

M.^a DEL CARMEN NAVARRO SUAY*Doctora en Derecho por la Universidad San Pablo-CEU***Extracto:**

ESTE artículo pone de relieve las divergencias existentes entre las aproximaciones económicas y jurídicas al problema de la colusión tácita. Para ello, se parte de la definición de la colusión tácita desde el ámbito económico, colusión que se produce generalmente en los oligopolios. Posteriormente, se hace una breve exposición de la postura adoptada por las legislaciones estadounidenses y comunitarias al respecto y de las deficiencias de estos marcos legales para solventar el problema generado por las restricciones de la competencia no basadas en el consenso de las partes. La revisión de las alternativas propuestas desde la OCDE contribuye a clarificar el problema, para, finalmente, encontrar una posible solución a las divergencias revisadas a través del malinterpretado concepto español de las «conductas conscientemente paralelas».

Sumario:

1. Oligopolio y colusión tácita.
 - 1.1. El dilema del prisionero.
 - 1.2. Juegos no cooperativos y colusión.
 - 1.3. Las nuevas formas de colusión.
 - 1.3.1. El liderazgo de precios.
 - 1.3.2. Las prácticas facilitadoras.
2. Carencias de las principales normas de defensa de la competencia.
 - 2.1. En Estados Unidos.
 - 2.1.1. La Sección 5.ª de la Federal Trade Commission Act.
 - 2.1.2. El control de concentraciones.
 - 2.2. En la Unión Europea.
3. Soluciones internacionales al problema de la colusión tácita.
 - 3.1. Medidas estructurales.
 - 3.2. Medidas sobre el comportamiento.
 - 3.2.1. Extensión de la práctica concertada.
 - 3.2.2. Recurso a la solución británica.
 - 3.2.3. Prohibición de las prácticas facilitadoras.
 - 3.2.4. Posición dominante conjunta.
 - 3.2.5. Prohibición directa de la colusión tácita.
4. Las ventajas de la redacción española.
 - 4.1. Presupuestos.
 - 4.2. Elementos.
 - 4.3. Ventajas respecto de la posición dominante conjunta.
5. Conclusiones.

1. OLIGOPOLIO Y COLUSIÓN TÁCITA

Desde el punto de vista económico, la actividad de los operadores económicos se desarrolla en diferentes mercados, que vienen determinados por el producto, por el ámbito geográfico, por el número de empresas que participan en él, etc. Los mercados ¹ se han clasificado en tres tipos diferentes: mercados con competencia perfecta, monopolios y oligopolios. Por un lado, se encuentran los mercados competitivos, que serían aquellos en los que los niveles de precio y producción vienen determinados por el libre juego de la oferta y la demanda. El número de operadores es elevado, por lo que cada competidor aplicará un precio determinado atendiendo a sus costes de producción y al margen que desea obtener sin poder tener acceso a la totalidad de decisiones del resto de competidores. En el otro lado de la balanza se encuentran los monopolios, es decir, los mercados integrados por un solo operador que monopoliza la producción y venta de un determinado bien. El precio del producto no viene determinado por el juego de la oferta y la demanda, sino directamente por el monopolista, puesto que si el demandante desea obtener el bien, su única opción es adquirirlo al precio marcado por el monopolista, sea cual sea. A medio camino entre estos dos extremos se encuentra el oligopolio ², donde se dan generalmente los supuestos de colusión tácita.

Por mercado oligopolístico se entiende aquel en el que existen pocos competidores, o, dicho de otra forma, está muy concentrado. Los oligopolios son mercados difíciles de analizar. Existen muchos oligopolios con resultados anticompetitivos y, por ello, el oligopolio se ha convertido en uno de los principales –y más complicados– puntos de atención de las políticas de defensa de la competencia ³. La presencia de un producto homogéneo, el hecho de que las empresas vendan en el mismo nivel de la cadena de distribución, la existencia de antecedentes colusorios en el mercado, la existencia de una estructura de costes similar para todos los competidores... son factores que contribuyen a crear una base estructural en la que todos los competidores conocen la situación del resto y que puede favorecer

¹ Véase, por todos, GOBBO, F.: *Il mercato e la tutela della concorrenza: introduzione all'economia e alla politica della concorrenza*, Bolonia, 2001 e IMENGA, U.: *El Mercado y el Derecho*, Traducción de EMBID IRUJO, J.M., Valencia, 2001.

² Para un estudio detallado de este concepto pueden verse, entre otras, las siguientes referencias: STIGLER, G.J.: «A Theory of Oligopoly», en J.POL.ECON., Vol. 72, 1964; BAKER, J.B.: «Two Sherman Act Section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem and contemporary economic theory», en ANTITRUST BULL., núm. 38, 1993, págs. 143 a 219; POSNER, R.A.: «Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach», en STAN.L.R. núm. 21, 1969, págs. 1.562 a 1.606; POSNER, R.: *Antitrust Law*, 2.^a ed., Chicago, Londres, 2001. En la doctrina española, véase FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A.: «El problema del oligopolio en el Derecho de la Competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría», en RGD, núm. 589, 1993, págs. 10.057 a 10.131; JIMÉNEZ LA-IGLESIA, J.M.: «Derecho de la Competencia y Oligopolio», en GJ, Serie D, núm. 23, 1995, págs. 119 a 172.

³ FAULL, J./NICKPAY, A.: *The EC Law of Competition*, Nueva York, 1999, pág. 25.

la coordinación tácita entre todos ellos. Esta situación de mutuo conocimiento se conoce con el nombre de «interdependencia». La interdependencia es la característica del oligopolio en virtud de la cual cada competidor es consciente de que sus variaciones en la producción pueden ser lo suficientemente significativas como para afectar al precio de mercado. Por ello, cada decisión sobre los precios de cada uno de los competidores afecta a la de sus rivales: cada competidor es consciente de las repercusiones de su decisión sobre el resto de operadores, que probablemente responderán en un determinado sentido conocido para todos los implicados ⁴. Es decir, cada empresa en el mercado se da cuenta de que el efecto de sus decisiones depende de la respuestas de sus rivales. Si todos los competidores tienen unos costes y unas expectativas sobre la elasticidad de la demanda ⁵ similares, es muy fácil que los oligopolistas obtengan resultados muy similares a los que se obtendrían con un acuerdo colusorio sin necesidad de que existan contactos entre las partes. De este modo, se pueden coordinar los precios tácitamente mediante la mera observación del comportamiento de los competidores en el mercado ⁶.

Especialmente significativo es el hecho de que los economistas definan el concepto de colusión atendiendo a los efectos y no a los medios empleados para llevarla a cabo. Desde el punto de vista económico la colusión es el comportamiento que lleva a un precio superior al precio competitivo. Incluye, por tanto, no sólo la colusión explícita, manifestada en forma de acuerdos o acciones concertadas, sino también la colusión tácita, que se consigue sin necesidad de que existan contactos entre las empresas o sin que medie comunicación entre ellas ⁷. Esta posición difiere de las definiciones legales de colusión, que están normalmente limitadas a acuerdos y prácticas concertadas, reduciendo así la posibilidad de que las reglas de la competencia ofrezcan un remedio a la situación. Es decir, los economistas distinguen entre comportamiento competitivo y comportamiento no competitivo o colusivo ⁸, y ésta es la diferencia que hay que tener clara desde el punto de vista econó-

⁴ AREEDA, P.E.: *An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Boston, 1986, pág. 65. TURNER, D.: «The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusal to Deal», en *HLR*, vol. 75, 1962, pág. 658; ALESE, F.: «The Economic Theory of Non-Collusive Oligopoly and the Concept of Concerted Practice Under Article 81», en *ECLR*, núm. 7, 1999, págs. 379 a 383, pág. 379; WATHELET, R.: «Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole» en *Rev. Trim. Droit. Eur.*, núm. 4, 1975, págs. 663 a 669.

⁵ Por elasticidad de la demanda se hace referencia a las modificaciones que se producen en la demanda de un producto ante las variaciones en el precio de dicho producto. Véase, por ejemplo, KANTZENBACH, E., KOTTMANN, E. & KRÜGER, R.: *New Industrial Economics and Experiences from European Merger Control. New Lessons About Collective Dominance?*, Documento Interno de la Comisión Europea, Marzo de 1995, págs. 15 a 17.

⁶ AREEDA, P.E.: *An Analysis...*, cit., págs. 65 y 66.

⁷ FAULL, J./NIKPAY, A.: *The E.C. Law...*, cit., págs. 25 y 26; BISHOP, S./WALKER, M.: *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londres, Dublin, Hong Kong, 1999, págs. 80 y 81: «Existe colusión tácita cuando, en ausencia de cualquier intento formal de obtener un resultado colusivo, las empresas asumen que si cada una de ellas compite de un modo menos vigoroso pueden aplicar precios más altos y obtener mejores beneficios en conjunto». KANTZENBACH, E., KOTTMANN, E. & KRÜGER, R.: *New Industrial...*, cit., pág. 10: «Por colusión debe entenderse toda actividad de las empresas que restrinja la competencia con el propósito de obtener ventajas colectivas, con independencia de que tales actividades se logren mediante acuerdos expresos entre las empresas».

⁸ KANTZENBACH, E., KOTTMANN, E. & KRÜGER, R.: *New Industrial...*, cit., pág. 11, se especifica que se pueden distinguir tres tipos de comportamiento colusivo: colusión en los precios, colusión en la capacidad de producción y colusión de reparto de mercados. Existe colusión en los precios cuando las empresas elevan los precios por encima de sus costes marginales (el coste marginal es el coste de producir una nueva unidad de producto). Existe colusión sobre la capacidad de producción cuando las empresas restringen una expansión de capacidad que sería eficiente si existiera competencia en el mercado. Por último, se entiende que existe colusión de reparto de mercados cuando las empresas dividen los mercados bien atendiendo al tipo de producto, bien siguiendo distribuciones geográficas.

mico, independientemente de cuál sea el medio empleado para obtener el fin anticompetitivo. Es más, algunos autores ⁹ han demostrado que la colusión tácita puede tener efectos más perniciosos que la colusión efectuada explícitamente.

Frente a las posturas tradicionales, que consideraban que estas coordinaciones en los oligopolios eran inevitables y que se debían a la estructura del mercado, se ha producido un importante cambio en el pensamiento económico ¹⁰. Cada vez se tiene más presente que la competencia en el mercado no depende tanto de la estructura del mismo (que tampoco debe despreciarse), como de la voluntad de los empresarios de comportarse de una manera o de otra. Se rompería así con la idea de que el oligopolio es, por naturaleza, no competitivo. Ciertamente, en el oligopolio puede existir competencia, y ésta es la situación más deseable ¹¹.

Los economistas han desarrollado modelos matemáticos, con limitaciones (puesto que no pueden incluir todas las variables), pero que aportan conclusiones relevantes para el problema de la colusión en el oligopolio ¹². La mayoría de los avances que se han obtenido en el estudio y análisis del oligopolio se han producido a partir de la Segunda Guerra Mundial usando la teoría de juegos, especialmente la teoría de los juegos no cooperativos ¹³. La idea principal que debemos tener en mente al referirnos a los juegos no cooperativos es que las partes no pueden establecer acuerdos vinculantes, pero existe un mutuo conocimiento de las acciones potenciales de los competidores. Sólo existirá equilibrio cuando las decisiones de cada empresa conduzcan a un sistema de estrategias en el que cada una de ellas es la mejor respuesta para las otras estrategias ¹⁴. Los juegos no cooperativos son un marco apropiado para aplicar al ámbito de la competencia empresarial, puesto que las normas de defensa de la competencia prohíben llegar a acuerdos sobre los niveles de precio y producción. Si los integrantes de un cartel efectúan este tipo de acuerdos saben de antemano que no son ejecutables ante los Tribunales. Aplicando esto al oligopolio, existirá un equilibrio estable cuando cada oligopolista se ajuste a su estrategia actual (producción y precio), a la luz de las estrategias elegidas por el resto de competidores sobre los mismos parámetros.

⁹ KHUN, K.U./VIVES, X.: *Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition*, Documento Interno de la Comisión Europea, 1995, pág. 57.

¹⁰ JACQUEMIN, A.: *Collusive Behaviour, R&D and European Policy*, Documento Interno de la Comisión Europea, 1987, pág. 1: «Las empresas deben ser concebidas como actores capaces de modificar en alguna medida su entorno, en lugar de estar sujetas a él. Desde esta perspectiva, la configuración de estructuras industriales y de formas de organización es más el producto de estrategias premeditadas que de las condiciones y reglas predeterminadas del juego».

¹¹ FRIEDMAN, J.W.: *Oligopoly and the theory of games*, Nueva York 1977. BAKER, J.: «Two Sherman Act ...», cit. GREEN, E.: «Non-cooperative price taking in large dynamic markets», en *J. Econ. Th.*, núm. 22, 1980, págs. 155 a 182.

¹² FAULL, J./NIKPAY, A.: *The E.C. Law...*, cit., págs. 24 a 27.

¹³ La teoría de juegos como análisis formal teórico comenzó con el libro del matemático Jonh VON NEUMANN y el economista Oskar MORGENSTERN: *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princenton, 1944.

¹⁴ YAO, D.A./DESANTI, S.S.: «Game Theory and the Legal Analysis of Tacit Collusion», en *Antitrust Bull.*, Vol. 38, 1993, págs. 113 a 141, pág. 115. A este equilibrio se le denomina en economía «equilibrio de Nash» (John Forbes NASH recibió el Premio Nobel en economía 1994 junto con Reinhard SELTEN y John HARSANYI, dos expertos en teoría de juegos. Su aportación fue de carácter matemático y se encuentra recogida en tres artículos: «Equilibrium Points in N-person Games?», en *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 1950; «The Bargaining Problem», en *Econometrica*, abril de 1950 y «Two-person Cooperative Games», en *Econometrica*, enero de 1953).

1.1. El dilema del prisionero.

Dentro de los juegos no cooperativos, el que ofrece mayor perspectiva sobre las dificultades y posibilidades de que exista colusión es el «juego del dilema del prisionero». Tiene este nombre porque el ejemplo original que se utilizó hacía referencia a dos sospechosos de homicidio sobre los que no había pruebas concretas y era necesario que testificaran. El dilema del prisionero se ha aplicado con facilidad al estudio del comportamiento de las empresas en el oligopolio: aunque los oligopolistas no están normalmente abocados sin salida a una elección drástica entre dos precios, dos niveles de producción diferentes, etc., puede asumirse que la elección básica que tienen que tomar es competir o no competir (coludir o cooperar, según la terminología económica). Así, se sustituye el «no testificar» por «coludir» y el testificar por «competir/salirse de la concertación»¹⁵.

Empresa B		C	S
Empresa A	C	3,3	1,4
	S	4,1	2,2

Tabla 1. El dilema del prisionero aplicado al oligopolio (C = Coludir, S = Salirse de la concertación o competir)

En esta situación la mejor estrategia para cada uno de ellos, individualmente hablando, es no cooperar, es decir, competir. Cuando una empresa en el mercado restrinja la producción y trate de imponer un precio alto en el mercado, la empresa competidora puede obtener ventaja de esta situación compitiendo, es decir, bajando su precio para llevarse los clientes de la otra empresa. La conclusión es que el mejor resultado para las dos empresas es competir: el equilibrio se logra con el beneficio colectivo más bajo. Esto último es lo que se denomina el «Equilibrio de Nash del dilema del prisionero».

1.2. Juegos no cooperativos y colusión.

Si todos los oligopolios siguieran las reglas del juego del dilema del prisionero, no habría muchos problemas en el ámbito de la competencia: el dilema del prisionero muestra la inestabilidad

¹⁵ El término que se utiliza en inglés es *defect* o *cheat*, cuya traducción literal respectiva es «desertar» y «timar». Estos términos no se refieren a la ruptura de un acuerdo vinculante. Ni siquiera es necesario que exista un acuerdo no vinculante (recordemos que nos estamos moviendo en el ámbito de la colusión tácita). Los términos *defect* o *cheat* se refieren al hecho de elegir la mejor estrategia individual en detrimento del mejor resultado conjunto. (PEEPKORN, L.: *Competition Policy Implications from Game Theory: an Evaluation of the Commission's Policy on Information Exchanges*, Documento de la Comisión Europea disponible en (http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1996_057b_en.pdf).

básica presente en muchas situaciones de colusión, puesto que siempre habrá una empresa dispuesta a correr el riesgo de obtener ganancias a corto plazo ofreciendo precios inferiores al precio colusivo de los competidores; de hecho, esta situación suele darse con frecuencia en los carteles con el paso del tiempo. Sin embargo, tanto la experiencia como las pruebas de simulación demuestran que el resultado colusivo es perfectamente alcanzable y sostenible. La cooperación o colusión parece ser la estrategia dominante elegida en número de casos bastante considerable. Puede ocurrir que la competencia no sea una opción atractiva, porque la pérdida resultante de una bajada del precio sea mayor que la ganancia que se obtendría por la llegada de nuevos clientes y el aumento de las ventas. En esta situación, la cooperación es la estrategia dominante para los dos jugadores y el resultado colusivo es perfectamente sostenible. Además los competidores pueden establecer una serie de condiciones para asegurarse de que ninguno de los participantes en la colusión tenga interés por salirse del esquema colusivo: en primer lugar puede lograrse el mantenimiento de la colusión estableciendo mecanismos que represalien el comportamiento competitivo ¹⁶; otro factor que hace que el resultado colusivo sea el más probable es que los oligopolistas entren en contacto numerosas veces. En este caso, el juego se desarrolla más de una vez y los competidores, temerosos de que se les apliquen represalias ¹⁷ en el futuro si optan por competir, mantendrán la colusión. El tercer factor son las consideraciones de tipo social, difíciles de reflejar en los modelos matemáticos, pero que coadyuvan en el mantenimiento de la colusión. De hecho, por los experimentos realizados, se sabe que la hipótesis de que cada competidor se preocupa únicamente de la mejor estrategia para sí mismo no es realista y que los jugadores, influidos por consideraciones emocionales, sociales y por temor a posibles represalias de distinta índole, suelen actuar de una manera sorprendentemente colusiva (en un juego del dilema del prisionero con 100 rondas, en 60 rondas los dos jugadores cooperaron y sólo 14 veces los dos jugadores optaron por competir a la vez ¹⁸).

Resumiendo, la teoría de juegos en su estado actual no recoge todas las variables que se dan en la práctica. En general, tiende a subestimar la probabilidad de que exista colusión y, aun así, demuestra que la presencia de colusión sin que medien acuerdos entre las partes es perfectamente posible. Los experimentos demuestran que la cooperación entre competidores es mucho más probable de lo que se puede deducir de los modelos teóricos ¹⁹. Por ello, lo realmente significativo es detectar si las empresas están coordinando su comportamiento para maximizar su beneficio de manera conjunta, y no el medio utilizado para lograr este objetivo.

¹⁶ Por ejemplo, estableciendo en los contratos con los clientes cláusulas del tipo de «cliente más favorecido». Con esta cláusula se garantiza a los clientes que si la empresa aplica descuentos a los nuevos clientes en el próximo año, dicho descuento se hará extensivo a los clientes iniciales. Al mismo tiempo, los participantes en el juego se aseguran que la ganancia que obtendría un oligopolista saliendo de la situación colusiva se compensa con la pérdida de ofrecer el mismo descuento a los clientes iniciales. El resultado es que ningún competidor estará interesado en bajar los precios y salirse de la colusión.

¹⁷ Sobre las diversas estrategias que pueden seguir las empresas competidoras para aplicar represalias en los casos de no cooperación puede verse KANTZENBACH, E., KOTTMANN, E. & KRÜGER, R.: *New Industrial...*, cit., págs. 28 a 32. Respecto de la importancia de la rapidez con la que los operadores económicos responden a las variaciones en los precios véase HEUSS, E.: «Aufeinander abgestimmtes Verhalten — Sackgasse und Ausweg», en *W.u.W.* 1974, págs. 369 a 379, págs. 376 y 377.

¹⁸ POUNDSTONE, W.: *Prisoner's Dilemma*, Nueva York, 1992, págs. 106 a 116.

¹⁹ PEEPERKORN, L.: *Competition Policy...*, cit. pág. 17.

1.3. Las nuevas formas de colusión.

En la actualidad, las formas principales de colusión, además de los acuerdos orales, son el liderazgo de precios y los sistemas creados para facilitar la transmisión de la información. Véamos cómo se puede lograr la colusión tácita en estos campos, sin necesidad de que medie intercambio de voluntades expreso entre las partes.

1.3.1. El liderazgo de precios.

El liderazgo de precios es un claro ejemplo de las situaciones típicas del oligopolio en que puede existir colusión sin que medie acuerdo entre las partes²⁰. Tradicionalmente, la jurisprudencia comunitaria y la doctrina han considerado que el liderazgo de precios en los oligopolios es lícito porque el líder tiene más medios y facilidad para adaptarse a los cambios que se producen en el mercado. En los años 50 y 60 hubo economistas²¹ que establecieron una distinción entre el «liderazgo de precios colusivo» y el «liderazgo de precios barométrico»²². Por líder barométrico se entiende toda empresa que dentro de un mercado concreto, por sus características, o por ser la firma dominante del mercado y por ello, estar en mejores condiciones para analizar la evolución del mismo, se adapta mejor y con más rapidez que las otras a las variaciones en la oferta y de la demanda. Consiguientemente, el resto de empresas adoptarían el mismo precio que el líder barométrico porque este precio es el que mejor se adapta a las condiciones del mercado. La inocencia de este tipo de liderazgo se vendría abajo, no obstante, si la empresa líder es siempre la misma, si las variaciones en los precios y las fechas en que éstos se producen tienden a ser uniformes y si las variaciones de precios son anunciadas antes a los competidores que a los clientes²³. El liderazgo de precios colusivo facilita las subidas de precios por encima de los precios que se darían si hubiera competencia entre las empresas. ¿Cómo puede producirse este supuesto sin que exista contacto directo ni comunicación explícita entre los directivos de las empresas? La teoría de juegos demuestra que es perfectamente posible que se dé colusión sin que exista el típico «encuentro de voluntades» característico de los acuerdos, la cuestión puede quedar aún más clara con un caso real de Estados Unidos:

²⁰ DE JONG, H.W.: «The Economics of Concerted Practices (collusion)», en *The Europa Institute of the University of Leiden: European Competition Policy*, Leiden, 1973, págs. 92 a 104, pág. 100. Esta idea ya era anticipada por George P. COMER en 1940, refiriéndose a los nuevos trusts en los Estados Unidos de América: «la pura simplicidad y la aparente inocencia del liderazgo de precios es un lobo con piel de cordero [...] Es mucho más simple [que las viejas reuniones para fijación de precios] y menos perturbador para el mercado fijar los precios siguiendo el esquema del *price leadership*. Ni siquiera es necesario ponerse de acuerdo en seguir al líder. La mera aquiescencia con las variaciones de precios que fija el líder es suficiente» (*Law and Contemporary Problems*, vol. VII, 1940, págs. 61 a 73).

²¹ Destacan especialmente MARKHAM, J.W.: «The Nature and Significance of Price Leadership», en *Am.Econ.R.*, 1951, págs. 444 a 461 y BAIN, J.S. «Price Leaders, Barometers, and Kinks», en *Journal of Business*, vol. 33, 1960, págs. 193 a 203.

²² GLAIS, M./LAURENT, P.: *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, París, 1983.

²³ DE JONG, H.W.: «The Economics...», cit., pág. 101.

En 1918 la empresa *American Tobacco* intentó subir los precios, subida que no fue seguida por la empresa *Reynolds*, la más importante del sector tabaquero. En 1921 *American Tobacco* bajó sus precios y *Reynolds* no sólo siguió la bajada sino que la acentuó, obligando a *American Tobacco* y a las empresas que la siguieron a retractarse y volver al nivel de precios inicial. Este hecho fue decisivo para las empresas tabaqueras del sector, que no se atrevieron a discrepar de la política de precios fijada por *Reynolds* entre 1923 y 1941. Durante este período, los precios de los cigarrillos del mismo tipo fueron prácticamente idénticos. Cada que vez que *Reynolds* anunciaba una subida de precio, los otros seguían esa subida en 24 horas ²⁴.

Sin embargo, la distinción tradicional entre el liderazgo de precios barométrico y el liderazgo de precios colusivo ha sido cuestionada en la última década ²⁵, puesto que todo sistema de liderazgo de precios implica necesariamente que las empresas del mercado sigan las decisiones del líder y que fijen sus políticas de precios no atendiendo a sus propias funciones de ingresos y gastos, sino a la política fijada por el líder. Tan sólo sería lícito el liderazgo de precios cuando el líder modifique sus precios única y exclusivamente en función de las evoluciones del mercado, es decir, cuando exista realmente voluntad de competir y la fijación de precios similares responda a las condiciones del mercado ²⁶. En la práctica, los modelos demuestran que las empresas, de manera endógena, tienden al liderazgo de precios con el consiguiente resultado de que los beneficios se van incrementando en cada ronda del juego.

A pesar de la crítica económica a la distinción de diferentes tipos de liderazgo de precios, en el ámbito jurídico, la diferenciación parece plenamente aceptada. Así, se ha destacado que en la decisión *Zinc Producer Group* de 6 de agosto de 1984, la Comisión consideró que el alineamiento con los precios del líder barométrico no constituía en sí mismo una práctica concertada ²⁷. Sin embargo, en numerosas ocasiones, el hecho de que una empresa desempeñe el papel de piloto puede ser el resultado de una concertación previa, como ocurrió en los asuntos *Polipropileno* ²⁸ y *Cartoncillo* ²⁹. En ambos casos las empresas concertadas elegían en reuniones secretas la identidad de la que iba a tomar la iniciativa en las subidas de precios y las fechas en las que el resto seguirían su comportamiento. Por último, debe señalarse que la teoría de la exclusión del ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia al llamado «liderazgo de precios barométrico» goza de cierto predicamento como argumento económico justificativo de la actuación simultánea de las empresas. Por ello, es necesario un análisis económico detallado para determinar la validez de este argumento y tomar la deci-

²⁴ Ejemplo recogido por GLAIS, M./LAURENT, P.: *Traité...*, cit., pág. 224.

²⁵ KHUN, K.U./VIVES, X.: *Information Exchanges...*, cit., pág. 56.

²⁶ Desde un punto de vista económico se entiende que existe competencia cuando los precios se fijan de manera independiente atendiendo a los propios costes de producción (GLAIS, M./LAURENT, P.: *Traité...*, cit., pág. 225).

²⁷ WAELBROEK, M./FRIGNANI, A.: *Derecho Europeo de la Competencia* (Versión española a cargo de Ignacio SÁENZ CORTABARRÍA y Marta MORALES ISASI), Tomo I, Madrid, 1998, pág. 182, nota 83. En el mismo sentido puede verse WHISH, R./SUFRIAN, B.: «Oligopolistic Markets and EC Competition Law», en *Y.E.L.* 1992, núm. 12, 1993, págs. 59 a 83, pág. 63. En el ámbito español, véase SÁNCHEZ NÚÑEZ, P./SÁNCHEZ, I.: «Liderazgo de precios en la industria láctea», en *Anuario de la Competencia*, 1997, Fundación ICO, págs. 387 a 398, donde se analiza la Resolución 352/94 del Tribunal de Defensa de la Competencia.

²⁸ Decisión de la Comisión de 23 de abril de 1986.

²⁹ Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1994.

sión oportuna para cada caso, si bien los avances en la teoría económica pueden hacer cada vez más difícil la justificación de la conducta empresarial recurriendo al liderazgo de precios barométrico.

1.3.2. Las prácticas facilitadoras.

Otro de los supuestos que deben mencionarse al hablar de colusión tácita son las «prácticas facilitadoras». Este tipo de prácticas no son, en sí mismas consideradas, factores colusivos tácitos, pero sí son los coadyuvantes para que la colusión tácita pueda llevarse a cabo³⁰. Son numerosas las prácticas facilitadoras descritas en la bibliografía económica³¹. Las más comunes son las destinadas a incrementar la transparencia en el mercado, aunque también pueden servir como medio para controlar las desviaciones que pudieran producirse en el caso de que las partes hubieran llegado a algún tipo de acuerdo. Como ejemplos típicos de prácticas facilitadoras tenemos las siguientes: los intercambios de información, las asociaciones comerciales, el liderazgo de precios, la investigación conjunta y el cruce de licencias de patentes, cláusulas del tipo del «cliente más favorecido», o de igualación a los precios de la competencia o de mantenimiento de contactos futuros en los contratos de ventas, la concesión recíproca para la distribución de los productos propios, la adopción de sistemas similares para el cómputo del precio, la fijación de condiciones de venta fácilmente reconocibles y susceptibles de ser adoptadas por todos los competidores, la participación cruzada en consejos de administración o la adquisición de acciones de la empresa competidora, derechos de propiedad intelectual o industrial compartidos, o simplemente la mera afiliación a una asociación industrial. Básicamente, lo que tienen en común todas estas prácticas es el intercambio de información como elemento central³². Esto es claro para los casos de intercambios de información entre competidores o los efectuados a través de un intermediario como una organización empresarial, pero también operan cuando el intercambio de información se produce a través de los clientes.

Este tipo de prácticas pueden ser utilizadas para limitar la influencia de factores que desestabilizan los resultados cooperativos. Es decir, las prácticas facilitadoras permiten controlar y hacer un seguimiento con mayor facilidad del comportamiento de los otros para detectar a los competidores que rompen el esquema colusivo, y por tanto, resulta factible infligir la represalia prevista. En otras ocasiones las prácticas facilitadoras permiten que las empresas lleguen a un consenso con mayor facilidad reduciendo la heterogeneidad de los productos o la incertidumbre sobre los costes futuros, la demanda, la capacidad y el cambio tecnológico.

³⁰ HAWK, B.E.: *United States, Common Market and International Antitrust: A comparative Guide*, Tomo II (2.ª ed. revisada), Nueva York, 1989, en la página 74 ofrece la siguiente definición de prácticas facilitadoras: «son aquellas conductas paralelas entre competidores en cuestiones secundarias que reestructuran el mercado facilitando la interdependencia y la colusión entre ellos. Una práctica facilitadora hace que el coste de la colusión sea menor, al hacer más fácil que ambos lleguen a un consenso en el precio y en la detección de los que abandonan el acuerdo. Muchas prácticas facilitadoras han sido ya declaradas por los tribunales estadounidenses como "factores añadidos". Éste es el caso de los intercambios de información y de determinados sistemas para facilitar la fijación uniforme de los precios».

³¹ FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A.: «El problema del oligopolio...», cit., pág. 10.076.

³² Sobre el problema de los intercambios de información véase: KHUN, K.U./VIVES, X.: *Information Exchanges...*, cit y PEEPERKORN, L.: *Competition Policy...*, cit. pág. 17.

2. CARENCIAS DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El problema que se plantea desde el punto de vista legal es que las legislaciones en materia de competencia de los diferentes países se redactaron en la mayoría de los casos con anterioridad al desarrollo de las teorías económicas que hemos descrito en el apartado anterior. Por ello, con carácter general, las diferentes legislaciones prohíben no las restricciones de la competencia *per se* sino los medios empleados para lograr dichas restricciones (lo que normalmente se plasma en la exigencia de un acuerdo entre las partes, siquiera mínimo). Dada su relevancia y su influencia, interesan de modo especial reseñar las deficiencias con que se han topado tanto la pionera legislación estadounidense, como el marco normativo de la Unión Europea, que nos afecta directamente.

2.1. En Estados Unidos.

La norma directamente aplicable, en principio, para atacar los supuestos de colusión es la sección 1.ª de la *Sherman Act*. Esta norma emblemática, promulgada en 1890, establece que:

Todo contrato, combinación en la forma de *trust*, o cualquier otra, o conspiración, en restricción del tráfico o del comercio entre los distintos Estados, o con naciones extranjeras, es declarado ilegal. Toda persona que realice alguno de dichos contratos, o se involucre en cualquiera de estas combinaciones o conspiraciones, será considerado culpable de un delito de mayor cuantía y, en consecuencia, será penado con una multa que no excederá de 10.000.000 de dólares si se trata de una sociedad, o, en el caso de que se trate una persona física, 350.000 dólares, o ingreso en prisión por un período no superior a tres años, o a ambas penas, a discreción del tribunal.

El requisito esencial para que esta norma entre en juego es que exista un acuerdo o práctica concertada (acuerdos, combinaciones, conspiraciones) entre las partes. Las colusiones tácitas se escapan así del marco legal. Se ha sugerido que este tipo de restricciones vulneran el espíritu de la *Sherman Act*, pero no parece que estén recogidas por la letra de la Ley, porque, aunque esta norma intentaba ser un marco legal omnicompreensivo de toda restricción anticompetitiva, se redactó atendiendo a los medios y no a los resultados directamente, puesto que se apoyaron en el concepto de las «obligaciones en restricción del comercio» que había desarrollado el *Common Law* americano. Pero a la vista de que las restricciones de la competencia provocadas por la interacción coordinada pueden ser tan nocivas para la competencia como las provocadas por las colusiones explícitas, las autoridades estadounidenses de defensa de la competencia se han esforzado por adaptar el marco legal para encontrar una solución legislativa a la realidad económica. Así se han propuesto distintas soluciones: Recurrir a la sección 2.ª de la misma *Sherman Act*, que prohíbe los monopolios y los intentos de monopolización; buscar los mecanismos más flexibles de la sección 5.ª de la *Federal Trade Commission Act*, o bien, atajar el problema con carácter preventivo mediante el control de las concentraciones para evitar que se generen mercados que faciliten la colusión sobremanera. Dejando a un lado el

recurso a la Sección 2.^a de la *Sherman Act* ³³, que plantea problemas similares a los de la Sección 1.^a, nos centramos en las otras vías propuestas.

2.1.1. La sección 5.^a de la *Federal Trade Commission Act*.

Uno de los propósitos de la promulgación en 1914 de la *Federal Trade Commission Act* ³⁴ fue facilitar la actuación contra las prácticas restrictivas del comercio. Esta norma declara que:

Los métodos desleales de competencia en el comercio o que afecten al comercio y los actos o prácticas desleales o fraudulentos en el comercio o que afecten al comercio son declarados ilegales ³⁵.

La redacción es mucho más amplia que la de la *Sherman Act*, y por ello, en los supuestos en los que se produzca una restricción del comercio, sin que se reúnan los duros requisitos del acuerdo o de la monopolización que exige la *Sherman Act*, se puede perseguir la conducta mediante la sección 5.^a de la *Federal Trade Commission Act* que como hemos visto prohíbe «los métodos desleales de competencia».

Los tribunales han llegado a la conclusión de que la sección 5.^a de la *Federal Trade Commission Act* puede ser utilizada para atacar las conductas que infringen el espíritu o los objetivos de la *Sherman Act* ³⁶ o que constituyen una violación incipiente de la *Sherman Act* ³⁷. Por tanto, mientras que la existencia de un «contrato, combinación o conspiración en restricción del comercio» es un requisito necesario para que se viole la sección 1.^a de la *Sherman Act* no se necesita prueba alguna del acuerdo para establecer una violación de la sección 5.^a de la *Federal Trade Commission Act*. La *Federal*

³³ La sección 2.^a dispone: «Toda persona que monopolice o intente monopolizar, o se combine o conspire con otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del tráfico o del comercio entre los distintos Estados, o con las naciones extranjeras, será considerado culpable de delito, y, en consecuencia, será penado con una multa que no excederá de 10.000.000 de dólares si se trata de una sociedad, o, en el caso de que se trate una persona física, 350.000 dólares, o ingreso en prisión por un período no superior a tres años, o a ambas penas, a discreción del tribunal». Reconociendo las limitaciones de la sección 2.^a para enfrentarse a las situaciones de colusión tácita en el oligopolio se recurrió a la noción del «monopolio compartido» (*shared monopoly*) que sería el equivalente a la noción comunitaria de posición dominante conjunta. Esta teoría descansa en la concepción de que, si bien ninguno de los oligopolistas tiene el poder de incrementar precios o eliminar la competencia por sí solo, puede decirse que sí disponen de un poder similar de forma conjunta. Así, en el caso *United States v. American Airlines Inc.*, el Tribunal afirmó que: «si se había celebrado un acuerdo para fijar los precios, las dos aerolíneas, en el momento de la aceptación, hubieran adquirido poder monopolístico. En ese mismo momento el delito de monopolización conjunta habría quedado completado». Pero esta posición jurisprudencial no soluciona los problemas, porque si existió un acuerdo de fijación de precios no hace falta recurrir a la sección 2.^a. La sección 1.^a sería directamente aplicable.

³⁴ VAKERICS, T.V.: *Antitrust Basics*, Nueva York, 1985, actualizado en 1998, págs. 1 a 9; NEALE, A. D.: *The Antitrust Laws of the United States of America*, 2.^a Edición, Cambridge, 1970, pág. 3.

³⁵ Traducción libre de «unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce are hereby declared unlawful».

³⁶ *FTC v. Brown Shoe Co.*, 384 U.S. 316 (1966)

³⁷ *FTC v. Motion Picture Advertising Service Co., Inc.*, 344 U.S. 392 (1953).

Trade Commission (en adelante «la Comisión Federal») ha intentado lidiar con los problemas de interacción coordinada en mercados oligopolísticos utilizando la sección 5.^a de tres formas diferentes ³⁸.

- a) En primer lugar, ha buscado la prohibición del uso de las prácticas facilitadoras ³⁹. Cuando las prácticas facilitadoras no tienen una justificación en términos de eficiencia económica respecto del perjuicio anticompetitivo que pueden infligir se consideran ilegales bajo la sección 5.^a de la *Federal Trade Commission Act*, porque se entiende que existe una probabilidad sustancial de que aumente la colusión tácita entre los oligopolistas ⁴⁰.
- b) En segundo lugar, la Comisión Federal optó por combinar el cargo de conspiración de la sección 1.^a de la *Sherman Act* con el cargo separado de que la práctica en cuestión violaba la sección 5.^a de la *Federal Trade Commission Act*, aunque no existiera conspiración. Así, en el caso *FTC v. Cement Institute* ⁴¹ el Tribunal Supremo afirmó:

Es suficiente para garantizar la existencia de una combinación a los efectos de la *Sherman Act* la presencia de pruebas de que las personas, con el conocimiento de que existía una acción concertada, se adhirieron a la invitación y participaron en el plan. [...] **Aunque pensamos que las acusaciones de combinación alegadas por la Comisión fueron debidamente probadas, esto no significa que la existencia de una combinación sea un ingrediente indispensable para demostrar la existencia de un método desleal de competencia, a los efectos de la *Trade Commission Act*.**

Los tribunales inferiores aplicaron el criterio aquí fijado a otros casos como *Triangle Conduit & Cable v. FTC* ⁴².

³⁸ Para una revisión completa de los casos sobre paralelismo consciente instruidos por la *Federal Trade Commission Act* hasta 1977 véase SULLIVAN, L.A.: *Handbook of the Law of Antitrust*, St. Paul, 1977, págs. 265 a 273.

³⁹ AREEDA, P.E.: *An Analysis...*, cit., págs. 29 y 30.

⁴⁰ Véanse las sentencias: *National Macaroni Manufactures Association v. FTC*, 345 F.2d 421 (7.º Cir., 1965), que versaba sobre la existencia de un acuerdo para homogeneizar el contenido de los macarrones; *National Lead Co.* –352 U.S. 419 (1957)–. *United States v. Container Corp. Of America*, 393 US 333 (1969).

⁴¹ 333 U.S. 683 (1948). Véase STEVENS, D.: «Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of EC and US Competition Law», en *YEL* vol. 15, 1995, págs. 47 a 77, pág. 55.

⁴² 168 F.2d 175 (7.º Cir., 1948). En este caso la Comisión Federal alegó en un primer momento la existencia de una conspiración continuada que reducía la competencia en la venta de un determinado tipo de acero mediante el uso de un sistema de fijación de precios consistente en la aplicación de un precio de referencia por el transporte, con independencia de la localización real de cada una de las empresas y del coste real efectivamente pagado –*basing point prices*–. Junto a este cargo de conspiración, la Comisión imputó otro cargo de violación de la sección 5.^a de la *Federal Trade Commission Act* por «haber usado de modo concurrente un método para determinar los precios con el conocimiento de que todos los competidores estaban usando el mismo sistema, con el resultado de que la competencia se vio restringida de un modo no razonable». El Tribunal dijo que «a la luz de [*Cement Institute*] no podemos decir que la Comisión se haya equivocado al concluir que el uso individual de un método de *basing-point* como el aquí usado constituya un método desleal de competencia». (RAHL, J.A.: «Conspiracy and the Antitrust Laws», en *ILL.L.R.* (NORTHWESTERN UNIVERSITY L.R. desde 1952), Vol. 44, 1950, págs. 743 a 768, págs. 750 y 751).

- c) La Comisión Federal, alentada por estos pronunciamientos, trató de conseguir que el Tribunal Supremo declarara que el paralelismo consciente, provocado por sistemas de fijación de precios del tipo *basing-point* era una violación per se de la sección 5.ª de la *Federal Trade Commission Act*. Pero por las presiones del poder legislativo y las críticas doctrinales⁴³ (existía el temor en la comunidad empresarial de que el paralelismo consciente constituyera una prohibición directa de la sección 5.ª sin necesidad de probar el acuerdo⁴⁴), la Comisión Federal se resignó a aplicar el criterio establecido en *Cement Institute y Triangle Conduit* única y exclusivamente a casos de verdadera conspiración⁴⁵. La situación se mantuvo así durante los años 50 y 60 y hubo que esperar hasta la mitad de los años 70 para que la Comisión Federal desempolvara las teorías sobre el paralelismo consciente y las prácticas facilitadoras. En el caso *Boise Cascade*⁴⁶ el Tribunal de Noveno Circuito afirmó que el comportamiento paralelo, sin más, no violaba per se la sección 5.ª de la *Federal Trade Commission Act*, salvo que se demostrara un efecto directo de fijación de los precios. Así, la Comisión se apoyó en este pronunciamiento para justificar su competencia para castigar el paralelismo consciente en casos posteriores, entre los que destaca *Ethyl*⁴⁷. En este caso la Comisión utilizó la sección 5.ª para proceder contra cuatro productores de aditivos de gasolina. El mercado estaba altamente concentrado y se apreciaba la existencia de altos beneficios junto con rigidez y uniformidad de precios. No había, sin embargo, evidencia de acuerdo expreso. Además de las características del mercado, la Comisión demostró que las empresas estaban utilizando una serie de prácticas facilitadoras, entre las que se incluía el anuncio previo de precios, la identidad en los *incoterms* aplicados en los contratos y cláusulas del tipo «cliente más favorecido». La Comisión emitió una orden de cese de estas prácticas con el propósito de incrementar la competencia en el mercado. El Tribunal, sin embargo, rechazó los argumentos de la Comisión Federal e insistió que debían probarse otros indicios de opresión⁴⁸, como por ejemplo, la intención o propósito anticompetitivo, o la ausencia de una razón empresarial legítima e independiente que justifique dicha conducta.

La situación de estancamiento se mantuvo hasta que el fallo del caso *In re Petroleum Prods Antitrust Litig*⁴⁹. Los demandantes alegaron que cuatro empresas petroleras habían conspirado para

⁴³ El Congreso introdujo ciertas leyes tras las sentencias *Cement Institute y Triangle Conduit*, para asegurarse de que el paralelismo consciente a la hora de utilizar sistemas de *basing-point* quedaran exceptuadas de las prohibiciones *antitrust*. En 1955 el Informe del *Attorney General's Antitrust Committee*, manifestó su desaprobación respecto de que los sistemas de fijación de precios del tipo *basing-point* constituyeran una infracción de la sección 5.ª KITTLE, S.S. / LAMB, G.P.: «The Implied Conspiracy Doctrine and Delivering Prices», en *LAW CON.PROB*, Volumen 15, 1950, págs. 227 a 257. DUNN, J. P.: «Conscious Parallelism Reexamined», en *BULR*, vol. 35, 1955, págs. 225 a 254, cit. 247.

⁴⁴ STEVENS, D.: «Covert Collusion...», cit., pág. 59. La alarma fue ciertamente exagerada, puesto que se había demostrado la existencia de combinación o de conspiración junto con la adopción de prácticas facilitadoras, tanto en *Cement Institute* como en *Triangle Conduit*.

⁴⁵ KOVACIC, W. E.: «The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws», en *Antitrust Bull.*, vol. 38, 1993, págs. 5 a 81, pág. 68.

⁴⁶ *Boise Cascade Corp.*, 637 F.2d 573 (9.º Cir., 1980).

⁴⁷ *E.I. du Pont de Nemours W co. FTC («Ethyl»)* 729 F. 2d 138. (1979). Para un estudio más detallado puede verse HAY, G.: «Practices that Facilitate Cooperation: The Ethyl case (1984)», en KWOKA/ WHITE: *The Antitrust Revolution*, 1994, pág. 208.

⁴⁸ STEVENS, D.: «Covert Collusion...», cit., pág. 61.

⁴⁹ 906 F. 2d 432 (9.º Cir., 1990).

subir o estabilizar los precios de los productos de petróleo refinados. El Tribunal admitió que el sistema de intercambios de información existente tenía como único propósito facilitar la coordinación entre los competidores y no aportaba ventajas a los minoristas. En casos más recientes ⁵⁰, la Comisión Federal ha invocado la aplicación de la sección 5.ª alegando que una invitación a coludir viola dicha sección.

En síntesis se puede afirmar que aunque la Comisión Federal ha hecho todo lo que estaba en su mano para perseguir el uso de prácticas facilitadoras y la interacción coordinada, sobre todo en los oligopolios. Sin embargo, los tribunales no se han mostrado propicios a aceptar plenamente los postulados de la Comisión Federal, y en el caso de que no exista un acuerdo, para que estas prácticas se consideren «métodos desleales de competencia» es preciso que se demuestre además o una intención anticompetitiva o la ausencia de una razón económica legítima que justifique el comportamiento empresarial.

2.1.2. El control de concentraciones.

Otro de los recursos empleados por las autoridades estadounidenses de defensa de la competencia para evitar la proliferación de restricciones de la competencia en los oligopolios es el control de las concentraciones, que se realiza aplicando la sección 7.ª de la *Clayton Act*. Este precepto prohíbe las concentraciones cuando en cualquier sector del comercio o en cualquier actividad que afecte al comercio en cualquier parte del país, el efecto de la concentración sea restringir la competencia significativamente o tender a la creación de un monopolio ⁵¹.

En otras palabras, mediante la sección 7.ª de *Clayton Act* se van a perseguir los *trusts* o los monopolios potenciales, mientras que la *Sherman Act* persigue los *trusts* y los monopolios cuando ya están configurados y afectan a la competencia de un modo efectivo ⁵². Por lo tanto, la sección 7.ª requiere necesariamente la evaluación del impacto que tendrá una concentración sobre la competencia en el futuro, por lo que las valoraciones se mueven en términos de probabilidades y no de certidumbres ⁵³.

Lo interesante del control de concentraciones en relación con los problemas de paralelismo consciente en los oligopolios es que se realiza una valoración de las posibilidades que existirán de que la competencia se vea dañada, y ese daño puede venir provocado por la interacción coordinada. Por ello, se trata de evitar de modo preventivo las conductas anticompetitivas que quedan fuera del

⁵⁰ *Stone Container*, C-3806 (1998), 5 Trade Reg. Rep (CCH), 24390; *Quality Trailer Products Corp.*, C-3503 (1992), 5 Trade Reg. Rep. (CCH), 23246.

⁵¹ Traducción libre de «where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly».

⁵² VAN CISE, J.G./LIFLAND, W.T./SORKIN, L.T.: *Understanding the Antitrust Laws*, Nueva York, 1986, pág. 20.

⁵³ *Brown Shoe Co. v. Unites States*, 370 US 294 (1962), pág. 323. BAKER, J.: «Two Sherman Act...», cit., págs. 199 a 207.

alcance de la *Sherman Act*, calculando las posibilidades de que una concentración facilite una estructura de mercado que podríamos denominar «colusiva» por naturaleza ⁵⁴.

A la hora de sopesar si una concentración puede crear un riesgo elevado de coordinación las autoridades valoran las características del mercado y la posibilidad de que se produzca interacción coordinada. En general, cuanto más concentrado es el mercado, más fácil y probable resulta la coordinación. Sin embargo, la mera concentración en sí misma no conduce a la coordinación; es necesario valorar otros muchos factores.

En la actualidad, las posibilidades de que una concentración en determinados mercados pueda producir interacción coordinada han sido estudiadas en la Guía sobre Concentraciones de 1992 ⁵⁵. Este documento define la interacción coordinada como las acciones de un grupo de empresas que son beneficiosas para cada una de ellas únicamente cuando conllevan la reacción adecuada por parte del resto de los competidores. Igualmente, el documento destaca que para que la interacción coordinada (colusión tácita) sea factible y sostenible es necesario que las partes implicadas sean capaces de aplicar mecanismos de detección y penalización para las empresas que opten por competir.

En consecuencia, a la hora de autorizar una concentración las autoridades estadounidenses consideran las posibilidades de que en el mercado resultante la interacción coordinada sea más que probable. Por ello el análisis económico de la estructura del mercado cobra cada vez más importancia y deben valorarse numerosos factores como el número de empresas que quedarían en el mercado, la existencia de antecedentes colusivos en el mismo, la homogeneidad de los productos, las características de la demanda, el nivel de innovación tecnológica que existe en el mercado o que se espera en él, la posibilidad de entrada de nuevos competidores, la transparencia del mercado, la información que circula en él, la posibilidad de detectar actuaciones singulares que se aparten de la estrategia común, la rapidez para aplicar mecanismos de penalización, etc.

2.2. En la Unión Europea.

Al igual que ocurría con la Sección 1.^a de la *Sherman Act* en Estados Unidos, en el ámbito europeo, la incapacidad de la redacción vigente del artículo 81 para solucionar el problema de la «colusión tácita» en el oligopolio cuando no se dan los elementos típicos del acuerdo o de la prác-

⁵⁴ *Philadelphia National Bank*, 374 US 321 (1963); *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 US 209 (1999), págs. 227 a 230: «la coordinación oligopolística en precios o el paralelismo consciente... no es en sí mismo ilegal», pero «en el contexto de la sección 7.^a, es jurisprudencia confirmada que la excesiva concentración y la coordinación de precios oligopolística que conlleva puede ocasionar un daño a la competencia que la *Clayton Act* condena».

⁵⁵ *Merger Guidelines (1992)*, elaborada conjuntamente por la *Federal Trade Commission Act* y el *Department of Justice* (disponible en Internet, en www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm), apartado 2.1.

tica concertada (intercambio de consentimientos, contacto entre las partes) ha sido puesta en evidencia por la doctrina ⁵⁶.

El artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea establece que:

Serán incompatibles con el Mercado Común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común.

El concepto de «práctica concertada» se ha extendido al máximo en la Unión Europea, con la intención de abarcar el mayor número de restricciones posibles, de manera que se entiende que existe una práctica concertada cuando se ha producido un contacto entre las partes ⁵⁷, por lo que el mero paralelismo de comportamientos no es suficiente en sí mismo, para que se pueda aplicar el artículo 81. Es necesario demostrar además que la actuación paralela común no tiene una justificación económica alternativa racional. Por otro lado, el vacío legal para prohibir las restricciones de la competencia fruto de comportamientos unilaterales pero coordinados de los competidores ha llevado a incongruencias. Por ejemplo: ¿existe práctica concertada cuando una empresa, consciente de la existencia de una concertación entre otras varias de su sector, procede al alineamiento de precios con las concertadas de manera unilateral y sin que medie contacto alguno con los competidores? En la decisión *SSI* de 15 de julio de 1982 ⁵⁸ la Comisión ha considerado que una empresa tercera (*Reemtsma*) que no pertenecía al cartel pero aplicó descuentos idénticos participa en la concertación. Sin embargo, los comentarios científicos han criticado esta posición señalando que el conocimiento de la existencia de una práctica colusoria no equivale a la participación en la misma, y por tanto, no habría razón para condenar a los terceros que se alinean con los precios del mercado ⁵⁹. A nuestro juicio, la

⁵⁶ RODGER, B. J.: «The Oligopoly Problem and the Concept of Collective Dominance: EC Developments in the Light of US Trends in Antitrust Law and Policy», en COLUMB. J. E. L., vol. 2, 1995/96, págs. 25 a 47, págs. 46 y 47: «el dilema crucial surge cuando se confrontan los requisitos de prueba con la teoría clásica del oligopolio que sugiere que no se necesita ni prueba directa ni circunstancial del encuentro de voluntades, **porque tal encuentro volitivo no es necesario**. Por lo tanto, como ya se ha observado antes, la teoría clásica no cubre la totalidad del complejo espectro de las prácticas o situaciones del mercado oligopolístico, y la necesidad de apoyarse en situaciones fácticas lleva a una aplicación menos transparente de las normas legales». HAY, G.: «Oligopoly, Shared Monopoly, and Antitrust Law», en CORNELL L.R., 1982, pág. 439 a 481. WHISH, R./SUFIRIN, B.: «Oligopolistic Markets...», cit., pág. 64. PARDOLESI, R.: «Parallelismo e collusion oligopolistica: il lato oscuro dell'antitrust», en FORO ITALIANO, 1994, Pt. IV, págs. 65 a 76, pág. 69.

⁵⁷ Aunque existe una divergencia entre el concepto de práctica concertada elaborado por la doctrina —cooperación resultante de una comunicación recíproca y previa entre las empresas— (véase, por todos, JOLIET, R.: «La notion de pratique concertée et l'arrêt ICI dans une perspective comparative», en *Cah.Droit.Europeen.*, 1974, págs. 251 a 287, págs. 252, 271 y 272; y el elaborado por la jurisprudencia —toda forma de contacto directo o indirecto entre los operadores que tenga por objeto o efecto, bien influir sobre el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o pretende adoptar en el mercado— *Suiker Unie c. Comisión*, Sentencia de 16 de diciembre de 1975, (RJTC 1975, pág. 1663), *Gerhard Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG*, Sentencia de 14 de julio de 1981, (RJTC 1981, pág. 2021); *Ahlström Osakeyhtiö et al. c. Comisión* (RJTC 1993, pág. I-1307).

⁵⁸ DOCE L232/1. La Comisión estimó que se habían producido varios acuerdos colectivos entre los fabricantes y los importadores que vendían el 96 por 100 de los cigarrillos en Holanda.

⁵⁹ KORAH, V.: «SSI- A critical commentary», *ECLR*, 1982, págs. 185 a 191, págs. 185, 186 y 187; WAELBROEK, M./FRIGNANI, A.: *Derecho Europeo de la Competencia*, cit., pág. 183.

conducta descrita no debe ser considerada ni como práctica concertada (no se demostró la existencia de contacto alguno entre los participantes en el cartel y la empresa que decide alinear los precios) ni tampoco debe considerarse como una conducta perfectamente lícita (pues la empresa tercera sabe que con su actividad aumenta los efectos perjudiciales ocasionados por la concertación). Se trataría de un caso de conducta conscientemente paralela, como veremos posteriormente. Ciertamente, bajo la redacción e interpretación actuales del artículo 81 TCE no debería ser penalizado este supuesto, a menos que se haga una extensión de la noción de práctica concertada como proponía la Comisión en el caso *Hasselbald* ⁶⁰.

3. SOLUCIONES INTERNACIONALES AL PROBLEMA DE LA COLUSIÓN TÁCITA

El problema no se limita a los Estados Unidos y a la Unión Europea, tiene carácter internacional y por ello la OCDE ha decidido prestarle atención. Las limitaciones de las diferentes legislaciones para abordar los problemas de paralelismo consciente que suelen darse en los oligopolios fueron puestas de manifiesto en la Mesa Redonda sobre el Oligopolio, organizada por el Comité de Política y Legislación sobre Competencia de la OCDE, que tuvo lugar del 19 al 21 de octubre de 1999 ⁶¹.

Ante estas carencias constatadas en el común de las legislaciones el Comité de Política y Legislación sobre Competencia propone varias soluciones clasificadas en dos grandes bloques: las medidas relativas a la penalización del comportamiento de las empresas y las medidas de carácter estructural.

3.1. Medidas estructurales.

Como su nombre indica, este tipo de medidas se refiere a la realización de modificaciones en los mercados con más propensión a la colusión en aras a eliminar los factores propiciatorios, aunque, en general, no siempre es fácil alterar las estructuras de mercado consolidadas. Curiosamente,

⁶⁰ DOCE L161/18, párrafo 47.

⁶¹ El texto completo de las intervenciones de la mesa redonda están disponibles en Internet, en www.oecd.org/dataoecd/35/34/1920526.pdf. Los principales efectos negativos de la «interacción coordinada», o «colusión tácita» son similares a los que se dan en el monopolio: precios más elevados, ineficiencias, menor innovación, menor variedad de productos. El Documento recoge como comportamientos típicos de la «interacción coordinada» el liderazgo de precios y la fijación de precios sobre ciertos parámetros básicos (sistemas de *basing-point*, por ejemplo).

el recurso a soluciones estructurales ha sido recientemente introducido en la Unión Europea, por la vía del artículo 7 del Reglamento 1/2003 ⁶², que entrará en vigor el próximo 1 de mayo.

Las alternativas propuestas son las siguientes:

- a) El recurso al control directo de los precios por un organismo estatal, que tiene numerosos inconvenientes, puesto que las autoridades de defensa de la competencia no pueden estar monitorizando los mercados permanentemente.
- b) La división forzosa de las empresas que tienen dominio en el mercado, pero los efectos pueden ser contraproducentes, puesto que se obligaría a las empresas a ser excesivamente cautelosas a la hora de aumentar sus cuotas de mercado actuando competitivamente.
- c) Eliminar las barreras de entrada a un determinado mercado: si se trata de barreras legales, la solución es simple, pero si se trata de barreras estructurales, poco se puede hacer por parte de las autoridades de defensa de la competencia.

3.2. Medidas sobre el comportamiento.

El segundo bloque de alternativas esbozado por el Comité de Política y Legislación sobre Competencia de la OCDE se refiere a los recursos legislativos que permitan penalizar los comportamientos anticompetitivos en el oligopolio.

En general, las legislaciones de nuestro entorno establecen fuertes penalizaciones para la colusión explícita lograda mediante acuerdos o, cuando menos, contactos entre las partes, pero la eficacia de estas medidas es dudosa pues induce a las empresas a buscar mecanismos más sutiles de coordinación que eviten la entrada en vigor de la norma correspondiente. Las posibles salidas al problema han sido variadas y tanto las autoridades gubernamentales en la reunión de la OCDE como los estudios de la materia plantean, básicamente, cinco opciones fundamentales y con carácter no excluyente. En primer lugar, ampliar la noción de práctica concertada; en segundo lugar, recomendar a las autoridades de la competencia que acudan a un sistema menos ligado por estrecheces terminológicas y más práctico, a semejanza del modelo inglés. Otra línea doctrinal propone la penalización directa de las «prácticas facilitadoras», y sin duda, la opción que mayor respaldo ha tenido y la que finalmente se ha seguido en la mayoría de los países se basa en el desarrollo de la noción de

⁶² Reglamento del Consejo 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, publicado en el DOCE L 1, de 4 de enero de 2003. El artículo 7 dispone: «Cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constate la existencia de una infracción de los artículos 81 u 82 del Tratado, podrá ordenar mediante decisión a las empresas o asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada. A tal efecto, **podrá imponerles cualquier remedio de carácter estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma**. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural».

posición dominante conjunta, tanto *ex post*, es decir, para las situaciones adquiridas, y sobre todo, *ex ante*, reforzando el control de las concentraciones para evitar el florecimiento de oligopolios muy concentrados que den pie a comportamientos colusivos difícilmente. Por último, algunos países han optado por prohibir la colusión tácita directamente. Veamos cómo se concretan estas propuestas:

3.2.1. Extensión de la práctica concertada.

Una de las soluciones propuestas es la ampliación de la noción de «práctica concertada» pero, a mi juicio, esta medida es errónea porque la desvirtuación de los términos legales genera inseguridad jurídica. Si la ley dice «práctica concertada» resulta evidente que es necesario algún tipo de concertación y aunque el requisito de la «concertación» se ha llevado al límite reduciéndolo al mero contacto o al intercambio de información, sigue quedándose corto para abarcar a las restricciones de la competencia que se apoyan sobre la mutua interdependencia.

3.2.2. Recurso a la solución británica.

Otra de las soluciones propuestas por la doctrina⁶³ ha sido recurrir a fórmulas más flexibles como la del Reino Unido. Tradicionalmente, el sistema legislativo británico se adaptaba caso por caso a los supuestos de colusión tácita⁶⁴. En la actualidad, la legislación inglesa se encuentra en pleno proceso de cambio. Por un lado, en 1998 se publicó la *Competition Act*⁶⁵ que incorporaba al sistema británico las prohibiciones recogidas en los artículos 81 y 82 del TCE, pero que no afectaba sustancialmente a la *Fair Trading Act* de 1973. Por otro lado, el 7 de noviembre de 2002, fue aprobada la *Enterprise Act*, que ya entró en vigor completamente el 20 de junio de 2003 y que modifica sustancialmente la *Fair Trading Act* de 1973.

⁶³ WHISH, R.: *Competition Law*, 3.ª ed., 1993, págs. 59 a 82 y 472; WHISH, R./SUFRIAN, B.: «Oligopolistic...», cit., págs. 59 y 60; RODGER, B.: «Market Integration and the development of European Competition Policy to meet new demands: A study of the control of oligopolistic markets and the concept of a collective dominant position under Article 86 of the EC Treaty», en *Legal Issues. European Integration*, 1994, pág. 25.

⁶⁴ En relación con el paralelismo consciente la *Monopolies and Mergers Commission* publicó un importante informe en 1973, *A Report on the General Effect on the Public Interest of the Practice of Parallel Pricing*, Cm5330, de 12 de julio de 1973. El informe reconocía que las prácticas de paralelismo de precios eran muy comunes en los mercados oligopolísticos y que este tipo de conductas podía ir en contra del interés público, en la forma de altos niveles de precios y beneficios empresariales y la reducción del desarrollo tecnológico; sin embargo la MMC no condenó la práctica directamente, puesto que su causa y efectos podían variar de mercado a mercado. La mayoría de las industrias que han sido investigadas son duopolísticas u oligopolísticas.

⁶⁵ Véase, por ejemplo: LIVINGSTON, D.: *The Competition Act 1998: a practical guide*, Londres, 2001; Sobre la aplicación de la Ley puede verse: RODGER, B.: «Early Steps to a Mature Competition Law System: Case Law Developments in the First 18 Months of the Competition Act 1998», en *ECLR*, núm. 2, 2002, págs. 52 a 60. Respecto a las relaciones actuales entre la *Competition Act* de 1998 y las disposiciones de la *Fair Trading Act* sobre colusión tácita, la situación es la siguiente: si hay indicios de colusión expresa (de la prohibida por el artículo 81 del TCE) se aplica la *Competition Act* de 1998. Si por el contrario, se aprecian posibles restricciones de la competencia de tipo más sutil, se aplican las provisiones de la *Fair Trading Act*, que son mucho más flexibles.

En cuanto a la actuación en los casos de concentraciones y a las investigaciones de mercados para determinar si son competitivos o no, la propia *Competition Commission* ha elaborado dos documentos extensos ⁶⁶, en los que se detallan los criterios que seguirán en su actuación y las conductas que consideran que perjudican a la competencia. Concretamente, el documento titulado *Market Investigation References* recoge explícitamente en sus páginas 40 a 45 la posibilidad de que la *Competition Commission* investigue aquellos mercados en los que se aprecien conductas no reconducibles a los acuerdos o prácticas concertadas pero que perjudiquen la competencia en los propios mercados de actuación o en otros conexos:

[la] colusión tácita o paralelismo consciente... no requiere la presencia de colusión entre las empresas, en el sentido usual del término, ni siquiera un contacto entre las partes. Tampoco es preciso, como se ha señalado antes, que el paralelismo tenga que ser «consciente», en el sentido de efectuar un análisis explícito o documentado de la interacción de las estrategias de precios. El resultado descrito puede surgir simplemente del mero reconocimiento de la mutua interdependencia y de los beneficios de anticipar las respuestas racionales e independientes de los competidores. Sin embargo, es capaz de debilitar las presiones competitivas sobre los precios, y, en tal caso, es posible que resulte perjudicial tanto para los consumidores como para la rivalidad empresarial en el mercado ⁶⁷.

En estos casos, la *Competition Commission* efectuará un análisis de mercado en el que estudiará numerosos factores: el nivel de concentración del mercado, las barreras de entrada al mismo, la homogeneidad del producto, la determinación de la similitud de las empresas en su estructura, en los costes de producción; la transparencia del mercado, la presencia de instituciones que faciliten la coordinación, como, por ejemplo, asociaciones empresariales; la estabilidad de la demanda y de los costes, la presencia de presiones financieras en el corto plazo que obliguen a las empresas a romper los esquemas previstos de actuación; la posibilidad de que las empresas pequeñas encuentren «nichos de producción» en los que puedan hacerse fuertes, la posibilidad de que las empresas desarrollen productos nuevos, si se ven presionadas a ello, el grado de poder de compra por parte de los consumidores o de otras empresas clientes... El objetivo de la *Competition Commission* es determinar en qué medida interaccionan los factores mencionados, entre otros, para hacer más o menos posible el comportamiento coordinado ⁶⁸. Si en el mercado estudiado las empresas ostentan una posición domi-

⁶⁶ Para las concentraciones, véase el documento *Merger References: Competition Commission Guidelines*, de septiembre de 2002, cuyo texto se encuentra disponible en <http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ebmerg.pdf>. Respecto a las investigaciones de mercados que aparentan ser poco competitivos, véase el documento titulado *Market Investigation References: Competition Commission Guidelines*, de igual fecha que el anterior y disponible a texto completo en <http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ebmarket.pdf>.

⁶⁷ Párrafo 3.60, página 43 del Documento.

⁶⁸ Párrafo 3.61, final, página 44 del Documento. Por último, el documento citado ofrece dos criterios para distinguir el paralelismo provocado por situaciones de competencia perfecta o de adaptación a las circunstancias del mercado y el provocado por la decisión individual pero coordinada de eliminar o restringir la competencia:

- a) El nivel de beneficios alcanzado por las empresas en función de los precios aplicados (si los márgenes de beneficios resultan excesivos podemos estar en presencia de colusión tácita).
- b) El paralelismo prolongado en el tiempo (en una situación de similitud de precios motivada por la competencia, con el paso del tiempo es fácil que el paralelismo desaparezca, puesto que variarán los precios en función de los cambios de la demanda y demás condiciones del mercado (párrafo 3.62, pág. 45 del Documento).

nante colectiva, se aplicará el Capítulo II de la *Competition Act* de 1998, pero el organismo competente en este caso, la *Office of Fair Trading*, recomienda que ante las sospechas de colusión tácita en un mercado sea la *Competition Commission* la que realice una investigación.

Las medidas que pueden adoptar las autoridades británicas para remediar las situaciones de no competencia son muy variadas: pueden ser medidas de tipo estructural, como la división de empresas, la atribución de determinados activos a un competidor más pequeño, la reducción de las barreras de entrada o de los costes de establecimiento en el mercado, facilitando las licencias y el uso de patentes a otras empresas, por ejemplo, o recomendar la modificación de determinados preceptos legales; o bien, pueden ser medidas que inciden sobre la conducta de los empresarios: por ejemplo, una recomendación de cese en el anuncio previo de las variaciones de precios o recomendaciones para adoptar ciertos comportamientos activos en las condiciones de venta. En otras ocasiones, se puede requerir que las empresas notifiquen periódicamente a la *Competition Commission* los precios y condiciones de venta que cada una de ellas está aplicando.

Sea cual sea la solución que se adopte, se aprecia que todo el sistema es muy flexible y que se prefiere una aproximación casuística a los diferentes mercados con las ventajas que ello conlleva en el terreno tan resbaladizo en que nos estamos moviendo.

3.2.3. Prohibición de las prácticas facilitadoras.

La segunda solución que se ha propuesto para evitar los efectos perjudiciales del comportamiento empresarial en el oligopolio –que no está reñida con la anterior, puesto que bajo la aproximación inglesa todo remedio que mejore la competencia empresarial es bienvenido–, es la prohibición de las «prácticas facilitadoras». La legislación que más preocupación ha mostrado por las prácticas facilitadoras ha sido la italiana, con fuerte respaldo doctrinal⁶⁹. El artículo 2 de la Ley Italiana de Competencia prohíbe tres tipos de conductas: los acuerdos, las prácticas concertadas y las prácticas facilitadoras. Para esta postura, el comportamiento paralelo deviene ilícito en tanto en cuanto tenga el objetivo de facilitar la coordinación, la desincentivación del comportamiento autónomo. La imposición de una clara prohibición de realizar prácticas facilitadoras, de modo similar a la legislación italiana, parece posibilitar la superación de casi todos los principales problemas e inconvenientes que surgen al intentar controlar jurídicamente el comportamiento uniforme en el oligopolio. La *ratio* de la eficacia de prohibir las prácticas facilitadoras radica en que se inyectaría un potente antídoto para evitar la coordinación puesto que, sin la existencia de este tipo de prácticas, la coordinación empresarial es muy difícil, o al menos, tendría un coste muy elevado⁷⁰.

⁶⁹ Véase OSTI, C.: «Il controllo giuridico dell'oligopolio», *Giurisprudenza Commerciale*, parte 1.ª, 1993, págs. 580 a 606; del mismo autor, *Antitrust e Oligopolio*, Milán, 1995. Véase también KORAH, V.: «Compagnie Maritime Belge: Collective Dominant Position and Exclusionary Pricing», en AA.VV.: *Études de Droit Européen et International. Mélanges en hommage à Michel Waëlbroeck*, Volumen II, págs. 1.101 a 1.137, pág. 1.105, explicando que a menos que el TJCE adopte el concepto de posición dominante colectiva, los anuncios de precios, las prácticas facilitadoras y las cláusulas del tipo «cliente más favorecido» que facilitan el desarrollo de mecanismos de penalización, son legales.

⁷⁰ Véase HAY, G.A.: «Oligopoly, ...», cit., pág. 480.

3.2.4. Posición dominante conjunta.

Llegamos ya a la solución que más respaldo ha recabado ⁷¹: son muchos los autores ⁷² que consideran que el desarrollo de la noción de posición dominante conjunta es el resultado de la búsqueda de alternativas a las limitaciones de la práctica concertada para llegar a situaciones anticompetitivas pero no basadas en el consenso *interpartes*, por débil que éste sea.

La posición dominante conjunta hace referencia a la posibilidad de que la explotación abusiva de una posición de dominio se lleve a cabo por parte de una o más empresas. El término se ha desarrollado en la Unión Europea en una doble vertiente: la del artículo 82 y la del control de las concentraciones en el marco del Reglamento del Consejo 4065/89 ⁷³. Tras una serie de decisiones y sentencias ⁷⁴, el término se ha ido perfilando, y ha sido en el ámbito de las concentraciones entre empresas donde se ha desarrollado más profundamente. El problema de la posición dominante conjunta es determinar la relación que liga a las empresas que ostentan dicha posición en el mercado de referencia. En un inicio se habló de vínculos económicos, pero la expresión se suavizó posteriormente recurriendo a la mera presencia de factores de conexión dados por la estructura del mercado ⁷⁵, entre los que se encuentra la relación de interdependencia entre los miembros de un oligopolio. Vemos así

⁷¹ Véanse las recomendaciones efectuadas por la Liga Internacional de Derecho de la Competencia formuladas en el Congreso Internacional de Cambridge, 1996 (en *Revue Internationale de la Concurrence*, 1986, núm. 181).

⁷² Véase, a modo de ejemplo, WHISH, R./ SUFRIN, B.: «Oligopolistic...», cit., pág. 64; RODGER, B.J.: «The Oligopoly Problem...», cit., pág. 39; KORAH, V.: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7.ª ed., Oxford, 2000, págs. 79 a 141; PARDOLESI, R.: «Parallelismo...», cit., pág. 71, aboga por una interpretación amplia de la noción de posición dominante colectiva. STEVENS, D.: «Covert Collusion...», cit., pág. 65.

⁷³ DOCE L 395/1, 1989. La posible inclusión de la posición dominante conjunta bajo este Reglamento no fue pacífica. Véase RIDYARD, D.: «Joint Dominance and the Oligopoly Blind Spot Under the EC Merger Regulation», en *ECLR*, núm. 4, 1992, págs. 161 a 164.

⁷⁴ Destacan las siguientes: *Italian Flat Glass*, Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1988, DOCE L 33, de 4 de febrero de 1989 y posterior sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992 (RJTC 1992, pág. II-1403). Sentencia del Tribunal de Justicia *Gemeente Almelo c. Energiebedrijf Ijsselm*, (RJTC 1994, pág. I-1477); Decisión de la Comisión en el asunto *CEWAL*, de 23 de diciembre de 1992, DOCE L 34/20, 1993 y posterior sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 1996 (RJTC 1996, pág. II-1201). En el ámbito del control de concentraciones véase la Decisión *Nestlé/Perrier*, de 22 de julio de 1992, DOCE L 365/1, de 5 de diciembre de 1992; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia *República Francesa y otros c. Comisión*, de 31 de marzo de 1998 (RJTC 1998, pág. I-1453) tras el recurso a la Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993, *Kali + Salz/MDK/Treuhand*, DOCE L 186, de 21 de julio de 1994, pág. 38; Decisión *Gencor/Lonrho*, de 24 de abril de 1996, M.619, DOCE L 11/30, 1997 y posterior Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, *Gencor c. Comisión* (RJTC 1999, pág. II-759); Decisión *Airtours/First Choice*, de 22 de septiembre de 1999, Caso núm. IV/M.1524 y posterior sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de junio de 2002 *Airtours plc. c. Comisión* (RTJC 2002, pág. II-2592).

⁷⁵ «No existe ninguna razón en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación claramente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios) provocará una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendrán ningún beneficio de su iniciativa» (párrafo 275 de la Sentencia *Gencor c. Comisión*, cit.).

que la noción de posición dominante conjunta trata de recoger las definiciones económicas tradicionales de colusión tácita.

3.2.5. Prohibición directa de la colusión tácita.

Aunque se trata más de la excepción que de la regla, algunos países prohíben la colusión tácita o algunas manifestaciones de la misma de forma directa. Exponemos dos ejemplos a título explicativo: el japonés y el brasileño.

Las autoridades japonesas, conscientes de que el liderazgo de precios y el paralelismo deliberado ocasiona los mismos perjuicios que los acuerdos restrictivos tradicionales impone una carga de la prueba sobre los empresarios que actúan de modo similar y permite requerir informes a las empresas que actúan en paralelo desde 1977. El artículo 18.2 de la «Ley Antimonopolio» impone a las empresas la carga de la prueba de que el seguimiento al líder del mercado y la similitud de precios vienen motivados por causas económicas lícitas.

La legislación brasileña prohíbe todo tipo de restricción de la competencia, independientemente de los medios adoptados para provocarla. En concreto, la Ley de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 1994 (Ley 8.884) establece en su artículo 21 que «adoptar o influir en la adopción de conductas comerciales uniformes o concertadas entre los competidores» constituye una infracción económica, aunque no haya mediado culpa de las empresas responsables.

Independientemente de la oportunidad y las deficiencias o excesos que pueda haber en la aplicación de esta ley resulta interesante que un texto legislativo tan moderno establezca una cláusula de prohibición más amplia que la estadounidense y la comunitaria, en una redacción bastante similar a la legislación española.

4. LAS VENTAJAS DE LA REDACCIÓN ESPAÑOLA

La Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989 introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento la noción de las prácticas concertadas, recogiendo la expresión comunitaria, a la vez que mantenía las conductas conscientemente paralelas, en una redacción ciertamente poco afortunada:

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

Casi la totalidad de los comentarios doctrinales fueron muy críticos con la nueva redacción ⁷⁶, especialmente por la incertidumbre interpretativa que generaba. Sin duda, la primera impresión que se obtiene al leer el precepto es que la Ley opta por la identificación de ambas figuras al no existir diferenciación entre los conceptos por signo de puntuación alguno –una coma, por ejemplo– y por la eliminación del término «conductas», –ciertamente equiparable al de «prácticas»–, para no alargar demasiado la cláusula general de prohibición. Se manifiesta así un contraste entre la clara intención del legislador ⁷⁷ y la ambigüedad del texto definitivo. Sin embargo, la opción más consistente con la bibliografía revisada y las fuentes consultadas es concluir que la confusa redacción del artículo 1 prohíbe dos conductas distintas: las prácticas concertadas y las prácticas conscientemente paralelas. La posición que se defiende es que las conductas conscientemente paralelas son aquellas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en que cada operador económico, sin que medie acuerdo ni concertación alguna, actuando unilateral pero armónicamente, ajusta deliberadamente su comportamiento al de otro competidor o competidores, evitando hacerse la competencia ⁷⁸.

Entendiendo así las conductas conscientemente paralelas es inevitable asociar este concepto jurídico a las definiciones de colusión tácita que veíamos al inicio de este artículo. Por ello, a mi juicio, resulta evidente que la figura jurídica de las conductas conscientemente paralelas recoge la anhelada ⁷⁹ prohibición de la colusión tácita, es decir, de aquella lograda por medios alternativos a los tradicionalmente basados en la concertación *inter partes*. Sin embargo, a pesar de la conexión entre

⁷⁶ Algunos autores han identificado las prácticas conscientemente paralelas con las prácticas concertadas partiendo de la afirmación de que el término español era «una traducción demasiado libre del Tratado de Roma» (GARRIGUES, J.: «La Defensa de la Competencia Mercantil», Madrid, 1964, pág. 45); GALÁN CORONA, E.: *Acuerdos Restrictivos de la Competencia*, Madrid, 1977, págs. 318 a 322; SENÉN, G./ BERCOVITZ, A. ET. AL.: *Comentario a la Ley española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, 1964, pág. 90; BERCOVITZ, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Pamplona, 2000, pág. 282. En esta misma línea se ha sostenido que su presencia en la norma es absurda, entendiendo parte de la doctrina que las conductas conscientemente paralelas son equiparables al comportamiento económico racional en los oligopolios: PASCUAL Y VICENTE, J.: «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 205, Enero/Febrero de 2000, pág. 12; BERENGUER FUSTER, L.: «Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, serie D, núm. D-29, Septiembre de 1998, págs. 143 a 203, pág. 148; FONT I RIBAS, A.: «Comentari d'urgència a la Llei de Defensa de la Competencia», *RJC*, núm. 4, 1990, págs. 55 a 96, págs. 69 y 70. RUBIO DE CASAS, M.: «The Spanish Law for the Defense of Competition», en *ECLR*, 1990, núm. 4, págs. 179 a 189. y SCHULZCE, U. W.: «Das spanische Kartellrecht», en *WuW*, núm. 12, 1991, págs. 993 a 997, pág. 995. En sentido contrario, otros autores han defendido la autonomía del término tradicional español: ALONSO SOTO, R.: «La defensa de la libre competencia», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. ET AL.: *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, Capítulo 14, págs. 266 a 293, pág. 271.; FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A.: «El problema del oligopolio...», cit., pág. 10.060. BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1991, pág. 122. SÁNCHEZ NÚÑEZ, P./ SÁNCHEZ, I.: «Liderazgo de precios...», cit., pág. 397. Para una explicación más detallada de esta cuestión véase NAVARRO SUAY, M.C.: «Las conductas conscientemente paralelas: revalorización del concepto», en *GJ*, núm. 232, julio-agosto de 2004, págs. 49 a 63, y NAVARRO SUAY, M.C.: *Las conductas conscientemente paralelas*, Madrid, Editorial Civitas, 2005.

⁷⁷ La autora mantuvo entrevistas al respecto con D. José Luis VILLAR PALASÍ, quien pactó en las Cortes la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia la Ley 110/63 y con D. Antonio ROSSIGNOLI JUST, Presidente de la Comisión para la redacción de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, en los meses de marzo a mayo de 2001.

⁷⁸ Esta definición toma como punto de partida la elaborada por el TDC en las Resoluciones de 18 de julio de 1986 y 9 de enero de 1987 (JTDC núms. 314 y 315, págs. 167 a 190 y 191 a 209, respectivamente) y la definición propuesta por ALONSO SOTO, R.: «La defensa...», cit., pág. 271.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, STEVENS, D.: «Covert Collusion...», cit., pág. 76. RAFFAELLI, E. A.: «Oligopolies and Antitrust Law», en *Ford. Int. L. J.*, Vol. 19, 1996, págs. 915 a 935. KORAH, V.: «Gencor v. Commision: Collective Dominance», en *ECLR*, 1999, núm. 6, págs. 337 a 341.

ambas figuras, la doctrina española no ha prestado atención a este hecho, probablemente por haber quedado arrinconada la expresión tradicional a raíz de la incorporación de las prácticas concertadas.

Tenemos, por tanto, que el legislador, al mantener la figura de las conductas conscientemente paralelas en la Ley de Defensa de la Competencia amplía definitivamente el ámbito de aplicación del artículo 1 respecto del precepto comunitario ⁸⁰. La prohibición española pone de manifiesto la voluntad de perseguir el resultado anticompetitivo, independientemente de los medios empleados para lograr el fin ilícito. Por ello, con la definición propuesta, se da cabida dentro de la prohibición no sólo a los supuestos más típicos de colusión tácita (fijación de precios a niveles supracompetitivos y maximización conjunta del beneficio con efectos restrictivos sobre el mercado), sino a un amplio espectro de supuestos: la colusión tácita en el reparto de mercado ⁸¹, la adopción de prácticas facilitadoras ⁸², el seguimiento del liderazgo de precios cuando el resultado de esta acción es anticompetitivo ⁸³, y cómo no, el discutido seguimiento unilateral por parte de un tercero competidor de las políticas concertadas por otros competidores ⁸⁴, por ejemplo. El nexo común de las diferentes medidas anticompetitivas con que nos podemos topar es precisamente que tienen por objeto o efecto «impedir, restringir o falsear la competencia». La insistencia en que dentro de la noción de las conductas conscientemente paralelas está ínsita la restricción de la competencia es esencial. El comportamiento paralelo *per se* no es una conducta conscientemente paralela restrictiva de la competencia. Lo esencial de la locución española es que el resultado del comportamiento sea anticompetitivo. En este sentido se ha utilizado en el ámbito comunitario ⁸⁵ la expresión «comportamiento paralelo anticompetitivo» que se aproxima bastante a la expresión española.

Llegados a este punto conviene destacar que el paralelismo en la actuación de los competidores puede tener diferentes causas:

En primer lugar, puede venir provocado por una variación repentina en las condiciones del mercado y la necesidad de adaptarse a la nueva circunstancia (por ejemplo, una subida de los precios del petróleo o de las materias primas). Este paralelismo es perfectamente lícito.

En segundo lugar, puede venir provocado por una situación de competencia perfecta entre empresas de similar capacidad y estructuras de coste, con márgenes muy ajustados, que conduzca a

⁸⁰ «S.D.C. c. Asturiana del Zinc, S.A. y Española del Zinc, S.A.», *JTDC* núms. 314 y 315, págs.167 a 190, 191 a 209, respectivamente; Véase también COSTAS COMESAÑA, J.: *Los Cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, 1997, págs. 54 y 55.

⁸¹ KANTZENBACH, E., KOTTMANN, E. & KRÜGER, R.: *New Industrial...*, cit., pág. 10.

⁸² FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A.: «El problema del oligopolio...», cit., pág. 10.076 y ss.

⁸³ ALONSO SOTO, R.: «La defensa...», cit., pág. 271. En el ámbito español téngase en cuenta el artículo SÁNCHEZ NÚÑEZ, P./SÁNCHEZ, I: «Liderazgo de precios...», cit., págs. 387 a 398, donde se analiza la Resolución 352/94 del Tribunal de Defensa de la Competencia.

⁸⁴ Téngase en cuenta por ejemplo, en el ámbito comunitario, la decisión de la Comisión *SSI* de 15 de julio de 1982, DOCE L232/1 y en el ámbito español, la Resolución de 14 de julio de 1969, «Bruno Suárez c. varios representantes de las principales firmas de tabaco rubio americano en Canarias», (*JTDC* núm. 76, págs. 1233 a 1248) y la Resolución de 15 de marzo de 1974, «Diversas empresas cerveceras», (*JTDC* núm. 141, págs. 787 a 816).

⁸⁵ Término utilizado por la Comisión en su decisión sobre la concentración *Nestlé/Perrier* (Caso núm. IV/M.190, de 22 de julio de 1992 publicada en el DOCE L 356/1, de 5 de diciembre de 1992).

la fijación de precios idénticos pero en niveles competitivos, no supracompetitivos. Este supuesto tampoco es perseguido por la legislación española de defensa de la competencia.

En tercer lugar, puede venir provocado por un acuerdo o concertación entre los competidores; estaríamos en el típico supuesto de la práctica concertada, prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En cuarto lugar, puede ocurrir que el paralelismo en la acción sea el resultado de los ajustes deliberados de los competidores, sin que medie acuerdo, para maximizar conjuntamente sus beneficios restringiendo la competencia en el mercado, puesto que prefieren la coordinación a la competencia. Estaríamos entonces en presencia de las conductas conscientemente paralelas. Tal sería el caso cuando, habiendo repercutido inmediatamente al consumidor final las alzas en los costes de la materias primas, no se repercuten de la misma manera las bajadas de precios, sino que se opta por la estabilización, en perjuicio del consumidor. Otro ejemplo típico puede ser el del liderazgo de precios, bajo determinadas condiciones.

Ante este panorama, la consideración sobre si un determinado paralelismo constituye o no una conducta conscientemente paralela (en función de los efectos que produzca sobre el mercado) es una cuestión que debe ser valorada en primera instancia por expertos economistas en cada caso ⁸⁶.

4.1. Presupuestos.

La dificultad de que los competidores puedan ajustar sus comportamientos sin que medie entre ellos contacto directo hace preciso que se den una serie de presupuestos para su existencia.

En primer lugar es imprescindible que no haya existido un contacto directo entre las partes, y por ende, una concertación. Si existe concertación no puede existir la conducta conscientemente paralela. Estimo que el contacto indirecto es inevitable y no afecta a la existencia de las conductas conscientemente paralelas; puede pensarse, por ejemplo, en los anuncios públicos efectuados a clientes. El Tribunal de Justicia ⁸⁷ se ha pronunciado ya en el sentido de que este tipo de anuncios no constituye una concertación, sin embargo, esta misma actuación puede dar pie para que las empresas,

⁸⁶ Pongamos un ejemplo: si en el ámbito de la responsabilidad por negligencia médica corresponde al legislador y a los juristas definir qué se entiende por dicha negligencia y establecer la sanción correspondiente, la determinación concreta y previa de si un médico ha actuado negligentemente o no sólo puede venir dada por los expertos en ese ámbito, que serán los médicos. Del mismo modo, en nuestro caso, corresponderá a los economistas la valoración del mercado de referencia y de la conducta adoptada por las empresas, que decidirán si éstas han adoptado prácticas facilitadoras, si ha existido o no una circunstancia objetiva que propicie una respuesta simultánea por varias empresas..., en definitiva, si estamos en presencia de un supuesto de colusión tácita o ante un comportamiento económico perfectamente justificado y lícito. Aclarado el supuesto de hecho, se puede proceder ya a la calificación jurídica correcta.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia en los Casos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116 y C-117/85, C-125-129/85 *Ahlström Osakeyhtiö et al. c. Comisión, «Wood Pulp II»*, (Rep. 1993, pág. I-1307), modificada por una orden del Tribunal de 20 de enero de 1994.

conscientes de las políticas de precios de sus competidores, ajusten sus comportamientos en perjuicio del consumidor.

En segundo lugar, y, *a priori*, sólo se darán las conductas conscientemente paralelas en oligopolios o mercados muy concentrados. A mayor número de competidores más difícil es que se den las circunstancias que posibiliten un paralelismo consciente de la conducta sin que medie concertación.

En tercer lugar es necesario que las decisiones de las diferentes empresas sean interdependientes⁸⁸ entre sí, es decir, que las opciones de cada competidor respecto de la política económica a seguir sean susceptibles de repercutir en la decisión que adopten los demás. La interdependencia sólo es posible cuando existe cierta transparencia en el mercado, lo que implica que las empresas y los productos serán homogéneos.

En cuarto lugar, se ha apuntado desde el ámbito económico en relación con la colusión tácita que es necesario también que las empresas sean susceptibles no sólo de monitorizar el mercado, sino de imponer mecanismos de penalización lo suficientemente efectivos como para que los competidores decidan mantener el ajuste de sus políticas comerciales⁸⁹. Sin embargo, a mi modo de ver, no es necesario que se dé este presupuesto⁹⁰ para que puedan surgir las conductas conscientemente paralelas y no sería conveniente restringir el ámbito de aplicación de la expresión española teniendo en cuenta que la intención del legislador fue no dejar fuera de su alcance cualquier medio que ocasionara una restricción de la competencia.

4.2. Elementos

Las conductas conscientemente paralelas están integradas por tres elementos: identidad de los comportamientos, consciencia de dicha identidad y objeto o resultado anticompetitivo.

En primer lugar, debe darse una conducta o comportamiento en la práctica que sea idéntica o similar a la seguida por un competidor o competidores.

En segundo lugar, la adopción de la conducta idéntica debe ser consciente, es decir, las empresas deben tener consciencia de que están adoptando decisiones idénticas o similares que conducen

⁸⁸ AREEDA, P.E.: *An Analysis*..., cit., pág. 65; TURNER, D.: «The Definition ...», cit., pág. 658. ALESE, F.: «The Economic Theory ...», cit., pág. 379. WATHELET, R.: «Pratiques concertées...», cit.

⁸⁹ KANTZENBACH, E., KOTTMANN, E. & KRÜGER, R.: *New Industrial*..., cit. OVERD, A.: «After the Airtours Appeal», en *ECLR*, núm. 8, 2002, págs. 375 a 377; HAUPT, H.: «Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the light of the Airtours Judgment», en *ECLR*, núm. 9, 2002, págs. 434 a 444, pág. 442. Téngase en cuenta la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de junio de 2002, autorizando la concentración el caso *Airtours/First Choice*.

⁹⁰ «El que los oligopolistas tengan que actuar siempre como si existiera un acuerdo explícito o tácito entre ellos (sobre fijación de precios o capacidades, o reparto de mercado) no es condición necesaria del dominio colectivo... En particular, no es necesario demostrar que exista un estricto mecanismo de represalias» (Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 1999, Caso núm. IV/M.1524-*Airtours/First Choice*, párrafo 24 de la decisión).

a un paralelismo restrictivo de la competencia. Este elemento enlazaría con el presupuesto de la transparencia del mercado y su concentración, porque con otro tipo de situación difícilmente podrá darse una identidad de comportamientos no basada en el concierto.

En tercer lugar, es preciso que el resultado del comportamiento paralelo y consciente sea anti-competitivo. En el caso de las conductas conscientemente paralelas la expresión general recogida en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia sobre el objeto o efecto restrictivo de la competencia se traducirá, en la mayoría de los casos, en que los precios del oligopolio se aproximarán más al precio monopolista que al competitivo y que la maximización del beneficio será conjunta. Sin embargo, ésta no es la única posibilidad de restricción. Pueden provocarse restricciones adoptando la misma práctica facilitadora o, simplemente, estabilizando los niveles de precios.

4.3. Ventajas respecto de la posición dominante conjunta.

Sentadas ya las bases para la conexión entre las conductas conscientemente paralelas y la colusión tácita, pueden establecerse ciertas diferencias entre ambos conceptos:

En el caso de la conducta conscientemente paralela no es necesario que las empresas afectadas ostenten una posición de dominio conjunta. Aunque en la mayoría de las ocasiones las conductas conscientemente paralelas se darán en mercados muy concentrados, igual que la posición dominante conjunta, el término español es más amplio y ya hemos visto que sirve, por ejemplo, para prohibir la conducta de una empresa tercera que con carácter unilateral se suma a una concertación en la que no toma parte; o al supuesto de liderazgo de precios. En general, estimo que la conducta conscientemente paralela puede darse entre un número mayor de empresas que la posición dominante colectiva.

En segundo lugar, al no ser necesario que las empresas tengan posición de dominio en el mercado tampoco es necesario que se dé un abuso de la citada posición. En el caso de la conducta conscientemente paralela basta con que se produzca un paralelismo en el comportamiento restrictivo de la competencia y no basado en la concertación para que se estime la existencia del tipo legal. La demostración de la posición dominante conjunta y de su abuso es mucho más difícil que la de la práctica conscientemente paralela, aunque probablemente, los análisis del mercado que se efectúen en ambos casos serán bastante parecidos, pero el hecho de no tener que justificar ni la posición de dominio ni el abuso de la misma es un aliciente para recurrir a la figura de las conductas conscientemente paralelas antes que a la posición dominante colectiva.

5. CONCLUSIONES

A mi juicio, la institución de las «conductas conscientemente paralelas» es la vía más rápida y directa para perseguir los nuevos supuestos de colusión tácita que han dado origen a todas las

teorías doctrinales que acabamos de revisar. Sin duda, la doctrina española se ha dejado llevar por las propuestas procedentes del ámbito estadounidense y comunitario que ha tenido que recurrir forzosamente a nuevas teorías para penalizar conductas que quedaban más allá del ámbito de aplicación de la sección 1.ª de la *Sherman Act* o del artículo 81 del Tratado constitutivo de la CEE. En el ámbito comunitario todo ello ha cristalizado en el desarrollo de la noción de posición dominante colectiva, si bien se ha puesto de manifiesto que las autoridades comunitarias son conscientes de las carencias de la institución, puesto que el artículo 7 del nuevo Reglamento 1/2003⁹¹, que entrará en vigor el próximo 1 de mayo prevé la utilización de todo tipo de medidas, incluyendo las de carácter estructural, para producir el cese efectivo de las restricciones de la competencia, independientemente de su origen. Puesto que las restricciones que no se apoyan en el elemento consensual pueden ser tan perniciosas como las que sí lo hacen, se aprecia la necesidad de que todas ellas se encuentren bajo el ámbito de prohibición de la norma, como ha reconocido la OCDE.

La presencia en nuestro ordenamiento de las conductas conscientemente paralelas facilita en gran medida la actuación de las instancias sancionadoras, al recoger un ilícito distinto y más flexible que el de la práctica concertada, abriendo también nuevos caminos para la prueba. De conformidad con nuestra legislación, el acento debe ponerse no tanto en la posible inferencia o deducción de un acuerdo –como ocurre en la jurisprudencia americana y comunitaria–, sino en la delimitación por expertos económicos de la línea entre paralelismo en la acción exigido por condicionantes del mercado –que quedarían fuera del ámbito de penalización de la ley española– y conductas conscientemente paralelas, que serían siempre restrictivas de la competencia, aunque no haya mediado acuerdo alguno. Así estas restricciones quedan prohibidas por la Ley sin necesidad de extender o deformar el concepto de práctica concertada como ha ocurrido en la Unión Europea⁹².

Por todo ello, si finalmente se reconoce en el ámbito español el verdadero significado del término, su contenido económico y la conveniencia de su revalorización no será necesario recurrir a ningún otro tipo de construcción doctrinal para perseguir los supuestos de colusión tácita. Ésta es, a mi juicio la única solución posible para que «en el ámbito de la legislación económica se establezca como objetivo básico el mantenimiento de un sistema competitivo de economía de mercado (...) [donde] los empresarios tengan la obligación de competir»⁹³.

⁹¹ Citado en nota al pie núm. 62.

⁹² Decisión *Hasselbald*, cit.

⁹³ BERCOVITZ, A.: «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en BERCOVITZ, A.: (Coord.): *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Madrid, 1992, págs. 14 y 15.