



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**RIESGOS JURÍDICOS DE LA REGULACIÓN
DEL PARALELISMO CONSCIENTE COMO
PRÁCTICA COLUSORIA EN LA
LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

Autores:

Andrés Coronel Calderón; Francesca Mancino Malo

Director:

Esteban Francisco Coello Muñoz

Cuenca – Ecuador

Año 2022

DEDICATORIA

A mis amados: Pepe, Margarita, José, Nohelia, José Alejandro, Mateo, Octavia, Sofía y;
a mi compañera, Francesca.

A mis padres Elena y Mario; mis abuelos Rafael y María Eugenia, a Claudio y Rafaella
por su apoyo incondicional; y en especial a Andrés, por confiar en mí y ser el
compañero ideal.

AGRADECIMIENTO

Agradezco la culminación de este trabajo a mi compañera Francesca, por su compañía, paciencia e invaluable amistad.

Agradezco a mi amigo incondicional y compañero de tesis Andrés, porque sin sus ideas, su empeño y su dedicación ese trabajo no sería lo mismo.

Además, ambos agradecemos de sobremanera al Dr. Esteban Coello, por compartirnos su vasto conocimiento en cada etapa de nuestra vida universitaria y por animarnos a adentrarnos en el fascinante mundo del Derecho de la Competencia.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto, partiendo de la doctrina jurídica - económica, el sistema jurídico ecuatoriano y el derecho comparado, evaluar los riesgos jurídicos de que la Ley orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado tipifique al paralelismo consciente como una práctica anticompetitiva autónoma, analizando principalmente: 1) las posturas del debate económico respecto a si se debe o no considerar al paralelismo consciente como una práctica restrictiva de la competencia *per sé*; 2) la relación del paralelismo consciente con las demás prácticas colusorias, en especial, su distinción de la *concertación* y; 3) si es o no adecuado que la sanción que la ley atribuye al paralelismo consciente sea equivalente a la de las demás prácticas colusorias y si ésta tiene o no un sustento económico.

En base a las conclusiones de los problemas a evaluarse, este trabajo busca justificar la necesidad de una reforma a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento.

Palabras clave: colusión, concertación, paralelismo consciente, prácticas restrictivas de la competencia, regla por objeto y por efecto.

Atentamente,



Esteban Francisco Coello Muñoz

Director de Tesis

ABSTRACT

By analyzing the legal and economic doctrine, the Ecuadorian law system and comparative law, this investigation seeks to value the legal risks given the prohibition of conscious parallelism as an autonomous anticompetitive practice in Organic Law for the Regulation and Control of Market Power– Ecuadorian antitrust law. These three following issues were approached: 1) the sides on the economic debate about conscious parallelism and if it should or should not be prohibited by antitrust laws; 2) the relationship between conscious parallelism and other kinds of collusive anticompetitive practices, especially, *concertation* and; 3) if the sanction given by the law to those who commit conscious parallelism should or should not be equal to the sanction enforced when other collusive practices are committed, and if this sanction should or should not exist given its economic consequences. Based on the conclusions of the problems to be evaluated, this work aimed at justifying the need for a reform to the Organic Law of Regulation and Control of Market Power and its Regulations.

Keywords: ⑦ collusion, concertation, conscious parallelism, anti-competitive practices, rule by object and rule by effect.

Translated by.-



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Francesca Beatrice Mancino Malo'.

Francesca Beatrice Mancino Malo

ÍNDICE

<i>CAPÍTULO 1: DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS.</i>	<u>1</u>
1. ¿QUÉ SON LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS?	<u>2</u>
2. ÁMBITOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ÉNFASIS EN LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS.	<u>3</u>
2.1. Control de Concentraciones: Breve Referencia	<u>5</u>
2.2. Control de Conductas: Abuso de Posición de Dominio y Prácticas Colusorias	<u>7</u>
2.2.1. Abuso de posición de dominio: Breve Referencia.	<u>7</u>
2.2.1.1. De los elementos del abuso de la posición dominante:	<u>8</u>
2.2.1.1.1. De la posición de dominio:	<u>8</u>
2.2.1.1.2. Del Abuso de la Posición de Dominio:	<u>10</u>
2.2.2. Prácticas Colusorias: Concepto, Regulación en el Ecuador y Especies.	<u>12</u>
2.2.2.1. ¿Qué son las prácticas colusorias?	<u>12</u>
2.2.2.2. Tipos de Prácticas Colusorias:	<u>12</u>
2.2.2.2.1. <i>Prácticas Colusorias Verticales y Horizontales:</i>	<u>13</u>
2.2.2.2.2. <i>Medios de Restricción de la Competencia:</i>	<u>15</u>
2.2.2.2.2.1 Acuerdos	<u>15</u>
2.2.2.2.2.2 Prácticas Concertadas: Breve Referencia	<u>16</u>
2.2.2.2.2.3. Decisiones	<u>16</u>
2.2.2.2.2.4. Recomendaciones	<u>16</u>
3. PRÁCTICAS CONCERTADAS	<u>18</u>
3.1. La Prueba de las Prácticas Concertadas.	<u>20</u>
3.1.1. Regla per sé vs. Prácticas restrictivas por su Objeto.	<u>20</u>
3.1.2. Regla de la razón o Prácticas restrictivas por su efecto.	<u>22</u>
3.2. Prueba de las Prácticas Concertadas en el Ecuador.	<u>23</u>
3.3. ¿Cómo podemos demostrar la existencia de la práctica concertada?	<u>25</u>
3.3.1. Los Plus Factors	<u>26</u>
3.3.1.1 Alto Grado de Concentración	<u>26</u>
3.3.1.2. Contacto de los competidores	<u>27</u>
3.3.1.3. Barreras de Entrada	<u>28</u>
3.3.2. Paralelismo de conductas entre los agentes económicos	<u>28</u>
4. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS EN EL ECUADOR	<u>29</u>
<i>CAPÍTULO 2: DE LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS Y SU REGULACIÓN</i>	<u>32</u>
1. ¿QUÉ SON LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS?	<u>32</u>
2. NATURALEZA DE LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS: ¿SON UNA DERIVACIÓN NATURAL DE LA COMPETENCIA OLIGOPÓLICA O UN INEVITABLE RESULTADO COLUSORIO?	<u>38</u>
2.1. Mercados de Competencia Perfecta y Mercados de Competencia Imperfecta:	<u>39</u>

2.1.1.	De los Oligopolios:	42
2.1.1.1.	Del Concepto de Oligopolio:	42
2.1.1.2.	De las teorías económicas respecto al comportamiento de los competidores en un oligopolio: evolución histórica y características.	43
2.1.1.2.1.	Teorías Seminales:	44
2.1.1.2.2.	El Modelo de Sweezy:	46
2.1.1.2.3.	Modelos de Coordinación Espontánea y Forzada:	47
2.1.1.2.4.	George Stigler: Modelo y Crítica a Chamberlain/Fellner.	48
2.1.1.2.5.	La Teoría de Juegos:	49
2.1.1.2.6.	La Ausencia de una "Teoría del Todo".	52
2.2.	Entonces: ¿Es el paralelismo consciente un fenómeno natural de los mercados oligopólicos o inevitablemente colusorio?	53
3.	REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS EN EL DERECHO COMPARADO:	54
3.1.	Estados Unidos	55
3.1.1	Brooke Group Ltd. v. Brown Williamson Tobacco Corp	55
3.1.2	Text Messaging Antitrust Litigation .	60
3.2.	Unión Europea.	63
3.2.1.	Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA y otros vs. Comisión (1975)	63
3.2.2.	Wood Pulp o Caso Pulpa de Madera (Ahlstrom ante Others v. Commission)	65
3.3.	Colombia	70
3.3.1	Primer período (1999-2004)	72
3.3.2	Segundo período (2005-2016)	73
4.1.1.	Tercer período (2017-actualidad)	75
3.4.	Perú	76
3.4.1	Caso Harina de Trigo (1996)	76
3.5	Argentina	79
3.6	Brasil	81
3.7	Chile	83
<i>Capítulo 3: Prácticas Conscientemente Paralelas en el Ecuador: Problemas Económicos y Jurídicos que derivan de su Regulación</i>		85
1. REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS EN EL ECUADOR: ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO DE LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS EN LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER MERCADO Y SU REGLAMENTO.		85
2.1.	Problemas económicos que derivan de que el sistema jurídico ecuatoriano considere al paralelismo consciente como una práctica restrictiva de la competencia sancionable bajo la regla por objeto, y de los mecanismos de sanción previstos para mitigarla.	91
2.1.1.	No existe una teoría del oligopolio absoluta que explique que en la totalidad de los casos el paralelismo consciente es una manifestación de colusión.	91
2.1.2.	El paralelismo consciente surge naturalmente o está precedido por una práctica colusoria, más no es restrictivo de la competencia per sé:	94
2.1.3.	Los mecanismos de sanción al cometimiento de una práctica conscientemente paralela no son eficaces para reducir sus efectos ni para desincentivar su cometimiento.	101
2.2.	Problemas Jurídicos en la regulación del Paralelismo Consciente:	104
2.2.1.	Tratamiento de las prácticas concertadas y conscientemente paralelas como mutuamente excluyentes:	105

2.2.1.1 Problema probatorio del tratamiento de las prácticas concertadas y conscientemente paralelas como mutuamente excluyentes:	105
2.2.1.2 Problema sancionatorio del tratamiento de las prácticas concertadas y conscientemente paralelas como mutuamente excluyentes	106
2.2.2. Problemas Jurídicos en el Tratamiento de las prácticas concertadas y las prácticas conscientemente paralelas como sinónimos:	109
CONCLUSIONES:	112
REFERENCIAS:	115

Índice de Figuras

Figura 1. Espectro de Mercados de Competencia Perfecta - Imperfecta, por el lado de los oferentes. 42

TABLA DE ABREVIATURAS

Concepto	Referencia
Resolución N°1104-96-INDECOPI/TRI, en la Investigación de oficio contra el Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y 18 empresas productoras de harina de trigo	Caso Harina de Trigo
Resolución N°276-97-TDC-INDECOPI, Investigación de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura (APA) y 21 empresas productoras de pollo, reproductoras e incubadoras	Caso Avicultores
Resolución 048-2008/TDC-INDECOPI del 16 de enero de 2008	Caso Federico León contra UCISA S.A. y otros
Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual	INDECOPI
Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	LORCPM
Superintendencia de Control y Poder de Mercado	SCPM
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	TJCE
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	TJUE
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	TFUE

Tribunal de Defensa de la Competencia del Perú	TDC
Superintendencia de Industria y Comercio	SIC
Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)	Brooke Group Ltd. v. Brown Williamson Tobacco Corp
Text Messaging Antitrust Litigation, 630 F.3d 622, 627 (7th Cir. 2010)	Text Messaging Antitrust Litigation
Unión Europea	UE
Comunidad Económica Europea	CEE
Coöperatieve vereniging “Suiker Unie” UA y otros vs. Comisión (1975). CONCLUSIONES DEL SR. MAYRAS — ASUNTOS ACUMULADOS 40/73 A 48/73, 50/73, 54/73 A 56/73, III/73, II3/73 Y 114/73.	Coöperatieve vereniging “Suiker Unie” UA y otros vs. Comisión
Ahlstrom and Others v. Commission. Sentencia Del Tribunal De Justicia (Sala Quinta) De 31 De Marzo De 1993.	Wood Pulp o Caso Pulpa de Madera
Superintendencia de Industria y Comercio . (02 de febrero de 2009). Resolución: 04946	SIC v. Compañía Nacional de Chocolates y otras (2009)

Superintendencia de Industria y Comercio . (10 de mayo de 2016). Resolución: 26726	SIC v. Estaciones de Servicio de Popayán (2016)
Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 127 S.Ct. 1955, 167 L.Ed.2d 929 (2007)	Twombly
Superintendencia de Industria y Comercio: Resolución 51694 de 2008	SIC v. Cementeras o Cementeras
Superintendencia de Industria y Comercio: Resolución 27762 de 20 de diciembre de 1999	<i>SIC v. Cooperativa lechera Colanta LTDA y otras (1999)</i>
Comisión Nacional para la Defensa de la Competencia (Argentina)	<i>CNDC</i>
Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Brasil)	<i>CADE</i>
Secretaría de Derecho Económico del Ministerio de Justicia (Brasil)	<i>SDE</i>
Secretaría de Seguimiento Económico (Brasil)	<i>SEAE</i>
Fiscalía Nacional Económica (Chile)	<i>FNE</i>

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Chile)	<i>TDLC</i>
---	--------------------

CAPÍTULO 1: DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS.

En este primer capítulo introductorio, nos limitaremos a conceptualizar las instituciones del derecho de la competencia que resultan más relevantes para entender el problema central del presente trabajo de titulación, tal es, si deberían o no tipificar y sancionar a las prácticas conscientemente paralelas en nuestro país. Haremos un recorrido general, desde el concepto de las prácticas anticompetitivas, hasta su regulación en nuestra legislación, pasando brevemente por figuras como el control de concentración, el abuso de la posición de dominio, para luego centrarnos específicamente en las prácticas colusorias, en sus tipos y los estándares probatorios de las prácticas concertadas en concreto, lo que nos dará una visión más clara y bases firmes para poder abordar nuestro segundo capítulo.

Como se mencionó, este es un capítulo introductorio y referencial, para lo cual nos apoyaremos mucho en la doctrina y en la jurisprudencia comparada para poder entender no sólo el paradigma ecuatoriano en cuanto a regulación de la competencia, sino también cómo éste se asemeja o se diferencia de los sistemas europeos, anglosajones y, para mantenernos dentro de la región, también al sistema peruano. La obtención de una visión más global del Derecho de la Competencia, nos servirá para comprender mejor y esclarecer el problema central de nuestra tesis.

1. ¿QUÉ SON LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS?

Para entender mejor qué son las prácticas anticompetitivas, debemos saber primero a qué nos referimos cuando hablamos de un mercado competitivo y del derecho de competencia como tal.

Las definiciones de mercado son variadas, algunas más complicadas que otras, con la que más coincidimos es con la que define a un mercado como el espacio en donde un conjunto de compradores (demandantes) y vendedores (oferentes) de un determinado bien o servicio interactúan para intercambiar dichos bienes o servicios a cambio de un precio. Un determinado mercado, puede ser considerado competitivo cuando en él confluyen un gran número de oferentes y demandantes, y en el que ninguno de ellos tiene una influencia relevante en el mercado. Para Espinoza (2014) la competencia es un proceso natural que se puede definir como la rivalidad de empresas por obtener las preferencias de los consumidores e incrementar su participación en el mercado. En este sentido, el número de participantes no es una cuestión de cantidad sino de comportamiento; decimos que hay pocos compradores o vendedores si las acciones de uno o un grupo reducido de agentes generan repercusiones en el comportamiento de otros agentes; y hay muchos cuando ninguno de ellos es tan importante como para que los demás se vean afectados por sus acciones.

La estructura que tenga determinado mercado es esencial para determinar, entre otros aspectos, el número de competidores en una industria, el poder de mercado de los participantes, y la facilidad o dificultad de entrada de nuevos competidores a la industria (Cuellar-Río, 2007). Las estructuras de mercado que resultan relevantes para esta investigación son: mercados perfectos, monopolios y oligopolios; mismos que serán estudiados a profundidad en el siguiente capítulo de esta tesis. Sin embargo, es importante conocer este hecho, puesto que el Derecho de la Competencia es, justamente, aquella rama del Derecho Económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés

público (Witker, 2000).

Generalmente, la finalidad de las regulaciones en materia de competencia va dirigida a fomentar la participación de los agentes económicos, evitar privilegios y ventajas exclusivas que distorsionen el mercado, proteger el proceso de competencia, la libre concurrencia y elevar la eficiencia económica combatiendo prácticas anticompetitivas.

Lo que nos lleva finalmente a la definición de prácticas anticompetitivas, que son: “aquellas que afectan o dañan la eficiencia de los mercados y su nivel de competencia, buscando generar ventajas o mayor poder de mercado para ciertos agentes económicos en perjuicio de otros”. Son aquellas prácticas comerciales cuya finalidad directa es restringir o eliminar la competencia, manipulando el mercado de un producto o servicio, línea de productos o servicios, o bien, una cadena productiva o incluso una rama industrial (Witker, 1995).

Las prácticas anticompetitivas son, entonces, todas aquellas conductas en que incurran ciertos operadores económicos, que tengan por objeto impedir, restringir, distorsionar, o falsear la libre competencia en un mercado determinado; podríamos clasificar a las mismas en dos clases: el abuso del poder de mercado y las prácticas colusorias. A continuación, haremos una breve referencia a cada uno de ellos, pero haciendo especial énfasis, dentro de las prácticas colusorias a las prácticas concertadas y al concepto de prácticas conscientemente paralelas, que son la materia de análisis central de nuestra investigación.

2. ÁMBITOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ÉNFASIS EN LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS.

Es imperativo comenzar este apartado mencionando que la defensa de la libre competencia por parte del Estado se instrumenta, generalmente, a través de dos ejes: por un lado, el control de conductas y, por otro, el control de concentraciones

(INDECOPI, 2013, p. 37 - 47). En el primer caso, se pretende sancionar ex post, el abuso de la posición dominante o las colusiones anticompetitivas; mientras que, en el segundo caso, se ejerce un control ex ante, condicionando o, de lleno, prohibiendo determinadas concentraciones empresariales que pudieran afectar a la competencia. (Stucchi, s.f., p. 312). A los dos ejes mencionados, se los denomina también “política de comportamiento” y “política estructural”, respectivamente (Coloma, 2003, en Stucchi, s.f., p. 312).

Además de estos dos ejes principales, tanto en el ámbito interno¹ como internacional² se reconoce a las prácticas desleales que falseen el régimen de la competencia como otro ámbito en el que han de actuar las autoridades de control en la materia, en virtud del cual, se ha de perseguir y sancionar variopintas conductas como los actos de engaño, imitación, denigración, violación de secretos empresariales, entre otras. Este régimen del derecho de la competencia ha de ser materia de ulteriores trabajos, al no aportar su estudio al objeto de esta investigación.

Entendido así el ámbito en el que un Estado puede actuar en defensa del mercado y la libre competencia, procederemos a hacer en este acápite una breve referencia a las especies de comportamientos que recaen dentro del ámbito del control de concentraciones y el control de conductas - donde nos detendremos en lo referente a las prácticas colusorias -. Al efecto, aludimos a la doctrina, al derecho comparado - remitiéndonos, en lo medular, a la legislación Europea y Estadounidense - y, como no, a la legislación ecuatoriana, con pequeñas referencias también a la jurisprudencia peruana como referente de nuestra región en la materia.

¹ En el caso ecuatoriano, estas prácticas se definen, prohíben, tipifican y sancionan las prácticas desleales en los artículos 25, 26, 27 y 78 de la LORCPM (Asamblea Nacional, 2020, p. 13 - 19).

² Véase, por ejemplo, el Convenio de París de 1883, a través del cual los Estados contratantes se comprometieron a la protección eficaz de la competencia leal (Guillem, s.f., p. 170)

2.1. Control de Concentraciones: Breve Referencia

No siendo el objeto directo de este trabajo la exposición o discusión sobre los términos en los que la autoridad competente en materia de la competencia - nacional o internacional - ejerce sus facultades de control sobre las concentraciones de operadores económicos, nos limitaremos en este breve apartado a definir la concentración, los casos en los que un Estado interviene en ellas y el procedimiento estándar seguido para su control.

En primer lugar, hemos de mencionar que la fusión, adquisición, compra de acciones, formaciones de joint ventures o, en general, los actos que transfieran el control de los activos o el poder de un agente económico son mecanismos legítimos que las empresas pueden usar para aunar esfuerzos y lograr beneficios que, en consideración a sus posibilidades individuales, serían incapaces de obtener. Piénsese, por ejemplo, en una compañía cuyos márgenes de ganancia pudieran verse sustancialmente aumentados si logran eliminar a sus intermediarios: ¿No sería idóneo para ellos buscar adquirir o fusionarse con una empresa propietaria de redes de distribución?

El rol del Estado en defensa de la competencia, en este sentido, no es limitar las eficiencias económicas que dos empresas pudieran lograr juntándose, sino prevenir que, como consecuencia de dicha unión, el mercado se concentre³ a un punto donde el poder de mercado pueda alterar el proceso competitivo (Ezrachi, 2021, p. 122). En el caso ecuatoriano, específicamente, el artículo 15 de la LORCPM, ordena que el Estado, a través de la SCPM intervenga - ya sea impidiendo o condicionando la concentración - en todos aquellos casos en los que, producto de la concentración se cree, modifique o refuerce el poder de mercado (Asamblea Nacional, 2022, p. 10).

³ Por concentración, ha de entender el lector la medida que toma en cuenta el número de participantes y la posición de ellos en el mercado (Pontificia Universidad Católica de Chile, 2009). La concentración de un mercado se calcula siguiendo el índice de Herfindahl-Hirschman. También puede entenderse por concentración al acto que produce el cambio o toma de control de una o varias empresa u operadores económicos, en el sentido que la define el artículo 14 de la LORCPM (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022, p. 10)

Para la consecución de dichos fines, u objetos relacionados, múltiples legislaciones en materia de la competencia exigen que cualquier tipo de concentración le sea notificada a la autoridad de control competente, quien, entonces, podrá llevar a cabo un control *ex ante* de la operación⁴ (Ezrachi, 2021, p. 123). Claramente, sería inoficioso que todas las especies de concentración deban serle notificadas a la autoridad de control y, es por ello, que las leyes de competencia suelen definir umbrales que, de superarse, obligan a dicha notificación. Por ello, como menciona Ezrachi (2021, p. 123 - 124) en el caso europeo, dicho umbral se halla en la regulación 139/2004; en el caso estadounidense, en la Ley de Mejoría Antimonopolista Hart-Scott-Rodino y; en el caso ecuatoriano, en el artículo 16 de la LORCPM que establece dos circunstancias en las que es obligatorio notificar a la SCPM y solicitar su autorización para la operación de concentración, además de la posibilidad prevista en el segundo inciso del artículo referido, en el que, no siendo menester notificar a la SCPM, ésta puede solicitarlo a las partes de la concentración.

Notificada la autoridad de control, tanto en el caso europeo, como lo menciona Ezrachi (2021, p. 128) como en el ecuatoriano - artículo 21 de la LORCPM (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022, p. 21) - el propio órgano estatal ha de decidir en un término perentorio si autoriza la operación, la deniega o la somete a determinadas condiciones denominadas por la doctrina como “remedios” o “compromisos” (Ezrachi, 2021, p. 128). El descrito procedimiento, que es de carácter exclusivamente administrativo⁵, difiere de la regulación de USA, donde, ya sea la Federal Trade Commission o el Department of Justice el que se oponga a la operación de concentración, se debe llevar el caso a conocimiento de una corte, que decidirá, en última instancia, el destino de la operación.

Por último, hemos de referirnos a los criterios que la autoridad de control ha de

⁴ Ciertamente es, que en algunos casos, la arista de la defensa de la competencia conocida como “política estructural” también supone la actuación *ex post* de la autoridad de control, como en el caso de que la operación de concentración se ejecute sin notificación o previa autorización a la autoridad de control. Mírese, por ejemplo, lo dispuesto por el artículo 18 de la LORCPM (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022, p. 11).

⁵ Sin perjuicio de las posibilidades de impugnación ante el órgano jurisdiccional que quedan habilitadas.

emplear con el objeto de determinar si procede o no, o si lo hace condicionalmente, una concentración.

Al efecto, como menciona Ezrachi (2021, p. 124) se ha de decir que tanto el test SIEC⁶ regulado por el artículo 2, numeral 2, de la regulación 139/2004 de la Comunidad Europea, el test SLC⁷ contenido en la sección séptima de la Clayton Act de USA, y los criterios contenidos en el artículo 22 de la LORCPM (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022, p. 12) concurren en que la evaluación que ha de hacer la autoridad de defensa de la competencia pasan por analizar los efectos que en pro y en contra de la competencia puede generar la concentración, lo cual incluye evaluar: (i) la variación en las cuotas de mercado de los competidores, (ii) posibles barreras de entrada que se puedan generar, (iii) el efecto en los consumidores, proveedores, en la innovación, etc (Ezrachi, 2021, p. 125). No está demás decir, que esta labor de la autoridad de control se basa en un análisis predictivo, lo cual deja en evidencia la complejidad de su tarea.

2.2. Control de Conductas: Abuso de Posición de Dominio y Prácticas Colusorias

2.2.1. Abuso de posición de dominio: Breve Referencia.

En términos muy generales, hemos de entender al abuso de la posición de dominio como el aprovechamiento indebido que un competidor dominante en el mercado lleva a cabo, con la finalidad de obtener una ventaja indebida en él. (INDECOPI, 2013, p. 18).

En el régimen jurídico ecuatoriano, el abuso de poder de mercado se halla regulado en el artículo noveno de la LORCPM, que define a esta conducta como: “la situación en la que uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder

⁶ *SIEC* son las siglas del test, que significan: “significativamente se impida la competencia efectiva”(Ezrachi, 2021, p. 124)

⁷ *SLC* son las siglas del test, que significan: “sustancialmente disminuyan la competencia o tiendan a crear un monopolio” (Ezrachi, 2021, p. 124)

de mercado, por cualquier medio, “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente la eficiencia económica o al bienestar general” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022). El mismo artículo, a manera ejemplificativa, tipifica veinte y tres conductas que pudieran entenderse como abusivas de la posición de dominio (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022).

Nos resulta menester destacar que la definición recogida en la LORCPM pareciera, incluso, trascender del ámbito de la defensa de la libre competencia, al referirse al abuso de la posición de poder de mercado como potencialmente transgresora de la eficiencia económica y el bienestar general, conceptos relativamente vagos que son exclusivos de nuestra legislación y que la hacen diferir, por ejemplo, del artículo 102 del TFUE, que prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio en la medida de que pueda afectar al comercio - y nada más que el comercio - entre los Estados miembros de la Comunidad (Comunidad Europea, 2002, p. 33).

En los Estados Unidos de América, por su parte, cuya legislación en materia de competencia es la de mayor longevidad en el mundo, se sanciona como conducta restrictiva de la competencia a la práctica de “monopolización, el intento de monopolización o la conspiración para monopolizar” - y no al abuso de posición de dominio per sé -, que, como se recoge en el caso USA vs. Grinnell Corporation de 1966, se constituye por dos elementos, : 1) posesión de poder monopolizador - similar, si se quiere, a la posición de dominio - y; 2) a la adquisición o mantenimiento voluntario del poder monopolizador, distinto del crecimiento o desarrollo como una consecuencia de un producto superior, perspicacia de negocio o accidente histórico - similar al “abuso” -. (Vickers, 2005, p. 4).

2.2.1.1. *De los elementos del abuso de la posición dominante:*

2.2.1.1.1. De la posición de dominio:

De las definiciones aportadas en el acápite que antecede, se desprende, claramente,

que para poder hablar del “abuso de poder de mercado” - Ecuador -, “abuso de posición de dominio” - Comunidad Europea - “monopolización” - USA - o, como en otras legislaciones, de la “posición de negociación superior”, es menester, en primer lugar, verificar cuándo el competidor se halla ocupando dicha posición o poder en el mercado (Rodríguez, 2007, p. 3).

Al efecto, sin dejar de reconocer las diferencias normativas que el empleo de cada terminología implica en las leyes de diferentes Estados, como bien menciona Ezrachi (2021, p. 108) existen ciertos atributos comunes a la mayoría de legislaciones que nos permiten establecer la existencia de la posición de dominio, a saber:

Se ha de partir de la consideración de que la posición de dominio se ejerce en el contexto de un mercado relevante, por lo que la medición del “dominio” de la empresa se ha de mirar en consideración al mercado en el que se ha determinado que dicho agente económico participa.

Definido el mercado, se ha de mirar ya, efectivamente, por el factor de “poder” que el agente económico ejerce en él, considerándose circunstancias como la cuota de participación de la empresa en el mercado, la presencia o no de barreras de entrada, entre otras características propias del mercado como niveles de dinamismo, innovación, redes de distribución existentes, regulación aplicable a la actividad económica, entre otras.

Estos factores, se recogen en la LORCPM, en su artículo séptimo, que define al poder de mercado como la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado, siendo capaces de actuar de modo independiente, prescindiendo de los competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros agentes del mercado (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022, p. 6).

En el régimen europeo, la posición de dominancia no ha sido definida por la ley,

mas si por la jurisprudencia del TJCE que ha sostenido, respecto de ella, en los casos *United Brands y Hoffman - Laroche*, que es: “una posición de fortaleza económica ostentada por una empresa, que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, al tener el poder de comportarse de manera independiente a sus competidores y, en última instancia, de sus clientes” (Rodríguez, 2007, p. 3). Este concepto, coincide, en lo medular, con el dado por el legislador ecuatoriano, ubicando ambos como elemento central de la posición de dominancia a la facultad de actuar de forma independiente al comportamiento de los demás agentes del mercado.

En la misma línea, se entiende al “poder monopolizador” o “poder de mercado”⁸ en los Estados Unidos, entendiendo por éste la posición en la que una empresa o un grupo de ellas no está lo suficientemente condicionada por sus competidores, pudiendo alzar sus precios o prevenir su caída, maximizando su rentabilidad (Krattenmaker, Lande & Salop, s.f.). Nótese que, nuevamente, la facultad de actuar con “independencia” es el factor trascendental en la determinación del poder de mercado.

2.2.1.1.2. Del Abuso de la Posición de Dominio:

Expuestas, de manera generalísima, las circunstancias en las cuáles se puede considerar que un competidor tiene una porción de dominio en un mercado relevante, se hace menester entender en qué casos se abusa de dicha posición y, por ende, se afecta la libre competencia.

Hemos de partir de la necesaria aclaración de que la mera ocupación de una posición de poder en el mercado no implica conducta ilegal alguna, sino en el momento en que se abuse de dicha posición. En el Ecuador, esta circunstancia es aclarada expresamente por el inciso segundo del artículo séptimo de la LORCPM, que regula

⁸ Ambos términos son usados como sinónimos en varios fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Véase, por ejemplo, el caso *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.* (Krattenmaker, et al., s.f.)

que la obtención o reforzamiento del poder de mercado no atenta contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general sino en cuanto dicha obtención o reforzamiento impida, restrinja o falsee a dichas categorías o a los derechos de los consumidores (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022, p. 6).

Aclarada la circunstancia consignada en el párrafo que antecede, cabe mencionar que el Ecuador coincide con la regulación de la Comunidad Europea - e incluso, con leyes de Estados más remotos como China - en el sentido de que, definido el abuso de la posición de dominio, se recoge en la norma una serie de conductas - no taxativas - que ejemplifican las circunstancias en las que un competidor está haciendo un uso ilegal de su posición de dominio. El referido listado, puede ser hallado en el artículo noveno de la LORCPM - en el caso de Ecuador - que tipifica 23 conductas que “en particular” constituyen abuso de poder mercado mientras que, en el caso Europeo, hay cuatro conductas ejemplificativas de abuso de poder de mercado en el artículo 82 - hoy, artículo 102 - del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - en adelante, TFUE - (Rodríguez, 2007, p. 6).

Tanto en el caso ecuatoriano como el europeo se reconocen, por un lado, a los abusos de poder de mercado excluyentes⁹ y, por otro a los abusos de explotación¹⁰, siendo el scope de la prohibición del abuso de poder de mercado sumamente amplio. En contraste, en el caso de USA, la prohibición de “monopolización, intento de monopolización o conspiración para monopolizar” se reduce a determinadas prácticas de exclusión de la competencia - y aun así, con exigencia de mayores requisitos que con las leyes contrastadas¹¹ - no considerándose abuso de poder de

⁹ Por abuso excluyente, se ha de entender aquél que tiene por objeto eliminar o debilitar a otros competidores, siendo delgada la línea que diferencia a este tipo de abuso de la competencia legítima (Rodríguez, 2007, p. 7)

¹⁰ Tipo de abuso de posición de dominio caracterizado por la explotación que se produce al consumidor, al ubicar los precios en un umbral supra competitivo (Rodríguez, 2007, p. 7)

¹¹ Nótese, por ejemplo, que en el caso *Tetra Pak*, el TJCE estableció la regla de que no se requiere demostrar la posibilidad de que el competidor pueda recuperar las pérdidas que le implica el haber establecido precios predatorios - para demostrar, justamente, esta forma de abuso -; en contraste, en el caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Group*, la Suprema Corte de USA estableció que no se puede determinar la existencia de precios predatorios salvo que se demuestre: 1) que los precios están por debajo de una medida apropiada de sus costos y; 2) que el empresario que ha establecido el precio predatorio puede recuperar sus pérdidas cargando precios monopólicos una vez desplace a su competencia (Ezrachi, 2021, p. 112 - 113).

mercado a las prácticas de explotación, tales como el cobro de altos precios por parte de empresas dominantes, que más bien, se considera uno de los objetos legítimos por los cuales una empresa compite, hecho que, en última instancia, no hace sino motivar a nuevos competidores a ofrecer una solución a los consumidores explotados, corrigiéndose el mercado, por sí mismo, a la postre (Ezrachi, 2021, p. 114).

2.2.2. Prácticas Colusorias: Concepto, Regulación en el Ecuador y Especies.

2.2.2.1. ¿Qué son las prácticas colusorias?

Desde una perspectiva teórica y general, podemos definir a las prácticas colusorias como aquellas que se producen cuando dos o más agentes económicos, ya sean competidores o que actúen en distintas etapas del proceso productivo, se ponen de acuerdo, expresa o tácitamente, para desplegar una conducta que tenga como objeto o efecto distorsionar el mercado, restringiendo, impidiendo o falseando la libre competencia. Es decir, se trata conductas que involucran un comportamiento conjunto, “coludido”, –como si fueran una sola– que restringe la competencia con el fin de obtener como resultado un beneficio económico, no explicable por la naturaleza del mercado. Cabe destacar que, a diferencia de lo que ocurre con la conducta del abuso de la posición de dominio, la demostración de una práctica colusoria requiere: (i) de dos o más agentes económicos; y (ii) de que estos agentes económicos sean independientes (INDECOPI, 2013, p. 33).

2.2.2.2. Tipos de Prácticas Colusorias:

En términos generales, podemos afirmar que existen dos criterios de clasificación de las prácticas colusorias: por un lado, tenemos un criterio que mira a la etapa de la cadena de comercialización en la que los agentes económicos coludidos participan, para distinguir entre prácticas colusorias (i) verticales y (ii) horizontales; por otro lado, tenemos un criterio que categoriza a las prácticas colusorias en: (i) acuerdos, (ii) concertaciones, (iii) decisiones o (iv) recomendaciones, en dependencia del medio a través del cual se haya establecido el pacto colusorio.

A continuación, este trabajo explora cada una de las especies que se derivan de los dos criterios de clasificación que han sido expuestos.

2.2.2.2.1. *Prácticas Colusorias Verticales y Horizontales:*

En dependencia de si nos hallamos ante una colusión cometida por dos agentes económicos que se hallan en un mismo nivel de la cadena de producción - siendo competidores, directamente - o entre agentes económicos en distintos niveles de dicha cadena, podemos hablar de prácticas colusorias horizontales o verticales, respectivamente (INDECOPI, 2013, p. 33 - 46).

En el primer caso, estamos ante la situación en la que al menos uno de dos o más agentes económicos restringe su libertad empresarial, asumiendo un compromiso para con otro agente (INDECOPI, 2013, p. 41). Sin perjuicio de las múltiples modalidades que las diversas legislaciones pueden tipificar como prácticas restrictivas verticales¹² en términos genéricos, como menciona el INDECOPI (2013, p. 42 - 46) se reconocen tres tipos de conductas que pueden atentar contra la competencia, a saber:

- **Restricciones de marca única**, que implican que un agente se compromete a comercializar exclusivamente, los productos de un solo fabricante, afectando a la competencia en tanto: (i) otros fabricantes no pueden acceder a su punto de venta y; (ii) los consumidores del punto de venta solo pueden adquirir los productos de un fabricante.
- **Restricciones de distribución limitada** que, de manera inversa a la situación descrita en la viñeta anterior, se refiere a aquellos casos en los que el fabricante distribuye sus productos a través de un solo comercializador. Dicha práctica, afecta a la libre competencia en tanto: (i) otros comercializadores no pueden distribuir los bienes del fabricante y; (ii) se

¹² Véase, por ejemplo, las diversas modalidades de prácticas restrictivas - que sin distinción entre si pueden ser competidas horizontal o verticalmente - contiene el artículo 11 de la LORCPM (Asamblea Nacional del Ecuador, 2021, p. 8 - 9).

reduce la competencia entre comercializadores.

- **Restricción por fijación de precios de reventa**, situación que se da cuando el fabricante exige al comercializador que distribuya sus productos a un precio fijo, a un precio mínimo o a un precio máximo de reventa. En tal sentido, se elimina la competencia de precios entre comercializadores.

Al no encontrarse dentro de los objetivos perseguidos con la presente investigación, no nos adentraremos en los criterios que las autoridades de control utilizan para evaluar la forma en que los acuerdos verticales restringen o no la competencia. No obstante, en términos generales, hemos de señalar que la afectación potencial de los acuerdos intramarca será mayor cuando la competencia intermarca sea débil o inexistente - no se diga, cuando, además, un competidor goce de poder de dominio -; por lógica, en el mismo sentido, si la competencia intermarca es fuerte, la potencia de afectación de un acuerdo intramarca disminuye (INDECOPI, 2013, p. 44).

Concluido el análisis referente a las prácticas restrictivas de carácter vertical, hemos de proceder con nuestra exposición respecto a las prácticas horizontales. Al efecto, hemos de recalcar que éstas tienen lugar cuando la colusión es fruto de una concurrencia de voluntades entre agentes económicos del mismo nivel de manufactura, distribución o venta, es decir, entre empresas competidoras entre sí (Ezrachi, 2021, p. 141).

Por supuesto, no todo acuerdo entre competidores es ilegítimo¹³, teniendo éstos relevancia para las normas de competencia cuando la concurrencia de voluntades de los competidores implique que éstos le hagan un fraude al mercado, dejando de actuar como agentes económicos independientes, eliminando el riesgo de la competencia entre sí para obtener beneficios inválidos bajo la lógica del mercado. En efecto, el riesgo más grave que implican las colusiones horizontales es que se replican condiciones similares a los de un monopolio tanto en términos de la

¹³ En el caso USA vs. United States Gypsum Co, la corte Suprema estadounidense estableció que el intercambio de información de precios u otra información entre competidores no era per sé violatorio de la Sherman Act, en tanto, incluso, en algunos casos, dichos intercambios podrían tener efectos pro competitivos (Ezrachi, 2021, p. 142).

rentabilidad que obtiene el cartel, como en el perjuicio de los consumidores (INDECOPI, 2013, p. 34).

Como corolario de las definiciones expuestas respecto a las restricciones verticales y horizontales, hemos de mencionar que son estas últimas aquellas que mayor preocupación y, en consecuencia, mayor control y sanción conlleva en las legislaciones de defensa de la competencia alrededor del mundo. Lo dicho, se debe a que, en muchos casos, los acuerdos verticales tienen como resultado beneficios para los consumidores¹⁴, en tanto los efectos de las restricciones horizontales resultan en afectaciones más perjudiciales para el mercado (Ezrachi, 2021, p. 142). Lo dicho, se refleja en la legislación ecuatoriana, que sanciona como graves a las restricciones verticales y como muy graves a las restricciones horizontales en el artículo 78 de la LORCPM (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022, p. 32 - 33).

2.2.2.2.2. *Medios de Restricción de la Competencia:*

Habiendo definido a las colusiones horizontales y verticales cabe, en este apartado, indicar al lector cuáles son los medios a través de los cuales los agentes económicos se pueden valer para incurrir en dichas conductas. En términos generales, hemos de distinguir cuatro tipos de prácticas colusorias: (i) los acuerdos, (ii) las prácticas concertadas, (iii) las decisiones y (iv) las recomendaciones. Será objeto de este apartado hacer una breve referencia a cada una de ellas.

2.2.2.2.2.1 Acuerdos

En primer lugar, por acuerdo, hemos de entender a todo concierto de voluntades a través del cual los agentes económicos se comprometen a actuar de manera común, con el fin de restringir la competencia. A efectos de que pueda intervenir la autoridad de control, no tiene importancia que el acuerdo haya sido escrito u oral, vinculante jurídicamente o no, pudiendo ser restrictivo de la competencia, incluso,

¹⁴ Piénsese, por ejemplo, en el caso en que un fabricante impone al distribuidor un precio máximo de reventa de producto, porque es su interés que el *retail* no obtenga una rentabilidad excesiva de cada venta, de manera que más consumidores puedan acceder al producto y aumente la rentabilidad del fabricante, situación que provoca, a la postre, menores precios para el consumidor (Ezrachi, 2021, p. 148)

un “pacto entre caballeros”. Es fundamental destacar que cuando la autoridad de control impute a los agentes económicos una colusión a través de un acuerdo, ha de demostrar la existencia de éste, generalmente, a través de prueba directa (INDECOPI, 2013, p. 35).

2.2.2.2.2.2 Prácticas Concertadas: Breve Referencia

La segunda manera en que dos o más empresas pueden coludirse es a través de la concertación, a la cual dedicaremos un apartado independiente a continuación, por lo que nos limitaremos a mencionar que la misma que se configura cuando los agentes económicos actúan de manera coordinada y consciente en el mercado, sin que dicha actuación pueda explicarse por la lógica del mismo. A diferencia de los acuerdos, la concertación se demuestra a través de pruebas indiciarias (INDECOPI, 2013, p. 36).

2.2.2.2.2.3. Decisiones

En tercer lugar, tenemos a las decisiones, entendidas como acuerdos adoptados al interior de gremios u otras instituciones asociativas de agentes económicos, ya sea por su asamblea general o su director/gerente/presidente, con la particularidad de que su ejecución es vinculante para los asociados. A diferencia del acuerdo strictu sensu, la decisión puede tomarse a pesar de que el agente económico asociado no haya prestado su consentimiento expreso en ella - pudo haberse ausentado de la sesión donde se tomó la decisión, por ejemplo - teniendo o no responsabilidad en dependencia de si, a la postre, termina o no actuando conforme a los términos de la decisión adoptada. En todo caso, no siempre la diferencia entre la decisión y el acuerdo es clara - piénsese, por ejemplo, que la decisión es tomada unánimemente por todos los miembros de la asociación de empresas, en cuyo caso, a efectos prácticos, la distinción no toma mayor relevancia, pues ambas conductas son objeto de control y sanción (INDECOPI, 2013, p. 36 - 37).

2.2.2.2.2.4. Recomendaciones

En cuarto lugar, hemos de aludir a las recomendaciones como cuarto medio de

restricción de la competencia y, hemos de entender por ellas, a entendimientos adoptados por asociaciones de empresas que, a diferencia de las decisiones, no tienen carácter vinculante, sino meramente orientativo (INDECOPI, 2004, p. 10).

Por último, hemos de mencionar que si bien la doctrina reconoce, en general, a los cuatro medios de restricción a los que hemos aludido, diversas legislaciones recogen más o menos modalidades, o establecen un tipo administrativo abierto a cualquier forma en la que se pueda establecer una colusión.

Al efecto, siguiendo el mismo marco de comparación que se ha venido usando a lo largo del trabajo, podemos mencionar, por ejemplo, que el artículo 101 - antiguo 81 - del TFUE reconoce como conductas restrictivas a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y a las prácticas concertadas (Diario Oficial de la Unión Europea, 2010, p. 83). La legislación peruana, por su parte, toma las tres modalidades citadas en el TFUE y añade a las recomendaciones, como se desprende del artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Stucchi, s.f., p. 322). En contraste, la sección segunda de la Sherman Act prohíbe a los acuerdos y a la concertación, al referirse a: “contract, combination or conspiracy in restraint of trade” (Jons, 1986, p. 1).

Como se puede apreciar, el camino que han seguido otras legislaciones se asemeja a lo dispuesto por la LORCPM ecuatoriana, con la particularidad de que esta última, además de los acuerdos, decisiones, recomendaciones y concertaciones: (i) tipifica a las prácticas conscientemente paralelas y; (ii) estructura un tipo administrativo abierto, que permite a la autoridad de control perseguir, en general, a “cualquier acto o conducta”, manifestado en “cualquier forma”, que pueda por efecto u objeto impedir, restringir, distorsionar o falsear la competencia o afectar a la eficiencia económica o el bienestar general.

3. PRÁCTICAS CONCERTADAS

Al basarse nuestra tesis principalmente en que las prácticas conscientemente paralelas no deben ser sancionadas por nuestra legislación, hemos de definir claramente qué son las prácticas concertadas y las prácticas conscientemente paralelas, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia comparada.

En este contexto, podemos decir que las prácticas concertadas son una conducta restrictiva de la competencia que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se sitúa a medio camino entre el acuerdo propiamente dicho y la conducta conscientemente paralela. Ésto se relaciona con el concepto que nos dan Ahlström y otros (1993), quienes definen a la práctica concertada como “una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas”.

En el caso *Marítima Chilena, Eukor y Kawasaki* (2020), el Tribunal de Defensa de la Competencia Peruano ha definido a las prácticas concertadas como una forma de cooperación entre las empresas que, “sin haber celebrado un acuerdo formal, sustituye en los hechos a la competencia”. En esta línea de pensamiento, también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso *Imperial Chemical Industries*, ha definido a las prácticas concertadas como: “[...] una forma de coordinación entre competidores que, sin haber alcanzado el estado de un acuerdo propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas” (Sentencia del 14 de julio de 1974, en el Caso 48/69)]

Es decir, para que exista o se configure una práctica concertada, no es necesaria la existencia de un documento escrito propiamente dicho en el que conste la voluntad de los agentes económicos de tergiversar la competencia, pues en ese caso

estaríamos frente a un acuerdo; pero lo que sí se requiere es que los operadores económicos dispongan de información relevante que les permita cartelizar el mercado (Bellamy Child, 2013, p. 133).

El elemento esencial aquí es la coordinación y cooperación entre operadores, lo que implica que las empresas no determinan su conducta de manera independiente en el mercado, por el contrario, de manera conjunta buscan operar igual en aspectos relacionados con: precios, características de los productos, volumen de ventas, etc; provocando un riesgo en la competencia pues reduce significativamente la eficiencia del mercado. No obstante, lo dicho no significa que la mera transferencia de información represente que se está falseando la competencia o afectando negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. (Sánchez, 2017, p.11), pues el intercambio puede por ejemplo: (i) solucionar problemas de asimetrías de información, (ii) ayudar a las empresas ahorrar sus costes, (iii) hacer posible una entrega rápida de los productos a los clientes, (iv) resolver la inestabilidad de la demanda, (v) beneficiar a los consumidores pues reducen sus costes de búsqueda y (vi) mejorar las posibilidades de elección de los consumidores. (Comisión Europea. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal). Por tanto, para que la transferencia de información entre competidores se considere contraria a las normas de competencia, es necesario que los criterios de coordinación y cooperación afecten la autonomía de las empresas para definir la política que pretende seguir en el mercado, es decir, “cuando sea apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes” (Tribunal General. Caso Fresh Del Monte Produce, Inc. contra la Comisión Europea. Sentencia de 14 de marzo de 2013. Asunto T-587/08. (Unión Europea).)

Es importante resaltar que la noción de práctica concertada no está circunscrita a relaciones horizontales, sino que también puede darse en las relaciones verticales como aquella entre fabricante y distribuidor. (Brookelman, 2013, p. 90)

3.1. La Prueba de las Prácticas Concertadas.

3.1.1. Regla per sé vs. Prácticas restrictivas por su Objeto.

Previo a analizar cómo deben probarse las prácticas concertadas, es importante primero hacer referencia a los estándares de análisis de las prácticas restrictivas de la competencia.

En este sentido, consideraremos el estándar de prueba norteamericano, el ecuatoriano y el peruano, aclarando que el Ecuador, sigue los mismos criterios probatorios del derecho comunitario de la Unión Europea

El derecho antitrust norteamericano, analiza las prácticas anticompetitivas bajo la regla de la razón (rule of reason) y bajo la regla del per se (per se rule); por otro lado, nuestra LORCPM no hace mención a ninguna de estas reglas, si no que el Art. 4 del Reglamento a la LORCPM, siguiendo el modelo europeo, indica que para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, se analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios; finalmente, la legislación peruana, analiza las prácticas anticompetitivas como “prohibiciones absolutas o prohibiciones relativas”.

Si bien de alguna forma, la regla per sé es equiparable a las conductas por objeto y a las prohibiciones absolutas; y a su vez la regla de la razón es similar a las conductas por efecto y a las prohibiciones relativas, debemos tener muy en cuenta que las figuras provienen de una tradición jurídica distinta y que las mismas han ido evolucionando dentro de cada uno de sus sistemas jurídicos de manera distinta. Sin embargo, en esencia son lo mismo.

En cuanto a la regla *per se*, es aquel sistema se utiliza para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales (Miranda Londoño, 1998, p.6); es decir, lo único que debe demostrarse en estos supuestos, es si se incurrió en la práctica en cuestión, más no si la misma ha causado una afectación al mercado. Por su parte, en Ecuador, tenemos en nuestra legislación a las restricciones por su objeto; si bien la LORCPM no define qué es una restricción por su objeto, el Art. 8 del Reglamento sí establece qué conductas tienen ese carácter, siendo estas: la fijación de precios, la limitación a la producción, la colusión en la presentación de ofertas y la repartición de mercados y son aquellas que se presumen anticompetitivas simplemente por el hecho de comprobarse su existencia, sin necesidad de que se demuestre además la afección que éstas han causado al mercado. En el derecho peruano, 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, una vez que se acredita la conducta, se considera acreditada la infracción (López Raygada, 2008, p. 315).

Tanto la regla *per se* como las restricciones por su objeto se refieren a acuerdos y prácticas restrictivas; sin embargo, hay una diferencia muy importante entre las prácticas restrictivas por su objeto y las conductas que se analizan bajo la regla *per se*: las prácticas restrictivas por su objeto pueden estar exentas si se cumplen las condiciones previstas en el Art. 12 de la LORCPM y el Art. 10 de su Reglamento; en cambio, las conductas anticompetitivas *per se* no admiten una discusión sobre sus efectos potencialmente favorables (R. Whish y D. Bailey. *Competition Law*. 7ma ed. Oxford University Press, p. 121). Igual que en el Ecuador ocurre en el caso peruano con las prohibiciones absolutas, en las que, de demostrarse que su efecto en el mercado no es desfavorable, no serán sancionadas.

Cabe mencionar que, para Oswaldo Santos Dávalos (2019), dado que, nuestra legislación no distingue entre la regla de la razón y la regla *per se*, sería un error concluir que las conductas restrictivas por su objeto deben analizarse bajo la regla *per se*. Sin embargo, consideramos que para efectos de este trabajo de titulación,

si es válido el equiparar la regla per se a las restricciones por su objeto, en tanto y en cuanto mantengamos en mente que, en nuestra legislación, como ya se ha mencionado, las prácticas restrictivas por su objeto pueden estar exentas si se cumplen las condiciones previstas en el Art. 12 de la LORCPM y el Art. 10 de su Reglamento, siendo ésta la única diferencia relevante entre ambos criterios probatorios.

3.1.2. Regla de la razón o Prácticas restrictivas por su efecto.

En cuanto a la regla de la razón, es un sistema que sirve para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado a través del estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva; vale la pena señalar que, bajo la Regla de la Razón, es posible establecer defensas que tiendan a demostrar que los efectos de la conducta que se le imputa al acusado no son anticompetitivos, o que la conducta beneficia a los consumidores (Miranda Londoño, 1998), algo similar a lo que se permite en lo referente las prácticas restrictivas de la competencia analizadas como conductas por objeto en Ecuador o prohibiciones absolutas en el Perú, como ya mencionamos antes; pero que cuestión que no sucede en el caso de las prácticas restrictivas de la competencia que se analizan a la luz de la regla per se.

Es decir, tanto la legislación peruana como la ecuatoriana, aceptan pruebas de descargo respecto de aquellas prácticas que se analizan como restrictivas por su objeto o como prohibiciones absolutas (reglas equiparables a la regla per se en el sistema jurídico anglosajón); mientras que el sistema norteamericano solo permite pruebas de descargo frente a aquellas conductas analizadas bajo la regla de la razón (equiparable a las prácticas prohibidas por su efecto en el Ecuador o a las prohibiciones relativas en el Perú). Es decir, la posibilidad de descargo se invierte, y es por eso que doctrinarios como Oswaldo Santos Dávalos, no consideran prudente equiparar estos criterios probatorios.

Una vez aclarado ese tema, podemos centrarnos en el concepto como tal de la regla de la razón o rule of reason, que, para Robert Bork tiene por objeto estudiar el comportamiento empresarial que se juzga bajo los parámetros de la intención de la empresa o del efecto que su comportamiento pudiera tener sobre la competencia, considerando el contexto del mercado. (citado por Pozo, 2013). Por su parte, la calificación y sanción de las conductas anticompetitivas por su efecto resulta de la prueba, a cargo de la autoridad, sobre los efectos nocivos a la competencia. Implica una gran carga probatoria de definición de mercados relevantes y análisis económicos de efectos en el mercado (Communication from the European Commission, 2004, 2004/OJ/C 101/97, pp. 24-27), prueba que, como indicamos anteriormente, puede ser rebatida por el agente económico denunciado, para demostrar que su actuar no afectó realmente a la competencia.

3.2. Prueba de las Prácticas Concertadas en el Ecuador.

Con este antecedente, debemos hacer referencia al Art. 8 del Reglamento a la LORCPM, la cual da la pauta principal para saber bajo cuál de estas reglas debemos analizar a las prácticas concertadas, específicamente las de fijación de precios, que es una de las prácticas más comunes de los cárteles, y en las que con mayor frecuencia se presenta el paralelismo consciente, o en las que es más fácil identificar el paralelismo, por ello, es aquella en la que nos centraremos para el propósito de este trabajo.

Pues bien, volviendo al Art. 8 del Reglamento a la LORCPM, éste expresa:

Art. 8.- Acuerdos y prácticas restrictivas por objeto.- El acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia. estará prohibida de conformidad con el artículo 11 de la Ley. independientemente de los efectos reales o potenciales que pueda

tener en el mercado. *Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia.*

Podrán ser consideradas como acuerdos y prácticas restrictivas por objeto, aquellas conductas de carácter horizontal que directa o indirectamente:

a) Fijen precios;

b) Limiten la producción, distribución y/o comercialización; o,

c) Repartan mercados, sea geográficos, de productos y/o consumidores.

De igual forma podrán ser consideradas como acuerdos y prácticas restrictivas por objeto, a las conductas colusorias en procesos de contratación pública y subastas públicas. Sin perjuicio de las conductas antes señaladas, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá determinar qué otros acuerdos y prácticas son restrictivas por su objeto, en virtud del contenido del acuerdo, sus objetivos y/o el contexto legal y económico del cual forma parte.

Es decir, las prácticas concertadas horizontales para la fijación de precios, de conformidad con nuestra legislación, deben ser analizadas bajo los estándares probatorios de las prohibiciones por su objeto; es decir, son de cierto modo equiparable a la regla per se, con la diferencia de la posibilidad de evitar la sanción bajo los requisitos mencionados anteriormente. En este sentido, para que el órgano de control sancione una práctica concertada de fijación de precios, será suficiente con que se demuestre la existencia de dicha práctica, sin que sea necesario demostrar sus efectos en el mercado; aclarando nuevamente que, los agentes económicos denunciados por el cometimiento de la práctica podrán, en su defensa, demostrar que la práctica ha causado efectos positivos competencia o para el consumidor, quedando exentos de cualquier sanción. Sin embargo, si los agentes demuestran que la práctica no ha causado efectos negativos en la competencia, esto no evita que sea sancionado pues no es una de las exenciones previstas en la ley.

3.3. ¿Cómo podemos demostrar la existencia de la práctica concertada?

Como se mencionó anteriormente, las prácticas concertadas no pueden comprobarse con un acuerdo expreso y formal entre las partes, sino necesariamente se debe acudir a la prueba circunstancial, indirecta o indiciaria. Según la jurisprudencia peruana (Federico León contra UCISA S.A. y otros, 2008), debemos demostrar principalmente cuatro factores: (a) el mercado facilita un comportamiento concertado (existencia de condiciones plus factors); (b) paralelismo de conductas entre los agentes económicos; (c) indicios concurrentes sobre la existencia de un arreglo; (d) actuación de los agentes económicos de acuerdo a estos indicios. (Sentencia n° 000048-2008/TDC del Tribunal de Defensa de la Competencia INDECOPI, 16 de enero de 2008). Los cuatro criterios referidos también han sido utilizados por el INDECOPI en los casos: Harina de Trigo y Avicultores (1999)¹⁵.

En este sentido, la comprobación de la existencia de prácticas colusorias, generalmente se producirá sobre la base de indicios, 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. Puede darse el caso de que un indicio, apreciado de manera aislada, no convenza al juzgador, pero apreciado en conjunto con otros indicios, lo lleven a formarse una auténtica convicción.

A continuación, analizaremos con más detalle cada uno de estos factores, para tener

¹⁵ La Corte Suprema del Perú, al pronunciarse sobre la sanción impuesta por el Indecopi a Corporación Molinera S.A. por haber concertado el precio de la harina de trigo con sus competidores, señaló lo siguiente: “(...) los indicios señalados en las resoluciones impugnadas (...), como el paralelismo de precios, paralelismo de políticas de descuento, la fusión de dos importantes empresas del sector, la verificación de las actas de la Empresa Teal; las de Molinos Valencia, así como el informe de Molino Italia, y del reporte de Molinera Inca, son hechos que conllevan a establecer que la actora sí participó en la concertación de precios conjuntamente con las demás empresas investigadas y sancionadas; el razonamiento lógico rodea al juzgador y le permite derivar de la prueba indiciaria la certeza de lo que realmente ocurre; el que no existan ‘contraindicios’ que no puedan descartarse razonablemente (...)”.

una idea más clara de cómo es que debemos comprobar la existencia de una práctica concertada:

3.3.1. Los Plus Factors

Las condiciones plus factors hacen referencia a aquellas circunstancias del mercado que facilitan un comportamiento concertado. El TDC, en el caso Avicultores (1999), utilizó tres criterios para demostrar esta conducta (i) Alto Grado de Concentración; (ii) Contacto de los competidores; y (iii) Barreras de Entrada.

3.3.1.1 Alto Grado de Concentración

La concentración de mercado es la medida en que la producción está dominada por un grupo determinado de oferentes. Es la medida de la proporción del mercado que se encuentra en manos de unas cuantas empresas y se representa a través de una curva de concentración, donde en el eje horizontal se clasifica a las empresas por tamaño y en el eje vertical se mide la participación acumulada, las curvas que se representan son útiles para ilustrar las razones de concentración (Zurita, 2014 citado en Vera, 2018, p. 31). La importancia de los índices de concentración radica en capturar las características estructurales del mercado y refleja las barreras de entrada con la que se enfrentan las empresas; entre las que se menciona a los monopolios naturales, a las normas legales y a las barreras tecnológicas (Zurita, 2014 citado en Vera, 2018, p. 32).

Una forma convencional de medir el grado de concentración de un mercado es a través de la utilización del Índice de Hirschman-Herfindahl (HHI), según el cual, los mercados pueden ser catalogados como desconcentrados ($HHI < 1000$), moderadamente concentrados ($1000 < HHI < 1800$) o altamente concentrados ($1800 < HHI$).

Mientras más concentrado sea un mercado, más probabilidades hay de que los

agentes económicos incurran en prácticas colusorias horizontales tales como prácticas concertadas de fijación de precios. Si el mercado se encuentra concentrado y las empresas son simétricas en términos de capacidad de producción, costos, variedad de productos y/o cuotas de mercado, habrá mayor probabilidad de coordinación entre ellas. (Quintana Sánchez, 2008).

3.3.1.2. Contacto de los competidores

Mientras más altos sean los niveles de concentración de los mercados, es mucho más fácil que exista un contacto directo entre los competidores, sobre todo entre aquellos que poseen mayores cuotas de poder dentro del mercado, que en aras de mantener ese poder, coluden entre ellos.

Las prácticas concertadas exigen cierto grado de comunicación y coordinación entre las empresas que tienen la intención de ajustar sus estrategias y comportamientos recíprocamente con el fin de maximizar sus utilidades, sin que se trate propiamente de un acuerdo entre empresas. Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resolvió el caso *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros vs. Comisión* (1975), los criterios de comunicación y coordinación deben ser entendidos en el sentido de que cada agente económico tiene el deber de determinar independientemente la política que adoptará en el mercado y no lo hace, si no que más bien, se apoya en un intercambio de información con sus competidores para eliminar o reducir la incertidumbre de sus futuras actuaciones en el mercado.

Las prácticas concertadas son reprochables porque suponen un contacto entre competidores que intercambian información estratégica (cooperación coordinada) de importancia y que eliminan del mercado la incertidumbre propia de un entorno de dinámica competitiva. Pese a ello, debe analizarse, en el caso concreto, si un determinado contacto o intercambio de información constituye o no un supuesto de práctica concertada, dado que en el extremo se podría llegar, por ejemplo, a afirmar erróneamente que toda campaña publicitaria de una empresa consignando un precio de venta de su producto correspondería a una estrategia colusoria, lo que no es

acorde con el espíritu de la política de competencia. (Deza Sandoval, 2009)

3.3.1.3. Barreras de Entrada

Según Marc Ivaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole (2003), las altas barreras de entrada facilitan la colusión, pues primero reducen la posibilidad de que nuevos agentes económicos entren al mercado, potenciando el alto grado de concentración y facilitando el contacto entre los competidores; pero además, la ausencia de altas barreras de entrada, generaría que cualquier intento de mantener precios supra competitivos incentive a la entrada al mercado de nuevos competidores, y por otro lado, la posibilidad de nuevas entradas, reduce el impacto de las represalias que se pueda tomar en contra de los agentes económicos que se niegan a participar de la colusión, dificultando su cometimiento.

3.3.2. Paralelismo de conductas entre los agentes económicos

Tal y como lo han expresado tratadistas europeos y norteamericanos, en concordancia con varios precedentes jurisprudenciales al respecto, el paralelismo de conductas es un fuerte indicio de una práctica concertada. Pero, es simplemente eso, un indicio, que debe ser acompañado de pruebas adicionales para poder concluir que, efectivamente, nos encontramos ante una colusión en el mercado. De esta manera lo explica el Tribunal Europeo de Justicia en el caso del cartel de la pulpa de madera (conocido como el caso Wood Pulp) que es el que sentó el precedente más importante en esta materia; esta sentencia redujo casi totalmente la posibilidad de que el mero paralelismo de conductas constituya prueba suficiente de una práctica concertada, requiriéndose siempre algún tipo de intercambio de información entre los competidores o, al menos, reciprocidad en la comunicación de condiciones de venta entre ellos. (Quintana Sánchez, 2008). Este precedente jurisprudencial se analizará más a fondo en el siguiente capítulo de este trabajo.

Por el momento, cabe mencionar que el Tribunal Europeo de Justicia dejó abierta

la posibilidad de que el paralelismo de conductas constituyera prueba de una práctica concertada en aquellos casos en que no hubiera explicación alternativa plausible para ese comportamiento, salvo la existencia de una concertación previa. No obstante, siendo la regla en la Comunidad Europea que los competidores pueden adaptar inteligentemente su comportamiento en función al de sus rivales si tienen la capacidad de anticipar oportunamente cuál será su conducta, parece poco probable que la única explicación del paralelismo pueda ser una concertación. (Quintana Sánchez, 2008)

Es decir, para que el paralelismo de conductas entre agentes económicos sea considerado como un indicio de la presencia de una práctica concertada, es necesario que: (i) existan indicios o pruebas adicionales de un intercambio de información entre los agentes, lo que eliminaría la incertidumbre sobre la actuación de sus competidores, permitiéndoles adaptarse más fácilmente a las condiciones del mercado, o facilitando por ejemplo, la posibilidad de concertar precios; (ii) que no exista una explicación alternativa a la conducta de los agentes económicos.

Ahora, es importante hacer énfasis en este segundo requisito, es decir, la ausencia de una explicación alternativa; pues tal y como lo expresa Helmut Brokelmann (2013, p. 98), esta cuestión es especialmente relevante en mercados oligopolísticos, en los que la interdependencia entre los oligopolistas puede proporcionar la explicación de un paralelismo de comportamiento frente a una acusación de concertación. No obstante, este tema será tratado con mayor detalle en el siguiente capítulo.

4. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS EN EL ECUADOR

Como corolario de este primer capítulo, fungiendo como enlace entre los conceptos expuestos y el análisis a realizarse en los capítulos posteriores, creemos pertinente hacer una breve referencia a la manera en la que las prácticas colusorias están reguladas en el Ecuador.

Hemos de comenzar destacando que en nuestro sistema legal existen dos cuerpos normativos que, en lo medular, regulan la defensa de la competencia. Por un lado, tenemos a la LORCPM - ley orgánica, de la más alta jerarquía jurídica en nuestro sistema, por debajo, únicamente, del bloque de constitucionalidad - y al Reglamento de la mentada ley - que es expedida por Decreto Ejecutivo y regula la aplicación de la LORCPM -.

En su artículo 11, la LORCPM cataloga como restrictivos de la competencia a: “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela (...)”¹⁶. En tal sentido, de la redacción del mentado artículo se desprende que el legislador ha utilizado una disyunción exclusiva¹⁷ al referirse a las prácticas concertadas (tómese como “p”) y al paralelismo consciente (tómese como “q”), dejando entrever que un hecho “o es p o es q, pero nunca ambas”, lo cual denota una ruptura entre la redacción de la norma y el concepto doctrinario - económico del paralelismo consciente, que bien puede ser un indicio de concertación. Como hemos visto, a diferencia de nuestra norma, la doctrina reconoce que el paralelismo no excluye a la concertación - más bien esta segunda incluye a la primera -, mas la concertación sí excluye al mero paralelismo.

Luego, el artículo 78 y 79 *ibídem* mencionan que las antedichas especies de colusión son “faltas graves” - cuando son cometidas entre operadores económicos no competidores entre sí - o “muy graves” - cuando son cometidas entre competidores -, atribuyéndose a todas ellas - sin importar ante qué tipo de práctica restrictiva nos hallemos - la misma sanción.

Por su lado, el Reglamento de la LORCPM, como ya se ha mencionado, cataloga las especies de colusión que se entienden prohibidas por nuestra normativa

¹⁶ Nótese, que esta misma redacción es repetida en el artículo 8 del Reglamento a la LORCPM.

¹⁷ Entiéndase por disyunción exclusiva aquella que forma una proposición compuesta, resultado de unir dos proposiciones mediante la fórmula “o _ o”. En este caso, se aprecia al mencionar el artículo 11 de la LORCPM: “o práctica concertada o conscientemente paralela”.

independientemente de los efectos que pudieran tener en el mercado - regla por objeto -, incluyendo entre ellas, también, a las prácticas conscientemente paralelas horizontales que directa o indirectamente: “a) Fijen precios; b) Limiten la producción, distribución y/o comercialización; o, c) Repartan mercados, sea geográficos, de productos y/o consumidores”.

De lo expuesto, se desprenden tres problemas centrales que este trabajo analiza: 1) ¿Es correcto catalogar al “paralelismo consciente” como una práctica restrictiva de la competencia? ; 2) ¿Puede considerarse a la concertación como excluyente del paralelismo consciente y viceversa? y 3) ¿Es correcto que el paralelismo consciente sea calificado y sancionado con la misma gravedad que la concertación? Preguntas éstas, que concurren hacia la pregunta definitiva de nuestra investigación - a la cual trataremos de dar respuesta con el análisis realizado en los capítulos venideros - tal es: ¿Qué problemas jurídicos y económicos derivan del tratamiento del paralelismo consciente como una práctica colusoria autónoma, sancionable bajo la regla por objeto, en la legislación ecuatoriana?

CAPÍTULO 2: DE LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS Y SU REGULACIÓN

Una vez que hemos expuesto el marco teórico que nos permite entender a las prácticas colusorias como una especie de prácticas anticompetitivas y la distinción de éstas con el paralelismo consciente, en términos generales, se torna indispensable para nuestra investigación ahondar en la teoría de las prácticas conscientemente paralelas.

La importancia de entender como doctrina y la jurisprudencia comparada definen y tratan a las prácticas conscientemente paralelas, radica en que aquello nos permitirá entender aún mejor nuestra tesis, es decir (i) que no es correcto catalogar al “paralelismo consciente” como una práctica restrictiva de la competencia; (ii) que no debe considerarse al paralelismo como mutuamente excluyente de las prácticas concertadas; y (iii) que no es correcto que el paralelismo consciente sea calificado y sancionado con la misma gravedad que las prácticas concertadas. Circunstancias éstas tres, que ocurren en el régimen jurídico ecuatoriano.

Además de ello, expondremos teorías económicas que analizan la figura del paralelismo consciente en el contexto de mercados oligopólicos, y la dificultad conceptual y probatoria que éste fenómeno presenta en el ámbito económico; lo que resulta importante puesto que detrás de cada análisis de la SCPM para sancionar o no una práctica, debe haber un sustento jurídico y económico.

1. ¿QUÉ SON LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS?

Como se mencionó en Capítulo I, en el apartado titulado Breve Referencia a la Regulación de las Prácticas Colusorias en el Ecuador, el Art. 11 de la LORCPM sanciona tanto a las prácticas colusorias como a las prácticas conscientemente paralelas, por lo que debemos conocer qué se ha de entender por prácticas conscientemente paralelas.

Nuestra legislación no define a las prácticas conscientemente paralelas en ninguno de sus articulados, y hasta donde ha alcanzado nuestra investigación, tampoco existen resoluciones (no reservadas) de la SCPM ni de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo que hagan un intento de definir a ésta figura, por lo que debemos recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia comparada para poder tener un mejor entendimiento de ella. A continuación, hacemos un análisis del origen del concepto y pretendemos explicar cómo llegó el mismo a nuestra legislación.

El término paralelismo consciente, aparece por primera vez a finales de los años 1940 en los Estados Unidos, en un caso donde la Comisión Federal de Comercio (CFC) usó el término para describir situaciones en las cuales dos o más empresas “siguen un curso de acción paralelo en el conocimiento y la contemplación del hecho de que todos actúan de la misma manera” (Rahl, 1950, p. 761, en Gutierrez, 2022). Cabe destacar, que este concepto no fue planteado inicialmente por la CFC para un caso de “conspiración”. Posteriormente, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en una sentencia de 1954, del caso *Theatre Enterprises v. Paramount Distributing* afirmó que las conductas conscientemente paralelas no constituían por sí mismas un infracción a la Ley Sherman (Gutierrez, 2022, p. 6)

La cuestión ahora es: ¿Cómo llegaron las prácticas conscientemente paralelas a la legislación ecuatoriana, y por qué llegaron a ser una práctica anticompetitiva en nuestra legislación si desde su origen no fueron consideradas como una infracción a la ley de competencia?. La respuesta nos la da Juan David Gutierrez en su artículo titulado *El Paralelismo Consciente en el Derecho de la Competencia*; en el cual reconoce que sólo 3 países de la región incorporan al paralelismo como una práctica anticompetitiva, estos son: Ecuador, Panamá y Colombia. En el caso colombiano, Gutierrez nos dice que lo más probable es que se haya hecho un “transplante legal” del texto de la Ley 110 de 1963 de España, misma que incluía esta noción en su primer artículo:

Artículo primero. Uno. Quedan prohibidas las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas, que tengan

por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional (subrayado en negrita es propio).

Si nos fijamos además, el texto de la ley española no menciona a las prácticas concertadas, sino únicamente de “conductas conscientemente paralelas” por lo que coincidimos con el criterio de Gutierrez (2022, p.7) y de Joaquín Garrigues (1964) en el sentido de que probablemente el legislador colombiano no quería copiar o traducir textualmente el texto del Tratado de Roma el cual destacaba el origen convencional de las prácticas colusorias cuando hablaba de “acuerdos, decisiones y prácticas concertadas”. Posteriormente, en 1989 se hace una reforma legal de éste artículo, prohibiendo “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional” (subrayado en negrita es propio) (Gutierrez, 2022, p.7)

El texto de la reforma se asemeja sobremanera al del Decreto 2153 de 1992 de la legislación Colombiana, por lo que Gutierrez asume que es muy probable que la reforma a la ley de competencia en España de 1989 haya generado un eco en Colombia y que esta sea la razón por la cual los términos “práctica concertada o conscientemente paralela” hayan sido incluidos en su ley (Gutierrez, 2022, p. 7)

Según un consultor colombiano que asesoró al gobierno nacional de Ecuador, y que prefirió mantener su nombre en reserva, secciones de la legislación colombiana fueron usados en la preparación del proyecto de ley de la LORCPM de 2011, por lo que resulta completamente plausible que el concepto de paralelismo consciente haya sido migrado de Colombia a Ecuador (Gutierrez, 2022, p. 25). Sin embargo, como veremos más adelante, durante el desarrollo del proyecto de Ley para la LORCPM, el trasplante legal de éste concepto se realizó sin mayor análisis de sus implicaciones, o siquiera del tratamiento que ésta figura ya estaba teniendo en la SIC y en el Consejo de Estado colombiano.

Pues bien, una vez esclarecido el origen del paralelismo consciente nuestra ley, debemos entender qué es o a qué se refiere exactamente, siendo menester resaltar que es un término sumamente ambiguo y que tiene distintas denominaciones dependiendo de a quién y en dónde se le pregunte.

En el caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp*, que será tratado con mayor detenimiento más adelante, la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha definido al paralelismo consciente de la siguiente manera:

La colusión tácita, a veces llamada coordinación de precios oligopolística o paralelismo consciente, describe el proceso, que no es ilegal en sí mismo, mediante el cual las empresas en un mercado concentrado podrían efectivamente compartir el poder de monopolio, estableciendo sus precios en un nivel supra competitivo que maximice las ganancias mediante el reconocimiento de sus intereses económicos compartidos y su interdependencia con respecto a las decisiones de precio y producción (*Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 1993, p. 228).

En el caso colombiano, la autoridad de competencia, es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio (“SIC”), ha indicado que existe una práctica conscientemente paralela cuando dos o más competidores se abstienen de competir a través de una actuación coordinada. Esto es, cuando consciente y voluntariamente coordinan su comportamiento en relación con sus precios para dejar de competir. Es decir, se requiere que confluyan dos elementos: (i) el paralelismo de precios y (ii) el elemento consciente.

Para entender mejor el concepto que proporciona la SIC, debemos entender qué son cada uno de los elementos que lo componen. Por un lado tenemos al paralelismo, que en este caso se refiere a la existencia de tendencias y variaciones armónicas de los precios a través del tiempo en alguna variable competitiva. Esto es, que los precios de los competidores incrementen o disminuyan de forma uniforme o sincronizada. Por otro lado está el elemento consciente, que hace referencia a que

el comportamiento paralelo de los precios sea consecuencia de una coordinación tácita entre los agentes para no competir (Superintendencia de Industria y Comercio, 2009.). Cabe resaltar que la legislación Colombiana, al igual que la nuestra, sancionan a las prácticas conscientemente paralelas; mientras que otras legislaciones (la mayoría) no lo hacen, por lo que también, las definiciones que podemos encontrar de paralelismo consciente en otras jurisdicciones, no consideran al elemento consciente como parte de la definición de este fenómeno.

Por ejemplo, la Comisión de Monopolios del Reino Unido describió el fenómeno del paralelismo como la práctica por medio de la cual varios competidores cambian sus precios al mismo tiempo y en la misma cantidad o proporción (Stanbury y Reschenthaler, 1973, p. 619). Cabe resaltar, que dicha Comisión se ha pronunciado en el sentido de que una conducta paralela no puede ser objeto de sanciones por sí misma, pues puede darse como resultado de una decisión independiente por parte de una empresa. (Correa Serna, et al, 2017, p.30), pero éste será un tema que discutiremos posteriormente.

Para Miranda y Beltrán (2015, p.3), el paralelismo es “una modalidad de acuerdo tácito en el que varias empresas presentan comportamientos similares y coincidentes durante un período determinado”. Es decir, la figura del paralelismo consciente requiere que en determinado mercado, los agentes económicos que participan en él, dentro de un espacio de tiempo específico actúen de manera tal que sus acciones sean completamente coordinadas y coincidentes, sobre todo respecto de la fijación de precios de sus productos.

Tal y como lo menciona Nicolás Iregui Tarquino (2019), la conducta que hemos denominado como paralelismo consciente, en el ámbito internacional, recibe distintas denominaciones tales como «acuerdo», «paralelismo consciente», «práctica concertada», «interdependencia oligopolística», «colusión tácita» , entre otros. Así, por ejemplo, en Chile, el profesor Araya (2015) expresa que debe entenderse por colusión tácita lo siguiente:

En contraste con los típicos carteles ilegales, **la colusión tácita carece de mecanismos de coordinación explícita o intercambios de información.** La colusión tácita, entonces, es un resultado de mercado que emana de una **pluralidad de decisiones individuales de los miembros de un oligopolio quienes, atendido el contexto y sin acuerdos, contactos, ni intercambios de información** comercialmente sensible entre ellos, toman en cuenta la interdependencia de sus acciones, lo que **lleva a que cada uno opte por no competir con vigor.** (p.238)

(Subrayado en negrita es propio)

En suma, y considerando lo analizado en el capítulo anterior, podemos decir que lo que diferencia la “práctica concertada” del “paralelismo consciente” es que el primer tipo de conducta implica que hay esfuerzos expresos de coordinación o cooperación entre las empresas que tienen la idoneidad para restringir la competencia en el mercado, por ejemplo, mediante el intercambio de información sensible (Gutierrez, 2022, p.13)

Ahora bien, una vez que hemos definido al paralelismo consciente, y que hemos establecido que este actuar coincidente y coordinado se evidencia generalmente en cuanto a la fijación de precios de los productos, debemos aclarar que, para muchos doctrinarios como por ejemplo Stiglitz & Wash, en su libro titulado Microeconomía, han determinado que los acuerdos horizontales de precios, como el paralelismo consciente, son conductas que generalmente se presentan en mercados oligopólicos, en los cuales hay un número reducido de empresas que tienen poder de mercado, que ofrecen un bien o servicio homogéneo, donde la demanda es estable y donde hay barreras de entrada por la tenencia de las materias primas para la producción de los mismos (Stiglitz & Wash, 2009, p. 312).

Es decir, el paralelismo consciente es un fenómeno común dentro de los mercados oligopólicos, esto tiene una gran importancia puesto que en América Latina y el Caribe los mercados tienden hacia una estructura oligopólica por razones históricas,

políticas y económicas, entre otras razones, por las políticas de sustitución de importaciones aplicadas por los Estados entre las décadas de 1950 y 1980 y por el reducido tamaño de sus mercados nacionales (Gutierrez, 2009, p.323).

Además, los oligopolios predominan en todo tipo de mercados de bienes y servicios, incluidos aquellos mercados que tienen un alto impacto en términos de pobreza y desarrollo (Gutierrez, 2009, p.323). Y como dijimos, esto presenta una gran importancia dado que las autoridades de control en materia de competencia, deben hacer cumplir las leyes de competencia en mercados donde es difícil distinguir entre conductas originadas en acuerdos colusorios entre competidores, del comportamiento de empresas interdependientes que toman decisiones unilaterales para adaptarse a las condiciones del mercado o anticiparse a las decisiones de sus competidores (Gutierrez, 2009, p.324). Todo este tema económico alrededor del paralelismo consciente y de los oligopolios se explica de mejor manera en el siguiente punto a tratar.

2. NATURALEZA DE LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS: ¿SON UNA DERIVACIÓN NATURAL DE LA COMPETENCIA OLIGOPÓLICA O UN INEVITABLE RESULTADO COLUSORIO?

Explicado el origen y concepto del paralelismo consciente en el apartado que precede, esta sección pretende debatir y tomar postura en la disyuntiva respecto de la ontología de esta figura, considerada por una parte de la doctrina como una derivación natural - e, incluso, inevitable - de mercados oligopólicos y, por otra parte, como un fenómeno cuya manifestación en un mercado requiere, inevitablemente, de la existencia de una colusión entre sus competidores.

Notará el lector que, de la resolución de esta disyuntiva, depende la consideración de si es adecuado o no que el paralelismo consciente sea estimado como un fenómeno subsumible en el género de “prácticas anticompetitivas colusorias” y, por ende, que el Estado deba o no y de qué manera intervenir en su regulación, prohibición y sanción, lo cual permite cumplir con el objetivo primario de este

trabajo.

La hoja de ruta que se ha trazado en este apartado, con miras a resolver la interrogante que lo titula, pasa por empezar diferenciando los mercados de competencia perfecta de los mercados de competencia imperfecta - siendo una de sus manifestaciones el oligopolio -, marco generalísimo que nos permitirá adentrarnos sólidamente en la exposición del debate histórico de la doctrina jurídica y económica respecto de la consideración del paralelismo consciente como un posible fenómeno natural de mercado oligopólico o inevitablemente colusorio¹⁸.

2.1. Mercados de Competencia Perfecta y Mercados de Competencia Imperfecta:

En base a la hoja de ruta marcada para la exposición y discusión de la naturaleza del paralelismo consciente, hemos de partir de poner en conocimiento del lector la diferencia entre los mercados de competencia perfecta y de competencia imperfecta.

De acuerdo a lo descrito por Ezrachi (2021, p. 31) y Ferrer (2013, p. 6) por mercado de competencia perfecta, hemos de entender aquél que se caracteriza por tener:

- Múltiples oferentes.
- Ausencia de barreras de entrada para nuevos competidores.
- Una prolongación en la existencia de los competidores que ofrecen el mejor producto/servicio al menor precio y desaparición de quiénes no consiguen dichas eficiencias.
- Ningún competidor produce una porción tal de los bienes/servicios en el mercado, que le permita controlar su precio.
- Múltiples consumidores.
- Consumidores que toman decisiones racionales y pueden escoger la opción

¹⁸ Cabe destacar que la palabra “colusión” en nuestro trabajo se utiliza en el sentido de “colusión directa”, esto es, aquella que deriva de un contacto directo entre los competidores con el fin de alcanzar un resultado, en detrimento de la “colusión tácita”, que logra un resultado conjunto, sin que haya contacto entre competidores y que, por tal definición, es sinónima de “paralelismo consciente”.

del mercado que mejor satisface sus necesidades

- Bienes/servicios producidos son idénticos.
- Tanto oferentes como consumidores tienen información perfecta respecto de las condiciones del mercado.

La existencia de un mercado perfecto permite la consecución de la maximización del bienestar del consumidor y de la sociedad en general, en tanto en él, tanto los consumidores como los oferentes son price takers, esto es, que el precio de un producto/servicio es determinado por un “acuerdo entre múltiples oferentes y múltiples consumidores en términos iguales” (Ferrer, 2013, p. 7). Empero, hablar de un mercado perfecto - más allá que en un nivel teórico - es imposible, toda vez que, en la realidad, todo mercado es siempre imperfecto de alguna manera (Ezrachi, 2021, p. 30).

Ahora bien, en cuanto a los mercados de competencia imperfecta menciona Ferrer (2013, p. 9) que éstos pueden hallarse manifestados de diversas formas, a saber:

- **Por el lado de la Demanda¹⁹:** Ordenados de arriba a abajo según aumente su distanciamiento del ideal de mercado perfecto, hallamos:
 - **Competencia Monopsónica:** Hay un largo grupo de compradores pequeños que adquieren productos/servicios similares pero no idénticos (Ferrer, 2013, p. 10).
 - **Oligopsonio:** Hay una pequeña cantidad de consumidores del producto/servicio ofertado (Ferrer, 2013, p. 10).
 - **Monopsonio:** Mercado en el que existe un solo demandante para el

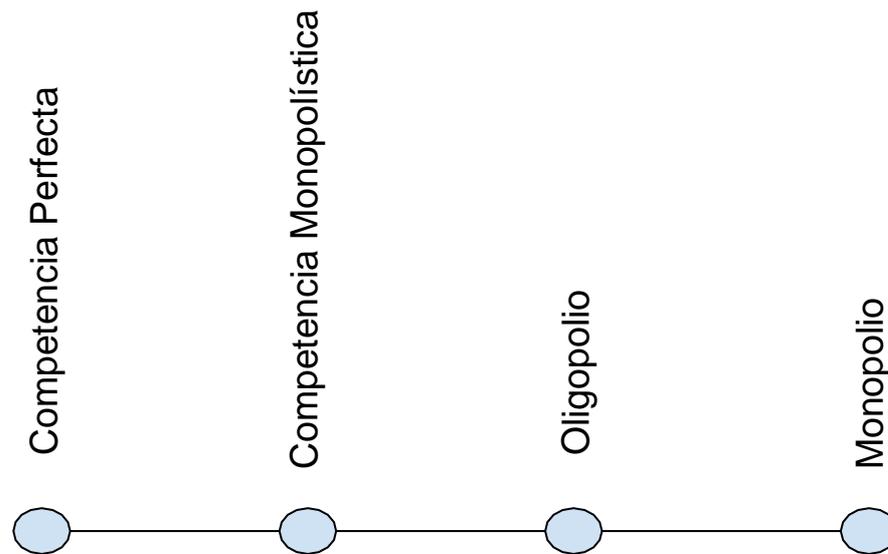
¹⁹ Se exponen de manera brevísima las tres clases de mercados de competencia imperfecta por el lado de la demanda, no aportando un adentramiento mayor en el tema a los objetivos de este trabajo.

producto/servicio ofertado (Ferrer, 2013, p. 10).

- **Por el lado de los Oferentes:** Ordenados de arriba a abajo según aumente su distanciamiento del ideal de mercado perfecto (Ver Figura 1), hallamos:
 - **Competencia monopolística:** Un mercado de competencia monopolística es aquel en el que existen muchos oferentes produciendo bienes/servicios con diferencias pequeñas, sin que éstos puedan considerarse sustitutos perfectos el uno del otro (Brunela, 2014, p. 3 - 4).
 - **Oligopolio:** Sin perjuicio de que nos adentraremos a detalle en la descripción de los oligopolios y sus consecuencias tanto para los competidores como para los consumidores en sus diversas clases, hemos de anticipar al lector que, en términos generales, hemos de entender por oligopolio aquel mercado donde la oferta de un producto/servicio está en manos de pocos operadores (Ferrer, 2013, p. 9).
 - **Monopolio:** En términos simples, hemos de definir al monopolio como aquel mercado donde existe un solo oferente para un determinado producto o servicio, no existiendo otra opción que aquella para el consumidor. Esta característica del monopolio es consecuencia de una estructura de mercado con barreras de entrada que elimina la presión competitiva para el único oferente (Ezrachi, 2021, p. 32). En un monopolio, el oferente puede controlar enteramente la producción y con ello, el precio de los productos/servicios en el mercado, sin que aquello afecte a su capacidad de generar utilidad por su actividad económica (University of Rhode Island, 2011, p. 2). Consecuencias negativas de un monopolio son que los precios de los productos/servicios aumentarán, a pesar de que su calidad no sea la mejor, en tanto en esta estructura de mercado el competidor pierde todo incentivo para lograr eficiencias que le permitan ofrecer alternativas de mayor calidad a un menor precio

(Ezrachi, 2021, p.32). Notará el lector que solo efectos negativos pueden esperarse para el consumidor en estas circunstancias, aunque, al igual que el mercado perfecto, un monopolio puro es también más teórico que una realidad (Ezrachi, 2021, p. 33).

Figura 1. Espectro de Mercados de Competencia Perfecta - Imperfecta, por el lado de los oferentes.



Fuente: Adaptado de University of Rhode Island (2021, p.1)

2.1.1. De los Oligopolios:

2.1.1.1. Del Concepto de Oligopolio:

A diferencia del entendimiento de su comportamiento que, como veremos, es un asunto de suntuosos debates, el concepto de un oligopolio no presenta mayores controversias en su delimitación.

La mayoría de la doctrina económica reitera que el oligopolio es, como se ha visto ya, una clase de mercado imperfecto donde existen pocos competidores en el mercado, desarrollándose, en consecuencia de ello, una interdependencia entre los competidores (Hebner, 1970, p.2).

Al concepto expuesto, que es el más comúnmente encontrado en los textos económicos, cabe hacer la pertinente ampliación que es presentada por Rossenberg y Halloran (s.f., p.2) quienes mencionan que lo que realmente importa para estar en frente de un oligopolio es que el poder de ese mercado se encuentre concentrado en un pequeño número de empresas. Es decir, que más que el número de competidores, la característica relevante de un oligopolio es que la oferta de un determinado producto/servicio esté controlada por pocas empresas en un determinado mercado.

Definidos los oligopolios y, sin que tenga sentido para los fines de este trabajo exponer más definiciones que, a la postre, reafirman los conceptos aportados, en el apartado a continuación, explicaremos las distintas teorías económicas respecto de cómo se comportan los competidores en un mercado oligopólico.

2.1.1.2. De las teorías económicas respecto al comportamiento de los competidores en un oligopolio: evolución histórica y características.

Ha de entender el lector, que no se puede dar una respuesta jurídica al problema del paralelismo consciente y su regulación en el Estado ecuatoriano como una práctica colusoria per sé, desconociendo si este es o no un fenómeno explicable bajo la lógica de un oligopolio - o de ciertas clases de oligopolio²⁰ - o que inevitablemente supone una colusión para su surgimiento, ameritando su control y sancionamiento por parte del aparataje estatal.

En tal sentido, la exposición de las teorías económicas que se han formulado

²⁰ En el tercer capítulo de este trabajo, haremos énfasis en el concepto de oligopolio interdependiente, estructura de mercado en el que un fenómeno de paralelismo consciente puede surgir de manera connatural.

tratando de entender el “cómo actuarían si...” determinadas empresas cobran conocimiento de su lugar en un mercado oligopólico, se vuelve trascendente en tanto que, solo partiendo del esquema de principios que cada teoría plantea - y los argumentos a su favor o en su contra - se puede formular o no una defensa fundamentada a la necesidad de prohibir al paralelismo consciente.

Previo a explorar sucintamente las teorías más relevantes del comportamiento de las empresas inmersas en un oligopolio y su evolución histórica, advertimos desde ya, que la prohibición absoluta y sin matiz alguno del paralelismo consciente, - contemplada en el caso ecuatoriano - como una clase de práctica colusoria, supone que el legislador ha asumido que éste es un fenómeno que en ningún caso puede surgir naturalmente en un oligopolio, sino que su manifestación en el mercado es siempre una derivación de un contacto ilegal entre competidores. En tal sentido, instamos al lector a que ponga especial atención en la reflexión respecto de la existencia o no de una teoría económica plausible que descarte de manera categórica y absoluta - para todos los tipos de oligopolios que pueden presentarse - al paralelismo consciente como una derivación no colusoria de esta estructura de mercado.

Sin más preámbulo, a continuación, se exponen, en orden histórico de aparición, las principales teorías económicas que han surgido respecto al comportamiento de los competidores en un mercado oligopólico, a saber:

2.1.1.2.1. Teorías Seminales:

Es Cournot quien en 1838 introduce la primera teoría relevante cuya pretensión fuera explicar cómo habrían de comportarse los competidores en un mercado oligopólico, postulando que éstos buscarían ventaja en base a la limitación o expansión de su producción²¹, siendo su decisión independiente y simultánea a la de otros competidores. Cournot defendió la hipótesis de que en un oligopolio el

²¹ En negrita, se resaltan las palabras claves que ilustran la postura de cada teórico y que permiten establecer comparaciones entre ellas.

nivel de producción de los competidores se hallaría por debajo del nivel socialmente óptimo, por lo que el punto de equilibrio excedería el costo marginal, pudiendo los escasos competidores del oligopolio aunar grandes ganancias (Rossenberg & O'Halloran, s.f., p. 2). Cabe mencionar, que los postulados de Cournot están condicionados a la premisa de que todos los competidores producen un producto homogéneo (Werden, 2004, p. 4)

La principal crítica al trabajo de Cournot fue la formulada por Irving Fisher, quien mencionó que el postulado de que cada competidor actuare independientemente en el oligopolio era inconsistente, pues ignoraba la respuesta de los demás competidores ante la decisión de alterar el número de cantidades producidas por otro competidor, por lo que actuar de manera independiente no era una actitud racional que podría tener un competidor en el oligopolio (Werden, 2004, p. 4).

Es por ello, que el trabajo de Cournot fue reinterpretado bajo los postulados de la teoría de juegos, como una aplicación simple del equilibrio no cooperativo de Nash en un juego individual/singular/one shot en que las empresas compiten por cantidades, planteándose que: a mayor cantidad de competidores, el equilibrio de precios y cantidades se acerca a un nivel competitivo (Werden, 2004, p.4). Por supuesto, que este entendimiento del modelo de Cournot es posterior y alejado de sus premisas originales.

Como segundo eslabón en la historia del entendimiento del oligopolio, podemos destacar la teoría de Bertrand, formulada en 1883, cuya principal diferencia con su predecesor fue cambiar la variable en base a la cual el competidor habría de formular su estrategia, pasando de elegir cantidades a elegir precios y alterarlos en base a los cambios que los demás competidores hagan en ellos - nótese que se introduce la noción de interdependencia - (Rossenberg & O'Halloran, s.f., p. 2). Como menciona Werden (2004, p. 5-6) aplicando los principios de la teoría de juegos al modelo de Bertrand, podríamos decir que en éste, el equilibrio de Bertrand - Nash está en el punto en que los competidores aplican un precio con el que están contentos, considerando los precios de sus rivales, por lo que:

- Si los productos son sustitutos perfectos, es menor el precio en el equilibrio.
- Si los productos se diferencian mucho, mayor es el precio en el equilibrio y en tal sentido, los competidores podrían adoptar estrategias - publicitarias, por ejemplo - para convencer al consumidor que su producto es distinto del de los demás competidores.
- Si los productos no son sustitutos uno del otro, se llega a precios de monopolio.
- Cabe mencionar, que la mayoría de economistas tendió a coincidir con Bertrand en que la elección de precios era más racional que la elección de cantidades de producción, planteada por Cournot (Werden, 2004, p. 6). Así también, cabe mencionar que, si bien los postulados que hemos expuesto respecto a ambos modelos aluden a un oligopolio competitivo²², perfectamente sirven también para el caso en que los competidores hubieran decidido coludirse.

2.1.1.2.2. *El Modelo de Sweezy:*

Como un siguiente nivel en el desarrollo de la teoría de los oligopolios podemos hallar el trabajo de Sweezy, en 1939, quien introdujo la tan conocida noción de la “curva de demanda truncada”, que se produce como resultado de postular que las empresas inmersas en un oligopolio reaccionan de una forma al incremento y de otra forma a la reducción de precios (Rossenberg & O’Halloran, s.f., p. 3).

El postulado de Sweezy puede ser resumido en entender al comportamiento de la empresa en un oligopolio bajo la premisa de que, ante un incremento en el precio, la empresa corre el riesgo de perder su cuota de mercado - por lo que esta estrategia no será seguida por los competidores - y, en la misma línea, si la empresa reduce su precio para aumentar dicha cuota, aquella estrategia será replicada instantáneamente por las demás empresas para mantener su posición en el mercado por lo que, a la postre, la variación de precios no cobra mayor sentido (Rossenberg

²² Por oligopolio competitivo, hemos de entender aquél mercado donde la oferta se halla concentrada en pocas empresas, que adoptan estrategias para competir, no hallándose coludidos (Theories of Olligopoly, s.f.).

& O'Halloran, s.f., p. 3). Nótese, que desde este punto se empieza a hablar directamente de un paralelismo en los precios de los competidores, afectada por la rigidez propia de éstos en un oligopolio.

En palabras de Rossenberg & O'Halloran (s.f., p. 3), el énfasis de Sweezy en la rigidez de precios producida en los oligopolios como consecuencia de la interdependencia entre las empresas supuso un antes y un después en la investigación del fenómeno oligopólico, haciendo que las investigaciones posteriores - que analizamos a continuación - estuvieran centradas en las interacciones interdependientes entre las empresas.

2.1.1.2.3. Modelos de Coordinación Espontánea y Forzada:

De los avances teóricos producidos con posterioridad a Sweezy, hemos de destacar el de Chamberlain, citado por Werden (2004, p. 7), quien, en palabras de este autor, introduce una inyección de racionalidad al modelo de Cournot, mencionando que, donde halla tan solo un pequeño número de firmas compitiendo - oligopolio - los precios habrían de ubicarse a un nivel de monopolio, toda vez que para ninguno de ellos es una "buena idea" reducir su precio, provocando una reacción en cadena donde todos los competidores terminan cobrando menos y reduciendo su rentabilidad, en contraposición al punto en el que todos mantienen su precio en niveles supra competitivos.

En tal sentido, Chamberlain defendía que lo racional en un oligopolio era que los competidores, de manera conjunta, buscaran aumentar su rentabilidad. De Chamberlain, hemos de destacar su defensa a que este descrito paralelismo de precios en el oligopolio, no es necesariamente la consecuencia de un acuerdo entre ellos, sino a que, por la estructura del mercado, estos no pueden sino actuar de forma interdependiente (Werden, 2004, p. 7).

Dos décadas después, en 1960, Fellner, quien también defendía el postulado de Chamberlain de que los competidores en un oligopolio buscarían maximizar su rentabilidad en conjunto, aportó a esta idea la premisa de que dicho resultado tan

solo sería posible bajo ciertas condiciones, en dependencia de las diferencias habidas entre competidores respecto a sus costos y diferenciación de productos. A través de la mirada de Fellner, los competidores en un oligopolio negocian sus precios y la división de sus ganancias, no habiendo una diferencia sustancial para el mercado si éstos lo hacen directamente a través de un acuerdo o con un quasi acuerdo, entendido por este último una negociación que no requiere de contacto alguno entre los competidores (Werden, 2004, p. 8).

La diferencia entre acuerdo o quasi acuerdo, marca la delgada línea entre la colusión o una mera coordinación o paralelismo entre competidores. Para Fellner, la coordinación espontánea, no solo que era posible como un resultado natural del mercado oligopólico, sino, incluso, era inevitable. En tal sentido, el autor consideraba que legislar en contra del paralelismo era inútil pues: “No mucho se gana tratando de forzar a un grupo de oligopolistas a comportarse como si no estuvieran conscientes de la influencia de sus decisiones en la política del resto de competidores” (Werden, 2004, p. 9).

Previo a analizar el siguiente escalón en el desarrollo de las teorías del oligopolio, hemos de mencionar que hasta mediados de los 60's, muchos autores discutieron respecto de si la coordinación o paralelismo consciente entre competidores debía o no considerarse un acuerdo colusorio, alegando que, aún sin contacto, podía considerarse que existía un concierto de voluntades. Empero, aún bajo su consideración como un acuerdo, se miraba la regulación del fenómeno como inútil, ya que esta coordinación era una consecuencia inevitable del oligopolio. (Werden, 2004, p. 9 - 10).

2.1.1.2.4. George Stigler: Modelo y Crítica a Chamberlain/Fellner.

Avanzando en el tiempo, nos encontramos con la teoría del oligopolio de George Stigler, formulada en 1964 y que, aunque aceptando la premisa general de Chamberlain y Fellner de que los oligopolistas buscarían maximizar sus rentabilidades de manera conjunta, planteaba que este objetivo no era un resultado inevitable del oligopolio, sino que éste solo era plausible bajo ciertas circunstancias

(Stigler, 1964, p. 1).

Stigler introduce con su teoría un factor fundamental para el entendimiento del comportamiento en el oligopolio, tal es la capacidad de los competidores para “vigilar” las acciones de sus contrapartes. En tal sentido, Stigler sugiere que si uno de los competidores era capaz, ocultamente, de vulnerar el acuerdo o coordinación en la que todos estaban “maximizando su rentabilidad”, podría obtener mayores beneficios para sí mismo, por lo que el problema del oligopolio debía centrarse en el problema de la “vigilia del cumplimiento del acuerdo colusorio” (Werden, 2004, p. 11). En tal sentido, como menciona Werden (2004, p. 11) , el modelo de Stigler se basó en que el detectar el alejamiento de los competidores del acuerdo o coordinación - bajando en secreto sus precios - era posible si se miraba que la empresa empezaba a perder clientes o a ganar muy pocos clientes.

Por último, otra premisa fundamental del modelo de Stigler, y que se deriva inevitablemente de lo expuesto, es que a mayor número de competidores, menos posible es la “maximización conjunta de beneficios”, toda vez que se hace más difícil “monitorear” su cumplimiento de la coordinación/acuerdo.

2.1.1.2.5. *La Teoría de Juegos:*

Como un último eslabón en nuestro reducido repaso por las principales teorías del comportamiento del oligopolio, hemos de abordar a la teoría de juegos, en la cual haremos un énfasis mayor que en sus predecesoras, por la importancia que la misma ha tenido en el análisis de la teoría oligopólica en las últimas décadas.

En términos generales, podemos definir a la teoría de juegos como un marco conceptual que permite analizar, en términos matemáticos, las interacciones estratégicas entre jugadores - dígase empresas, naciones, deportistas, etc. - . En tal sentido, diremos que un juego es una situación en la cual los jugadores - en nuestro caso, empresas - toman decisiones basados en las acciones que toman los demás

jugadores (Barkley, 2021)²³.

En palabras de Werden (2004, p. 3):

Un juego se define por la manera en que los jugadores decidan o no tomar una determinada acción, por la información que los jugadores tienen de su situación y de los otros jugadores, los resultados que producen las acciones tomadas por todos los jugadores y por el concepto de equilibrio, que define la situación en la que los jugadores toman la mejor acción posible basados en los resultados que producen, lo que determina el resultado del juego.

La aplicación de la teoría de juegos al entendimiento del oligopolio, al igual que las otras teorías que sucintamente hemos expuesto, no ha estado libre de polémica, no solo en la forma en que debe aplicarse la teoría de juegos al oligopolio - y las conclusiones que dicho abordaje aporta respecto del comportamiento de las empresas inmersas en él - sino también, de plano, en cuánto debe o no ser tomada en cuenta como marco teórico para analizar este fenómeno. Exponemos ambas disyuntivas a continuación:

- Respecto del primer debate - cómo aplicar la teoría de juegos respecto del oligopolio y qué explica dicha aplicación - existen dos posturas marcadas:
 - 1) por un lado, están quienes defienden que el fenómeno oligopólico debe ser analizado bajo el contexto de one shot - games²⁴, en tanto se considera que la reiteración infinita de un mismo escenario entre competidores es irreal, y que los modelos de juegos repetidos no toman en cuenta aspectos

²³ Conceptos similares de la teoría de juegos pueden ser hallados en Zapardiel (2014, p.3) quien cita a Rufasto (2003): “La Teoría de los Juegos “es una clase de análisis matemático que permite predecir cuál será el resultado más probable en una disputa entre dos individuos”; y a Bercoff y otros (2003) quienes mencionan que ésta: “es una manera formal de analizar la interacción entre dos o más agentes racionales que interactúan en forma estratégica”.

²⁴ Pindyck y Rubinfeld mencionan que los juegos individuales o singulares se distinguen de los juegos repetidos en tanto en los primeros, las decisiones estratégicas y las ganancias que se obtienen como resultado del juego ocurren una sola vez (Zapardiel, 2014, p.11)

dinámicos de la competencia, como el aprendizaje o formas de comunicación que puede haber entre los competidores (Werden, 2004, p. 49); 2) por otro lado, están quienes defienden que la teoría de juegos debe ser aplicada al estudio del oligopolio en base a juegos dinámicos o repetidos, mismos que sostienen que el mercado supone una serie de interacciones reiteradas entre las empresas, por lo que sería absurdo aplicar los principios y estrategias de los one - shot games (Dibadj, 2010, p. 609). La diferencia entre adoptar la una u otra postura es relevante, sobre todo porqué los juegos dinámicos/repetidos/infinitos, ilustran cómo “en un contexto de interacciones repetidas, las empresas suspenden la competencia y se coluden, colusión que puede ser tácita” (Mezzanotte, citado por Dibadj, 2010, p. 610). Como alude Dibadj (2010, p. 610): “una nueva generación de teóricos de juegos demostraron que la racionalidad²⁵ en el largo plazo es suplantar la competición con cooperación”.

- En cuanto al segundo debate - si debe o no la teoría de juegos tomarse en cuenta para analizar el fenómeno oligopólico -, como podrá anticipar el lector del propio planteamiento de la disyuntiva, las posturas son radicales, teniendo: 1) por un lado, autores como el tan aludido Werden (2004, p. 1 - 90) que menciona que la teoría de juegos es la única explicación racional al fenómeno oligopólico, por lo que no puede mirarse al fenómeno con una perspectiva actual si no es a través de la teoría de juegos²⁶; 2) por otro lado, una renovada mirada en el fenómeno del oligopolio ofrecida por autores como Dibadj (2010, p. 610) - a la cual el lector, podrá apreciar, nos acogemos en el tercer capítulo - critican a la teoría de juegos por su indeterminación, derivada de la imposibilidad de tomar en cuenta todas las variables que pueden afectar la interacción de las empresas en un oligopolio, al construir un modelo que trate de explicarlos. Como menciona Wiley, citado por Dibadj (2010, p. 611) podemos hallarnos ante juegos infinitos

²⁵ Se ha de entender el término como la estrategia racional en el juego.

²⁶ Hemos de especificar, que el autor defiende, en particular, la aplicación de los principios de los *one shot games* para el entendimiento del oligopolio. En palabras del autor: “Los economistas creen que los modelos de *one shot games* aplicados al oligopolio proveen útiles, aunque imperfectas, predicciones sobre el comportamiento de las empresas inmersas en oligopolios de la vida real y, por lo tanto, explican los niveles de precios y ganancias observados en los oligopolios reales” (Werden, 2004, p. 44).

donde un factor exógeno termine con la repetición luego de una determinada ronda, juegos finitos donde los jugadores desconocen cuántos juegos quedan, entre otras innumerables variables no consideradas en los modelos de la teoría - y de muy difícil inclusión -.

2.1.1.2.6. *La Ausencia de una “Teoría del Todo”.*

Creemos, que de la misma forma que los físicos teóricos han fracasado en encontrar una teoría que unifique todas las fuerzas del universo y explique todos los fenómenos que en él acaecen, los economistas de los últimos dos siglos se han visto vencidos ante la titánica tarea de crear un modelo que pueda explicar, para cada manifestación de la realidad, el funcionamiento del fenómeno oligopólico, partiendo ya, de que aquella pretensión no parece ser posible.

En tal línea, se vuelve trascendental para la defensa de nuestra tesis afirmar que las actuaciones de competidores inmersos en un oligopolio pueden ser tan variadas en dependencia de los factores que acompañan el caso en concreto, que es imposible afirmar categóricamente, desde el marco de una teoría “absoluta”, que un fenómeno de paralelismo consciente en precios sea o no el resultado de una colusión entre competidores.

Como menciona Baye, citado por Rossenberg & O’Halloran (s.f., p. 2), las denominadas “teorías” del oligopolio, no son sino modelos que explican cómo en un determinado mercado, las empresas pueden competir en base a la fijación de precios, de cantidades de producción, de investigación, etc., lo cual explica el por qué no existe una teoría unificada del fenómeno oligopólico. En la misma línea, menciona Dibadj (2010, p. 24), que incluso el mejor trabajo económico en materia de paralelismo consciente refleja un estudio econométrico, más no una gran teoría y en tal sentido, el estudio de casos individuales es inevitable al lidiar con el fenómeno. En palabras de Fisher, citado por Dibadj (2010, p. 25): “la facilidad con la que puede o no surgir un fenómeno de paralelismo consciente dependerá siempre de la situación en la que se hallan inmersos los oligopolistas (...) en tal sentido, tratar de crear un paradigma que abarque todas las posibles situaciones, ha sido en

realidad irrelevante para el mundo real”.

Cabe mencionar, que la conclusión expuesta es de inevitable adopción incluso por los más fehacientes defensores de una u otra de las teorías que hemos discutido. Hasta el mismo Werden (2004, p. 88), quien propugna con sostenida fuerza a favor de los avances de la teoría de juegos para explicar el fenómeno oligopólico, admite que los expertos económicos de la teoría moderna²⁷, aún llevando a cabo rigurosos análisis, pueden llegar a conclusiones distintas ante el análisis de la misma evidencia cuando se trata de determinar si los fenómenos de un mercado son naturales o resultado de una colusión directa, mencionando que: poniendo énfasis en modelos de juegos repetidos, algunos economistas pueden creer que el paralelismo de precios surge sin necesidad de acuerdos directos, mientras que si se adopta el modelo de Stigler y el dilema del Prisionero, se podría pensar que esta coordinación de precios es extraña y más bien, evidencia la existencia de un acuerdo.

En tal sentido, hemos de reafirmar nuestra defensa a la ausencia de una teoría del todo cuando de la explicación del fenómeno oligopólico se trata.

2.2. Entonces: ¿Es el paralelismo consciente un fenómeno natural de los mercados oligopólicos o inevitablemente colusorio?

Hemos de terminar este apartado concluyendo con la respuesta a la pregunta que le dio inicio, aunque ya el lector podrá hacerse a la idea de nuestra conclusión en base a los elementos que hemos aportado.

En tal sentido, hemos de reafirmar que no existe una teoría del oligopolio que abarque todas las variables que en el caos de un mercado real pueden presentarse para explicar, de manera categórica, qué tipo de comportamiento ha de esperarse de los competidores inmersos en un oligopolio.

²⁷ El autor se refiere a la teoría de juegos como teoría moderna del oligopolio.

En consecuencia, la afirmación sin matices de que el paralelismo consciente es siempre resultado de un contacto ilegal entre competidores o una consecuencia natural del mercado, sería irresponsable y apartada de lo que la teoría económica es capaz de explicar actualmente.

A pesar de ello, no podríamos negar que la mayoría de modelos económicos - Sweezy, en cuanto al paralelismo en caso de reducciones de precios, Chamberlain y Fellner, y la aplicación de los esquemas de juegos repetidos al análisis del oligopolio, por nombrar algunas - admiten, de una manera u otra que, en determinadas circunstancias, los competidores pueden coordinar su conducta, aún en ausencia de un acuerdo expreso. Es decir que, en algunos casos, la estructura propia de ciertos oligopolios - concentración de la oferta en pocos competidores, interdependencia, transparencia de información, barreras de entrada, productos sustituibles - parecería ser per sé una explicación plausible - y alternativa a la colusión directa - de la coordinación de conductas entre competidores o paralelismo consciente.

Finalmente, como insistimos al lector en líneas anteriores, la tipificación administrativa y sanción del paralelismo consciente como una especie de práctica colusoria por objeto en el caso ecuatoriano, habría de justificarse tan solo si tuviera sustento en una teoría económica absoluta que probare que el mentado fenómeno es, siempre y en todos los casos, el resultado del contacto ilegal entre competidores, tesis que queda descartada, siendo la regulación de éste en nuestro país un error conceptual cuyos problemas analizamos en el capítulo tercero.

3. REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS EN EL DERECHO COMPARADO:

Una vez que hemos esclarecido las posturas económicas frente a la naturaleza del paralelismo consciente, resulta conveniente analizar el tratamiento que distintas jurisdicciones alrededor del mundo le dan al paralelismo consciente; resaltando que,

todas ellas, a excepción de la colombiana, acogen el criterio de que es una conducta que no debe ser sancionada.

Específicamente, analizaremos sentencias relevantes de Estados Unidos, Europa, Perú, y Colombia, mismas que han desarrollado a profundidad el criterio jurisprudencial que cada uno de estos ordenamientos jurídicos tiene respecto del paralelismo consciente. A más de ello, haremos una breve referencia a las legislaciones argentina, chilena y brasileña, que resultan relevantes sobre todo debido a que ninguna de ellas sanciona al paralelismo como un tipo de acuerdo anticompetitivo, y que más bien se refieren a ellas como **una de las pruebas para demostrar la existencia de un cartel, sin que sean ni la única ni la más importante prueba para ello.**

3.1. Estados Unidos

Los Estados Unidos, como pioneros en la materia, han sentado varios precedentes jurisprudenciales respecto del tratamiento que debe dársele a las prácticas conscientemente paralelas, entre las más relevantes tenemos al caso *Brooke Group Ltd. v. Brown Williamson Tobacco Corp.* de 1993 y al *Text Messaging Antitrust Litigation* del 2015.

A continuación, se detallan las cuestiones más relevantes de cada uno de estos casos.

3.1.1 Brooke Group Ltd. v. Brown Williamson Tobacco Corp

En 1993 la Corte Suprema decidió el caso *Brooke Group*, donde se juzgó la guerra de precios de cigarrillos entre las compañías Liggett y Brown & Williamson (B & W).

Como antecedente, cabe resaltar que, la fabricación de cigarrillos fue durante mucho tiempo una de las industrias más concentradas de Estados Unidos y, durante décadas, la producción estuvo dominada por seis empresas incluyendo a dos de las litigantes involucradas en este caso. Pero además de ser un mercado altamente concentrado, era también uno de los más rentables. Sin embargo, en 1980, las tendencias generales del mercado estaban trabajando en contra de la industria de cigarrillos. La demanda general de cigarrillos en los Estados Unidos estaba disminuyendo y no existía ninguna perspectiva inmediata de recuperación. Esta disminución de la demanda, junto con otros efectos de la competencia no relacionada con los precios, tuvo un impacto negativo severo en Liggett que alguna vez fue una fuerza importante en la industria, con cuotas de mercado superiores al 20%; a raíz de esta crisis, la cuota de mercado de Liggett disminuyó a un poco más del 2%. Con esta exigua participación en el mercado, Liggett estuvo a punto de quebrar. En este contexto, Liggett dio un paso inusual para revivir su negocio y sus ganancias y desarrolló una línea de cigarrillos genéricos black and white. Cuando se introdujo en 1980, los black and white se ofrecieron a los consumidores a un precio de venta aproximadamente un 30% más bajo que el precio de venta de los cigarrillos de marca a precio completo. A medida que se expandía el mercado de cigarrillos genéricos de Liggett, las otras compañías de cigarrillos se vieron incapaces de ignorar el segmento económico y poco a poco se fueron introduciendo en el mercado de los black and white, y tal fue el caso de el demandado Brown & Williamson (B&W).

Al presentar la demanda, la compañía Liggett alegó que Brown & Williamson (B&W) habrá incurrido en una supuesta violación de la sección 2 de la Sherman Act, y la sección 2 de la Robinson Patman Act²⁸, según la cual, resulta ilegal la venta de un mismo producto a diferentes precios, orientado a crear o fortalecer un

²⁸ La Ley Robinson-Patman, según sus términos, condena la discriminación de precios sólo en la medida en que amenace con dañar la competencia. Un reclamo de daño competitivo de primera línea bajo ésta Ley, el tipo alegado en este caso, es del mismo carácter general que un reclamo de fijación de precios predatorios según el Art. 2 de la Ley Sherman, que contempla el supuesto de que un rival comercial ha fijado el precio de sus productos de manera injusta con el objeto de eliminar o retrasar la competencia y, por lo tanto, ganar y ejercer control sobre los precios en el mercado relevante. El caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685, determinó que en estas denuncias, el denunciante debe probar (1) que los precios de los que se queja están por debajo de una medida adecuada de los costos de su rival y (2) que el competidor que ha incurrido en dicha práctica, tenía una proyección razonable de recuperar su inversión en precios por debajo del costo.

oligopolio (Pozo Vintimilla, 2016, p.32). Liggett sostenía que Brown & Williamson redujo los precios de los cigarrillos genéricos por debajo del costo y ofreció descuentos discriminatorios por volumen a los mayoristas para obligar a Liggett a aumentar sus propios precios de cigarrillos genéricos e introducir precios de oligopolio en el segmento económico. Según Liggett, estos precios por debajo del costo no eran promocionales, sino que tenían la intención de presionarlo para que aumentará los precios de sus cigarrillos genéricos, de modo que se redujera la diferencia de precio porcentual entre los cigarrillos genéricos y los de marca.

En este caso, la Corte Suprema **determinó que el mero paralelismo de precios en mercados oligopólicos no puede ser considerado como una práctica ilegal, toda vez que su existencia es una consecuencia natural del mercado y no el resultado de una colusión entre los agentes, considerando además que el paralelismo de precios constituye, en este caso, un comportamiento racional y unilateral de los agentes del mercado, quienes debían adaptar sus conductas a las de sus competidores**, pues al encontrarse en un ambiente tan interdependiente, el no seguir políticas iguales o similares que las de los otros agentes sería más bien perjudicial para los consumidores.

Este razonamiento se ve reflejado en los siguientes apartados de la sentencia en cuestión:

(...) Incluso en un mercado oligopolístico, cuando una empresa baja sus precios a un nivel competitivo para demostrarle a un disidente del cartel la falta de rentabilidad de desviarse del grupo, sería [509 U.S. 209, 224] ilógico condenar la reducción de precios, pues las leyes antimonopolio serían un obstáculo para la inevitable ruptura de los precios del oligopolio y el inicio de la competencia.

Incluso si el efecto final del recorte es inducir o restablecer precios supra competitivos, desalentar un recorte de precios y obligar a las empresas a

mantener precios supra competitivos, privando así a los consumidores de los beneficios de precios más bajos en el ínterin, no constituye una política antimonopolio sólida. Cf. Areeda & Hovenkamp § 714.2d 714.2f; Areeda & Turner, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, 88 Harv.L.Rev. 697, 708-709 (1975); Posner, Ley antimonopolio: una perspectiva económica, en 195, n. 39.

(Subrayado en negrita es propio)

En el caso en concreto, además, Liggett no alega que Brown & Williamson trató de sacarlo del mercado al mantener precios demasiado bajos, sino que alega que Brown & Williamson trató de preservar las ganancias supra competitivas en los cigarrillos de marca presionando a Liggett para que aumentara los precios de sus cigarrillos genéricos a través de un proceso de colusión tácita con las otras compañías de cigarrillos. Debido a ello, la Corte procedió a tratar la figura de la colusión tácita, y la define de la siguiente manera:

La colusión tácita, a veces llamada coordinación de precios oligopólica o **paralelismo consciente, describe el proceso, que no es ilegal en sí mismo, por el cual las empresas en un mercado concentrado podrían en efecto compartir el poder de monopolio, fijando sus precios en un nivel supra competitivo que maximice las ganancias al reconocer sus intereses económicos compartidos y su interdependencia con respecto a las decisiones sobre precios y producción.** (Ver 2 Areeda & Turner § 404; Scherer & Ross 199-208).”

(...) Las empresas que buscan recuperar pérdidas, originadas por fijar precios por debajo del costo, a través del paralelismo consciente del oligopolio, **deben confiar en señales inciertas y**

ambiguas para lograr una acción concertada. Las señales están sujetas a malas interpretaciones y son un medio impreciso de garantizar una cooperación fluida [509 U.S. 209, 228], especialmente en el contexto de circunstancias de mercado cambiantes o sin precedentes. **Esta práctica anticompetitiva es muy difícil de componer y ejecutar, incluso para un oligopolio disciplinado.**

(...) La situación a la que se enfrentan las compañías de cigarrillos en la década de 1980 habría hecho inmanejable esa coordinación tácita. **La coordinación tácita se ve facilitada por un entorno de mercado estable, productos fungibles y un pequeño número de variables en las que pueden centrarse las empresas que buscan coordinar sus precios.** (Ver en general Scherer & Ross 215-315; 6 P. Areeda, supra, §§ 1428-1430). **La incertidumbre es el mayor enemigo de un oligopolio.** Sin embargo, en 1984, el mercado de los cigarrillos se encontraba en un evidente estado de cambio. La introducción de cigarrillos genéricos en 1980 representó la primera competencia seria de precios [509 U.S. 209, 239] en el mercado de cigarrillos desde la década de 1930. (Véase Scherer y Ross 250-251; aplicación. 128). Esta evolución estaba destinada a desestabilizar las expectativas y patrones de conducta del mercado anteriores y reducir la capacidad de las empresas de cigarrillos para predecir el comportamiento de las demás.

El mayor número de tipos de productos y variables de precios también disminuyó la probabilidad de precios paralelos efectivos.

(...) **Para coordinarse de manera efectiva y eliminar la competencia de precios, las tabaqueras se habrían visto obligadas, sin comunicarse, a establecer prácticas paralelas**

respecto de cada una de estas variables, muchas de las cuales, como los stickers o cupones de consumo, eran difíciles de monitorear. Liggett ni siquiera ha alegado un comportamiento paralelo con respecto a estas otras variables, y las limitaciones inherentes a la colusión tácita sugieren que tal coordinación multivariable es improbable. Ver R. Dorfman, *The Price System* 99-100, y n. 10 (1964); Scherer y Ross 279. (*Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 113 S.Ct. 2578 (1993))

(Subrayado en negrita es propio)

CONCLUSIÓN: Este precedente jurisprudencial, deja claramente sentado que el paralelismo consciente, no es por sí solo ilegal; sino que requiere de múltiples factores adicionales del mercado en el que se produce para poder ser considerado como una práctica anticompetitiva; no solo eso, sino que también evidencia la dificultad probatoria que tiene el demostrar un paralelismo de precios consciente en un mercado oligopólico, pues este tipo de conductas se consideran connaturales a este tipo de mercados, y por lo tanto, debe ser demostrado fehacientemente que la colusión es la única respuesta lógica para poder entender un paralelismo de precios, y que éste no se debe a otro tipo de factores o a decisiones unilaterales de los competidores que evidencian que fijar un determinado precio similar al de sus competidores es la única forma de mantener sus ganancias y seguir compitiendo. Nótese, que la Corte Suprema expresamente habla del paralelismo consciente como una consecuencia **natural** del mercado, que resulta de la actitud racional y unilateral de competidores interdependientes, postulados que acogen, de gran manera, la teoría económica de Chamberlain expuesta con anterioridad.

3.1.2 Text Messaging Antitrust Litigation .

Este caso se originó a raíz de una demanda colectiva presentada por varios consumidores ante un tribunal federal de Chicago en contra de varias entidades que vendían servicios de mensajería de texto, alegando que existieron violaciones de la ley federal antimonopolio (Sherman Act). Los consumidores

alegaron que los vendedores conspiraron para fijar los precios de los servicios de mensajería de texto, pues todos pertenecían a una asociación comercial e intercambiaban información sobre precios directamente en las reuniones de la asociación.

Para fundamentar su demanda, los accionantes se basaron en el caso *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 127 S.Ct. 1955, 167 L.Ed.2d 929 (2007) (en adelante “*Twombly*”) en el cual, los demandantes alegaban que las compañías telefónicas demandadas que eran las sucesoras de Bell Operating Companies (que ATT se había visto obligada a vender como parte del acuerdo en una demanda antimonopolio presentada por el gobierno en su contra), estaban involucradas en un "comportamiento paralelo". Concretamente, no estaban compitiendo. Pero la sección 1 de la Ley Sherman, bajo la cual se presentó la demanda, no exige exactamente que los agentes económicos compitan; simplemente prohíbe cualquier acuerdo o conspiración de los agentes para no competir.

Sin embargo, tal y como lo señaló el Tribunal en *Twombly*, **una demanda que únicamente alega un comportamiento paralelo está alegando simplemente hechos que son consistentes tanto con una inferencia de que los demandados están conspirando como con una inferencia de que las condiciones de su mercado les han permitido evitar competir sin tener que aceptar no competir.** Es decir, las alegaciones centrales de la demanda en *Twombly* eran simplemente que:

En ausencia de una competencia significativa entre los competidores en su mercado, y en vista de la conducta paralela que cada uno tomó para evitar la competencia de [otros agentes] dentro de sus respectivos mercados locales de servicios telefónicos y/o de Internet de alta velocidad y los demás hechos y circunstancias del mercado alegados anteriormente, los demandantes alegan, sobre la base de información y creencia de que [los demandados] han celebrado un contrato, que ha existido una conspiración para evitar la entrada competitiva en sus

respectivos mercados locales de telefonía y/o servicios de Internet de alta velocidad y han acordado no competir entre sí y, asignarse clientes y mercados entre sí de otro modo. (Text Messaging Antitrust Litigation, 630 F.3d 622, 627 (7th Cir. 2010))

La Corte se pronunció respecto de estas alegaciones indicando que **el comportamiento paralelo es anómalo en un mercado competitivo, y por lo tanto, es un síntoma de fijación de precios, aunque por sí solo no es prueba de ello; y más bien necesita de otros elementos como una estructura de la industria que facilita la colusión para que constituya evidencia de apoyo de la colusión.** (Text Messaging Antitrust Litigation, 630 F.3d 622, 627 (7th Cir. 2015)). En este sentido, la Corte reconoció que los accionantes sí alegaron, como elemento adicional, que los demandados pertenecían a una asociación comercial e intercambiaban información de precios directamente en las reuniones de la asociación. Esta alegación, según la Corte **identifica una práctica, que aunque no es ilegal en sí misma, sí facilita la fijación de precios y que, de otro modo sería difícil de detectar para las autoridades.** (Text Messaging Antitrust Litigation, 630 F.3d 622, 627 (7th Cir. 2015)). Sin embargo, para la Corte, lo que faltó en el alegato de la acusación, tal como lo alegaron los acusados, **fue la prueba irrefutable en un caso de fijación de precios: pruebas directas,** no obstante, reconoce que la evidencia directa de conspiración **no es una condición sine qua non, pues la evidencia circunstancial sí puede establecer una conspiración antimonopolio** tal y como se determinó en casos como Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp; Miles Distributors, Inc. v. Specialty Construction Brands, Inc.; Craftsmen Limousine, Inc. v. Ford Motor Co., entre otros.

(Subrayado en negrita es propio)

CONCLUSIÓN: En este caso, la Corte es concordante con precedentes anteriores en el sentido de que el paralelismo consciente es un indicio de una práctica anticompetitiva, pero que debe necesariamente ir acompañado de otros indicios o pruebas directas que resulten suficientes para demostrar la existencia de una conspiración anticompetitiva. Incluso es importante resaltar que en este caso, existía prueba irrefutable de un contacto directo y constante entre los agentes económicos, lo que podría haber facilitado la colusión; pero ni aún eso

resultó suficiente para que el Tribunal condene a los demandados. Esto pone en evidencia la enorme dificultad probatoria que conlleva demostrar la existencia de una colusión, teniendo como indicio principal únicamente al paralelismo de precios, que como se ha visto, no es por sí mismo una práctica anticompetitiva, y puede deberse a múltiples factores del mercado que no necesariamente responden a una colusión entre competidores. Nuevamente, la Corte, adopta una postura en el ámbito económico que reconoce la posibilidad de que el mercado, per sé, por sus condiciones particulares, pueda permitir a los competidores adoptar una conducta paralela sin que medie un pacto colusorio, postura que nuevamente se alinea con los **modelos de Coordinación espontánea y forzada** que, como vemos, han influido de sobremanera en los precedentes estadounidenses.

3.2. Unión Europea.

El Derecho de la Competencia en Europa empieza a tener relevancia de la mano del Tratado de Roma de 1957 por el que se crea la entonces denominada Comunidad Económica Europea (CEE), que hoy conocemos como Unión Europea (UE). Las normas de competencia de la UE pueden ser invocadas por las empresas y ciudadanos europeos ante los Tribunales y autoridades de competencia nacionales, sin necesidad de que su contenido haya sido incorporado a las legislaciones nacionales.

A continuación analizaremos dos casos importantes conocidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han marcado un hito en cuanto al tratamiento que debe dársele a las prácticas conscientemente paralelas en la legislación comunitaria: el primero es el caso “Suiker Unie y otros” del año 1975 y el segundo es el conocido caso “Wood Pulp” o “Pulpa de Madera” de 1993.

3.2.1. Coöperatieve vereniging ”Suiker Unie“ UA y otros vs. Comisión (1975)

Es un caso de gran relevancia para el tema que nos compete, pues en Coöperatieve vereniging “Suiker Unie“ UA y otros vs. Comisión, el TJUE resolvió que: la exigencia de adoptar en forma autónoma las decisiones que incidan en aspectos esenciales de competencia en los mercados no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores”.

El precedente que sentó el TJUE en este caso configura el test legal de lo que constituye una práctica concertada. Pues el Tribunal ha sido claro al indicar que:

(...) 173 Considerando que los criterios de coordinación y cooperación aceptados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lejos de exigir la elaboración de un verdadero «plan», deben entenderse a la luz de la concepción inherente a las disposiciones del Tratado relativas a la competencia, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado común, incluida la elección de los destinatarios de sus ofertas y ventas;

174 que, si bien es verdad que **esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores. se opone sin embargo rigurosamente a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores que tengan por objeto o efecto bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado; (...)**

(Subrayado en negrita es propio)

A más de dicho criterio sentado por el TJUE en la sentencia, el documento contiene las conclusiones del abogado general del TJUE, el Sr. Henri Mayras, presentadas el 16 y 17 de junio de 1975, respecto del caso en cuestión, considera

que:

(...) **la comprobación de comportamientos comunes o paralelos de las empresas no puede bastar, por sí sola, para caracterizar una práctica concertada. Es preciso además que dichos comportamientos no sean consecuencia de la estructura o de las circunstancias económicas del mercado**²⁹. En el caso Imperial Chemical Industries (48/69,- Rec. p. 619), el Tribunal de Justicia Europeo, de fecha 14 de julio de 1972 que explica claramente que: **«si bien un paralelismo en el comportamiento no puede identificarse por sí solo con una práctica concertada, puede ser sin embargo un indicio serio de ésta, cuando aboca a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado**, en atención al tipo de productos, a la importancia y al número de empresas y al volumen de dicho mercado.

(Subrayado en negrita es propio)

CONCLUSIÓN: Con este precedente, podemos determinar claramente que tanto Europa como estados Unidos, han mantenido criterios similares respecto del tratamiento de las prácticas conscientemente paralelas, entendiendo que estas, no son anticompetitivas per se; y que, son un indicio de una práctica concertada, siempre y cuando dicho fenómeno (el paralelismo) no tenga otra explicación lógica que responda a la estructura o características del mercado, y que únicamente pueda ser consecuencia de una concertación entre competidores.

3.2.2. Wood Pulp o Caso Pulpa de Madera (Ahlstrom ante Others v. Commission)

El caso Wood Pulp II (1993), es un caso de extrema importancia en la jurisprudencia comunitaria respecto del derecho de competencia, pues a raíz de esta resolución se **determinó que la colusión tácita o paralelismo consciente está fuera del alcance del artículo 101 del TFUE**.

²⁹ Nótese que, nuevamente, nos hallamos ante un precedente jurídico que considera que en determinados casos concretos, el mercado puede permitir un fenómeno de paralelismo consciente que no derive de un pacto colusorio.

El 19 de diciembre de 1984 la Comisión Europea encontró a cuarenta y un productores (no comunitarios) de pulpa de madera y dos de sus asociaciones comerciales en violación del actual artículo 101 del TFUE. Las infracciones incluían una serie de intercambios de información respecto de los precios dentro del mercado de la pulpa de madera. El artículo en cuestión prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto la prevención, restricción o distorsión de competencia dentro del mercado de la Comunidad.

En la época en que tuvieron lugar los hechos, más de cincuenta empresas comercializaban pasta de madera dentro de la Comunidad Europea; si bien la mayor parte de ellas estaban establecidas en Canadá, Estados Unidos, Suecia y Finlandia, realizaban sus ventas por medio de filiales, agencias y sucursales establecidas en la Comunidad y un mismo agente trabajaba a menudo para varios productores.

En este caso, existió una decisión de la Comisión Europea que sancionaba a las empresas por haber incurrido en prácticas anticompetitivas de fijación de precios; los productores de pulpa de madera impugnaron esta decisión ante el TJUE, quien procedió a resolver dicha impugnación en cada uno de los cargos alegados, que son varios; no obstante, lo que más nos interesa para el objeto de este trabajo, es lo indicado por el TJUE al momento de resolver respecto de las consideraciones de la Comisión que determinaron que **(i)** el anuncio de precios constituía una violación al artículo 85 del Tratado (actualmente 101); y, **(ii)** que el sistema de anuncios de precios constituye el indicio de la existencia de una concertación previa.

Al respecto del primer punto, la Comisión consideraba que *el sistema fue instaurado deliberadamente por los productores de pasta para poder conocer los precios que serían aplicados por sus competidores (...) dejaba a los demás productores un plazo suficientemente largo para anunciar, ellos mismos, precios nuevos y análogos, (...) provocando la transparencia artificial del mercado, al permitir a los productores hacerse una idea correcta y rápida de los precios fijados*

por sus competidores.

Ante esto, el TJUE discrepó con el razonamiento de la Comisión pues consideró que:

(...) 64 las comunicaciones consisten en los anuncios de precios que se hicieron a los usuarios. Dichas comunicaciones no constituyen, de por sí, una actuación en el mercado que pueda reducir la incertidumbre de cada empresa sobre la actitud que adoptarán sus competidores. En efecto, en el momento en que cada empresa efectúa tales comunicaciones, no tiene ninguna seguridad acerca del comportamiento que adoptarán las demás.

65 En consecuencia, procede considerar que el sistema de anuncios trimestrales de precios, vigente en el mercado de la pasta, no constituye, en cuanto tal, una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

En lo concerniente al segundo punto, esto es, que el sistema de anuncios de precios constituye el indicio de la existencia de una concertación previa, mismo que es tratado en el apartado 82 de la Decisión de la Comisión, en el que afirma que, para demostrar la existencia de la concertación, se basó en el paralelismo de comportamiento observado entre los productores de pasta durante el período 1975 a 1981, así como en diversos tipos de intercambios directos o indirectos de informaciones.

No obstante de lo alegado por la CE, que el TJUE consideró que la Comisión no disponía de documentos que acrediten directamente la existencia de una concertación entre los productores interesados, y creyó preciso comprobar si el sistema de anuncios trimestrales de precios, la simultaneidad de los anuncios de precios y el paralelismo de los precios anunciados observado durante el período de 1975 a 1981, constituyen un conjunto de indicios serios, precisos y concordantes de la existencia de una concertación previa.

El TUJE en este punto sienta un precedente realmente importante, pues al analizar esta cuestión determina que:

71 Con objeto de pronunciarse sobre el valor probatorio de estos elementos, **procede recordar que una conducta paralela sólo puede ser considerada como prueba de la existencia de una concertación, si dicha concertación constituye su única explicación plausible.** En efecto, es preciso tener en cuenta el hecho de que, **si el artículo 85 del Tratado prohíbe toda forma de colusión que pueda falsear el juego de la competencia, no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento real o previsible de sus competidores** (véase la sentencia Suiker Unie/Comisión, antes citada, apartado 174).

72 En consecuencia, en el presente asunto, **procede comprobar si el paralelismo de comportamiento alegado por la Comisión no puede explicarse sino por la concertación, habida cuenta de la naturaleza de los productos, de la importancia y del número de las empresas, y del volumen del referido mercado.**

(...) 3. Conclusiones

126 Para concluir esta exposición, procede observar que, en **el presente caso, la explicación del paralelismo de comportamiento por la existencia de una concertación no es la única plausible.** En primer lugar, se puede considerar que el sistema de anuncios de precios aporta una respuesta racional al hecho de que el mercado de la pasta era un mercado a largo plazo y a la necesidad que experimentaban, tanto los compradores como los vendedores, de reducir los riesgos comerciales. Por otro lado, la analogía de las fechas de los anuncios de precios puede ser considerada como una consecuencia directa de la gran transparencia del mercado, que no debe ser calificada de artificial. **Por último, el paralelismo de los precios y su evolución encuentran una explicación**

satisfactoria en las tendencias oligopolísticas del mercado, así como en las circunstancias particulares de determinados períodos. En consecuencia, el paralelismo de comportamiento observado por la Comisión no puede constituir la prueba de la existencia de la concertación.

(Subrayado en negrita es propio)

CONCLUSIÓN: Como podemos ver, tanto el sistema Estadounidense como el Europeo, hacen una clara distinción entre prácticas concertadas y paralelismo consciente (o prácticas conscientemente paralelas). En el caso Estadounidense, el paralelismo es un mero indicio de una posible concertación, pero que por sí solo no es anticompetitivo o ilegal, y que necesariamente debe ir acompañado de otros indicios para poder generar una convicción de que efectivamente los competidores están concertando precios; es decir, ni siquiera es una prueba determinante y con suficiente peso probatorio para, por sí sola, demostrar la existencia de una concertación. Por su parte, el sistema europeo de derecho de la competencia mantiene el mismo criterio de que el paralelismo consciente no puede ser considerado como prueba suficiente de una concertación, pues se tiene en cuenta que *los agentes también cuentan con la posibilidad de acomodarse racional y unilateralmente a la conducta de sus competidores en escenarios en los que resulta estratégica esta adaptación.*

Sin embargo, en el sistema europeo, el análisis de los comportamientos paralelos como una práctica anticompetitiva solo procede **si existen pruebas suficientes** sobre la intención cooperativa o **de concertación de los agentes.** Es decir, el mero paralelismo, entendido como el comportamiento económico estratégico de los agentes en determinado mercado, no es suficiente para probar una tendencia colusoria o una conducta restrictiva de la competencia. (Iregui Tarquino, 2019, p.31-32).

Los sistemas de derecho hasta ahora analizados coinciden en que el paralelismo muchas veces puede deberse a un comportamiento interdependiente de los agentes económicos para adaptarse a las acciones competitivas de otros competidores como

una consecuencia inevitable, o por lo menos, posible, de la estructura del mercado en la que se encuentran. (Iregui Tarquino, 2019, p.31-32).

Sin embargo, es posible observar que, mientras en Estados Unidos, es cada vez menos común el sancionar a las prácticas conscientemente paralelas como un comportamiento anticompetitivo, en Europa, tienden a ser más preventivos al establecer que, si bien el paralelismo no constituye una práctica concertada en sí misma, es procedente probar que la única posible explicación de la presencia de dicho paralelismo, es que haya existido concertación entre los agentes; pero en tal caso, y en nuestra opinión, lo que se estaría sancionando sería la concertación como tal, demostrada a través del paralelismo, más no el paralelismo como tal.

Éste último punto es esencial, pues nos deja claro, que en ninguna de las legislaciones citadas se sanciona directamente a las prácticas conscientemente paralelas, si no que lo que en última instancia se prohíbe y se castiga son las prácticas concertadas o cualquier otro tipo de colusión que pueda evidenciarse con ayuda de indicios como el paralelismo.

3.3. Colombia

Para aterrizar un poco más en el contexto latinoamericano, conviene analizar el tratamiento que la legislación colombiana le da al paralelismo consciente, siendo Colombia el país de América Latina con más decisiones sobre prácticas conscientemente paralelas, y del cual hemos tomado mucha de la normativa de derecho de competencia vigente en nuestro país.

Es así que en Colombia, el Decreto 2153 de 1992, que es por medio del cual se reestructura la SIC - ente rector en materia de competencia -, determina en su Artículos 44 y 45 que:

*Art. 44.- **Ámbito Funcional.**- La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.*

*Artículo 45. **Definiciones.**- Para cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:*

*1. **Acuerdo:** Todo contrato, convenio, concertación, **práctica concertadas o conscientemente paralela** entre dos o más empresas.*

(Subrayado en negrita es propio)

Es decir, no cabe duda que en Colombia, al igual que en el Ecuador, la legislación prohíbe expresamente las prácticas conscientemente paralelas. Además, como ya vimos en líneas anteriores, lo más probable es que el concepto haya migrado directamente desde la legislación colombiana a la ecuatoriana durante el desarrollo del proyecto de ley para la ahora LORCPM. Pero, en Colombia a diferencia de en el Ecuador, éstas han sido prohibidas desde finales del siglo pasado y su conceptualización y valoración probatoria ha ido cambiando con el paso del tiempo, y la figura ha sido analizada y utilizada constantemente; mientras que en el país no tenemos muchas referencias respecto del paralelismo ni de su tratamiento.

Cabe resaltar que en la legislación colombiana, la interpretación del paralelismo gira en torno a dos conceptos medulares: (i) la coincidencia en el comportamiento (elemento paralelo) y (ii) el ambiente colaborativo entre competidores (elemento consciente) del cual surge esta coincidencia (Iregui Tarquino, 2019, p.33).

Como lo expresa Nicolás Iregui Tarquino (2019) tanto la SIC como organismo administrativo de control de la competencia en Colombia, y el Consejo de Estado

como máximo órgano jurisdiccional con la facultad de revisar las decisiones administrativas, han variado en su concepción de las prácticas conscientemente paralelas a lo largo de los años, pasando por 3 etapas claramente marcadas: (i) el periodo 1999- 2004; (ii) del 2005 al 2016 y (iii) del 2017 hasta la actualidad.

3.3.1 Primer período (1999-2004)

Durante el periodo 1999- 2004 la SIC, ha interpretado la mera existencia del elemento paralelo como el aspecto predominante para determinar la configuración de la conducta y se deja al elemento consciente en un segundo plano. En éste primer período, el caso más relevante (que a su vez es el primer caso en Colombia en el que se discute el paralelismo consciente) es el Caso SIC v. Cooperativa lechera Colanta LTDA y otras (1999) en el que el criterio determinante de la SIC para sancionar a los productores de leche fue que:

*“Para que se dé una práctica conscientemente paralela se requiere que exista coincidencia de las políticas que están desarrollando otras empresas y se decida seguirlas o hacer que se imiten o sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda autonomía en el actuar. **No se requiere un verdadero indagar sobre las voluntades, sino respecto de la manera como las empresas actúan en el mercado.**” (Resolución 27762 de 20 de diciembre de 1999, p. 7)*

(Subrayado en negrita es propio)

Como podemos observar, este criterio, es diametralmente opuesto a las decisiones norteamericanas y europeas que consideran que muchas veces, la manera en la que las empresas actúan en el mercado, responde a la intención de los agentes de acomodarse racional y unilateralmente a la conducta de sus competidores en escenarios en los que resulta estratégica esta adaptación, y que el paralelismo puede encontrar una explicación lógica en las tendencias oligopolísticas del mercado, así como en las circunstancias particulares de determinados períodos. Sin embargo; en este primer período la SIC no tenía en cuenta ninguna de estas posibilidades, y

sanciona a los agentes económicos simplemente por el hecho de que habían coincidido en sus políticas de precios; coincidencia que podía o no deberse a una concertación, pero que nunca lo sabremos con certeza, pues ésto no fue analizado en su momento.

3.3.2 Segundo período (2005-2016)

En una segunda etapa, comprendida en el período 2005-2016, la SIC da paso a que se analice, además del elemento paralelo, el elemento consciente e introduce a los factores plus como elementos probatorios que dan cuenta del contacto o comunicación entre competidores, determinantes para saber si efectivamente la coincidencia de políticas, conductas o precios de los competidores, responde a la voluntad de éstos de coludirse o si se debe a condiciones estructurales del mercado. De esta manera, se alinea con el precedente europeo, y afirma que el paralelismo no es suficiente, y que, por lo tanto, se requiere un análisis exhaustivo del elemento consciente para determinar el acuerdo tácito. (Iregui Tarquino, 2019, p.40).

Además, coincide con la idea de la “explicación alternativa”, es decir que que el paralelismo sólo debe ser sancionado si es que no se justifica que se ha dado como consecuencia de la estructura o de las circunstancias económicas del mercado. Este criterio se estableció con mayor claridad a partir del caso SIC v. Cementeras (2008) que en su parte medular menciona:

Es claro para este despacho que **la sola presencia de conductas o comportamientos paralelos no basta para establecer la existencia de una práctica comercial restrictiva.** Para arribar a una conclusión en este sentido **resultaría necesario acudir a elementos de prueba adicionales que permitan identificar la existencia de una concertación** entre los investigados con el objeto de eludir la competencia en el mercado.” (Resolución 51694 de 2008, p.70)

(Subrayado en negrita es propio)

Criterio que fue luego reforzado por las sentencias de los casos SIC v. Compañía Nacional de Chocolates y otras (2009) y SIC v. estaciones de servicio de Popayán (2016):

(...) absoluta coincidencia en 28 cifras de 4 dígitos de los 7 documentos de la misma fecha en las que se establece el precio que a futuro debería ser pagado por NACIONAL DE CHOCOLATES y CASA LUKER al momento de comprar el cacao corriente, **no admite explicación diferente a la intención de actuar de forma coordinada y armónica por parte de las investigadas** (...) (Resolución 4946 de 2009,p.44.-SIC v. Compañía Nacional de Chocolates y otras)

(...) importa reiterar que **el elemento consciente constituye un factor fundamental y necesario para la determinación de una conducta de paralelismo consciente, al punto que sin su presencia debe descartarse la existencia de una conducta anticompetitiva.** Solo de esta forma puede garantizarse el cumplimiento del principio de legalidad, **evitando la imposición de sanciones frente a conductas que, no sólo no atenta contra el régimen de libre competencia, sino que, inclusive, pueden responder a lo esperado por los agentes del mercado en un escenario de competencia.** (Resolución 26726 de 2016, p.26.- SIC v. estaciones de servicio de Popayán)

(Subrayado en negrita es propio)

En este periodo la SIC se aproxima a los desarrollos jurisprudenciales de la Unión Europea y Estado Unidos y establece como aspecto fundamental de la doctrina que la sola presencia de conductas o comportamientos paralelos no basta para acreditar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia (Iregui Tarquino, 2019, p.41). No solo eso si no que cae en la cuenta de que sancionar una práctica conscientemente paralela, simplemente por el hecho de existir, puede atentar gravemente con el régimen de libre competencia, pues muchas veces las conductas de los agentes corresponden a conductas racionales dentro de mercados oligopólicos. Criterio que consideramos pertinente, pero que de cierta forma contradice el hecho de que la propia ley sancione a las prácticas conscientemente

paralelas como distintas de las prácticas concertadas, pues al exigir los factores plus, y al aclarar que la sola presencia de conductas paralelas no es suficiente, evidencia que lo que se estaría sancionando ya no es el paralelismo, si no la concertación demostrada gracias al paralelismo y a la presencia de los demás factores plus. Entonces, la ley dice una cosa, pero el organismo de control decide interpretarla de una manera tal que se adapte a los paradigmas internacionales, y confunde conceptos que en esencia no son iguales (paralelismo y concertación).

3.3.3. Tercer período (2017-actualidad)

Finalmente, en una tercera etapa o período final (2017), la SIC agregó al análisis de los dos elementos anteriores otros factores, tales como los indicadores de Posner y de Harrington. Sin embargo, para Iregui Tarquino (2019, p.102), estos indicadores no innovaron de manera fructífera el análisis de las prácticas conscientemente paralelas. En cuanto a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado, simplemente se ha reiterado o reproducido de manera sistemática la línea interpretativa de la SIC, por lo que las sentencias se vuelven poco fructíferas para establecer la hermenéutica más apropiada para el análisis de la conducta. (Iregui Tarquino, 2019, p.102).

Aquí claramente ya evidenciamos una cuestión que, a nuestro criterio, es equivocada por parte de la legislación y la jurisprudencia Colombiana, pues como vimos en el capítulo anterior, la presencia de *factores plus* según la doctrina, son determinantes para demostrar la existencia de prácticas concertadas, y que las prácticas conscientemente paralelas son un elemento más que da indicios de concertación, pero que no debe ser sancionada por sí misma.

Es decir, en Colombia ya existe una imprecisión conceptual respecto de si es que lo que se sanciona es efectivamente una práctica conscientemente paralela, o se trata de una práctica concertada que ha sido evidenciada gracias al paralelismo consciente y a la presencia de los *factores plus*.

Lo más preocupante es que nuestra propia legislación ha copiado el texto de la ley colombiana en el sentido de que también sancionamos a las prácticas conscientemente paralelas, pero no hay ni jurisprudencia ni doctrina ecuatoriana que haga las puntualizaciones que se han hecho en Colombia, generando una serie de inconvenientes que serán tratados en el capítulo siguiente.

3.4. Perú

En el contexto latinoamericano, otro país con un importante desarrollo del derecho de la competencia es el Perú, cuyo ente regulador en la materia es el INDECOPI quien no se ha quedado atrás con criterios e interpretaciones respecto del tratamiento del paralelismo. En este sentido, existe un antecedente relevante en el Perú que aborda el tema de las conductas conscientemente paralelas y que ha servido como criterio de interpretación para varios casos posteriores, este es el caso Harina de Trigo de 1996, mismo que analizamos a continuación. Previo al análisis del caso, debemos aclarar que la ley de competencia peruana NO sanciona expresamente a las prácticas conscientemente paralelas como un tipo de práctica anticompetitiva.

3.4.1 Caso Harina de Trigo (1996)

Esta fue la primera experiencia notoria del INDECOPI en la persecución de carteles de competidores. No sólo involucraba un producto con impacto en la economía de las grandes mayorías de la población, en tanto que era insumo principal para la producción de pan, sino que además fue la primera investigación contra un grupo numeroso de empresas de larga tradición en el mercado peruano.

Al ser la primera investigación de alto perfil que realizaba el INDECOPI contra un cartel, el uso de prueba circunstancial para determinar la responsabilidad de los infractores fue objeto de cuestionamientos por parte de dos de las empresas que fueron sancionadas por la Comisión de Libre Competencia, quienes apelaron la

decisión de primera instancia, y posteriormente impugnaron la decisión del INDECOPI en segunda instancia ante el Poder Judicial. En particular, argumentaron que la existencia de similitud en los precios y en el movimiento que éstos registraban en el mercado (es decir, el comportamiento paralelo) no era prueba de concertación y que no podía deducirse la existencia de esta infracción simplemente de indicios.

Al momento de resolver el recurso planteado, la Corte Suprema del Perú, sentó un precedente importante respecto de la **prueba** de las prácticas concertadas; especificando que **la prueba indiciaria si es válida para probar la existencia de concertación, pero que el paralelismo de precios por sí solo no es un indicio suficiente para probarla**, si no que requiere de otros indicios que apoyen la teoría de la existencia de concertación.

Concretamente, la 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, indicó que:

Como lo anota la empresa actora, **puede ser que el simple paralelismo de precios no sea suficiente para afirmar que se ‘concrete precios’, pero en cambio, este hecho agregado a otros actos comprobados llevan a la convicción que sí 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 de 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 (...)**

(Subrayado en negrita es propio)

Este antecedente, ha sido citado en muchos casos similares que ha investigado y resuelto el INDECOPI en los últimos años, tales como la RESOLUCIÓN 157-2019/SDC-INDECOPI o la RESOLUCIÓN 0225-2019/SDC-INDECOPI.

La gran importancia de este antecedente en el derecho de la competencia peruano es que nos da a entender que en éste ordenamiento jurídico, el paralelismo consciente es meramente un indicio de una práctica concertada; es decir, un elemento que me permite probar la existencia de una práctica anticompetitiva, pero no una práctica anticompetitiva por sí misma. Además, es un indicio que carece de mayor importancia si es que no existen otros factores que, evaluados en su conjunto, lleven a la convicción de que existe realmente una colusión entre los agentes económicos.

El INDECOPI ha utilizado el criterio de paralelismo de precios como indicio para la corroboración de una práctica concertada, pero reconociendo que sólo es una prueba razonable, cuando dicho comportamiento no puede ser explicado por las condiciones del mercado analizado (Martinez Licetti y Quintana Sánchez, 2007, p. 124). Esta misma lógica se reconoce en los casos investigados por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, por ejemplo tenemos al Informe 004-2007-INDECOPI/ST-CLC. En este informe se expresa lo siguiente:

Sin embargo, **el paralelismo de precios por sí solo no constituye prueba suficiente para determinar la existencia de una práctica colusoria.** 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

(Subrayado en negrita es propio)

Cabe mencionar que autores como Martínez Licetti y Quintana Sánchez (2007) consideran que sí resulta posible corroborar una práctica ilícita basándose solamente en el paralelismo de precios, pero reconoce que para ello el estándar de prueba es alto, pues se tiene que demostrar que la comunicación o la coordinación de conductas entre las empresas es la única explicación para la existencia de dicho paralelismo. Por ello, no solo se requiere el desarrollo de métodos cuantitativos rigurosos sino también de elementos y pruebas de carácter cualitativo que sean consistentes con los hallazgos encontrados en el análisis de la información estadística. Los mismos autores citan como ejemplo el caso Petróleos del Perú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A, en el que por excepción se consideró que la actuación paralela de las empresas investigadas resultaba prueba suficiente de concertación debido a que se descartaron todas las posibles explicaciones alternativas para el extraño paralelismo existente en tres ofertas consecutivas de las empresas dentro de procesos de licitación pública.

3.5 Argentina

Si bien Argentina promulgó su primera ley de competencia en 1933 (Ley N° 11.210), la cual fue modificada en 1946 (Ley N° 12.906, la misma apenas se aplicó durante casi cinco décadas. La sustitución de estas leyes por la Ley N° 22.262 en el año 1980 (llamada Ley de Defensa de la Competencia) marcó el inicio de una aplicación más rigurosa de las leyes de competencia en Argentina. Actualmente, la ley de competencia vigente en Argentina es la promulgada en el año 1999 a través de la Ley N° 25.156. En cuanto a la materia de nuestra tesis, el Decreto 89 de 2001 de la CNDC, que desarrolla la ley, no menciona explícitamente los acuerdos tácitos o el paralelismo consciente como formas a través de las cuales se puede producir la colusión. Además, las autoridades argentinas de la competencia, han desarrollado una jurisprudencia consistente en materia de colusión tácita durante más de veinte

años. La conclusión de la mayoría de los casos, que sigue la doctrina es que el paralelismo de precios no es prueba suficiente para demostrar una infracción de la ley de competencia (Coloma, 2001, p.31 en Gutierrez, 2009, p.335).

Uno de los primeros casos en los que la autoridad argentina de competencia trató al paralelismo consciente en relación con las prácticas concertadas fue el caso Fecliba v. Roux Ocefa, Rivero y Fidex de 1998 en el que se acusó a tres laboratorios farmacéuticos de haber pactado un aumento de precio de sus sueros fisiológicos durante los primeros meses del año 1995. En este caso la CNDC desarrolló explícitamente el concepto de colusión bajo la forma de paralelismo de precios. La autoridad de competencia estableció que si bien una práctica concertada consistente en un aumento de precios entre competidores puede configurar una infracción a las leyes de competencia, debe distinguirse (a través de pruebas) de otros fenómenos que pueden ocurrir en el mercado tales como un aumento en los costos de producción o escasez por aumento de la demanda. Además, la CNDC reconoció que si bien un aumento de precios es un efecto de la colusión en un mercado, es muy difícil distinguir entre las empresas que coludieron y las empresas que simplemente reaccionaron a una variación que se da exógenamente (CDNC, Dictamen 284 de 1998, p. 11.). En este caso, la CNDC finalizó su argumentación señalando que durante el período de tiempo en que se produjeron aumentos de precios se produjeron varios fenómenos que impedirían una colusión exitosa (CDNC, Dictamen 284 de 1998, p. 13.). Este es el caso de un aumento en las tasas de interés y una crisis financiera en la economía, que hace impredecible la fluctuación de la demanda y reduce la posibilidad de monitorear la conducta del mercado (CDNC, Dictamen 284 de 1998, p. 11.). La CNDC incluso reconoció que aun cuando fuera cierta la hipótesis de que los aumentos de precios pudiesen haber sido producto de la colusión, no sería posible distinguir entre las firmas que formaron parte de ella de las firmas que no fueron responsables de la colusión (CDNC, Dictamen 284 de 1998, p. 14).

En otro caso argentino la CNDC, para decidir sobre la acusación de una supuesta colusión para reducir las comisiones pagadas a las agencias de viajes, evidenciada gracias a una reducción de variación simultánea e idéntica, hizo una exposición

detallada de los conceptos de “colusión tácita” y “paralelismo consciente” (CDNC, Dictamen 356 de 2001, pp. 32-38.) En la decisión se describieron los precios del oligopolio, la interdependencia de las empresas en dicho mercado, las razones estructurales que originan estos mercados, así como los posibles efectos sobre la competencia. Además, la CNDC usó como referencia a la jurisprudencia estadounidense resaltando que según la misma el mero paralelismo de precios no es suficiente para inferir la infracción de la Ley Sherman e hizo un breve recuento de los denominados factores plus (prueba circunstancial o indirecta adicional) que deben concurrir para probar colusión tácita.

3.6 Brasil

Brasil tiene agencias antimonopolio que son sumamente respetadas a nivel regional y cuentan con un amplio financiamiento. La mayoría de investigaciones que realizan se centran en cárteles de núcleo duro donde hay evidencia directa. Sin embargo, los casos de colusión tácita son pocos en comparación con sus pares (es decir, Argentina, Colombia y Perú). Hay que resaltar que la ley brasileña siempre requiere acreditar poder de mercado para determinar una infracción, cualquiera que esta sea, además, las decisiones del CADE tienen un enfoque económico más que una base legal formal. (Gutierrez, 2009, p.376).

El CADE está claramente influenciado por la jurisprudencia de la UE y de los EE. UU, especialmente por esta última, la cual es citada explícitamente en resoluciones de casos tales SDE c. CSN, Usiminas y Cosipa (1999), Ministerio Público do Estado de Santa Catarina v. Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis (2002) y SDE c. Varig S.A y otros (2004), ya que la doctrina de los factores plus se menciona explícitamente en estos casos. Así, el principio que sustenta las decisiones del CADE sobre colusión tácita, confirmado por la jurisprudencia de los tribunales, es que la presencia de una conducta paralela no es suficiente para tipificar un acuerdo anticompetitivo y que los denominados factores plus son indispensables para probar la colusión (Castellanos, 2005, p. 2).

En este contexto, los criterios establecidos por la SEAE, según Juan David Gutierrez (2009, p.378), para filtrar las denuncias de fijación de precios con base en el paralelismo de precios, en un caso de colusión tácita, son los siguientes:

1. Existe una explicación plausible para el comportamiento de las empresas distinta de la colusión, como por ejemplo las conductas de liderazgo de precios en una estructura oligopólica, la fluctuación de los costos de producción en combinación con una estructura de costos similar y la influencia de las regulaciones gubernamentales, etc.
2. La tendencia del mercado desincentiva la colusión tácita. De acuerdo con los criterios establecidos por la SEAE, se dará cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - El margen de beneficio de las empresas supuestamente coludidas está disminuyendo: Criterio que tiene un obvio sentido económico, en tanto el objeto de la colusión, para la mayoría de modelos económicos estudiados - excluyendo a Sweezy -, es la maximización de beneficios, como se aludió anteriormente.
 - Hay un margen de beneficio creciente pero no existe una relación causal entre esta tendencia del margen de beneficio y el paralelismo de precios: Lo cual también tiene sentido económico, pues el objeto del paralelismo debería ser el aumento del margen de ganancia, ubicando los oligopolistas su precio a un nivel cercano al monopolio.
 - Altos costos de seguimiento o de adhesión al supuesto cartel: Punto que es también correcto desde la perspectiva económica y que, en nuestro criterio, debe ser entendido en base al postulado de Selten, citado por Werden (2004, p. 11) quien alega que si un competidor es demasiado grande, su actitud racional debería ser participar en la coordinación de precios, pues su no participación podría hacer que no sea

rentable para los competidores más pequeños el participar y por ende, provocar una guerra de precios que los afecte a todos. Es por ello, que Selten plantea que solo los competidores suficientemente fuertes participan en la coordinación - los más pequeños, podrían buscar un escenario ideal en que todos los demás participen, pero ellos no -.

3.7 Chile

La FNE y el TDLC de Chile al igual que el CADE y el SEAE en Brasil están bien financiados y altamente respetados en la región. Los casos investigados por colusión horizontal se han centrado en situaciones en las que no se disponía de pruebas directas. Si bien la jurisprudencia de colusión tácita de Chile no ha sido tan prolífica en comparación con otros países de la región (tales como, Argentina, Colombia y Perú), el análisis en cada caso ha sido exhaustivo (las decisiones son bastante largas para los estándares de la región). Otra característica que distingue a la jurisprudencia de Chile es la ausencia de una referencia explícita a la jurisprudencia extranjera (Gutierrez, 2009, p.406).

Tanto la jurisprudencia del TDLC como la del Tribunal Supremo sostienen que el comportamiento paralelo es insuficiente para probar la colusión tácita. Además, el Tribunal Supremo no tiene mucho interés en sancionar a las empresas que actúan legítimamente o sin voluntad de restringir la competencia lo cual se refleja en su estándar de prueba, que se aproxima a la posición del Tribunal de Justicia Europeo (Gutierrez, 2009, p.406).

La jurisprudencia del TDLC aborda explícitamente el hecho de que los comportamientos paralelos pueden explicarse o ser una consecuencia tanto de la colusión como de la estructura de un mercado oligopólico y en última instancia, es el demandante tiene la carga de probar que no hay justificación económica para las decisiones de las empresas además de la existencia de colusión (Gutierrez, 2009,

p.407).

CONCLUSIÓN: Como podemos ver, con excepción del caso Colombiano, que tiene sus particularidades, el tratamiento del paralelismo consciente en Estados Unidos, Europa, Perú, Argentina, Brasil y Chile es coincidente en que es meramente un indicio, un elemento de convicción más para poder comprobar la existencia de una práctica concertada; siempre que dicho paralelismo no tenga otra explicación razonable en relación con las circunstancias del mercado en el que se produce; pero lo más importante es que ninguna de estas legislaciones tipifica al paralelismo como una práctica restrictiva de la competencia.

En cuanto a Colombia, si bien su legislación, al igual que la nuestra, sanciona expresamente a las prácticas conscientemente paralelas, hemos visto que luego la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de darle a esta figura un tratamiento similar al del resto de legislaciones analizadas; es decir, de cierta manera han reducido el paralelismo a un mero indicio, que debe ir acompañado de *factores plus* para poder ser sancionado, lo cual, como mencionamos anteriormente genera un gran problema conceptual y puede derivar en una falta de seguridad jurídica tal y como analizaremos en el siguiente capítulo, en el cual nos referiremos expresamente a la ley ecuatoriana de competencia, que copia el texto del Decreto 2153 de 1992 colombiano, pero que carece de cualquier tipo de desarrollo doctrinario o jurisprudencial posterior que aclare el tema.

En conclusión, llama sobremanera la atención que el Ecuador, siendo uno de los últimos países de la región en tener una ley de competencia, no haya adaptado su legislación a los paradigmas internacionales, que en su mayoría NO sancionan al paralelismo consciente, y que por el contrario, haya decidido copiar la normativa colombiana, pero sin contexto alguno y sin analizar a profundidad el tema; lo cual, como veremos más adelante, tiene graves implicaciones jurídicas que pueden afectar gravemente a la libre competencia ecuatoriana.

Capítulo 3: Prácticas Conscientemente Paralelas en el Ecuador: Problemas Económicos y Jurídicos que derivan de su Regulación

El presente capítulo parte de exponer al lector la interpretación de las disposiciones normativas que se desprenden de la regulación legislativa y reglamentaria que en nuestro país han fraguado los poderes legislativo y ejecutivo respecto de la institución del paralelismo consciente.

Luego, se analizan los problemas económicos y jurídicos que trae dicha regulación, que considera a las prácticas conscientemente paralelas como una práctica colusoria autónoma.

Finalmente, se argumenta a favor de la reforma de nuestro sistema jurídico, eliminando la prohibición del paralelismo consciente.

1. REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS EN EL ECUADOR: ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO DE LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS EN LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER MERCADO Y SU REGLAMENTO.

Este primer apartado del capítulo tiene por objeto ampliar lo aludido en la sección final del Capítulo 1 de este trabajo, donde hicimos una breve referencia a la manera en que las prácticas colusorias están reguladas en el sistema jurídico ecuatoriano. Ahora, además de recordar al lector las disposiciones principales que sobre la materia se hallan en nuestra ley de competencia y su reglamento, nos detenemos en su interpretación, lo cual nos servirá de marco general para explorar los riesgos económicos y jurídicos que de ellas se derivan y para argumentar, como conclusión de esta tesis, la necesidad de reforma de nuestra normativa.

Antes de empezar, cabe justificar que la razón por la cual hemos dejado el análisis

de la normativa para el final de nuestro trabajo, se basa en que tan solo partiendo del marco teórico económico y jurídico desarrollado con anterioridad, es que se puede hacer una interpretación correcta de nuestros preceptos jurídicos y, así, puntualizar sus errores, pues si recordamos, el derecho de la competencia es relativamente nuevo en nuestro país, y por lo tanto, suponemos que debió basarse en desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales preexistentes, tales como aquellos mencionados en los capítulos precedentes.

Con dicho preámbulo, ahora sí, hemos de partir por recordar al lector, que en nuestra LORCPM se hace referencia a las prácticas concertadas y a las prácticas conscientemente paralelas en los Art. 11, 78 y 79 de la Ley y en el Art. 8 del Reglamento. El artículo 11 trata específicamente sobre los acuerdos y prácticas prohibidas; el 78 y 79 regulan la gravedad de la infracción y la sanción correspondiente; y el Art.8 del Reglamento establece que las prácticas concertadas o conscientemente paralelas, en caso de fijación de precios, serán consideradas como prácticas restrictivas por objeto.

Resulta importante transcribir y analizar la normativa vigente, con la intención de poder hacer un análisis profundo de la manera en que éstas prácticas han sido incorporadas a la ley, y las sanciones que se imponen a las mismas. Lo dicho, se desarrolla a continuación:

Para empezar, el Art. 11 de la LORCPM, que está dentro del Capítulo II Régimen de Regulación y Control, sección 3 Acuerdos y prácticas restrictivas, prevé lo siguiente:

Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley **todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela,** y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir,

restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. (...)

El Artículo 11 de la Ley incluyó luego 21 numerales de las distintas formas en las que se puede configurar un acuerdo o práctica prohibida, haciendo que se vuelva excesivamente largo y confuso; en el Exámen Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia en Ecuador en el año 2021, se recomendó expresamente simplificar el artículo, que a consideración de la OCDE: “incluye una larga lista no exhaustiva de comportamientos específicos utilizando un lenguaje inconsistente. La lista debe aclararse, simplificarse y armonizarse a través de ejemplos de conducta ilegal” (OCDE, 2021, p. 15).

Ahondando un poco en la postura de la OCDE, nos permitiremos analizar la primera parte del artículo, en la que se prohíbe: “**todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela (...) cuyo objeto o efecto sea o pueda ser** impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general” (subrayado en negrita es propio).

De la redacción del artículo se desprende que el legislador ha utilizado una disyunción exclusiva³⁰ al referirse a las prácticas concertadas (tómese como “p”) y al paralelismo consciente (tómese como “q”), dejando entrever que un hecho “o es p o es q, pero nunca ambas”, lo cual denota una ruptura entre la redacción de la norma y el concepto doctrinario - económico del paralelismo consciente, que como vimos es efectivamente un indicio de concertación; es decir, la doctrina reconoce que el paralelismo no excluye a la concertación - más bien esta segunda incluye a la primera, como prueba indiciaria de la misma. Por lo que ya desde un inicio, y meramente desde un punto de vista gramatical, la norma comete un error.

³⁰ Entiéndase por disyunción exclusiva aquella que forma una proposición compuesta, resultado de unir dos proposiciones mediante la fórmula “o _ o”. En este caso, se aprecia al mencionar el artículo 11 de la LORCPM: “o práctica concertada o conscientemente paralela”.

Quizás al lector en este punto le parezca que nuestro análisis puede estar hilando fino respecto a la forma de redacción de la norma; sin embargo, hemos de recordar que al momento de imponer sanciones de cualquier tipo, prima el principio de legalidad, y que además, cuando una norma no es clara o surgen dudas respecto de su significado, el primer análisis hermenéutico que debe hacerse es la interpretación literal de dicha norma. Más aún, al encontrarnos dentro del área del derecho administrativo sancionatorio, este principio debe ser aplicado siempre, de acuerdo a lo dispuesto por la CRE en su artículo 76. En este sentido y, volviendo a la redacción del artículo 11 de la LORCPM, debemos asegurarnos de qué conductas son exactamente las que se están sancionando, para asegurarnos de que eventualmente la Superintendencia no siga un proceso o sancione a agentes económicos en violación de lo que dispone el Art. 76 de la CRE.

Entonces, cuando el legislador ha utilizado la disyunción exclusiva “o ... o” en el texto del Art. 11, se refiere a que se debe seleccionar entre una de las dos alternativas: prácticas concertadas o conscientemente paralelas, osea, hay una posibilidad de elección entre ambas figuras, la una o la otra, pero no ambas. Esto implica que se está tratando a ambas figuras como mutuamente excluyentes, lo que trae consigo una serie de inconvenientes probatorios y sancionatorios en los que ahondamos en el numeral 2.2. del presente capítulo.

Además, creemos pertinente, como parte del análisis dentro de este apartado, el insistir al lector que el paralelismo consciente - práctica que sólo puede ocurrir entre agentes económicos del mismo nivel productivo, es decir, solo horizontalmente - es generalmente considerada una práctica anticompetitiva por objeto en nuestra legislación cuando a través de la misma: a) se fijen precios³¹; b) se limite la producción, distribución y/o comercialización o; c) se reparta mercados geográficos, de productos o consumidores (Reglamento de la LORCPM, 2022, p. 8

³¹ Cabe mencionar, que si bien lo dicho a continuación no ocurre en nuestra ley, la doctrina y derecho comparado - véase, por ejemplo, el concepto de paralelismo que da la SIC o el de la Comisión de Monopolios del Reino Unido, a los que nos referimos en el apartado I del capítulo II - se refieren al paralelismo consciente únicamente para referirse al paralelismo de precios, no reconociendo otra forma de paralelismo, por ejemplo, en decisiones de producción o reparto de mercados - como se lo hace en el Ecuador. La discusión de sí existe o no un paralelismo más allá que el de precios, es materia de una investigación posterior.

- 9). En los demás supuestos del artículo 11 de la LORCPM, la práctica debe analizarse bajo la regla por efecto.

Consecuencia de lo dicho, en los tres casos mentados - que incluyen a la fijación de precios, reconocida por muchos como la única manifestación del fenómeno- , según lo que el propio Reglamento de la LORCPM regula (2022, p. 9)- se entiende que el paralelismo consciente es ontológicamente capaz de restringir la competencia.

Así, en la generalidad de los casos, de comprobarse un supuesto de paralelismo de conductas entre dos o más competidores, éstos deberían ser sancionados sin más, no pudiendo siquiera alegar la regla de mínimis³², y debiendo limitar su defensa a la negación de la conducta - o al alegato de la excepción a la prohibición, que se expone a continuación - , al verse impedidos de argumentar respecto de los escasos o nulos efectos negativos que la conducta haya podido tener en el mercado, lo que remarca la gravedad de la consideración de la conducta como restrictiva por objeto.

La regla general mencionada en el párrafo que antecede admite una excepción dentro de nuestra propia normativa, misma que está contenida en el artículo 12 de la LORCPM (2022, p. 12 - 13) en concordancia con el artículo 10 de su Reglamento (2022, p.4) mismos que, en resumen, establecen los siguientes requisitos - que han de ser concurrentes - para que cualquiera de las prácticas contenidas en el Artículo 11 de la LORCPM - entre ellas, el paralelismo consciente - no sean sancionadas por la autoridad de control:

- La práctica debe contribuir a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o progreso técnico o económico;
- La práctica no impone restricciones que no sean indispensables;
- La práctica permite a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;

³² Art. 9.-Acuerdos y prácticas restrictivas excluidas de la regla de mínimis.-Los acuerdos y prácticas restrictivas prohibidas por su objeto, no podrán ser considerados como de escasa significación, debido a su potencial de restringir la competencia, independientemente de su escala de operación (Reglamento de la LORCPM, 2022, p. 4).

- La práctica no otorga a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

La posibilidad de que dos o más competidores acusados de incurrir en una práctica conscientemente paralela consigan plantear una defensa que demuestre concurrentemente los requisitos mencionados podría ser objeto de un análisis independiente. Del mismo modo, objeto de una investigación separada podría ser la sola interpretación de estos cuatro requisitos³³.

Para el objetivo de esta investigación, cabe nada más plantear al lector la reflexión de la dificultad que para dichos acusados supondría probar dichas condiciones³⁴ - si no es esta inversión de la carga probatoria ya un desequilibrio per sé -, y que reafirma que la intención de nuestro legislador es que las prácticas conscientemente paralelas puedan ser sancionadas por la autoridad de control en la generalidad de los casos, complicando de sobremanera la defensa de los imputados al catalogarla como una restricción por objeto en sus manifestación más obvia.

Por último, hemos de referir a que los artículos 78 y 79 de la LORCPM son continentes de las sanciones que se les atribuye a las prácticas anticompetitivas tipificadas en el mentado artículo 11 ibídem. Toda vez que ya nos hemos referido a ellos de manera tangencial en anteriores apartados de este trabajo y, que dedicaremos un análisis extenso en líneas posteriores, vemos inoficioso redundar en su exposición en este punto.

³³ Nótese, solo por plantear un ejemplo, la ambigüedad contenida en la frase “restricciones que no sean indispensables” en el segundo requisito. ¿Qué significa que una restricción tenga el carácter de indispensable? ¿Acaso las restricciones indispensables de la competencia no las establece el propio sistema jurídico? ¿Puede haber restricciones indispensables fijadas por los propios competidores?

³⁴ Piénsese, por ejemplo, que es muy difícil demostrar que el paralelismo consciente ha generado ventajas al consumidor - requisito tercero - cuando sus consecuencias más comunes son la ubicación de los precios de los productos/servicios en estándares supra competitivos. Como se expuso con anterioridad, solo teorías como las de Sweezy niegan esta consecuencia.

2. PROBLEMAS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS EN EL TRATAMIENTO DE LAS PRÁCTICAS CONSCIENTEMENTE PARALELAS EN LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER MERCADO Y SU REGLAMENTO.

2.1. Problemas económicos que derivan de que el sistema jurídico ecuatoriano considere al paralelismo consciente como una práctica restrictiva de la competencia sancionable bajo la regla por objeto, y de los mecanismos de sanción previstos para mitigarla.

En este apartado analizaremos tres problemas de índole económica que surgen de la tipificación del paralelismo consciente como una práctica anticompetitiva colusoria, sancionable bajo la regla por objeto, a saber: a) no existe una teoría del oligopolio absoluta que explique que en la totalidad de los casos el paralelismo consciente es una manifestación de colusión; b) el paralelismo consciente es un problema estructural del mercado, no una práctica anticompetitiva y; c) los mecanismos de sanción al cometimiento de una práctica conscientemente paralela no son eficaces para reducir sus efectos ni para desincentivar su cometimiento.

A continuación, desarrollamos cada uno.

2.1.1. No existe una teoría del oligopolio absoluta que explique que en la totalidad de los casos el paralelismo consciente es una manifestación de colusión.

En el presente apartado se pretende argumentar por qué, ante la ausencia de una teoría económica que avale, para todos los casos, que el paralelismo consciente es un fenómeno colusorio, la inclusión de la prohibición de dicha práctica en nuestra legislación resulta un craso error.

Como se ha analizado, el artículo 11 de la LORCPM cataloga a las prácticas conscientemente paralelas como una especie de práctica colusoria, restrictiva de la competencia, misma que es sancionable bajo la regla por objeto en sus manifestaciones más comunes.

De lo dicho, se desprende que la tipificación que hace el legislador del paralelismo consciente como una práctica colusoria, supone que éste ha considerado que las prácticas conscientemente paralelas no pueden surgir, en ningún caso, como consecuencia natural - e incluso, inevitable - de ningún tipo de mercado - incluyendo, un mercado oligopólico, con el que hemos ligado a las práctica con anterioridad en este trabajo - sino que necesariamente éstas deben deberse a un contacto ilegal entre competidores. Dicho criterio, podrá apreciar el lector, es sostenible tan sólo bajo la suposición de que exista una teoría económica que respaldare que el paralelismo consciente es inevitablemente colusorio, y no solo ello, sino que es colusorio en todos los casos.

Empero, como ya se dejó sentado en el apartado 2.2. del segundo capítulo de este trabajo, no existe una teoría del oligopolio - e insistimos, o de otro tipo de mercado - que abarque todas las variables que en un mercado pueden presentarse para explicar, de manera absoluta, qué tipo de comportamiento ha de esperarse de los competidores inmersos en este tipo de mercados.

Insistimos, entonces, que no puede estar más separado de la teoría económica la afirmación del legislador ecuatoriano de que el paralelismo consciente ha de surgir, en todos los casos y sin excepción, de un comportamiento premeditado entre competidores, de un fenómeno colusorio.

Más bien, como hemos visto ya con anterioridad, varios modelos de oligopolio³⁵ - considerando cada uno, puntos de partida y variables distintas - admiten la posibilidad de que el paralelismo consciente surja, incluso de forma inevitable, en el seno de un mercado bajo esta estructura concentrada, donde los competidores cobran consciencia de su interdependencia, tienen acceso permanente y actual a los precios de sus competidores, no se ven amenazados por barreras de entrada, entre otros factores.

³⁵ Véase el modelo de Sweezy, Chamberlain y Fellner, teoría de juegos con juegos infinitos, etc.

Bajo la estructura de nuestra ley, parecería ser que los poderes del Estado le piden al competidor de un oligopolio que ignore que se halla en una situación de interdependencia, y que no responda a los cambios en la estrategia de sus pares de manera idéntica a ellos - aún cuando aquello sería la única actitud racional a tomarse dada su posición - para evitar incurrir en la prohibición prevista en la LORCPM.

Peor aún, considerando la manera en que el paralelismo consciente se prohíbe - bajo la regla por objeto, en sus manifestaciones comunes - suponiendo que el competidor, no teniendo otra opción que replicar la conducta de su par³⁶, haya incurrido en una práctica conscientemente paralela, poco puede hacer para alegar en el eventual proceso en su contra, que su conducta sincrónica con la de los demás competidores era su única opción para mantener o mejorar la condición de su empresa, conclusión a la que pudo llegar de manera racional y unilateral, sin tener que acudir a un contacto con los demás competidores. Esto, toda vez que la consciencia de la interdependencia no puede ser usada como argumento para evitar la sanción por incurrir en esta práctica “colusoria”, al tenor de nuestra ley.

Es así, que bajo los preceptos jurídicos vigentes, el acusado de cometer una conducta paralelismo consciente se ve inmerso en la disyuntiva o: i) de alegar la inexistencia de la conducta paralela - tarea difícil, cuando el paralelismo pudo ser más bien el resultado obvio de una estrategia comercial que nació de la interdependencia con otros competidores - o; ii) demostrar los requisitos contenidos en el artículo 12 de la LORCPM (2022, p. 12 - 13) en concordancia con el artículo 10 de su Reglamento (2022, p.4), que como se mencionó brevemente en párrafos anteriores, tampoco es una tarea sencilla, desde el punto de vista probatorio.

³⁶ Piénsese, por ejemplo, bajo el esquema de un juego con repeticiones infinitas, que los competidores hayan realizado que su conducta más racional es el reemplazo de la competencia con la cooperación, para mantener sus márgenes y cuota de mercados intactas, evitando las pérdidas que supondría una guerra de precios.

De lo dicho, hay dos razones importantes que para justificar una reforma en nuestro ordenamiento jurídico: i) la ausencia de una teoría económica que avale, en el 100% de los casos, que el paralelismo es un fenómeno colusorio, implica que el legislador se ha desentendido de la ciencia económica al prohibir el paralelismo, error que debe ser enmendado; ii) pero más allá de ello, un sistema moderno en derecho de la competencia, debería otorgar al acusado de coludir mecanismos de demostrar, no solo que el paralelismo consciente no siempre es colusorio, sino que puede ser, incluso, inevitable, circunstancia en la que se debería excluir, sin más, su prohibición, tal y como sucede en varios otros sistemas jurídicos ya analizados.

2.1.2. El paralelismo consciente surge naturalmente o está precedido por una práctica colusoria, más no es restrictivo de la competencia per sé:

Ahora bien, los lectores más críticos de nuestro trabajo, podrían argüir que, si hemos dicho en el apartado que precede que la teoría económica no avala que el paralelismo consciente sea siempre un fenómeno colusorio, tampoco respalda que nunca pueda ser resultado de la colusión, por lo que, debería prohibirse o sancionarse de alguna manera en dichos casos. Ante este válido cuestionamiento, se pretende en este apartado defender que: o el paralelismo es un fenómeno natural del mercado o es consecuencia de otra especie de práctica restrictiva, más nunca una práctica restrictiva autónoma.

A continuación, descomponemos los elementos de la afirmación que defendemos:

- **El paralelismo consciente es un fenómeno que surge naturalmente de determinados mercados:**

Como hemos mencionado ya a lo largo de este trabajo, la ontología del paralelismo consciente es una característica de mercados que presentan una estructura oligopolística, con productos homogéneos y transparencia en precios (Valdés, citado por Sánchez, 2017, p. 14). De ahí que resulta llamativo que se transforme de

llo su definición doctrinaria y se lo tipifique como una práctica colusoria en nuestra normativa.

Ahora bien, resulta fundamental la aclaración de que no todo mercado definible como “oligopolio” es igual a otro, y que dentro de una estructura oligopólica - mercado con oferta concentrada en pocos competidores - existen características particulares que fungen como alicientes para que se pueda hablar del paralelismo consciente como una consecuencia natural del mercado. En tal sentido, este apartado tiene por objeto ahondar en las características de los oligopolios en los cuales tiene sentido hablar del paralelismo consciente como un fenómeno natural, en contraposición a las demás especies de mercados, donde, como afirmamos con posterioridad, éste es resultado de otra especie de práctica colusoria.

Pero, si como hemos mencionado con anterioridad, no existe una teoría económica que explique con exactitud el comportamiento esperable de los competidores dentro de un determinado oligopolio: ¿Cómo saber bajo qué variables este comportamiento es esperable o, incluso inevitable? Dicha pregunta, la tratamos de responder a continuación, admitiendo nuestra influencia y profunda admiración por el trabajo de Reza Dibadj y su enfoque.

Reza Dibadj, profesor de la Universidad de San Francisco, analiza en su trabajo *Conscious Paralellism Revisited* que ante la ausencia de una teoría del “todo” para explicar el fenómeno oligopólico, uno de los enfoque más adecuados para marcar la línea entre el fenómeno colusorio y el mero paralelismo, es el enfoque Estructura - Conducta - Rendimiento³⁷ (SCP, por sus siglas en inglés structure, conduct, performance) (Dibadj, 2010, p.6). A pesar de abordar todo el análisis, nos enfocaremos principalmente en los dos últimos elementos, amalgamando el análisis de Dibadj con el de otros autores:

³⁷ Cabe mencionar que, como menciona el propio Dibadj (2010, p. 22) el análisis SCP recae dentro de la teoría de la organización industrial, rama de la microeconomía que busca estudiar cómo las empresas interactúan en un determinado mercado. Otra especie de análisis dentro de las teorías de la organización industrial, es la propia teoría de juegos.

a. Conducta:

En cuanto al elemento de conducta, Dibadj menciona que la distinción entre colusión y paralelismo puede evidenciarse en base a la **conducta manifiesta** de los competidores, debiendo dejarse de lado el elemento “intencional” al que tantas veces ha recurrido la doctrina y jueces para abordar el tema. La “intención” no puede ser probada, y por ende, no debe tomarse en cuenta (Dibadj, 2010, p. 25 - 28). Si recordamos, igual criterio tuvo en un primer momento la SIC en Colombia para analizar este tipo de fenómeno.

b. Estructura:

El segundo elemento en que el operador jurídico ha de enfocarse para determinar si la conducta de dos competidores puede o no encuadrarse en un mero paralelismo, o en un fenómeno colusorio, es la **estructura del mercado**. En términos generales, podemos decir que el oligopolio alimenta el fenómeno del paralelismo consciente, sobre todo, aquellos oligopolios denominados como **interdependientes**. En palabras de Sánchez (2014, p. 22):

Un oligopolio interdependiente es aquel dónde, además de existir pocos competidores, productos homogéneos y transparencia de información, existen también: (i) barreras de entrada altas, (ii) interacción frecuente entre competidores y, como elemento adicional, (iii) simetría. Así, la diferencia fundamental entre un oligopolio y un oligopolio interdependiente radica en que, el segundo a diferencia del primero, cuenta con elementos que facilitan la colusión y, por ende, se facilita la construcción de una estructura interdependiente

Si el mercado reúne las características de un oligopolio interdependiente, las condiciones hacia un fenómeno de paralelismo son tan favorables a la coordinación que la colusión ya no es necesaria: *¿Para qué habrían de*

coludirse los competidores si pueden llegar al mismo resultado sin contacto alguno? He aquí una reflexión de Pirano, citado por Dibadj (2010, p. 30) que aporta un elemento que podría ser considerado por las autoridades que investiguen un caso de colusión: si el fenómeno de paralelismo ha sido constante, difícil de detectar, y ha perdurado durante un largo tiempo en un oligopolio, es porqué éste seguramente se debe a un caso de paralelismo consciente que, irónicamente, es mucho más fácil de sostener que un acuerdo o concertación, porqué ha surgido y se ha mantenido naturalmente en el mercado.

En tal sentido, Dibadj (2010, p. 30) reafirma que la teoría económica ha sido clara en determinar que si estamos ante un mercado concentrado, con empresas de un tamaño similar, que producen productos homogéneos, donde existen barreras de entrada, donde se evidencia que la capacidad de producción es más amplia que la producción real, no cabe duda que pueda surgir en él un fenómeno de paralelismo consciente de manera natural, sin que éste implique colusión.

c. Performance:

Por último, en la tarea de distinguir un fenómeno colusorio del paralelismo consciente, Dibadj (2010, p. 31 - 33) menciona que debe tomarse en cuenta la variable del *performance* que refiere al rendimiento de los competidores bajo análisis. Sugiere el autor, que el operador ha de analizar las relaciones entre el rendimiento de las empresas con las variaciones en precios, producción, costos y demanda.

En tal sentido, por ejemplo, si las variaciones de precios reputadas paralelas responden uniformemente a cambios en factores de producción o demanda, podemos hablar de que el paralelismo ha surgido en un entorno competitivo, no colusorio. Otro ejemplo: si al comparar el rendimiento de

un mercado exhibiendo paralelismo a un referente competitivo, si los márgenes que están obteniendo los competidores en el primero son superiores a los que obtienen los competidores en el segundo, un fenómeno colusorio es posible; por el contrario, si los márgenes son comparables, el paralelismo podría ser natural.

Lo dicho, solo por nombrar algunos enfoques que podrían tomar en cuenta el *performance* para hacer distinciones colusión vs. paralelismo.

Por último, a manera de corolario de este sub apartado - que defiende la tesis de que el fenómeno del paralelismo consciente sí puede surgir en determinados mercados oligopólicos, caracterizados por la interdependencia entre competidores y, que sí es posible distinguir para las autoridades, bajo ciertos parámetros, cuándo este fenómeno puede o no ser una consecuencia natural de dichos mercados - queremos mencionar que lo dicho en estas líneas no es sino insistir en lo que por décadas han reconocido diversos autores³⁸ y tribunales al respecto, tal es: que el paralelismo consciente es un fenómeno connatural a ciertos oligopolios y que, por ende **no ha de ser sancionado**.

- **Si se evidencia un fenómeno de paralelismo en una estructura de mercado a la cual éste fenómeno es connatural, éste debió surgir de otra especie de colusión:**

Defendida la premisa de que el paralelismo consciente sí puede surgir naturalmente en determinados mercados - lo cual desestima el criterio del legislador ecuatoriano de incluirla como una práctica restrictiva de la competencia per sé, sancionable bajo la regla por objeto - así como aportados diversos parámetros de análisis que pueden ayudar a distinguir cuándo el fenómeno es un resultado colusorio o un hecho connatural al mercado donde surge, cabe resolver la interrogante que nuestro lector más crítico se estará haciendo: si se elimina la prohibición del paralelismo

³⁸ Véase las citas que este propio trabajo ha hecho de: Stiglitz & Wash (2009, p. 312); Arrolla (2015, p. 238) o los casos: Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp (USA); Wood Pulp (Unión Europea); SIC vs. Cementeras (Colombia) entre otros múltiples ejemplos referidos en el capítulo segundo de esta investigación.

consciente: *¿Qué pasa cuando este fenómeno se manifieste en mercados en donde no debería surgir? ¿No debería entonces ser sancionada la práctica?*

Para resolver las preguntas que nos ocupan, partiremos de mencionar que es claro que existen mercados donde el surgimiento “natural” del paralelismo consciente no es esperable. Pensemos, en contraposición al oligopolio interdependiente definido en el apartado precedente, en un mercado poco concentrado, con múltiples oferentes, donde la diferenciación de productos es alta y la innovación constante, donde no existen barreras de entrada estructurales o legales de entrada: *¿Cómo podrían los competidores de dicho mercado comportarse de manera paralela?*

Claro es, que de manifestarse un fenómeno de coordinación de precios, por ejemplo, en un mercado como el descrito, el paralelismo consciente es una manifestación anticompetitiva, pero hemos de defender categóricamente la tesis que ni aún en este caso el mismo deba ser tratado como una práctica colusoria por la legislación pues, en estos casos, el paralelismo no constituiría la conducta reprochable, sino el efecto de una colusión previa, en forma de **acuerdo, decisión, recomendación o concertación**.

En estos casos, bajo el mismo análisis SCP que hemos propuesto con anterioridad, el estudio de la conducta, la estructura y el rendimiento de los competidores donde se observe un fenómeno de paralelismo, reflejaría que este paralelismo no es sino una consecuencia de una coordinación pactada por los competidores, que ha tomado la forma de un acuerdo, concertación u otra práctica restrictiva, que gracias a la presencia del paralelismo es más fácil de detectar y demostrar por parte de la autoridad de control, pero insistimos, lo que se sanciona- en este caso- no es el paralelismo como tal

Entonces, al tipificar el paralelismo consciente per sé, el legislador se equivoca, ya sea sancionando un fenómeno natural del mercado - en caso de que se observe en un oligopolio con las características ya estudiadas - o sancionando **el resultado de una colusión**, mas no la **colusión per sé** - cuando éste se presente en otro tipo de mercado -.

Y es que, no podemos ser tan ingenuos de creer que en un mercado cuya estructura no favorece el paralelismo, éste debe ser sancionado por el mero hecho de surgir,

sin remitirnos al por qué ha surgido, pues éste no puede generarse espontáneamente, sino como consecuencia de una coordinación pactada entre los agentes del mercado y; aún si se considerase que éste pudo surgir también naturalmente, “por arte de magia”, con mayor razón debería evitarse su sanción. El legislador debe sancionar la causa, no el efecto.

Hay otros dos enfoques que podrían ser utilizados por los detractores de nuestra tesis para defender la prohibición del paralelismo consciente:

a. Considerar que el paralelismo es una especie de acuerdo: Se podría decir que la actuación sincrónica y consciente de competidores dentro de un mercado es también una especie de “*concierto de voluntades*” Dibadj (2010, p. 15). Richard Posner, citado por Dibadj (2010, p. 15), por ejemplo, hablaba del paralelismo consciente como un “*contrato unilateral*”, que debería tratarse como un acuerdo a los ojos de la *Sherman Act*.

b. Considerar que el paralelismo consciente es una especie de monopolio: El núcleo de este argumento se basa en la premisa de que los oligopolistas pueden adoptar una conducta análoga a la de un monopolio, alcanzando las firmas que se han coludido tácitamente el poder que en un monopolio tuviera una sola empresa. Incluso, el mismo Donald Turner, quien llegaba a mencionar que el paralelismo consciente no solo era anticompetitivo, sino que, ni siquiera debería considerarse como indicio de colusión, defendió que los oligopolistas podrían ser sancionados por la ley *Sherman* por incurrir en la prohibición de “intento de monopolización”.

No es de mayor interés para este trabajo el detenerse en el debate de sí debe defenderse o desestimarse alguno de los dos enfoques propuestos, toda vez que los hemos utilizado únicamente para reafirmar, que aun tomando por cierto a cualquiera de los dos, la prohibición del paralelismo carecería de sentido. ¿Para qué prohibir el paralelismo si éste ya podría considerarse como acuerdo o como práctica monopólica? ¿Por qué hacer esta reiteración de tipos en la ley? - por supuesto, solo por asumir que los argumentos expuestos son correctos -.

Y es que, como hemos dicho, no puede el legislador, aún en el caso de un mercado donde el paralelismo no pueda surgir naturalmente, enfocarse en sancionar **una consecuencia** en vez de la **causa**.

En conclusión: el paralelismo consciente o surge naturalmente en un mercado que por su estructura lo permite, o debe ser aprovechado como indicio fuerte de la presencia de otra práctica colusoria en los demás mercados, más es imposible sostener que sea catalogado como una práctica restrictiva de la competencia en sí misma, como lo hace nuestra ley.

2.1.3. Los mecanismos de sanción al cometimiento de una práctica conscientemente paralela no son eficaces para reducir sus efectos ni para desincentivar su cometimiento.

Arguyendo que la prohibición del paralelismo consciente en nuestro país debe eliminarse, hemos dejado sentado en los dos apartados que preceden que: i) la ausencia de una teoría económica del “todo” que justifique, para todos los casos, que el paralelismo consciente es una manifestación colusoria y; ii) que el paralelismo consciente puede ser un fenómeno natural del mercado y que, aun cuando no lo sea, ha de ser necesariamente consecuencia de otra práctica colusoria; corresponde en este apartado dar una estocada final a la regulación del paralelismo en nuestra legislación, argumentando que las sanciones para él previstas, son ineficientes y desestiman los objetos más primarios del derecho de la competencia.

Comenzaremos nuestro análisis admitiendo una realidad innegable: el paralelismo consciente puede generar el mismo daño económico que los más poderosos carteles, al producir precios monopólicos en los mercados donde se presente. En tal sentido, en principio, parecería que las leyes de competencia deberían encargarse de tratar el fenómeno, y la pregunta debería ser cómo hacerlo y, en base a ello, analizar si tienen sentido los “remedios” que nuestra ley está imponiendo al fenómeno.

Según Sánchez (2017, p. 51-52) la LORCPM prevé tres tipos de sanciones ante el cometimiento de una práctica restrictiva:

- a. Conductuales:** Las primeras, están previstas en el artículo 73 de la LORCPM que establece que la autoridad podrá decidir que las empresas inmersas en la restricción: i) cesen la práctica; ii) realicen actividades o contratos que restablezcan la competencia o; iii) se hagan inoponibles las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.

- b. Monetarias:** Las segundas, están referidas en el artículo 79 *ibídem*, que menciona que las infracciones graves o muy graves a la ley - recordemos que las prácticas restrictivas nunca son consideradas una infracción leve - pueden sancionarse con hasta el 10% o el 12%, respectivamente, del volumen de negocios del infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

- c. Estructurales:** Por último, el inciso final del artículo 79 *ibídem* menciona que: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá ordenar desinvertir, dividir o escindir en los casos en los que determine que es el único camino para restablecer la competencia” (LORCPM, 2022, p. 34).

El TJUE, citado por Sánchez (2017, p. 39), menciona que las sanciones en derecho de competencia deben cumplir con dos objetivos: i) reprimir el ilícito y; ii) impedir su repetición, es decir, tener una función motivadora. En tal sentido, cabe preguntarnos: *¿Son realmente eficaces los mecanismos de sanción previstos por la LORCPM para luchar - aun cuando no se debería hacerlo - contra el paralelismo consciente?*

Sin duda alguna, el análisis de cada una de las sanciones previstas en la ley es materia de un trabajo mucho más amplio, como el realizado por Camila Sánchez

Santamaría quien en el año 2017³⁹ ya abordó esta faceta del problema del paralelismo en la legislación ecuatoriana y a quien hemos citado recurrentemente en este trabajo, pues además su trabajo se centra directamente en la respuesta a la pregunta que hemos planteado, respecto de la eficacia de las sanciones previstas para los agentes económicos que incurran en la práctica anticompetitiva en cuestión.

Para objetivos de esta investigación, que busca defender la imperiosa necesidad de reformar la LORCPM y su Reglamento, excluyendo la prohibición del paralelismo consciente como práctica restrictiva, basta remitirnos a la conclusión que la propia Camila Sánchez, apoyándose en los hombros de tribunales internacionales⁴⁰ y doctrinarios⁴¹ que le han precedido en la tarea, llega en su trabajo al mencionar que:

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

¿Cómo pedirle a un oligopolista que ignore la realidad del mercado en el que está inmerso? ¿Cómo pedirle que no reaccione a los movimientos de sus competidores, cuando tiene acceso permanente a esa información y aquella es determinante para el mantenimiento o mejoría de la condición de su empresa?

Como concluye Sánchez (2017, p. 56-57), los remedios conductuales y pecuniarios

³⁹ Se recomienda fehacientemente la lectura del trabajo: *¿Qué prácticas restrictivas se sancionan a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado?*, elaborado por Camila Sánchez.

⁴⁰ Por ejemplo, en el caso *Text Messaging*, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de USA, la corte mencionó: Una cosa es prohibir a los competidores que acuerden no competir y otra es ordenarlos que compitan. ¿Cómo puede decidir una corte el vigor con qué las empresas han de competir para impedir que se los acuse de haber coludido en violación de la ley de competencia? (Fortin, 2021, p. 23) (Traducción propia)

⁴¹ Donald Turner, citado por Fortín (2021, p. 22) menciona cualquier remedio para combatir los precios oligopólicos - alcanzables por paralelismo consciente - sería ineficaz toda vez que supondría ordenar a una empresa actuar irracionalmente, ignorando su interdependencia con los demás competidores.

fracasan ante operadores económicos que, inmersos en un mercado interdependiente, se ven impedidos de modificar su conducta, sacrificando su bienestar y actitud racional - actuar en base a toda la información de la que disponen - por cumplir con una ley que va en contra de toda racionalidad y realidad económica. Por otro lado, los remedios estructurales presentan graves riesgos, pues su aplicación bien puede resultar ineficaz o incluso perjudicial para el mercado si no se estudia a detalle la influencia que el remedio decidido puede tener en la estructura. En el caso de los oligopolios, en particular, los remedios estructurales para paliar el paralelismo consciente, como fenómeno connatural a dichos mercados, atenta incluso contra la ontología misma del derecho de la competencia, tal es corregir las desviaciones de la competencia, no sus manifestaciones mismas.

En tal sentido, los “remedios” previstos en nuestra ley, en su injustificable lucha contra el paralelismo consciente como práctica restrictiva, ni permiten corregir los efectos del ilícito, ni son eficaces para desmotivar su cometimiento, careciendo de sustento económico y configurándose como un problema más de nuestra legislación.

2.2. Problemas Jurídicos en la regulación del Paralelismo Consciente:

Si bien el análisis realizado anteriormente, respecto de la falta de fundamento económico para poder respaldar la intención del legislador de sancionar a las prácticas conscientemente paralelas como una práctica anticompetitiva per sé, podría ser considerado como suficiente para defender nuestra tesis de que dicha práctica debe ser eliminada de la LORCPM, hemos considerado que en este caso particular lo que abunda no estorba, y que además de los argumentos desde el punto de vista económico, existen además problemas desde el punto de vista jurídico que ponen en evidencia la urgente necesidad de una reforma a nuestra ley de competencia en lo que respecta al paralelismo consciente. Estos problemas se refieren principalmente a si la ley trata a las prácticas concertadas y conscientemente paralelas como mutuamente excluyentes o como sinónimas y las consecuencias de ello en cada caso, tanto desde el punto de vista probatorio, como desde el punto de vista sancionatorio.

2.2.1. Tratamiento de las prácticas concertadas y conscientemente paralelas como mutuamente excluyentes:

Una vez analizado el marco económico del problema de que se prohíba a las prácticas conscientemente paralelas como una especie de práctica colusoria per sé, corresponde ahora analizar el desatino que supone que, nuestra LORCPM sancione a las prácticas conscientemente paralelas de manera autónoma, como un tipo en sí mismo; y que además las sanciona de manera separada de las prácticas concertadas, es decir, como mutuamente excluyentes, lo que nos sitúa frente a dos problemas: (i) el probatorio; y (ii) el sancionatorio.

Esta preconcepción de que nuestra LORCPM trata a las prácticas concertadas y conscientemente paralelas como mutuamente excluyentes surge de una mera interpretación literal de la ley, y de la estructura gramatical de la norma, realizada al inicio de este capítulo, en el que se puntualizó que cuando el legislador ha utilizado la disyunción exclusiva “o ... o” en el texto del Art. 11, se refiere a que se debe seleccionar entre una de las dos alternativas: prácticas concertadas o conscientemente paralelas, osea, hay una posibilidad de elección entre ambas figuras, la una o la otra, pero no ambas.

2.2.1.1 Problema probatorio del tratamiento de las prácticas concertadas y conscientemente paralelas como mutuamente excluyentes:

En cuanto al problema probatorio, debemos recordar que tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada son concordantes en tres aspectos fundamentales: i) las prácticas conscientemente paralelas no son por sí mismas una infracción a la libre competencia; ii) las prácticas conscientemente paralelas son un mero indicio de concertación; iii) las prácticas conscientemente paralelas por sí solas son insuficientes para probar la existencia de concertación, deben estar acompañadas de otros indicios (plus factors).

Entonces, respecto del primer punto, si tanto la doctrina como la jurisprudencia

comparada coinciden en que las prácticas conscientemente paralelas no deben sancionarse ni considerarse como anticompetitivas per sé, y más aún no pueden ser consideradas como el único ni el más importante indicio probatorio de concertación; “¿por qué nuestra ley la sanciona como una infracción autónoma?; ¿por qué nuestra ley le da el rango de infracción a una conducta que otras legislaciones consideran que es un mero indicio de concertación y no es anticompetitivo por sí solo?”

En segundo lugar, si tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada consideran que el paralelismo consciente es una prueba indirecta de concertación, pero como vimos, nuestra ley lo considera un tipo autónomo, mutuamente excluyente de la concertación; entonces ¿cómo puedo probar la existencia de una práctica concertada?, ¿son los otros factores plus suficientes para hacerlo? ¿Si estamos frente a una práctica concertada en la que además hay paralelismo, qué investigó y que sancionó paralelismo o concertación?, ¿es conveniente denunciar concertación sabiendo que puedo denunciar simplemente al paralelismo? Respecto de estas últimas preguntas es que surgen nuevas interrogantes, pues si las prácticas conscientemente paralelas y las prácticas concertadas son dos tipos anticompetitivos distintos y autónomos, en algo se debería guiar el operario jurídico para denunciar el uno o el otro, como por ejemplo en la dificultad probatoria de cada uno, en gravedad de la falta o en la sanción que se impone, pero nuevamente la LORCPM nos deja más dudas que respuestas.

2.2.1.2 Problema sancionatorio del tratamiento de las prácticas concertadas y conscientemente paralelas como mutuamente excluyentes

Más allá del análisis previamente realizado, concerniente a la efectividad de las sanciones previstas por la ley para desincentivar la conducta; cabe analizar los problemas que, desde el punto de vista jurídico, nos enfrentamos por la incorrecta y confusa redacción de la ley, que además deja de lado cualquier consideración doctrinaria respecto de la naturaleza del paralelismo y complica aún más la situación. Si nos remitimos a los Art. 78 y 79 de la Ley referentes a la gravedad de la infracción y a la sanción respectivamente, éstos dicen lo siguiente:

Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley

se clasifican en leves, graves y muy graves (...)

2. Son infracciones graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 11 de esta Ley, cuando las mismas consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, **prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos que no sean competidores entre sí, reales o potenciales.** (...)

3. Son infracciones muy graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, **prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales.**

(subrayado en negrita es propio)

Como dijimos antes, la ley nos deja más preguntas que respuestas. Como podemos observar, la ley determina la gravedad de la práctica concertada o de la práctica conscientemente paralela en dependencia de si ésta se produce entre operadores económicos del mismo nivel de producción (horizontal), o de distintos niveles de la cadena productiva (vertical). Pero, ¿pueden las prácticas conscientemente paralelas darse entre operadores económicos de distintos niveles de la cadena productiva? En capítulos anteriores, se aclaró que el paralelismo es un fenómeno que se presenta **siempre entre competidores**, es decir, operadores económicos del mismo nivel productivo, generalmente respecto de la fijación de precios de venta de sus productos, es decir, son en esencia prácticas horizontales; en este sentido, sería absurdo considerar que en algún momento se dé una práctica conscientemente paralela que pueda ser considerada como “grave”. Por lo que, evidentemente, las prácticas conscientemente paralelas, según nuestra legislación, únicamente podrán ser “muy graves”, mientras que las prácticas concertadas pueden ser tanto graves

como muy graves dependiendo de si se dan en el mismo o en diversos niveles de la cadena productiva. Esta conclusión se desprende de la premisa fundamental de que la ley esté tratando a las prácticas concertadas y conscientemente paralelas como mutuamente excluyentes, pues sólo en ese caso podríamos sugerir que la ley sea reformada en el sentido de que la frase *o conscientemente paralelas* sea eliminada del numeral 2 del Art. 78 pues no tendría sentido que se pretenda sancionar una práctica conscientemente paralela como grave, cuando el fenómeno jamás se va a dar entre diverso niveles de la cadena productiva. Ahora bien, esta imprecisión de la ley, siembra la duda de si es que quizás nuestra interpretación inicial es incorrecta, y la ley no considera a las prácticas concertadas y conscientemente paralelas como mutuamente excluyentes, sino más bien como sinónimos; no obstante, esta posibilidad será analizada en un siguiente apartado.

Ahora bien, una vez puntualizado que las prácticas conscientemente paralelas sólo podrán ser consideradas como “muy graves”, nos corresponde analizar el problema sancionatorio como tal, pues evidentemente una práctica muy grave tendrá una sanción mayor que la de una práctica grave. Si nos fijamos, las prácticas conscientemente paralelas son inmensamente más fáciles de demostrar que las prácticas concertadas, pues al ser una práctica restrictiva por objeto, basta con que la autoridad de control demuestre que hay una similitud en el accionar de dos o más operadores económicos sobre todo respecto de la fijación de precios de sus productos; mientras que para la prueba de las prácticas concertadas, se necesita demostrar la existencia de una serie de factores que permitan llegar a la inevitable conclusión de que la única forma en la que los precios de los competidores pueden ser iguales es debido a que se han concertado para hacerlo. En este contexto, ¿por qué debería la Superintendencia gastar recursos en demostrar concertación, si demostrar paralelismo es más fácil y puede imponer una sanción mayor?

Como se analizó en capítulos anteriores, la doctrina exige que uno de los factores plus que deben presentarse para demostrar la existencia de concertación es efectivamente el paralelismo, y la jurisprudencia comparada ha sido insistente en destacar que el paralelismo es un mero indicio de concertación (problema probatorio del que ya nos ocupamos).

Entonces, debido a la manera en que está redactada nuestra ley, si la entidad de

control llega a demostrar la existencia de un mero indicio de concertación, puede decidir sancionar por incurrir en paralelismo consciente, obteniendo una sanción inclusive mayor frente a un comportamiento que, en mercados oligopólicos, no debe ser ni siquiera considerado anticompetitivo, pero además, dicha sanción sería ineficaz para desalentar el cometimiento de la conducta al tratarse de un problema estructural del mercado más que de la voluntad de los agentes económicos de tergiversar la competencia.

2.2.2. Problemas Jurídicos en el Tratamiento de las prácticas concertadas y las prácticas conscientemente paralelas como sinónimos:

En el apartado anterior analizamos ya algunos de los problemas que se presentan como consecuencia de que el legislador considere a las prácticas concertadas y a las prácticas conscientemente paralelas como infracciones autónomas y mutuamente excluyentes; pero, ¿qué pasa si es que interpretamos la ley como si estuviera tratándolas como sinónimos? Si bien descartamos esta interpretación de plano debido a la propia redacción de la ley y al uso de la disyunción exclusiva “o...o”, vale la pena discutir, aunque sea de manera breve, el caso de que se las pueda llegar a considerar sinónimos, esto debido a que la redacción ciertos artículos de la LORCPM, como el ya transcrito Art. 78, por cometer ciertas imprecisiones conceptuales, nos hace dudar de si es que quizás la ley podría estar considerando a las prácticas concertadas y las prácticas conscientemente paralelas como sinónimos.

Pero más allá de ello, esta duda de si es que la ley trata a las figuras como sinónimas nos surgió también debido a un breve intercambio de correos electrónicos con un asesor de la Superintendencia de Control y Poder de Mercado, quien expresó lo siguiente:

Me llama la atención el título de su tesis (...). Al respecto me gustaría saber **por qué considerarían que habría una regulación del paralelismo consciente.** Este aspecto, de alguna manera, se encuentra prescrito en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, es decir en la sección de control de la Ley, **por qué consideran que hay una regulación al respecto. y**

además, por qué considerarían que aquella representaría un riesgo.

Otra pregunta que me planteo es: **cuál es a su criterio la diferencia entre prácticas concertadas y conscientemente paralelas. Esto me llama la atención porque en las denuncias no se especifican estos particulares.** y ambos conceptos son formas en las cuales se podrían configurar una conducta anticompetitiva del artículo 11 en referencia ¿por qué sería importante para vosotros conocer la diferenciación de casos de conductas materializadas mediante prácticas concertadas y conscientemente paralelas?

Frente a ello, dudamos también si es que el resto de los funcionarios del organismo de control comparten las interrogantes de este asesor; más que nada nos sorprendió el hecho de que en las denuncias no se especifique si se está iniciando una investigación por una práctica concertada o por una conscientemente paralela, pues evidentemente, según la doctrina y la jurisprudencia comparada, son distintas y tienen diversas implicaciones.

En primer lugar, debemos indicar que, en caso de que se estén tratando como sinónimos, no sólo la ley si no también la SCPM estaría incurriendo en una imprecisión conceptual grave, puesto que la doctrina y la jurisprudencia comparada han descrito a estas prácticas siempre por separado; no solo eso, sino que como hemos referido en líneas anteriores, la mayoría de legislaciones consideran a las prácticas conscientemente paralelas como un indicio de la existencia de concertación; entonces ¿cómo puede ser a la vez indicio e infracción?.

Yendo un poco más allá, y tomando las palabras de Camila Sánchez Santamaría (2017), la legislación ecuatoriana de la competencia comete un error jurídico y económico al sancionar a las prácticas conscientemente paralelas, pues éste tipo de prácticas, a diferencia de las prácticas concertadas, se dan en mercados con una estructura oligopolística interdependiente en la que los operadores económicos actúan no de manera coordinada para sustituir los riesgos de la competencia, si no de manera racional, buscando más bien competir y usar toda la información disponible para maximizar sus retornos (Sánchez Santamaría, 2017, p. 55-56).

Entonces, mal podría la ley considerar a las prácticas conscientemente paralelas como sinónimo de práctica concertada, pues estos fenómenos se producen en mercados con estructuras distintas y la motivación de los operadores económicos para adaptarse al comportamiento de sus competidores responde a razones completamente distintas, en el caso de la concertación buscan sustituir los riesgos de la competencia, mientras que en el caso de las conductas paralelas, buscan competir y maximizar sus ganancias.

En conclusión, como se ha explicado a lo largo de todo este trabajo, el paralelismo consciente y la concertación no son ni sinónimas, ni mutuamente excluyentes, es más, la doctrina y la jurisprudencia comparada son, en la mayoría de los casos, coincidentes en que el paralelismo es un indicio probatorio de la existencia de concertación, no es ni el único ni el más importante, pero sí es relevante considerarlo, en conjunto con otros indicios, para probar que los agentes económicos de un determinado mercado han concertado en perjuicio de otros o inclusive del propio consumidor, y también es coincidente en que no siempre la mera presencia de paralelismo es suficiente para demostrar la existencia de una práctica anticompetitiva.

En otras palabras, no hay concertación sin paralelismo, pero sí puede haber paralelismo sin concertación, y en cualquier caso, es equivocado sancionar al paralelismo de manera autónoma pues, si se da como resultado de la concertación, se estaría sancionando al resultado en lugar de a la causa; y si se da de manera natural debido a la estructura de mercado en la que se produce, resultaría contraproducente pues en éste tipo de mercado, el hecho de adaptarse al comportamiento de sus competidores, es, en la mayoría de los casos, la única opción para seguir compitiendo.

CONCLUSIONES:

El presente trabajo ha evaluado si es pertinente o no que la LORCPM y su Reglamento cataloguen a las prácticas conscientemente paralelas como una especie de práctica colusoria, al respecto, hemos de aglomerar las siguientes conclusiones que hemos dejado entrever a lo largo del texto:

- La mayoría de legislaciones de competencia, jurisprudencia y doctrina a nivel mundial, descartan con vastos argumentos la calificación del paralelismo consciente como práctica colusoria en sí misma.
- El legislador ha cometido un error conceptual al catalogar al paralelismo consciente como práctica anticompetitiva, toda vez que éste es un fenómeno ontológicamente connatural a los oligopolios interdependientes, mercados de competencia imperfecta, por lo que no es ilegal per sé.
- Ante la ausencia de explicación alternativa a la colusión para un fenómeno de paralelismo consciente, como cuando éste se evidencia en un mercado que no debería permitir su surgimiento natural, éste debe mirarse como indicio de otra práctica colusoria, mas en ningún caso, como una práctica colusoria per sé.
- Toda afirmación categórica de que paralelismo consciente es siempre un resultado de un fenómeno colusorio ignora el estado del arte de la teoría económica y la imposibilidad de abstracción de la realidad de las estructuras de mercados existentes y por existir.
- La inclusión del paralelismo consciente en la LORCPM y su sanción supone cuatro desatinos de nuestro legislador con la teoría económica: i) suponer que en todo mercado donde se evidencia paralelismo, ha precedido colusión; ii) ignorar que el paralelismo consciente es connatural a los oligopolios

interdependientes; iii) pretender paliar el paralelismo con remedios ineficaces para desmotivar su práctica o evitar sus efectos; iv) pretender sancionar al paralelismo como una infracción “grave” que se da únicamente entre agentes económicos *no competidores entre sí* en un completo desconocimiento del concepto de paralelismo, que puede darse únicamente entre competidores, es decir agentes económicos del mismo nivel de la cadena productiva.

- Así también, la inclusión del paralelismo consciente y su sanción en la LORCPM supone desatinos de índole jurídica por parte del legislador, a saber:
 - i) el paralelismo consciente es casi unánimemente tratado por la doctrina y el derecho comparado como no ilegal en sí mismo; ii) no se puede sostener que el paralelismo consciente se trate como mutuamente excluyente de la concertación, cuando bien podría ser utilizada como su indicio, lo cual conlleva a interrogantes no resueltas por nuestra ley: ¿Por qué perseguiría la SCPM un fenómeno de concertación si puede obtener la misma sanción para el acusado alegando paralelismo consciente? Además, ¿no es más fácil denunciar una práctica de paralelismo consciente para reducir la dificultad probatoria de la concertación u otra práctica colusoria, si el resultado sancionatorio es igual? ¿No debería sancionarse con menor gravedad el paralelismo consciente que las demás prácticas colusorias si éste puede surgir sin contacto entre competidores? iii) Tampoco es correcto asumir que la ley podría tratar al paralelismo y a la concertación como sinónimos, pues nuevamente, si tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el uno es indicio del otro ¿cómo pueden ser a la vez indicio de infracción?

- Se debe eliminar la tipificación y sanción de las prácticas conscientemente paralelas como práctica restrictiva de la competencia en la LORCPM y su Reglamento, en lo que este trabajo coincide con los Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Ecuador (2021)

- La SCPM debe aplicar esquemas modernos de análisis que permitan marcar la línea entre un paralelismo natural, no sancionable, o emergente de una verdadera

práctica colusoria al cual sirva de indicio, entre los cuales se destaca el análisis SCP propuesto por Reza Dibadj y abordado en el tercer capítulo de este trabajo.

REFERENCIAS

- Araya Jasma, F. (2015). Derecho de la Libre Competencia. *Revista chilena de derecho privado*. (24), 233-250.
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722016000200010
- Brokelman, H. (n.d.). PRÁCTICAS CONCERTADAS Y CONSCIENTEMENTE PARALELAS. Retrieved November 22, 2022, from https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-05_Practicas_concertadas_concientemente_paralelas-Brokelmann.pdf
- Barkley, A. (2021, January 4). Oligopoly, Collusion, and Game Theory. LibreTexts. [https://socialsci.libretexts.org/Bookshelves/Economics/Book%3A_The_Economics_of_Food_and_Agricultural_Markets_\(Barkley\)/05%3A_Monopolistic_Competition_and_Oligopoly/5.04%3A_Oligopoly%2C_Collusion%2C_and_Game_Theory](https://socialsci.libretexts.org/Bookshelves/Economics/Book%3A_The_Economics_of_Food_and_Agricultural_Markets_(Barkley)/05%3A_Monopolistic_Competition_and_Oligopoly/5.04%3A_Oligopoly%2C_Collusion%2C_and_Game_Theory)
- Castellanos, R. (n.d.). Recent aspects of hard core cartel prosecution in Brazil. OECD. Retrieved November 22, 2022, from <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38834958.pdf>
- Coloma, G. (2000, July). *Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia*. Researchgate. https://www.researchgate.net/publication/4806392_Practicas_horizontales_concertadas_y_defensa_de_la_competencia
- Correa, J., & Paffen, J. (2018). *PARALELISMO CONSCIENTE Y TRACKING DE PRECIOS: CARACTERIZACIÓN GENERAL Y PROBLEMÁTICAS PARA SU TRATAMIENTO DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA* [Tesis de Grado]. UNIVERSIDAD EAFIT.
- Deza Sandoval, T. (2009). *Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea*. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/63/61>
- Encinas-Ferrer, C. (2013). Oligopsony-Oligopoly the Perfect Imperfect Competition. *Procedia Economics and Finance*, 346–362. [https://doi.org/10.1016/S2212-5671\(13\)00033-6](https://doi.org/10.1016/S2212-5671(13)00033-6)
- European Commission. (2003). The Economics of Tacit Collusion. In *UE*. https://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf
- Ezrachi, A. (2021). *Competition and Antitrust Law, A very Short Introduction* (1st ed.). Competition and Antitrust Law, A very Short Introduction.
- Fortin, J. (2020). Algorithms and Conscious Parallelism: Why Current Antitrust Doctrine is Prepared for the Twenty-First Century Challenges Posed by Dynamic Pricing. *Tulne Journal of Technology & Intellectual Property*, 23. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3676794

- Guillem, M. (2017, September 5). *El Derecho de la Competencia*. Revista Jurídica De Al Universidad Católica De Guayaquil.
<https://www.revistajuridicaonline.com/2010/10/el-derecho-de-la-competencia/>
- Gutierrez, J. (n.d.). *TACIT COLLUSION: THEORY AND CASE LAW IN ARGENTINA, BRAZIL, CHILE, COLOMBIA AND PANAMA (1985 - 2008)*. Centrocedec.
 Retrieved November 29, 2022, from
<https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/9-gutierrez.pdf>
- Gutierrez, J. (2022). El paralelismo consciente en el derecho de la competencia. *Estudios En Derecho De La Competencia*, 17–76.
https://www.researchgate.net/publication/360018119_El_paralelismo_consciente_en_el_derecho_de_la_competencia
- Hibner, D. (1970). Oligopoly Under Attack: New Approaches to an Old Problem. *St Johns Law Review*, 44.
<https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3506&context=lawreview>
- Imperfect Competition*. (n.d.). https://web.uri.edu/acmead/files/2011_Monopoly.pdf
- INDECOPI. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos* (1ra ed.). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
<https://www.worldcat.org/es/title/analisis-de-las-funciones-del-indecopi-a-la-luz-de-las-decisiones-de-sus-organos-resolutivos/oclc/873644151>
- Iregui, N. (2019). *El paralelismo consciente como práctica anticompetitiva en Colombia y la ponderación de sus efectos a partir de la regla de la razón* [Trabajo final de Maestría presentado como requisito parcial para optar al título de: Magister en Derecho con profundización en derecho privado-económico]. Universidad Nacional de Colombia.
- Krattenmaker, T., Lande, R., & Salop, S. (1985). MONOPOLY POWER AND MARKET POWER IN ANTITRUST LAW. *Georgetown Law Journal*.
<https://www.justice.gov/atr/monopoly-power-and-market-power-antitrust-law#fn41>
- Martínez, M., & Quintana, E. (2007). *La necesidad de tomar nuevos rumbos en la aplicación de Políticas de Competencia en el Perú: A propósito de las prácticas anticompetitivas de precios*. PUCP.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17212>
- Miranda Londoño, A. (n.d.). *LA REGLA DE LA RAZÓN Y LA REGLA PER SE EN EL DERECHO COLOMBIANO*. CEDEC. Retrieved November 29, 2022, from
https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/02/regla-per-se-y-regla-de-la-razocc81n_2017.pdf
- Miranda Londoño, A., & Beltrán Castiblanco, D. (n.d.). *EL MERO PARALELISMO DE PRECIOS NO EQUIVALE A UN CARTEL*. CEDEC. Retrieved November 29, 2022, from <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/paralelismo-no-es-igual-que-acuerdo.pdf>
- OECD. (2021). Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Ecuador. In *OECD*.

<https://www.oecd.org/daf/competition/examenes-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-politica-de-competencia-ecuador-2021.htm>

- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE. (n.d.). *CONCENTRACIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL MERCADO DE GENERACIÓN ELÉCTRICA EN CHILE*. Retrieved November 29, 2022, from <https://hrudnick.sitios.ing.uc.cl/alumno09/concentra/concentracion/concentracion.htm>
- Pozo, F., & Chico, M. (2013). *El Abuso de Poder de Mercado y la Fijación de Precios Predatorios en la Legislación Ecuatoriana* [Tesis de Grado]. Universidad del Azuay.
- Pozo, P. (2016). El dilema de los precios predatorios: estrategias, teorías y problemas. Un análisis del Derecho de la competencia de la Unión Europea y Antitrust (Tema Central). In *Revista de Derecho* (Vol. 26, pp. 27–47). <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5803>
- Quintana, E. (n.d.). *TRATAMIENTO DE LA COLUSIÓN TÁCITA EN EL PERÚ: MARCHAS Y CONTRAMARCHAS*. CEDEC. Retrieved November 29, 2022, from <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/3-quintana.pdf>
- Rodriguez, B. (Ed.). (2017). *Prohibition of the abuse of a dominant position*. https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_18_en.pdf
- Rosenberg, S., & O'Halloran, P. (2014). Firm Behavior In Oligopolistic Markets: Evidence From A Business Simulation Game. *Journal of Business Case Studies*, 10. <https://core.ac.uk/download/pdf/268110272.pdf>
- Sánchez, C. (2017). *¿Qué prácticas restrictivas se sancionan a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado?* [Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada]. Universidad San Francisco de Quito USFQ.
- Stanbury, W. T., & Reschenthaler, G. B. (1977). Oligopoly and Conscious Parallelism: Theory, Policy and the Canadian Cases. *Osgoode Hall Law Journal*, 15, 3. <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2112&context=ohlj>
- Stigler, G. (n.d.). A Theory of Oligopoly. *Journal of Political Economy*, 72, 44–61. <https://www.jstor.org/stable/1828791>
- Stiglitz, J., & Walsh, C. (2011). *Microeconomía* (4th ed.). Editorial Ariel. <https://www.marcialpons.es/libros/microeconomia/9788434413160/>
- Stucchi, P. (2008). El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: apuntes sobre el decreto legislativo 1034 - Ley de represión de conductas anticompetitivas (LRCA). *Themis*, 56. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9217>
- Triple A Learning. (n.d.). *Theories of oligopoly*. Triple a Learning. Retrieved November 29, 2022, from http://www.sanandres.esc.edu.ar/secondary/economics%20packs/microeconomics/page_128.htm
- Vickers, J. (2005). Abuse of Market Power. *The Economic Journal*. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-0297.2005.01004.x>

- Vivien, R., & Bailey, D. (Eds.). (2013). *Bellamy & Child: European Union Law of Competition* (7th ed.) [Ebook]. Oxford Competition Law. <https://doi.org/10.1093/law/9780199667871.001.0001>
- Werden, G. (2004). Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory. *ANTITRUST LAW JOURNAL*. <https://thesedonaconference.org/sites/default/files/endorsements/EconCollALJ.pdf>
- Zapardiel, C. (2014). *LA TEORIA DE LOS JUEGOS Y SUS APLICACIONES EN LA ECONOMÍA ACTUAL*. ICADE.
- Zurita, J. (Ed.). (2014). *Análisis de la concentración y competencia en el sector bancario* (Vol. 14/23). BBVA Research. <https://www.bbva.com/wp-content/uploads/2014/09/WP-concentraci%C3%B3n-y-competencia-sector-bancario.pdf>

JURISPRUDENCIA

- Ahlstrom and Others v. Commission. Sentencia Del Tribunal De Justicia (Sala Quinta) De 31 De Marzo De 1993. Recuperado de: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf%3Bjsessionid=85BD30E6C8C6E4C50C7BB32FD5444ADA?text=ydocid=93717ypageIndex=0ydoclang=ESymode=lstydir=yocc=firstypart=1ycid=1110463>
- Brooke Group Ltd. v. Brown y Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993). Recuperado de: <https://casetext.com/case/brooke-group-ltd-v-brown-williamson-tobacco-corp>
- Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA y otros vs. Comisión (1975). CONCLUSIONES DEL SR. MAYRAS — ASUNTOS ACUMULADOS 40/73 A 48/73, 50/73, 54/73 A 56/73, III/73, II3/73 Y 114/73. Recuperado de: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf%3Bjsessionid=9ea7d0f130d54cb0b071b79a4a04a51481cd3320d646.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNaNe0?text=ydocid=88467ypageIndex=0ydoclang=ESymode=lstydir=yocc=firstypart=1ycid=1257038>
- Superintendencia de Industria y Comercio . (02 de 02 de 2009). Resolución: 04946. Recuperado de https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2009/RESOLUCION_4946_DE_02_DE_FEBRERO_DE_2009_SANCION_COMPANIA_NACIONAL_DE_CHOCOLATES.pdf
- 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. Recuperado de: https://www.google.com/url?q=https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence%3D1%26isAllowed%3Dy

ysa=Dysource=docsyust=1660582940039101yusg=A0vVaw0RBMqDi1sRU
Qcfe7hSBnR3

Text Messaging Antitrust Litigation, 630 F.3d 622, 627 (7th Cir. 2015) Recuperado de: <https://casetext.com/case/in-re-text-messaging-antitrust-litigation-2> (traducción propia)

Theatre Enterprises v. Paramount Distributing, 346 US 537 (U.S. Supreme Court of Justice 1954). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/537/>

LEYES

Asamblea Nacional del Ecuador. (2022). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011. Quito, Ecuador.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2022). Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Comisión Europea. (14, enero, 2011). Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)yfrom=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)yfrom=ES)

Comunidad Europea. (2002). VERSIÓN CONSOLIDADA DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. De: https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/pdf/B1EC4D87-7D64-465E-89AE-18C176AAFA38/73086/12002E_ES.pdf