

**UNIVERSIDAD ESAN**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**  
**CARRERA DE DERECHO CORPORATIVO**



Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Tesis para optar por el Título profesional de Abogado

Sofía Guadalupe Rivera Alvarado

Asesor  
César Augusto Higa Silva

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'César Augusto Higa Silva'. Below the signature is a small rectangular stamp with the text 'CESAR HIGA SILVA' and a small star-like symbol to the right.

DNI 40101071

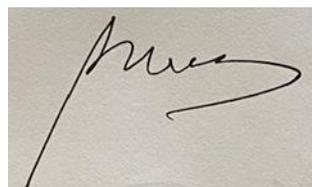
ORCID : 0000-0002-9842-2150

Lima, noviembre de 2022

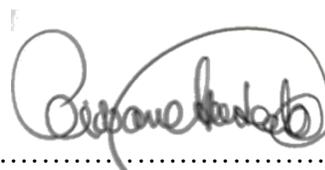
Esta tesis denominada:

LOS ALGORITMOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS Y LA POSIBILIDAD CADA VEZ MÁS LATENTE DE UNA COLUSIÓN TÁCITA EN EL MERCADO: ¿ES NECESARIO REDEFINIR EL CONCEPTO TRADICIONAL DE “ACUERDO” COLUSORIO?

ha sido aprobada.



.....  
Maria Camacho Zegarra, Jurado Presidente



.....  
Giovana Hurtado Magan, Jurado

.....  
Alejandro Moscol Salinas, Jurado

Universidad ESAN  
2022



Firmado digitalmente por:  
MOSCOL SALINAS ALEJANDRO  
MARTIN  
Motivo: Soy el autor del  
documento  
Fecha: 17/11/2022 18:58:08-0500

**LOS ALGORITMOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS Y LA POSIBILIDAD CADA VEZ  
MÁS LATENTE DE UNA COLUSIÓN TÁCITA EN EL MERCADO: ¿ES NECESARIO  
REDEFINIR EL CONCEPTO TRADICIONAL DE “ACUERDO” COLUSORIO?**

<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN – PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....</b>	<b>3</b>
1.1 Introducción .....	3
1.2 Planteamiento del problema .....	5
1.3 Problema de investigación.....	7
1.3.1 Problemas específicos .....	7
1.4 Objetivo General .....	7
1.4.1 Objetivos específicos.....	8
1.5 Hipótesis General .....	8
1.5.1 Hipótesis específicas .....	8
1.6 Justificación de la investigación.....	9
1.7 Metodología de la investigación .....	11
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEORICO – ANÁLISIS CRÍTICO .....</b>	<b>11</b>
2.1 El Derecho de la Libre Competencia .....	11
2.2 El Derecho de la Libre Competencia en el Perú .....	15
2.3 Las prácticas colusorias horizontales.....	17
2.3.1 El concepto de acuerdo colusorio .....	23
2.3.1.1 El acuerdo colusorio en la legislación comparada.....	23
2.3.1.2 El concepto de acuerdo colusorio en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.....	34

2.3.1.3 El concepto de practica concertada en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.....	38
2.4 El concepto de colusión tácita .....	44
2.4.1 Los mercados oligopólicos y la interdependencia oligopólica entre los competidores .....	45
2.4.2 La “colusión tácita” y el paralelismo de precios .....	49
2.4.3 Los “plus factors” en la determinación de una práctica concertada.....	54
2.4.4 La colusión tácita en la legislación comparada.....	59
a) Estados Unidos .....	59
b) Unión Europea .....	62
c) Chile.....	69
d) Brasil .....	72
e) Colombia.....	74
2.5 La colusión tácita en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.....	77
2.6 Los principios del Derecho Administrativo Sancionador.....	82
2.6.1 El principio de tipicidad en los procedimientos administrativos sancionadores.....	91
2.6.2 La importancia de satisfacer el principio de tipicidad en la sanción de una práctica colusoria horizontal.....	100
2.7 La dificultad de sancionar una colusión tácita bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas .....	113
2.8 El uso de los algoritmos en la actualidad .....	127
2.8.1 El uso de algoritmos en las actividades económicas en el mercado .....	129
2.8.2 La fijación de precios en el mercado .....	134

2.8.3 El uso de algoritmos en la política de fijación de precios o “ <i>pricing algorithms</i> ” .	136
2.8.4 Las eficiencias económicas que generan los algoritmos en el mercado .....	139
2.9 El uso de algoritmos de fijación de precios como facilitadores de una práctica colusoria horizontal .....	141
2.9.1 Los algoritmos como facilitadores de una colusión tácita en el mercado .....	149
2.10 La imposibilidad de subsumir una colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios en el actual concepto de “acuerdo” tipificado en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas .....	160
2.11 La necesidad de redefinir el concepto de “acuerdo” ante el riesgo latente de una colusión tácita que prescinda del elemento de concertación entre los competidores	171
CONCLUSIONES .....	202
RECOMENDACIONES.....	205
BIBLIOGRAFÍA .....	207
Libros .....	207
Capítulos de libros .....	208
Artículos en revistas académicas .....	208
Documentos jurídicos emitidos por autoridades e instituciones internacionales .....	212
Jurisprudencia citada .....	213
Normas citadas.....	214
Tesis.....	214
Conferencias.....	214

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

## **Resumen**

La presencia de la tecnología en la actualidad ha conllevado al uso de distintas herramientas de inteligencia artificial en las empresas para mejorar la eficiencia en sus operaciones, tales como el uso de algoritmos. Estos son códigos de computadora que permiten estimar resultados, predecir los cambios en la oferta o la demanda, e incluso determinar los precios que logren maximizar los márgenes de ganancia de una empresa. Sin embargo, estas funciones facilitan también la posibilidad de que las empresas puedan elevar sus precios conjuntamente de manera coordinada, sin la necesidad de contactarse entre ellas, pero generando los mismos efectos anticompetitivos que un acuerdo colusorio de precios. Esto presenta un problema para la Ley de Libre Competencia, en tanto requiere que exista un elemento de contacto previo entre los competidores para configurar un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios. Considerando ello, esta investigación analiza el desafío que enfrenta el Indecopi, como autoridad de competencia en el Perú, para sancionar un posible escenario de colusión tácita algorítmica, y busca proponer una redefinición del término “acuerdo”, a fin de poder sancionar eficazmente este nuevo escenario anticompetitivo, adaptando la Ley de Libre Competencia a los nuevos retos de la economía digital en el Perú.

**Palabras clave:** derecho de la libre competencia, práctica colusoria horizontal, paralelismo de precios, colusión tácita, acuerdo colusorio, algoritmos de fijación de precios.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

## **Abstract**

The presence of technology today entails the use of different artificial intelligence tools in companies to improve efficiency in their operations, such as the use of algorithms. These are computer codes that allow to estimate results and even determine the prices that maximize profit margins. However, due to these functions, this arises the possibility of companies to subsequently raise their prices to an anticompetitive level without the need to contact with each other. This scenario becomes a problem for the Peruvian Competition Act, as it requires that there must be a prior coordination element in order to determine and sanction an anticompetitive price fixing agreement. In that sense, this investigation analyzes the challenges that Indecopi, as the competition authority in Peru, faces to sanction a possible scenario of algorithmic tacit collusion that is currently not considered as an administrative infringement to the Peruvian Competition Act.

**Key words:** concerted practices, parallel conduct, tacit collusion, pricing algorithms, the principle of legality.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

## **CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN – PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1 Introducción**

La presente investigación aborda los nuevos escenarios anticompetitivos que facilita el uso de los algoritmos de fijación de precios en el mercado y analiza la necesidad de apostar por soluciones innovadoras para enfrentar los desafíos de la tecnología en la actualidad.

La economía digital ha cambiado significativamente muchos aspectos de la vida de las personas actualmente y las formas en que las empresas hacen negocios y compiten entre sí. En efecto, la presencia de la tecnología en la actualidad ha conllevado al uso de distintas herramientas de inteligencia artificial en las empresas, con el propósito de mejorar la eficiencia en sus operaciones, siendo una de estas los algoritmos de fijación de precios.

Sin embargo, gracias a la capacidad de estos algoritmos para procesar una gran cantidad de datos y predecir resultados, las empresas pueden beneficiarse de estas características para perfeccionar el planeamiento y ejecución de un acuerdo de fijación de precios. No obstante, el mayor desafío para las normas de libre competencia radica en el escenario de colusión tácita que pueden facilitar los algoritmos, conocido como “colusión algorítmica”. En este escenario, gracias a la inteligencia artificial de los algoritmos, las empresas se encuentran en la capacidad de alinear su comportamiento y configurar un paralelismo de precios a niveles más altos de los que permanecerían en competencia, sin la necesidad de coordinar o comunicarse entre ellas. De esta manera, la aparición de la tecnología de los algoritmos de fijación de precios aumenta el riesgo de la existencia de una colusión tácita en los mercados, generando las condiciones para que las acciones de

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

las empresas se vuelvan interdependientes entre sí, alcanzando los mismos efectos que un acuerdo de precios tradicional, pero eliminando los costos y el riesgo de comunicarse entre ellas.

Este escenario en particular dificulta la aplicación de las leyes de libre competencia, toda vez que un mero paralelismo de precios no se considera una práctica anticompetitiva por sí misma, pues carece del elemento esencial de concertación que requiere acreditarse para configurar una infracción a la libre competencia. Por su parte, si bien la colusión tácita suele ser una práctica asociada a los mercados oligopólicos -en donde existe una gran transparencia en el mercado y una interdependencia de precios entre los competidores- las autoridades de competencia usualmente requieren de mayores indicios para acreditar la existencia de un acuerdo de fijación de precios, como por ejemplo; evidencia de comunicaciones entre los competidores que reflejen su voluntad de ponerse de acuerdo para restringir la competencia.

En ese sentido, es posible observar que la aparición la tecnología en el mercado ha introducido nuevas formas de restringir la competencia que inicialmente no habían sido abordadas por las legislaciones de libre competencia en el mundo, incluyendo el régimen peruano. Considerando esta nueva amenaza a la competencia que representa el uso de la tecnología de los algoritmos de precios en el mercado, el presente trabajo de investigación tiene por objetivo analizar la necesidad de replantear o redefinir el concepto de “acuerdo” tipificado en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, a fin de investigar y sancionar eficazmente un comportamiento interdependiente y coordinado en el mercado, facilitado por el uso de algoritmos de precios, que se distancia del concepto tradicional de “acuerdo”, pero que podría generar a futuro los mismos efectos anticompetitivos.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En línea con lo anterior, el presente trabajo analizará si el actual marco legal de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas permite sancionar satisfactoriamente una colusión tácita en el mercado. En segundo lugar, desarrollará los escenarios anticompetitivos que puede facilitar la utilización de algoritmos por parte de las empresas competidoras en el mercado, enfocándose principalmente en el escenario de la colusión tácita.

Posteriormente, se examinará el concepto de “acuerdo” tipificado en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y cómo es que ha venido interpretándose tradicionalmente en la aplicación de la referida ley. Finalmente, se analizará la necesidad de redefinir el concepto de “acuerdo” en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, ante el riesgo de que el uso de algoritmos en el mercado pueda propiciar un escenario de colusión tácita que prescinda del elemento de concertación entre competidores.

## **1.2 Planteamiento del problema**

La aparición de la tecnología en la realidad ha hecho sucumbir aquellas antiguas costumbres tradicionales que venían rigiendo a la sociedad, pues ha logrado transformar muchos ámbitos de la vida; desde la forma diaria de transporte mediante el uso de un aplicativo móvil hasta las relaciones de consumo a través del comercio online. Por ejemplo, los consumidores ya no recurren a las agencias de viajes para consultar vuelos, sino que ahora visitan páginas web que ofrecen un comparativo de precios de distintas aerolíneas, permitiéndoles ahorrar tiempo y dinero.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En esa línea, la tecnología también ha cambiado la forma en cómo funcionan los mercados y los negocios en la economía actual. De esta manera, una de las herramientas digitales que han implementado las empresas ha sido la generación, recolección y procesamiento de grandes cantidades de información mediante el uso de los denominados algoritmos. Los algoritmos son secuencias de comandos e instrucciones que, sobre la base de un gran banco de información y un lenguaje de programación, solucionan un problema de acuerdo con la programación que se le haya encomendado. Hoy en día los algoritmos están presentes en las plataformas de comercio online, a través de los anuncios personalizados en las redes sociales o al buscar una dirección en el mapa de Google.

En el Perú, muchas empresas han adoptado el uso de la inteligencia artificial en sus operaciones económicas, como por ejemplo en el sector financiero, con el objetivo de mejorar la atención que brindan a sus clientes. Asimismo, existen empresas especializadas que ofrecen productos de inteligencia artificial mediante algoritmos para el servicio de marketing digital y de procesamiento de información. Además, las plataformas digitales de viajes como Easy Taxi, Cabify, Taxi Beat y Uber utilizan algoritmos para fijar las tarifas que cobran por el servicio de transporte.

Sin embargo, en algunas circunstancias, el uso de estos algoritmos puede plantear problemas a la libre competencia en el mercado. En diferentes legislaciones del mundo, las autoridades de competencia son responsables de proteger y promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, sancionando aquellas conductas contrarias a la libre competencia, como por ejemplo, los acuerdos entre competidores para aumentar sus precios.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

### **1.3 Problema de investigación**

¿Es necesario redefinir el concepto de “acuerdo” en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ante el riesgo de que el uso de algoritmos de fijación de precios por parte de las empresas pueda propiciar un escenario de colusión tácita que prescinda del elemento de concertación entre los competidores, pero que logre los mismos efectos que un cártel de precios?

#### **1.3.1 Problemas específicos**

¿El marco legal de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas permite sancionar satisfactoriamente una colusión tácita en el mercado?

¿La utilización de algoritmos que permite a las empresas fijar sus precios en el mercado puede facilitar la comisión de una colusión tácita entre agentes competidores, prescindiendo del contacto entre ellos, pero logrando los mismos efectos que un cártel de precios?

¿Un escenario de colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios puede subsumirse en el actual concepto de “acuerdo” que tipifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas?

### **1.4 Objetivo General**

Analizar si es necesario redefinir el concepto de “acuerdo” en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ante el riesgo de que el uso de algoritmos de fijación de precios por parte de las empresas pueda propiciar un escenario de colusión tácita que prescinde del elemento de concertación entre los competidores, pero que logra los mismos efectos que un cártel de precios.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

#### **1.4.1 Objetivos específicos**

Determinar si el marco legal de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas permite sancionar satisfactoriamente una colusión tácita en el mercado.

Analizar si la utilización de algoritmos que permite a las empresas fijar sus precios en el mercado puede facilitar la comisión de una colusión tácita entre agentes competidores, prescindiendo del contacto entre competidores, pero logrando los mismos efectos que un cártel de precios.

Analizar si un escenario de colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios puede subsumirse en el actual concepto de “acuerdo” que tipifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

#### **1.5 Hipótesis General**

Es necesario redefinir el concepto de “acuerdo” en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ante el riesgo de que el uso de algoritmos de fijación de precios por parte de las empresas pueda propiciar un escenario de colusión tácita que prescinde del elemento de concertación entre los competidores, pero que logra los mismos efectos que un cártel de precios.

##### **1.5.1 Hipótesis específicas**

El marco legal de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no permite sancionar satisfactoriamente una colusión tácita en el mercado.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

La utilización de algoritmos que permite a las empresas fijar sus precios en el mercado puede facilitar la comisión de una colusión tácita entre agentes competidores, prescindiendo del contacto entre competidores, pero logrando los mismos efectos que un cártel de precios.

Un escenario de colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios no puede subsumirse en el actual concepto de “acuerdo” que tipifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

## **1.6 Justificación de la investigación**

La presente investigación tiene por objeto proponer una redimensión del marco normativo que regula la potestad sancionadora del Indecopi para reprimir las conductas anticompetitivas (contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante Decreto Supremo 030-2019-PCM), en relación con el problema de tipificación que esta podría enfrentar en aquellos escenarios en que las empresas utilicen la inteligencia artificial de los “algoritmos” para elevar sus precios a niveles anticompetitivos sin que medie un elemento determinante para configurar una colusión, esto es, el contacto o coordinación entre empresas. En ese sentido, en este trabajo se realiza un análisis de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia desarrollada por otras autoridades de competencia extranjeras, las cuales vienen asumiendo un rol activo en el estudio de los riesgos y desafíos que generan los algoritmos en el Derecho de la Libre Competencia.

La importancia del presente trabajo de investigación radica en la propuesta de redefinir el concepto de “acuerdo” colusorio a fin de incluir dentro del ámbito de aplicación de la

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

ley de competencia los nuevos riesgos de colusión tácita que se derivan del uso de algoritmos de fijación de precios en el mercado. Así, la presente investigación se fundamenta en el hecho de que, con mayor presencia de la tecnología en la actualidad, surgen nuevos y más complejos riesgos anticompetitivos en el mercado, lo cual hace sumamente necesario que el sistema legal y los operadores del derecho se encuentren preparados para afrontar dichos desafíos y así garantizar la eficiencia económica en el mercado y el bienestar de los consumidores.

Por ello, la presente investigación se fundamenta en el hecho de que, con mayor presencia de la tecnología en la actualidad, surgen nuevos y más complejos riesgos anticompetitivos en el mercado, lo cual hace sumamente necesario que el sistema legal y los operadores del derecho se encuentren preparados para afrontar dichos desafíos y así garantizar la eficiencia económica en el mercado y el bienestar de los consumidores.

En ese sentido, este trabajo de investigación podrá servir de insumo para aquellos estudiantes y/o profesionales del Derecho que se encuentren interesados en investigar la nueva relación que surge entre el Derecho de la Competencia y la economía digital, incluyendo los riesgos anticompetitivos que el uso de algoritmos representa en la actualidad. Ello teniendo en cuenta que es un tema que aún no ha sido objeto de otras investigaciones en el Perú, por lo que se hace necesario realizar mayores estudios al respecto.

En esa misma línea, este trabajo de investigación podrá servir de marco de referencia para las autoridades competentes al evaluar mejoras a la política de competencia en el Perú que se enfoque en los retos que impone la tecnología al Derecho de la Competencia, sobre

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

todo teniendo en cuenta que esta es una materia de actualidad que viene siendo estudiada en diversas jurisdicciones, por lo que se impone la necesidad de su evaluación en el Perú.

### **1.7 Metodología de la investigación**

La presente investigación es de tipo explicativa correlacional. Ello es así debido a que estudia y analiza la interrelación que existe entre tres variables: las prácticas colusorias horizontales, los algoritmos de fijación de precios y el derecho administrativo sancionador, y cómo es que de esta relación se deriva una problemática en particular que se pretende investigar. De esta manera, la presente investigación realiza un análisis profundo para determinar la causa que origina dicha problemática, cómo esta afecta el marco legal actual del derecho de la libre competencia y propone una solución al respecto.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEORICO – ANÁLISIS CRÍTICO**

### **2.1 El Derecho de la Libre Competencia**

Si bien el término competencia es uno universalmente conocido -que ordinariamente se entiende por una disputa o contienda entre dos o más personas sobre una determinada meta; o como una oposición o rivalidad entre dos o más personas-, a efectos de entender cómo funciona el mercado, la competencia hace referencia al escenario en el que:

*“los agentes económicos interactúan en múltiples tratativas y negociaciones comerciales y, a través de ellas, se van definiendo las condiciones de venta de los*

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*bienes sin que productores, comercializadores o consumidores tengan la capacidad de determinarlas de modo unilateral o por su sola voluntad”<sup>1</sup>.*

Esto quiere decir, en otras palabras, que la competencia en el mercado es equivalente a la que surge entre un partido de fútbol o una competencia de natación; es decir, una rivalidad que existe entre distintos jugadores por determinar quién será aquel que logre el objetivo mayor.

Así, lo mismo sucede en el mercado. Los agentes económicos, como las empresas, compiten entre ellas por generar mayores ganancias en su respectiva actividad económica. Por ejemplo, un restaurante compite intensamente con su competidor que se encuentra a tres cuadras por ofrecer el mejor plato de ceviche. Lo mismo sucede en diferentes sectores de la economía, tales como telefonía, automóviles, productos de belleza, textilera, entre otros. Es así como, bajo este contexto competitivo, surge el concepto de “libre competencia”, el cual se define como “el conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado”<sup>2</sup>.

De esta manera, en los mercados económicos los distintos negocios y sus respectivos empresarios se encuentran constantemente en una competencia por lograr captar a la mayor cantidad de clientes, y así, conseguir diferenciarse en sus márgenes de ganancias. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la rivalidad en el mercado no significa solamente un beneficio pecuniario para dichos agentes económicos, sino que mientras

---

<sup>1</sup> Eduardo Quintana, *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos* (Perú: Colección por el Vigésimo Aniversario del Indecopi, 2013), 14.

<sup>2</sup> Superintendencia de la Industria y el Comercio (SIC), “Definiciones sobre competencia”. <https://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia>. (consultado el 13 de mayo de 2020).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

mayor competencia exista en el mercado, los consumidores resultan más beneficiados. Ello es así porque *“para ganarse la preferencia de los consumidores, los proveedores bajan sus precios y mejoran la calidad de sus productos”*<sup>3</sup>.

Así, como bien se señaló, un factor competitivo esencial es el precio de los productos o servicios comercializados en el mercado. Es universalmente conocido, mas no constituye la regla general, que los consumidores se encontrarán mucho más atraídos hacia aquellos precios que le permitan un mayor ahorro; esto es, precios bajos. Bajo ese escenario, los diferentes agentes del mercado, respecto de un determinado producto o servicio, buscarán diferenciarse de sus competidores ofreciendo precios más bajo que los demás, quienes, al ver esta amenaza, sentirán la presión de igualar dicho precio rebajado, o incluso fijarlo a uno menor. De esta manera, son los consumidores que se ven altamente beneficiados por esta guerra de precios, pues cada vez pagan menos por un mismo producto.

Esta competencia de precios es similar a lo que sucede con el factor de calidad o innovación. Muchas veces, los competidores no necesariamente van a competir únicamente sobre precios. De hecho, podría darse el caso de un competidor que no conciba como una buena estrategia comercial el reducir sus precios debido a que conoce el valor agregado de su producto o servicio. En ese escenario, dicho agente estaría compitiendo y diferenciándose en base a la calidad de su oferta, cuya cualidad no es invisible a los consumidores, pues podría brindarles una mejor experiencia y, por lo tanto, una mayor fidelidad con la marca de aquel comerciante. De esta manera, ante este tipo de competencia, los demás agentes del mercado podrían asemejar dicha práctica y buscar otras formas de diferenciar su producto mediante la innovación o calidad.

---

<sup>3</sup> Eduardo Quintana, *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*, 9.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En virtud de lo expuesto, es evidente que la libre competencia en el mercado es altamente beneficiosa para los consumidores y en general, para las economías de los países que se benefician de ella. Por ello, se concibe como *“una de las políticas públicas más importantes para el desarrollo económico de un país”*<sup>4</sup>.

Sin embargo, pueden existir casos en los que los competidores tergiversen el sentido de la competencia, justamente intentando eliminarla. Ello puede lograrse, entre otras prácticas, a través de acuerdos destinados a evitar la incertidumbre que existe entre competidores y así coordinar una acción unilateral en conjunto que les permita generar un mayor margen de ganancia para todos. Esto quiere decir que los competidores, quienes en un escenario normal desconocen cuáles serán las estrategias comerciales o los precios que sus rivales adoptarían el día de mañana, ahora podrían convenir eliminar dichas barreras de información mediante un acuerdo.

Es ante esos escenarios que surge en las legislaciones del mundo el Derecho de la Libre Competencia. Esta se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados, mediante la prohibición de actos que se considera impiden la competencia y mediante la promoción y abogacía por un entorno competitivo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Íbidem.

<sup>5</sup> Superintendencia de la Industria y el Comercio (SIC), “Definiciones sobre competencia”.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

## 2.2 El Derecho de la Libre Competencia en el Perú

Bajo la actual Constitución Política del Perú de 1993, el régimen económico peruano se rige bajo la Economía Social de Mercado, en la cual la iniciativa privada es libre y en donde el Estado no asume un rol protagónico en el funcionamiento del mercado, pues este se limita a actuar excepcionalmente en aquellos sectores esenciales para el bienestar ciudadano. Así, *“bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”*<sup>6</sup>.

Ahora bien, es importante también señalar que la Constitución hace referencia a que el régimen económico actual permite la libre competencia en el mercado y dispone que *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar monopolios”*<sup>7</sup>. En ese sentido, se desprende del mandato constitucional que el Estado tiene el deber de sancionar aquellas prácticas que presenten una amenaza a la libre competencia y se comporten abusando de su posición dominante o monopólica:

*“las normas de defensa y protección de la libre competencia no prohíben ni sancionan la existencia del poder sustancial de mercado o de posición de dominio. Más bien, buscan evitar que las empresas concentren poder de mercado por razones distintas a una mayor eficiencia, o que el poder de mercado se concentre a través de fusiones o adquisiciones de empresas, generando un grave riesgo para la competencia y el bienestar de los consumidores”*<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Constitución Política del Perú (Const.) Cap. I, art. 58. Diciembre 30 de 1993 (Perú).

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> Eduardo Quintana, *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En vista a lo anteriormente expuesto, el ámbito de aplicación objetiva de las leyes de competencia en el Perú se circunscribe únicamente a dos aspectos: control de conductas y control de estructuras. El primero refiere a la prohibición y sanción ex post de aquellas conductas que los agentes económicos realizan para restringir la competencia en el mercado (prácticas colusorias o abuso de posición de dominio), mientras que el segundo alude al control ex ante que realiza la autoridad de competencia para aprobar o denegar ciertas operaciones de concentración en el mercado que podrían tener como consecuencia un impacto restrictivo de la competencia en el futuro (ley de control de concentraciones).

En el Perú, la autoridad con facultades para llevar a cabo esta labor punitiva contra las prácticas anticompetitivas que la Constitución establece es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, “el Indecopi”), mediante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “la Comisión”).

Ahora bien, la norma que faculta a la Comisión a desempeñar dicha labor sancionadora es el Decreto Legislativo 1034 del 24 de junio de 2008, cuyo Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, la “LRCA”) fue aprobado mediante el Decreto Supremo 030-2019-PCM del 19 de febrero de 2019. Esta ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, de 19 de febrero, Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Lima 19 de febrero de 2019).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

### **2.3 Las prácticas colusorias horizontales**

Sobre el particular, la LRCA prohíbe ciertas conductas que considera que generan efectos perjudiciales al proceso competitivo del mercado y a los consumidores. Una de ellas son las prácticas colusorias horizontales. Estas consisten en acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como la fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; la limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones; el reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas; la aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; entre otras conductas<sup>10</sup>.

No obstante, es importante tener en cuenta que algunas de las conductas listadas previamente podrían, en realidad, poseer fines competitivos que permitan un mayor beneficio al consumidor finalmente. Es por ello que la LRCA distingue dos tipos de criterios que la Comisión deberá tener en cuenta al momento de analizar y sancionar una determinada conducta colusoria: la prohibición absoluta o regla *per se* y la prohibición relativa o la regla de la razón.

En cuanto a la regla de prohibición absoluta, el artículo 8 de la citada ley establece que *“En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de*

---

<sup>10</sup> Art. 11.1 del Texto Único Ordenado de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*la conducta*”. En ese sentido, se puede observar que cuando la Comisión enfrenta aquellas conductas sujetas a esta prohibición, bastará con su sola existencia para calificarlas ilegales “*per se*”, pues no está sujeta a un análisis posterior sobre si existieron o no razones comerciales o beneficios competitivos que justificaron su existencia. Es por ello que esta regla en el derecho anglosajón se denomina también la regla “*per se*” o prohibición automática, “*según el cual basta que la práctica colusoria exista, independientemente de los efectos perjudiciales que haya ocasionado*”<sup>11</sup>. Sin embargo, como se ha mencionado, esta regla de tan drástica naturaleza no resulta aplicable a todas las conductas estipuladas en la LRCA, sino que esta las reserva a las conductas conocidas como “cárteles”. Así, en su artículo 11.2 referido a las prácticas colusorias horizontales, se establece lo siguiente:

*“11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:*

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;*
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;*
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,*
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates”.*

De esta manera, la regla de la prohibición absoluta aplicará únicamente en las conductas específicas anteriormente citadas, las que no son otra cosa que los denominados “cárteles”

---

<sup>11</sup> Eduardo Quintana, “Prácticas concertadas entre competidores y estándar de prueba requerido”. Revista de Derecho Administrativo, Tomo I, no. 10 (2011): 15-45. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13648>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

o “*hard core cartels*”. Este tipo de conductas serán explicadas a mayor detalle en una sección posterior del presente trabajo. Sin embargo, es posible afirmar que los cárteles son las conductas consideradas más dañinas en el Derecho de la Competencia, pues debido a la naturaleza de los acuerdos que involucra (tales como acuerdos para fijar precios, producción o incluso defraudar a la propia administración pública en las compras con el Estado), ocasionan graves perjuicios directos a los consumidores y al mercado. En esa línea, “*según la Corte Suprema de Estados Unidos, la experiencia demuestra que ese tipo de conductas, por su propia naturaleza, tienden a restringir la competencia sin una razón que las justifique y, por ello, resulta inconveniente utilizar recursos privados o públicos para determinar si en algún caso remoto producen efectos beneficiosos*”<sup>12</sup>.

Ahora bien, el criterio contrapuesto a la regla de la prohibición absoluta previamente explicada es la regla conocida como “prohibición relativa”. De conformidad con el artículo 9 de la LRCA, “*En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores*”. De esta manera, se parte de la premisa que todas aquellas conductas que les resulte aplicables este tipo de prohibición; estos es, las demás prácticas colusorias horizontales, verticales y las de abuso de posición de dominio, usualmente podrían ser ejecutadas por las empresas debido a que persiguen objetivos comercialmente válidos, y que incluso generan efectos positivos en el mercado y a los consumidores. Es por ello que, cuando la Comisión se encuentre ante estas conductas,

---

<sup>12</sup> Phillip E. Areeda y Louis Kaplow. *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases* (Boston: Wolters Kluwer Law & Business, 1988), 226 - 227, citado en Quintana, “Prácticas concertadas entre competidores y estándar de prueba requerido”, 17.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

deberá analizar los efectos negativos que dichas conductas ocasionen en comparación a los efectos positivos o pro competitivos que estos también produzcan.

A efectos del presente trabajo de investigación, las prácticas colusorias horizontales resultan de mayor relevancia para el posterior análisis de la problemática planteada. Por ello, a continuación, se procederá a explicar los alcances de este tipo de conductas.

Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 1 y 11 de la LRCA. A diferencia de la conducta de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias verticales, las prácticas colusorias horizontales son realizadas por agentes económicos en el mercado que compiten entre sí en una misma cadena de producción, distribución o comercialización.

Por ejemplo, podrían incurrir en esta conducta aquellas empresas comercializadoras de productos lácteos en el Lima Metropolitana. De esta manera, es importante que exista una relación de competencia directa entre estos agentes en términos de precio, calidad, innovación, entre otros, pues estos serán el gran motivador para incurrir en la conducta anticompetitiva y eliminar la incertidumbre competitiva entre ellos. Correlativamente, este tipo de prácticas contienen en su denominación la palabra “horizontales” debido a que exige que los agentes involucrados sean competidores en un mismo nivel de un mismo mercado, tal como el ejemplo citado previamente.

Ahora bien, ¿en qué precisamente consisten estas prácticas colusorias horizontales? De conformidad con el artículo 11 de la LRCA, se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas que los

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

agentes competidores celebren entre ellos con el objeto o efecto de restringir, impedir o falsear la libre competencia. De esta manera, se puede observar que estas prácticas no necesariamente se configuran con la celebración expresa de un acuerdo o convenio, sino que también abarca incluso recomendaciones, decisiones y prácticas concertadas.

Asimismo, la LRCA señala que las prácticas colusorias horizontales podrán materializarse en una variedad de conductas especificadas en su artículo 11, las cuales producen efectivamente una afectación a la libre competencia en el mercado. Sin embargo, no todas serán consideradas ilegales automáticamente, sino únicamente parte de ellas que reciben el nombre de cárteles.

Como bien se explicó en secciones anteriores, las conductas colusorias horizontales enlistadas podría perseguir paralelamente un objetivo o estrategia comercial legítima, ante lo cual la autoridad de competencia deberá realizar un análisis comparando los efectos positivos de la conducta en relación con la afectación que haya causado en el mercado y los consumidores. Sin embargo, esto no siempre será así, pues la autoridad considerará que las prácticas colusorias horizontales consideradas como carteles son ilegales *per se*, no siendo posible la existencia de posibles justificaciones legítimas.

En ese sentido, la LRCA establece que estarán sujetas a la regla de prohibición absoluta, y por lo tanto serán consideradas como cárteles: a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o, d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

La fundamentación del por qué prohibir de manera absoluta y automática este tipo de conductas se remonta a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en el que se señala que este tipo de conductas, consideradas como cárteles, son altamente nocivas para la competencia y los mercados, pues permiten a las empresas ejercer un poder de mercado que trae como consecuencia: la producción de menores cantidades de bienes o servicios ofrecidos, la subida de precios mayores a los que existirían en un entorno competitivo, ineficiencias productivas de las empresas y retrasos en la innovación por parte de las mismas, lo que en suma ocasiona una pérdida de bienestar para la sociedad.

Es en función a los efectos altamente negativos de las conductas de cártel que su persecución viene siendo una de las mayores prioridades, por no decir la mayor, en la labor de investigación, persecución y sanción del Indecopi. Este esfuerzo en erradicar y sancionar categóricamente los cárteles se fundamenta en que es ampliamente aceptado que constituyen las prácticas más condenables y graves entre todas las prácticas anticompetitivas. Así, la OECD ha enfatizado que *“los cárteles son la más flagrante violación de las normas de competencia y perjudican a los consumidores de muchos países al elevar los precios y restringir la oferta, haciendo así que los bienes y los servicios sean completamente inaccesibles a algunos compradores e innecesariamente caros para otros”*<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. OECD, 2019. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Ahora bien, un elemento importante a destacar sobre los cárteles es que estos suelen celebrarse de la manera más sofisticada y secreta posible. Esto se debe a que muchas veces los agentes que se involucran en estos acuerdos son conscientes de la fuerte persecución y sanción a la que se encuentran sujetos dichos acuerdos que están celebrando, por lo que buscarán llevarlos a cabo en la sombra y sin ser atrapados por la autoridad.

En esa línea, el Tribunal General de la Unión Europea ha señalado “(...) *que es habitual que las actividades que comportan las prácticas y acuerdos contrarios a la competencia se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un Estado tercero, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo*”<sup>14</sup>. Incluso, de acuerdo con la OECD, algunos de los principales cárteles detectados en el mundo habrían operado durante muchos años, incluso décadas, sobre todo en países donde no ha existido de forma activa una persecución de los cárteles, estimándose el daño medido en términos de afectación del comercio de entre 3% y 65%<sup>15</sup>.

### **2.3.1 El concepto de acuerdo colusorio**

#### **2.3.1.1 El acuerdo colusorio en la legislación comparada**

La presente investigación abordará las nociones del concepto de “acuerdo” anticompetitivo que recogen dos de las jurisdicciones más referentes en el derecho de la libre competencia; esto es, Estados Unidos y la Unión Europea.

---

<sup>14</sup> Asunto (T-439/07) Coats Holdings v. Commission, Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea del 27 de junio de 2012.

<sup>15</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OECD, Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws. OECD, 2002. <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf> (Traducido del inglés por el investigador).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En cuanto a la legislación estadounidense, la norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas es la Ley Sherman, o en su nombre en inglés: “*The Sherman Act*”. Esta ley fue aprobada por el Congreso de Estados Unidos en 1890 y nombrada por el Senador John Sherman de Ohio, quien fue presidente del comité de finanzas del Senado y Secretario del Tesoro bajo la presidencia de Rutherford B. Hayes<sup>16</sup>.

La Ley Sherman prohíbe en su artículo 1 “*todo contrato, combinación o conspiración para restringir el comercio*” y cualquier “*monopolización, intento de monopolización o conspiración o combinación para monopolizar*”<sup>17</sup>. De esta manera, se observa que la referida norma prohíbe efectivamente las conductas que involucren una concertación entre competidores que restrinjan la competencia en el mercado, en forma de contrato o conspiración.

Así, en cuanto al concepto de acuerdo, cierta parte de la jurisprudencia de las cortes estadounidenses lo han entendido en su estado más original como aquel “*contrato o conspiración que puede probarse mediante un convenio expreso*”<sup>18</sup>. Esta interpretación podría justificarse en la limitada redacción que ofrece el artículo 1 de la Ley Sherman al establecer las formas de concertación que estarían prohibidas, remitiéndose únicamente a la expresión más explícita y formal que podría existir para representar un acuerdo: un contrato. Sin embargo, como se ha explicado anteriormente en el presente trabajo, este tipo de manifestaciones de una conducta anticompetitiva no suele ser usual en la práctica,

---

<sup>16</sup> La web de OurDocuments.gov, acceso el 11 de enero de 2022, <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51>

<sup>17</sup> La web de Federal Trade Commission, acceso el 11 de enero de 2022, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>

<sup>18</sup> Caso *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 4 de diciembre de 1899).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

pues los agentes económicos cada vez buscan ocultar de mejor manera sus acciones ilícitas.

Sin perjuicio de la citada jurisprudencia, es importante resaltar que el concepto de “acuerdo” no se ha mantenido del todo estrecho en la jurisprudencia y doctrina estadounidense, pues a continuación se evidenciará que existe una interpretación más amplia respecto de la forma en la que se podría manifestar un acuerdo anticompetitivo, no limitándose a una meramente explícita.

Así, se ha establecido que un acuerdo que se encuentre en violación del artículo 1 de la Ley Sherman “*puede manifestarse en forma de un contrato escrito, un acuerdo de apretón de manos o **un llamado a la acción seguido de la acción solicitada***”<sup>19</sup> [Énfasis agregado]. Si bien los primeros ejemplos utilizados en la referida cita mencionan formas usuales de manifestación como un contrato o un apretón de manos, es importante hacer hincapié en el último ejemplo citado consistente en un “*llamado a la acción seguido de la acción solicitada*”. Esta última frase podría estar revelando una actuación independiente por parte de un agente competidor en el mercado, en la cual existe una expectativa por parte de este último de que sus rivales adopten el mismo actuar luego de observar su propio comportamiento en el mercado.

Lo anterior podría asimilarse, por ejemplo, a un escenario en el cual únicamente se estaría observando en el mercado actuaciones similares -como precios iguales- pero adoptadas de manera independiente por parte de los diferentes competidores. Sin perjuicio de la definición y análisis que posteriormente se realizará sobre el paralelismo de precios en la

---

<sup>19</sup> Caso Palmer v. BRG of Georgia, Inc., 498 U.S. 46, 49 (1990), (Corte Suprema de los Estados Unidos, 26 de noviembre de 1990).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

presente investigación, resulta importante cuestionarse entonces si es que la jurisprudencia de Estados Unidos comprende una interpretación tan amplia, como la descrita, para configurar una concertación en modo de acuerdo.

La respuesta a dicho cuestionamiento es negativa, pues la jurisprudencia norteamericana ha señalado que la configuración de una concertación no puede implicar la existencia de una actuación unilateral únicamente, ya que *“el hecho de que un competidor opte de forma independiente por copiar las acciones de otro no es suficiente para probar un acuerdo”*<sup>20</sup>. De esta manera, la jurisprudencia alude a la exigencia probatoria para determinar la existencia de un “acuerdo” anticompetitivo prohibido por la Ley Sherman, señalando que este acuerdo no podría probarse únicamente a través de una mera coincidencia de acciones que podrían haber sido adoptadas de manera independiente en el mercado.

Lo anterior no significa de modo alguno que la presencia de este tipo de acciones no pueda ser presentadas como prueba de la existencia de un acuerdo anticompetitivo. En efecto, *“las acusaciones sobre una concertación por parte de empresas competidoras con frecuencia se basan en un ‘paralelismo consciente’, un patrón de conducta comercial uniforme”*<sup>21</sup>. Por el contrario, la postura de los jueces en esta materia radica en que un acuerdo anticompetitivo no puede entenderse ni configurarse únicamente como una actuación independiente en el mercado, toda vez que *“el paralelismo consciente por sí solo no es suficiente para probar una conspiración”*<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Caso *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F.2d 478, 484-85 (1st Cir. 1988), (Corte de Apelaciones de Estados Unidos, 30 de junio de 1988).

<sup>21</sup> Caso *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537, 541 (1954), (Corte Suprema de los Estados Unidos, 4 de enero de 1954)

<sup>22</sup> *Ibidem*.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En ese sentido, es importante resaltar que la posición de los jueces respecto de la interpretación de un acuerdo colusorio y el estándar probatorio para determinar su existencia se resume en el elemento de concertación. En particular, la jurisprudencia ha determinado que *“Para inferir un contrato, combinación o conspiración, la inferencia de una acción concertada debe ser más probable a partir de la evidencia que la inferencia de una acción independiente”*<sup>23</sup>. Así, para lo jueces que se han pronunciado sobre esta materia, es fundamental probar la existencia de una evidencia que sea capaz de demostrar el elemento esencial de concertación o conspiración que se requiere para configurar un acuerdo colusorio prohibido por la Ley Sherman.

Lo anteriormente señalado encuentra sustento en el caso *American Tobacco Co. v. United States*, en el que la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que para configurar una conspiración ilegal no es necesario probar un acuerdo formal, sino demostrar que los conspiradores tuvieron una **unidad de propósito, un entendimiento común o un encuentro de mentes**<sup>24</sup> [Énfasis agregado]. Sin embargo, en la práctica, la jurisprudencia en esta jurisdicción también evidencia que probar dicho elemento de concertación consciente suele requerir un estándar probatorio alto.

Por ejemplo, un caso importante en la jurisprudencia norteamericana sobre el concepto y estándar de prueba del concepto de “acuerdo” anticompetitivo se puede encontrar en el

---

<sup>23</sup> Caso *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 588 (1986), (Corte Suprema de los Estados Unidos, 26 de marzo de 1986).

<sup>24</sup> Caso *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946), (Corte Suprema de los Estados Unidos, 10 de junio de 1946). En William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx & Halbert L. White, *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*, *Michigan Law Review* 110, no. 393, (2011): 400. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol110/iss3/1>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

caso GE Westinghouse<sup>25</sup>. En mayo de 1963, la empresa General Electric Company, también conocida como GE, anunció una nueva política de precios de los generadores de turbina que esta empresa vendía, consistente en presentar de manera pública y simplificada las fórmulas que la empresa utilizaba para fijar la lista de precios que ofertaba en la venta de los generadores de turbina, tanto ventas actuales como para todas las transacciones futuras, además de implementar una política para no otorgar descuentos. Esto permitió a GE realizar cambios rápidos en sus precios de lista, sin la complejidad inherente a la impresión de una lista de precios completamente nueva.

Sin embargo, las consecuencias de esta nueva política de precios adoptada por GE se reflejaron en problemas de restricción a la competencia. En efecto, este nuevo sistema público y simplificado permitiría que los competidores de GE, como la empresa Westinghouse, conozcan con exactitud a qué precios GE lanzaría sus ofertas para vender los generadores de turbina, y, por lo tanto, sería más fácil igualar el precio de GE, si así sus competidores lo decidieran. En efecto, en 1964 Westinghouse publicó su propia lista de precios con las mismas características que tenía la política comercial de GE, incluido la política de no otorgar descuentos. Como resultado del seguimiento que Westinghouse realizó a GE, la autoridad de competencia en Estados Unidos observó en el mercado un patrón de precios idénticos sin descuentos.

Este caso resultó particularmente complejo, en tanto se trató de un paralelismo de precios, el cual se caracterizó por la gran ausencia de evidencia de alguna comunicación o reunión entre las empresas competidoras. Sin embargo, las autoridades a cargo de la investigación

---

<sup>25</sup> George A. Hay, "The Meaning of "Agreement under the Sherman Act: Thoughts from the Facilitating Practices Experience". Cornell Law Faculty Publications 1146 (2000)  
<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1146>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

del caso reconocían que existía una clara intención anticompetitiva en aquellas políticas comerciales de GE y Westinghouse, consistente en replicar sus precios para restringir la competencia entre ellas en el mercado, considerando además la publicidad de las fórmulas comerciales. Por ello, las autoridades se esforzaron para encontrar la forma más viable para presentar el *modus operandi* de las empresas como un acuerdo anticompetitivo.

Así, en palabras de George A. Hay, quien se desempeñó como Director de la Oficina de Política Económica del Departamento de Justicia en su momento investigando dicho caso, narró los siguientes hechos:

*“No hubo evidencia de ninguna comunicación o acuerdo formal entre GE y Westing House, aunque estábamos convencidos de que el objetivo principal de la nueva política era eliminar la competencia de precios. Nuestra forma de expresar lo que había sucedido era decir, en esencia, que la adopción independiente pero paralela de la nueva política por parte de GE y Westinghouse había provocado un ‘encuentro de mentes’ [meeting of minds] y facilitado la eliminación de la competencia de precios (...)”<sup>26</sup>.*

Ante tal difícil escenario, George A. Hay explicó que la autoridad decidió afirmar simplemente, en su acusación, que las acciones específicas tomadas, junto con la intención de eliminar la competencia de precios, constituían un acuerdo ilegal prohibido por el artículo 1 de la Ley Sherman<sup>27</sup>. No obstante, la interpretación sobre si aquel comportamiento voluntario y paralelo en el mercado podría comprenderse dentro de la noción de un acuerdo anticompetitivo nunca fue materia de pronunciamiento por los

---

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p.115.

<sup>27</sup> *Ibíd.*

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

jueces, toda vez que este caso fue concluido mediante una transacción entre las partes y la autoridad, sin ningún pronunciamiento de fondo<sup>28</sup>.

En la legislación de la Unión Europea en materia de libre competencia, el Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea regula en el Capítulo 1 del Título VII sobre las Normas Comunes sobre Competencia, Fiscalidad y Proximación de las Legislaciones las normas referidas a la protección de la libre competencia en el mercado europeo.

En particular, el artículo 101 del mencionado Capítulo establece lo siguiente:

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

*a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*

*b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*

*c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*

*d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*

---

<sup>28</sup> *Ibidem.*

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”<sup>29</sup>.*

Al respecto, se observa que la referida legislación europea contempla como una infracción todos los acuerdos anticompetitivos que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado europeo.

Respecto de la noción o interpretación que se le atribuye a un acuerdo anticompetitivo, es conveniente en primer lugar recurrir al diccionario que la revista especializada en el derecho europeo de la libre competencia -Concurrences Review- ha elaborado mediante la contribución de distintos especialistas del continente europeo. Así, la revista establece que el término “acuerdo” o “*agreement*” en idioma inglés, se refiere a:

*“un arreglo explícito o implícito entre empresas que normalmente compiten entre sí para su beneficio mutuo (...). Se puede llegar a acuerdos de manera formal extensa, y sus términos y condiciones están explícitamente escritos por las partes involucradas; o pueden ser implícitos, y sus límites, sin embargo, se entienden y observan por convención entre los diferentes miembros”<sup>30</sup>.*

Sobre el particular, se observa que, para los especialistas en la materia, los acuerdos pueden adoptar, por un lado, una forma explícita e incluso literal si es que los competidores involucrados deciden redactar el arreglo al que han llegado; sin embargo, este tipo de acuerdos explícitos, como se ha mencionado, no suele ser la opción más

---

<sup>29</sup> Ley 2008/C 115/01, de 9 de mayo de 2008, del Tratado de la Unión Europea y del Tratado del funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>30</sup> La web de *Concurrences*, acceso el 22 de enero de 2022,

<https://www.concurrences.com/en/dictionary/agreement-notion-en#references>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

preferida por aquellos que desean coludirse. Por ello, otra forma de manifestar un acuerdo, según la definición de la revista *Concurrences*, es de manera implícita y en la cual los competidores se comportarán en el mercado en función a los términos que entre ellos han convenido.

No obstante, la jurisprudencia europea en esta materia ha precisado que si bien un acuerdo anticompetitivo puede manifestarse ya sea de manera explícita o implícita, este debe cumplir con poseer un elemento esencial: la concordancia de voluntades. Así, el Tribunal de Justicia la Unión Europea (en adelante, el TJUE), última y suprema instancia jurisdiccional del ámbito comunitario europeo, señaló que la existencia de un acuerdo entre empresas:

*“debe basarse en la constatación directa o indirecta del elemento subjetivo que caracteriza el propio concepto de acuerdo, es decir, de **una concordancia de voluntades** entre operadores económicos sobre la aplicación de una política, la búsqueda de un objetivo o **la adopción de un comportamiento determinado en el mercado, independientemente de la forma en que se expresa** la voluntad de las partes de comportarse en el mercado conforme a los términos de dicho acuerdo”<sup>31</sup>. [Énfasis agregado]*

Esta interpretación es confirmada en el caso seguido por la Comisión vs. Anic Partecipazioni, en donde el TJUE señaló que “(...) *para que exista un acuerdo a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado [Ahora artículo 101], basta con que las*

---

<sup>31</sup> Asunto T-41/96, Bayer AG v Comisión, ECR II-3383, 173. (Tribunal de Primera Instancia, Sala Quinta ampliada, 26 de octubre de 2000).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*empresas de que se trate hayan **expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado***<sup>32</sup>. [Énfasis agregado]

En ese sentido, la posición del TJUE respecto de la configuración de un acuerdo anticompetitivo consiste en acreditar que los agentes económicos involucrados hayan manifestado de alguna forma y en algún momento su voluntad común de actuar de determinada manera restringiendo la competencia en el mercado. Ello de manera independiente a la forma en la que manifiestan dicho acuerdo; ya sea explícita o implícitamente. Sin embargo, es importante cuestionar cuál será la interpretación que realice el TJUE sobre la mejor forma en la que se evidencie dicha voluntad común.

En el derecho de la libre competencia, un “acuerdo de caballeros” suele referirse a aquel arreglo al que llegan los representantes de las empresas competidoras, por ejemplo, los gerentes generales, de una manera más informal, ya sea por reuniones clandestinas o llamadas telefónicas. Así, en la jurisprudencia europea, un “acuerdo de caballeros” se ha representado como “*un acuerdo celebrado verbalmente*”, cuya evidencia se basa en las distintas reuniones a la que estos caballeros han podido asistir<sup>33</sup>.

Considerando la noción de un “acuerdo de caballeros”, es importante resaltar que a pesar de que este acuerdo es uno que se ha llevado a cabo de manera informal y hasta oral, ello no impide a las autoridades a catalogarlo como un acuerdo anticompetitivo. Por ejemplo, en la sentencia del 6 de abril de 1995 en el caso *Tréfileurope Sales SARL v la Comisión*,

---

<sup>32</sup> Asunto C-49/92 P, *Comisión v Anic Participazioni SpA* (Tribunal de Justicia, Sala Sexta, de 8 de julio de 1999).

<sup>33</sup> Asunto C-373/14 P, *Toshiba Corporation v Comisión Europea* (Opinión del abogado general Melchior Wathelet presentadas el 25 de junio de 2015).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

el TJUE señaló que un “acuerdo de caballeros” representaba una fiel expresión de la voluntad común de los infractores sobre su comportamiento en el mercado europeo<sup>34</sup>.

En ese sentido, es posible concluir que en el derecho de libre competencia europeo, los acuerdos anticompetitivos deben reflejar una voluntad común de actuar concertadamente, para lo cual necesariamente las partes competidoras involucradas han tenido que llegar a un arreglo y coordinación entre ellos para saber cómo actuar en el mercado, siendo irrelevante la forma en la que exteriorizarán dicho acuerdo: explícita o implícitamente.

### **2.3.1.2 El concepto de acuerdo colusorio en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

La LRCA hace referencia a diversas formas de materializar una práctica colusoria horizontal (acuerdos, prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones); sin embargo, a efectos del presente análisis, se dirigirá especial atención a los acuerdos y las prácticas concertadas.

En principio, es importante partir indicando que tanto los acuerdos anticompetitivos como todas aquellas prácticas horizontales tipificadas como infracciones en la LRCA se encuentran prohibidas debido a que aquellos agentes que las cometen deciden renunciar a competir en el mercado y actuar autónomamente, a fin de conseguir excedentes ilícitos que no habrían podido conseguir en un escenario competitivo. Así, según Eduardo Galan, las prácticas colusorias horizontales “(...) *sustituyen la actuación autónoma en el mercado tratando de obtener el éxito económico en base a la bondad de sus prestaciones,*

---

<sup>34</sup> Asunto T-141/89, Tréfileurope Sales SARL v Comisión (Tribunal de Justicia del 6 de abril de 1995).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*por una actuación coordinada en la que los incentivos para la captación de clientes se ven reducidos, en perjuicio de éstos y de la eficiencia del sistema en general*<sup>35</sup>.

Asimismo, un aspecto importante a señalar sobre las prácticas colusorias horizontales consiste en la actuación coordinada entre los agentes competidores justamente para restringir la competencia entre ellos. Por ejemplo, Tommy Deza afirma que “*Todo cártel, práctica colusoria o concertación involucra un **acuerdo, coordinación** o conspiración entre agentes económicos para no competir en un mercado determinado*”<sup>36</sup>. [Énfasis agregado]

De esta manera, se debe tener en cuenta que cualquier modalidad de práctica colusoria horizontal, implica la existencia necesaria de un acercamiento o coordinación previa entre los competidores, en la cual se determine el objetivo común de no competir y colaborar entre ellos para lograr dicho objetivo.

Por ejemplo, mediante la Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI<sup>37</sup>, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (la Comisión) señaló que “*el punto más importante para determinar la participación de un agente en este tipo de conductas es acreditar (...) que el agente imputado modificó su actuar independiente por **un comportamiento de colaboración***”<sup>38</sup> [Énfasis agregado]. De esta manera, es posible

---

<sup>35</sup> Eduardo Galán, “Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general”. En Tommy Deza, “Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea”. Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual 5, no. 9 (2009). <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/63/61>

<sup>36</sup> Tommy Deza, “Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea”. Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual 5, no. 9 (2009): 34. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/63/61>

<sup>37</sup> Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI (Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 31 de diciembre de 2018).

<sup>38</sup> *Ibidem*.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

observar que para el Indecopi como autoridad de competencia peruana, el elemento esencial en una actuación concertada, como por ejemplo un acuerdo, es la colaboración que se debe dar un competidor con el otro para precisamente lograr el comportamiento concertado. No obstante, cabe señalar que el Indecopi no ha definido cómo es que se debe demostrar esta exigencia de colaboración entre las partes, o cuando dicho requerimiento se tendrá por satisfecho; ya sea a través de comunicaciones, evidencia de reuniones o de comportamientos sospechosos en el mercado.

Ahora bien, en cuanto a la definición de acuerdo, en la jurisprudencia citada en el párrafo anterior la Comisión definió dicho concepto como *“todo concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes realizan una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia”*<sup>39</sup>. Asimismo, en la Resolución 224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003, el Tribunal de Defensa de la Competencia -la máxima instancia administrativa en materia de libre competencia- consideró que: *“(...) la palabra ‘acuerdo’ no se refiere exclusivamente a contratos como fuente de obligaciones, sino más bien a todo un género de actos en los que una de las partes se obliga a limitar su libertad de acción respecto a la otra, con la finalidad última de restringir la competencia (...)*<sup>40</sup>.

En atención a dichas definiciones que ha realizado la jurisprudencia peruana sobre el concepto de acuerdo en la LRCA, es posible concluir que este tipo de conducta no se distancia de aquella prevista en las legislaciones comparadas de Estados Unidos y Europa. En efecto, la autoridad administrativa también señala que un acuerdo implica la existencia

---

<sup>39</sup> *Ibíd.*

<sup>40</sup> Resolución 224-2003/TDC-INDECOPI, referido al caso seguido de oficio contra diversas empresas aseguradoras por la concertación en el precio del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, (Tribunal de Defensa de la Competencia, 16 de junio de 2003).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

de un concierto de voluntades para actuar coordinadamente y cumplir con el objetivo de restringir la competencia en el mercado.

No obstante, se hace también hincapié que dicho acuerdo podrá manifestarse en diversas formas, no exclusivamente de manera explícita y formal, como lo podría ser un contrato o un documento redactado literalmente. Por el contrario, la jurisprudencia peruana precisa que el concepto de acuerdo se extiende mucho más allá para incluir a toda una serie de actos no tan explícitos, siendo suficiente acreditar que los competidores limiten su comportamiento en función al del otro competidor para evitar competir entre ellos.

Al respecto, si bien según la jurisprudencia citada un acuerdo podría configurarse cuando *“una de las partes se obliga a limitar su libertad de acción respecto a la otra”*, ello no significa que una actuación concertada, como un acuerdo, pueda representarse únicamente en una actuación meramente unilateral en el mercado, como lo podría ser un paralelismo de precios. Así lo ha confirmado el Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución 048-2008/TDC-INDECOPI del 16 de enero de 2008, en la cual señaló que un comportamiento de igualdad de precios por parte de distintos competidores en el mercado, como un paralelismo de precios, puede servir como un indicio importante de una concertación, pero siempre será necesario acreditar además un aspecto muy importante: *“[...] la existencia de una actuación consciente y conjunta destinada a limitar la competencia”*<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Resolución 048-2008/TDC-INDECOPI (Tribunal de Defensa de la Competencia, 16 de enero de 2008, p. 42) En Tommy Deza, “Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea”

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Por lo tanto, es posible concluir que únicamente se estará frente a la configuración de un acuerdo colusorio cuando se evidencia que las partes que lo conforman han revelado efectivamente una conciencia y voluntad de actuar coordinadamente con su otro competidor.

### **2.3.1.3 El concepto de practica concertada en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Ahora bien, como se ha explicado anteriormente, las prácticas colusorias horizontales tipificadas en la LRCA consisten no solamente en acuerdos, sino también en recomendaciones, decisiones y prácticas concertadas. En la presente investigación, es necesario abordar también la noción de prácticas concertadas, pues constituye una tipificación que se asemeja en cierto grado con los acuerdos colusorios. La diferencia entre estos dos tipos de infracciones será relevante para el análisis de la problemática que se desarrollará en la presente investigación.

La diferencia entre acuerdo y práctica concertada encuentra su explicación en la forma en cómo los agentes competidores partícipes de una práctica colusoria horizontal de fijación de precios deciden finalmente plasmar el acuerdo al que han llegado. Idealmente, los representantes de las empresas que forman parte de un acuerdo de fijación de precios podrían efectivamente materializar el acuerdo al que han llegado mediante actas, contratos, pactos, convenios u otras formas que constaten de manera explícita su voluntad de vincularse al acuerdo ilícito<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Eduardo Quintana, “Prácticas Concertadas entre competidores y estándar de prueba requerido” *Revista Círculo de Derecho Administrativo* 10 (2011): 15:45.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

A estos acuerdos incluso la doctrina les ha atribuido un carácter jurídicamente vinculante, pues su naturaleza manifiestamente explícita llega a generar una suerte de obligatoriedad en los competidores que firmaron dicho acuerdo por cumplir su palabra pactada<sup>43</sup>. Los acuerdos definidos bajo este concepto se les conoce como pruebas “directas”, pues de ellos se pueden evidenciar claramente la voluntad de coludirse en perjuicio de la libre competencia y de los consumidores. Por lo tanto, cuando la Secretaría Técnica de la Comisión encuentre en sus actividades de investigación determinados escritos o medios contundentes en los que se desprenda explícitamente un acuerdo de precios entre los competidores identificados, su alcance y objetivo, entonces será allí que la referida autoridad tendrá la gran prueba de una conducta colusoria.

Sin embargo, se sabe que mientras más transcurre el tiempo, los acuerdos colusorios se vuelven cada vez más sofisticados, a fin de dificultar su detección por parte de la autoridad de competencia. Así, los colusores podrían optar por tomar medidas que no evidencien expresamente el acuerdo al que han llegado, esto es, no querrán redactar un contrato o acta de manera explícita, sino que, por el contrario, decidirán incurrir en determinadas prácticas sigilosas que no lleguen a concretizarse en un acuerdo formalmente dicho. Es así como surge la teoría de las prácticas concertadas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha definido las prácticas concertadas como:

*“Una forma de coordinación entre agentes económicos en el cual, sin que un acuerdo formal haya sido necesariamente concluido entre ellos, existe un nivel de cooperación práctica entre ellos que sustituye conscientemente los riesgos inherentes al proceso*

---

<sup>43</sup> Eduardo Galán. *Acuerdos Restrictivos de la Competencia* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1977), 133.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*competitivo”<sup>44</sup>, y que “por su propia naturaleza la práctica concertada no reúne todos los elementos de un acuerdo, pero puede ser el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes”<sup>45</sup>.*

En la jurisprudencia peruana, el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi ha señalado mediante la Resolución 048-2008/TDC-INDECOPI del 16 de enero de 2008, que una práctica concertada *“se manifiesta a través de un comportamiento de las empresas que no tiene que ser necesariamente coincidente o idéntico, pero que sí es coordinado, pues es fruto o consecuencia de una deliberada voluntad de eliminar los riesgos de la competencia mediante alguna forma de colaboración”<sup>46</sup>.*

En virtud de tal jurisprudencia, se puede concluir que las prácticas concertadas refieren a una conducta coordinada en específico, cuya ilicitud no llega a evidenciarse de manera explícita por parte de los competidores, pues estos deciden adoptar determinados comportamientos que evidencian una unión de voluntades sin dejar huella alguna. Es por ello que estas prácticas no pueden ser juzgadas mediante pruebas directas.

No obstante, se debe precisar que aun cuando este tipo de prácticas se caracterice por no dejar rastro de la concertación, ello no significa en lo absoluto que será imposible su probanza. Por el contrario, se debe siempre tener en cuenta que en las prácticas concertadas mantienen, al igual que la figura del acuerdo, el elemento de concertación de voluntades entre los competidores.

---

<sup>44</sup> Asunto 48/69, Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972. Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comisión de las Comunidades Europeas, párrafo 64.

<sup>45</sup> Asunto 48/69, Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972. Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comisión de las Comunidades Europeas, párrafo 65.

<sup>46</sup> Resolución 048-2008/TDC-INDECOPI (Tribunal de Defensa de la Competencia, 16 de enero de 2008, p. 42) En Tommy Deza, “Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea”.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Lo anterior encuentra sustento en la postura de Tommy Deza, quien señala que “*las prácticas concertadas exigen cierto grado de comunicación (v.g., intercambio de información) y coordinación entre las empresas que tienen la intención de ajustar sus estrategias y comportamientos recíprocamente con el fin de maximizar sus utilidades, sin que se trate propiamente de un acuerdo entre empresas*”<sup>47</sup>. En ese sentido, es posible concluir que si bien en este tipo de prácticas concertadas, los competidores formalmente no han materializado su voluntad de actuar ilícitamente mediante pruebas directas, sí deben haber llevado a cabo determinadas acciones o comunicaciones entre ellos que revelen precisamente dicha concertación.

Al respecto, el Derecho de la Libre Competencia sí contempla un estándar de prueba para demostrar la existencia de una práctica concertada: la evidencia material y la evidencia económica<sup>48</sup>. La primera de ellas se refiere a la evidencia materializada en cualquier tipo de documentos físicos o correos electrónicos que revelen la existencia de una comunicación consciente por parte de las empresas relacionada al acuerdo anticompetitivo al que habrían llegado. Así, tal como se mencionó líneas atrás, necesariamente debe existir una comunicación entre los competidores que forman parte del acuerdo en la que se demuestre la intención de las empresas de reducir la competencia entre ellas. Dicha prueba es fundamental para demostrar en gran medida el elemento objetivo de concertación que se necesita probar para configurar una conducta colusoria.

Este tipo de comunicaciones indirectas entre los competidores puede plasmarse, por ejemplo, en el intercambio de correos electrónicos en los que se evidencie un intercambio

---

<sup>47</sup> Tommy Deza, “Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea”, 46.

<sup>48</sup> Aldo González, “Prácticas Colusivas” en *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago de Chile: Thomson Reuters Puntolex, 2011), 148-149.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

de información altamente sensible entre los representantes de cada empresa que forma el acuerdo, tales como política de precios, estructura de costos, lanzamiento de promociones o descuentos, entre otros, o inclusive que hagan referencia a la existencia de reuniones entre los competidores.

De acuerdo con el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi, este tipo de comunicaciones son usualmente utilizadas como evidencia de la concertación, mediante las cuales es “posible evidenciar un acercamiento entre las empresas investigadas, lo cual sería un elemento que – conjuntamente con otras circunstancias concomitantes - podría permitir constatar la existencia de algún acuerdo”<sup>49</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, debido a la propia naturaleza de las prácticas concertadas, a la autoridad de competencia no le bastará demostrar únicamente una comunicación sobre información sensible entre los competidores o posibles reuniones colusorias, sino que se deberá probar un elemento adicional; esto es, la evidencia económica.

Un ejemplo usualmente utilizado de evidencia económica en casos de concertación es el paralelismo de precios, el cual hace referencia a “*la existencia de una actuación similar entre empresas competidoras, lo cual puede reflejarse, por ejemplo, a través de una evolución idéntica de precios o de decisiones similares entre competidores*”<sup>50</sup>. De esta manera, ante un escenario de paralelismo de precios, la autoridad de competencia, como el Indecopi, deberá identificar que existe un periodo de tiempo en el cual las empresas

---

<sup>49</sup> Resolución 068-2018/SDC-INDECOPI, referido a la comisión de una práctica colusoria horizontal por parte de 31 centros de hemodiálisis, en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial de determinados concursos públicos convocados por ESSALUD, para la prestación de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012 (Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 26 de marzo de 2018).

<sup>50</sup> *Ibidem*.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

investigadas mantuvieron una misma política de precios, es decir, incrementaron sus precios de manera paralela o coordinada entre ellos.

Por lo tanto, siguiendo lo expuesto por los estudiosos Faull y Nikpay<sup>51</sup>, se puede concluir que para que la agencia de competencia puede efectivamente acreditar la existencia de una práctica concertada en la modalidad de fijación de precios, y consecuentemente investigarla y sancionarla si así corresponde, debe demostrar tres elementos esenciales: 1) Necesariamente se debe evidenciar el intercambio de una comunicación entre los competidores, 2) necesariamente dicha comunicación debe evidenciar el propósito de los competidores de compartirse información sensible sobre su política de precios y a eliminar la competencia entre ellos mediante dicha cooperación, y 3) necesariamente la autoridad de competencia deberá acreditar el fenómeno de paralelismo de precios que termine por dotar de sentido a la práctica concertada y refleje la naturaleza anticompetitiva de tal intercambio de información. La unión de estos tres elementos serán indicios suficientes para demostrar que efectivamente existe el elemento objetivo de concertación que se necesita para investigar y sancionar una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios.

Como se ha podido observar en las secciones anteriores del presente trabajo, un acuerdo colusorio implica la existencia de una voluntad y coordinación común entre dos o más agentes en el mercado que han sido exteriorizadas con el objeto o efecto de restringir la competencia. A fin de lograr dicho resultado, este acuerdo puede ser materializado en alguna prueba físicamente visible, como un convenio, o puede plasmarse en un

---

<sup>51</sup> Jonathan Faull y Ali Nikpay, “*The EU Law of Competition*” (Oxford: Oxford University Press, 2014), 220.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

intercambio de correos electrónicos o incluso en reuniones presenciales entre los miembros del acuerdo anticompetitivo. Debido a ello, cuando la autoridad de competencia se encuentra en la fase de investigación de una posible conducta anticompetitiva de naturaleza horizontal, gracias a sus amplias facultades inspectivas, puede lograr tener acceso a diferentes pruebas directas que permiten contribuir a la investigación y posterior descubrimiento de un acuerdo horizontal anticompetitivo.

Sin embargo, esta situación no siempre podría darse. Por el contrario, debido a que los agentes en el mercado reconocen que los acuerdos colusorios horizontales son los más perseguidos por la autoridad de competencia, podrían esforzarse en sofisticar sus medios de colusión e implementar sus acuerdos sin ningún tipo de prueba o indicio directo. Así surge el concepto de colusión tácita.

## **2.4 El concepto de colusión tácita**

De acuerdo con Araya, “*en contraste con los típicos carteles ilegales, la colusión tácita carece de mecanismos de coordinación explícita o intercambios e información*”<sup>52</sup>. ¿Cómo entonces es posible que dos o más empresas en un mercado puedan llevar a cabo un acuerdo colusorio anticompetitivo sin haber podido coordinar adecuadamente entre ellas?

A fin de responder dicha cuestión, es importante partir explicando que la existencia y ejecución de colusiones tácitas va a depender en gran medida del tipo de mercado en el que operen los agentes, pues es vital que se trate de un mercado capaz de facilitar el

---

<sup>52</sup> Fernando Araya, “La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta en ausencia de prueba directa. Una reflexión sobre colusión tácita, “acuerdos tácitos” y “prácticas concertadas”. Corte Suprema, 29 de enero de 2015, Rol 19806-2014”. Revista Chilena de Derecho Privado, 24 (2015): 233-250.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

intercambio de información. Este intercambio es determinante porque permite que las empresas involucradas en la colusión tácita puedan coordinar entre ellas mediante su comportamiento en el mercado, incluyendo señales sobre precios actuales o anuncios de precios futuros, gracias a la facilitación del intercambio de información que permite el mercado<sup>53</sup>.

#### **2.4.1 Los mercados oligopólicos y la interdependencia oligopólica entre los competidores**

En efecto, según Whish y Bailey, existen mercados altamente concentrados y transparentes en donde las empresas, al tomar conocimiento de que sus acciones causan un impacto significativo sobre sus competidores, pueden estratégicamente fijar precios a un nivel supracompetitivo, sin comunicarse realmente<sup>54</sup>. Este escenario es lo que sucede en los mercados oligopólicos.

El oligopolio se define como “*una estructura de mercado con un número reducido de vendedores, lo suficientemente pequeño como para requerir que cada vendedor tome en cuenta las acciones actuales de sus rivales y las probables respuestas futuras a sus acciones*”<sup>55</sup>. Asimismo, los mercados oligopólicos se caracterizan por poseer un alto nivel de concentración, una similitud de productos y una transparencia de mercado significativa, lo que significa que la conciencia de la presencia de los demás aumenta

---

<sup>53</sup> Aldo González, “Prácticas Colusivas” en *La Libre Competencia en el Chile Bicentenario*. (Chile: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011), 143-162.

<sup>54</sup> Richard Whish y David Bailey. *Competition Law*. (Londres: Oxford Press University, 2012).

<sup>55</sup> Kip Viscusi et al., *Economics of Regulation and Antitrust*. (Cambridge: MIT Press Second Edition, 1998), 97.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

automáticamente y hay una reacción al comportamiento como respuesta a las circunstancias del mercado<sup>56</sup>.

Debido a los pocos competidores que existen en los mercados oligopólicos, cada uno toma en cuenta el comportamiento de sus rivales, lo cual podría desencadenar que se alcance en el mercado un mismo precio monopolístico a través de una toma de decisiones unilaterales y racionales por parte de cada empresa. Así, de acuerdo con Thomas E. Kauper, en los mercados oligopólicos la evaluación que hacen los competidores sobre las reacciones de sus rivales para tomar decisiones en sus políticas de precios se describe como una relación "interdependiente"<sup>57</sup>. En ese sentido, la “interdependencia oligopolística” en este tipo de mercados explica que el precio que fije un competidor en un mercado oligopólico tendrá una influencia directa en los precios de los demás competidores, teniendo en cuenta que son pocos en cantidad<sup>58</sup>.

Bajo ese escenario, los mercados oligopólicos se caracterizan por facilitar una gran transparencia de información sensible correspondiente a los agentes que compiten en el mercado, permitiéndoles observar con gran facilidad los precios de sus competidores en el mercado y así, conducir a coordinar su comportamiento en el mercado respecto de sus precios<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Michael Zymler, “Tacit Collusion: A Solution in Search of a Problem”. SSRN Electronic Journal (2010). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1751545](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751545)

<sup>57</sup> Thomas E. Kauper, “Antitrust Law: An Economic Perspective by Richard A. Posner”. Michigan Law Review 75, no. 4 (1977): 783. <http://www.jstor.org/stable/1287914?origin=JSTOR-pdf>

<sup>58</sup> Fernando Araya, “El problema del oligopolio y los efectos coordinados. Corte Suprema, 2 de enero de 2013, rol 3993-2012”. Revista Chilena de Derecho Privado, 20, (2013): 271-284.

<sup>59</sup> Eduardo Quintana, “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real? *Themis* 51 (2005): 179-204.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En efecto, de conformidad con Jaime Castro Maya, debido a la relación interdependiente que existe entre los precios que fijan los competidores en el mercado, es posible que cada uno de ellos “*termine cobrando un precio que eleve sus ganancias a un nivel supracompetitivo sin siquiera llegar a un acuerdo o tener algún tipo de comunicación explícita*”<sup>60</sup>. [Énfasis agregado]

Este último escenario que podría conllevar a generarse entre los competidores en un oligopolio es sumamente importante destacar, pues existe la posibilidad de que las empresas puedan coincidir al fijar sus precios a niveles anticompetitivos de manera unilateral y racional. Todo ello, sin ejecutar ningún tipo de acuerdo o coordinación previa entre los competidores, ya que únicamente se estarían basando en la natural relación de interdependencia y transparencia que existe en los mercados oligopólicos. Así, Nicola Petit señala que “*bajo ciertas condiciones, los oligopolistas pueden coordinar sus precios (y/o cualquier otra variable) y lograr conjuntamente ganancias supracompetitivas a expensas del bienestar del consumidor, sin embargo, sin entrar en ningún arreglo institucional*”<sup>61</sup>.

La preocupación que se genera respecto de esta relación de interdependencia y la posibilidad de desplegar resultados similares a una concertación de precios consiste en la imposibilidad de poder sancionar dicho comportamiento bajo las leyes de libre competencia. Por ejemplo, las autoridades europeas han indicado que, efectivamente, las empresas oligopólicas que operan en estos mercados pueden tener la posibilidad de

---

<sup>60</sup> Jaime Castro, “The Limitations on the Punishability of Tacit Collusion in EU Competition Law”. Revista Derecho Competencia 13, no. 13 (2017): 203. <https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/03/7-castro-195-2401.pdf>

<sup>61</sup> Nicolas Petit, “The oligopoly problem in EU competition law” en Handbook in European Competition. (Cheltenham: Edward Elgar, 2013). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1999829](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999829)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

comportarse de manera paralela, sin celebrar explícitamente un acuerdo o práctica concertada prohibida por el Artículo 101 de la ley de competencia europea<sup>62</sup>; esto es, la prohibición de las prácticas colusorias horizontales.

Sin embargo, esta preocupación encuentra posturas a favor y en contra. Por ejemplo, Thomas E. Kauper sostiene que las decisiones que toman los competidores en un mercado oligopólicos son unilaterales y económicamente racionales, por lo que las leyes de competencia no deben utilizarse para atacar dicha fijación de precios. Así, señala que si bien el resultado puede ser el mismo que el de una colusión manifiesta, de igual modo no tendría sentido castigar tal conducta, ya que no es posible exigir a las empresas que no consideren las reacciones de los rivales<sup>63</sup>.

Por otro lado, bajo una postura contraria, William F. Baxter sostiene que, en efecto, las características de los mercados oligopólicos permiten a las empresas que en ellos compiten que estén intercambiando mensajes continuamente, por lo que si persiste una divergencia precio-costo, solo puede ser porque, a través de esos mensajes, han llegado a un acuerdo<sup>64</sup>.

Sobre esta contradicción en posturas, es importante señalar que, si bien no es posible afirmar certeramente que los mercados oligopólicos se producirán colusiones de precios encubiertas, según George O'Malley este tipo de mercados sí se presentan como “el caldo

---

<sup>62</sup> Comisión Europea, “Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the impact assessment of the new competition tool”, Impact Assessment for a possible New Competition Tool (2021). [https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-03/summary\\_contributions\\_NCAs\\_responses.pdf](https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-03/summary_contributions_NCAs_responses.pdf) <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2>

<sup>63</sup> Kauper, “Antitrust Law: An Economic Perspective by Richard A. Posner”, 783.

<sup>64</sup> William F. Baxter, “Posner's Antitrust Law: An Economic Perspective”. *The Bell Journal of Economics* 8, no. 2 (1977): 612. <http://www.jstor.org/stable/3003310>.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

de cultivo natural” para que se produzca una colusión tácita. A esto se le conoce como el “problema del oligopolio”<sup>65</sup>.

El “problema del oligopolio” es una expresión atribuida a Richard Posner -el reconocido juez en la Corte de Apelaciones del séptimo circuito de Estados Unidos y uno de los principales exponentes del movimiento del Análisis Económico del Derecho- y se refiere a la preocupación de que la alta interdependencia y la autoconciencia mutua en los mercados oligopólicos puedan dar lugar a una colusión tácita, un resultado que es socialmente indeseable pero que está fuera del alcance del derecho de la competencia<sup>66</sup>.

En virtud de lo expuesto, es importante desarrollar a continuación el concepto de colusión tácita y su relación con el paralelismo de precios.

#### **2.4.2 La “colusión tácita” y el paralelismo de precios**

De acuerdo con Ariel Ezrachi y Maurice E. Stucke, la colusión tácita ocurre cuando “*cada competidor actúa unilateralmente, en respuesta al comportamiento de sus rivales, para elevar los precios por encima de los niveles competitivos*”<sup>67</sup>. De esta manera, es posible observar que este tipo de colusión es propia de aquellos mercados en donde la transparencia de precios que existe y el número reducido de competidores permite que estos últimos puedan predecir o modular su comportamiento en función al de su rival, lo cual se ha venido describiendo como interdependencia oligopólica.

---

<sup>65</sup> George O’Malley, “Tacit Collusion: An Analysis of the EU Legislative Framework”. The Student Journal of European Law I (2014): 2. <https://sjeldraft.files.wordpress.com/2014/05/tacit-collusion-an-analysis-of-the-eu-legislative-framework.pdf>

<sup>66</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*. OECD, 2017, p. 35. <http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm> (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>67</sup> Ariel Ezrachi y Maurice E. Stucke, “Sustainable and Unchallenged Algorithmic Tacit Collusion”. 17 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 217 (2020). <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol17/iss2/2>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En particular, Brendan Ballou plantea que uno de los efectos perniciosos en los mercados altamente concentrados es la capacidad de las empresas para confabularse entre sí para aumentar o mantener sus precios de manera coincidente, lo cual pueden lograr ya sea adivinando correctamente que la otra empresa competidora tendrá el interés de adaptarse igualmente a ese comportamiento, o ya sea invitando a que lo hagan haciendo pública su intención de incrementar sus precios. Sin embargo, en cualquiera de estos dos escenarios, el referido autor señala que las empresas logran este resultado sin necesitar ningún tipo de reunión o comunicación secreta, toda vez que lo hacen “*a través de su comportamiento público, pero sin negociaciones explícitas para fijar precios, lo cual sería mucho más difíciles de lograr en industrias menos concentradas*”<sup>68</sup>.

De esta manera, es posible concluir que la colusión tácita prescinde de evidencia de un acuerdo entre las empresas que participan en dicha conducta debido a que fundamentan el modus operandi de su concertación sobre su mero comportamiento en el mercado. Esto quiere decir que gracias a la transparencia de información que existe entre estas empresas, estas pueden iniciar una coordinación para subir precios en función a la expectativa de que la siguiente empresa también suba sus precios, y así sucesivamente hasta lograr una coordinación unilateral y capaz de eliminar la competencia entre ellas.

Por lo tanto, en palabras de Eduardo Quintada, es posible concluir que:

*“Para que lo anterior pueda suceder [colusión tácita], se requiere que la estructura y características del mercado en cuestión permitan (...) que los flujos de información sean suficientes para anticipar el comportamiento del rival y para identificar si se comportó*

---

<sup>68</sup> Brendan Ballou, “The ‘No Collusion’ Rule”. Stanford Law & Policy Review 32, no. 213 (2021): 219. <https://ssrn.com/abstract=3793881>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*según lo esperado, y que exista la amenaza de represalia para los que pretendan desviarse del comportamiento esperado, sin necesidad de que las empresas se pongan de acuerdo para ello.”<sup>69</sup>.*

Ahora bien, es de imperiosa relevancia indicar que la colusión tácita, en realidad, presenta una gran dificultad para poder ser sancionable bajo las normas de libre competencia. Así, la OECD ha indicado que si bien esta práctica generalmente tiene el mismo efecto económico de un acuerdo de fijación de precios, la duda sobre si la colusión tácita, o también conocida como paralelismo consciente, constituye o no una acción ilegal que restringe la competencia es un tema objeto de controversia tanto en el derecho de la competencia como en la economía, pues la uniformidad de precios puede ser resultado de un comportamiento económico racional en mercados con pocos vendedores y productos homogéneos<sup>70</sup>.

En esa misma línea, en la Unión Europea, las autoridades encargadas de aplicar las normas de defensa de la libre competencia han sostenido que no resulta posible atribuir la condición de colusión, acuerdo o práctica concertada a la colusión tácita, en tanto “*se ha considerado que ese tipo de infracciones requiere necesariamente evidencia de alguna forma de comunicación o contacto efectivo entre las empresas, situación que no se verifica en la colusión tácita*”<sup>71</sup>.

En efecto, de acuerdo con el reconocido profesor Donald F. Turner, el paralelismo consciente nunca es significativo por sí mismo ni constituye evidencia de un acuerdo,

---

<sup>69</sup> Eduardo Quintana, “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real? *Themis* 51 (2005): 179-204.

<sup>70</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Glossary of Statistical Terms: Conscious Parallelism. <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3172>

<sup>71</sup> Eduardo Quintana, “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real? *Themis* 51 (2005): 179-204.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

siempre que no existan otros hechos o evidencias adicionales que indiquen que las decisiones de los presuntos conspiradores fueron interdependientes y con la intención común de restringir la competencia en el mercado<sup>72</sup>.

De esta manera, es posible evidenciar que debido a la carencia de una coordinación o contacto fehaciente entre las empresas que conforman una colusión tácita, esta no puede calificarse como un acuerdo o práctica concertada. Por el contrario, este tipo de colusión suele ser o percibirse en la práctica como un comportamiento racional en mercados de interdependencia oligopolístico que facilita el ajuste del comportamiento de las empresas a la conducta esperada de sus rivales, por lo que atribuirle la naturaleza de práctica concertada implicaría exigirle el mismo estándar de prueba referido a la evidencia de comunicación o contacto efectivo entre las empresas que acrediten la intención de no competir entre ellas, a pesar que el mercado sí lo permitiría<sup>73</sup>.

Como se ha podido observar, la colusión tácita se materializa cuando las empresas que incurren en esta conducta deciden coordinar entre ellas mediante su comportamiento en el mercado, ajustando sus precios en específico. Es en este extremo que surge el concepto de la conducta denominada “paralelismo”.

El paralelismo “*existe cuando varias empresas presentan comportamientos coincidentes durante un periodo de tiempo determinado*”<sup>74</sup>, en específico, “*cuando las empresas siguen una misma tendencia y mantienen una distancia o rango de variación al subir,*

---

<sup>72</sup> Donald F. Turner, “The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals”. Harvard Law Review 75, no. 4 (1962): 658. <http://www.jstor.org/stable/1338567>

<sup>73</sup> Eduardo Quintana, “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real? *Themis* 51 (2005): 179-204.

<sup>74</sup> Alfonso Miranda y Daniel Beltrán, “El mero paralelismo de precios no equivale a un cártel”. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (2015): 1-6.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*mantener o bajar sus precios, o también cuando ellas coinciden en los márgenes de variación sobre un nivel de precios determinado”<sup>75</sup>.*

En tal sentido, se desprende que la conducta consistente en un paralelismo se constituye, en términos de valor probatorio, como una colusión tácita, en donde las empresas que han adoptado este comportamiento coordinado en el mercado no se han servido de un acuerdo expreso o implícito como tal, sino basándose únicamente en una conducta de “tipo espejo” entre sus competidores respecto de la variable competitiva de precios.

Ahora bien, una situación común en los casos de colusión consiste en la observancia de un incremento o fijación de precios concordante o coincidente en el mercado por parte de los competidores, lo cual se le conoce como un “paralelismo de precios”. Esta conducta se configura cuando las empresas de un determinado mercado deciden fijar sus políticas de precios en observancia del comportamiento de sus competidores sobre este mismo elemento; sus precios. A fin de lograr esta coordinación tácita basada en la sola observancia de los precios en el mercado, es fundamental que las empresas participantes en el paralelismo efectivamente ajusten su comportamiento en línea con las demás, debiendo monitorear los precios de los competidores o cualquier desvío o cambio brusco que pueda romper el paralelismo que se encuentra siendo implementado<sup>76</sup>.

Ahora bien, al igual que la colusión tácita, tanto la doctrina como la jurisprudencia niegan el carácter ilícito de este tipo de conductas. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Justicia

---

<sup>75</sup> Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 009-2008-INDECOPI/CLC del 5 de febrero, referido al caso de la realización de una práctica concertada consistente en la fijación de primas mínimas y deducibles mínimos correspondientes a los segmentos de seguros básico y completo de vehículos particulares por parte de empresas de seguros vehiculares.

<sup>76</sup> Eduardo Quintana, “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita”, p 185.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

en una variedad de jurisprudencia ha señalado que las empresas suelen incurrir en este ajuste de comportamiento paralelo como una respuesta inteligente frente al comportamiento de sus rivales, sin que ello sea considerado una infracción a las normas de libre competencia<sup>77</sup> y que “*si bien [la ley de libre competencia](...) prohíbe cualquier forma de colusión que distorsione la competencia, ello no priva a los operadores económicos del derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de sus competidores*”<sup>78</sup>.

#### **2.4.3 Los “plus factors” en la determinación de una práctica concertada**

Tal como se ha venido explicando en las secciones anteriores, en el derecho de la libre competencia los meros paralelismos de precios como evidencia económica no pueden constituir por sí mismos una conducta anticompetitiva, así como tampoco son prueba suficiente de una actuación concertada entre competidores. Ello es así debido a que dicho comportamiento paralelo en el mercado puede ser uno completamente válido que obedezca a decisiones unilaterales y comercialmente racionales, por lo que, para poder ser sancionado como una conducta anticompetitiva, se debería acreditar la existencia de pruebas adicionales que demuestren que dicho comportamiento paralelo en el mercado fue en realidad la consecuencia de una concertación de voluntades entre los competidores.

Debido a esta problemática es que la colusión tácita presenta un gran desafío para poder ser sancionada efectivamente como una conducta colusoria, pues requiere que las autoridades de competencia demuestren probatoriamente la existencia de comunicaciones

---

<sup>77</sup> Asunto C-40/73 y en conjunto con los Asuntos C-40-48, 50, 54-56, 111 y 113-114/73, Suiker Unie UA v Commission. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 16 de diciembre de 1975, párrafo 174). Asunto 172/80, Zuchner v Bayerische Vereinsbank 1981 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de julio de 1981, párrafo 14).

<sup>78</sup> Asunto C-89/85, Wood Pulp (Corte de la Quinta Cámara de 31 de marzo de 1993, párrafo 71).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

o intercambio de información sensible sobre el acuerdo o coordinación que habría existido entre los competidores.

Sin embargo, la doctrina del derecho de la libre competencia ha propuesto en los últimos años que ante un escenario de mero paralelismo de precios, por ejemplo, las autoridades de competencia podría investigar y sancionar dicho escenario satisfactoriamente a través de ciertos “factores adicionales” o “*plus factors*” en el mercado, que propicien la existencia de una conducta colusoria.

Así, de conformidad con la OCDE, existe una basta jurisprudencia en la materia que ha reconocido que la evidencia consistente en un comportamiento paralelo en el mercado, como un incremento de precios simultáneo entre competidores, por sí sola no es prueba suficiente para acreditar un acuerdo, pues debe haber una evidencia adicional que permita probar la existencia de un acuerdo colusorio, lo cual se conoce como “*plus factors*”<sup>79</sup>.

De acuerdo con la definición que realizan los académicos William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx y Halbert L. White, los “*plus factors*” son “*acciones y resultados económicos, por encima de la conducta paralela de las empresas oligopólicas, que son en gran medida inconsistentes con una conducta unilateral pero en gran medida consistentes con la acción explícitamente coordinada*”<sup>80</sup>. De esta manera, estos factores adicionales representan, metafóricamente, aquella pieza del rompecabezas que falta para completar la imagen colusoria.

---

<sup>79</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OECD, *Procesuting Cartels Without Direct Evidence* (OECD, 2016), 18.

<sup>80</sup> William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx & Halbert L. White, *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*, Michigan Law Review 110, no. 393, (2011): 393.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En la doctrina del derecho de la libre competencia, no existe un listado o categorización definido sobre los “*plus factors*”. A modo de ejemplo, se puede citar aquellos propuestos por el reconocido juez estadounidense Richard Posner, quien señala que los “*plus factors*” consisten en:

- “1) *Cuotas de mercado relativas fijas*
- 2) *Discriminación de precios en todo el mercado*
- 3) *Intercambios de información de precios*
- 4) *Variaciones de precios regionales*
- 5) *Ofertas idénticas para productos no estándar*
- 6) *Cambios en el precio, la producción y la capacidad en la formación del cártel*
- 7) *Reventa en toda la industria mantenimiento de precios*
- 8) *Cuotas de mercado decrecientes de los líderes*
- 9) *Amplitud y fluctuación de los cambios de precios*
- 10) *Demanda elástica al precio de mercado*
- 11) *Nivel y patrón de ganancias*
- 12) *Precio de mercado inversamente correlacionado con el número de empresas o la elasticidad de la demanda*
- 13) *Base- fijación de precios por puntos*
- 14) *Prácticas excluyentes*”<sup>81</sup>.

Por otro lado, otros autores como Michael K. Vaska, propone -citando la jurisprudencia de las Cortes de Estados Unidos-, que un “*plus factor*” usualmente utilizado en un mero escenario de paralelismo consiste en que este último comportamiento haya sido contrario a los propios intereses de cada una de las empresas involucradas, lo cual se determina examinando si existe alguna justificación comercialmente legítima para dicha conducta.

---

<sup>81</sup> Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2d ed. 2001) En William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx & Halbert L. “White, Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”, 396.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Otro “*plus factor*” que menciona el referido autor es la comunicación entre empresas de alto nivel y los incrementos de precios durante periodos de baja demanda<sup>82</sup>.

Asimismo, la Asociación de Abogados de Estados Unidos -o en su nombre en inglés “*The American Bar Association (ABA)*”- ha señalado que otro “*plus factor*” usado como prueba de una práctica colusoria consiste en comunicaciones o evidencia de reuniones entre los presuntos conspiradores, especialmente cuando inmediatamente después de estas ocurren las acciones idénticas y simultáneas en el mercado<sup>83</sup>.

En ese sentido, los “*plus factors*” se presente como aquellas pruebas adicionales que permiten a las autoridades de competencia explicar que aquel comportamiento paralelo en el mercado no obedece a una decisión unilateral entre las empresas, sino a una concertación anticompetitiva, la cual no puede ser explicada por otras razones distintas.

En efecto, de conformidad con lo decidido por la jurisprudencia de las Cortes de Estados Unidos, la existencia de estos “*plus factors*” garantiza que los tribunales tengan la seguridad que están castigando una acción concertada como un acuerdo real, en lugar de una mera conducta unilateral e independiente de los competidores, por lo que “*en otras palabras, los factores sirven como sustitutos de la evidencia directa de un acuerdo*”<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Michael K., Vaska, "Conscious Parallelism and Price Fixing: Defining the Boundary". University of Chicago Law Review 52, no. 2. (1985): 508-535.  
<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol52/iss2/10>

<sup>83</sup> American Bar Association - ABA, *Antitrust Law Developments* (5th ed) (2002): 10-15. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OECD, *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence* (OECD, 2016), 176.

<sup>84</sup> Caso *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F 3d 350, 359-60 (Tercer Circuito, 29 de setiembre de 2004)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Esta característica de sustituibilidad que poseen los “*plus factors*” para reemplazar el elemento del acuerdo o concertación en un paralelismo de precios podría representar un rol fundamental para defender una hipótesis anticompetitiva al momento de acusar y sancionar un escenario de colusión tácita o paralelismo consciente. Bajo esta presunción, las autoridades de competencia deberían invertir esfuerzos de análisis y verificación para poder encontrar la existencia de “*plus factors*” en el mercado que permitan sostener una colusión tácita que obedezca efectivamente a un acuerdo o concierto de mentes.

Así lo han entendido las autoras Matha Alvear Petro y Manuela Moscoso Bayona en su tesis denominada “*¿Son los factores plus un plus para la valoración de las conductas conscientemente paralelas en Colombia?*”. En este documento, las autoras sostienen que el “elemento consciente” que requiere ser probado por las autoridades en una colusión tácita encuentra fundamento, precisamente, en los denominados “*plus factors*”, y citando la jurisprudencia de la autoridad de competencia colombiana, señalan que estos factores adicionales permiten deducir que aquel mero comportamiento paralelo en el mercado es consecuencia realmente de una concertación entre competidores para actuar de manera armónica y colaborativamente<sup>85</sup>.

Sin embargo, la utilización de estos “*plus factors*” no es una tarea fácil, pues de lo contrario la colusión tácita no enfrentaría tal discusión para poder ser sancionada eficazmente. Por el contrario, los “*plus factors*” como evidencia de un comportamiento concertado no es utilizado propiamente de manera usual por las autoridades de competencia, manteniéndose en un terreno esencialmente teórico.

---

<sup>85</sup> Matha Alvear Petro y Manuela Moscoso Bayona. “*¿Son los factores plus un plus para la valoración de las conductas conscientemente paralelas en Colombia?*” (Tesis de Grado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana), 60.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Así, una de las críticas que reciben los “*plus factors*” como parte del estándar de prueba en una hipótesis colusoria proviene del académico William E. Kovacic, quien señala que un problema que gira alrededor del uso de “*plus factors*” es que las autoridades de competencia y tribunales no han podido establecer un orden jerárquico entre todos los “*plus factors*” según su mérito probatorio, así como tampoco ha podido establecer un marco analítico que explique por qué ciertos “*plus factors*” adquirirían un valor probatorio más fuerte o más débil<sup>86</sup>.

#### **2.4.4 La colusión tácita en la legislación comparada**

##### **a) Estados Unidos**

En materia de libre competencia en Estados Unidos, el tratamiento de la colusión tácita no ha sido ajeno a la controversia sobre su legalidad en el marco jurídico de la Ley Sherman. En principio, si bien antes de la década de 1980, la Corte Suprema de los Estados Unidos había mantenida una posición más flexible y positiva respecto de la posibilidad de sancionar los escenarios de una colusión tácita, posterior a dicho año las Cortes repentinamente decidieron realizar un “*anti-enforcement turn*”; es decir, cambiaron de posición al respecto.

Así, la jurisprudencia comenzó a considerar que la Ley Sherman no era una herramienta adecuada para sancionar una colusión tácita de fijación de precios<sup>87</sup>, pues todo tipo de acuerdo o conspiración requiere un compromiso explícito de coordinación, mientras que

---

<sup>86</sup> William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx & Halbert L. “White, Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”, 406.

<sup>87</sup> Ballou, “The ‘No Collusion’ Rule”, 227.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

la colusión tácita era un comportamiento “independiente” o “interdependiente” que no llegaba a ningún compromiso de ese tipo<sup>88</sup>.

Esta posición de la jurisprudencia también ha sido en parte compartida por la doctrina estadounidense. Por ejemplo, Thomas E. Kauper argumenta que la colusión tácita no podría ser satisfactoriamente perseguida y sancionada por la Ley Sherman debido a que su probanza requiere algún tipo de comunicación que evidencia la concertación. Ello, a diferencia de un acuerdo de fijación de precios ordinario, en donde la infracción se basa tanto en este tipo de pruebas como en el uso de pruebas económicas verificables en el comportamiento de los precios en el mercado, mas no se basa únicamente en esta última prueba, lo cual podría pretenderse hacer en una colusión tácita<sup>89</sup>.

Ahora bien, en la doctrina estadounidense existe un conocido debate entre los reconocidos académicos Richard Posner y Daniel F. Turner en torno al tratamiento de la colusión tácita bajo la Ley Sherman, en el cual se plantean la pregunta si es que esta práctica debe considerarse como colusión.

En términos generales, el profesor Richard Posner propuso en su reconocido trabajo académico denominado “*Oligopoly and the antitrust laws: a suggested approach*” de 1969, que en una colusión tácita si se puede verificar un grado de acuerdo, pues existe un “encuentro de mentes” o “*meeting of minds*” entre los competidores que incurren en ella, el cual consiste en “*un concierto para cobrar precios de monopolio y extraer precios de monopolio y extraer ganancias de monopolio*”. Así, en opinión de Richard Posner, el elemento de concertación que exige el artículo 1 de la Ley Sherman para sancionar una

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>89</sup> Kauper, “Antitrust Law: An Economic Perspective by Richard A. Posner”, 787.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

práctica colusoria se puede verificar también en una colusión tácita, pues esta constituye un tipo de acción concertada en la que la reunión de las mentes se lleva a cabo de manera análoga a un contrato<sup>90</sup>.

Sin embargo, en una posición contraria, Daniel F. Turner desarrollo en 1962 una tesis distinta sobre la legalidad de la colusión tácita en su reconocido trabajo académico “The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal” como respuesta a la propuesta de Richard Posner. Así, el académico Turner sostiene que la colusión tácita o también llamada paralelismo consciente se diferencia de un acuerdo en que esta obedece a la respuesta individual de los competidores a las circunstancias económicas, por lo que no debe considerarse como restrictivo de la competencia y tampoco como una violación de la Ley Sherman<sup>91</sup>.

Ahora bien, más allá de referido debate, la jurisprudencia estadounidense ha venido emitiendo importantes sentencias sobre el tratamiento de la colusión tácita en el derecho de la libre competencia en el país norteamericano. Un caso conocido en esta materia es el caso Theatre Enterprises, en cual los tribunales mostraron un gran recelo para encasillar el paralelismo consciente o colusión tácita como una práctica prohibida por la Ley Sherman, aún más cuando este tipo de prácticas únicamente se podría basar en pruebas económicas de precios.

---

<sup>90</sup> Richard A. Posner, “Oligopoly and the antitrust laws: a suggested approach”. Stanford Law Review 21, no. 1562 (1969).

[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2862&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2862&context=journal_articles)

<sup>91</sup> Turner, “The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals”, 661

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Así, en este caso, los tribunales señalaron que *“Este Tribunal nunca ha sostenido que la prueba de un comportamiento comercial paralelo establezca de manera concluyente un acuerdo o, dicho de otro modo, que dicho comportamiento en sí mismo constituya un delito de la Ley Sherman”*<sup>92</sup>. En ese sentido, se aprecia que la jurisprudencia pareciera asociar un escenario de colusión tácita con un mero comportamiento paralelo de precios en el mercado, el cual por sí solo no podría constituir una práctica concertada que voluntariamente se haya diseñado para restringir la competencia.

Asimismo, en el caso Monsanto, la Corte estableció, refiriéndose a un escenario de paralelismo consciente, que una acción independiente de una empresa no está prohibida por la Ley Sherman, cuyo artículo 1 requiere que haya un contrato o conspiración para establecer una violación a la norma<sup>93</sup>. Así, la jurisprudencia ha especificado que la ilegalidad de una colusión tácita podrá probarse cuando exista, como mínimo *“una conducta conscientemente paralela combinada con otros ‘plus factors’”*<sup>94</sup> como evidencia de intercambios de información o reuniones clandestinas.

## **b) Unión Europea**

En la jurisdicción europea, la doctrina europea ha definido la colusión tácita como aquel *“fenómeno que surge en mercados en los que existen pocos operadores que, en virtud de las características del mercado, pueden comportarse de manera paralela y obtener*

---

<sup>92</sup> Caso Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537, 541 (1954), (Corte Suprema de los Estados Unidos, 4 de enero de 1954).

<sup>93</sup> Caso Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 761 (1984), (Corte Suprema de los Estados Unidos, 20 de marzo de 1984).

<sup>94</sup> Caso Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan 97-1330 (Corte de Apelaciones de Estados Unidos, 8vo Circuito, 17 de febrero de 2000).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*beneficios de su poder colectivo de mercado, sin celebrar un acuerdo o práctica concertada para hacerlo*<sup>95</sup>.

De la misma manera, la académica con mención en derecho europeo, Stella Solernou, señala que la colusión tácita debe entenderse como aquel comportamiento de una serie de empresas que, al observarse mutuamente y al tomar sus decisiones de forma independiente, alinean su estrategia comercial y aplican precios supracompetitivos, renunciando a competir entre sí, sin haber mediado acuerdo alguno<sup>96</sup>.

Así, se puede apreciar que la percepción del derecho europeo en materia de libre competencia coincide en afirmar que la colusión tácita es una práctica que debe entenderse en el marco de la existencia de mercados oligopólicos, pero que se llevan a cabo también sin intermediar ningún tipo de coordinación o acuerdo entre los competidores. En efecto, el autor George O'Malley indica de forma resumida que, en una colusión tácita, son los competidores que actúan colectivamente, en su propio beneficio, sin un acuerdo expreso para hacerlo<sup>97</sup>.

En atención a lo anterior, en la jurisdicción europea se ha reconocido la preocupación de que la colusión tácita genera los mismos efectos que un acuerdo de fijación de precios, pero que al carecer de un acuerdo de por medio resulta ampliamente difícil de poder ser sancionable. Así, el autor Daniel Cormack sostiene que en una colusión tácita, los competidores que aumentan sus precios al mismo tiempo y en la misma medida sin una

---

<sup>95</sup> Whish y Bailey, *Competition Law*, 559.

<sup>96</sup> Stella Solernou, “La Colusión en el contexto de los algoritmos”. *Revista de Estudios Europeos* 78 (2021): 138. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7980452>

<sup>97</sup> O'Malley, “Tacit Collusion: An Analysis of the EU Legislative Framework”, 2.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

coordinación expresa producen un impacto similar al de un cártel, “*principalmente debido al aumento de los precios, menor variedad e innovación, y plantea la cuestión de si el artículo 101 TFUE es eficaz para abordar este problema*”<sup>98</sup>.

De la misma manera, incluso las propias autoridades que aplican las leyes de libre competencia en la Unión Europea; esto es la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (el “TJUE”), han identificado la colusión tácita como prohibida en virtud de la normativa de libre competencia, bajo la tipificación de una práctica concertada<sup>99</sup>.

Sin embargo, el problema para poder sancionar efectivamente una colusión tácita como una práctica concertada bajo la normativa europea radica nuevamente en la evidencia para probar la concertación. En efecto, el autor George O’Malley sostiene que las prácticas concertadas que surgen de un comportamiento paralelo no significan necesariamente que todo comportamiento paralelo resulte en una práctica concertada<sup>100</sup>. Ello, teniendo en cuenta que una colusión tácita únicamente se sostiene en el comportamiento paralelo de los precios en términos de evidencia.

De esta manera, la jurisprudencia europea ha ido descartando progresivamente la posibilidad de aplicar directamente el artículo 101 de la ley de competencia europea para hacer frente a la colusión tácita. Un ejemplo de esta posición es el conocido caso

---

<sup>98</sup> Daniel Cormack, “Is Article 101 TFEU a suitable and sufficiently effective instrument to address structural competition problems?”. Competition Forum – Resources 0001 (2020): 4. <https://competition-forum.com/is-article-101-tfeu-a-suitable-and-sufficiently-effective-instrument-to-address-structural-competition-problems/>

<sup>99</sup> Asunto 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 14 de julio de 1971, 64).

<sup>100</sup> O’Malley, “Tacit Collusion: An Analysis of the EU Legislative Framework”, 5.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Dyestuffs. En este caso, la Corte de Justicia de la Unión Europea confirmó una sanción contra diez empresas productoras de colorantes por haber incurrido en una práctica concertada al haber incrementado uniformemente sus precios en 1964, 1965 y 1967 en diferentes países de la Unión Europea.

En su análisis, la Corte de Justicia de la Unión Europea, confirmando la decisión de la Comisión de Competencia de primera, determinó que la conducta en la que incurrieron las empresas infractoras consistentes en un paralelismo de precios se configuraba, en efecto, como un cártel de precios. Así, el referido Tribunal sostuvo que existían los suficientes participantes en el mercado relevante de la conducta para esperar que existiera la suficiente competencia en precios entre ellas, por lo que no resultaba posible que todas las empresas involucradas hayan podido coordinar sus precios sin que ello fuera consecuencia de una concertación previa.

Así, si bien la Corte señaló que la evidencia de una colusión explícita era concluyente toda vez que los precios se incrementaron de una manera tan simultánea que era imposible que no hayan sido previamente acordados, también precisó que un comportamiento paralelo no era por sí solo suficiente para configurar una práctica concertada<sup>101</sup>.

Ello, efectivamente, se comprobó en el caso Dyestuffs. En el análisis de la conducta sancionada, la Comisión de Competencia de primera instancia pudo encontrar evidencia de reuniones entre las empresas involucradas a fin de determinar los precios que aplicarían y las fechas en las que lo harían<sup>102</sup>. Esto, evidentemente, se aparta de lo que se

---

<sup>101</sup> Asunto 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities

<sup>102</sup> Jaime Castro, “The Limitations on the Punishability of Tacit Collusion in EU Competition Law”, 225

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

entiende como un mero paralelismo de precios, esto es; la ausencia de pruebas directas o coordinación expresa entre los agentes participantes de la conducta.

Esta posición en la jurisprudencia fue confirmado por la misma Corte en el caso *Zuchner v Bayerische Vereinsbank*<sup>103</sup>, en el cual sostuvo que las respuestas inteligentes al comportamiento de un competidor no se encontrarían dentro del ámbito de aplicación del artículo 101.

Otro ejemplo, es el caso *Woodpulp*<sup>104</sup>, en donde en primera instancia la autoridad de competencia europea sancionó a 43 productores de pulpa de madera por incurrir en una práctica concertada de fijación de precios, a pesar de no presentar evidencia de un acuerdo explícito, sustentado en que dichas empresas habrían intercambio de manera indirecta información sobre sus precios, promovido por la transparencia en el mercado.

En apelación, la Corte de Justicia de la Unión Europea anuló la decisión en primera instancia de la autoridad de competencia, pues indicó que el referido intercambio de precios en realidad consistió en un anuncio que hacían los productores a sus usuarios sobre sus precios disponibles, información que se encontraba publicada en todo momento y que por ello no configuraba como una infracción al Artículo 101 de la ley de competencia.

---

<sup>103</sup> Asunto 172/80, *Zuchner v Bayerische Vereinsbank* 1981 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de julio de 1981).

<sup>104</sup> Asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 to C-129/85 A. *Ahlström Osakeyhtiö y otros v Comisión* (Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 31 de marzo de 1993).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Además, la Corte encontró mayores condiciones en el mercado que lo hacían mucho más oligopolístico de cómo se había presentado en primera instancia. En ese sentido, la Corte emitió un importante precedente al sostener que un paralelismo de precios podría servir como prueba de una práctica concertada, al menos que la existencia de un acuerdo previo sea la única forma de explicar dicho comportamiento, pero que este por sí solo no podría probar una concertación, en tanto requiere al menos algún intercambio de información entre los competidores o cierta reciprocidad entre sus comunicaciones sobre sus precios para configurar una práctica concertada<sup>105</sup>. Así, en particular, la Corte señaló que si bien la normativa de libre competencia prohíbe cualquier forma de concertación que restrinja la competencia, esta “*no impide a los agentes económicos a ejercer su derecho de adaptarse inteligentemente a la existente y anticipada conducta de sus competidores*”<sup>106</sup>.

Este pronunciamiento en el caso Woodpulp lo confirmó también el TJUE en el caso CISAC. En este caso, el referido tribunal consideró que la Comisión no había podido probar la existencia de una práctica concertada, ya que no demostró que las empresas hayan actuado de forma concertada, ni aportó pruebas que explicarían de manera concluyente los comportamientos paralelos<sup>107</sup>.

Finalmente, resulta importante también destacar el caso Eturas, en donde el administrador de un sistema de información licenció y administró sistemas de reserva en línea para paquetes de viajes a agencias de viajes, a quienes se les informó que los descuentos en los servicios vendidos a través de ese sistema tendrían un tope, para lo cual el software

---

<sup>105</sup> Jaime Castro, “The Limitations on the Punishability of Tacit Collusion in EU Competition Law”, 227.

<sup>106</sup> Jaime Castro, “The Limitations on the Punishability of Tacit Collusion in EU Competition Law”, 227.

<sup>107</sup> Asunto T-442/08 International Confederation of Societies of Authors and Composers v European Commission (Sala Sexta del Tribunal General, 12 de abril de 2013, 182).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

del servicio reduciría automáticamente los descuentos más altos al 3%, al menos que una agencia de viajes tomara medidas técnicas adicionales.

Al respecto, el TJUE sostuvo que se podía presumir que las agencias de viajes habían participado en una práctica concertada desde el momento en que recibieron el mensaje por parte de la empresa informática, pues no se distanciaron públicamente de dicha conducta, no la reportaron a las autoridades ni actuaron de manera contraria ella aplicando descuentos más altos al 3%. Sin embargo, el TJUE también sostuvo que, en ausencia de más pruebas y basándose en la presunción de inocencia, el mero envío del mensaje no justificaría la presunción de que las agencias de viajes deberían haber tenido conocimiento del contenido del mensaje<sup>108</sup>.

Así, de conformidad con Patrick Andreoli-Versbach y Jens-Uwe Franck, es posible concluir a la luz de las jurisprudencias anteriormente desarrolladas, que en ausencia de pruebas de una concertación o encuentro de mentes, los tribunales de la Unión Europea se resisten a presumir la existencia de un acuerdo, incluso si se ha demostrado que se ha observado una conducta paralela como expresión de una colusión tácita y no de una interdependencia oligopólica<sup>109</sup>.

Por lo tanto, siguiendo la posición del autor George O'Malley, en teoría, sí parece ser posible que la colusión tácita pueda ser incluida en el artículo 101 cuando esta pueda

---

<sup>108</sup> Asunto C-74/14 Eturas y otros, (Sala Quinta del Tribunal de Justicia, 21 de enero de 2016). En Francisco Beneke y Mark-Oliver Mackenrodt, “Remedies for algorithmic tacit collusion”, *Journal of Antitrust Enforcement* 9, no. 1 (2021): 152–176.

<https://academic.oup.com/antitrust/article/9/1/152/5880803>

<sup>109</sup> Patrick Andreoli-Versbach y Jens-Uwe Franck, “Econometric Evidence to Target Tacit Collusion in Oligopolistic Markets”, *Journal of Competition Law & Economics* 11, no. 2 (2015): 463-492.

<https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/11/2/463/872320?redirectedFrom=fulltext>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

demostrar ser efectiva e inexplicablemente demostrada como consecuencia de una concertación o acuerdo de mentes previo. Sin embargo, es evidente que los tribunales requieren un umbral alto de probanza para poder sancionar dicha práctica a la luz de la ley europea, más allá del mero comportamiento paralelo<sup>110</sup>.

Ahora bien, habiendo explicado el tratamiento de la colusión tácita en las jurisdicciones más referentes en el derecho de la libre competencia, conviene ahora analizar también la legislación y jurisprudencia comparada en Latinoamérica.

### c) Chile

En Chile, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) es la autoridad de competencia encargada de aplicar y sancionar las conductas anticompetitivas previstas en el Decreto Ley N° 211. En esta normativa prohíbe aquellos hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia a o que tienden a producir dichos efectos, entre los cuales se encuentran “***Los acuerdos o prácticas concertadas*** que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”<sup>111</sup>. [Énfasis agregado]

En cuanto a la posibilidad de sancionar una colusión tácita, la jurisprudencia chilena ha seguido la misma línea de los Tribunales europeos o estadounidenses. Por ejemplo, en el

---

<sup>110</sup> O'Malley, “Tacit Collusion: An Analysis of the EU Legislative Framework”, 7.

<sup>111</sup> Decreto Ley N° 2111 de 17 de diciembre de 1973, Ley que fija las normas para la defensa de la libre competencia.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

caso de “leches frescas”, la FNE inició una investigación en 1995 contra seis empresas del mercado de leches por reparto de mercado, negativa para comprar, discriminación de precios, entre otros<sup>112</sup>. Más adelante en el caso, la FNE solicitó un pronunciamiento de la Corte de Competencia, quien reconoció la inexistencia de evidencia directa de un acuerdo entre las empresas, y concluyó del comportamiento de los precios internacionales, importaciones y exportaciones de la leche y por la estacionalidad del producto, que la evidencia no era suficiente para probar la existencia de un acuerdo. Así, la Corte declaró en el 2004 que las empresas de leche no habían participado de ningún acuerdo de colusión tácita, pero señaló que, debido a la estructura del mercado, existían ciertas imperfecciones de mercado y falta de transparencia que debía ser corregido para evitar acuerdos implícitos entre los competidores<sup>113</sup>.

Sin perjuicio del caso explicado, es importante señalar que a diferencia de la Corte, el Tribunal de Defensa de la Competencia, autoridad en segunda instancia en las investigaciones por conductas anticompetitivas, ha mantenido una postura mucho más flexible sobre el estándar de prueba y la posibilidad de sancionar una colusión tácita. En efecto, el referido Tribunal ha impuesto sanciones en dos casos por colusiones tácitas basándose en evidencia indirecta: el comportamiento paralelo de los competidores y el nivel de concentración del mercado. Sin embargo, ante los recursos de apelación, la Corte Suprema de Chile revocó tales decisiones y mantuvo un estándar de prueba mucho más

---

<sup>112</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OECD, *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence* (OECD, 2016), 88.

<https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>

<sup>113</sup> Juan David Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”. *Revista Derecho Competencia* 5, no. 5 (2009): 387.

<https://ssrn.com/abstract=2613967>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

rígido, al precisar además que la ley de competencia chilena prohíbe las acciones voluntarias y no las meras coincidencias<sup>114</sup>.

Un ejemplo de estos casos es el de ASOEX y FNE v. Ultramar y otros del 2006<sup>115</sup>, en el cual seis agencias marítimas fueron acusadas por cobrar un mismo precio de manera simultánea para la emisión de determinados documentos que permitían la carga de mercancías y otros servicios. En su análisis, el Tribunal sostuvo que la evidencia indirecta que permitía probar una colusión consistió en el hecho de que las seis empresas cobraran el mismo precio bajo las mismas condiciones. No obstante, la Corte Suprema de Chile revocó dicho pronunciamiento, sustentándose en que el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 prohíbe los acuerdos o prácticas concertadas que han sido voluntarias o deliberadamente intencionadas para restringir la competencia, pero que esta norma no contempla ninguna prohibición sobre una acción que carezca de dicha intención o voluntad, como lo es un mero paralelismo de precios.

Asimismo, es importante destacar el caso FNE v. Isapre ING S.A. y otros del 2007<sup>116</sup>. La FNE inició una investigación y acusación en contra de cinco empresas de seguros de salud por haberse coludido e implementar una política en la que redujeron el plan del seguro del 100-80% a 90-70%. En este caso, si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia identificó ciertos factores en el mercado que podrían facilitar efectivamente una colusión, también sostuvo que la transparencia de información en el mercado permitía

---

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 394

<sup>115</sup> Sentencia N° 38 de 2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En Juan David Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”, 394.

<sup>116</sup> Sentencia N° 57 de 2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En Juan David Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”, 382.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

fácilmente poder monitorear las políticas comerciales entre competidores, lo cual podría facilitar un comportamiento paralelo de precios que no era ilegal. De esta manera, se concluyó que un paralelismo de precios no era por sí solo suficiente para probar una práctica concertada<sup>117</sup>.

#### **d) Brasil**

En la legislación brasilera, el artículo 36 de la Ley N° 12.529, del 30 de noviembre de 2011<sup>118</sup> tipifica las infracciones a la libre competencia, precisando que se encuentran prohibidos los actos manifestados en cualquier forma que tengan por objeto o puedan producir los efectos de restringir la competencia en el mercado. De esta manera, se destaca de la redacción de la referida ley la alusión a la forma en la que se manifiesten dichos actos, lo cual permitiría la posibilidad de sancionar un caso de colusión tácita o paralelismo consciente.

Ahora bien, en cuanto a la jurisprudencia en esta materia, un caso a destacar es el conocido como SDE v. CSN, Usiminas y Cosipa de 1999<sup>119</sup>, en el que la Secretaría de Derecho Económico del Ministerio de Justicia (SDE) inició una investigación contra tres empresas productoras de laminados de acero por fijar sus precios. Esta acusación se sustentó en las comunicaciones que las empresas lanzaron anunciando el alza de sus precios en niveles similares y que serían implementados el mismo día para las tres empresas, además de una presunta reunión que habrían tenido unos días previos al alza de precios.

---

<sup>117</sup> Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”, 401.

<sup>118</sup> Ley N° 12.529 del 30 de noviembre 2011, ley que regula la estructura y el sistema brasileño de defensa de la competencia y establece las disposiciones sobre la prevención y represión contra el orden económico.

<sup>119</sup> Procedimiento Administrativo N° 08000.015337/1997-48. En Juan David Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”, 364.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En este caso, si bien las empresas señalaron en su defensa que la igualdad de precios se debía a la misma estructura de costos que compartían y que las teorías económicas del mercado concentrado en el que competían justificaba la interdependencia entre las empresas, las autoridades brasileñas de competencia señalaron que el caso contenía la evidencia suficiente de una coordinación de precios que excluía una interdependencia oligopólica, por lo que el comportamiento paralelo de las empresas no tenía una justificación económica.

En ese sentido, de acuerdo con Germán Coloma, de este caso SDE v. CSN, Usiminas y Cosipa de 1999, es posible concluir que el estándar de prueba en escenarios de paralelismos conscientes requiere que se cumplan las siguientes condiciones: i) que el mercado sea propenso a la formación de cárteles, ii) que exista un comportamiento paralelo, iii) que no exista una explicación racional para el comportamiento de las empresas distinta a la colusión, y iv) que exista prueba de algún tipo de comunicación entre las empresas<sup>120</sup>.

De esta manera, la jurisprudencia detallada permite apreciar que aun cuando la legislación permita sancionar de manera amplia un posible escenario de colusión tácita o paralelismo consciente, esta labor no resulta ser del todo simple, pues el estándar de prueba que la autoridad requiere suele ser lo suficientemente alto para exigir alguna evidencia que demuestre efectivamente la concertación o comunicación voluntaria entre las empresas, y así evitar castigar una mera coincidencia de precios en el mercado.

---

<sup>120</sup> Germán Coloma, “Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia”. Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina (2000): 27.  
<https://ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/170.pdf>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

#### e) Colombia

En la legislación colombiana, el artículo 45 del Decreto N° 2153 de 1992, que reorganizó a la autoridad de competencia colombiana, la Superintendencia de la Industria y el Comercio (SIC), define el concepto de acuerdo como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o **conscientemente paralela** entre dos o más empresas [Énfasis agregado]. Así, es posible observar que la normativa colombiana prohíbe explícitamente un escenario de colusión tácita, definida como la acción conscientemente paralela, y tipificándola como un acuerdo.

En ese sentido, se advierte en la jurisprudencia colombiana en materia de libre competencia que la SIC ha investigado y sancionado frecuentemente casos de colusión a través de medios tácitos<sup>121</sup>, en atención a la expresa tipificación que hace la norma de la acción conscientemente paralela como un acuerdo. Por ello, a continuación, se destacan dos casos importantes en esta materia.

Uno de estos casos es el de la SIC v. Cooperativa Lechera Ltda. y Derilac S.A. de 1999<sup>122</sup>, en el que la SIC investigó a once productoras de leche por haber implementado un mismo tope máximo de precios durante los años 1997, 1998 y 1999 de manera simultánea al inicio de cada año. La SIC finalmente confirmó la sanción solo a dos empresas, ya que su paralelismo de precios no tenía otra justificación económica que una concertación.

---

<sup>121</sup> Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”, 413.

<sup>122</sup> Resolución 22762 de 1999. En Juan David Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”, 418.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En esta decisión, la SIC por primera vez define el concepto de “paralelismo consciente”, indicando que este ocurre cuando las empresas reconocen conscientemente las políticas comerciales de sus competidoras y toman la decisión de seguir o imitarlas de una manera reiterativa. De esta manera, la SIC consideró que el elemento de intención no es la característica principal que se debe tomar en cuenta para configurar un acuerdo mediante una colusión tácita, sino la forma en que el agente económico actuó en el mercado sin autonomía<sup>123</sup>.

Esta decisión fue anulada por el Tribunal Administrativo en última instancia administrativa en el 2002, en base al argumento de que la evidencia disponible no era suficiente para probar un paralelismo consciente, ya que los precios uniformes podían explicarse por distintas condiciones del mercado. Sin embargo, la decisión de este Tribunal fue finalmente revocada en el 2003 en la vía civil por el Consejo de Estado, quien señaló que la simetría de los precios en un mismo y prolongado periodo, con variaciones idénticas en el tiempo y cantidad no era una simple coincidencia<sup>124</sup>.

De esta manera, de la jurisprudencia desarrollada, se puede evidenciar que en Colombia si ha sido posible sancionar efectivamente un escenario de paralelismo consciente o colusión tácita, la cual se puede sustentar en la coincidencia de las condiciones comerciales que las empresas involucradas adopten en un determinado momento, dejando a la autoridad como única explicación posible la de la existencia de un acuerdo implícito entre aquellas. Ello, además resaltando que la misma autoridad de competencia

---

<sup>123</sup> Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”, 418.

<sup>124</sup> Radicación No. 25000-23-24-000-2000- 0665-01(7909), Colanta vs SIC, (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 23 de enero de 2003 pp. 13 – 14). En Juan David Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”, 420.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

colombiana precisó que justamente esta coincidencia en el comportamiento económico de las empresas podría ser suficiente para demostrar que estas actuaron sin independencia una de otra, no siendo indispensable demostrar la existencia de una intención común. Esta interpretación relaja el estándar de prueba que ha venido aplicándose en otras jurisprudencias como la chilena y las de Estados Unidos y la Unión Europea, en donde resulta ser fundamental alguna evidencia adicional que demuestre dicha intención o voluntad común de actuar de manera interdependiente entre las empresas.

Ahora, bien, otro caso que destacar es el conocido como SIC v. Continental Airlines and American Airlines de 2001<sup>125</sup>, en el que tres aerolíneas fueron investigadas por la autoridad de competencia colombiana al haber reducido de 10% a 6% el porcentaje de la comisión que le pagaban a las agencias de viajes. No obstante, en su análisis la SIC determinó que si bien se observaba en los hechos del caso el mismo porcentaje de reducción de las comisiones en fechas cercanas, no existían evidencia adicional sobre un acuerdo oral o escrito entre las aerolíneas.

Sin perjuicio de ello, la SIC consideró importante establecer ciertas definiciones sobre el “paralelismo consciente”, indicando que este se compone de dos elementos: la existencia de dos o más empresas que realizan el acuerdo, y la manifestación de voluntad expresa o consenso entre las empresas, sin importar la manera en la que se haya manifestado<sup>126</sup>. Además, la SIC desmenuzó la palabra “práctica conscientemente paralela” de la siguiente forma: se entenderá como “práctica” a aquella sucesión de hechos y no solo un acto; “conscientemente” significa que la conducta de una empresa no debe ser producto de una

---

<sup>125</sup> Resolución 36903 de 2001. En Juan David Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”, 422.

<sup>126</sup> Resolución No. 36903 de 2001. En Juan David Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”, 423.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

coincidencia sino de una acción que toma en consideración las condiciones en las que las otras empresas compiten; y “paralela” refiere a la similitud o sincronización de las conductas de las empresas<sup>127</sup>.

En virtud de lo anterior, se puede concluir que, a diferencia del caso SIC v. Cooperativa Lechera Ltda. y Derilac S.A. de 1999 anteriormente explicado, la autoridad de competencia es mucho más cautelosa en concluir la existencia de una colusión tácita, pues concluye que la mera coincidencia de las condiciones comerciales adoptadas por las empresas no es una prueba suficiente para sostener la existencia de una colusión. Así, se interpreta que la palabra “consciente” en un paralelismo consciente requiere que se logre probar que las empresas están actuando en función al comportamiento de la otra; sin embargo, se no especifica qué tipo de prueba sería necesaria para determinar que el comportamiento de la empresa no fue únicamente una mera coincidencia.

## **2.5 La colusión tácita en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

En el Perú, es sumamente importante mencionar que el Indecopi también ha recogido el mismo criterio de sus pares en Europa y Latinoamérica, al sostener que el mero paralelismo de precios no constituye de por sí una práctica concertada.

Como se ha venido desarrollando en las secciones anteriores, la legislación peruana en materia de libre competencia no hace referencia alguna a la posibilidad de sancionar una colusión tácita o paralelismo consciente. En específico, el artículo 11.1 de la LRCA prohíbe únicamente los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas concertadas.

---

<sup>127</sup> Resolución No. 36903 de 2001. En Juan David Gutiérrez, “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”, 423.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Sin perjuicio de lo anterior, existe jurisprudencia importante del Indecopi que se han pronunciado sobre la legalidad de los escenarios de paralelismo de precios y el estándar de prueba que requiere ser satisfecho para poder sancionar una práctica concertada como tal. Sin embargo, como se podrá apreciar a continuación, la discusión sobre el paralelismo consciente o colusión tácita ha sido usualmente enfocada y relacionada por el Indecopi con los supuestos de abuso de posición de dominio conjunto.

Por ejemplo, en el caso *Agencias Marítimas*<sup>128</sup>, el Indecopi recibió una denuncia contra un conjunto de agencias marítimas por presuntamente haber abusado de su posición de dominio que ostentaban en conjunto, sustentándose en que dichas empresas habrían aplicado incrementado el precio de los servicios que les ofrecían a los almacenes independientes. En este caso, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (la Comisión) consideró que, al tratarse de un mercado oligopólico, existían una interdependencia en el comportamiento y condiciones comerciales que aplicaban las agencias marítimas, por lo que su comportamiento alineado obedecía a dicha condición en el mercado y no a un comportamiento anticompetitivo.

Incluso, la Comisión señaló que, debido a dichas circunstancias del mercado, les resultaba más estratégico para las empresas comportarse de manera dependiente de sus competidores, pues “(...) *no tendría sentido sancionar a un agente por actuar del modo que racionalmente le resulta más ventajoso, porque le permite maximizar sus beneficios*”<sup>129</sup>. De esta manera, la jurisprudencia peruana advertía que un posible

---

<sup>128</sup> Resolución 040-2005-INDECOPI/CLC (Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 18 de julio de 2005, 47-55) En Eduardo, Quintana, “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita”. Themis 51 (2005):198. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8800>

<sup>129</sup> *Ibidem*.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

escenario de interdependencia económica podía ser una respuesta racional e incluso estratégico para los agentes económicos que compiten en mercados oligopólicos.

Asimismo, en dicho caso, la Comisión también se pronunció sobre el paralelismo de precios que se observaba en los hechos del caso, confirmando las posiciones ya asentadas por otras autoridades de competencia extranjeras: el paralelismo de precios no es indicio suficiente para configurar una práctica concertada, pues incluso se presenta como una estrategia común en el mercado. Así, la Comisión indicó que:

*“el paralelismo en sí mismo no constituye prueba suficiente para determinar la existencia de una concertación. Los competidores en una industria pueden incrementar o disminuir sus precios o sus volúmenes de producción en respuesta a aumentos o disminuciones de precios o volúmenes de producción de otros competidores, en especial si estos últimos son líderes en el mercado (...)”*<sup>130</sup>.

Sin embargo, la Comisión sostuvo que la conducta en la que mejor se subsumían los hechos denunciados era bajo las denominadas prácticas conscientemente paralelas - también conocida como colusión tácita-, ya que se trataba de una acción llevada a cabo por dos o más empresas y con un determinado grado de “cooperación” entre ellas<sup>131</sup>. De esta manera, el Indecopi hace referencia no solo a la posibilidad de poder investigar o sancionar una conducta anticompetitiva bajo una conducta que no se encuentra tipificada como una práctica colusoria horizontal, sino que además reconoce que en una colusión tácita existe una cooperación entre los competidores.

---

<sup>130</sup> Resolución N° 036-2004-INDECOPI/CLC, referido al inicio de un procedimiento de investigación de oficio contra empresas de seguro por la presunta realización de una práctica colusoria consistente en la fijación de primas mínimas y deducibles mínimos correspondientes a los segmentos de seguros básicos y completos de vehículos particulares durante 1999 y 2003. (Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 23 de junio de 2004, párrafo 96).

<sup>131</sup> *Ibidem*, párrafo 55.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Finalmente, la Comisión precisó que, debido a la identificación del problema del mercado, la mejor forma de combatir los hechos denunciados era a través de las conocidas abogacías de la competencia, toda vez que *“no necesariamente este tipo de conductas debe ser corregido mediante la imposición de sanciones”*<sup>132</sup>.

Respecto de este caso, Eduardo Quintana criticó la forma de análisis de la Comisión, pues esta consideró que los hechos investigados se asemejaban a una colusión tácita cuando ni siquiera se encuentra tipificada como una infracción bajo ninguna modalidad de la LRCA, y que incluso así, *“estaría entendiendo que la colusión tácita se encuentra proscrita como una práctica conscientemente paralela, no obstante haber reconocido expresamente que se trata de un comportamiento racional y que no implica comunicación ni contacto efectivo entre los agentes, como ocurre con las prácticas prohibidas”*<sup>133</sup>.

Ahora bien, otro caso importante en esta materia es el de las administradoras de fondo de pensiones (AFPs)<sup>134</sup>, en donde cuatro de estas habrían incurrido en un abuso de posición de dominio conjunto al haber elevado sus precios por el cobro de las comisiones. En este caso, el pronunciamiento con mayor relevancia y discusión provino del Tribunal de Defensa de la Competencia en segunda instancia, el cual sostuvo que si bien era posible que las empresas acusadas podrían haber efectivamente abusado de su posición de dominio, ello no implicaba de modo alguno que hayan concertado entre ellas, debido a la estructura del mercado, uno muy concentrado, regulado y con barreras de acceso, en

---

<sup>132</sup> *Ibidem*, párrafo 54.

<sup>133</sup> Eduardo Quintana, “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita”. *Themis* 51 (2005):179-204. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8800>.

<sup>134</sup> Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI (Tribunal de Defensa de la Competencia, 4 de junio de 2004). En Eduardo Quintana, “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita”, 198

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

donde naturalmente existe una dinámica de intercambios que promueve acciones conjuntas, pero no concertadas.

Así, en opinión de Eduardo Quintana, lo que el Indecopi habría establecido en esta jurisprudencia es que un supuesto de colusión tácita estaría incluido dentro de la dinámica natural que caracteriza a los mercados oligopólicos, entendiéndola como un “*ajuste racional del comportamiento de empresas que conforman un oligopolio, sin necesidad de comunicación o contacto efectivo entre ellas, debido a que las características estructurales del mercado así lo permiten*”<sup>135</sup>.

Finalmente, otro caso importante a destacar es el de Petróleos del Perú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A.<sup>136</sup>, en el que el Tribunal de la Defensa de la Competencia -en segunda instancia administrativa- concluyó que efectivamente la coincidencia de precios era un elemento importante para presumir que existía un acuerdo colusorio, pero acompañado de una serie de indicios tales como: el hecho que los años anteriores cada empresa coludida ofrecía el íntegro del monto pedido por Petroperú en cada ocasión, pero coincidentemente en los tres procesos de adquisición referidos y en los que se produce la igualdad de precios, ambas empresas redujeron el monto ofrecido a aproximadamente el 50% del monto solicitado por Petroperú en cada caso.

De esta manera, para la jurisprudencia peruana, la colusión tácita se manifiesta como una práctica racional y estratégica en determinados mercados con características oligopólicas que inclusive permiten dicho comportamiento coordinado en el mercado, por lo que no puede considerarse como tal una práctica concertada entre competidores.

---

<sup>135</sup> Eduardo Quintana, “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita”, 201.

<sup>136</sup> Resolución N° 255-97-TDC (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Asimismo, es claro que para el Indecopi, en línea con los pronunciamientos declarados por otras autoridades de competencia internacionales, la colusión tácita se manifiesta finalmente como un mero paralelismo de precios en los hechos investigados, por lo que únicamente podría ser de utilidad para presumir la existencia de una conducta anticompetitiva, en la medida que sea considerada como un indicio de todo un conjunto de indicadores que permitan concluir que el mencionado paralelismo de precios obedecía a una coordinación consensuada y concertada.

Lo anterior es corroborado por Eduardo Quintana, quien señala que un comportamiento de colusión tácita no podría condenarse por sí mismo, no solo por ser una conducta esperada en mercados oligopólicos, sino porque *“tendría que exigirse el mismo estándar de prueba sobre la intención de no competir pese a que el mercado lo permitiría, es decir, que se encuentre evidencia de comunicación o contacto efectivo entre las empresas”*<sup>137</sup>.

Debido a lo anterior, es que el Indecopi, como autoridad de competencia peruana, presenta grandes limitaciones para poder acusar y sancionar una práctica con efectos anticompetitivos en el mercado, pero que carezca de evidencia alguna sobre la posible concertación que en ella haya existido. Por ello, a continuación, se desarrollará la primera problemática de esta tesis.

## **2.6 Los principios del Derecho Administrativo Sancionador**

La aplicación de las normas de libre competencia en el Perú está a cargo del Indecopi; un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.

---

<sup>137</sup> Eduardo Quintana, “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita”, 202.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Inició sus actividades en noviembre de 1992, mediante Decreto Ley N°25868. El Indecopi tiene como funciones la protección de los derechos de los consumidores, la defensa de la leal y libre competencia en el mercado y de la propiedad intelectual en el territorio peruano.

El Indecopi, mediante la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, se encuentra habilitado para iniciar procedimientos administrativos sancionadores en contra de aquellos agentes económicos del mercado que incurran en conductas ilícitas contrarias a la libre competencia. Por ello, es conveniente definir el alcance que posee el Indecopi para ejercer su potestad punitiva o sancionadora como autoridad de la administración pública.

Como se ha mencionado anteriormente, el Indecopi es la autoridad peruana competente para aplicar la LRCA en el Perú y sancionar aquellas prácticas que la restrinjan. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el Indecopi se encuentra habilitado para ejercer esta potestad sancionadora en el marco de un procedimiento administrativo sancionador que garantice los derechos del debido proceso de la persona natural o jurídica pasible de dicha sanción.

De acuerdo con el Artículo 29 de la LPAG, se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En esa línea, de acuerdo con Christian Guzmán, “*el procedimiento administrativo es por definición un proceso cognitivo, pues implica una toma de decisión fundada en un análisis previo, tras el cual se emite una resolución*”<sup>138</sup>. De esta manera, en un procedimiento administrativo, se desprende la necesidad de que la autoridad administrativa emita una decisión con efectos jurídicos hacia un sujeto denominado administrado, quien podrá ser una persona natural o jurídica, respecto de una determinada situación jurídica; esto es, una infracción administrativa.

Según Verónica Vergaray y Hugo Gómez, una infracción administrativa puede definirse como toda conducta considerada ilícita y contraria al ordenamiento jurídico, por lo que hace necesario que la autoridad administrativa imponga una sanción administrativa hacia el administrado que la cometió, haciendo la salvedad que, si bien son consideradas socialmente indeseables, no resultan ser lo suficiente repudiables para justificar su sanción penal<sup>139</sup>. Por ello que se sostiene que “*la Administración Pública debe servir como un filtro para reducir el nivel de conflictividad en la sociedad, resolviendo las controversias y permitiendo que solo aquellas que la misma no puede resolver lleguen al Poder Judicial*”<sup>140</sup>.

En virtud de la relación inherente que existe entre el procedimiento y las infracciones administrativas, surge en el Derecho Administrativo un procedimiento especial denominado procedimiento administrativo sancionador. De conformidad con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “*El procedimiento administrativo*

---

<sup>138</sup> Christian Guzmán, “Manual del Procedimiento Administrativo General”. Perú: Instituto Pacífico, 2013.

<sup>139</sup> Verónica Vergaray y Hugo Gómez. “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”, en Milagros Maraví. Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009, 403.

<sup>140</sup> Christian Guzmán, “Manual del Procedimiento Administrativo General”.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*sancionador es entendido, en primer término, como el conjunto de actos destinados a determinar la existencia de responsabilidad administrativa, esto es, la comisión de una infracción y la consecuente aplicación de una sanción*<sup>141</sup>. De esta manera, se desprende que en función a la existencia de una normativa que conforma un determinado sistema legal que rige el comportamiento de sus ciudadanos, la administración pública tiene la potestad punitiva de sancionar aquellos actos que contravengan aquel orden público, siguiendo un procedimiento determinado para declarar responsable al infractor e imponer la sanción correspondiente. Cabe señalar que mediante “*la potestad sancionadora, la Administración se encuentra facultada para sancionar a los administrados por la comisión de infracciones establecidas por el ordenamiento jurídico*”<sup>142</sup>.

Sobre la legitimidad del poder sancionador de la administración pública, el profesor Víctor Baca señala lo siguiente:

*“En todo caso, [el poder sancionador de la administración pública] se trata de una concesión necesaria (...), pues de otro modo se necesitarían miles de jueces dedicados por entero a castigar la comisión de todo tipo de infracciones, las más graves y las más leves. Además, como bien se ha dicho, la potestad sancionadora es también la otra cara de la moneda de la potestad administrativa de policía, de regulación (siempre creciente, al menos desde la primera guerra mundial), pues podría no servir de mucho otorgarle a la Administración la potestad para regular o exigir determinados requisitos para actuar, y luego no permitirle castigar los incumplimientos, obligándola a acudir a un colapsado Poder judicial”*<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General”. Perú: Guía para asesores jurídicos del Estado. 2017.

<sup>142</sup> Christian Guzmán, “Manual del Procedimiento Administrativo General”.

<sup>143</sup> Víctor Baca. ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano. Estudios de derecho administrativo, 2 (2010): 3-24.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Así, se configura la característica más importante de esta potestad; esto es, el carácter represivo que revisten sus acciones dirigidas a castigar toda trasgresión al orden jurídico<sup>144</sup>.

Es en función al reconocimiento de este poder punitivo, que las entidades públicas que conforman la Administración del Estado se encuentran plenamente habilitadas para aplicar sus normas especiales y sancionar aquellas conductas que las contravengan. En esa línea, Santamaría Pastor señala que la potestad sancionadora se fundamenta en el mandato de hacer cumplir las normas especiales que comprende el derecho administrativo y sancionar los actos que la contravengan<sup>145</sup>.

Ahora bien, la finalidad de la potestad sancionadora de la Administración Pública, y por ende los procedimientos administrativos sancionadores que esta ejecuta, no es únicamente la de castigar conductas ilícitas, sino que también cumple un propósito garantista del debido proceso de los administrados que sean objeto de un procedimiento sancionador. Así, Morón Urbina sostiene que la actividad sancionadora de la Administración posee ciertos principios que tienen por finalidad proteger al particular de posibles actos arbitrarios<sup>146</sup>, y Ossa Arbeláez señala que, gracias a dicho procedimiento, la actuación de la Administración Pública se dirige a conseguir sus propios fines punitivos de una manera ordenada y respetuosa de las garantías mínimas del administrado<sup>147</sup>. Esta

---

<sup>144</sup> Miriam Ivanega. “Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora”. *Revista de Derecho Administrativo*, 4 (2008), 115.

<sup>145</sup> Juan Alfonso Santamaría. “Principios de Derecho Administrativo”. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

<sup>146</sup> Juan Carlos Morón. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, 511.

<sup>147</sup> Jaime Ossa, *Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática*. Bogotá: Legis, 2009.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

función garantista del poder punitivo de la administración pública es de vital importancia, pues se sostiene que *“La especialidad del procedimiento administrativo sancionador, con relación al procedimiento general, radica en la necesidad de traducir en reglas procedimentales algunas de las garantías constitucionales que protegen al administrado frente al ius puniendi estatal”*<sup>148</sup>.

Lo anteriormente mencionado se resume en reconocer que la potestad sancionadora de la administración pública de ninguna manera se ejerce indiscriminada o irrestrictamente, sino que comprende un límite garante de los derechos de los administrados, y que incluso el procedimiento administrativo sancionador sirve, entre otros, para garantizar el debido proceso de los administrados que sean pasibles de una sanción.

Sin embargo, en el Perú, previo a la aprobación de una ley que regulara el procedimiento administrativo sancionador, el procedimiento administrativo sancionador de la Administración Pública carecía de una normativa propia que establezca los límites y garantías en favor de los administrados. Así, los procedimientos estaban regidos por el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado mediante el Decreto Supremo 002-94-JUS, pero este no comprendía de ningún tipo de principio o norma general que atiende a la naturaleza especial de los procedimientos sancionadores llevados ante la Administración Pública<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.

<sup>149</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.*

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

El problema antes mencionado evidentemente ocasionaba graves repercusiones en los derechos de los administrados, quienes se veían cada vez más proclives a posibles arbitrariedades o abusos de derecho por parte de la administración pública. En esa línea, según Jorge Danós, la ausencia de una regulación especial originaba también “*una merma en la seguridad jurídica de los administrados, porque no está garantizando la unidad y coherencia en el ejercicio de tan importante potestad por parte de los organismos de la administración pública*”<sup>150</sup>.

No obstante, aún ante la ausencia de una normativa en específico que regulara la potestad sancionadora de la administración pública, es sumamente importante recalcar que ello no significaba que esta podía actuar sin límite alguno. Por el contrario, se entendía que existía una suerte de marco referencial implícito que trazaba a la administración pública los principios que debía seguir su actuación punitiva a fin de respetar los derechos fundamentales de los administrados. Este argumento fue confirmado por el máximo Tribunal Constitucional, el cual sostuvo que el respeto de los derechos de los administrados:

*“(...) no constituyen garantías procesales constitucionalmente reconocidas que puedan resultar aplicables únicamente en el ámbito de los procesos de naturaleza penal, sino que, por extensión, constituyen también garantías que deben observarse en el ámbito de un procedimiento administrativo disciplinario y, en general, de todo procedimiento de orden administrativo —público o privado— que se pueda articular contra una persona”*<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Jorge Danós, “Notas Acerca De La Potestad Sancionadora De La Administración Pública”. *Ius Et Veritas* 5, 10 (1995): 151.

<sup>151</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 274-99-AA, de fecha 10 de agosto de 1999.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Sin embargo, esta situación de ausencia normativa cambiaría con la aprobación de la Ley del Procedimiento Administrativo General. El 11 de abril de 2001 se aprobó la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 (en adelante, La LPAG), el cual tuvo por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general. A diferencia de la anterior regulación, la citada ley introdujo los principios fundamentales que servirían como base a la Administración Pública para desarrollar los procedimientos administrativos sancionadores de manera respetuosa con los derechos de los administrados.

De esta manera, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1029, que modificó la LPAG, el legislador sostuvo que la intención de estipular los principios de la potestad sancionadora administrativa era la de prevenir el riesgo de permitir que determinadas entidades de la Administración Pública se eximan por completo de la aplicación de tales principios<sup>152</sup>.

De conformidad con Guzmán, en todo sistema jurídico los principios generales del Derecho se presentan como un factor clave, *“puesto que permiten no solo interpretar las normas, sino además servir de base para la construcción jurídica y facilitar la labor del operador del Derecho, al generar insumos para cubrir los vacíos del derecho positivo”*<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1029.

<sup>153</sup> Guzmán, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Bien como se señaló previamente, el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador se encuentran altamente vinculados, en tanto ambos ejercen una potestad de naturaleza punitiva al evidenciar comportamientos contrarios a la Ley. Esta vinculación es aún más notoria cuando se discuten los principios del derecho sancionador, pues estos coinciden tanto en el ámbito penal como en el ámbito administrativo. Así, el Tribunal Constitucional peruano ha sido claro en afirmar “(...) *que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (...)*”<sup>154</sup>.

Es por ello que la doctrina desarrollada en materia de Derecho Administrativo es consecuente al confirmar la necesidad de atribuir al procedimiento administrativo sancionador un marco de principios que garanticen el respeto de los derechos de los administrados de la misma manera que lo hace el derecho sancionador penal respecto de sus imputados. En tal sentido, Novoa indica que es menester del legislador, al momento de conferir potestad punitiva a la administración pública, revestir al procedimiento sancionador administrativo las mismas garantías contenidas en el Derecho Penal a fin de proteger los derechos y la dignidad de los ciudadanos<sup>155</sup>.

Actualmente, la LPAG su artículo 248 enlista los principios de la potestad sancionadora administrativa a los cuales todas las entidades deberán someter sus actividades punitivas. Específicamente, los referidos principios consisten en: legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracción, causalidad, presunción de licitud, culpabilidad y *non bis in idem*.

---

<sup>154</sup> Sentencia del 16 de abril del 2003 recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC.

<sup>155</sup> Eduardo Novoa. Curso de Derecho penal chileno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, 39.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

### **2.6.1 El principio de tipicidad en los procedimientos administrativos sancionadores**

Con anterioridad a abordar los alcances del principio de tipicidad como parte de los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración Pública en los procedimientos administrados sancionadores, es importante partir del concepto de legalidad, pues este se encuentra directamente vinculado al principio de tipicidad en este extremo.

El principio de legalidad se encuentra recogido en su estado más puro en el literal d) del inciso 24) del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú, según el cual “*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)*”. De esta manera, se desprende que el principio de legalidad aparece como un límite a la autoridad para exigir que los delitos no solamente deben ser establecidos por un mandato legal; esto es, por ley, sino que además deben estar claramente delimitados en dicha ley<sup>156</sup>.

En esa línea, el Tribunal Constitucional sostiene que el principio de legalidad refiere a “*la prohibición constitucional de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible*”.

Es en este punto en donde el principio de legalidad y el principio de tipicidad convergen, pues la exigencia del primero se extiende incluso a la delimitación de la infracción en la propia ley, estableciendo un límite a la potestad sancionadora en función a la

---

<sup>156</sup> Expediente N° 0010-2002-AI/TC.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

especificación del delito en la norma. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

*“El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”.*

Asimismo, la autora Jimena Servas argumenta que *“(…) se cumple el principio de legalidad siempre que se describa la conducta infractora de manera precisa y sea posible determinar la sanción correspondiente dentro de márgenes razonables”*<sup>157</sup>. Esto último, en pocas palabras, define la esencia del principio de tipicidad, como se explicará a continuación.

De acuerdo con el Ministerio de Justicia, el principio de tipicidad consiste en *“el grado de predeterminación normativa de los comportamientos típicos proscribiendo supuestos de interpretación extensiva o analógica, lo cual significa que solo cabe castigar un hecho cuando este se encuentre precisamente definido y se tenga claramente definida su penalidad”*<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> Jimena Serva Cadenas. El principio de tipicidad como límite en la labor de tipificación de sanciones delegada a la administración pública. (Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017).

<sup>158</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

De esta manera, se desprende que el principio de tipicidad sirve como un límite para la potestad punitiva del Estado, en tanto exige que las conductas que sancione deban ser debidamente publicitadas y descritas, así como las sanciones que le corresponden, de modo que los ciudadanos son conscientes de su ilegalidad.

En la LPAG, el principio de tipicidad como principio de la potestad sancionadora administrativa se encuentra recogido en el inciso 4 del Artículo 248, indicando lo siguiente:

*“Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. (...)”.*

De lo anterior se desprende que el principio de tipicidad exige que las infracciones administrativas se encuentren debidamente descritas en la Ley, funcionando como un impedimento para la Administración que quiera imponer una sanción administrativa que no se encuentre previamente descrita en una Ley. La diferencia con el principio de legalidad recae en que esta última exige que toda actuación de la Administración Pública, incluida las infracciones que a su cargo tiene por sancionar, deben estar establecidas en

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

la norma. En cambio, el principio de tipicidad cobra sentido de manera posterior a la existencia de aquella ley que establece el delito; ahora exigiendo que toda infracción regulada en una Ley debe estar redactada de manera clara, precisa y predeterminada.

En el Derecho Penal la vinculación entre el principio de legalidad y el principio de tipicidad adquiere una naturaleza condicionante, reflejada en la frase “*no hay delito sin tipicidad*”<sup>159</sup>. Ello quiere decir que un juez, para ejercer sus funciones dentro del marco de la legalidad, debe necesariamente hacer un juicio de tipicidad. Es por ello que se afirma que el juez tiene del deber aplicar y realizar un correcto control de tipicidad respecto de los delitos que sucedan a fin asegurar el cumplimiento de la garantía constitucional de legalidad en materia criminalista<sup>160</sup>.

En ese mismo sentido, Gonzáles Pérez señala que si bien el principio de legalidad exige que la autoridad administrativa únicamente pueda sancionar una conducta cuando así lo establezca una norma con rango de ley, “(...) *lo que la norma debe determinar en todo caso son las infracciones sancionables (garantía criminal) y las sanciones que pueden imponerse (garantía penal)*”<sup>161</sup>, refiriéndose así al principio de tipicidad.

Asimismo, es importante destacar que el principio de tipicidad exige a su vez que la tipificación de las infracciones establecidas en la ley no sea interpretada de manera que exceda o tergiverse sus significado y alcance. En ese sentido, el autor Richard Martin establece que mediante el principio de tipicidad, “*se impide que el órgano sancionador*

---

<sup>159</sup> Ángel Torio, “Tipicidad.- Referencia a la teoría de los tipos abiertos” en *Cuadernos de Derecho Judicial* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995), 7-34.

<sup>160</sup> Julio Santa Cruz, “Principio de legalidad, tipicidad e imputación objetiva”. *Revista de la Academia de la Magistratura* 2 (1999): 151.

<sup>161</sup> Jesús Gonzáles, *Manual de Procedimiento Administrativo*. (Madrid: Civitas, 2000), 414.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de la frontera que demarca la norma sancionadora”<sup>162</sup>.*

Por lo tanto, bajo el principio de tipicidad, la Administración Pública podrá ejercer su potestad sancionadora e imponer sanciones a aquellos administrados que hayan infringido las infracciones en la Ley en particular, siempre que se verifique que dicho incumplimiento corresponde fielmente a lo descrito en la Ley como infracción, no pudiendo sancionar un hecho que no se subsuma o exceda el supuesto de hecho sancionable. De esta manera, tal como sucede en los procesos penales, el principio de tipicidad exige la subsunción de la presunta conducta delictiva en el tipo legal en la norma<sup>163</sup>.

Ahora bien, a fin de brindarle mayor contenido al principio de tipicidad como límite a la potestad sancionadora de la Administración Pública, es importante abordar lo dispuesto por Juan Carlos Morón, quien indica que existen tres aspectos relevantes y concurrentes para que se cumpla efectivamente este principio: i) La reserva de ley para la descripción de las conductas infractoras, salvo se permita la colaboración reglamentaria, ii) la exigencia de exhaustividad del ilícito, y iii) la prohibición de interpretaciones extensivas y analógicas<sup>164</sup>.

Asimismo, de conformidad con Daniel Gonzales, deben cumplirse tres supuestos para configurar una debida tipificación normativa: a) La reserva de ley para la descripción de

---

<sup>162</sup> Martin Richard, “Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011”. *Revista de Derecho Administrativo* 14 (2014): 510.

<sup>163</sup> Juan Bustos Ramirez, y Elena Larrauri Pijoan. *La Imputación Objetiva*. (Bogotá: Temis, 1989), 37.

<sup>164</sup> Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana”. *Advocatus* 13 (2005): 237 – 248.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

aquellas conductas pasibles de sanción; b) La exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables; y, c) La interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos<sup>165</sup>.

Tal como se observa, un elemento importante sobre el principio de tipicidad, junto con el de interpretación, es el de certeza. Esto es así debido a este principio exige que “(...) *las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal*”<sup>166</sup>.

Por lo tanto, lo que se persigue mediante esta exigencia de describir de manera clara y delimitada las infracciones administrativas es, justamente, asegurar que los administrados conozcan previamente cuáles son las conductas que están prohibidas por la ley. En tal sentido, esto permite generar una certeza en ellos para evitar que la Administración Pública pueda aprovecharse de su potestad sancionadora e imponer sancionar que trasgredan este principio.

En esa línea, García de Enterría y Ramón confirman que el principio de tipicidad proviene de la premisa de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe y de la seguridad jurídica, en tanto garantiza que los

---

<sup>165</sup> Daniel Gonzales, “El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia”. *Revista de Derecho Administrativo* 8 (2009): 365-371.

<sup>166</sup> Luigi Santy, “El principio de tipicidad en la imputación de la falta administrativa disciplinaria de negligencia en el desempeño de las funciones”. *Derecho Administrativo* 127 (2019): VIII -3.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

administrados sean conscientes de manera previa sobre los actos prohibidos y las consecuencias de su incumplimiento<sup>167</sup>.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de tipicidad en un procedimiento sancionador ya sea de naturaleza penal o administrativa, no es otra cosa que el deber de definir claramente la conducta que la Ley considera como una infracción<sup>168</sup>.

Es por ello que se sostiene que optar por la redacción amplia e indeterminada de una infracción dificulta la correcta subsunción entre el hecho en concreto y el supuesto de hecho de la infracción, “(...) pues el órgano competente o bien se encuentra frente a la presencia de un gran número de opciones de aplicación, o bien simplemente no le es posible conocer ninguna de las opciones de aplicación (...)”<sup>169</sup>.

Al respecto, es importante destacar que, así como el principio de tipicidad exige especificar y delimitar claramente las infracciones administrativas, de este principio también se desprende el rechazo de las cláusulas generales, cuya redacción destaca por poseer una naturaleza genérica.

Así, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de tipicidad “permite que las conductas sancionables estén debidamente delimitadas de modo que quedan

---

<sup>167</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo, 174.

<sup>168</sup> Sentencia del 11 de octubre de 2004 recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC, segundo párrafo del fundamento jurídico 5.

<sup>169</sup> Expedientes N° 0025-2013-PI/TC; N° 0003-2014-PI/TC, N° 0008-2014-PI/TC, N°0017-2014-PI/TC.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*proscritas las cláusulas generales o indeterminadas, esto es, aquellas cuyo contenido no es expreso y conocible (...)*<sup>170</sup>.

Del mismo modo, se debe tener en cuenta que el principio de tipicidad evita la creación de tipificaciones vacías o en blanco. Según Gonzales La Rosa, explica que:

*“[el principio de tipicidad] prohíbe las denominadas tipificaciones vacías o en blanco, que son aquellas que en lugar de definir de manera cierta la conducta sancionable consideran como tales cualquier violación de la totalidad de una ley o de un reglamento, pues la vaguedad y generalidad del hecho que se considera ilícito determinará que sea la autoridad administrativa la que se encargue de la aplicación de la sanción quien tipificará, en cada caso, el hecho sancionable”*<sup>171</sup>.

De esta manera, tal como la doctrina lo señala, la autoridad administrativa se ve impedida de ejercer su potestad administrativa de manera indiscriminada mediante el deber de tipificar de manera específica las infracciones objeto de sanción pecuniaria. Así, el principio de tipicidad evita que las autoridades administrativas puedan basarse en redacciones genérica o ambiguas para crear nuevos delitos o extender los ya existentes a supuestos de hecho que no le corresponden, ejerciendo un poder punitivo desmedido.

Sin embargo, esta postura de la doctrina no es absoluta. Por el contrario, existen posiciones que consideran que la labor de tipificación totalmente precisa y exacta es prácticamente imposible para la Administración Pública, en tanto existirán un sin fin de

---

<sup>170</sup> Expediente 01873-2009-AA/TC

<sup>171</sup> Daniel Gonzales, “El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia”, 366.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

cambios y situaciones en el futuro que no necesariamente estarán tipificados en su totalidad en el momento.

En ese sentido, Alejandro Nieto sostiene que *“la precisión absoluta es literalmente imposible en parte por la incapacidad técnica del legislador, en parte por la inabarcabilidad de la casuística y, en fin, por la insuficiencia del lenguaje como instrumento de expresión”*<sup>172</sup>.

De la misma manera, Juan Carlos Morón Urbina indica, a continuación, lo siguiente:

*“No sería opuesta a dicho principio [Principio de tipicidad] la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de la conducta sancionable, siempre y cuando la concreción de tales conceptos sea razonablemente factible en virtud de estar referidos a criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. La unidad de solución que subyace en el concepto jurídico indeterminado hace que su utilización en las normas sancionadoras sea, en principio, admisible, pues al existir una sola solución la aplicación de la norma no comporta margen de discrecionalidad para el funcionario en la definición de la conducta”*<sup>173</sup>.

Por lo tanto, es posible concluir que, para esta postura en la doctrina, una excesiva preocupación de tipificar todas y cada una de las infracciones que puedan existir significaría un esfuerzo absurdo, que traería serias consecuencias en un procedimiento

---

<sup>172</sup> Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador* (Madrid: Tecnos, 2012).

<sup>173</sup> Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana”, 233.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

administrativo, tal como una tipificación de delitos subestimada, que no abarque todas las infracciones que puedan existir<sup>174</sup>.

Por ello, es claramente conocido que toda tipificación o listado de infracciones administrativas en cualquier materia no se extiende de manera irrazonable o creando un catálogo sin fin de infracciones. Por el contrario, estas tipificaciones suelen recurrir a una enumeración no exhaustiva, siendo implícito que las infracciones existentes no se agotan en dicha tipificación de conductas. En tal sentido, las conductas que no hayan sido tipificadas podrán ser desarrolladas e incorporadas por un reglamento<sup>175</sup>.

Esto último ha sido también recogido por la Corte Suprema del Perú en la Casación N° 8627-2012, quien ha indicado que “(...) *el órgano administrativo puede ir llenando el contenido de tales conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo al hecho que pretende sancionar, dejando pues el acto de “completar” el contenido de tales actos (...)*”<sup>176</sup>.

## **2.6.2 La importancia de satisfacer el principio de tipicidad en la sanción de una práctica colusoria horizontal**

En el Perú, una de las conductas que resultan ser ilícitas en el mercado son las prácticas colusorias horizontales, las que se encuentran reguladas en la LRCA en el artículo 11. Así, en específico, dicho artículo señala que “*Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto*

---

<sup>174</sup> *Ibidem*, 140.

<sup>175</sup> Jimena Serva, “El principio de tipicidad como límite en la labor de tipificación de sanciones delegada a la administración pública”, 15.

<sup>176</sup> Casación N° 8627-2012 de la Corte Suprema de Justicia del 31 de marzo de 2014, considerando 41.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*restringir, impedir o falsear la libre competencia (...)*”, indicando a continuación una serie de conductas que califican en la definición de práctica colusoria horizontal.

Partiendo de dicha definición, la presente pregunta de investigación apunta a resolver, en primera instancia, ¿qué elemento o elementos necesita la Secretaría Técnica del Indecopi para acreditar la configuración de una práctica colusoria horizontal? ¿o es que acaso existe un amplio margen de discrecionalidad para investigar y sancionar este tipo de conductas?

En primer lugar, es importante comenzar destacando que el Derecho de la Libre Competencia en el Perú encuentra enmarcada su aplicación y regulación en la Economía Social de Mercado que rige la Constitución Política de Perú. De esta manera, como bien se sabe, la iniciativa privada en el Perú es libre y los agentes económicos que participan en el mercado pueden implementar distintas estrategias comerciales sin que el Estado intervenga en ellas.

Asimismo, la Constitución Política del Perú garantiza que la libertad económica se ejerza en un marco de libre competencia en el mercado, bajo el cual los agentes económicos en el mercado compiten entre ellos de manera honesta y en función a la oferta y demanda del mercado, a fin de incrementar sus utilidades, posicionarse mejor en el mercado y obtener una mayor preferencia por parte de los consumidores. Con el objeto de garantizar dicha premisa, el Estado atribuye al Indecopi la función de investigar y sancionar aquellas conductas contrarias a la libre competencia, tales como escenarios de competencia desleal, abuso del poder de mercado y acuerdos colusorios, a fin de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En esa misma línea, el Decreto Legislativo N° 757 que dicta la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, establece en su artículo 4 que *“La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”*.

Es en virtud de este sistema jurídico-económico que es sumamente importante tener en cuenta que el Indecopi, bajo el ejercicio de sus funciones y cómo la autoridad estatal encargada de velar por la libre competencia en el mercado, no puede intervenir en la fijación de los precios de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Consecuentemente, la mera variación en los precios que fijen los agentes económicos en el mercado no puede ser visto de ninguna manera como un acto ilícito contrario a la libre competencia. Así, cuando una empresa incrementa sus precios repentinamente causando malestar en los consumidores, ello no podrá ser sancionado por el Indecopi, pues la propia Constitución Política de Perú garantiza la libertad de precios en el mercado.

Entonces, ¿cuándo se configura una conducta anticompetitiva que incida en la fijación de precios por parte de los competidores? Se debe tener en cuenta que el reconocimiento de la libertad en la determinación de los precios no impide que la Secretaria Técnica investigue e inicie por iniciativa propia o por denuncia de parte un procedimiento administrativo sancionador a causa de un incremento organizado o sospechoso de precios por parte de los agentes competidores en un mercado en específico; sin embargo, dicho comportamiento podrá ser sancionado siempre que existan indicios razonables de que tiene su origen en una concertación entre competidores.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Es en este punto en donde se encuentra el elemento objetivo más importante que configura una práctica colusoria horizontal en el mercado, y que actúa como limitante al ejercicio sancionador del Indecopi: el elemento objetivo de concertación. El Derecho de la Libre Competencia persigue y sanciona aquellos incrementos de precios que sean consecuencia de una voluntad conjunta y coordinada entre competidores de un mismo mercado. Así, las autoridades de competencia, tal como el Indecopi en el Perú, tienen el deber de demostrar mediante la evidencia recabada que, efectivamente, existió una voluntad común y concertada entre los competidores de un mercado de incrementar los precios en perjuicio de la libre competencia en el mercado y del bienestar de los consumidores.

En particular, la importancia fundamental de este elemento objetivo ha sido también recogida por la propia Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi mediante jurisprudencia en la Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI, en la cual se reconoce que *“En toda práctica colusoria horizontal existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto o efecto de eliminar, restringir o limitar la competencia”*.

Por lo tanto, es este elemento de concertación en las conductas contrarias a la libre competencia que establece el límite de actuación de una agencia de competencia para poder sancionar una práctica colusoria horizontal propiamente, pues estas no podrían iniciar procedimientos sancionadores a aquellos agentes en el mercado simplemente por el hecho de que decidieron subir sus precios de manera unilateral y en base a razones comerciales legítimas y estratégicas.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En ese sentido, corresponde entonces responder a la pregunta si es que ¿acaso la autoridad de competencia en el Perú, esto es el Indecopi, puede investigar y sancionar indiscriminadamente al considerar que existe una práctica colusoria horizontal? Como se ha demostrado, esto no es así. Por el contrario, el Indecopi tiene la carga de acreditar en sus funciones investigativas que la presunta práctica anticompetitiva de fijación de precios, en efecto, obedece al elemento objetivo que se requiere para sancionarla: la concertación. De esta manera, una práctica anticompetitiva no podrá consistir meramente en un intercambio de correos electrónicos altamente sospechosos ni mucho menos únicamente en un escenario de paralelismo de precios, pues necesariamente el Indecopi deberá demostrar la concurrencia de ambos elementos para acreditar una hipótesis de concertación de voluntades; es decir, una coordinación consciente y consistente mediante la cual determinados competidores en el mercado acuerdan fijar sus precios en un determinado nivel o estrategia, a fin de eliminar la competencia entre ellos.

Este elemento de concertación es el gran condicionante que sirve como un límite de frenos al Indecopi para no imponer sanciones pecuniarias a agentes competidores en el mercado que realizan conductas que obedecen a razones distintas a un acuerdo colusorio.

Esta premisa se refleja, precisamente, en la tipificación de la infracción administrativa de las prácticas colusorias horizontales, y en específico, en la modalidad de fijación de precios. Así, recurriendo al Artículo 11.1 de la LRCA, este indica lo siguiente:

*“Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas **concertadas** realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:*

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

- a) La fijación **concertada**, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) La limitación o control **concertado** de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) El reparto **concertado** de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- d) La **concertación** de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- e) La aplicación **concertada**, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- f) **Concertar** injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- g) La negativa **concertada** e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- h) Obstaculizar de manera **concertada** e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- i) **Concertar** injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- j) **Concertar** o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,*

- k) *Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. (...)*  
[énfasis agregado].

Tal como se desprende del artículo citado, la misma tipificación de la LRCA exige que necesariamente intermedie en las prácticas colusorias horizontales la existencia del elemento de concertación; tan es así que incluso esta palabra se repite en cada uno de los tipos de prácticas colusorias horizontales.

Esta exigencia en la tipificación responde justamente a uno de los principios del derecho administrativo sancionador que funciona como un límite a la potestad sancionadora de la autoridad administrativa, tal como lo es el Indecopi en materia de libre competencia.

De esta manera, el elemento de concertación que exige la LRCA no solamente funciona como el elemento objetivo que debe apuntar a demostrar el Indecopi al momento de sancionar una práctica colusoria horizontal, sino que además se encuentra estrechamente vinculado al principio de tipificación en el cual el Derecho Administrativo Sancionador se sitúa a fin de no ejercer abusivamente su facultad punitiva.

En ese sentido, en el hipotético escenario en el que el Indecopi, y más específico, la Comisión decida sancionar un mero paralelismo de precios en el mercado o un intercambio de comunicación entre competidores, omitiendo acreditar con exhaustividad el elemento de concertación que se debe cumplir para acreditar efectivamente la

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

configuración de una práctica concertada, dicha actuación contravendrá el principio de tipicidad al cual se encuentra sometida la referida autoridad. Como consecuencia, aquella decisión de carácter ambigua y ociosa podrá ser fácilmente declarada nula.

El respeto al principio de tipicidad al cual la aplicación de la LRCA se encuentra sujeta, se ha visto reflejada en el rechazo a la persecución y sanción de los precios abusivos en la LRCA y, por otro lado, en la inserción en la LRCA de la figura del facilitador como un agente no competidor en el mercado que incurren también en la comisión de la práctica colusoria.

El primer ejemplo mencionado se refiere a la denuncia presentada por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT) y el congresista Javier Diez Canseco Cisneros en el 2003 contra cuatro empresas Administradoras de Fondo de Pensiones (AFP) y la Asociación de AFPS. Parte de la denuncia consistía en que las cuatro empresas AFP habrían incurrido en un abuso de posición de dominio al cobrar comisiones de montos excesivos, vulnerando así el artículo 5 de la entonces ley de libre competencia vigente, el Decreto Legislativo N° 701, referidos al abuso de posición de dominio.

En primera instancia, la Comisión declaró improcedente la denuncia; sin embargo, mediante el recurso de apelación presentado en el 2004 por el congresista Diez Canseco, la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) del Indecopi declaró, entre otros puntos, que los precios explotativos o “abusivos” sí podían ser sancionados por la autoridad de competencia peruana. En particular, mediante la Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, la Sala señaló que *“el abuso explotativo de posición de dominio en el mercado surge cuando la posición dominante se usa en un mercado en perjuicio*

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*directo de los suministradores, clientes (incluyendo clientes reales o potenciales de los competidores) o consumidores”, concluyendo así que “(...) las conductas abusivas explotativas - es decir, aquellas que afectan directamente a los consumidores y usuarios - se encuentran comprendidas dentro de la prohibición de los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo N° 701”, incluida en la definición legal del literal f) de los artículos 3 y 5 de la norma, literal consistente en una cláusula general o de tipo abierta de efecto equivalente.*

¿Cuál fue el problema de este pronunciamiento? La decisión que tomó la Sala no solo generó una interpretación preocupante que en cierta forma permitía la regulación de precios en el mercado, sino que además los artículos 3<sup>177</sup> y 5<sup>178</sup> del Decreto Legislativo N° 701 no permitían en su tipificación la sanción de conductas explotativas o de precios predatorios de manera expresa, ni mucho menos estipulaba que estas se encontraban subsumidas al literal f)<sup>179</sup> del Artículo 5 de la norma.

Como consecuencia, la interpretación de la Sala al subsumir la conducta de precios explotativos en una cláusula general vulneraba el principio de tipicidad al que se encuentran sujetas sus decisiones. Este rechazo fue asumido por el propio Presidente de

---

<sup>177</sup> Artículo 3°.- Actos y conductas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

<sup>178</sup> Artículo 5.- Abuso de posición de dominio en el mercado. Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio (...).

<sup>179</sup> Artículo 5.- (...)

Son casos de abuso de posición de dominio:

(...)

f) Otros casos de efecto equivalente.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

los Vocales de la Sala, el vocal Juan Francisco Rojas Leo, quien emitió un voto discordante en la mencionada Resolución, señalando que:

*“(…) el texto del literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701 no satisface el referido principio de tipicidad debido a que la infracción consistente en la imposición de un precio excesivo por parte de una empresa que ostenta una posición de dominio en el mercado no se encuentra expresamente tipificada como tal en dicho literal, el cual corresponde a un tipo abierto”.*

En efecto, el literal f consistente en una cláusula de efecto equivalente no genera la suficiente seguridad jurídica a los agentes económicos que participan en el mercado para conocer que la Ley de Libre Competencia permite al Indecopi sancionar la conducta de precios abusivos, más aún cuando ni siquiera los artículos referidos al abuso de posición de dominio hacen mención alguna a la prohibición de conductas con efectos explotativos, como lo son los precios abusivos o predatorios. De esta manera, la interpretación que adoptó la Sala al determinar que dicha conducta se encontraba subsumida en una cláusula general cuando ni siquiera satisfacía la tipificación de los artículos de abuso de posición dominante significaba, en efecto, una vulneración al principio de tipicidad del Derecho Administrativo Sancionador.

Esta pugna de interpretaciones conllevó a que se realizará una modificación profunda del Decreto Legislativo N° 701, llevando a su derogación mediante una nueva, mejorada y más detallada Ley de Libre Competencia, emitida mediante el Decreto Legislativo 1034 el 25 de junio de 2008, denominada “Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas” y a cual se viene haciendo referencia como la LRCA (en

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

su versión codificada). En particular, en la Exposición de Motivos del referido Decreto Legislativo derogador se indicó que una de las deficiencias y vacíos legales en la redacción del Decreto Legislativo N° 701 consistía en la posibilidad de permitir sancionar la conducta de “precios abusivos” como un abuso de posición dominante, y del problema de tipicidad que causaba el literal f) de tipo abierto referido a “otros casos de efecto equivalente”. Por lo tanto, en dicha Exposición de Motivos se especificó que era necesario clarificar la norma en el sentido de que quede establecido que los supuestos de prácticas explotativas no son considerados infracciones a la Ley de Libre Competencia, y que se debía dotar a la norma de una precisa tipificación de conductas sancionables.

En tal sentido, la derogación introducida por la nueva Ley de Libre Competencia del Decreto Legislativo N° 1034 introdujo de manera explícita en su artículo 10.2 que el abuso de la posición de dominio en el mercado consistía en conductas de efecto únicamente exclusorio, añadiendo por primera vez los literales d), e), f), y g) y h)<sup>180</sup>.

El segundo ejemplo que refleja la importancia del principio de tipicidad en el Derecho de la Libre Competencia se refiere a la figura del facilitador como sujeto sancionable por la LRCA. Durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 1034, la norma se limitaba a señalar que la comisión de prácticas colusorias horizontales era aquella realizada por agentes competidores en el mercado, por lo que se encontraban fuera de la tipificación

---

<sup>180</sup> Artículo 10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

- d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
- g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,
- h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

aquellos terceros que no competían en el mercado pero que participan facilitando la comisión de la conducta ilícita. En efecto, la Comisión se enfrentó, en particular, a dos casos emblemáticos en lo que no pudo sancionar a aquellos agentes que actuaron como facilitadores del acuerdo horizontal.

Uno de los casos fue el del mercado de farmacias, en el que la Secretaría Técnica de la Comisión pudo evidenciar de los correos electrónicos recabados que las farmacias investigadas lograban alinear sus precios y coordinar su acuerdo mediante la intervención de los laboratorios o distribuidores a fin de evitar mantener contacto directo entre ellas. De esta manera, los laboratorios o distribuidores eran los encargados de comunicarse con cada farmacia para trasladarle la información necesaria relacionada al alcance del cartel de precios.

En dicho caso, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia sancionó a las farmacias involucradas en el cartel de precios, pero no pudo hacer lo mismo respecto de los laboratorios y proveedores, toda vez que, según la tipificación de la norma, esta no les era aplicable<sup>181</sup>.

Una situación similar sucedió en el caso del mercado de hemodiálisis, en el cual treinta y tres clínicas que proveían el servicio de hemodiálisis se coludieron para incrementar el valor de referencia al cual Essalud (el Seguro Social de Salud) venía cotizando para contratar dicho servicio como parte de un proceso de selección público. En la investigación, se acreditó que este cartel de precios fue facilitado gracias a la existencia de la Asociación de Centros Privados de Hemodiálisis, la cual servía como una plataforma

---

<sup>181</sup> Resolución 078-2016/ CLC-INDECOPI (Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 12 de octubre de 2016, párrafo 107).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

para que las empresas se reunieran y pactaran los términos del cartel, siendo además esta quien organizaba las reuniones e impartía las decisiones de la fijación de precios. No obstante, de igual manera que en el caso de farmacias, la Comisión no sancionó a la referida Asociación, toda vez que la ley vigente en ese momento no sancionaba la participación de terceros no competidores en una práctica colusoria horizontal<sup>182</sup>.

En virtud de dicho vacío legal, se realizó una modificatoria mediante el Decreto Legislativo 1205 del 23 de septiembre de 2015, mediante el cual se introdujo en el ámbito de aplicación subjetivo de la LRCA la figura del facilitador, definiéndolo como “*aquellas personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta*”, incluyendo también a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.

En base a los ejemplos expuestos referidos a los “precios abusivos” y la figura del facilitador, se evidencia la importancia de respetar el principio de tipicidad que limita la potestad sancionadora del Indecopi, conllevando incluso a la necesidad de realizar modificaciones legislativas a las leyes de libre competencia a fin de satisfacer dicho principio.

Estos antecedentes legislativos refuerzan lo que se ha venido desarrollando durante el análisis de la presente pregunta de investigación; esto es, la necesidad y el deber que tiene la autoridad de competencia peruana de acreditar los elementos objetivos esenciales que

---

<sup>182</sup> Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI (Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 10 de febrero de 2016, párrafos 48 y 500).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

exige la tipificación de una conducta anticompetitiva prohibida en la LRCA para poder sancionarla de conformidad con el principio de tipicidad que exige el Derecho Administrativo Sancionador.

Así, particularmente, se concluye que es determinante que el Indecopi, mediante la Comisión y su Secretaría Técnica, demuestren la existencia del elemento objetivo y esencial de concertación, entendiéndose como la formula conformada por un esquema de comunicación y un paralelismo de precios, para acreditar la configuración de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios. Únicamente bajo este estándar de probanza que demuestre una efectiva concertación en la conducta será posible demostrar un verdadero caso de fijación de precios, pudiendo recién allí el Indecopi sancionar dicho ilícito sin trasgredir el principio de tipicidad que exige el Derecho Administrativo Sancionador.

## **2.7 La dificultad de sancionar una colusión tácita bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Conforme se ha podido conocer en el desarrollo de la presente investigación, las normas de libre competencia tienen por finalidad velar de que existan las bases correctas para que los competidores en el mercado compitan en función a sus propias eficiencias, de modo que finalmente se asegure la oferta de bienes y servicios de calidad en beneficio de los consumidores.

Así, en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 -que fue la ley de libre competencia peruana de manera previa a que fuera integrada en su versión actual integrada en un Texto Único Ordenando-, el legislador dispuso que “*la libre competencia*

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*es un factor fundamental en la eficiente asignación de recursos dentro de la sociedad y que redundará en un mayor bienestar de los consumidores*”<sup>183</sup>, por lo que resulta muy importante la aplicación de las normas en esta materia.

Considerando lo anterior, las legislaciones de libre competencia alrededor del mundo prohíben y sancionan aquellas prácticas que tengan por objeto o efectos restringir la libre competencia en el mercado, siendo una de ellas los acuerdos o prácticas concertadas que los competidores lleven a cabo entre sí.

Particularmente, en la LRCA -la ley aplicable a la defensa de la libre competencia -, los acuerdos y prácticas concertadas son sancionadas porque implican la existencia de un acercamiento o coordinación previo entre agentes económicos en el mercado para renunciar a competir entre ellos de manera independiente y autónoma, con la finalidad de conseguir fijar precios u otras condiciones comerciales de manera uniforme, como si se tratara de un solo agente competidor rigiendo la oferta en el mercado, asemejando así precios y condiciones comerciales monopólicas.

Ahora bien, es fundamental tener en consideración que, respecto de los acuerdos y prácticas concertadas, lo que se persigue y sanciona es el arreglo al que han llegado los competidores para renunciar a competir por la eficiencia entre ellos. Esta concertación usualmente se lleva a cabo mediante reuniones clandestinas entre los representantes de las empresas a fin de acordar con certeza a qué precios subirán sus productos, por ejemplo. Otro indicio de estos acuerdos puede ser mediante correos electrónicos que evidencien un intercambio de información sobre sus precios. Una forma menos usual suele ser las

---

<sup>183</sup> Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. [http://spji.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf](http://spji.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

denominadas pruebas directas, que vendrían a ser los típicos acuerdos escritos o a través de contratos que consten registro del arreglo anticompetitivo de manera específica o literal.

Sin embargo, se ha demostrado en la jurisprudencia internacional y también en la peruana que podrían ocurrir casos en los que no existe de por medio evidencia alguna de dicho acuerdo, debido a que las propias condiciones del mercado facilitarían una interdependencia en el comportamiento de los competidores. En esa línea, las agencias de competencia de distintos países han confirmado que, si bien sus respectivas leyes prohíben que las empresas acuerden explícitamente restringir la competencia, tal acuerdo no siempre es indispensable para que estas puedan coordinar con éxito su comportamiento, logrando una colusión a través de una estructura bien organizada y sin comunicación alguna<sup>184</sup>.

De esta manera, es claro que una colusión puede formarse de manera exitosa, inclusive sin la necesidad de intermediar algún tipo de comunicación o reunión evidente, pues las condiciones del mercado permiten a los competidores conocer el comportamiento del otro y adaptar así sus políticas comerciales en base a la expectativa del otro. Así, bajo este esquema de colusión, los competidores no tienen la necesidad de reunirse para acordar las condiciones anticompetitivas que quieren fijar o de intercambiar entre ellos comunicaciones para tal fin, sino que confían en que la transparencia del mercado les permitirá adaptar su comportamiento al de su competidor de una manera coordinada y persistente.

---

<sup>184</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD, “*Executive Summary of the Hearing on Competition Enforcement in Oligopolistic Markets*” (OECD, 2015). [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2015\)1/ANN10/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2015)1/ANN10/FINAL/en/pdf)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Si bien este comportamiento resulta razonable considerando que ciertas condiciones del mercado podrían facilitararlo, como por ejemplo la transparencia de información y la concentración de competidores, el alineamiento de las políticas comerciales y la eliminación de la autonomía en el mercado causa una gran preocupación sobre si este escenario de colusión tácita podría ser reprimido por las actuales normas de libre competencia.

En la legislación peruana, la LRCA presenta obstáculos para poder sancionar un escenario de colusión tácita en el mercado; ya sea por la propia tipificación de la norma o por motivos de estándar probatorio.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que un primer obstáculo que enfrenta el Indecopi para castigar una colusión tácita bajo la actual LRCA es que esta norma no contempla tipificación alguna que aluda a algún tipo de coordinación tácita o comportamiento paralelo en el mercado como una infracción.

El artículo 11 de la LRCA describe a las prácticas colusorias horizontales como aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

De esta manera, la LRCA se limita a castigar aquellos actos y decisiones que han sido previamente consensuados entre los competidores, ya sea para convenir un acuerdo o emitir una decisión o recomendación. Si bien la LRCA no hace una referencia a la forma

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

en la que deban exteriorizarse dichas actuaciones -si es que es de manera implícita o explícita-, también es igualmente cierto que la LRCA evitar aludir a una prohibición del mero paralelismo de precios o un escenario de paralelismo consciente.

En ese sentido, si la intención del legislador hubiera sido facultar al Indecopi a sancionar una colusión en el mercado, independientemente de la forma en la que se logre, como lo vendría a ser una colusión tácita, se observaría en la LRCA una redacción similar a la norma brasileña, la cual dispone que se encuentran prohibidos “*los actos manifestados en cualquier forma*” [Énfasis agregado].

De igual manera, la LRCA no contempla en su prohibición el escenario de una colusión tácita o de aquellos actos conscientemente paralelos que tengan efectos anticompetitivos, como por ejemplo sí lo hace la normativa colombiana, la cual incluye en la definición de un acuerdo aquella “*práctica conscientemente paralela entre dos o más empresas*” [Énfasis agregado].

Por el contrario, la LRCA incluso carece de una definición sobre lo que se debería entender por acuerdo anticompetitivo. Por ello, de la propia literalidad de la norma no puede desprenderse que se prohíba una colusión tácita, ni se podría presumir tampoco la forma bajo la cual podría tipificarse.

La imposibilidad de aplicar una sanción punitiva a la colusión tácita por motivos de tipificación encuentra sustento en dos principios fundamentales en el Derecho y reconocidos constitucionalmente en el ordenamiento peruano; estos son, el principio de legalidad y tipicidad.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

De acuerdo con el marco teórico desarrollado en secciones anteriores de la presente investigación, se reconoce al principio de legalidad como aquel previsto en el ordenamiento jurídico que garantiza que las autoridades, al momento de ejercer su potestad punitiva que les ha conferido el Estado, únicamente puedan determinar la existencia de infracciones e imponer sanciones que se encuentren de manera previa, clara y debidamente previstas en una norma con rango de ley.

Por su parte, el principio de tipicidad o taxatividad exige a las autoridades el deber de imputar únicamente aquellas infracciones cuyos supuestos de hechos y consecuencias punitivas se encuentren adecuadamente descritos en la norma.

En ese sentido, en virtud del principio de legalidad y taxatividad, únicamente pueden prohibirse y sancionarse aquellas conductas que se encuentren debidamente previstas en una norma con rango de ley, y siempre que hayan sido adecuadamente descritas de manera clara y calificadas como ilícita en dicha norma. Ello, evidentemente, tiene por finalidad generar seguridad jurídica a los ciudadanos, de modo que conocen con anticipación y certeza cuáles son aquellas conductas que se encuentran prohibidas de realizar.

Por ello, en el caso de la colusión tácita, la autoridad de competencia no podría sancionar una conducta que no se encuentra debidamente contemplada ni descrita en su respectiva norma. Así, como ya se ha mencionado anteriormente, la LRCA no ha previsto en su texto incluir el concepto de colusión tácita, ni algún tipo de referencia que permita dar a entender a los administrados que este tipo de conductas se configura una infracción a la

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

norma y, consecuentemente, que está prohibida. Si es que el Indecopi decidiera investigar y sancionar una colusión tácita en el mercado, dicha actuación punitiva estaría vulnerando los principios de legalidad y taxatividad reconocidos en la Constitución Peruana.

Lo anterior encuentra mayor sustento al revisar la jurisprudencia emitida por el Indecopi, en la cual se ha señalado que un acuerdo se debe entender como un concierto de voluntades entre competidores para limitar la competencia entre ellos. Este concierto al que se refiere la jurisprudencia no puede fácilmente acreditarse en un escenario de paralelismo consciente, en el cual no existe ningún tipo de comunicación o colaboración fehaciente entre los competidores para lograr el comportamiento paralelo.

De esta manera, sin una tipificación en la LRCA que explícitamente prohíba una colusión tácita o un paralelismo consciente, o que no especifique la forma implícita en la que un acuerdo pueda tomar forma para ser sancionado, la LRCA no podrá ser utilizada para prevenir y evitar un incremento de precios con efectos anticompetitivos en el mercado.

Por lo tanto, el Indecopi no tiene la facultad legal en específico para poder perseguir y sancionar un escenario que colusión tácita que prescinda de las pruebas del consenso o concertación. En el supuesto que el Indecopi decidiera aun así investigar y castigar una colusión tácita basada en otros indicios, se enfrentaría de igual forma un segundo obstáculo explicado a continuación.

El segundo problema existente en la LRCA que dificultaría sancionar una colusión tácita en el mercado es la finalidad que persigue el propio artículo 11 al prohibir las prácticas colusorias horizontales. Esta disposición legal no tiene como propósito castigar en el

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

mercado cualquier incremento o paralelismo de precios que se verifique en el mercado, sino únicamente cuando dicho escenario sea consecuencia de una concertación previa. Es precisamente por esta razón que la jurisprudencia del Indecopi ha establecido claramente que un mero paralelismo de precios que se observe en el mercado no puede constituir una conducta contraria a la libre competencia, al menos que se acredite el elemento de concertación o colaboración entre los competidores para demostrar su voluntad de coludirse.

Sin embargo, la colusión tácita es percibida en la jurisprudencia peruana y la doctrina a nivel internacional, como un comportamiento económicamente racional en el mercado. Así, la jurisprudencia ha sido clara en establecer que un escenario de colusión tácita se presenta más bien como una situación natural en mercados oligopólicos, cuyas características no solo hacen propicia una coordinación implícita entre competidores, sino que además conlleva a que dicho comportamiento interdependiente sea uno estratégico y racional.

Esta premisa encuentra sustento en el argumento planteado por Eduardo Quintana, quien señala que considerar ilícito un comportamiento de colusión tácita carecería de sentido alguno ya que, ante las mismas condiciones del mercado, la conducta continuaría ocurriendo, al menos que se ordenara a las empresas a “taparse los ojos” para no ver las condiciones y tendencias del mercado<sup>185</sup>.

De esta manera, ante la ocurrencia de una colusión tácita en el mercado, la aplicación de la LRCA para prevenirla y sancionarla incurriría en una contradicción o despropósito,

---

<sup>185</sup> Eduardo Quintana, “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita”, 203.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

toda vez que la decisión de los agentes económicos en un mercado oligopólico para adaptarse a la política comercial de su competidor resulta ser una estrategia, que continuaría ocurriendo en el mercado, precisamente porque las condiciones de este último así lo permiten.

En ese sentido, mientras un mercado posea una alta transparencia de precios y concentre cada vez un menor número de competidores, es factible para cada uno de ellos observar el comportamiento económico de sus pares para presentarse mucho más competitivo en el mercado. Por ejemplo, al observar un determinado descuento otorgado por una empresa en el mercado, el competidor podría optar por implementar el mismo descuento para mostrarse igualmente atractivo a los consumidores, o incluso podría incrementar dicho descuento con la finalidad de captar mayor preferencia.

De igual manera, podría ocurrir que ante el incremento de precios de sus competidores, una empresa podría racionalmente decidir igualar dicho incremento, para no reducir su margen de ganancia ante sus competencia. En ese sentido, como se puede apreciar, ambas decisiones resultan completamente válidas en un contexto competitivo, por lo que resultaría contradictorio que se sancione dicha actuación, y más aún que se les solicite a las empresas no actuar de dicha forma.

Así, si la LRCA pudiera sancionar un escenario de colusión tácita, ello resultaría ser también un despropósito, ya que mientras las mismas condiciones de transparencia se mantengan en el mercado, no tendrá sentido alguno considerar un paralelismo consciente como un acto ilícito, ni mucho menos pedir que cese su comisión. El mercado continuará facilitando dichos comportamientos de modo natural y racional.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Lo anteriormente explicado se encuentra directamente relacionado con un tercer problema: ¿una colusión tácita podría entenderse realmente como una conducta dañina para el mercado? Como se ha mencionado previamente, un escenario de colusión tácita podría desprenderse de un mero paralelismo de precios. En la práctica, son las propias condiciones del mercado, como por ejemplo la transparencia de la información sensible, las que facilitan que los competidores puedan alinear su comportamiento entre ellos sin la necesidad de ponerse en contacto.

Estos hechos no necesariamente podrían obedecer a un propósito ilícito bajo el cual los agentes económicos en el mercado busquen restringir la competencia a su favor. Por el contrario, se puede argumentar que los competidores en la economía actual poseen la suficiente libertad para conocer, por ejemplo, cuáles son los precios que sus competidores ofertan, y así determinar sus propias políticas comerciales de la manera que mejor les convenga; ya sea ofreciendo menores precios, igualándolos o aumentándolos.

Esta dinámica de monitoreo de los precios de la competencia se presenta como un motivo para que los agentes económicos en el mercado inviertan en mayores esfuerzos para destacarse de sus rivales, pues si finalmente deciden nivelar sus precios, la propia presión competitiva del mercado los obligará a diferenciarse uno del otro para recibir la preferencia de los consumidores.

De esta manera, un escenario de colusión tácita puede en realidad obedecer a una actuación completamente racional y comercialmente estratégica que es adoptada por todos los agentes económicos en un mercado. Probar su ilicitud sería un escenario

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

excepcional a esta regla y, por lo tanto, una difícil tarea para las autoridades de competencia.

Ahora bien, aun cuando la autoridad de competencia peruana encontrara altas sospechas de que el comportamiento paralelo de precios en el mercado pueda deberse a una concertación implícita entre los competidores, a falta de otra explicación racional, dicha prueba por sí sola no sería suficiente. Es allí donde aparece el cuarto problema u obstáculo que enfrenta la LRCA para sancionar efectivamente una colusión tácita: el estándar de prueba.

Para demostrar una práctica concertada, en cualquiera de sus modalidades, el estándar de prueba requiere demostrar precisamente el elemento de concertación, comunicación y consenso entre las partes, incluso de manera indirecta. Para ello, es importante demostrar como evidencia la existencia de comunicaciones intercambiando información sensible o la existencia de reuniones entre los representantes de las empresas.

Sin embargo, tal como ya se ha señalado, en los escenarios de colusión tácita no existe evidencia alguna sobre el intercambio de información entre los competidores, en tanto estos últimos han logrado alcanzar un comportamiento coordinado basándose únicamente en la información que le proporciona el propio mercado y anticipando las decisiones de su competencia.

Esta particularidad en los escenarios de colusión tácita plantea un gran problema al Indecopi en caso tuviera la intención de castigar dicha conducta. Así, mantener una hipótesis de colusión basada únicamente en la evidencia económica de los precios en el

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

mercado no es una decisión coherente con la predictibilidad que se espera en sus pronunciamientos, en los cuales se debería observar claramente que lo que el Indecopi busca sancionar es la actuación concertada de los competidores para incrementar sus precios a través de un acuerdo o un “pacto de caballeros”, mas no únicamente una actuación meramente unilateral y coincidente con otras.

Por ello, el académico George A. Hay sostiene que defender una acusación sobre una presunta colusión tácita ante un juez, por ejemplo, resultaría ser una tarea muy inútil, pues cuando se solicite inferir una colusión tácita únicamente a partir de evidencia económica o de los denominados “*plus factors*”, el juez no tiene realmente la certeza de lo que está buscado, situación distinta a la detección de un acuerdo, en donde el juez determina su existencia a partir de evidencia circunstancial como comunicaciones o reuniones previas entre los competidores para implementar el acuerdo anticompetitivo<sup>186</sup>.

Por lo tanto, si el Indecopi decidiera investigar y sancionar un paralelismo consciente en el mercado como una práctica anticompetitiva bajo la actual la LRCA, aun prescindiendo del tipo de tipificación que se utilice para ello; sea un acuerdo o una práctica concertada, enfrentará un gran obstáculo al deber demostrar el elemento más importante en toda conducta colusoria: la concertación.

En efecto, el Indecopi no podría presentar una hipótesis colusoria basándose únicamente en la evidencia económica de la uniformidad de los precios -lo cual sucede en una colusión tácita-, pues ello podría obedecer a decisiones independientes y racionales en el mercado. Aun cuando el Indecopi decidiera sustentar dicha evidencia con los conocidos

---

<sup>186</sup> Hay, "The Meaning of "Agreement under the Sherman Act: Thoughts from the Facilitating Practices Experience", 128

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

“*plus factors*”, se vería también ante un problema probatorio, pues existiría también un margen de discreción respecto de la importancia o valor probatorio podrían adquirir estos factores entre ellos mismos -tal como la crítica planteada por el académico William E. Kovacic- y en comparación con evidencia fehaciente para acreditar la existencia de una colusión, pues evidentemente no podrían equipararse. Por todo ello, el Indecopi siempre se vería obligado a respetar la tipificación que exige la LRCA para sancionar un incremento de precios, siempre que ello obedezca a una unión de voluntades claramente demostrada en la evidencia del caso.

En virtud de esta problemática en el estándar probatorio para probar una colusión tácita, es posible cuestionar si es que realmente las autoridades de competencia, como el Indecopi, realmente han invertido los esfuerzos suficientes para poder combatir la amenaza de un paralelismo consciente en el mercado que logra los mismos efectos que un cártel de fijación de precios. Al respecto, es importante resaltar lo sostenido por el reconocido juez estadounidense Richard Posner, quien postula que las leyes de libre competencia y sus organismos encargados de hacer cumplirlas no han sido lo suficientemente lejos para atacar y condenar la colusión tácita -que se entiende como una coordinación de fijación de precios sin ningún acto de comunicación manifiesto o detectable- sobre la base de evidencia económica<sup>187</sup>.

Por ello, conviene sobre esta problemática discutir si es que las legislaciones en libre competencia deben adoptar un nuevo enfoque respecto de la represión de las prácticas anticompetitivas y, en particular, contra las colusiones tácitas en los mercados oligopólicos, cuyos efectos serían de igual modo dañinos al mercado y al bienestar de los

---

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 780

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

consumidores. De acuerdo con Francisco Beneke y Mark-Oliver Mackenrodt, se argumenta desde una perspectiva de política económica que se debe abolir la incertidumbre de ilegalidad que existe sobre los escenarios de colusión tácita, y más bien se debe empezar a prohibir todo tipo de “precios oligopólicos”<sup>188</sup>.

Al respecto, la presente investigación concluye que, efectivamente, la LRCA en el Perú no permite que el Indecopi pueda acusar y sancionar la existencia de un incremento coordinado de precios en un mercado con características oligopólicas que carezca de evidencia de comunicación alguna.

Si bien se reconoce que un comportamiento de características coincidentes puede ser uno racional y propio de un mercado oligopólico en donde los competidores deciden como una estrategia comercial observar el comportamiento de sus rivales y adaptarse a este, es también cierto que estas mismas condiciones también facilitan que los agentes en este mercado se aprovechen de dicha dinámica y opten por coordinar sus precios conscientemente sin la necesidad de reunirse o comunicarse. Sin embargo, como se ha explicado, atribuirle ilegalidad a este escenario resulta altamente complejo para una autoridad de competencia como el Indecopi, debido a las limitantes de tipificación en la LRCA y del estándar probatorio que la jurisprudencia exige.

Ante estas limitantes que enfrentan las autoridades de competencia como el Indecopi para poder sancionar efectivamente una colusión tácita, surge una preocupación en el Derecho de la Libre Competencia el mundo. La doctrina sugiere que las políticas de competencia en general han brindado soluciones limitadas al conocido “problema del oligopolio” -es

---

<sup>188</sup> Ballou, “The ‘No Collusion’ Rule”, 157.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

decir, la amenaza de una colusión tácita que trae consigo por naturaleza -pues se argumenta que rara vez las condiciones del mercado oligopólico logran justificar un comportamiento conscientemente paralelo como uno racional<sup>189</sup>.

No obstante, se debe recordar que la finalidad de la LRCA, como cualquier otra norma que sanciona las prácticas colusorias horizontales, es reprimir y prevenir aquellos comportamientos en el mercado que previamente han sido concertados mediante una unión realmente intencional de voluntades de los competidores destinada a restringir el mercado, para lo cual el Indecopi como autoridad de competencia debe demostrar a través de evidencia directa o indirecta de contacto entre las empresas. Ello, evidentemente, no puede ser demostrado en una colusión tácita, la cual incluso es percibida como un comportamiento racional en los mercados oligopólicos.

## **2.8 El uso de los algoritmos en la actualidad**

La llegada de la tecnología en las últimas décadas ha transformado y dinamizado no solamente la vida diaria de las personas en el mundo, sino también las formas en cómo funcionan, se desarrollan y compiten los negocios actualmente. Así es como gradualmente queda en el olvido aquellos modelos tradicionales de hacer negocios para brindar paso a la nueva economía digital, cuyos agentes económicos se caracterizan por innovar sus procesos operativos y logísticos mediante el uso de la tecnología.

Una de las herramientas que la nueva era de empresas digitales recurre a utilizar para mantenerse competitivas en el mercado es el uso y almacenamiento de grandes cantidades

---

<sup>189</sup> Jan Potters y Sigrid Suetens, “Oligopoly experiments in the current millennium”. *Journal of Economic Surveys* 27, no. 3 (2013): 439–460. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/joes.12025/abstract>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

de información sobre los consumidores, o conocida como *Big Data*. “*El concepto Big Data se refiere a la información que los proveedores de servicios digitales, grandes y pequeñas empresas, obtienen de los consumidores y/o sus competidores y que tiene un valor en el mercado, ya sea para ellos, los usuarios, sus competidores, o empresas en otros mercados*”<sup>190</sup>. De esta manera, muchas de las plataformas virtuales que se conocen hoy en día recaban la información de los usuarios que acceden a estas; por ejemplo, recolectan “*información sobre el tipo de dispositivo usado por los usuarios, su dirección de IP y datos personales como su ubicación, género, ocupación e intereses*”<sup>191</sup>.

La información que estas empresas recopilan de los usuarios puede ser utilizada ya sea para generar un propio valor agregado al servicio que ofrezcan a sus consumidores y mejorar su experiencia, o para ofrecerlo a una tercera parte usualmente como una fuente de ingreso. Así, con el creciente uso de celulares smartphones, no solamente las personas se encuentran más conectadas entre ellas y de manera globalizada, sino que también geográficamente se encuentran rastreadas debido justamente al uso de estos celulares. Ello es así desde que “*la información sobre la localización de los usuarios es colectada y usada por muchos negocios online a fin de mejorar los servicios que ofrece a sus usuarios y para dirigir sus publicidades*”<sup>192</sup>.

Por ejemplo, de acuerdo con Elizabeth Dwoskin, Netflix recopila y utiliza datos a fin de mostrar recomendaciones de similar contenido según las preferencias de otros usuarios

---

<sup>190</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era* (OECD, 2016). [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>191</sup> Comisión Federal de Competencia Económica - COFECE, *Repensar la competencia en la Economía Digital* (Estudios de la Promoción de la Competencia, 2018). [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlacompetenciaenlaeconomiadigital\\_01022018.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlacompetenciaenlaeconomiadigital_01022018.pdf)

<sup>192</sup> Andres V. Lerner, *The role of "Big Data" in online platform competition* (Compass Lexecon, 2014), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2482780](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780) (Traducido del inglés por el investigador).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

en una ubicación geográfica similar, mientras que la empresa de joyas Pandora recopila datos de ubicación de los usuarios para venderlos a agencias de publicidad, quienes pueden usar estos datos para proporcionar anuncios dirigidos en función de la ubicación de los usuarios<sup>193</sup>.

Sin embargo, el solo almacenamiento de una gran base de información y datos no es lo único beneficioso para las empresas que recurran a esa práctica, sino que “*para aprovechar la información y que esta tenga valor es necesario poder procesarla*”<sup>194</sup>. Esto quiere decir, en términos generales, poder darle un sentido. De esta manera, resulta complicado idealizar un escenario en el cual sean los propios trabajadores y operadores de una empresa, tanto ingenieros o economistas, quienes tengan la labor de manejar una cantidad de información como la que trabaja el *Big Data* a fin de poder procesarla y otorgarle una finalidad determinada. Ello resultaría sumamente ineficiente, pues requeriría no solo contratar una gran cantidad de profesionales, sino también una destreza sumamente especializada capaz de procesar tal universo de información. Es por ello que las empresas de la nueva economía digital recurren a, nada menos que una computadora, prescindiendo así de la fuerza humana.

### **2.8.1 El uso de algoritmos en las actividades económicas en el mercado**

Los algoritmos “*son una forma de Inteligencia Artificial que permite a una computadora tener y resolver problemas cada vez más complejos, e incluso hacer predicciones más*

---

<sup>193</sup> Elizabeth Dwoskin, “In Digital Ads, It’s Location, Location, Location,” *The Wall Street Journal*, 6 enero, 2014. <http://blogs.wsj.com/digits/2014/01/06/in-digital-ads-its-location-location-location/> (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>194</sup> COFECE, *Repensar la competencia en la Economía Digital*, 24.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*eficientes que las humanas*”<sup>195</sup>. Si bien es cierto, de acuerdo con Moschovakis, resulta complejo encontrar una definición consensuada sobre qué es un algoritmo hoy<sup>196</sup>, un algoritmo se puede definir de manera más sencilla como una “*secuencia de reglas que deberían desempeñarse en un orden determinado para llevar a cabo una cierta tarea*”<sup>197</sup>.

Conviene en primera instancia abordar el concepto de algoritmo como usualmente se conoce; esto es, como una simple operación matemática que afirma que la combinación de ciertos elementos numéricos arroja una determinada respuesta. Sin embargo, abordado desde un concepto más técnico, los algoritmos se definen como “*una lista inequívoca y precisa de operaciones simples, aplicadas mecánica y sistemáticamente a un conjunto de tokens u objetos (por ejemplo, configuraciones de piezas de ajedrez, números, ingredientes de pasteles, etc.)*”<sup>198</sup>. Por lo tanto, en términos simples, un algoritmo es una instrucción que debe seguirse para cumplir un determinado fin.

Si bien los algoritmos y la programación de las computadoras han existido desde hace años atrás, ha sido gracias a la inteligencia artificial y a la disponibilidad de grandes bancos de data con un alto poder de procesamiento de las computadoras modernas que ha permitido que los algoritmos obtengan buenos resultados. Hoy en día, “*los algoritmos de aprendizaje automático (machine learning) y aprendizaje profundo (deep learning) habilitados con Big Data pueden resolver problemas de gran complejidad*”<sup>199</sup>. Así, dadas

---

<sup>195</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD, *Algorithms and Collusion - Background Note by the Secretariat* (OECD, 2017), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf) (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>196</sup> Yiannis N. Moschovakis, *What Is an Algorithm? Software Seminar*, LNCS 7147 (2012): 31 – 42.

<sup>197</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*.

<sup>198</sup> Robert A. Wilson y Frank C. Keil, *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences* (England: The MIT Press Cambridge, 1999), 11. (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>199</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD, *Executive Summary of the Roundtable on Algorithms and Collusion* (OECD, 2017),

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

las cantidades suficientes de datos (que se pueden recopilar o comprar) y cantidades suficientes de recursos informáticos (que se pueden comprar), los algoritmos pueden aprender de los datos. En general, *“cuanto mayor sea el volumen, la velocidad y la variedad de los cuales el algoritmo puede aprender, mejor se vuelve en sus tareas”*<sup>200</sup>.

Ahora bien, es importante destacar que, aun cuando parezca incierto, los algoritmos se encuentran presentes en sectores tan cotidianos y a la vez muy importantes de la sociedad. De hecho, *“según algunos científicos, los algoritmos son tan comunes en la sociedad moderna que rastrean, predicen e influyen en el comportamiento de los individuos en casi todos los aspectos de la vida”*<sup>201</sup>. Por ejemplo, la inteligencia artificial de los algoritmos es utilizado en el sector de salud, en donde se crearon *“algoritmos de reconocimiento de imagen para detectar el cáncer de melanoma en una etapa temprana del análisis de lunares y lesiones, así como para ayudar en la cirugía de cáncer de cerebro mediante la detección de células cancerosas a eliminar”*<sup>202</sup>. Similarmente, en el ámbito de la ingeniería civil y mecánica, la inteligencia artificial se ha aplicado para múltiples propósitos, *“como predecir la dispersión de polvo en las operaciones de perforación, pronosticar la respuesta estructural de los edificios bajo terremotos, así como predecir las condiciones de velocidad del tráfico”*<sup>203</sup>. Por otro lado, en el sector financiero, los algoritmos se han diseñado a semejanza del *“funcionamiento neuronal y*

---

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2017\)1/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2017)1/ANN3/FINAL/en/pdf) (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>200</sup> OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 9.

<sup>201</sup> Leo Hickman. “How Algorithms Rule the World”, The Guardian, 1 julio, 2013. <https://www.theguardian.com/science/2013/jul/01/how-algorithms-rule-world-nsa> (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>202</sup> Nicole Hemsoth, “The Next Wave of Deep Learning Applications”, The Next Platform, [www.nextplatform.com/2016/09/14/next-wave-deep-learning-applications/](http://www.nextplatform.com/2016/09/14/next-wave-deep-learning-applications/). (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>203</sup> John Boaz Lee y Kardi Teknomo, *A review of various short-term traffic speed forecasting models* (Boracay: National Conference in Information Technology Education, 2014). (Traducido del inglés por el investigador).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*genético a fin de generar señales de compra y venta de acciones*”<sup>204</sup> y, de acuerdo con Stewart Jones y David Johnstone, para predecir quiebras<sup>205</sup>.

La creciente importancia del uso de los algoritmos en la vida cotidiana demuestra la gran utilidad que pueden significar para resolver problemas altamente complejos y que requiere un mayor grado de eficiencia. Es por esta misma razón que los algoritmos se usan también en las actividades comerciales en la actualidad. Así, se ha denominado “algoritmos empresariales” a aquellos “*usos complejos de algoritmos destinados a mejorar las decisiones comerciales y automatizar los procesos de competencia*”<sup>206</sup>. Como se comentó anteriormente, la era de la digitalización y el creciente dinamismo que enfrenta la economía actual conlleva a las empresas del mercado global a adaptar sus políticas comerciales no solamente a los nuevos retos tecnológicos, sino también a un consumidor cada vez más instruido tecnológicamente y demandante en un mercado altamente digital.

Entonces, bajo esa premisa, cabe realizar la pregunta ¿cómo es que un algoritmo se utiliza en las actividades económicas de las empresas hoy en día y cómo sirve para mejorar y automatizar las decisiones comerciales? Existen dos funciones importantes que los algoritmos empresariales desempeñan en la actividad económica de los negocios en el mundo.

---

<sup>204</sup> Hakan Er y Adnan Hushmat, “The application of technical trading rules developed from spot market prices on futures market prices using CAPM”. *Eurasian Business Review*, 7(3) (2016): 313-353 <http://link.springer.com/article/10.1007/s40821-016-0056-2>. (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>205</sup> Stewart Jones y David Johnstone. “Predicting Corporate Bankruptcy: An Evaluation of Alternative Statistical Frameworks”. *Journal of Business Finance & Accounting*, 44(1-2) (2016), 3–34. (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>206</sup> Ariel Ezrachi y Maurice E. Stucke, “Two Artificial Neural Networks Meet in an Online Hub and Change the Future (Of Competition, Market Dynamics and Society)” *Oxford Legal Studies Research Paper No. 24/2017* (2017): 1-54, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2949434](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2949434). (Traducido del inglés por el investigador).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

La primera función que realiza un algoritmo empresarial es la de estimar resultados. Esto permite a las empresas que los usen para “*generar una estimación de la probabilidad de que ocurra un evento con base en el análisis de una gran cantidad de información histórica o recolectada en tiempo real. Por ejemplo, pueden estimar la demanda, cambios de precio, predecir el comportamiento de los consumidores y sus preferencias, tasas de cambio e incluso desastres naturales. Esto permite a las empresas mejorar sus procesos de toma de decisiones en forma más oportuna y eficiente y desarrollar servicios innovadores*”<sup>207</sup>.

Asimismo, los algoritmos también desempeñan como segunda función la de optimizar procesos de negocio, pues “*permiten a los negocios ganar ventajas comparativas al reducir sus costos de producción y transacción, segmentar sus consumidores o al establecer políticas de precios óptimas que efectivamente respondan a las circunstancias del mercado*”<sup>208</sup>.

En virtud de lo expuesto, se observa que “*a medida que las empresas utilizan algoritmos para ser más eficientes, otras empresas sienten la presión de digitalizar sus operaciones y desarrollar algoritmos similares*”<sup>209</sup>. Es por ello que el uso de algoritmos en las nuevas relaciones corporativas son un factor clave para entender un nuevo enfoque de la competencia en el mercado actual, en el que la innovación juega un rol sumamente importante en la presión competitiva por la lucha de clientes y la obtención de mayor

---

<sup>207</sup> COFECE, *Repensar la competencia en la Economía Digital*, 24.

<sup>208</sup> OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 15.

<sup>209</sup> Ariel Ezrachi y Maurice E. Stucke, "Virtual Competition: The Promise and Perils of the AlgorithmDriven Economy". *Harvard University Press* (2016), citado en OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 12.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

eficiencia en sus procesos no solo para los empresarios, sino también para los desarrolladores y programadores de algoritmos, quienes buscarán atribuirles funciones cada vez más beneficiosas y aplicables a las actividades empresariales.

En efecto, según Le Chen, Alan Mislove y Christo Wilson, el uso de algoritmos (en específico aquel que tiene por función fijar precios óptimos en una empresa) ha tenido un gran impacto en la competencia entre programadores de este tipo de herramientas de inteligencia artificial, ejerciendo una alta presión competitiva hacia aquellos programadores que no ofrezcan tal servicio<sup>210</sup>. De esta manera, de acuerdo con la OECD, la incorporación de algoritmos en las actividades operacionales de las empresas ha desencadenado un mecanismo virtuoso por el cual estas están bajo presión constante para innovar, promoviendo así eficiencias dinámicas en el mercado<sup>211</sup>.

### **2.8.2 La fijación de precios en el mercado**

A fin de explicar posteriormente cómo el uso de algoritmos puede desempeñar un rol determinante en la estrategia comercial de fijación de precios de una empresa, es importante conocer cómo las empresas fijan sus precios en el mercado. En principio, se debe partir reconociendo que el principal objetivo de las empresas en un mercado es maximizar sus márgenes de ganancias en virtud de satisfacer sus fines de lucro. Evidentemente, las empresas buscan aumentar sus ingresos y con ello la repartición de dividendos para sus accionistas.

---

<sup>210</sup> Le Chen, Alan Mislove y Christo Wilson, “*An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace*”. (Canada: International World Wide Web Conference Committee, 2016). (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>211</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being* (Francia: OECD, 2015). <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>. (Traducido del inglés por el investigador).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Un aspecto fundamental para lograr dicho propósito consiste en cómo las empresas fijan sus precios; es decir, ¿cómo saben cuál es el precio óptimo que deben cobrar en el mercado para maximizar sus beneficios? La respuesta a esta pregunta es particularmente relevante teniendo en cuenta que la implementación de una mala política de fijación de precios podría conllevar a que una empresa pierda su cartera de clientes, y con ello su participación en el mercado y sus márgenes de ganancia. Por lo tanto, es importante que las empresas posean una estrategia correctamente definida para fijar sus precios de la manera más eficiente posible.

Ahora bien, de acuerdo con la teoría microeconómica del economista Hal R. Varian, se puede decir que en un mercado de competencia perfecta; esto es, en un mercado con pocos competidores y comercializando productos homogéneos y sustituibles, las empresas fijan sus precios en función al precio del mercado, siendo este el equivalente al costo marginal de producir el bien, por lo que únicamente se preocupan en la cantidad que desean producir<sup>212</sup>. En cambio, en un mercado de competencia monopolística con varios competidores participando y productos heterogéneos, las empresas fijan sus precios por encima de sus costos marginales a fin de maximizar sus ganancias<sup>213</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es conveniente indicar que en la actualidad también existen teoría económica empresarial sobre cómo se determinan los precios en el mercado. Así, de acuerdo con Carlos Cuevas Villegas, “*el precio de un producto o servicio es la resultante entre la demanda del producto y su oferta*”<sup>214</sup>, cuya relación deviene en la

---

<sup>212</sup> Hal R. Varian. *Microeconomía intermedia: un enfoque actual*. (Barcelona: Antoni Bosch, 1999), 390-395.

<sup>213</sup> *Ibidem*.

<sup>214</sup> Carlos Cuevas Villegas, “Fijación de Precios Costo Plus (Costo más margen) y Target Costing (Costeo Objetivo)”. *Estudios Gerenciales Journal of Management and Economics for Iberoamerica* 18, no. 83 (2002):15.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

existencia de tres elementos esenciales en la política de fijación de precios: “*Los clientes, **la competencia** y los costos*” [énfasis agregado].

En esa misma línea, la teoría económica de fijación de precios establece que existen cuatro metodologías destinadas a determinar en función a qué elemento las empresas deberían fijar sus precios o servicios, siendo estos determinados en función a los costos de la empresa, orientado a beneficios, basado en valor y en función a la competencia.

Así, en específico, Martín Rodríguez Brindis señala que “*La fijación de precios basados en la competencia: consiste en observar los precios de los competidores y decidir, con base en los objetivos de ventas de la empresa y a la estructura de mercado en la que se encuentre; fijar un precio que guarde una relación con el precio de dichos competidores, por lo que la decisión estribará en establecer un precio por debajo, igual o superior al de la competencia*”<sup>215</sup>.

### **2.8.3 El uso de algoritmos en la política de fijación de precios o “pricing algorithms”**

Como se ha podido observar, el uso de algoritmos en las operaciones comerciales al interior de las empresas es un factor clave que permite a estas últimas mantenerse competitivas entre ellas dado el actual contexto digital. En ese sentido, es importante tener en cuenta que más allá del nuevo nivel de competencia que existe sobre las innovaciones tecnológicas entre las empresas, es también un factor clave en esta pugna el factor precio, pues es en definitiva una variable determinante en las decisiones de compra y de fidelidad

---

<sup>215</sup> Martín Rodríguez Brindis, “Política de Fijación de Precios: Una Nueva Metodología Basada en la Estructura de Costos-Competencia de la Empresa”, *Revista Internacional Administracion & Finanzas* 8, no. 2 (2015): 124.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

de los consumidores, así como está relacionado directamente con los márgenes de ganancia que las empresas pueden extraer.

Bajo lo anteriormente expuesto, no resulta pues sorprendente que una de las herramientas sobre cual las personas de negocio pueden atribuirle una mayor utilidad económica son los algoritmos de fijación de precios. En particular, según Shuchi Chawla, Jason D. Hartline y Robert Kleinberg, los algoritmos de fijación de precios o “*pricing algorithms*” son comúnmente entendidos como aquellos códigos de computadora llevados a cabo por los proveedores a fin de fijar automáticamente los precios que logren maximizar su margen de ganancia<sup>216</sup>.

De esta manera, aquellas empresas que decidan incorporar en sus políticas comerciales este tipo de algoritmos podrán verse altamente beneficiados en comparación de sus competidores. Gracias a la intervención de la inteligencia artificial en un elemento comercial clave, como lo es la variable de precio, los negocios que la implementen podrán superar todo margen de error humano al establecer su política de precios de manera óptima, adelantándose mejor que cualquier otro competidor a los cambios en el mercado y a cualquier otro escenario que los favorezca; todo ellos gracias a los programas de una maquina diseñada específicamente para dicho fin.

Asimismo, según la OECD, el uso de este tipo de “*pricing algorithms*” permite también anticipar los cambios en las condiciones de suministro, la disponibilidad de existencias, así como las limitaciones de capacidad, lo cual es determinante para crear un mercado en equilibrio en donde el riesgo de tener una demanda insatisfecha o exceso de oferta se

---

<sup>216</sup> Shuchi Chawla, Jason D. Hartline y Robert Kleinberg, “Algorithmic Pricing via Virtual Valuations”. *ACM Conference on Electronic Commerce* (2007): 243–251. (Traducido del inglés por el investigador).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

reduce y que, por el contrario, se garantiza que todas las transacciones mutuamente beneficiosas entre consumidores y proveedores se agoten<sup>217</sup>. Es por ello que, para Robert M. Weiss y Ajay K. Mehrotra, existe una aceptación y reconocimiento de que los algoritmos de fijación de precios mejoran la eficiencia en el mercado<sup>218</sup>.

En ese sentido, en comparación con las estrategias estándares de fijación de precios, los algoritmos que cumplen dicha función tienen la ventaja de procesar una gran cantidad de data que permite a su tenedor reaccionar rápido ante cualquier cambio en las condiciones del mercado, convirtiéndose en una herramienta significativamente útil al momento de implementar cambios de precios continuos en el tiempo – fijación dinámica de precios, o al momento de cobrar un precio diferenciado a los consumidores en función a sus características personales (discriminación de precios)<sup>219</sup>.

El interés por disfrutar de los beneficios que aporta el uso de los algoritmos de precios en las empresas se ve reflejado en el comercio electrónico, en donde una parte importante se basa completamente en algoritmos de fijación de precios. En particular, la Investigación del Sector de Comercio Electrónico de la Comisión Europea encontró que desde el 2016, más de una cuarta parte de los minoristas en línea usaban softwares para ajustar sus precios automáticamente<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 16.

<sup>218</sup> Robert M. Weiss y Ajay K. Mehrotra, “Online Dynamic Pricing: Efficiency, Equity and the Future of E-commerce”. *Virginia Journal of Law and Technology* 6, no. 11 (2001): 1-11. (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>219</sup> OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 16

<sup>220</sup> Comisión Europea, Commission Staff Working Document, *Final Report on the E-Commerce Sector Inquiry COM (2017) 229 final*, 149. [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_swd\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

#### **2.8.4 Las eficiencias económicas que generan los algoritmos en el mercado**

Los beneficios que trae consigo el uso de algoritmos en las empresas actualmente genera una mejor competencia en el mercado, y, por lo tanto, ventajas tanto para los proveedores como los consumidores, quienes se benefician de esta disruptiva innovación. Así, según la OECD, en el lado de la oferta, el creciente uso de algoritmos en las actividades económicas de los agentes en el mercado permite no solo reducir el costo de producción y la utilización de recursos, sino también identificar patrones y crear data a fin de arribar a decisiones y estrategias comerciales optimas de manera instantánea, lo cual en el pasado era prácticamente imposible<sup>221</sup>.

De esta manera, el uso y manejo de una gran base de datos de información mediante la ayuda de la inteligencia artificial de los algoritmos permite a los proveedores brindar servicios y contenidos cada vez más personalizados de acuerdo con las preferencias y necesidades de sus clientes. Ello vuelve a los usuarios del algoritmo más eficientes en sus procesos, permitiéndoles tomar mejores decisiones de producción, definir más efectivamente sus condiciones de oferta e incluso tomar mejores decisiones sobre si entrar o no a un mercado<sup>222</sup>.

Desde la perspectiva de los consumidores, el uso de algoritmos en los negocios con los cuales forman relaciones de consumo les brinda una gran gama de beneficios. En cuanto a las eficiencias en el lado de la demanda, según Michal Gal y Nirva Elkin-Koren, se ha desarrollado el concepto de “algoritmos consumidores” para referirse a la transformación que experimentan los consumidores en sus procesos de toma de decisión de modo que les

---

<sup>221</sup> OECD, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, 15

<sup>222</sup> COFECE, 25.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

permite, en un ecosistema propio del Big Data, externalizar sus decisiones de compra basándose en algoritmos<sup>223</sup>.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que los consumidores cada vez enfrentan una mayor variedad de opciones y fuentes de información en contra del tiempo limitado que tienen para procesarlas y entenderlas, por lo que el uso de algoritmos permite reducir la asimetría de información y los costos de transacción que existe entre proveedores y consumidores, en la medida que permite a estos últimos tomar decisiones de compra que se adecuen mejor a sus necesidades y preferencias en un tiempo más rápido<sup>224</sup>.

Un ejemplo que mejor refleja el uso de algoritmos en la actualidad digital y cómo es que beneficia en gran medida a los consumidores son las plataformas web que ofrecen comparativos de precios (*Price comparison websites*). Este tipo de servicios pueden reducir significativamente el costo de búsqueda al comprar un producto o servicio y puede generar ahorros notables al permitir a los consumidores comparar un gran número de ofertas. En particular, la OECD explica lo siguiente:

*“Al reducir el costo de búsqueda para encontrar el mejor producto o servicio posible, estas plataformas destacan por aumentar el excedente del consumidor en la medida que los ayuda a estar mejor informados sobre las características de los productos o servicios disponibles (como precio y calidad) y les permite tomar decisiones de compra bien informadas, generando una mayor competencia entre proveedores”<sup>225</sup>.*

---

<sup>223</sup> Michal Gal y Nirva Elkin-Koren, “Algorithmic Consumers”. *Harvard Journal of Law and Technology*, 30 (2017): 2-45.

<sup>224</sup> COFECE, 25.

<sup>225</sup> OECD, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, 18.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Es importante mencionar que la investigación realizada por la Autoridad de Conductas Financieras del Reino Unido (*Financial Conduct Authority - FCA*) reveló que, en los últimos años, ha habido un crecimiento significativo en el uso de estas plataformas en las industrias de bienes raíces, viajes y seguros de automóviles<sup>226</sup>.

## **2.9 El uso de algoritmos de fijación de precios como facilitadores de una práctica colusoria horizontal**

El reconocimiento de las eficiencias pro-competitivas que trae consigo el uso de algoritmos en el mercado es un hecho que viene adquiriendo cada vez mayor relevancia en el mundo digital. Estas herramientas son capaces de mejorar las políticas de *pricing* de las empresas, agilizar procesos, reducir costos, y asignar mejor sus recursos. Sin embargo, el análisis de la presente sección alerta sobre los riesgos anticompetitivos que los algoritmos puedan generar en el mercado al crear incentivos de colusión que no existían antes.

En principio, la presente sección abordará dos escenarios en particular en donde los algoritmos funcionan como un instrumento facilitador por parte de las empresas competidoras para ejecutar una práctica colusoria horizontal de fijación de precios en el mercado.

En el primer escenario, el contexto consiste en la existencia previa de un acuerdo tradicional de fijación de precios entre dos o más empresas competidoras, por ejemplo, acordando mediante comunicaciones de correo electrónico y reuniones en distintos

---

<sup>226</sup> Atticus Market Research Consultancy, “Price Comparison Website: Consumer Market Research”. (Financial Conduct Authority, 2014). <https://www.fca.org.uk/publication/research/price-comparison-website-consumer-research.pdf>. (Traducido del inglés por el investigador).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

lugares coordinar su comportamiento en el mercado a fin de incrementar al mismo tiempo sus precios. Sin embargo, la particularidad de este escenario, y lo que lo diferencia de un cártel de precios tradicional, es que las empresas colusorias han decidido utilizar la inteligencia artificial de los algoritmos de monitoreo de precios a fin ejecutar satisfactoriamente su acuerdo. ¿Cómo es eso posible? ¿es realmente determinante la intervención de un algoritmo de monitoreo de precios para configurar un acuerdo colusorio?

Para responder dichas interrogantes, es fundamental tener en cuenta que la ejecución de un acuerdo de precios, a pesar de la intencionalidad perversa en la que incurren los miembros del cártel, encuentra en el camino obstáculos que amenazan el éxito del acuerdo. Uno de estos obstáculos es el incumplimiento del acuerdo. Cuando ciertas empresas competidoras acuerdan (ya sea mediante reuniones, correos, o ambos) subir sus precios eliminando la competencia entre ellas, para que dicho acuerdo sea exitoso los miembros del cártel deben cumplir cuidadosamente con su parte del trato.

Esta promesa permite brindar seguridad a los cartelistas de que el acuerdo ilícito se ejecutará tal como lo acordaron sin que ninguno de los miembros se desvíe de lo pactado y se aproveche de dicha situación. Irónicamente, la buena fe con la que todos los miembros de cártel actúan al esperar que cada uno de ellos cumpla con su parte del acuerdo, e incremente sus precios al mismo tiempo, es esencial para el éxito del cártel, pues cuando tan solo uno solo de ellos decida no ejecutar su palabra comprometida es suficiente para que el cártel ya no sea eficiente.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Esta situación se explica debido a que los consumidores preferirán rápidamente comprar al vendedor cuyo precio es más bajo, debilitando por completo la lógica de un cartel de precios destinado a eliminar la competencia entre sus miembros y beneficiarse entre todos subiendo sus precios al mismo tiempo.

Por ello, se suele decir que es sumamente necesario que exista un monitoreo y supervisión en el cartel para asegurar que todos sus miembros estén subiendo sus precios de acuerdo con lo pactado. Sin embargo, esta labor no es tan fácil como parece, pues implica para cada miembro del cártel altos costos y esfuerzos. Así, de acuerdo con Eduardo Quintana, *“para el éxito de un cartel se requiere que sus integrantes tengan acceso a información sobre las condiciones de venta que aplican los rivales (cantidades, precios, etc.) para verificar si están cumpliendo lo pactado. Asimismo, también requiere una posibilidad creíble de que los integrantes perjudicados castiguen los desvíos”*<sup>227</sup>.

Así, los ejecutivos de venta de la gerencia de la empresa cartelista deben estar constantemente alerta de los precios que finalmente hayan fijado cada uno de los demás miembros, pudiendo únicamente verificar con total certeza dicho cumplimiento en los precios reflejados en el mercado. Además, en el caso de que efectivamente un miembro del cártel no haya cumplido con su parte del acuerdo, la posibilidad de enmendar ese incumplimiento o activar medidas de represalias en contra del incumplidor no podrá ser inmediato.

Es este escenario de incertidumbre que enfrentan los miembros de cártel lo que los lleva a recurrir al uso de herramientas tecnológicas que logren perfeccionar los acuerdos

---

<sup>227</sup> Eduardo Quintana, “Prácticas Concertadas entre competidores y estándar de prueba requerido” *Revista Círculo de Derecho Administrativo* 10 (2011): 15:45.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

colusorios, tal como el uso de algoritmos de monitoreo de precios. En este escenario, los miembros de cartel, o solo uno de ellos, podría valerse de la inteligencia artificial de un algoritmo para supervisar el cumplimiento de los términos del cartel de manera rápida y exacta y así poder reportar cualquier desviación del acuerdo.

Los algoritmos de monitoreo de precios se definen como sistemas automatizados implementados por empresas para rastrear la evolución de las decisiones estratégicas de sus competidores, en particular, los precios, pudiendo abarcar un gran volumen y variedad de productos en tiempo real. La capacidad que poseen estos tipos de algoritmos para procesar información de manera ágil y arrojando resultados instantáneos en tiempo real permitiría a las empresas detectar rápidamente cambios en las decisiones estratégicas de sus competidores.

De esta manera, mediante los métodos de recopilación automática de datos que es capaz de ejecutar un algoritmo de monitoreo de precios, es posible que los miembros de cartel no solamente este informados en tiempo real y de manera constante sobre los precios que va fijando el cartel, sino que además les facilita la toma automática de represalias ante las desviaciones de un precio acordado. Por ejemplo, las empresas pueden valerse de las funciones de monitoreo de los algoritmos para ejecutar de manera efectiva una estrategia consistente en fijar el precio acordado siempre que todos los rivales hagan lo mismo, pero ejerciendo una guerra de precios tan pronto como alguna empresa se desvíe.

Esta capacidad le permitiría asumir al algoritmo un rol clave de monitoreo sobre los precios acordados, creando cárteles de precios mucho más efectivos y duraderos en el tiempo, permitiendo a su vez tomar represalias en contra de quien no cumpla con el

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

acuerdo. Estas importantes funciones que facilita el uso de algoritmos al interior de la celebración y ejecución de un acuerdo colusorio de precios implican eliminar casi por completo la sensación de incertidumbre y desconfianza que de por sí existe entre los miembros de un cártel, promoviendo un ambiente mucho más cómodo para coludirse y cada vez con menos temor para celebrar tales acuerdos.

No obstante, es importante mencionar que este tipo de escenarios, si bien peligroso para el Derecho de la Libre Competencia y amenazador para las autoridades de competencia como el Indecopi en tanto perfecciona la eficiencia de los cárteles de precios, sería plenamente plausible de ser sancionada por la autoridad. Esto es así porque, en principio, una colusión de precios facilitada por algoritmos de monitoreo no es otra cosa que un acuerdo de colusión de precios ordinario que suceden en otros mercados, pero con la particularidad que ha sido mejorada por el uso de algoritmos.

En términos prácticos, esta modalidad de colusión implica la existencia de un acuerdo de precios común y corriente, pudiendo sancionar a las empresas colusoras como a sus ejecutivos por la celebración de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de precios. En esa línea, los autores Ezrachi y Stucke sostienen que este es un escenario de una práctica colusoria horizontal tradicional a causa de un contacto previo entre personas, en donde el algoritmo hace su aparición para apoyar o facilitar la implementación, seguimiento y cumplimiento de la práctica anticompetitiva respectiva<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> Ariel Ezrachi y Maurice E. Stucke, “Artificial Intelligence & Collusion”, *University of Illinois Law Review* (5) 2017.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Un ejemplo del uso ilegal de estos algoritmos para monitorear precios puede encontrarse en un caso a cargo del Departamento de Justicia de Estados Unidos, que sancionó a varios vendedores que, mediante el uso de un código informático que instruía a un software basado en algoritmos, acordaron fijar los precios de ciertos posters vendidos a través de Amazon Marketplace<sup>229</sup>. Así, para implementar sus acuerdos, los conspiradores adoptaron algoritmos de fijación de precios para la venta de ciertos posters con el objetivo de coordinar los cambios a sus respectivos precios y diseñaron un código informático que instruía a un software basado en algoritmos para establecer sus precios de conformidad con el acuerdo colusorio.

Una situación similar situación en Inglaterra, en donde la autoridad de competencia inglesa, “The Competition and Markets Authority” (CMA) descubrió que dos compañías, Trod y GBE, participaron en una práctica concertada bajo el cual acordaron no rebajar sus precios en los productos de posters y marcos de deportes y entretenimiento con licencia en el Amazon UK Marketplace<sup>230</sup>. En específico, la CMA descubrió que tanto Trod como GBE utilizaron un software de precios “estándar” de proveedores externos para monitorear dicho acuerdo.

En su decisión, la CMA señaló en primer lugar que “(...) *el software de ajuste de precios utilizado por las Partes para implementar el Acuerdo infractor es normalmente utilizado por los vendedores en línea para competir con otros vendedores en línea ajustando*

---

<sup>229</sup> Department of Justice, “Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division’s First Online Marketplace Prosecution”, Justice News, 6 abril, 2015. <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace> (Traducido del inglés por el investigador).

<sup>230</sup> Asunto 50223, Decisión de la Autoridad de Competencia y Mercados de Inglaterra del 12 de agosto de 2016. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf> (Traducido del inglés por el investigador).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*automáticamente los precios de sus productos en respuesta a los precios de los productos de la competencia. Sin embargo, en el presente caso, las Partes configuraron el software de revisión de precios para restringir la competencia de precios entre ellas a fin de dar efecto al Acuerdo infractor”<sup>231</sup>. Inclusive, la referida autoridad encontró en el intercambio de comunicaciones de los competidores la siguiente comunicación: “Desde el punto de vista logístico, será difícil seguir los precios de forma eficaz a diario, por lo que estoy estudiando la posibilidad de cambiar los precios del software...”<sup>232</sup>.*

Otro ejemplo es un caso reciente del regulador británico del sector energético, la Oficina de Mercados de Gas y Electricidad (The Gas and Electricity Markets Authority - Ofgem). Ofgem descubrió que dos proveedores de energía tenían un acuerdo que les impedía dirigirse activamente a los clientes del otro. Se utilizó un algoritmo común para compartir los detalles de los puntos de medición de los clientes entre los competidores, el cual bloqueaba la contratación de los clientes de cada uno de acuerdo con el reparto<sup>233</sup>.

En España, recientemente la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sancionó en noviembre del 2021 a dos empresas de corretaje inmobiliario, entre ellas REMAX, y cinco empresas de servicios de software y solución informática, por haber incurrido en un acuerdo de fijación de precios. En específico, la autoridad española determinó que desde el 2012 al 2019, las empresas de corretaje inmobiliario habían acordado la creación de un sistema de cooperación que les permita, entre otras funciones,

---

<sup>231</sup> *Ibidem*.

<sup>232</sup> *Ibidem*.

<sup>233</sup> Decisión de la Autoridad de Mercados de Gas y Electricidad del Reino Unido (Ofgem) del 26 de julio de 2019. [https://www.ofgem.gov.uk/system/files/docs/2019/07/decision\\_on\\_economy\\_energy\\_-\\_e\\_gas\\_and\\_electricity\\_-\\_dyball\\_associates\\_infringement\\_of\\_chapter\\_i\\_ca98\\_doorstep\\_sales\\_redacted\\_decision\\_document\\_26\\_july\\_2019.pdf](https://www.ofgem.gov.uk/system/files/docs/2019/07/decision_on_economy_energy_-_e_gas_and_electricity_-_dyball_associates_infringement_of_chapter_i_ca98_doorstep_sales_redacted_decision_document_26_july_2019.pdf)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

fijar un porcentaje mínimo para la comisión de sus servicios y honorarios de alquiler. Para desarrollar dicho sistema, se valieron de los servicios de las empresas de tecnología, con quienes mantuvieron comunicaciones y reuniones para especificar las funciones que el software debía cumplir para ejecutar el acuerdo colusorio, incluyendo la aplicación de represalias hacia aquellas empresas que no cumplieran con el acuerdo<sup>234</sup>.

Por otro lado, en Francia el uso de algoritmos para monitorear precios ha escalado en los casos de licitaciones colusorias. En particular, la autoridad de competencia francesa (“Autorite de la Concurrence”) evidenció que, en un caso de concertación en licitaciones, un software facilitó la preparación de las ofertas “no ganadoras” al generar automáticamente sus listas de precios en base a la lista de precios de la licitación diseñada para ganar la licitación<sup>235</sup>.

Finalmente, el uso de algoritmos para monitorear un acuerdo colusorio ha escalado también a prácticas verticales. En el 2018, la Comisión Europea sancionó a cuatro de las grandes empresas de venta de aparatos electrónicos -Asus, Denon & Marantz, Philips y Pioneer- por haber impuesto a sus distribuidores minoristas un precio mínimo de reventa en el sector online *retail*. Estas empresas se valieron de un sistema de software que vigilaba e identificaba aquellos minoristas que no cumplían con el precio mínimo impuesto, lo cual facilitaba a las empresas electrónicas poder contactarse con dichos minoristas, instarles a que cumplan con el precio y amenazarlos con represalias<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Resolución S/0003/20 (Consejo de la Sala de Competencia, 25 de noviembre de 2021).

[https://www.cnmc.es/sites/default/files/3831141\\_0.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/3831141_0.pdf)

<sup>235</sup> Caso N° 06-D-07 (Consejo de la Competencia, 21 de marzo de 2006).

<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-travaux-publics-dans-la-region>

<sup>236</sup> Casos AT. 40465, AT. 40469, AT. 40181, AT. 40182 (Comisión de la Competencia, 24 de julio de 2018). [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_18\\_4601](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4601)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En virtud de los casos expuestos, es posible concluir que el uso de algoritmos de monitoreo de precios en los mercados es capaz de generar los incentivos suficientes en los competidores para celebrar y ejecutar acuerdos colusorios de fijación de precios cada vez más eficientes, robustos y constantes. Sin embargo, ante tal escenario, el Indecopi, como la autoridad de competencia peruana, puede plenamente perseguir y sancionar, en tanto revela una práctica colusoria horizontal tradicional y preexistente.

### **2.9.1 Los algoritmos como facilitadores de una colusión tácita en el mercado**

Ahora bien, conviene analizar las implicaciones relativas al segundo escenario colusorio facilitado por la inteligencia artificial de los algoritmos. De conformidad con Organización de la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD), los algoritmos están cambiando las características de los mercados, aumentando la transparencia, la velocidad de las decisiones comerciales y la capacidad de las empresas para responder de inmediato a las acciones de los rivales<sup>237</sup>.

Una de aquellas beneficiosas funciones comerciales que brindan los algoritmos de precios consiste, justamente, en el trabajo de *pricing* que hacen al interior de las empresas. Desde la perspectiva corporativa, el uso de algoritmos en la fijación de precios, en efecto, permite a las empresas determinar el precio más eficiente y competitivo que deben lanzar al mercado, en base a la información en tiempo real y detallada de las condiciones de la oferta y demanda del mercado, pero sobre todo en función a los precios que vienen fijando sus competidores. Esto, con o sin el uso de algoritmos, se conoce como “*pricing*”, el cual

---

<sup>237</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Algorithms and Collusion* (OECD, 2017).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

es una estrategia comercial plenamente legítima que adoptan las empresas para conocer los precios sobre los cuales sus competidores están comercializando.

Entonces, conviene preguntarse lo siguiente: si el *pricing* al interior de las empresas es una actividad completamente lícita y legítima, ¿por qué la intervención de un algoritmo para ejecutar esa estrategia de manera más eficiente puede generar riesgos anticompetitivos? Es así como surge el segundo escenario colusorio facilitador por algoritmo de precios. Este en particular refiere al uso de la inteligencia artificial de un algoritmo para permitir a una empresa eficientemente fijar su precio de la manera más rentable, de conformidad con los cambios de la oferta y la demanda, su stock de inventario disponible, los costos que enfrenta la industria y los precios que sus competidores vienen cobrando.

Sin embargo, esta gran ventaja abre camino a que las empresas que usen este algoritmo puedan explorar la posibilidad de realizar un paralelismo de precios, bajo el cual observen en tiempo real y sin lapsos de demora los precios de sus competidores, con el objetivo de que poco a poco pueden empezar a copiarlos, hasta que todos los competidores iguallen sus precios sin haber tenido contacto entre ellos.

Esto es posible debido a que los algoritmos que se usan para determinar los precios se basan en inteligencia artificial, la cual ha sido programada para fijar el precio más rentable y conveniente para una empresa, bajo un modelo de aprendizaje autónomo. Ello quiere decir que el algoritmo es capaz, a través de una activa experimentación, de aprender de manera autónoma cuál es la mejor manera de lograr el objetivo bajo el cual ha sido programado, sin intervención humana alguna. Es así que mediante este camino de

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

aprendizaje, la inteligencia artificial puede llegar a la conclusión de que la mejor manera de lograr una alta rentabilidad es a través de un comportamiento paralelo y colaborativo con sus competidores<sup>238</sup>.

Así como sucede en el primer escenario en donde el algoritmo para monitorear precios reduce la incertidumbre y costos de transacción inherentes a un cártel de precios, los algoritmos de *pricing* también logran reducir ciertos obstáculos que estos acuerdos colusorios enfrentan naturalmente. Una de las dificultades de implementar un cartel en mercados altamente dinámicos es el hecho de que los cambios continuos en la oferta y la demanda requieren ajustes frecuentes de precios, producción y otras condiciones comerciales.

Como resultado, las empresas tienen que renegociar con frecuencia el acuerdo colusorio a través de reuniones, llamadas telefónicas, correos electrónicos o el uso de terceros, todo lo cual presenta un riesgo de detección. Ello sin contar además los posibles malentendidos o incumplimientos por alguno de los miembros de cártel, ante lo cual deberán volver a fijar claramente los términos del acuerdo o aplicar determinadas medidas de represalia. Una solución alterna para las empresas colusorias es automatizar su proceso de decisión para que los precios reaccionen simultáneamente a cualquier cambio en las condiciones del mercado, replicando así un escenario de paralelismo consciente.

Como se sabe, un escenario de paralelismo de precios está directamente vinculado con las políticas de *pricing* que apliquen las empresas en el mercado, pues mediante la

---

<sup>238</sup> Emilio Calvano, Giacomo Calzolari, Vincenzo Denicolò, Joseph E. Harrington Jr. y Sergio Pastorello, “*Protecting Consumers from high Prices due to AI*” (2020). <https://www.science.org/doi/abs/10.1126/science.abe3796>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

observación de los precios que vienen fijando sus competidores, las empresas están legítimamente facultadas por razones comerciales a equiparar sus precios con los de sus competidores.

Sin embargo, esta oportunidad que abre las puertas a los empresarios a poder igualar sus precios podría inducirlos a pensar que mediante el paralelismo de precios podrían lograr generar los mismos efectos que un acuerdo colusorio horizontal sin tener que comunicarse entre ellos ni dejar rastros, creando así un cártel de precios indetectable. No obstante, conseguir tal logro es un escenario ciertamente utópico, pues el solo paralelismo de precios como estrategia como coludirse no resulta para nada factible si es que no intermedia una coordinación o contacto entre los competidores.

Ello es así debido a que las empresas en realidad deberían estar todas completamente alineadas para entender que se iniciará una estrategia de paralelismo de precios destinada a mantenerse en el tiempo con fines ilícitos. Sin embargo, asegurarse que todos los competidores en cierto mercado consientan dicha propuesta y decidan ejecutarla implica nuevamente grandes costos de transacción, aún más cuando tal mercado es uno con una gran cantidad de competidores. No es posible conocer con certeza que todos los competidores identificarán fácilmente y de manera tácita que se va a llevar a cabo tal estrategia colusoria.

Además, se debe tener en cuenta que un escenario de paralelismo de precios debería siempre haber una empresa que asuma el rol de líder o de “señalizador”, de moto tal que este sea quien dé el primer paso al subir su precio como señal del comienzo de la estrategia anticompetitiva. Sin embargo, la conducta de paralelismo de precios implica un riesgo

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

para la empresa que se atreva a dar inicio a la conducta, pues al subir su precio a un nivel supra-competitivo a fin de que los demás lo igualen, asume el riesgo que de estos ignoren dicha señal. Basta con que solo uno de ellos decida no incrementar su precio para beneficiarse por completo por las preferencias del consumidor, y lograr así mejores utilidades.

Este riesgo inherente a un escenario de paralelismo consistente en ignorar la propuesta señalizadora de subir precios está directamente vinculado a los lapsos de tiempo que existen entre el momento que el señalizador decide incrementar su precio como señal hasta que los demás competidores acogen la propuesta e implementan tan precio. Ese tiempo que transcurre es sensiblemente peligroso para la empresa señalizadora, pues no puede retractarse de su decisión sino hasta lograr verificar posteriormente que los competidores, efectivamente, están siguiendo la señal.

De esta manera, de conformidad con Arya Kshitiz, la ventaja de usar los algoritmos para realizar un paralelismo de precios es que, debido a su capacidad de almacenar y administrar una gran base de datos en muy poco tiempo, la demora en la repuesta de igualar el precio se elimina, reduciendo así el riesgo de la empresa que inicia el paralelismo<sup>239</sup>.

Asimismo, los algoritmos pueden reducir o incluso eliminar por completo el costo de la señalización, al permitir a las empresas establecer automáticamente estrategias de *pricing* muy rápidas, cuyo reflejo en el mercado es casi imperceptible por los consumidores, pero

---

<sup>239</sup> Arya Kshitiz, “Artificial Intelligence and Antitrust Law: An analysis of the Competition Policy and Possible Solutions in the Times of Algorithmic Collusion” (tesis European Master in Law & Economics, 2019)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

que los rivales que poseen aquellos mismos inteligentes algoritmos sí pueden leer. Por ejemplo, las empresas pueden programar cambios de precios instantáneos durante la mitad de la noche, lo que no tendrá ningún impacto en las ventas, pero puede ser identificado como una señal por los algoritmos de los rivales<sup>240</sup>.

La capacidad que poseen los algoritmos de precios para facilitar escenarios de señalización y paralelismo de precios trae consigo un importante riesgo anticompetitivo: el algoritmo estaría en posición de señalar sus precios a los competidores con la intención de que estos últimos los igualen, formando así una oferta de colusión tácita; esto es, sin necesidad de contacto ni comunicación directa entre las empresas.

No obstante, esta conducta por su propia naturaleza no resulta sancionable por las leyes de competencia, pero gracias a la inteligencia artificial de los algoritmos puede volverse una práctica tan común y dañina como un cártel de precios explícito.

Como ya se ha desarrollado previamente en esta investigación, los escenarios de colusión tácita refieren a aquellas conductas simultáneas y coincidentes llevadas a cabo por ciertas empresas competidoras en un mercado, por ejemplo, un paralelismo de precios, que es consecuencia de una coordinación que no ha sido exteriorizada de manera expresa, sino que se logró meramente por las propias estrategias de señalización y en virtud de una relación de interdependencia entre los competidores o transparencia en el mercado.

Es por ello que se reconoce en la doctrina que los escenarios de colusión tácita son problemas inherentes a los mercados oligopólicos. En principio, se sabe que un mercado

---

<sup>240</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Algorithms and Collusion* (OECD, 2017).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

oligopólico se refiere a aquel en donde existen pocos competidores, definiéndose más precisamente como *"una estructura de mercado con un número reducido de vendedores, lo suficientemente pequeño como para requerir que cada vendedor tome en cuenta las acciones actuales de sus rivales y las probables respuestas futuras a sus acciones"*<sup>241</sup>. Así, en estos mercados existe una inherente y estrecha interdependencia entre los competidores respecto de variables de competencia como los precios.

De esta manera, los escenarios de colusión tácita se vuelven más frecuentes en este tipo de mercados, pues al ser pocos los competidores y en vista de la relación de interdependencia y transparencia en el mercado, los costos de coordinación y contacto se reducen al punto de no ser ya necesarios para adoptar una conducta de señalización. Así, Teresa Tovar sostiene lo siguiente:

*“En el mercado oligopólico, por la interdependencia antes anotada, las decisiones respecto de la cuantía del precio y cantidad producida se hacen al mismo tiempo que se anticipan las reacciones de los rivales; así, la estrategia de precios de los oligopolistas no está determinada sólo por sus costos, sino por su apreciación respecto de las estrategias de sus rivales. Ello propiciaría el surgimiento de la colusión tácita”*<sup>242</sup>.

Sin embargo, esto no ocurre en los mercados ordinarios no oligopólicos. En mercados altamente dinámicos donde las empresas tienen distintos tamaños, venden productos diferenciados e implementan estrategias comerciales heterogéneas, la colusión tácita puede ser muy difícil de lograr. Además, al ser mercados con varios competidores, los

---

<sup>241</sup> Kip Viscusi et al., *Economics of Regulation and Antitrust*. (Cambridge: MIT Press Second Edition, 1998), 97.

<sup>242</sup> Teresa V. Tovar, “Que el Remedio No Sea Peor que la Enfermedad Oligopolio, Posición de Dominio Conjunta y Colusión Tácita”. *Derecho & Sociedad* 28 (2009): 59-76.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

costos de transacción se elevan aún más, incrementan el nivel de incertidumbre para el señalizador que dé inicio a la invitación a coludirse.

Es ante este escenario adverso de colusión tácita en mercados tradicionales, como por ejemplo el sector *retail* o de comercio *online*, que los algoritmos de precios juegan un rol fundamental para facilitar una colusión horizontal. De conformidad con la OECD, los algoritmos pueden amplificar el llamado "problema del oligopolio" y hacer que la colusión tácita sea un resultado de mercado más frecuente, en mercados donde la colusión tácita no se consideraba un riesgo significativo por el que las autoridades de competencia deberían preocuparse demasiado<sup>243</sup>.

De esta manera, los algoritmos en estos casos tienen la capacidad de hacer que las acciones de las empresas en cualquier tipo de mercado se vuelvan interdependientes entre sí, sin la necesidad de una comunicación o interacción explícita, aumentando el riesgo de colusión tácita y, posteriormente, conduciendo a niveles de precios más altos, generando los mismos efectos que un cártel de precios.

De este modo, este escenario colusorio es facilitado por algoritmos de precios debido a su capacidad de recibir, analizar y procesar una gran cantidad de datos, permitiendo a las empresas que los utilizan acceder a información instantánea sobre los precios de sus competidores e identificar las estrategias de señalización y paralelismo que mejor son correspondidas por los demás competidores, por ejemplo acordando corresponder en estrategias de ajuste, reaccionar de forma paralela a los cambios en el mercado o evitar

---

<sup>243</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Algorithms and Collusion* (OECD, 2017).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

guerras de precios. Todo ello sin la mediación de ningún tipo de contacto o coordinación explícita previa entre las personas naturales representantes de las empresas.

Por ello, es importante tener en consideración que el riesgo latente a que suceda una colusión tácita en el mercado a causa del uso de algoritmos de inteligencia artificial no podría representarse como una variable más de un escenario común en el que permanecen siendo los humanos quienes se coluden. Es decir, los algoritmos no se deben percibir en estos casos como una simple herramienta adicional que contribuye a una colusión; por el contrario, precisamente gracias a la inteligencia artificial que los rige, los algoritmos permiten alcanzar un escenario colusorio mucho más rápido y eficiente, de una manera más ventajosa a la que podría alcanzar un humano.

En efecto, existen estudios realizados para simular mercados en los que se usan algoritmos para la fijación de precios, en los cuales el resultado permite concluir que estas inteligencias artificiales logran coludirse de una mejor manera en comparación con los humanos.

Por ejemplo, según un estudio de experimentación científico desarrollado por Bruno Salcedo<sup>244</sup>, en un mercado con dos competidores que usan inteligencia artificial para determinar sus precios en función al comportamiento de su competencia (de manera competitiva), cada empresa logra decodificar la respuesta del algoritmo del competidor. Así, mientras que el primer algoritmo se encuentra programándose para igualar el precio de su competencia, el otro algoritmo lo decodifica y entiende dicho comportamiento como una propuesta para aumentar el precio de manera paralela, encontrándose ambos bajo un

---

<sup>244</sup> Salcedo, Bruno. "Pricing Algorithms and Tacit Collusion." Manuscript, Pennsylvania State University (2015). <https://brunosalcedo.com/docs/collusion.pdf>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

mismo objetivo y alcanzando así precios supra competitivos. Por ello, este estudio de experimentación concluye que, gracias al uso de algoritmos en la fijación de precios, lograr coludirse es inevitable.

Asimismo, superando la destreza humana, el estudio de Hans-Theo Normann y Martin Sternberg<sup>245</sup> demostró, a través de un modelo denominado “colusión híbrida”, que en mercados en donde coexiste la inteligencia artificial de los algoritmos y la propia inteligencia humana existe una probabilidad de cooperación significativa, en comparación con aquellos mercados en donde solo interactúan humanos, ya que estos solo logran un grado moderado de precios supra competitivos.

Así también, un estudio interesante en particular es el desarrollado por Emilio Calvano, Giacomo Calzolari, Vincenzo Denicolò y Sergio Pastorello<sup>246</sup>. En esta experimentación, los autores descubren que a través de una práctica de prueba y error, los algoritmos que usan dos empresas en un mercado logran estrategias altamente sofisticadas de colusión, sin haberse comunicado entre ellas y sin haber sido programados para dicho fin. Así, este estudio demuestra sorprendentemente que incluso cuando se manipuló para que el algoritmo de una empresa baje sus precios, el otro aplicó una represalia inmediata bajando también sus precios, restándole rentabilidad a la estrategia de desviación. Rápidamente, se observa que luego de dicha represalia, las dos empresas logran subir sus precios muy por arriba del precio competitivo, alcanzando así un comportamiento paralelo en el tiempo.

---

<sup>245</sup> Hans-Theo Normann y Martin Sternberg, Do Machines Collude Better than Humans?, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, No. 10, p. 768.

<https://academic.oup.com/jeclap/article/12/10/765/6444310>

<sup>246</sup> Emilio Calvano, Giacomo Calzolari, Vincenzo Denicolò y Sergio Pastorello, Artificial intelligence, algorithmic pricing and collusion, Center for Economic Policy Research (2019).

[https://www.tilburguniversity.edu/sites/default/files/download/Pastorello%20-%20Qlearning\\_3.pdf](https://www.tilburguniversity.edu/sites/default/files/download/Pastorello%20-%20Qlearning_3.pdf)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Finalmente, en un caso de la vida real, existe evidencia empírica de que el uso de algoritmos de fijación de precio en un mercado sí puede afectar la competencia aumentando los márgenes de ganancias de aquellas empresas que usan dicha tecnología. En el estudio realizado por Stephanie Assad, se analizó el impacto del uso de algoritmos de precios en el mercado minorista de gasolina en Alemania al comparar los márgenes minoristas de las estaciones que adoptan y no adoptan dicha tecnología<sup>247</sup>. El referido estudio demostró que en los mercados no monopolísticos (una estación de gasolina), los márgenes de la empresa aumentaron en un 9%, mientras que en un duopolio (con dos estaciones de gasolina) el margen aumentó hasta en un 28% cuando ambas empresas adoptaban algoritmos de precios.

Sin embargo, es importante mencionar que, así como existen posturas e investigaciones a favor de confirmar el peligro que presenta el uso de algoritmos a la competencia en los mercados, existe también una parte de la doctrina que sospecha o no reconocen dicho peligro. Por ejemplo, el profesor Salil K. Mehra sostiene que la posibilidad de que ocurra un riesgo anticompetitivo de colusión derivado del uso de algoritmos sigue siendo un tema teórico<sup>248</sup>, mientras que, en esa misma línea, Ulrich Schwalbe opina que la existencia de un escenario colusorio algorítmico no es tan probable como algunos estudiosos proponen<sup>249</sup>. Por su parte, Kai-Uwe Kühn y Steven Tadelis argumentan que

---

<sup>247</sup> Stephanie Assad et al., ‘*Algorithmic Pricing and Competition: Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market*’ (2020) CESifo Working Paper No. 8521.  
<https://www.cesifo.org/en/publikationen/2020/working-paper/algorithmic-pricing-and-competition-empirical-evidence-german>

<sup>248</sup> Salil K. Mehra, “Robo-seller Prosecutions and Antitrust’s Error-cost Framework,” *Antitrust Chronicle*, May, Vol. 2, Spring 2017, 37.

<sup>249</sup> Ulrich Schwalbe, ‘*Algorithms, Machine Learning, and Collusion*’ (2018) 14 *Journal of Competition Law and Economics* 568, 599.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

sería difícil que los algoritmos coordinen entre ellos sin la necesidad de comunicación alguna<sup>250</sup>.

Es ante esta ausencia de comunicación directa entre competidores - quienes se valen de los algoritmos de precios para perfeccionar sus estrategias de señalización y paralelismo de precios- que genera un verdadero problema para la legislación de libre competencia y el poder sancionador de las autoridades de competencia en el mundo.

## **2.10 La imposibilidad de subsumir una colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios en el actual concepto de “acuerdo” tipificado en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Como se ha explicado anteriormente en la presente investigación, existe una preocupación en los académicos del ámbito del Derecho de la Libre Competencia sobre los riesgos anticompetitivos que trae consigo el uso cada vez más frecuente de los algoritmos en las políticas de fijación de precios de las empresas; en particular, aquel riesgo en el que esta inteligencia artificial facilita un escenario de colusión tácita.

Así, como se ha explicado, el riesgo que representa la búsqueda de rentabilidad y la capacidad de autoaprendizaje de los algoritmos abre la posibilidad de que los competidores en un mercado opten por esta herramienta tecnológica no solo por motivos de eficiencia comercial, sino también por una estrategia de cooperación entre rivales. Es decir, gracias a los algoritmos, los competidores lograrían fijar sus precios de manera coordinada a niveles supra competitivos, como si hubiera existido entre ellos un acuerdo

---

<sup>250</sup> Kai-Uwe Kühn and Steven Tadelis, ‘*The Economics of Algorithmic Pricing: Is Collusion Really Inevitable?*’ Unpublished.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

de precios, pero con la ventaja de haber logrado todo ello sin dejar rastro de comunicación o contacto concertado como evidencia.

Sin embargo, tal como se ha venido desarrollando también en la presente investigación, el hecho de que el uso de algoritmos facilite un comportamiento coordinando y paralelo en los precios de los competidores en un mercado no implica que este escenario sea considerado como uno ilícito. Ello se debe a un problema intrínseco al Derecho de la Libre Competencia, que trasciende a la existencia de los algoritmos.

Este problema consiste en que la colusión tácita no se considera como un supuesto sancionable, pues tal como su nombre lo indica, el elemento de concertación que se requiere en toda práctica colusoria horizontal está ausente en estos casos. Es por ello que en el Perú, así como también en la mayoría de legislaciones del mundo, la LRCA no contempla en su tipificación de infracciones un escenario de colusión tácita o, como también se conoce, paralelismo consciente. Incluso, la jurisprudencia nacional también ha sido clara en ese aspecto, pues la carencia de elementos probatorios que demuestren la concertación y del carácter volitivo de restringir la competencia no permiten determinar la existencia de un comportamiento colusorio.

De esta manera, sin existir las herramientas legales para sancionar una colusión tácita, ni muchos menos una facilitada por algoritmos bajo la ley de libre competencia, cabe la posibilidad de cuestionarse si es que puede equipararse una colusión algorítmica a una conducta concertada tipificada en la LRCA, para que así pueda sancionarse eventualmente.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

A fin de responder dicho cuestionamiento, es importante partir señalando que la presencia de la tecnología en la actualidad significa la aparición de nuevos retos y desafíos, sobre todo para el Derecho y las formas de entender y aplicar las normas. Este fenómeno demuestra a las legislaciones alrededor del mundo que no pueden ni deberían permanecer rígidas en el tiempo, sino que, por el contrario, deben adaptarse a aquellos cambios que la tecnología imponga en la realidad.

En ese sentido, tampoco puede esperarse que las problemáticas tradicionales que antes existían en la sociedad permanezcan siendo las mismas que las de ahora. Así, no puede pretenderse que una colusión altamente sofisticada y facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios deba interpretarse estrechamente como una conducta colusoria tradicional. Por el contrario, la doctrina y diferentes agencias de competencia del mundo han señalado incluso que los algoritmos son capaces de alcanzar comportamientos colaborativos entre competidores de una manera más eficiente que los propios humanos.

De la misma manera en la que un equipo de ejecutivos se encarga de fijar la política comercial de precios en una empresa en base a una determinada estrategia y pautas establecidas a lo largo del tiempo, la inteligencia artificial de los algoritmos ha sido diseñada y programada para fijar los precios de una empresa de la manera más rentable y eficiente posible, analizando información de la oferta y demanda del mercado, y de sus competidores.

En una colusión, los humanos intercambian información sobre sus precios para poder alinearlos eventualmente, y además aplicar represalias hacia aquellos competidores que se desvíen del acuerdo. De manera similar, tal como lo ha evidenciado las investigaciones

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

y simulaciones científicas en la materia, los algoritmos usados por competidores en un mercado son capaces de decodificar la información del otro para anticipar su comportamiento y alinear así los precios entre ellos.

De esta manera, esta inteligencia artificial es capaz de compartir su propia información de precios e intercambiarla con la de sus competidores, de modo que puede anticiparse al comportamiento que estos últimos realicen en el mercado y regular su propia actuación en base a la expectativa de incrementar los precios. Esta estrategia derivada de la propia programación de los algoritmos puede configurarse como un intercambio de información sensible sobre precios entre las empresas, en tanto los algoritmos tienen la capacidad de decodificar su programación entre ellos, y conocer con anticipación en el tiempo cuáles son los precios que el competidor fijará. Así, incluso los algoritmos superan la estrategia humana, al conocer en tiempo real cuáles serán las decisiones a futuro de la política de precios rival.

Asimismo, los algoritmos son capaces de observar los precios fijados por sus competidores y aplicar también represalias si existen desviaciones del precio supra competitivo. Ello fue demostrado en las investigaciones experimentales sobre una posible colusión algorítmica en un mercado, en el cual de manera similar a una colusión ordinaria, los algoritmos identifican aquellos competidores que se desvían del paralelismo de precios que han identificado como estrategia.

En base a lo expuesto, se responde la cuestión planteada sobre la similitud entre una colusión alcanzada por humanos y una facilitada por algoritmos. Tal como se ha desarrollado, en esta investigación se observa que las estrategias y las formas de compartir

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

información de manera colaborativa de los algoritmos es similar a la de una estrategia colusoria realizada por humanos, con la única diferencia que los primeros logran alcanzar el objetivo colusorio de manera más rápida y eficiente como jamás lo pudiera lograr un humano.

Es por ello que, ante esta similitud en la estrategia colusoria y continuando con la pregunta planteada, ¿es posible entonces subsumir una colusión facilitada por algoritmos en una práctica colusoria tipificada en la LRCA? De ser ese el caso, ¿podría configurarse entonces un acuerdo colusorio?

En principio, es importante partir señalando que así como se le reconoce a los algoritmos diversos beneficios en la fijación de precios en la política comercial de las empresas, estas deberían estar también advertidas de que la presencia de esta herramienta tecnológica entre sus competidores en el mercado implica la posibilidad de alcanzar un comportamiento colaborativo y colusorio entre ellos. En particular, se debe tener en cuenta que, si bien las empresas podrían adquirir esta herramienta para fines de eficiencia comercial, es también cierto que al asignarles la tarea de determinar los precios más rentables para su negocio, el camino a elegir por estos algoritmos de auto aprendizaje podría ser el colusorio.

Por ello, ante el escenario de que las empresas competidoras que usan esta inteligencia artificial en su política de precios reconozcan que a través de ella podrán intercambiar información sensible sobre sus precios y anticipar el comportamiento comercial de sus rivales; pareciera que dicha estrategia calza en un comportamiento de colaboración concertado.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En esa línea, la autora Michal Gal señala que una concertación podría darse cuando el algoritmo de un competidor fije su precio más rentable, y los demás competidores igualen los suyos, bajo una dinámica de líder-seguidor, en la cual el primero manda la señal al mercado de subir precios, y ante tal propuesta, los demás competidores aceptan y proceden a igualar. Así, para la autora, utilizar de dicha manera los algoritmos en el mercado, a fin de adaptar una decisión comercial en función a las expectativas de sus competidores, evidenciaría que las empresas estarían coordinando de manera consciente entre ellas, bajo la forma de un acuerdo implícito<sup>251</sup>.

Sin embargo, la problemática permanece al momento de subsumir los hechos de una colusión algorítmica a la tipificación de un acuerdo colusorio. Aun cuando se pueda defender una interpretación favorable a la existencia de una estrategia colusoria que calce en el entendimiento de un acuerdo, no es posible sancionar dicho escenario bajo una tipificación de ese tipo.

En principio, la LRCA no contempla una definición del concepto de acuerdo, ni aborda qué es lo que debe entenderse en estricto como “acuerdo” colusorio. Sin embargo, es ampliamente conocido en el Derecho de la Libre Competencia -lo cual se extiende a la legislación peruana- que las normas en esta materia tienen por objetivo sancionar aquellos actos concertados entre agentes económicos en el mercado. Así, lo ilícito en este tipo de infracciones recae en la decisión que toman estos agentes para renunciar a competir entre ellos y adoptar, por el contrario, un comportamiento coordinado.

---

<sup>251</sup> Michal Gal, “Algorithms as Illegal Agreements”, *Berkeley Technology Law Journal* (2019), 111.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En ese sentido, en un acuerdo de precios, las agencias de competencia sancionan a las empresas que, en vez de actuar de manera independiente y competitiva en el mercado, concertan sus voluntades y deciden colaborar entre ellos para alinear sus precios a un nivel supra competitivo, y restringir de esta manera la competencia en el mercado. Por lo tanto, el elemento clave en una infracción de acuerdo de precios consiste en la palabra concertación; esto es, el comportamiento intencionalmente coordinado y colaborativo entre competidores para fijar un precio y renunciar a competir entre ellos.

Gráficamente, un comportamiento concertado se puede reflejar a través de un acuerdo escrito que los competidores hayan redactado y firmado para obligarse a restringir la competencia y fijar sus precios; o también puede reflejarse simplemente en una reunión clandestina en la que estos competidores sigilosamente se pongan de acuerdo sobre los precios que van a concertar. Por ello, independientemente del modo en que este acuerdo se exteriorice, resultará siempre imprescindible que exista la voluntad de las partes para ponerse de acuerdo.

De esta manera, un factor fundamental en un acuerdo es, precisamente, el elemento volitivo. Las normas de libre competencia, incluyendo la LRCA, persiguen y sancionan los actos realizados de manera consciente y conjunto entre competidores para renunciar a competir entre ellos. Lógicamente, un acuerdo de precios comparte la misma naturaleza que cualquier otro contrato que se pacte entre personas naturales, pues ambos encuentran su origen en un concierto de voluntades entre dos o más agentes, quienes voluntariamente han manifestado su interés y consentimiento en obligarse a cumplir dicho acuerdo.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Por lo tanto, el entendimiento y tipificación de un acuerdo de precios requiere que coexistan dos elementos importantes: la concertación y la voluntad para lograr ello. Es decir, un acuerdo colusorio se configurará cuando convergen las voluntades de dos o más agentes económicos en el mercado con la finalidad comprometerse de manera consciente e intencional -conocido en el derecho anglosajón como un “encuentro de mentes”- a lograr un comportamiento colaborativo entre ellos destinado a fijar sus precios, restringiendo así la competencia en el mercado.

Ahora bien, como bien se ha desarrollado y explicado en secciones anteriores en la presente investigación, las agencias de competencia y el Indecopi no pueden presumir que existe una voluntad inherente y consciente en los agentes económicos dirigida a concertar. El Indecopi no podría sancionar un acuerdo colusorio sin antes haber acreditado fehacientemente que los agentes económicos efectivamente se pusieron de acuerdo para actuar coordinadamente.

Si bien no es posible leer las mentes de las personas o conocer realmente cuál fue la verdadera intención en la mente de cada uno de los agentes económicos que formaron un acuerdo de precios, las autoridades de competencia sí pueden encontrar otras formas de acreditar dicho aspecto volitivo. Esto se da a través de las distintas pruebas documentales que son recabadas en una investigación: intercambio de comunicaciones o la existencia de reuniones entre competidores. Esto quiere decir que para probar realmente una convergencia consciente de voluntades destinada a eliminar la competencia en el mercado, el Indecopi debe demostrar que existió un contacto y coordinación entre los competidores que evidencien su decisión de actuar conjuntamente y renunciar a competir entre ellos.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Es por ello que el estándar probatorio en la imputación de un acuerdo de precios es sumamente importante, pues se deben recabar aquellas manifestaciones de voluntad que justifiquen la sanción a un comportamiento deliberado y concertado.

Habiendo aclarado lo anterior, ¿es posible entonces subsumir un acuerdo algorítmico bajo esta tipificación de acuerdo colusorio que contempla la ley de libre competencia? La respuesta es bastante compleja, pero con una conclusión finalmente negativa a dicha pregunta.

El problema para subsumir un acuerdo algorítmico en un acuerdo colusorio bajo el entendimiento y tipificación de la LRCA radica en que incurrir en un acuerdo requiere probar la intención de hacerlo; sin embargo, probar este elemento en los algoritmos resulta muy difícil, pues no poseen ni siquiera una mente o discernimiento en lo absoluto para demostrar su voluntad e intención de coludir.

Si bien los algoritmos logran llevar a cabo una estrategia de intercambio de información y adaptación a las expectativas de sus competidores para alinear sus precios a niveles supra competitivos, dicho resultado colaborativo no será resultado directamente de un acuerdo, sino del propio aprendizaje autónomo que va desarrollando la inteligencia artificial. Ello aunado al hecho de que los algoritmos utilizados para determinar los precios en las empresas no han sido programados con la intención de coludirse, sino que más bien sus funciones y características facilitan a lograr un comportamiento colaborativo entre competidores, sin dejar rastro alguno sobre la intención de coludirse.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

El único rastro de colusión que los algoritmos no pueden ocultar es el paralelismo de precios. No obstante, como ya se ha explicado en virtud de la jurisprudencia nacional e internacional al respecto, este escenario de paralelismo de precios por sí solo no es suficiente para acreditar la intención colusoria de los algoritmos, ni mucho menos el elemento de concertación. Ello, en la medida que la sola alineación de precios es una práctica considerada legítima y comercialmente racional, la cual necesita apoyarse en otros indicios de concertación (como intercambios de comunicación entre competidores) para configurar una infracción.

Por ello, ante un escenario de colusión facilitada por algoritmos, la autoridad de competencia enfrentaría un trabajo de análisis complejo, pues si se propone demostrar que efectivamente existe una concertación tácita, recaería en ella la tarea de evidenciar que en dicha concertación sí existió en un aspecto volitivo inherente a la consciencia de los representantes de la empresa. Ello, evidentemente, resulta desafiante, pues en una colusión tácita *“es muy difícil probar cuándo las empresas son conscientes. Probablemente, lo único que se tiene como evidencia es el comportamiento paralelo, porque no hay acuerdos”*<sup>252</sup>.

Esta dificultad para sancionar un caso de paralelismo de precios sin un acuerdo explícito o evidencia circunstancial alguna se puede observar incluso en los años 90 en el caso estadounidense de *Airline Tariff Publishing Company*<sup>253</sup>. En este caso, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ, en sus siglas en inglés) investigó las actividades de fijación de tarifas en la industria de las aerolíneas, donde los miembros de un cartel de

---

<sup>252</sup> Teresa V. Tovar, “Que el Remedio No Sea Peor que la Enfermedad Oligopolio, Posición de Dominio Conjunta y Colusión Tácita”.

<sup>253</sup> Estados Unidos v. *Airline Tariff Publishing Co.*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) 70,687 (D.D.C. 1994) (Transacción Final).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

precios podían coordinar tácitamente sus precios utilizando un tercer agente facilitador y sofisticados mecanismos de señalización. En particular, las compañías aéreas enviaban información sensible sobre los precios de sus tarifas diariamente a una asociación central de intercambio de información del mercado de aerolíneas, en donde se recopilaban los datos recibidos sobre precios, fechas de viaje, aeropuertos de origen y destino, o restricciones de boletos y se compartían en tiempo real con agentes de viajes, sistemas de reservas informáticos, consumidores e incluso las propias compañías aéreas. De esta manera, las compañías aéreas usaban las fechas del primer boleto para anunciar aumentos de tarifas con muchas semanas de anticipación. Si los anuncios eran igualados por los rivales, cuando llegara la fecha del primer boleto, todas las empresas subirían simultáneamente la tarifa.

Según el DOJ, fue la existencia de un mecanismo de intercambio de datos rápido para monitorear las tarifas y reaccionar rápidamente a los cambios de precios lo que permitió a las empresas coludirse sin comunicarse explícitamente. Si embargo, debido a que la ley de competencia no prohíbe la colusión tácita y cualquier coordinación explícita era muy difícil de probar, el DOJ decidió inclinarse por la celebración de un acuerdo extrajudicial o transacción con las compañías aéreas, en virtud del cual estas últimas acordaron dejar de anunciar la mayoría de los aumentos de precios por adelantado, con la excepción de algunas circunstancias en las que los anuncios anticipados podrían mejorar el bienestar del consumidor.

En virtud del caso expuesto, se demuestra que las autoridades de competencia enfrentan una gran limitación en su potestad sancionadora para tipificar una colusión tácita

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios en la infracción de un acuerdo colusorio.

Ahora bien, aun si decidiera hacer ello, el Indecopi se enfrentaría a la posibilidad de que su decisión finalmente resulte nula, al verificarse que sancionó una conducta que no cumple con las exigencias de tipificación de la ley; es decir, no se ha configurado el elemento de concertación que requiere cualquier práctica colusoria horizontal para ser sancionada.

En virtud de todo lo expuesto, la única opción que pareciera tener el Indecopi ante una colusión tácita algorítmica es la resignación a investigar un caso de tan complejidad, más aún considerando los escasos recursos con los que cuenta para poder investigar y sancionar conductas anticompetitivas en mercados mucho más sensibles. Si bien está opción es sin duda razonable, genera una sensación de impunidad, más aún cuando se sabe que los algoritmos poseen las aptitudes suficientes y comprobadas para perfeccionar una colusión tácita y equipararla a los mismos efectos que ocasiona un cártel de precios.

### **2.11 La necesidad de redefinir el concepto de “acuerdo” ante el riesgo latente de una colusión tácita que prescinda del elemento de concertación entre los competidores**

Se ha demostrado ya el rol que pueden desempeñar los algoritmos de precios para facilitar una práctica colusoria horizontal de fijación de precios mediante estrategias de señalización y paralelismo de precios en ausencia de coordinación o contacto humano entre los competidores, provocando los mismos efectos que un cártel de precios.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Este riesgo permite que los competidores en un mercado se vean en la posibilidad de reemplazar la necesidad de coordinar o contactarse entre ellos por la inteligencia artificial de los algoritmos para facilitar una conducta paralela de precios. Ello, sin perjuicio de que estos mismos competidores podrían valerse de sus algoritmos también para monitorear que todos los competidores estén cumpliendo con ejecutar la señalización de incrementar sus precios, y evitar así una guerra de precios que desestabilice la conducta anticompetitiva. Estas estrategias facilitadas por la inteligencia artificial de los algoritmos de precios permiten asegurar la eficacia y estabilidad de una práctica colusoria horizontal de precios que no podrían lograr en un escenario tradicional de concertación.

Sin embargo, la amenaza más importante que generan los algoritmos de precios en la aplicación de las leyes de libre competencia es la incapacidad que enfrentarían las autoridades de competencia para sancionar tales conductas, en tanto no podrían acreditar el elemento de concertación que esencialmente requiere la tipificación de las prácticas colusorias para poder ser sancionadas como tal, y más aún cuando se reconoce que el mero paralelismo de precios no implica una conducta ilícita y que incluso obedece a estrategias comerciales totalmente válidas.

En virtud de los riesgos expuestos, cabe preguntarse si, con los recientes desarrollos de algoritmos, es probable que la colusión tácita se convierta en un fenómeno más común en el contexto digital. Si ese es el caso, esto podría resultar en un daño sustancial al consumidor, quien se perjudicaría con sobrepuestos semejantes a la configuración de un cártel de precios tradicional, pero que, dadas las dificultades para abordar la colusión tácita en los marcos actuales de la ley de competencia, dicha situación no podría ser sancionada.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Esta sensación de incertidumbre e impunidad que podría llegar a producir el uso de algoritmos de precios por parte de las empresas competidoras en el mercado ha llevado a las autoridades de competencia y la doctrina en materia de libre competencia cuestionarse si su enfoque actual para el tratamiento legal de la colusión tácita necesita de un ajuste para adaptarse a estos escenarios colusorios, incluyendo propuestas regulatorias “ex post” desde la modificación de la tipificación de las normas para ampliar el concepto de “acuerdo” hasta proponer una intervención ex ante respecto del uso de algoritmos en el mercado.

En México, la agencia de competencia nacional denominada Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) ha manifestado su preocupación sobre los potenciales riesgos anticompetitivos que trae consigo el uso de algoritmos en la era digital del comercio. De esta manera, en febrero de 2018, la COFECE publicó un estudio de la promoción de competencia con el título “Repensar la competencia en la Economía Digital”<sup>254</sup>, en el que no solamente aborda los riesgos a la libre competencia que se derivan de los distintos usos de los algoritmos de precios por parte de los competidores, sino que además la COFECE realiza una reflexión sobre cómo como autoridad de competencia mexicana podría enfrentar dicha situación potencialmente riesgosa.

Así, de manera específica, la COFECE señala que “(...) *dada la complejidad que conlleva este tipo de cambios, en el corto plazo, parece viable la utilización en formas innovadoras y creativas del instrumental con el cual actualmente cuentan, sin perder de vista el latente*

---

<sup>254</sup> Comisión Federal de Competencia Económica - COFECE, *Repensar la competencia en la Economía Digital* (Estudios de la Promoción de la Competencia, 2018). [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlacompetenciaenlaeconomiadigital\\_01022018.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlacompetenciaenlaeconomiadigital_01022018.pdf)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*surgimiento de problemas y conductas anticompetitivas que exijan la adecuación del marco legal de competencia*”<sup>255</sup>. La postura de la COFECE refleja una posición razonable, en la no apuesta por realizar un cambio sustancial a la normativa en el corto plazo, pero sí a futuro, que será el momento más latente para el avance y la accesibilidad a este tipo de tecnología por parte del empresariado, debiendo optar por una adecuación del marco legal. Esta adecuación debe ser entendida como la necesidad de realizar una modificatoria a la tipificación actual y tradicional con la que cuenta la ley de competencia mexicana, cuyo origen de creación no abarcó la posibilidad de un escenario colusorio facilitado por el uso de inteligencia artificial.

En el mismo sentido que la COFECE, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) se alinea a una regulación ex post sobre el uso de algoritmos para facilitar una práctica colusoria. En junio de 2017, la OECD publicó un estudio denominado “*Algorithms and Collusion. Competition Policy in the Digital Age*”<sup>256</sup>. En ese documento, la OECD efectuó una amplia investigación sobre las distintas funcionalidades que posee la inteligencia artificial de los algoritmos en el comercio actual, y aborda los potenciales riesgos que el uso de estas herramientas genera en la competencia. Así, la OECD es clara al sostener que los algoritmos amenazan con ampliar el área gris que existe entre la colusión explícita ilegal y la colusión tácita legal, permitiendo así reemplazar la colusión explícita por la coordinación tácita<sup>257</sup>.

En ese sentido, la OECD sostiene que los riesgos potencialmente crecientes de colusión tácita resultantes del uso de algoritmos cuestionan si actualmente es sostenible excluir el

---

<sup>255</sup> *Ibidem*.

<sup>256</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age* (OECD, 2017).

<sup>257</sup> *Ibidem*.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

paralelismo de precios del ámbito de aplicación objetivo de la ley de libre competencia europea, y si es que los potenciales riesgos colusorios derivados de los algoritmos justifican la posibilidad de reconsiderar la interpretación de “acuerdo”<sup>258</sup>.

Esta propuesta de la OECD se desarrolla en el mismo contexto que rodea a la colusión tácita y el paralelismo de precios en el Perú. En efecto, el paralelismo de precios es una práctica comercial que por sí sola no es suficiente para considerar una conducta ilícita contraria a la libre competencia; inclusive, se la reconoce como una estrategia comercial legítima que los competidores en un mercado usan para determinar sus precios y observar cómo se desarrolla el mercado respecto de sus competidores. Lo mismo ocurre en un escenario de colusión tácita, en el que únicamente resulta sancionable en la medida que se configure en un mercado oligopólico en donde existe una relación de interdependencia entre competidores. De lo contrario, esta colusión tácita se traduce simplemente en un paralelismo de precios, el cual requiere acreditar mayores indicios adicionales que demuestren una concertación.

Las opiniones y propuestas hasta este momento desarrolladas forman parte de la posición a favor de una regulación ex post, bajo la cual se propone realizar modificaciones en la tipificación o interpretación de la redacción de la norma a fin de actualizar las facultades de persecución y sanción de las autoridades de competencia en casos en los que únicamente los algoritmos hayan sido utilizados como facilitadores de una conducta colusoria de precios.

---

<sup>258</sup> *Ibíd.*

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Sin embargo, existe otra postura de carácter *ex ante*, en la que se opta por la intervención directa sobre el uso de algoritmos, a fin de prevenir que se usen de manera ilícita. Por ejemplo, la autora Juliane K. Mendelsohn sostiene que el desconocimiento que existe sobre los futuros escenarios anticompetitivos que podrían surgir hace difícil determinar qué cambios deben hacerse con exactitud en las normas de libre competencia, por lo que propone la creación de regulaciones que entiendan mejor el funcionamiento y desarrollo de los algoritmos de precios, de modo que puedan evitar la aparición de escenarios colusorios originados o facilitados por esta inteligencia<sup>259</sup>.

Asimismo, la OECD en su publicación sobre Algoritmos y Competencia propone también una alternativa de este carácter, consistente en que “*los algoritmos podrían programarse para no reaccionar a los cambios más recientes en los precios; o, en cambio, ignorar las variaciones de precios de las empresas individuales, sin dejar de tener en cuenta los precios medios de la industria*”<sup>260</sup>.

En esa línea, en la doctrina el autor Joseph E. Harrington se acoge también a la regulación sobre los propios algoritmos de manera *ex ante*, proponiendo ingresar datos en el algoritmo de precios y monitorear la salida en términos de precios para determinar si el algoritmo exhibe una propiedad prohibida<sup>261</sup>.

---

<sup>259</sup> Juliane K. Mendelsohn, “Algorithmic Pricing and Market Coordination –Toward A Notion of ‘Collusive Risk’”, THÉMIS Revista de Derecho 78 (2020): 241-255.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/24175/22938>

<sup>260</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age* (OECD, 2017).

<sup>261</sup> Joseph E. Harrington Jr, “Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Artificial Agents”. *Journal of Competition Law & Economics* 14, no 3 (2018): 331–363.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Por otro lado, en contraste con las dos posiciones previamente desarrolladas, la académica Michal Gal en su estudio denominado “*Algorithms as Illegal Agreements*” propone considerar el uso de algoritmos como un “*plus factor*”: eso es, como un indicio adicional al paralelismo de precios, que prueba de manera indirecta la existencia de un acuerdo de precios. De esta manera, la autora explica que el uso de esta inteligencia artificial debe entenderse como un acto intencional, que pudo ser evitado por los usuarios que la utilizaron, pero decidieron aun así aprovecharse de sus ventajas para facilitar la coordinación entre competidores, creando un compromiso consciente dirigido a respetar un esquema de comportamiento común, el cual no podría estar justificado en razones competitivas<sup>262</sup>.

Ahora bien, es importante destacar que el impacto que ha ocasionado los potenciales riesgos colusorios del uso de algoritmos de precios se ha mantenido ciertamente en la publicación de lineamientos o estudios emitidos por las autoridades de competencia y doctrina en la materia.

En noviembre de 2019 la autoridad de competencia alemana (Bundeskartellamt), junto con su par francés (Autorité de la Concurrence), sostuvieron una posición completamente opuesta sobre la necesidad de adoptar cambios regulatorios o medidas preventivas respecto de los riesgos de colusión que se derivan de los algoritmos de precios. Así, mediante la publicación del estudio denominado “*Algorithms and Competition*”<sup>263</sup>, las referidas autoridades negaron la existencia de un escenario realista de colusión provocado por el uso de algoritmos de fijación de precios, pues dada la ausencia de coordinación o

---

<sup>262</sup> Michal Gal, “Algorithms as Illegal Agreements”, *Berkeley Technology Law Journal* (2019), 67.

<sup>263</sup> Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt. “Algorithms and Competition”. Autorité de la Concurrence y Bundeskartellamt, 2019. [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-11/2019-11-04\\_algorithms\\_and\\_competition.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-11/2019-11-04_algorithms_and_competition.pdf).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

contacto entre los competidores para configurar colusión tácita, resulta “*necesario que exista un elemento de interacción que vaya más allá de explorar unilateralmente el comportamiento de fijación de precios del competidor y adaptarse a él*”<sup>264</sup>.

Asimismo, de manera más tajante, las citadas autoridades de competencia reafirmaron su posición sobre la falta de necesidad de modificar la tipificación de la norma de libre competencia europea, mostrándose a favor de la legitimidad y eficiencia de los algoritmos en la fijación unilateral de precios. De esta manera, indicaron lo siguiente:

*“(...) cuando un algoritmo simplemente observa, analiza y reacciona unilateralmente al comportamiento públicamente observable de los algoritmos de los competidores, esto generalmente debe considerarse como una adaptación inteligente al mercado en lugar de una coordinación. Por ejemplo, a través de interacciones repetidas, los algoritmos de fijación de precios de dos empresas podrían “decodificarse” entre sí, lo que permitiría que cada una anticipara mejor la reacción de la otra”*<sup>265</sup>.

Finalmente, la Bundeskartellamt y la Autorité de la Concurrence concluyen en su estudio que el marco legal europeo contemporáneo y la jurisprudencia que lo acompaña permite a las autoridades de competencia europeas investigar y sancionar plenamente las potenciales situaciones de riesgo colusorio generados por el uso de algoritmos de fijación de precios. En ese sentido, las referidas agencias de competencia señalan que no es necesario dotar de una interpretación más amplia al concepto de “acuerdo”, pues “*todavía no está claro a qué tipos de casos se enfrentarán las autoridades de competencia en el futuro; en consecuencia, aún no es posible predecir si es necesario reconsiderar el*

---

<sup>264</sup> *Ibidem*, pág. 53

<sup>265</sup> *Ibidem*.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*régimen legal actual y el conjunto de herramientas metodológicas y, de ser así, de qué manera*<sup>266</sup>.

En virtud de estas posiciones adoptadas por distintas autoridades de competencia y académicos en el mundo, corresponde cuestionarse si la ley de libre competencia peruana, ante la imposibilidad de sancionar una colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos, requiere una modificación en la tipificación del concepto de “acuerdo” para que el Indecopi pueda sancionar una conducta de ese tipo.

Tal como se ha expuesto previamente, el principio de tipificación exige que las autoridades administrativas como el Indecopi subsuman las conductas ilícitas a sancionar dentro del supuesto de hecho que explícitamente establece la norma, no pudiendo sancionar una conducta bajo interpretaciones analógicas o extensas que no cumplan con la tipificación expresa.

Sin embargo, al producirse un evidente escenario de colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios en el mercado peruano, y en tanto el Indecopi pretenda investigarlo y sancionarlo en atención a los efectos claramente anticompetitivos que estaría generando en los consumidores, el principio de tipificación que rige las decisiones administrativas sería la gran limitante para que el Indecopi pueda realizar tal diligencia.

Este problema se debe a que el uso de algoritmos de fijación de precios podría, efectivamente, promover, facilitar y perfeccionar un comportamiento colusorio basado

---

<sup>266</sup> *Ibíd*em, pág. 7

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

únicamente en un paralelismo de precios a través de mecanismos de señalización y provocando así una colusión tácita dirigida a incrementar precios. Sin embargo, el mero paralelismo de precios por sí solo no se considera una conducta sancionable, sino que forma parte del conjunto de elementos que, junto con la evidencia de contactos entre competidores, son necesarios para probar una colusión. De allí se desprende también la imposibilidad de sancionar una colusión tácita, en la cual existe una ausencia de coordinación concertada entre los competidores, la cual es esencial en la tipificación de cualquier práctica colusoria horizontal.

Al respecto, es fundamental reincidir en que el concepto de colusión tácita se refiere al comportamiento alineado que ciertas empresas alcanzan en el mercado, asumiendo que sus competidores se ajustarán al mismo movimiento, logrando así obedecer un objetivo en común, el cual es incrementar sus precios por encima del nivel competitivo. Esto significa que una colusión tácita va a generar el mismo resultado que un cártel de precios, pero sin intermediar en ningún momento algún tipo de comunicación o coordinación previa, pues únicamente se basa en las expectativas a que todos los competidores obedezcan el plan común. Para ello, existe un agente líder quien se encargará de señalar el incremento, de modo tal que los demás agentes lo identifiquen y lo adopten automáticamente.

Un ejemplo de este escenario es el comúnmente conocido como el acuerdo de las estaciones de gas<sup>267</sup>. En este ejemplo, existen dos gasolineras (G1 y G2) que se encuentran situadas muy cercana una al lado de la otra en una carretera. La gasolinera G1 reconoce que si quiere incrementar sus precios, se enfrenta a dos escenarios: G2 puede adoptar el

---

<sup>267</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OECD, *Oligopoly*. OECD, 1999, pp. 228 -229. [https://one.oecd.org/document/DAFFE/CLP\(99\)25/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAFFE/CLP(99)25/en/pdf)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

mismo incremento y con ellos ambas terminar cobrando un mismo precio que Maximina sus rentabilidades, o G2 decide mantener su precio menor y por lo tanto, recibir mayor preferencia de los consumidores y perjudicar los ingresos de G1.

Sin embargo, en el primer escenario, si bien podría parecer riesgoso, lo cierto es que a G1 solo le bastaría revisar en los anuncios de precio de G2 en su estación de gas si es que efectivamente incrementó el precio que señaló G1. Si es que no verificara dicho incremento, G1 reivindicaría su precio y el daño que percibiría habría durado relativamente en el tiempo. Por ello, la estación B2 también está en capacidad de reconocer que le resulta más conveniente incrementar de la misma manera su precio para maximizar sus ingresos junto con G1, ya que, de no hacerlo, las consecuencias que sufriría G1 no serían tan significativas. Es así como existe el suficiente incentivo para G1 y G2 de alinear sus precios al incremento y cooperar entre ellas, sin la necesidad de llegar a un acuerdo de precios como tal.

Ahora bien, si el Indecopi decidiera finalmente sancionar una colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios por parte de los competidores en un mercado, esta decisión claramente contravendría el principio de tipificación del Derecho Administrativo Sancionador, en tanto en este escenario el elemento de concertación propiamente dicho es inexistente ya que no existirían medios probatorios que acrediten la toma de contacto o comunicación entre los competidores.

Si bien se podría argumentar que dicha limitación legal que impone el principio de tipificación es coherente con el Estado de Derecho que impide el abuso de derecho y la emisión de decisiones arbitrarias, resulta imperante tener en cuenta que en un escenario

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

como el expuesto, no se estaría buscando sancionar un mero paralelismo de precios como una evidencia circunstancial económica aislada.

La finalidad de sancionar un escenario de paralelismo de precios promovido por algoritmos recae en la capacidad que poseen estas herramientas para facilitar una coordinación tácita en donde los competidores han reemplazado el contacto humano, logrando así los mismos efectos colusorios que genera cualquier otro cártel de precios. El futuro que dicha eficiencia algorítmica trae consigo es la posibilidad de que las empresas prefieran utilizar sus algoritmos de fijación de precios para conseguir una conducta coordinada entre competidores, prescindiendo contactarse entre ellos y, convenientemente, escapando del ámbito de aplicación objetiva de la LRCA.

Actualmente, la LRCA sanciona las prácticas concertadas, entendiéndose aquellas que han sido planeadas conscientemente por dos o más competidores para actuar de un determinado modo en el mercado y restringir la competencia entre ellos. En un acuerdo de fijación de precios, sería necesario probar la coordinación conjunta entre aquellos para igualar sus precios e incrementarlos en perjuicio de los consumidores. Este elemento de coordinación requiere probarse ya sea mediante una prueba directa, como contratos o actas en las que de manera expresa se evidencia los términos del acuerdo colusorio, o mediante pruebas indirectas; esto es, una combinación entre el paralelismo de precios en el mercado como evidencia económica e indicios de reuniones o comunicaciones entre los competidores.

No obstante, como se ha demostrado a lo largo de la presente investigación, en una colusión tácita no existen estos elementos de coordinación, pues los competidores

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

dependen del comportamiento del otro para definir una alineación común en el mercado. Lamentablemente, este escenario que consigue los mismos efectos colusorios que un cártel de precios escapa de la potestad punitiva del Indecopi como autoridad, pues esta entiende en base a su jurisprudencia que la tipificación de acuerdo requiere que la concertación se demuestre a través de un contacto entre competidores, necesariamente.

Ahora bien, habiéndose identificado la dificultad que enfrenta el Indecopi para probar el elemento de concertación propiamente dicho en un escenario de colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos, es importante analizar si es que existen alternativas ya contempladas en dicha norma que permitan al Indecopi sancionar un escenario como el expuesto o si es necesario intervenir mediante una modificación en la tipificación de la LRCA.

Como primera alternativa, se podría proponer subsumir tal escenario de colusión algorítmica dentro de la tipificación de una práctica concertada. Esta sugerencia partiría de la idea de que en una práctica concertada también se está ante una ausencia de una prueba directa que evidencia explícitamente la celebración de un acuerdo o coordinación entre los competidores. Por ello, un ejemplo de práctica concertada podría ser un escenario de intercambio de información sensible o de “*hub & spoke*”, situaciones en donde no intermedia la celebración o acuerdo explícito entre los competidores para fijar sus precios, pues se valen incluso de terceros para eliminar tal evidencia. En atención a ello se podría concluir que la configuración de una colusión tácita entre competidores facilitada por sus algoritmos de precios se subsume fácilmente en la teoría de una práctica concertada.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

No obstante, dicho orden de ideas parte de un supuesto equivocado. Una práctica concertada no puede ser equivalente a una colusión tácita, en tanto la primera exige de por sí la evidencia del elemento esencial de concertación, de lo contrario no existiría una práctica concertada como su nombre lo establece. El hecho de que esta prescinda de una prueba directa, no quiere decir que constituya únicamente un mero paralelismo de precios. Esta posición es compartida, por ejemplo, por el autor Eduardo Galán, quien señala que la comisión de una práctica concertada obedece a una voluntad deliberada de restringir la competencia, indicando además lo siguiente:

*“Dos elementos se hacen presentes [en una práctica concertada]: uno de carácter material, la actuación en el mercado, y otro, la existencia de una concertación, más o menos precisa, esto es, de algún tipo de consenso que se encuentra en la base del comportamiento empresarial. Consecuentemente, el mero paralelismo o identidad de conducta en el mercado no basta para constituir práctica concertada; es precisa la concurrencia de un elemento consensual”<sup>268</sup>.*

[Énfasis agregado]

Es por ello, de igual manera que un acuerdo explícito de precios en el que media una prueba directa, una práctica concertada se rige también por la evidencia de una colaboración y cooperación estratégica entre los competidores de un mercado para eliminar la competencia entre ellos.

Por el contrario, un escenario de colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de precios se basa únicamente en un paralelismo de precios como consecuencia de una práctica de señalización en el mercado. En ese aspecto, el Tribunal de Justicia de la Unión

---

<sup>268</sup> Eduardo Galán, “Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general”. En Resolución 048-2008/TDC-INDECOPI (Tribunal de Defensa de la Competencia, 16 de enero de 2008).

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Europea en su sentencia del 19 de marzo de 2015 marcó la diferencia entre un paralelismo estratégico de precios y una práctica concertada, sosteniendo que el primero consiste en un derecho de los agentes del mercado a adaptarse con habilidad al comportamiento de sus rivales, pero que no implican la toma de contacto directo o indirecto entre competidores con el objeto o efecto de generar condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado, o revelar a los competidores el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado<sup>269</sup>. Por lo tanto, se concluye que un posible escenario de colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios no podría ser sancionado bajo la tipificación de una práctica concertada, pues resultan ser conceptos opuestos.

Como segunda alternativa, conviene analizar una que ha sido también propuesta en la doctrina extranjera; esta es la consideración del uso de algoritmos de fijación de precios como un “*plus factor*” facilitador de una práctica colusoria horizontal. Al respecto, tal como se ha desarrollado en la sección referida a este concepto en la presente investigación, los “*plus factors*” se entienden como aquella evidencia económica circunstancial para demostrar la existencia de una conducta coordinada. En términos sencillos, se les podría considerar como aquellas condiciones que se dan en un determinado contexto que contribuyen a la conclusión de la existencia de una conducta concertada.

Considerar el uso de algoritmo de precios en un mercado como un “*plus factor*” para presumir la existencia de una conducta coordinada plantea dos problemas importantes. El primer problema es que un escenario de colusión tácita basado en la existencia de un “*plus*

---

<sup>269</sup> Asunto C-286/13 P, Dole Food Company, Inc. y Dole Fresh Fruit Europe contra Comisión Europea., Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de marzo de 2015.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

*factor*” (consistente en el uso del algoritmo de precios) y en el paralelismo de precios como única prueba significaría una decisión arbitraria contraria a los principios del derecho administrativo sancionador. Esto es así debido a que un “*plus factor*” podría usarse legítimamente en la medida que contribuya a concluir una presunción colusoria en un mercado oligopólico, en el cual la existencia de un paralelismo de precios levanta de por sí las suficientes sospechas. Sin embargo, en un mercado no oligopólico, el estándar de prueba debería ser más riguroso, en el cual válidamente se podría utilizar la teoría de los “*plus factors*” en la medida que, por lo menos, este contribuya a un conjunto de indicios ya existente y en donde la autoridad de competencia demuestre indicios del elemento esencial de coordinación.

El segundo problema de considerar el uso de algoritmos de fijación de precios como un “*plus factor*” consiste en que se estaría en cierto modo regulando el uso de esta inteligencia artificial de manera ex ante, atribuyéndole a su mera utilización un estigma negativo proclive a la colusión por parte de las empresas que lo usen. Esto, en definitiva, crearía un gran desincentivo en perjuicio de las eficiencias y beneficios que esta importante herramienta también trae al mercado y que debería ser la regla general de su utilización.

Habiendo descartado la posibilidad de considerar los algoritmos de fijación de precios como “*plus factors*”, resta una tercera alternativa para verificar la viabilidad de sancionar una colusión tácita a través de la tipificación ya contemplada en la LRCA. Esta alternativa consiste en analizar si es que la LRCA en realidad ya cuenta con una tipificación que abarca cualquier supuesto colusorio que no esté expresamente indicado como tal; esto es,

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

la cláusula general o de efecto equivalente. En efecto, la LRCA contiene en su tipificación una cláusula de este tipo, que establece lo siguiente:

*“Artículo 11.- prácticas colusorias horizontales*

*11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:*

*(...)*

*k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”.*

[énfasis agregado]

Tal como se observa, la cláusula general prevista en la LRCA cumple el objetivo de permitir al Indecopi poder sancionar aquellas conductas que no necesariamente se subsuman perfectamente a la tipificación de prácticas colusorias horizontales taxativamente enumeradas en los incisos del a) a la j) del artículo 11.1. Sin embargo, sostener que un escenario de colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de precios podría ser sancionado con éxito bajo la cláusula general de la LRCA es una premisa equivocada.

Las cláusulas de efecto equivalente previstas en las normativas administrativas no tienen por finalidad servir como un camino abierto a las autoridades administrativas para sancionar indiscriminada y arbitrariamente cualquier supuesto que consideren ilícito sin tener que recurrir al estándar de prueba al que se encuentra obligado a respetar las

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

autoridades de Derecho Público para ejercer su poder sancionador de conformidad con el principio de tipificación.

Por el contrario, Morón Urbina sostiene que las cláusulas generales o de efecto equivalente ciertamente no son contrarias al principio de tipificación que exige el Derecho Administrativo Sancionador, pero “(...) *siempre y cuando la concreción de tales conceptos sea razonablemente factible en virtud de estar referidos a criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas de la infracción tipificada*.”<sup>270</sup>. [énfasis agregado]

De esta manera, se desprende que el uso de la cláusula general para poder sancionar una práctica colusoria horizontal que no necesariamente se encuentra tipificada como tal será totalmente legal y legítima en la medida que la autoridad administrativa cumpla con acreditar la existencia de los elementos esenciales que requiere la misma tipificación del supuesto base de la conducta ilícita. De lo contrario, existiría claramente una trasgresión al principio de tipificación por parte de la autoridad de competencia.

Esta condicionante no se cumple en el caso de una posible sanción a una colusión tácita con intervención de algoritmos de precios, pues en este supuesto el Indecopi como autoridad administrativa competente no podría probar la existencia del elemento más esencial de la tipificación de una práctica colusoria horizontal; esto es, el elemento de

---

<sup>270</sup> Juan Carlos Morón, “Los principios delimitadores de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana”, *Advocatus* 13 (2005), 233.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

concertación o coordinación entre competidores, en tanto no existe en una colusión tácita. Por lo tanto, sin poder cumplir con la valla mínima, la cláusula general contemplada en la LRCA no resulta suficiente para sancionar el supuesto de colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios.

De esta manera, en virtud del presente análisis realizado respecto de las posibles alternativas que el Indecopi podría evaluar para sancionar un escenario de colusión táctica algorítmica, se evidencia que actualmente la LRCA no contempla posibilidad viable alguna para poder investigar y sancionar efectivamente una colusión algorítmica que ocasione los mismos efectos dañinos que un cártel de precios.

Por consiguiente, la presente investigación propone la necesidad de introducir una interpretación más amplia de lo que se entiende por acuerdo desde la tipificación de la LRCA, a fin de que el principio de tipificación no sea una limitante para que la autoridad de competencia peruana pueda sancionar un escenario colusorio tácito facilitado por algoritmos probablemente dañino para la competencia y los consumidores.

En principio, es importante señalar que la necesidad de realizar un cambio en la tipificación de la LRCA para poder sancionar satisfactoriamente un escenario colusorio no contemplado por aquella desde un principio ha sido una práctica ya acogida por el legislador y el Indecopi previamente. Un ejemplo de ello es la introducción de la figura del facilitador, cuya aparición ciertamente sancionable no formaba parte del ámbito de aplicación subjetiva de la norma, por lo que la posibilidad de sancionarla en ese momento implicaba una grave trasgresión al principio de tipicidad del derecho administrativo

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

sancionador. Lo mismo pasó con el caso de los precios predatorios, ante los cuales existía una incertidumbre sobre la posibilidad de sancionar

Así, existieron casos en los que, si bien la Comisión de Defensa de la Libre Competencia identificó la intervención anticompetitiva de un agente económico, en su mayoría asociaciones gremiales y sus dirigentes, estos no podían ser objeto de sanción en tanto no calificaban como competidores en el mercado. Esta situación de impunidad conllevó a realizar una modificación en la LRCA a fin de incluir a la figura de facilitadores.

Este ejemplo demuestra con claridad la necesidad de adaptar la LRCA a ciertos supuestos que inicialmente no estuvieron contemplados en su contexto por el legislador, pero que con el transcurrir del tiempo y de las complejidades de las relaciones comerciales en el mercado, generaron un vacío legal que necesitaba ser cubierto.

Esta situación ocurre de manera similar con los algoritmos, pues los riesgos a la competencia que estos representan a la actualidad no habían sido previstos por las legislaciones de libre competencia en el mundo.

Ciertamente la aparición de la tecnología en el contexto actual ha traído consigo tantos beneficios como también incertidumbre sobre sus potenciales riesgos al Derecho, y el rápido desarrollo de esta tecnología que actualmente se experimentan promete seguir avanzando cada vez más, lo cual es propio de su naturaleza. De este modo, es evidente que, en la elaboración de los supuestos colusorios contemplados en la LRCA, el legislador y la redacción de la norma no estuvo hecha pensando en los riesgos potencialmente anticompetitivos que produciría el uso de algoritmos para fijar precios en el mercado.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Lo anterior cobra mayor sentido aun cuando se propone la pregunta de ¿cuál es realmente la finalidad que persiguen las normas de libre competencia? ¿acaso la LRCA no tiene por objeto sancionar aquellas conductas anticompetitivas que sucedan en el mercado? En efecto, las agencias de competencia como el Indecopi tienen como prioridad detectar y sancionar aquellos actos que ocasionen daños irreversibles a la competencia, siendo los cárteles de precios las conductas más dañinas al mercado y a los consumidores. Así, el reconocido académico Richard Posner sostuvo que los precios monopólicos que se alcanzan como consecuencia de una colusión, es decir un cártel de precios, debería ser la principal preocupación de las políticas antimonopolio<sup>271</sup>.

En ese sentido, partiendo de la premisa que la LRCA tiene y debería siempre tener como objetivo perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas -y con mayor rigor los acuerdos de precios entre competidores-, resulta necesario preguntar entonces ¿por qué ahora el concepto tan estrecho que se tiene por “acuerdo” en la LRCA limita al Indecopi poder sancionar eficazmente un escenario de precios monopólicos? ¿En qué momento la finalidad de la LRCA se tergiversó para apaciguar su propósito punitivo en contra de estas prácticas tan dañinas?

La respuesta es que, en realidad, la finalidad de la LRCA nunca ha cambiado, así como tampoco los daños que ocasiona un acuerdo de precios en el mercado y a los consumidores. Lo único que ha cambiado en el tiempo es que la posibilidad de que estos acuerdos se logren a través de maneras cada vez más sofisticadas, y que los competidores en los mercados se han vuelto cada vez más interdependientes entre sí, logrando alcanzar

---

<sup>271</sup> Antitrust Law: An Economic Perspective by Richard A. Posner Review by: Thomas E. Kauper

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

ese mismo escenario colusorio tan dañino de precios monopólicos sin contacto previo alguno.

Es por esta razón que se debe tener en cuenta que mientras la finalidad de la LRCA, así como de las demás normas de libre competencia en el mundo, se mantenga dirigida a prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas en el mercado, la atención de las políticas de competencia no debe centrarse sobre la forma en la que se manifiesten estas conductas o si es que calzan perfectamente en el concepto de un acuerdo. En efecto, el objetivo de sancionar estos escenarios de precios monopólicos es justamente evitar daños en la eficiencia del mercado y el bienestar de los consumidores, independientemente de si existió un acuerdo o contacto explícito.

Por lo tanto, en virtud de la finalidad que persigue la LRCA y de la imposibilidad de esta norma de poder prevenir la tipificación de todos los escenarios colusorios que podrían configurarse a futuro con la aparición de la tecnología, es evidente que una propuesta para modificar el concepto de “acuerdo” en la LRCA no resulta una alternativa descabellada si se tiene por objetivo poder sancionar efectivamente una colusión algorítmica.

Al respecto, es importante tener en cuenta que las leyes de competencia como la LRCA no solamente no estaban pensadas para prevenir escenarios colusorios facilitados por algoritmos, sino que tampoco estaba previsto por el legislador la creciente incertidumbre que iba a asomarse respecto de los escenarios de colusión tácita. En efecto, tal como se ha podido observar a lo largo de la presente investigación, las autoridades de competencia en el mundo han enfrentado constantemente cuestionamientos y obstáculos legales al momento de querer investigar y sancionar un escenario de colusión tácita en el mercado.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Ello, a pesar de que en estos casos se hace cada vez más latente y visible la existencia de un comportamiento interdependiente y paralelo entre competidores de manera consensuada y consistente.

Esta problemática se presenta también como una justificación a favor de una propuesta para modificar y ampliar el entendimiento de “acuerdo” que tiene previsto la LRCA. En efecto, no sería la primera propuesta en esta materia, pues existen investigaciones e iniciativas académicas respecto de la posibilidad de sancionar una colusión tácita. Por ejemplo, de acuerdo con Louis Kaplow, el enfoque actual de los acuerdos horizontales puede ser demasiado formalista e incapaz de abordar la interdependencia dañina entre empresas, afirmando que “*la coordinación interdependiente exitosa que produce precios supracompetitivos conduce esencialmente a las mismas consecuencias económicas [que genera una colusión explícita] independientemente de la forma particular de interacciones que generan este resultado*”<sup>272</sup>.

En virtud de dicha postura, la persecución y sanción hacían las conductas de colusión tácita deberían enfocarse hacia el resultado anticompetitivo que genera en el mercado y hacia los consumidores; no debiendo ser imprescindible si es que en tal colusión existe una intermediación clásica de contacto entre competidores.

Por su parte, Severin Borestein aborda también la problemática de la colusión tácita en ocasión del caso estadounidense “*The Airline Tariff Publishing Case*”, en el cual las

---

<sup>272</sup> Louis Kaplow y Carl Shapiro, “On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law”, *California Law Review* 99, no. 3, (2011), 683-818.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

empresas de aerolíneas lograron incrementar coordinadamente sus precios a través de un mecanismo de señalización sofisticado, logrando evadir contactarse entre ellos.

De esta manera, Borenstein sostiene que, si bien un acuerdo entre competidores para fijar precios es ilegal *per se*, la tecnología informática que permite anuncios y respuestas al instante ha desdibujado el significado de "acuerdo" y ha dificultado que las autoridades antimonopolio distingan los acuerdos públicos de las conversaciones entre competidores<sup>273</sup>. El análisis que realiza el autor en este extremo consiste en la injustificada limitación que el término “acuerdo” tipificado en la ley de competencia europea representa para las autoridades de competencia al momento de querer sancionar una colusión tácita, pues este “acuerdo” es entendido como la concertación demostrada mediante contactos entre competidores, lo cual olvida que en una colusión tácita el contacto no se realiza de manera interna o reservada, sino que debe entenderse como uno de naturaleza pública a causa de las estrategias de señalización.

En ese sentido, en virtud de lo anteriormente expuesto, es posible concluir que la necesidad de proponer una modificación al concepto de acuerdo bajo la LRCA no recae únicamente en la amenaza de que representan los algoritmos colusorios en el mercado, sino que también permitiría expandir el ámbito de aplicación objetiva de la ley hacia aquellos escenarios de paralelismo consciente.

Por lo tanto, una propuesta de esta naturaleza representa la motivación que necesitan las agencias de competencia como el Indecopi para adoptar una posición más robusta sobre

---

<sup>273</sup> Severin Borenstein, “Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case (1994)” en *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy* (New York: Oxford University Press, 2004), 310-328.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

aquella línea gris de incertidumbre que siempre ha existido sobre la ilicitud de la colusión tácita, la cual siempre se ha mostrado como uno de los más grandes obstáculos de las autoridades para sancionar escenarios de precios monopólicos alcanzados por comportamientos interdependientes y conscientes entre competidores, más aún cuando son enriquecidos por la presencia de los algoritmos en el mercado.

Pues bien, para diseñar un concepto de acuerdo mucho más amplio y acorde con el contexto explicado de los escenarios de colusión tácita facilitados y reforzados por los algoritmos de precios, esta investigación propone partir de dos premisas: i) el consenso entre los agentes económicos se manifiesta a través de la sujeción de sus comportamientos a las expectativas que tienen sobre el comportamiento de su competidor, configurando así una concertación implícita; y ii) el comportamiento interdependiente de los competidores representa la renuncia de cada uno de ellos a actuar sin autonomía en el mercado para seguir un esquema de colaboración en común. A continuación, se desarrollarán las premisas descritas.

En primer lugar, respecto de la primera premisa, en base a la evidencia demostrada sobre la forma en la que los algoritmos pueden colaborar entre ellos para lograr un objetivo colusorio, esta investigación concluye que no es necesario analizar la existencia de un acuerdo o consenso en base a la exigencia de un contacto tradicional y formalista entre competidores. Esto quiere decir que las autoridades de competencia no deberían reposar todos sus esfuerzos de investigación en encontrar una prueba de contacto netamente corporal o visible, sino aquella que demuestre que los competidores actuaron con la confianza suficiente de que alinearían su comportamiento, sin perjuicio de la forma en la que esto se manifieste.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En ese sentido, gracias a los algoritmos, los competidores en un mercado no necesitan ponerse en contacto<sup>274</sup> para intercambiar información sobre sus políticas de precios a futuro, pues basan el razonamiento de sus decisiones automatizadas en la expectativa de que el otro algoritmo competidor realizará la misma actuación.

De esta manera, los algoritmos se vuelven capaces de conocer de manera anticipada cuáles serán los siguientes movimientos de su competidor al fijar su política de precios, y si es que lo hará en función a los cambios de precios de su competencia. Al recibir esta información, los algoritmos reconocerán con mayor certeza los comportamientos futuros de sus competidores, facilitando así las condiciones para alinear en el mismo modo su comportamiento en el mercado.

Ahora bien, ya habiendo reconocido la confianza que existe entre un algoritmo y otro para actuar en base a la expectativa del otro, es necesario cuestionarse si dicho comportamiento, que reemplaza el contacto físico o explícito, ¿es suficiente para configurar un consenso entre los competidores? La respuesta a esta pregunta recae en la segunda premisa que planteó, consistente en el consenso implícito que existe entre los algoritmos a través de la conducción de su comportamiento en el mercado en función a expectativas.

Al respecto, vale citar de ejemplo un escenario en el que dos peatones se encuentran cruzando una misma vereda angosta, pero en direcciones contrarias; uno dirigiéndose al norte y el otro al sur, y ambos mirándose frente a frente mientras caminan. Debido a la

---

<sup>274</sup> Michal Gal, “Algorithms as Illegal Agreements”, *Berkeley Technology Law Journal* (2019), 109.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

particularidad tan estrecha de la vereda y del propio caminar ligero y desinteresado de cada uno, llegará un punto en el que ambos se estrellen uno contra el otro. Esto se daría si es que ambos no anticiparan el caminar del otro.

Sin embargo, en la realidad, lo que sucede es que al verse uno al otro desde una distancia razonable, ambos entienden que deben cederse el paso; ya sea uno moviéndose más cerca a la pista, y el otro más cerca a la pared lateral, de modo que ambos puedan cruzarse sin ningún choque que altere su caminar. Consecuentemente, al mirarse, los peatones coordinan de manera implícita quién será el que se mueva al lado de la pista o al lado de la derecha a través de sus movimientos, con la confianza en la expectativa de que el otro también se moverá para poder pasar sin ningún problema. Este comportamiento en particular ¿no se origina acaso de un consenso o coordinación previamente pactado de manera reservada por cada peatón? ¿fue necesario un contacto físico o explícito en el que los peatones debieron reunirse previamente para decidir qué movimientos harían para poder caminar libremente? ¿o es que fue suficiente confiar en la expectativa del comportamiento del otro? Definitivamente, en esta situación tan ordinaria como evitar estrellarse con otro peatón en una vereda, existe un consenso interno e implícito entre dos personas para coordinar su comportamiento y conseguir finalmente un mismo objetivo.

Lo anterior sucede exactamente igual en una colusión tácita. Los competidores logran alcanzar un consenso entre ellos a través de los algoritmos, quienes deciden su comportamiento sobre la base de la confianza que tiene en la expectativa de que su competidor realizará el comportamiento complementario. Esta alineación interna al que llegan no es otra cosa que un acuerdo entre las partes.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

En ese sentido, no es necesario que un acuerdo manifieste de manera explícita o tangible la intención de ambos sujetos para actuar coordinadamente, pues basta que estos decidan modificar su comportamiento en función a la expectativa que tienen sobre el comportamiento del otro para determinar que existió un “encuentro de mentes”; es decir, un acuerdo implícito entre ellos para condicionar su comportamiento sobre la base de expectativas.

Como consecuencia de este consenso entre las partes para modificar su actuación en el mercado, surge una estrategia de señalización de precios. Así, al confiar en la expectativa de que el otro actuará en cierto modo, uno de los competidores inicia a través de su algoritmo una invitación al otro para subir su precio, con la expectativa y seguridad de que, efectivamente, el competidor reconocerá la señal y condicionará su comportamiento en base a su rival. Esto, en la práctica, implica que existan alineamientos de precios coordinados y consensuados en el mercado.

Es a partir de lo anterior que se forja la segunda premisa planteada por esta investigación: la existencia de un comportamiento interdependiente entre competidores evidencia su renuncia a actuar de manera autónoma en el mercado para contribuir con su actuación a concretar un objetivo colusorio en común.

Como se mencionó previamente, el consenso que existe entre los competidores basada en sus expectativas se manifiesta a través de una estrategia de señalización de precios dirigida a alinear sus comportamientos en el mercado. Esto trae como consecuencia que se configure un comportamiento interdependiente entre los competidores, en la medida que van decidiendo su próximo paso a tomar en base al paso que tome su rival. Este

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

alineamiento, sin embargo, no es uno meramente coincidente, sino por el contrario, es uno plenamente consentido, advertido y consensuado entre los competidores y sus algoritmos. Esta particularidad evidencia el deseo de los competidores para renunciar deliberadamente a competir entre ellas de manera independiente y autónoma.

La corroboración de esta actuación interdependiente es fundamental, pues su existencia implica la aparición de precios alineados y monopólicos en el mercado que generan tanto daño como un cártel ordinario de precios. Además, centrar la atención y entender este comportamiento alineado como manifestación de un consenso preexistente entre los competidores permite que la agencia de competencia prescinda del tan conocido y discutido elemento volitivo en el análisis sobre conductas anticompetitivas; es decir, la carga de probar la intención de coludirse.

Al respecto, es importante traer a discusión que el solo hecho de imputarle la carga a las autoridades de competencia de probar que existió aquel “*meeting of minds*” resulta tan desproporcional como pedirles que logren ingresar a la mente de los competidores para asegurar que efectivamente actuaron dolosamente. Sin embargo, esta carga impuesta resulta aun más desproporcional en relación con la finalidad que persiguen las normas de competencia, como la LRCA, de sancionar prácticas colusorias que tiene como consecuencia restringir el mercado, imponer precios supra competitivos y dañar así el bienestar de los consumidores.

Así, el problema de depender en la intencionalidad y el aspecto volitivo en las mentes de los competidores es que la única manera de probar tal aspecto reservado es a través de contactos explícitos, lo cual obedece a una visión muy formalista del concepto de acuerdo.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Por ello, probar el elemento de intencionalidad entre los competidores no debería ser la prioridad para configurar el asiendo de una colusión tácita, sino más bien debería centrarse la atención en el comportamiento sin autonomía del agente en el mercado.

Lo anterior encuentra mayor justificación en el hecho de que los acuerdos pueden darse de manera implícita en base a expectativas y comportamientos interdependientes, tal como sucede en las colusiones tácita facilitadas por algoritmos.

En viste de todo lo anterior, esta investigación propone redefinir el concepto de acuerdo que se encuentra previsto en la LRCA. Si bien no existe una definición en esta norma sobre lo que se entiende precisamente por acuerdo, está claro que, en base a la jurisprudencia y el estándar de prueba utilizado por el Indecopi, la LRCA entiende y aplica el concepto de acuerdo desde una perspectiva bastante formalista. Por ello, esta investigación pretende redefinir este concepto.

En esa línea, se propone especificar que un acuerdo también se configurará de la manera siguiente: aquella coordinación implícita entre dos o más competidores que se manifiesta en la modificación que realizan sobre sus propios comportamientos en el mercado en función a la expectativa que tienen de que su competidor realice la misma modificación, alcanzando un comportamiento interdependiente y alineado en el mercado que contribuye a la realización de un mismo objetivo en común.

De esta manera, la propuesta redefinición del concepto de acuerdo prescinde de la noción formalista de que este consenso debe presentarse de manera explícita, pues se precisa que tal coordinación se configura de manera implícita.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Así, esta propuesta apunta a incluir dentro del ámbito de aplicación objetivo de la LRCA, sin limitante alguno, aquellos incrementos alineados e interdependientes entre un competidor y otro, que se ha forjado como consecuencia de una coordinación basada en la confianza de que el rival actuará de la misma manera coordinada.

Como se observa de la definición propuesta, una colusión algorítmica podrá subsumirse en el concepto de acuerdo toda vez que en ella existe una coordinación interna entre los competidores por medio de sus algoritmos para modificar su comportamiento sobre la expectativa de que el otro modifique de igual forma su comportamiento, por ejemplo, alineando sus precios.

Asimismo, esta propuesta permitirá al Indecopi como agencia de competencia peruana sancionar aquellos actos interdependientes en el mercado que generan precios supra competitivos y altamente dañinos a la economía, sin la necesidad de probar que los competidores efectivamente entraron en contacto o se reunieron de manera formal. Así, bajo este nuevo entendimiento de acuerdo, el Indecopi tendría la capacidad y el suficiente espacio en la tipicidad de su norma para sancionar una colusión algorítmica y también una colusión tácita en el mercado, saliendo así de aquel espacio gris e incierto de legalidad.

Finalmente, es importante precisar que la propuesta desarrollada en este trabajo de investigación no tiene por finalidad prohibir el uso de los algoritmos en las políticas comerciales de las empresas, ni pretende atribuirles un sesgo negativo. Por el contrario, la presente investigación reconoce que el uso de esta inteligencia artificial constituye un importante activo que no puede negarse en el marco de la libertad de empresas que posee

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

cada agente económico para dirigir sus propias decisiones comerciales. En efecto, el uso de los algoritmos contribuye a crear distintas eficiencias en las actividades comerciales, no solo en el ámbito del *pricing*, sino en distintos sectores de la economía, como por ejemplo en la publicidad.

Sin embargo, en línea con la posición de otras agencias de competencia y académicos, esta investigación sostiene que aquellos algoritmos de aprendizaje automático que tienen la capacidad eventual de facilitar una coordinación tácita de precios, de la cual los agentes económicos podrían aprovecharse, representan un riesgo a la libre competencia en los mercados. Ello ha traído como consecuencia que se discuta la posibilidad cada vez más latente de la existencia de colusiones tácitas y le necesidad que ahora sí enfrentan las agencias de competencia de adaptar sus legislaciones para combatir dichos escenarios de la manera más eficaz posible.

## CONCLUSIONES

- La implementación de algoritmos de fijación de precios por parte de los competidores en un mercado se considera una estrategia gratamente beneficiosa

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

en términos de eficiencia para los agentes económicos en el mercado, pues gracias a sus funciones de recolección de data instantánea sobre el mercado, les permite fijar precios que logran maximizar su margen de ganancia, convirtiéndose en un elemento clave en el proceso competitivo en el mercado.

- No obstante, el uso de algoritmos de fijación de precios por parte de las empresas competidoras en un mercado puede facilitar un escenario de colusión tácita, mediante el cual las empresas competidoras que usan dichos algoritmos incrementan sus precios de manera coordinada a través de una estrategia de paralelismo de precios, generando los mismos efectos que un cártel de precios, pero sin la necesidad de contactarse, comunicarse o reunirse entre ellos para lograr dicho fin.
- La tipificación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, la “LRCA”) exige al Indecopi, como autoridad de competencia peruana, la probanza del elemento objetivo de coordinación entre los competidores; esto es, la evidencia de indicios de reuniones o intercambio de comunicaciones entre ellos, a fin de determinar la existencia de concertación que se requiere para configurar una práctica concertada horizontal de fijación de precios.
- En el Perú, tal como está prevista la tipificación de la LRCA, el Indecopi no puede sancionar un escenario de colusión tácita facilitado por el uso de algoritmos de fijación de precios por parte de los competidores en un mercado, puesto que en dicho escenario los competidores no han coordinado o se contactado entre sí. Por el contrario, mediante el uso de dichos algoritmos, los competidores únicamente

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

ejecutan un paralelismo de precios en el mercado, supuesto que no es suficiente para demostrar una conducta colusoria.

- Si el Indecopi decidiera sancionar un escenario de colusión tácita facilitado por el uso de algoritmos de fijación de precios por parte de los competidores bajo la tipificación de una conducta de práctica colusoria horizontal de fijación de precios, ello significaría una trasgresión al principio de tipicidad que rige el derecho administrativo sancionador, el cual obliga al Indecopi a probar los elementos esenciales de la conducta tipificada como anticompetitiva a fin de sancionarla.
- Es necesario un nuevo replanteamiento de la noción o entendimiento del concepto de acuerdo tipificado en la LRCA, a fin de permitir al Indecopi sancionar legítimamente una colusión tácita facilitada por el uso de algoritmos de fijación de precios por parte de los competidores en un mercado, sin trasgredir el principio de tipicidad que rige el derecho administrativo sancionador.
- En base a la evidencia analizada, se observa que en una colusión tácita facilitada por algoritmos, estos entran en contacto mediante el intercambio información sensible que realizan al revelarse entre ellos sus modos de aprendizaje automatizado y sus futuros movimientos comerciales, como por ejemplo la fijación de sus precios, surgiendo así una señalización de precios entre competidores. Consecuentemente, estos logran advertir de manera anticipada el comportamiento de precios que el otro competidor va a adoptar en el mercado, modificando su propia actuación en base a la expectativa de que su rival realizará

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

el mismo acto, configurando esto último un consenso implícito al que los competidores llegan en base a este juego de expectativas.

- Finalmente, se propone por ello dotar al concepto de acuerdo una definición consistente en aquella coordinación implícita entre dos o más competidores que se manifiesta en la modificación que realizan sobre sus propios comportamientos en el mercado en función a la expectativa que tienen de que su competidor realice la misma modificación, alcanzando un comportamiento interdependiente y alineado en el mercado que contribuye a la realización de un mismo objetivo en común.
- La implementación de esta propuesta permitiría al Indecopi poder sancionar una colusión tácita en el mercado, además de aquella facilitada por el uso de algoritmos, prescindiendo de probar necesariamente la existencia de algún contacto o reunión que no existe.

## **RECOMENDACIONES**

- Se recomienda invocar una modificación en la noción del elemento de concertación que exige la LRCA para sancionar una práctica colusoria horizontal. Esta propuesta modificatoria debería referirse a un escenario de concertación que prescinda de un contacto directo entre competidores y, que de manera más amplia,

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

se defina como aquella coordinación implícita entre dos o más competidores que se manifiesta en la modificación que realizan sobre sus propios comportamientos en el mercado en función a la expectativa que tienen de que su competidor realice la misma modificación, alcanzando un comportamiento interdependiente y alineado en el mercado que contribuye a la realización de un mismo objetivo en común.

- Finalmente, se debe rechazar cualquier intervención legislativa de carácter *ex ante* dirigida a regular directamente el uso de los algoritmos de fijación de precios por parte de las empresas competidoras en el mercado, pues ello se traduciría en un desincentivo tanto para las empresas competidoras que deseen mejorar la eficiencia de su desempeño en el mercado, como para aquellas empresas especializadas en crear inteligencia artificial que desean innovar en el ofrecimiento de sus servicios.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

Areeda y Kaplow. *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases*. Boston: Wolters Kluwer Law & Business, 1988.

Bustos, Juan y Larrauri, Elena. *La Imputación Objetiva*. Bogotá: Temis, 1989.

Faull, Jonathan y Nikpay, Ali. *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University, 2014.

García de Enterría, Eduardo y Ramón, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2002.

Galán, Eduardo. *Acuerdos Restrictivos de la Competencia*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1977.

González, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000.

Guzmán, Christian. *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Perú: Instituto Pacífico, 2013.

Maraví, Milagros. *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009, 403.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General*. Perú: Guía para asesores jurídicos del Estado. 2017.

Morón, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, 511.

Nieto Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012.

Novoa, Eduardo. *Curso de Derecho penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010,39.

Ossa, Jaime. *Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática*. Bogotá: Legis, 2009.

Quintana, Eduardo. *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Perú: Colección por el Vigésimo Aniversario del Indecopi, 2013.

Santamaría, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

Varián, Hal R. *Microeconomía intermedia: un enfoque actual*. Barcelona: Antoni Bosch, 1999.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Viscusi, Kip y Ver Non, John y Harrington Jr., Joseph, *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge: MIT Press Second Edition, 1998.

Whish, Richard y Bailey, David. *Competition Law*. Londres: Oxford Press University, 2012.

### **Capítulos de libros**

Borenstein, Severin. “Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case (1994)” en *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy*. New York: Oxford University Press, 2004.

González, Aldo. “Prácticas Colusivas” en *La Libre Competencia en el Chile Bicentenario*. (Chile: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011), 143-162.

Petit, Nicolas. “The oligopoly problem in EU competition law” en *Handbook in European Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2013.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1999829](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999829)

Torio, Ángel. “Tipicidad - Referencia a la teoría de los tipos abiertos” en *Cuadernos de Derecho Judicial*. 7-34. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

### **Artículos en revistas académicas**

Andreoli-Versbach, Patrick y Franck, Jens-Uwe. “Econometric Evidence to Target Tacit Collusion in Oligopolistic Markets”, *Journal of Competition Law & Economics* 11, no. 2 (2015): 463-492.

Araya, Fernando. “La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta en ausencia de prueba directa. Una reflexión sobre colusión tácita, “acuerdos tácitos” y “prácticas concertadas”. Corte Suprema, 29 de enero de 2015, Rol 19806-2014”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 24 (2015): 233-250.

Araya, Fernando. “El problema del oligopolio y los efectos coordinados. Corte Suprema, 2 de enero de 2013, rol 3993-2012”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 20, (2013): 271-284.

Baca, Víctor. ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano. *Estudios de derecho administrativo*, 2 (2010): 3-24.

Ballou, Brendan. “The 'No Collusion' Rule”. *Stanford Law & Policy Review* 32, no. 213 (2021): 219. <https://ssrn.com/abstract=3793881>

Baxter, William F. “Posner's Antitrust Law: An Economic Perspective”. *The Bell Journal of Economics* 8, no. 2 (1977): 612. <http://www.jstor.org/stable/3003310>

Castro, Jaime. “The Limitations on the Punishability of Tacit Collusion in EU Competition Law”. *Revista Derecho Competencia* 13, no. 13 (2017): 203. <https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/03/7-castro-195-2401.pdf>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Chawla, Shuchi; Hartline, Jason y Kleinberg, Robert. “Algorithmic Pricing via Virtual Valuations”. *ACM Conference on Electronic Commerce* (2007): 243–251.

Cormack, Daniel. “Is Article 101 TFEU a suitable and sufficiently effective instrument to address structural competition problems?”. *Competition Forum – Resources* 0001 (2020): 4.

Cuevas, Carlos. “Fijación de Precios Costo Plus (Costo más margen) y Target Costing (Costeo Objetivo)”. *Estudios Gerenciales Journal of Management and Economics for Iberoamerica* 18, no. 83 (2002):15.

Danós, Jorge. “Notas Acerca De La Potestad Sancionadora De La Administración Pública”. *IUS ET VERITAS* 5, 10 (1995): 149-60.

Deza, Tommy. “Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea”. *Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual* 5, no. 9 (2009): 34. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/63/61>

Dwoskin, Elizabeth. “In Digital Ads, It’s Location, Location, Location,” *The Wall Street Journal*, 6 enero, 2014.

Ezrachi, Ariel y Stucke, Maurice E. “Artificial Intelligence & Collusion”, *University of Illinois Law Review* (5) 2017.

Ezrachi, Ariel y Stucke, Maurice E. “Sustainable and Unchallenged Algorithmic Tacit Collusion”. 17 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 217 (2020). <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol17/iss2/2>

Ezrachi, Ariel y Stucke, Maurice. “Two Artificial Neural Networks Meet in an Online Hub and Change the Future (Of Competition, Market Dynamics and Society)” *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 24/2017 (2017): 1-54.

Gal, Michal. “Algorithms as Illegal Agreements”, *Berkeley Technology Law Journal* (2019).

Gal, Michal y Elkin-Koren, Nirva. “Algorithmic Consumers”. *Harvard Journal of Law and Technology*, 30 (2017): 2-45.

Gonzales, Daniel. “El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia”. *Revista de Derecho Administrativo* 8 (2009): 365-371.

Gutiérrez, Juan David. “Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)”. *Revista Derecho Competencia* 5, no. 5 (2009): 387. <https://ssrn.com/abstract=2613967>

Hay, George A. "The Meaning of "Agreement under the Sherman Act: Thoughts from the Facilitating Practices Experience". *Cornell Law Faculty Publications* 1146 (2000) <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1146>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Hakan y Adnan. "The application of technical trading rules developed from spot market prices on futures market prices using CAPM". *Eurasian Business Review*, 7(3) (2016): 313-353.

Harrington Jr, Joseph E. “Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Artificial Agents”. *Journal of Competition Law & Economics* 14, no 3 (2018).

Ivanega, Miriam. “Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora”. *Revista de Derecho Administrativo*, 4 (2008).

Jones, Stewart y Johnstone. David. “Predicting Corporate Bankruptcy: An Evaluation of Alternative Statistical Frameworks”. *Journal of Business Finance & Accounting*, 44(1-2) (2016)), 3–34.

Kaplow, Louis y Shapiro, Carl. “On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law”, *California Law Review* 99, no. 3, (2011).

Kovacic, William, Marshall, Robert, Marx, Leslie y White, Halbert. “Plus Factors and Agreement in Antitrust Law”, *Michigan Law Review* 110, no. 3 (2011).

Lerner, Andrés V. “The role of "Big Data" in online platform competition”. *Telecommunications and Regulated Industries eJournal* (2014).

Martin, Richard, “Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011”. *Revista de Derecho Administrativo* 14 (2014): 499-543.

Mehra, Salil K. "Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms". *Minnesota Law Review*. 204. Vol. 100 (2016).

Mendelsohn, Juliane K. “Algorithmic Pricing and Market Coordination –Toward A Notion of ‘Collusive Risk’”, *THĒMIS Revista de Derecho* 78 (2020): 241-255. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/24175/22938>

Miranda y Beltrán, “El mero paralelismo de precios no equivale a un cártel”. *Centro de Estudios de Derecho de la Competencia* (2015): 1-6.

Moschovakis, Yiannis N. What Is an Algorithm? *Software Seminar LNCS* 7147 (2012): 31 – 42.

Morón, Juan Carlos. “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana”. *Advocatus* 13 (2005): 237 – 248.

Nieto, Alejandro. “La tipicidad en el derecho administrativo sancionador”, *ED* 151 (2011): 39.

O’Malley, George. “Tacit Collusion: An Analysis of the EU Legislative Framework”. *The Student Journal of European Law* I (2014): 2. <https://sjeldraft.files.wordpress.com/2014/05/tacit-collusion-an-analysis-of-the-eu-legislative-framework.pdf>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Posner, Richard A. “Oligopoly and the antitrust laws: a suggested approach”. *Stanford Law Review* 21, no. 1562 (1969). [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2862&context=journals\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2862&context=journals_articles)

Potters, Jan y Suetens, Sigrid. “Oligopoly experiments in the current millennium”. *Journal of Economic Surveys* 27, no. 3 (2013): 439–460.

Quintana, Eduardo. “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real? *Themis* 51 (2005): 179-204.

Quintana, Eduardo. “Prácticas concertadas entre competidores y estándar de prueba requerido”. *Círculo de Derecho Administrativo*, Tomo I, no. 10 (2011): 15-45.

Rodríguez, Martín. “Política de Fijación de Precios: Una Nueva Metodología Basada en la Estructura de Costos-Competencia de la Empresa”, *Revista Internacional Administracion & Finanzas* 8, no. 2 (2015).

Santa Cruz, Julio. “Principio de legalidad, tipicidad e imputación objetiva”. *Revista de la Academia de la Magistratura* 2 (1999): 149 - 163.

Santy, Luiggi. “El principio de tipicidad en la imputación de la falta administrativa disciplinaria de negligencia en el desempeño de las funciones”. *Derecho Administrativo* 127 (2019): VIII-1 - VIII-3.

Solernou, Stella. “La Colusión en el contexto de los algoritmos”. *Revista de Estudios Europeos* 78 (2021): 138. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7980452>

Tovar, Teresa. “Que el Remedio No Sea Peor que la Enfermedad Oligopolio, Posición de Dominio Conjunta y Colusión Tácita”. *Derecho & Sociedad* 28 (2009): 59-76.

Turner, Donald F. “The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals”. *Harvard Law Review* 75, no. 4 (1962): 658. <http://www.jstor.org/stable/1338567>

Weiss, Robert y Mehrotra, Ajay. “Online Dynamic Pricing: Efficiency, Equity and the Future of E-commerce”. *Virginia Journal of Law and Technology* 6, no. 11 (2001): 1-11.

Wilson, Robert y Keil, Frank. *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*. England: The MIT Press Cambridge, 1999.

Zymler, Michael. “Tacit Collusion: A Solution in Search of a Problem”. *SSRN Electronic Journal* (2010). [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1751545](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1751545)

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

## **Documentos jurídicos emitidos por autoridades e instituciones internacionales**

Atticus Market Research Consultancy, “Price Comparison Website: Consumer Market Research”. Financial Conduct Authority, 2014. <https://www.fca.org.uk/publication/research/price-comparison-website-consumer-research.pdf>. (consultado el 27 de abril de 2020).

Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt. “Algorithms and Competition”. Autorité de la Concurrence y Bundeskartellamt, 2019. [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-11/2019-11-04\\_algorithms\\_and\\_competition.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-11/2019-11-04_algorithms_and_competition.pdf). (consultado el 19 de abril de 2020).

Comisión Federal de Competencia Económica. Repensar la competencia en la Economía Digital. Estudios de Promoción de la Competencia, 2018. [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlapcompetenciaenlaeconomiadigital\\_01022018.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/repensarlapcompetenciaenlaeconomiadigital_01022018.pdf). (consultado el 19 de abril de 2020).

Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division’s First Online Marketplace Prosecution. Justice News, 2015. <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>. (consultado el 19 de abril de 2020).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD, Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age (OECD, 2017), <http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. OECD, 2016. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf). (consultado el 19 de abril de 2020)

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OECD, Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being. Francia: OECD, 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>. (consultado el 27 de abril de 2020).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OECD, Oligopoly. OECD, 1999. [https://one.oecd.org/document/DAFFE/CLP\(99\)25/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAFFE/CLP(99)25/en/pdf).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. OECD, 2019. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OECD, Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws. OECD, 2002. <http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

### **Jurisprudencia citada**

Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido (Competition and Markets Authority), Asunto 50223, 12 de agosto de 2016.

Autoridad Francesa de la Competencia (Autorite de la Concurrence), Asunto 06-D-07, 21 de marzo de 2006.

Autoridad de Mercados de Gas y Electricidad del Reino Unido (The Gas and Electricity Markets Authority), 26 de julio de 2019.

Comisión de la Competencia de la Unión Europea, Casos AT. 40465, AT. 40469, AT. 40181, AT. 40182, 24 de julio de 2018.

Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI, 4 de junio de 2004.

Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 036-2004-INDECOPI/CLC, 23 de junio de 2004.

Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 040-2005-INDECOPI/CLC, 18 de julio de 2005.

Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 009-2008-INDECOPI/CLC, 5 de febrero de 2008.

Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, 10 de febrero de 2016.

Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, 12 de octubre de 2016.

Consejo de la Competencia, Caso N° 06-D-07, 21 de marzo de 2006.

Consejo de la Sala de Competencia, Resolución S/0003/20, 25 de noviembre de 2021.

Corte Europea de Justicia de la Quinta Cámara, Asunto C-89/85, 31 de marzo de 1993.

Corte Suprema de Justicia del Perú, Casación N° 8627-2012, 31 de marzo de 2014.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 0010-2002-AI/TC, 3 de enero de 2003.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 2050-2002-AA/TC, 16 de abril del 2003.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 2192-2004-AA/TC, 11 de octubre de 2004.

Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución N° 048-2008/TDC-INDECOPI. 16 de enero de 2008.

Los algoritmos de fijación de precios y la posibilidad cada vez más latente de una colusión tácita en el mercado: ¿es necesario redefinir el concepto tradicional de “acuerdo” colusorio?

Tribunal de Defensa de la Competencia. Resolución N° 255-97-TDC. 4 de junio de 2004.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto 48/69, 14 de julio de 1972.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asuntos C-40-48, 50, 54-56, 111 y 113-114/73, 16 de diciembre de 1975.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto 172/80, 14 de julio de 1981.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto T-439/07, 27 de junio de 2012.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-286/13 P, 19 de marzo de 2015.

### **Normas citadas**

Decreto Legislativo N° 757, del 13 de noviembre, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada (Lima, 13 de noviembre de 1991).

Decreto Supremo 030-2019-PCM, de 19 de febrero, Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Lima 19 de febrero de 2019).

Decreto Supremo 004-2019-JUS, de 25 de enero, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Lima 25 de enero de 2019).

Constitución Política del Perú. Cap. I, art. 58. Diciembre 30 de 1993 (Perú).

### **Tesis**

Kshitiz, Arya. “Artificial Intelligence and Antitrust Law: An analysis of the Competition Policy and Possible Solutions in the Times of Algorithmic Collusion”. Tesis del Master Europeo en Derecho y Economía, Erasmus Mundus, 2019.

Jimena Serva Cadenas. El principio de tipicidad como límite en la labor de tipificación de sanciones delegada a la administración pública. Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

### **Conferencias**

Boaz Lee, J. y Teknomo, Kardi. A review of various short-term traffic speed forecasting models. Boracay: National Conference in Information Technology Education, 2014.

Chen, Le; Mislove, Alan y Wilson, Christo. *An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace*. Canada: International World Wide Web Conference Committee, 2016.