y congelación pollos  
Estamos coordinando la saca para beneficiar 60,000 aves. A Uds. les toca según el acuerdo 3,500 unidades. Calidad óptima peso 2.200 a 2.300 Kls. Coordinar con el ing. (...) telf.. celular (...). Atm. [firma]" (subrayado agregado)<sup>73</sup>.

INDECOPI concluye que estos dos últimos documentos demuestran la programación empleada para la ejecución de lo acordado, informando periódicamente el volumen mensual que se requería retirar del mercado y la cuota que le correspondía congelar a cada empresa participante.

Un tercer ejemplo de seguimiento e invocación para que se cumpla lo pactado se encuentra en la concertación de las empresas de transporte aéreo para fijar la comisión a las agencias de viaje. En el correo electrónico de fecha 28 de marzo de 2000 ya citado se denota el seguimiento efectuado y cómo se pide que se den muestras efectivas de cumplimiento o de lo contrario se dejaría de tratar el tema:

"Así va ser la de nunca acabar. Creo que tenemos que ser serios.  
Quedamos en que las comisiones se bajaban el 1° de Abril, no el 15 de Abril.  
También quedamos que la tarifa de 590 era para una fecha, se vendió por tres, y hoy en una agencia la estaban vendiendo para el 31 de Marzo con sticker puesto por tu oficina.  
Creo que debemos decidir que queremos sino no vale la pena ni bajar el 10% ni seguir conversando por gusto"<sup>74</sup>.

Sin perjuicio de la evidencia antes mencionada, también hay que tener en cuenta que en otro tipo de casos el control de la ejecución según el arreglo podría requerir menos organización de los participantes. Así, en casos de concertaciones dentro de licitaciones o concursos, la verificación del cumplimiento del arreglo puede ser facilitada a través de la revisión de los resultados (adjudicaciones de buena pro) cuando estos se hacen públicos. No obstante, esta circunstancia no es el común denominador en todos los casos, por lo cual se entiende que demostrar la existencia de mecanismos de supervisión y de control de desvíos debería constituir parte de la labor probatoria de la autoridad de Competencia.

#### 4.5 Contra indicios y/o explicaciones alternativas

La última etapa en la evaluación de INDECOPI para demostrar la existencia de una concertación es el examen de los indicios desde una perspectiva contra fáctica. A través de ella se pone a prueba la hipótesis de concertación que se deriva de tales indicios, contrastándola con las explicaciones alternativas o contra indicios que puedan identificarse o que sean propuestos por las empresas investigadas. La presunción de concertación se hace más robusta cuando los indicios pasan un examen más exigente y viceversa. A continuación se presentan ejemplos del análisis contra fáctico antes señalado.

En el caso de la concertación entre las empresas productoras de cilindros de acero el análisis de las explicaciones alternativas propuestas fue el siguiente:

"Las partes han alegado que la coincidencia en los precios es explicable por una coincidencia en los costos de fabricar los cilindros. Sin embargo, dicha explicación es totalmente inconsistente con la información disponible en el expediente. Los precios fueron siempre diversos en las ofertas formuladas en procesos anteriores convocados por PETROPERÚ y no existe ningún elemento de juicio aportado por las denunciadas que demuestre la existencia de algún hecho o factor que llevara a que, a partir de octubre de 1995, se produjera una igualación exacta de los costos de ambas empresas y menos aún que dicha estandarización se refleje

<sup>72</sup> Resolución N° 276-97-TDC.

<sup>73</sup> Resolución N° 276-97-TDC.

<sup>74</sup> Resolución N° 019-2002-INDECOPI/CLC.

en los precios. A mayor abundamiento, luego de esa fecha, los precios a los que ofrecieron cilindros de idénticas características a otros clientes distintos a PETROPERÚ no coinciden con el precio ofrecido a esta última empresa. Si una estructura de costos idéntica explicara la identidad de los precios, estos precios serían idénticos para los demás clientes de esas empresas en el mercado, lo que no ocurre en la información disponible obtenida de las propias empresas.

En cuanto a la casi identidad de las cantidades ofrecidas a PETROPERÚ que reflejan en cada caso el 50% del monto de cilindros solicitado (...) ha sido explicada por las empresas en el hecho de que existían otros clientes en el mercado y en que PETROPERÚ se atrasaba en el pago, por lo que nos les convenía cubrir el íntegro del pedido, debiendo dejar capacidad de producción libre para cubrir otros posibles pedidos de otros compradores que sí pagaban puntualmente.

Las empresas no han presentado prueba alguna que permita demostrar sus afirmaciones en este aspecto. No se ha acreditado el efecto del pedido de PETROPERÚ en su capacidad de cubrir pedidos de otros clientes (...).

En los mismos meses mencionados, Envases Metálicos atendía los pedidos de sus otros clientes, los mismos que (...) no han sufrido cambios significativos respecto de los pedidos realizados en el período investigado.

La situación de Rheem no es muy distinta. (...) En los mismos meses mencionados, Rheem atendía los pedidos de sus otros clientes, los mismos que tampoco han sufrido cambios significativos respecto de los pedidos realizados en el período investigado (...)<sup>75</sup>.

Como se observa, el análisis contrafáctico desarrollado por INDECOPI en este caso no sólo fue contundente, sino que además reforzó adecuadamente la carencia de indicios documentales que refirieran o permitieran deducir un acuerdo previo entre las empresas investigadas.

Otro ejemplo que puede citarse del análisis contrafáctico se encuentra en el caso de la concertación de las primas y deducibles de seguros vehiculares, en particular en lo referido a las

razones y uso de la nota técnica elaborada a través de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros. De un lado, se señalan las siguientes explicaciones alternativas propuestas por las empresas:

- La Nota Técnica o las actas de la APESEG no hacen referencia alguna a primas mínimas o deducibles mínimos.
- La decisión de elaborar la Nota Técnica surge por el Oficio N° 2861-99 remitido por la SBS a las empresas el 31 de marzo de 1999, en el cual el supervisor manifiesta su preocupación por la suficiencia de las primas y las reservas técnicas.
- En el Oficio N° 2861-99, la SBS señaló que el intercambio de información entre empresas y la determinación de la tasa pura de riesgo es considerada una práctica lícita. (...).
- (...)
- Las discusiones en la APESEG se centran en mejorar los resultados técnicos de las aseguradoras y por ello, se refieren a la Nota Técnica que permite determinar la prima pura de riesgo sobre la base de estadísticas comunes.
- La Nota Técnica no fue presentada a la SBS ni se implementó en el Mercado (...)<sup>76</sup>.

De otro lado, al analizar la Nota Técnica en referencia, INDECOPI planteó lo siguiente:

“Los conceptos que se añaden a la prima pura de riesgo corresponden a la gestión de las compañías y al margen de utilidad, los cuales conciernen al régimen de libre mercado y no están dentro del ámbito de supervisión de la SBS.  
(...)”

En el caso bajo análisis, la nota técnica de la APESEG contiene una prima promedio pura de riesgo y una prima promedio comercial para el mercado del seguro vehicular. Es decir, las empresas no sólo se limitaron a la estimación conjunta de una prima pura de riesgo -lo cual en rigor, constituye el objeto de una nota técnica y es materia de supervisión por la SBS- sino también a conceptos que corresponden al régimen de libre mercado tales como porcentajes de gastos administrativos, comisiones y utilidades.  
(...)

De igual manera, con relación a la elaboración conjunta de la Nota Técnica

<sup>75</sup> Resolución N° 255-97-TDC.

<sup>76</sup> Resolución N° 009-2008-INDECOPI/CLC.

de la APESEG, corresponde señalar que las aseguradoras comercializaban sus productos aproximadamente desde el año 1997, y efectuaban de manera individual sus cálculos; a su vez, si bien ofrecían productos similares no necesariamente debían tener los mismos tipos de riesgo.

Por otro lado, una nota técnica debía sustentar necesariamente el costo estimado de un producto en particular. No obstante, la Nota Técnica elaborada en la APESEG no sustentaba la prima pura de riesgo de un producto específico pues contenía información general de todo el mercado del seguro vehicular y por tanto, la prima pura de riesgo estimada no podía ser objeto de supervisión por la SBS.

En consecuencia, la Nota Técnica elaborada en la APESEG no podía ser notificada a la SBS pues contenía cifras globales que no sustentaban la suficiencia de la prima pura de riesgo de un producto; y a su vez, de haber sido ese el caso, a diferencia de lo señalado en los descargos, no correspondía notificarla pues la obligación era solo respecto de nuevos productos de seguros y no ante el incremento del monto de la prima pura de riesgo o de las tarifas<sup>77</sup>.

En este caso la argumentación contrafáctica de INDECOPI se embarca incluso en evaluaciones bastante técnicas con la finalidad de poner de manifiesto debilidades en las explicaciones alternativas señaladas por las empresas investigadas, lo cual ofrece solidez al análisis de los indicios y a su hipótesis de concertación.

Un tercer ejemplo sobre el análisis de explicaciones alternativas que realiza INDECOPI está en la concertación para la venta de oxígeno medicinal en las licitaciones de ESSALUD. Entre los argumentos planteados por las empresas investigadas se encuentran los siguientes:

- La distribución geográfica observada en la provisión de oxígeno medicinal a ESSALUD fue resultado del diseño ineficiente de los procesos de selección.
- La presentación de ofertas superiores al 110% del valor referencial que provocaba su descalificación automática respondió a una estrategia de señalización dirigida a que ESSALUD incremente el valor referencial.

- No presentaron ofertas competitivas en zonas distintas a aquellas en las que tradicionalmente ganaban porque resultaba muy costoso para ellas incursionar en otras zonas (por cuestiones de infraestructura y logística) y porque no contaban con capacidad productiva disponible.

Sobre el primer argumento, INDECOPI señaló que:

“(…) si bien la organización de los procesos de selección de ESSALUD durante el primer período implicaba que su demanda estuviera dividida en sólo cuatro grandes zonas geográficas, ello no significa que las empresas investigadas hayan estado obligadas a ganar la Buena Pro siempre en las mismas zonas. Por el contrario, las empresas investigadas siempre fueron libres y estuvieron en capacidad de proveer oxígeno medicinal a ESSALUD en cualquier zona. El hecho que cada ítem haya comprendido una determinada zona geográfica, no justifica que cada empresa investigada haya obtenido la Buena Pro, de manera sostenida en el tiempo, en una única zona.

(…) a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002) se rediseñó esta organización, definiéndose zonas más pequeñas divididas en veinticuatro ítems. (...) el reparto geográfico no puede haber respondido a la organización de la demanda de ESSALUD pues, cuando ésta cambió, las empresas investigadas continuaron ganando la Buena Pro única y exclusivamente en las zonas que tradicionalmente abastecían.

(…) a partir de la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004), (...) las empresas investigadas comenzaron a participar de manera competitiva en zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían, circunstancia que demuestra que siempre estuvieron en capacidad de participar competitivamente en otras zonas y que la organización inicial diseñada por ESSALUD no obligaba a que Praxair ganara siempre en las zonas sur y Lima, Aga en la zona norte y Messer en la zona sur<sup>78</sup>.

En cuanto al segundo argumento, INDECOPI planteó que:

“(…) en los procesos de selección existía un mecanismo directo mediante el cual las

<sup>77</sup> Resolución N° 009-2008-INDECOPI/CLC.

<sup>78</sup> Resolución N° 051-2010-INDECOPI-CLC.

empresas podían enviar información a ESSALUD acerca del valor referencial consignado en las bases. Este mecanismo se encuentra en las etapas de consulta y observaciones a las bases (...).

De acuerdo a lo anterior, las empresas investigadas tenían la oportunidad de comunicar formalmente a ESSALUD su disconformidad y sus expectativas en relación con el valor referencial.

Adicionalmente, incluso si una empresa investigada hubiera formulado observaciones al valor referencial y ESSALUD hubiera decidido no considerarlas, dicha empresa investigada podía haber optado por no participar en el proceso de selección, toda vez que ya había utilizado el mecanismo formal existente para comunicar sus expectativas y su disposición a participar en otras zonas si las condiciones cambiaban<sup>79</sup>.

Respecto del tercer argumento, INDECOPI consideró lo siguiente:

“En lo que se refiere al costo de abastecer otras zonas, si bien es cierto que el ganador de un proceso de selección en determinada zona obtiene cierta ventaja competitiva (experiencia y ahorro en costos logísticos), en el presente caso, dicha ventaja no puede haber sido significativa ni excluyente pues, a partir de la Licitación Pública 0199L00052 (setiembre, 2002), las empresas investigadas bajaron sus precios y, a partir de la Licitación Pública 0399L00091 (abril, 2004), abastecieron otras zonas”<sup>80</sup>.

Como se recordará, este caso presenta considerables similitudes con el de la concertación en la venta de cilindros de acero, pues carecía de indicios documentales que refirieran o permitieran deducir un acuerdo previo entre las empresas investigadas. Sin embargo, el análisis contra fáctico realizado no parece tener la misma robustez.

En efecto, la argumentación para descartar que la distribución geográfica del mercado se deba al diseño ineficiente de las licitaciones no parece estar bien enfocada. No se trata de que ese diseño obligue a ganar las licitaciones u ofrezca libertad para hacerlo. Más bien, debe tenerse en cuenta

que el criterio habitual para analizar el paralelismo de conductas es que las empresas tienen libertad de acomodarse racionalmente a lo que más les conviene y si esto era ganar únicamente el abastecimiento de determinadas zonas, entonces no debería extrañar que las empresas se aseguren de ello por los medios que tengan disponibles. Adicionalmente, si la concertación para repartir el mercado se hubiera mantenido durante una parte del segundo período como afirma INDECOPI, queda sin explicar por qué se produjo una modificación drástica en las participaciones de mercado de las empresas en el 2002 (Praxair perdió más del 10% y Aga ganó 8%)<sup>81</sup>.

Asimismo, el descarte del argumento de señalización a través de ofertas mayores al 110% del valor referencial tampoco es muy sólido. Si bien las empresas podían informar a ESSALUD de su disconformidad con ese valor a través de consultas y observaciones a las bases, ello no significaba que estaban obligadas a hacerlo de esa forma. En realidad, lo más probable es que una observación de esa naturaleza en cualquier proceso de adquisición pública sea desoída o no considerada de plano. Por ello, no debería extrañar que las empresas opten por fórmulas más efectivas de hacerse oír. Si bien una opción para hacerlo era abstenerse de presentar una oferta, eso no significaba que esa fuera la única opción admisible pues bien podrían presentar ofertas más altas para descalificarse, como efectivamente lo hicieron. No parece haber razón suficiente para invalidar esta última opción.

Finalmente, en contraste con los ejemplos previos, también se puede mencionar casos en los cuales la revisión de las explicaciones alternativas ha dado lugar a que INDECOPI decida concluir el procedimiento sin declarar responsables a las empresas investigadas.

En primer lugar, se encuentra el caso de supuesta concertación del precio de compra de algodón durante la campaña 2003-2004. Las evidencias se referían al aparente paralelismo en los precios de compra, sobre la base de precios de compra diarios desde el año 2000 al año 2004 así como de la diferencia entre el precio del algodón local y el importado. INDECOPI identificó varias condiciones que facilitarían una concertación (homogeneidad del producto, concentración de compradores y vendedores, oferta inelástica

<sup>79</sup> Resolución N° 051-2010-INDECOPI-CLC.

<sup>80</sup> Resolución N° 051-2010-INDECOPI-CLC.

<sup>81</sup> Ver cuadro contenido en la página 10 de la Resolución N° 051-2010-INDECOPI-CLC

por parte de los productores). Sin embargo, no existía prueba indiciaria que permita concluir que ese paralelismo sólo podía explicarse por un acuerdo previo. Más bien, se encontraron diversas explicaciones alternativas válidas frente a la hipótesis de concertación, como por ejemplo:

- En el período 2003-2004 la tendencia de los precios de compra del algodón fue hacia el alza en todo momento, lo cual no era consistente con una concertación para bajar el precio. Más aún, en el período 2002-2004 la variabilidad de los precios de compra tendió a incrementarse de manera gradual lo cual no sostiene una hipótesis colusoria.
- El precio promedio ponderado anual del año 2004 ofrecido por las compradoras era bastante cercano al del producto importado, por lo cual una de ellas recurrió al algodón importado en un volumen considerable, lo cual tampoco se condice con una hipótesis de concertación. Ello se debe a que en un escenario donde las empresas deciden cooperar tendrían asegurada una alta provisión de algodón nacional a bajo costo, con lo cual sus necesidades de importación se reducirían.
- La simetría existente entre las empresas compradoras implicaba simetría de costos por lo que los precios que ambas ofrecían no debían diferir, siendo que esto podía generar paralelismo.
- Los márgenes de diferencia entre el precio de compra ofrecido por las denunciadas y el precio de importación nacionalizado no eran elevados y podían tener justificación en una política de maximización de beneficios. Por ello, el precio pagado al agricultor nacional debería tender a ser similar o ligeramente inferior al precio pagado internacionalmente por el algodón, definido éste como cualquier otro *commodity* por la interacción entre la oferta y la demanda, incorporando los costos de nacionalización del producto. De igual forma el precio de compra del algodón nacional debería ser superior al precio que obtendrían los productores en un escenario de exportación pues en caso contrario optarían por exportar.
- Los precios ofrecidos por las denunciadas se encuentran determinados por el mercado internacional. Era racional que las denunciadas paguen un precio que era inferior al valor nacionalizado del algodón importado y superior

al precio al que recibirían los agricultores en caso de exportación, tal como sucedió en los hechos.

Como resultado de este análisis INDECOPI concluyó que la evidencia económica y estadística no era concluyente para declarar la existencia de una concertación, dados los contraindicios encontrados<sup>82</sup>.

En segundo lugar, está el caso de la supuesta concertación de precios y cantidades entre las empresas productoras de azúcar. Luego de realizar un detenido análisis de las condiciones del mercado y de las circunstancias que rodearon la producción de azúcar durante el período investigado, se concluyó que la reducción de la oferta podía explicarse por razones distintas a una concertación. Entre las razones que se encontraron están las siguientes:

- La estacionalidad de la producción de azúcar que determina una menor producción en los meses de febrero, marzo y abril.
- La existencia de un factor climático importante (sequía) que podía explicar la disminución de la producción de azúcar durante el período investigado.
- Algunas de las empresas más importantes tuvieron que efectuar paradas técnicas por mantenimiento generando necesariamente una reducción de la producción.
- Lo ocurrido en los hechos en el mercado peruano del azúcar no coincidía con las recomendaciones planteadas en la presentación sobre la reunión regional de países productores de azúcar<sup>83</sup>.

Según se advierte, la explicación detallada y coherente de las condiciones de mercado en general y de las circunstancias ocurridas durante el período investigado en particular, pueden constituirse en sólidas explicaciones alternativas.

### A manera de conclusión

Como se ha explicado, dadas las características inherentes a las concertaciones entre competidores (comportamiento coordinado en el mercado y ausencia de prueba directa), se hace completamente necesario recurrir a indicios y

<sup>82</sup> Resoluciones N° 024-2007-INDECOPI/CLC y N° 0048-2008/TDC-INDECOPI (denuncia presentada por León y León contra Ucisa S.A. y otros).

<sup>83</sup> Resolución N° 029-2009-INDECOPI/CLC (investigación de oficio contra la Asociación Peruana de Productores de Azúcar y diversas empresas productoras de azúcar).

presunciones para demostrar la existencia de la conducta ilícita.

La utilización de indicios y presunciones como prueba de concertaciones se encuentra plenamente admitida por el marco legal peruano como medio para demostrar la responsabilidad de los infractores, sin que ello involucre una vulneración de la presunción de inocencia. Las autoridades administrativas y/o judiciales peruanas utilizan y reconocen el valor probatorio de los indicios y presunciones. El método de evaluación de la prueba de indicios y presunciones en casos de concertaciones debe seguir las siguientes etapas: (i) acreditar que los indicios son hechos ciertos y no controvertidos; (ii) examinar los indicios de manera conjunta; e (iii) inferir las presunciones de concertación posibles para luego confrontarlas a través del análisis contra fáctico.

Desde el inicio de sus labores, INDECOPI ha hecho uso de la prueba de indicios y presunciones para demostrar la existencia de concertaciones, abordando en mayor o menor medida (en decir con mayor o menor profundidad de análisis y, por ende, de sustento), los siguientes aspectos: (i) si las condiciones del mercado facilitan un comportamiento concertado (*plus factors*); (ii) si se verifica un paralelismo en la conducta de los competidores; (iii) si existen indicios concurrentes que demuestren un arreglo entre los competidores; (iv) si estos actuaron cumpliendo el arreglo; y, (v) si los contra indicios y/o explicaciones alternativas debilitan o descartan la hipótesis de concertación.

En la identificación y análisis de los indicios INDECOPI se vale de documentos e información de toda índole, incluyendo correos electrónicos,

anotaciones manuscritas, información remitida con carácter oficial por las empresas investigadas a las autoridades, simples detalles, entre otros. La abundancia de indicios no es necesaria para que INDECOPI emita una resolución condenatoria ya que puede hacerlo aún si carece de indicios documentales que refieran o permitan deducir un acuerdo previo entre las empresas investigadas. En efecto, incluso la identificación de coincidencias notorias y reiteradas en el comportamiento de los competidores, que no parecen tener una explicación razonable, puede constituirse en un indicio relevante y distinto del mero paralelismo de las conductas cuya evaluación conjunta ha permitido encontrar las referidas coincidencias. Evidentemente, en estos casos debe verificarse que tales coincidencias sean completamente manifiestas y disipen toda duda sobre la existencia de la concertación.

Finalmente, la evaluación de los contra indicios o explicaciones alternativas frente a la hipótesis de concertación (análisis contra fáctico) es reconocida como un aspecto de relevancia en la labor probatoria de INDECOPI. No obstante, debería ser un aspecto primordial del examen, para lo cual INDECOPI debería definir criterios rigurosos, predecibles y transparentes. En particular, el análisis contra fáctico debe resultar contundente cuando INDECOPI enfrenta una carencia de indicios documentales que refieran o permitan deducir un acuerdo previo. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la explicación detallada y coherente de las condiciones de mercado en general y de las circunstancias ocurridas durante el período investigado en particular pueden constituir sólidas explicaciones alternativas que determinan la conclusión del procedimiento sin fallo condenatorio.