

EL TRATAMIENTO DE LAS PRÁCTICAS Y COMPORTAMIENTOS COLUSORIOS EN VENEZUELA (1992-2006): PROBLEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

GUSTAVO GUEVARA INCIARTE¹

RESUMEN

Este artículo es un intento de análisis crítico de algunas resoluciones de la autoridad venezolana de la competencia, Pro-Competencia, sobre las prácticas y los comportamientos colusorios. Se comenzó por una revisión parcial de la literatura sobre dos problemas tradicionales en el derecho de la competencia sobre las prácticas colusorias, a saber: ¿cómo distinguir una práctica colusoria de un simple comportamiento racional frente a las condiciones del mercado?, y ¿son todas las prácticas colusorias ilegales per se? Seguidamente, a partir del examen de algunas resoluciones, se intentó una mirada crítica sobre la forma en que Pro-Competencia

1 Economista de la Universidad de Carabobo (Valencia-Venezuela). Especialista en Economía Empresarial de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas-Venezuela). Candidato a doctor en Economía Industrial de la Universidad de Rennes 1 (Francia). Jefe del Departamento de Teoría Económica y coordinador de la Unidad de Investigaciones Económicas y Sociales de la Escuela de Economía; profesor de microeconomía, economía industrial y economía de la competencia de la Universidad de Carabobo. Contacto: gusguevara@gmail.com

ha sentenciado los casos en los cuales está involucrada una práctica colusoria. Se concluyó que: (a) Pro-Competencia sentenció los casos de prácticas colusorias siguiendo generalmente las normas americanas y europeas del derecho de la competencia; (b) los superintendentes que han sentenciado el mayor número de casos, lo hicieron más o menos de manera semejante; (c) la imposibilidad práctica de la utilización de las pruebas intelectuales aisladas en el momento de probar la existencia de una práctica colusoria.

Palabras clave: Derecho de la competencia, Pro-Competencia, prácticas colusorias, colusión tácita, pruebas intelectuales, regla per se, carga de la prueba.

THE TREATMENT OF COLLUSION AND FACILITATING PRACTICES IN VENEZUELA (1992-2006): THEORETICAL AND EMPIRICAL PROBLEMS

ABSTRACT

This paper studies some rulings of the Venezuelan authority of competition, Pro-Competencia, on collusion and facilitating practices. It starts reviewing the law and economics literature on collusion practices by focusing on questions such as: How to distinguish a collusion practice from a strategic behavior? and Are all collusion practices illegal per se? Then, it concludes, based on the analysis of Procompetencia's rulings on collusion behavior and facilitating practices, that (i) Pro-Competencia rules according to the same criteria of the European and American competition authorities, (ii) the commissioners that have ruled the majority of the collusion practices cases, have ruled in an similar manner, (iii) to use isolated circumstantial

evidences in order to verify the collusion practices cases was not achievable.

Key words: *Antitrust Law, Pro-Competencia, Collusion Practices, Tacit Collusion, circumstantial evidences, Per se Rule, burden of proof.*

JEL Classification: *Antitrust Law (K21), Monopolization; Horizontal Anticompetitive Practices (L41).*

INTRODUCCIÓN

Si hay una característica realmente distintiva del derecho, de la economía y de la política de la competencia, es el terreno de arenas movedizas sobre el cual parecen estar contruidos. Tal situación la observamos notablemente a nivel de los objetivos perseguidos por tales disciplinas.

Muchos autores, como JOHN H. SHENEFIELD e IRWIN M. STELZER² nos lo han advertido:

“Stating objectives of the antitrust laws is, surprisingly, no simple matter. The language of the statutes, the history of their enactment, and their subsequent interpretation by courts and commentators provide several major themes, but not unanimity. The precise definition of the goals of antitrust appears to depend on which antitrust is being analyzed, by whom, and for what purpose”³.

-
- 2 SHENEFIELD, JOHN & STELZER, IRWIN, *Antitrust Law: A primer*. The AEI Press, Washington, Fourth edition, 2001, págs. 10-11.
 - 3 “Sorprendentemente, formular los objetivos del derecho de la competencia no es nada sencillo. El lenguaje de sus estatutos, la historia de su promulgación y las subsecuentes interpretaciones por parte de las cortes y de los expertos, proporcionan temas muy importantes pero sin unanimidad alrededor de ellos. Una definición precisa de los objetivos del derecho de la competencia, parecería depender de cuál norma se está analizando, quién la está analizando y con cuál propósito” (traducción nuestra).

Si profundizamos y nos referimos a un campo aun más específico del derecho de la competencia, vale decir las prácticas colusorias, nos enfrentamos a otro serio problema de ambigüedad.

En efecto, las interrogantes ¿cómo distinguir una práctica colusoria de un simple comportamiento racional para adaptarse a las condiciones del mercado?, y ¿son todas las prácticas colusorias ilegales *per se*?, no tienen una respuesta firme. Los países donde prevalece el derecho consuetudinario (*common law*) parecen enfrentarse de manera más eficiente a dichas ambigüedades, si basan sus respuestas en criterios de *razonabilidad económica (economic reasonableness)*⁴, no siendo así para aquellos países donde prevalece el derecho estatutario (*statute law*), en los cuales, por razones de la propia naturaleza del sistema legal, la presión para tener una respuesta única establecida en la ley, parece ser mayor.

A dichos interrogantes haremos alusión en este artículo, no con la pretensión de responderlos sino de echar sobre ellos una mirada crítica que contribuya, al menos, a una reflexión que a veces parecen olvidar nuestros “hacedores” de políticas públicas, concretamente de políticas de competencia. Haremos una particular referencia al caso venezolano.

1. ¿QUÉ SON LAS PRÁCTICAS Y LOS COMPORTAMIENTOS COLUSORIOS?

Las prácticas y los comportamientos colusorios⁵ son aquellos acuerdos tácitos o explícitos establecidos entre agentes económicos que actúan

4 Afirmamos esto no porque el *common law* provea una respuesta única a las interrogantes en cuestión sino porque la legislación está mejor preparada para enfrentar los desafíos provenientes de los cambios en las circunstancias que originaron la situación legal.

5 Un acto colusorio o con carácter de colusión es, según el *Diccionario de la Real Academia Española* (XXII edición), un “pacto ilícito en daño de tercero”, lo cual coincide con la noción ortodoxa de la teoría microeconómica en el sentido de que tal acuerdo colusorio se traducirá en una reducción de las cantidades producidas, en un aumento de los precios, en ambos, o en una estrategia para excluir a los competidores. Algunos textos, sobre todo traducidos del inglés al español, utilizan el adjetivo

en el mismo nivel del canal de distribución⁶ con la finalidad de obtener un beneficio propio en detrimento del resto de los competidores o de los consumidores.

Tales prácticas o comportamientos pueden tomar varias formas en el sentido de estar dirigidas, por ejemplo a⁷: a) fijar de manera concertada, directa o indirecta, los precios u otras condiciones de comercialización; b) repartir los mercados; c) crear grupos para boicotear a terceros⁸; d) limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones; e) aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; f) subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Dicho lo anterior, pasaremos ahora a estudiar los principales problemas surgidos en torno a las prácticas colusorias, desde ambos puntos de vista, el teórico y el práctico. Según nuestra opinión, dichos problemas son fundamentalmente dos: a) el problema de distinguir un

“colusivo”; no obstante, el mismo, a pesar de ser ampliamente admitido en el lenguaje coloquial, no lo es por el DRAE.

- 6 Por tal razón también son usualmente denominados por los autores como restricciones horizontales (*horizontal restraints*) o acuerdos entre competidores del mercado (*agreements and collaboration between market competitors*). Véase por ejemplo LEMLEY, MARK & LESLIE, CHRISTOPHER, *Antitrust*, Gilbert Law Summaries, Chicago, 2004, pág. 57. Por otra parte, a pesar de ser cierto que los acuerdos colusorios también pueden ocurrir entre miembros de distintos niveles de la cadena de producción y comercialización, como compradores y vendedores, o clientes y proveedores (que son los denominados acuerdos verticales), no los analizaremos en este artículo ya que forman parte de las prácticas exclusionarias.
- 7 Lo fundamental de las prácticas colusorias prohibidas por la ley venezolana, está contenido en el artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (LPPELC), el cual es, en términos generales, la transcripción del artículo 81, § 1 del Tratado de Amsterdam (artículo 85, § 1 del Tratado de Roma).
- 8 No obstante, la práctica del boicot, dado que puede ser implementada de manera unilateral (por un solo agente), usualmente es estudiada dentro de las prácticas exclusionarias.

comportamiento colusorio, sobre todo uno de tipo tácito, de lo que sería simplemente un comportamiento racional de la firma, y b) el problema de distinguir, si ello es posible, cuáles prácticas colusorias deberían ser consideradas ilegales *per se* y cuáles deberían ser sometidas al análisis de la *regla de la razón*.

1.1. ¿CÓMO DISTINGUIR UNA PRÁCTICA COLUSORIA TÁCITA DIRIGIDA A LA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA DE UN SIMPLE COMPORTAMIENTO RACIONAL?

Este primer problema surge, entre otras cosas, como una consecuencia de lo magistralmente señalado por RICHARD POSNER⁹, en el sentido de que al comienzo de la aplicación de las leyes antitrust contra las prácticas colusorias en los Estados Unidos, concretamente la fijación concertada de precios, dichas leyes utilizaron para tratar dichos complots¹⁰, las mismas armas que las leyes criminales habían utilizado para tratarlos en otras áreas. Dicho de otra manera, lo importante era probar que en efecto los presuntos infractores habían conspirado o se habían confabulado para fijar de manera concertada los precios u otras condiciones de venta¹¹, siendo completamente irrelevante que efectivamente se hubiera producido un aumento significativo en los precios o una reducción en las cantidades.

Por lo tanto, una vez que dicho enfoque, propio de la colusión explícita, se anidó en la mente de los abogados y de los jueces, quizá

9 POSNER, RICHARD, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, second edition, págs. 53 y sigs.

10 Utilizamos la palabra “complot” para significar lo que el derecho americano antitrust, entre otros derechos, denomina “*conspiracy*”, que no es otra cosa que el intento confabulado por parte de dos o más personas para obtener un determinado fin, en este caso, la restricción de la competencia.

11 Por supuesto, lo mismo funcionaría para el caso de que hubiera habido una confabulación del lado de la demanda, vale decir que los compradores se hubieran confabulado para fijar de manera concertada el precio u otras de las condiciones de compra.

fue inevitable que aquello que el propio POSNER¹² denominó colusión tácita¹³, quedara fuera del alcance de las leyes antitrust, pues por definición, la misma no involucra actos explícitos y detectables de acuerdos o comunicaciones.

Este problema dio origen al célebre debate *Turner-Posner*, mencionado por muchos libros de derecho de la competencia¹⁴, y llamado así porque sus protagonistas principales fueron DONALD F. TURNER¹⁵ y RICHARD A. POSNER¹⁶, con sus dos famosos artículos escritos respectivamente en 1962 y 1969. No obstante, según autores como K. HYLTON¹⁷, el primer académico del mundo legal en notar los problemas generados por la teoría del oligopolio y el tradicional requerimiento de las leyes antitrust para probar la existencia de un complot o una conspiración, fue probablemente JAMES A. RAHL¹⁸ en 1950. Por supuesto, el mismo K. HYLTON¹⁹ aclara que se refiere a los expertos en derecho de la competencia ya que los problemas discutidos por J. RAHL habían sido identificados antes, a un nivel más general, por EDWARD CHAMBERLIN y otros economistas.

A continuación examinaremos ambas posiciones.

-
- 12 Véase RICHARD POSNER, *op. cit.*, pág. 52.
 - 13 Tal fenómeno es también denominado, usualmente por los abogados, “paralelismo consciente”, y, por algunos economistas, “interdependencia oligopolística”.
 - 14 Véase, por ejemplo: a) HOVENKAMP, HERBERT, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Thomson-West, Hornbook Series, St. Paul, MN, 2005, third edition, págs. 167-169); b) GLAIS, MICHEL & LAURENT PHILIPPE, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Presse Universitaire de France, Paris, 1983, págs. 227-241, y c) HYLTON, KEITH, *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, págs. 73-89.
 - 15 “The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal”, 75 *Harv. L. Rev.* 665, 1962 (citado por KEITH HYLTON, *op. cit.*, pág. 80, nota 31).
 - 16 “Oligopoly and the Antitrust Laws: A suggested Approach”, 21 *Stanford Law Review* 1562, 1969 (citado por KEITH HYLTON, *op. cit.*, p. 86, nota 38).
 - 17 Véase KEITH HYLTON, *op. cit.*, pág. 74.
 - 18 “Conspiracy and the Anti-Trust Law”, 44 *Illinois Law Review* (North-western University), 743, 1950 (citado por KEITH HYLTON, *op. cit.*, pág. 74, nota 8).
 - 19 Véase KEITH HYLTON, *op. cit.*, pág. 74, nota 8.

1.1.1. LA POSICIÓN DE RAHL-TURNER

Esta posición, usualmente denominada la teoría de la interdependencia oligopolística, sostiene que el paralelismo consciente queda fuera del alcance de las leyes antitrust porque la estructura oligopolística del mercado ocasiona que las firmas, en el momento de tomar sus decisiones, inevitablemente tomen en cuenta las reacciones que las otras firmas van a tener frente a dichas decisiones.

Según las palabras de H. HOVENKAMP²⁰, citando a TURNER:

“...it is rational and virtually inevitable, given the structure of the market. Each firm in an oligopoly market is forced by circumstance to consider its own profit-maximizing rate of output, given the output of rivals and their anticipated responses to its own price and output decisions. To ignore these issues would be completely irrational”²¹.

Y continúa HOVENKAMP²², citando a TURNER:

“Furthermore, no court could draft a decree that would force to firms to “ignore” each other in their market decision-making”²³.

Frase muy parecida a la K. HYLTON²⁴:

“If conscious parallel behaviour is unilateral or independent, then how can it be restrained under the statute? What should be an antitrust court

20 Véase HERBERT HOVENKAMP, *op. cit.*, pág. 167.

21 “... es racional y virtualmente inevitable, dada la estructura del mercado. Cada firma en un mercado oligopólico es forzada por las circunstancias a considerar su propia tasa de maximización del beneficio de su producción, dada la producción de sus rivales y sus respuestas anticipadas a sus propias decisiones de precio y cantidades producidas. Ignorar tales consideraciones sería completamente irracional” (traducción nuestra).

22 Véase HERBERT HOVENKAMP, *op. cit.*, pág. 167.

23 “Además, ninguna corte elaboraría un decreto que obligue a las firmas a “ignorar” a cada una de las otras firmas en su proceso de toma de decisiones del mercado” (traducción nuestra).

24 Véase KEITH HYLTON, *op. cit.*, pág. 82.

tell a firm to do: stop taking the actions of your competitors into account in pricing decisions?"²⁵.

Dada dicha situación, las soluciones planteadas por Turner serían:

- una orden de la corte dividiendo a las firmas en firmas más pequeñas que le den al mercado una estructura más competitiva, para lo cual se requeriría una nueva legislación²⁶, o
- establecer una forma de regulación de los precios administrada por las cortes, lo cual convertiría a las cortes federales en comisiones reguladoras de servicios (*utility regulatory commissions*), un nivel de intervención judicial que no había sido previsto por los creadores de la *Sherman Act*²⁷.

1.1.2. LA POSICIÓN DE RICHARD POSNER

La posición expresada por POSNER en su artículo²⁸, la cual fue altamente influida por un artículo de GEORGE STIGLER²⁹ (considerado como un punto de ruptura importante en la teoría del oligopolio), ha sido actualizada y reiterada en el capítulo III de su libro *Antitrust Law*³⁰.

POSNER centra su análisis en las semejanzas y no en las diferencias que puedan existir entre el cartel y el comportamiento oligopolístico. El

25 “Si el comportamiento paralelo es unilateral o independiente, entonces ¿cómo podría ser restringido bajo las leyes? ¿Qué haría que una Corte antimonopolio le dijera a una firma: pare de tomar en cuenta las acciones de sus competidores en sus propias decisiones?” (traducción nuestra).

26 Véase HERBERT HOVENKAMP, *op. cit.*, pág. 167.

27 Véase KEITH HYLTON, *op. cit.*, pág. 82.

28 Ver supra, nota 15.

29 “A Theory of Oligopoly”, 72 *J. Pol. Econ.* 44, 1964 (citado por HERBERT HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 167, nota 4). En dicho artículo, STIGLER introdujo los problemas de la teoría de los juegos en el oligopolio, revisando el modelo básico de Cournot para incluir situaciones en las cuales era posible realizar ventas tramposas, selectivas y secretas por parte de las firmas que formaban parte del acuerdo.

30 Véase RICHARD POSNER, *op. cit.*, págs. 51-100.

hecho de que las firmas, en un mercado concentrado, actúen respondiendo a un acuerdo expreso (colusión expresa) o lean las señales del mercado de la misma forma (colusión tácita), sería un simple detalle³¹. En este último caso, aún en ausencia de una comunicación formal entre las firmas, el hecho importante es que se produjo una especie de encuentro de mentes o voluntades (*meeting of minds*).

Este autor rechaza la posición defendida por quienes sostienen que un oligopolista actuando de manera independiente, es reticente a iniciar una reducción de los precios por el temor a la reacción revanchista (*retaliatory*) de los competidores que le impidiera obtener ventaja alguna de dicha reducción.

Para que ello fuera así, la respuesta de los competidores, aumentando sus cantidades frente una reducción en los precios llevada a cabo por uno de los vendedores, tendría que ser prácticamente inmediata. Si por el contrario, el lapso de tiempo en el que se produce la respuesta es relativamente largo, la empresa que tomó la iniciativa de reducir los precios, puede obtener beneficios transitorios importantes. Efectivamente, dicha respuesta puede ser tardía si la reducción es implementada de manera secreta, o si aun no pudiendo ser ocultada, los otros vendedores por razones técnicas, no pueden responder rápidamente, aumentando su producción, frente a la acción del iniciador del ataque³².

Por otra parte, es importante resaltar el hecho de que POSNER diferencia su teoría del paralelismo consciente de las teorías de RAHL y TURNER, aseverando que el comportamiento oligopolista conscientemente paralelo, si realmente tiene el efecto de un cartel fijador de precios, necesita ser implementado y coordinado, y si tales características están presentes se justifica la aplicación de la Sección I de la *Sherman Act*³³. En este sentido, pensamos que la teoría del paralelismo consciente de POSNER adopta claramente la óptica de la

31 Véase HERBERT HOVENKAMP, *op. cit.*, págs. 167-168.

32 Véase: a) RICHARD POSNER, *op. cit.*, pág. 57, y b) Michel Glais & Philippe Laurent, *op. cit.*, págs. 230.

33 Véase KEITH HYLTON, *op. cit.*, pág. 87.

maximización conjunta de los beneficios del grupo de firmas, rechazando la idea de que la misma pueda ser el resultado de un comportamiento independiente.

POSNER³⁴ piensa, que los teóricos de la interdependencia oligopolística, tienden a brincar de la proposición sólida y firme de que un grado elevado de concentración en el mercado es una condición necesaria para que exista la colusión tácita, a la proposición inestable de que es una condición suficiente. Continúa dicho autor señalando que no hay una base sólida para pensar que si en el mercado hay sólo un número reducido de firmas grandes, la competencia va a desaparecer automáticamente. Por lo tanto, si esto último sucede es porque las firmas han franqueado una etapa adicional en la reestructuración de las transacciones o porque han cambiado la manera en que la información se disemina o es intercambiada entre ellas. Y si efectivamente dichas firmas se han involucrado en tales “prácticas facilitadoras” (“*facilitating practices*”), la autoridad de la competencia debe estar capacitada para perseguirlas directamente³⁵.

Quizá las propias palabras de K. HYLTON³⁶ nos podrían definir muy bien la posición de POSNER:

*“Central to Posner’s argument is the assumption that stable tacit collusion requires monitoring and enforcement. Once these elements are present, all that is necessary for the application of Section 1 is in place. In view of the need for explicit coordination and enforcement to maintain reasonably stable collusion, Section 1 should be applied in this case”*³⁷.

34 Véase RICHARD POSNER, *op. cit.*, págs. 68-69.

35 Véase HERBERT HOVENKAMP, *op. cit.*, pág. 169.

36 Véase KEITH HYLTON, *op. cit.*, págs. 86.

37 “Asumir que una colusión tácita estable requiere vigilancia e implementación es una idea central del argumento de POSNER. Una vez que tales elementos están presentes, todo lo que es necesario para la aplicación de la Sección 1 (de la *Sherman Act*) también está presente. En vista de que, para mantener una colusión razonablemente estable son necesarias una coordinación y una implementación explícitas, la Sección 1 debería aplicarse en este caso” (traducción nuestra).

La posición de STIGLER-POSNER sostiene además que las firmas aprenden de la reiteración, vale decir que en un conjunto de juegos repetidos, las mismas, a partir de las experiencias sufridas por tramparse mutuamente, aprenderán pronto que no es conveniente hacerlo y, finalmente, la estrategia dominante será cooperar. Dicha cooperación que hace que el oligopolio pueda devenir más robusto, no requiere un acuerdo explícito en el sentido exacto en que dicho término es usado por las leyes antitrust.

Por tales razones, la propuesta de POSNER³⁸ es que para desarrollar una política que efectivamente combata dichos comportamientos de colusión tácita, es preciso examinar de manera más sistemática, las condiciones que son favorables a la misma.

Condiciones que según R. POSNER pueden influir en la propensión a coludir:

- a) *Grado de concentración del lado de la oferta*: A pesar de que según la mayoría de los economistas, la concentración crea una amenaza presuntiva de colusión, es imposible establecer con precisión un umbral en el grado de dicha concentración a partir del cual la colusión comienza a ser una conducta atractiva. Por supuesto, ningún economista responsable pensaría que la concentración es el único factor que predispone a una conducta colusoria.
- b) *Ausencia de grupos de pequeñas firmas*: Según POSNER, en un mercado donde, por ejemplo, las 4 mayores firmas poseen 80%, hay una diferencia si el otro 20% lo tiene una sola firma o si se trata de un grupo de 10 de ellas, pues la coordinación para fijar precios sería más fácil para 5 que para 14 empresas.
- c) *Demanda inelástica para el precio de competencia*: La colusión para aumentar el precio será particularmente atractiva si la demanda es inelástica para el precio vigente. Ello es así porque mientras la porción elástica de la demanda del mercado no ha sido alcanzada,

38 Véase RICHARD POSNER, *op. cit.*, págs. 69-79.

los ingresos de los miembros del acuerdo colusorio aumentan sin reducir las cantidades en la misma proporción. El resultado es que los ingresos totales de las firmas aumentan mientras que los costos totales disminuyen porque están produciendo una menor cantidad. A pesar de que las elasticidades de la demanda son difíciles de medir, a menudo es posible estimarlas indirectamente, aun cuando no sea de manera suficiente, tal como hacen los jueces, los abogados especialistas en derecho de la competencia y los economistas cuando determinan la existencia del mercado relevante.

- d) *Entrada lenta de nuevas empresas*: Para POSNER, estrictamente hablando, este factor debería formar parte del anterior ya que el efecto de un incremento en los precios induciendo la entrada de nuevas firmas y el cambio de los consumidores a clientes de las mismas, debería estar registrado en la elasticidad de la demanda, siempre y cuando no se trate de un plazo muy corto durante el cual las demandas son frecuentemente inelásticas. Sin embargo, cuando la elasticidad de la demanda no puede ser medida directamente y debe en cambio ser inferida a partir de evidencia cualitativa, el ritmo y el alcance de la entrada de nuevas firmas al mercado, representan datos importantes a pesar de su ambigüedad. ¿Por qué es ambigua la noción de entrada de nuevas firmas? Por la sencilla razón de que un precio por encima de los costos de producción podría estar proporcionando un incentivo para que entren firmas cuyos altos costos no les permitirían incursionar en dicho mercado si los precios estuviesen situados a un nivel de competencia. Por ello, una entrada rápida y frecuente de nuevas firmas, podría estar siendo un síntoma de fijación colusoria de precios y no de su disuasión. Por supuesto, POSNER no nos condena al agnosticismo³⁹ completo y nos deja ver que se puede hacer una estimación imperfecta pero útil de la entrada de nuevas empresas a los niveles competitivos del precio.

39 Actitud filosófica que declara inaccesible al entendimiento humano todo conocimiento de lo divino y de lo que trasciende la experiencia (*Diccionario de la Real Academia Española*, XXII edición).

- e) *Mercado desconcentrado del lado de la demanda*: POSNER no se extiende mucho en este aspecto por considerar obvio que mientras menos concentrado esté el mercado por el lado de los compradores, será más fácil para los oferentes coludir en la fijación del precio.
- f) *Productos estandarizados*: Mientras menos estandarizados sean los productos, en el sentido de que difieren en muchos aspectos de una orden a otra, más difícil será para los productores implementar una colusión efectiva, pues la heterogeneidad del producto haría imposible que puedan acordar un precio único para todas las órdenes. En efecto, ello implicaría un complejo plan que permitiera acordar precios para distintos grados y calidades del producto, lo cual no podría hacerse sin negociaciones abiertas a tal punto que podrían ser detectadas por las autoridades antitrust.
- g) *Productos no durables*: Es más difícil “cartelizar” el mercado cuando se trata de un bien durable. Una de las razones principales es que cuando un producto, por ejemplo una máquina de segar, tiene una vida útil de 10 años, el comprador adquirió de cierta manera 10 años de servicio de dicho producto. El vendedor, por su parte, con una sola venta realizó de hecho 10 ventas, pero si pierde la oportunidad de dicha venta, entonces pierde 10 ventas. La ganancia que se estaría perdiendo cuando se pierde una venta de ese tipo, podría incrementar la tentación de hacer trampa en los carteles formados por fabricantes de bienes durables.
- h) *Las principales firmas venden en el mismo nivel de la cadena de distribución*: La entrada en vigor de un cartel se complica y por consiguiente su factibilidad se reduce, cuando algunos miembros del mismo venden a niveles más bajos en la cadena de distribución que otros miembros. Supongamos, por ejemplo, que uno de los miembros del cartel está verticalmente integrado. Si dicho miembro, vende a un precio menor, los otros miembros deberán conocer cuál es la brecha normal entre el precio a nivel de mayorista y el precio a nivel de minorista, para saber si el primero de ellos está haciendo

trampa o, si por el contrario, pudo vender más barato gracias a las eficiencias proporcionadas por la integración.

- i) *La competencia por los precios es más importante que las otras formas de competencia:* Cuando existen otras formas de competencia como, por ejemplo, los lapsos de entrega, el control de calidad, las garantías, la rapidez de las respuestas frente a las quejas de los clientes, las salas de exposiciones abundantes, etc., las empresas estarán dispuestas a gastar en tales formas de competir, una cantidad casi igual al beneficio que obtendrían de tales prácticas. Ello estaría disminuyendo las posibilidades de una colusión efectiva en comparación con la situación en la cual los productores no tienen maneras de competir diferentes a la competencia por el precio.
- j) *Elevada proporción de los costos fijos dentro de los costos totales:* En este caso las empresas tienden a coludir para evitar situaciones de bancarrota que podrían ser ocasionadas por caídas de la demanda frente a las cuales las firmas no pueden responder reduciendo sus costos los cuales por definición son fijos en su mayoría.
- k) *Estructuras de costos y procesos de producción similares:* Ambas similitudes facilitan la colusión.
- l) *Demanda estática o decreciente en el tiempo:* Los acuerdos colusorios son más difíciles de vigilar en un mercado cuya demanda es creciente⁴⁰ en el tiempo que cuando se trata de una demanda estática o decreciente. En el primer caso si una firma es víctima de la trampa de otros miembros del acuerdo, su pérdida de clientes se

40 Cuando nos referimos a una demanda creciente, no lo estamos haciendo a la curva de demanda tradicional de la teoría microeconómica neoclásica, la cual establece una relación entre precios y cantidades y es *ceteris paribus* decreciente. Nos estamos refiriendo a las cantidades demandadas en función del tiempo, con prescindencia de las variaciones en el precio y otras variables.

limitaría a aquella parte de la nueva demanda que de acuerdo a la repartición tradicional le habría correspondido. En el segundo caso, podría estar perdiendo parte de sus clientes actuales que pasarían a manos de las firmas responsables de la trampa, lo cual sería una evidencia mayor de esta última. Tal situación de demanda estática o decreciente en el tiempo podría agravarse particularmente si es combinada con lo que señalábamos en el punto “j” sobre una proporción elevada de los costos fijos dentro de los costos totales. Ello haría poco atractiva la entrada de nuevos competidores alentando la colusión.

- m) *Los precios pueden cambiar rápidamente*: Mientras más rápido un vendedor pueda reaccionar frente a las reducciones de precios de otro vendedor, menos provechosa serán las mismas, pues éste último no tendrá el tiempo necesario para obtener los frutos de su acción. El lapso de reacción por parte de los miembros de un cartel frente a la reducción de precios implementada por uno de ellos dependerá de algunos factores como la naturaleza del producto y de su distribución.
- n) *Ofertas selladas en licitaciones*: Para los miembros de un acuerdo colusorio es más fácil detectar las trampas cuando un contrato es adjudicado mediante una licitación basada en el sistema de ofertas selladas. En efecto, cuando una firma distinta a aquella que había sido designada por los miembros del cartel para presentar la oferta de menor costo, gana un contrato, ello quiere decir que presentó una oferta a un costo menor que el acordado. Según POSNER⁴¹ no es sorprendente que una importante fracción de los casos de fijación colusoria de precios, hayan sido encausados contra contratistas de carreteras, debido a que la construcción y el mantenimiento de las mismas son actividades locales en las cuales sólo unas pocas firmas compiten por contratos públicos que son adjudicados mediante el sistema de ofertas selladas.

41 Véase RICHARD POSNER, *op. cit.*, pág. 78.

- o) *El mercado es local*: Cuando un mercado es local en lugar de ser regional, nacional o internacional, el mismo es favorable a los acuerdos colusorios en dos aspectos. El primero de ellos es que generalmente, aunque no siempre, mientras más pequeño sea el mercado menor será el número de vendedores, por lo cual el carácter local puede ser usado como una variable *proxy*⁴² imperfecta del grado de concentración. El segundo aspecto es que mientras más local sea el mercado, menor será el costo de comunicación entre los vendedores sin ser detectados⁴³. Aún más, los miembros de la misma comunidad local podrían encontrar más fácil formar acuerdos con mecanismos efectivos de autoejecución pues la violación de los mismos podría tener efectos de reputación semejantes al ostracismo⁴⁴.
- p) *Existencia de prácticas cooperativas*: El grado en que las empresas competidoras cooperan unas con otras en actividades no prohibidas por las leyes antitrust puede variar ampliamente de una industria a otra. Dicha cooperación puede consistir por ejemplo en actividades conjuntas de cabildeo (*lobbying*). También puede suceder que existan industrias en las cuales una gran parte de las firmas están integradas verticalmente y por tal razón, algunas son proveedoras o clientes de otras, al mismo tiempo que compiten entre sí en las actividades que están situadas en el mismo nivel de la cadena de producción. Estas circunstancias recrean múltiples oportunidades para que las firmas se encuentren y discutan aspectos sobre fijación de precios sin levantar sospechas por parte de las autoridades antitrust.
- q) *El registro de las actividades restrictivas de la competencia en la industria*: En un mercado donde la colusión es atractiva, es de

42 En el sentido de una variable sustitutiva.

43 Los vendedores podrían, por ejemplo, comunicarse en un continuo *cara a cara*, sin necesidad de recurrir a formas de comunicación que podrían crear evidencias documentarias de colusión.

44 En el sentido de una exclusión voluntaria o forzosa del grupo.

esperar que exista una historia de intentos de colusión expresa, algunos de los cuales pudieron haber sido detectados por las autoridades antitrust. Por tal razón la existencia de un registro de fijaciones colusorias de precios o de otras violaciones conexas de las normas antitrust, representa una evidencia de que la estructura del mercado es favorable a las actividades colusorias. Por supuesto, la inexistencia de tal registro no es decisivo para concluir que la estructura del mercado no es favorable a los comportamientos colusorios, pues puede haber sucedido que el mercado era tan propicio a dichos comportamientos que las firmas eran capaces de coludir sin que hubieran sido detectadas hasta ahora.

Los criterios que acabamos de exponer pueden ayudar a las autoridades antitrust a identificar aquellos mercados en los cuales la colusión es probable y por consiguiente los mercados en los cuales dichas autoridades deben concentrar sus esfuerzos para buscar evidencias de fijación colusoria de precios.

Adicionalmente al análisis de las condiciones que son favorables a la colusión, POSNER también señala⁴⁵ que en algunos casos podría ser posible demostrar, a través de evidencias económicas, la existencia de prácticas de fijación colusoria de precios aun cuando no hayan sido detectados actos visibles o manifiestos de colusión.

Nosotros no analizaremos expresamente los 14 tipos de evidencias relevantes que Posner expone, sólo las citaremos; no obstante, haremos nuevamente referencia a algunas de ellas cuando así lo amerite el análisis crítico que pretendemos hacer de las resoluciones de Pro-Competencia referentes a las prácticas colusorias. Dichas evidencias son las siguientes:

1. Partes de mercado invariables.
2. Discriminación de precios a lo largo de todo el mercado.
3. Intercambios de información sobre los precios.

45 Véase RICHARD POSNER, *op. cit.*, págs. 79-93.

4. Precios diferentes según las regiones.
5. Ofertas idénticas para proveer productos distintos en los procesos de licitación.
6. Presencia simultánea de aumentos de precios y reducciones de cantidades después de la formación de un acuerdo.
7. Fijación de precios de reventa para toda la industria.
8. Declive de la parte de mercado de los líderes.
9. Amplitud y fluctuación de los cambios en los precios.
10. Demanda elástica para el precio de mercado.
11. Nivel y configuración de los beneficios.
12. Precio de mercado inversamente correlacionado con el número de firmas o con la elasticidad de la demanda.
13. Fijación de los precios por el método de “puntos de base”.
14. Prácticas exclusionarias.

Queríamos sin embargo, para terminar este punto, exponer ciertas críticas de algunos autores sobre las posiciones de TURNER y de POSNER que consideramos de particular importancia.

La primera de ellas es aquella que a propósito de la posición de TURNER, hace H. HOVENKAMP⁴⁶, cuando señala que no está claro que los consumidores resultarán beneficiados de la reestructuración integral de una industria, dividiendo a las firmas presentes en unidades más pequeñas.

46 Véase HERBERT HOVENKAMP, *op. cit.*, págs. 171-172.

La razón esgrimida por HOVENKAMP es que en muchos casos los mercados muestran un elevado grado de concentración debido a que la escala mínima eficiente o *minimum efficient scale* (MES) requiere que una firma posea una porción elevada del mercado. Por tal razón, un programa de acción que combata el oligopolio dividiendo a las firmas en unidades más pequeñas, podría ocasionar que la dimensión de estas nuevas unidades esté por debajo de la MES correspondiente, y que las pérdidas por ineficiencia productiva de las unidades más pequeñas, sean mayores a las pérdidas sociales causadas por la actuación oligopolística de las firmas de mayor tamaño.

La segunda crítica a la cual queremos hacer referencia es aquella dirigida al argumento de POSNER, realizada por K. HYLTON⁴⁷, a quien dejaremos hablar:

“But using circumstantial evidence to aid the inference of conspiracy is not equivalent to using it as a substitute for proving conspiracy. Presumably more evidence is required for the latter task, but how much more?”⁴⁸.

Finalmente, consideramos que son muy importantes las conclusiones del capítulo 4, dedicado a los carteles, del propio K. HYLTON⁴⁹.

Para dicho autor hay dos problemas que dificultan la aplicación de la Sección 1 de la *Sherman Act*, los cuales, según nuestro modesto de entender, son muy parecidos a los que se enfrentaría la autoridad de la competencia en cualquier país en el momento de combatir las prácticas colutorias implementadas por las firmas que operan en un mercado, a saber:

- ¿Cuáles conductas constituyen una conspiración (un complot o una confabulación) para los propósitos de la Sección 1? Dicho de otra

47 Véase KEITH HYLTON, pág. 87.

48 “Pero usar evidencia circunstancial para ayudar a inferir la existencia de una conspiración no es equivalente a usarla como un sustituto para probar dicha conspiración. Presumiblemente se requiere mayor evidencia para el segundo caso, pero ¿cuánto más?” (traducción nuestra).

49 Véase KEITH HYLTON, *op. cit.*, pág. 89.

manera, ¿qué grado de explicitud es necesario para que un tribunal encuentre que existe un acuerdo?

- ¿Cuál es el monto de evidencia necesario para probar la existencia de una conspiración (un complot o una confabulación)?

1.2. ¿DEBERÍAN TODAS LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS SER CONSIDERADAS ILEGALES *PER SE*?

Otra controversia importante alrededor de las prácticas colusorias es la que gira en torno a cuáles de dichas prácticas deben ser consideradas prohibidas *per se*.

VISCUSI, VERNON & HARRINGTON afirman que si interpretamos literalmente el lenguaje de la Sección 1 de la *Sherman Act*⁵⁰, el cual proscribe “todo contrato, unión... o confabulación que restrinja el comercio”, todo tipo de acuerdo o de contrato en los negocios sería prácticamente ilegal⁵¹. No obstante, para dichos autores, la Corte Suprema de los Estados Unidos tempranamente estatuyó que la expresión “restringir el comercio” abarcaba sólo aquellos actos, contratos, acuerdos, uniones o confabulaciones que, debido a su naturaleza inherente, a su efecto o a su propósito evidente, restringían *injuriousamente* el comercio (subrayado nuestro).

Otros autores como ROBERT BORK⁵², señalan que las reglas más antiguas, las más calificadas y las más valiosas que forman parte de la ley, estatuyen que es ilegal *per se* que los competidores limiten la rivalidad entre ellos mismos. La aplicación a muchos carteles de la doctrina que declara ilegal *per se* la eliminación de la rivalidad entre competidores,

50 Tomamos dicha ley por considerarla la referencia histórica primaria del derecho de la competencia.

51 Véase VISCUSI, W. KIP, VERNON, JOHN M. & HARRINGTON, JR. JOSEPH E., *Economics of Regulation and Antitrust*, D. C. Heath and Company, Lexington, MA., 1992, pág. 125.

52 Véase BORK, ROBERT, *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*, The Free Press, New York, second edition, pág. 263.

y la amenaza que pendía sobre las firmas que tenían la intención de emprender acuerdos colusorios, impidiendo tales acciones, ha tenido, sin duda, una contribución enorme al bienestar de los consumidores.

Sin embargo, continúa dicho autor, el hecho de prohibir *per se* que las firmas limiten la rivalidad entre ellas, ha producido en algunas ocasiones resultados indeseables, siendo, en efecto, mostrable que incluso la fijación de precios y la división o repartición de los mercados, son beneficiosas bajo ciertas circunstancias.

Por lo tanto, el asunto clave en la fijación colusoria de precios o en la repartición de los mercados, es saber distinguir si se trata de una eliminación de la rivalidad que es estrictamente necesaria para obtener la integración económica y la eficiencia, o si se trata de una eliminación de la rivalidad cuyo único objetivo es la restricción de las cantidades producidas, acarreado probablemente la mala asignación de los recursos.

ROBERT BORK⁵³ continúa señalando que muchos acuerdos para fijar precios y repartir los mercados hacen que la actividad cooperativa sea más eficiente, y que dichos acuerdos deberían ser juzgados según las circunstancias, bajo los mismos estándares aplicables al crecimiento interno de las firmas o bajo las mismas reglas de las fusiones horizontales. Ello equivaldría según nosotros a la aplicación de la regla de la razón.

Para dicho autor⁵⁴, el crecimiento interno y las fusiones eliminan la rivalidad, y lo hacen de manera más permanente que un acuerdo colusorio. La razón fundamental por la cual no hacemos que dicha eliminación de la rivalidad sea ilegal *per se*, es que la misma involucra la integración de las actividades productivas y por lo tanto, tiene la capacidad de generar eficiencias. Ahora bien, las integraciones generadas por un contrato (incluyendo aquellas que involucran acuerdos de fijación de precios y de repartición del mercado) son también capaces de producir eficiencias. Por lo tanto, las leyes sobre las integraciones surgidas a partir de un contrato y las integraciones surgidas

53 Véase ROBERT BORK, *op. cit.*, págs. 263-264.

54 Véase ROBERT BORK, *op. cit.*, pág. 264.

a partir de la propiedad deben ser simétricas⁵⁵, y no hay justificación para suspender la regla *per se* en el segundo caso y no hacerlo en el primero⁵⁶.

BORK⁵⁷ afirma que la doctrina legal necesaria para un correcto tratamiento de la fijación de precios y de la repartición de los mercados, está a la mano del concepto de restricciones subordinadas (*ancillary restraints*). Dicho concepto puede ser fácilmente expuesto y comprendido en el contexto de las asociaciones (*partnerships*) que es uno de los ejemplos más antiguos en la literatura antitrust, de contratos legítimos de integración.

En efecto, el mencionado autor⁵⁸ apoya su argumentación en las posiciones de varios jueces norteamericanos tales como JUSTICE PECKHAM (quien, en el caso *Joint Traffic*, cita a las asociaciones como una restricción lícita de la rivalidad); JUSTICE HOLMES (quien aboga por su legalidad en el caso *Northern Securities*), y JUDGE TAFT (quien en el caso *Addyston Pipe & Steel* incluye a los acuerdos explícitos para eliminar la rivalidad entre los miembros de la asociación como uno de las cinco restricciones subordinadas (*ancillary restraints*) consideradas lícitas según el *Common Law*, y también según la *Sherman Act*).

La opinión del juez Taft, según BORK⁵⁹, proporciona el mejor enfoque del problema, al mismo tiempo que constituye un respetable precedente legal para reformar la ley en esta área.

55 De acuerdo a nuestra interpretación, la noción de “simetría” de Bork coincide con la noción de “analogía” en el sentido de que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella.

56 A título de ilustración, ver el ejemplo planteado por DOMINIQUE BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris, 1995, pág. 86. En efecto, en una decisión, el *Conseil de la concurrence* francés le prohíbe a la cadena de supermercados *Intermarché*, la difusión de una lista (*argus*) de precios con el pretexto de que cada supermercado representa una entidad jurídica independiente. La misma operación de difusión de la lista de precios es lícitamente permitida a otras cadenas de supermercados que compiten con *Intermarché*, por el simple hecho de que todos los supermercados que conforman la cadena pertenecen al mismo dueño.

57 Véase ROBERT BORK, *op. cit.*, pág. 264.

58 Véase ROBERT BORK, *op. cit.*, pág. 264.

59 Véase ROBERT BORK, *op. cit.*, pág. 264.

En efecto, Taft sostuvo, una noción que consideramos fundamental en las normas antitrust, que los acuerdos “desnudos” (*naked agreements*), vale decir aquellos que están dirigidos sólo a eliminar la competencia, debían ser ilegales *per se*⁶⁰. No obstante, sugirió una regla diferente cuando la eliminación de la competencia era un medio para generar eficiencias. En otras palabras, Taft argumentaba, según BORK⁶¹, que la eliminación de la competencia inherente a la unión de los hombres en calidad de socios se justificaba porque “*this effect was only an incident to the main purpose of a union of their capital, enterprise and energy to carry on a successful business, and one useful to the community*”⁶².

En resumen, según Taft, los modelos extremos en esta área del derecho, son el cartel “desnudo” (*naked cartel*) y la asociación (*partnership*). Mientras que el primero crea una mala asignación de los recursos, el segundo crea eficiencia; sin embargo, ambos involucran un acuerdo para eliminar la competencia. Por tal razón, para BORK⁶³, la ley debe aprender mejor cómo asignar o asimilar los acuerdos de los hombres de negocios al modelo adecuado ya que, generalmente, los tribunales asimilan, de manera demasiado frecuente, los acuerdos que ocasionan los beneficios económicos de la asociación (*partnership*), a la categoría de la ilegalidad *per se*, apropiada sólo para los carteles “desnudos” (*naked cartels*). Evidentemente, para Taft, la definición de restricción auxiliar o subordinada (*ancillary restriction*) requiere que el acuerdo que elimine la competencia no vaya más allá de lo estrictamente necesario⁶⁴.

60 Efectivamente esa fue su posición en el caso *Addyston Pipe & Steel*.

61 Véase ROBERT BORK, *op. cit.*, pág. 264.

62 “Este efecto era sólo incidental al propósito principal de la unión de sus capitales, de sus empresas y de sus energías con miras a lograr un negocio exitoso y un provecho para la comunidad” (traducción nuestra).

63 Véase ROBERT BORK, *op. cit.*, págs. 264-265.

64 Véase ROBERT BORK, *op. cit.*, pág. 266.

2. TRATAMIENTO DADO POR PRO-COMPETENCIA A LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS

2.1. LOS DATOS

De acuerdo al Cuadro 1, la autoridad venezolana de la competencia, Pro-Competencia, ha estudiado 29 casos de prácticas colusorias⁶⁵ durante el lapso comprendido entre los años 1992 y 2006, ambos incluidos.

La tendencia lineal observada en los casos de prácticas colusorias tratados por la Superintendencia, tanto en términos absolutos como relativos, es ligeramente pronunciada hacia la baja, tal como podemos observar respectivamente en los gráficos 1 y 2.

2.1.1. LOS CASOS DE PRÁCTICAS COLUSORIAS SEGÚN EL SOLICITANTE DEL INICIO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

Un dato que nos parece interesante es conocer quién inicia o solicita el inicio de los procedimientos sancionatorios en los casos de las prácticas colusorias. Dicha información la podemos ver reflejada en el Cuadro 2.

65 En el Cuadro 1 hemos incluido cada práctica solamente en una clase de comportamiento restrictivo de la competencia, dependiendo de cuál sea la principal de las restricciones en cuestión. Por ello, cuando decimos que Pro-Competencia ha estudiado 29 prácticas colusorias lo que queremos decir es que Pro-Competencia ha estudiado 29 prácticas que son principalmente colusorias, a pesar de que algunas de ellas puedan presentarse acompañadas de otros comportamientos (exclusionarios o de explotación) restrictivos de la competencia. Por esa razón también el número de prácticas colusorias registradas en el Cuadro 1 no coincide con las cifras registradas en los Cuadros 2, 3, 4, 5, y 6, en los cuales se tomó el número total de prácticas colusorias con prescindencia de que hubiesen sido la práctica restrictiva principal del caso analizado.

Cuadro 1
Resumen de los casos totales por tipo de práctica

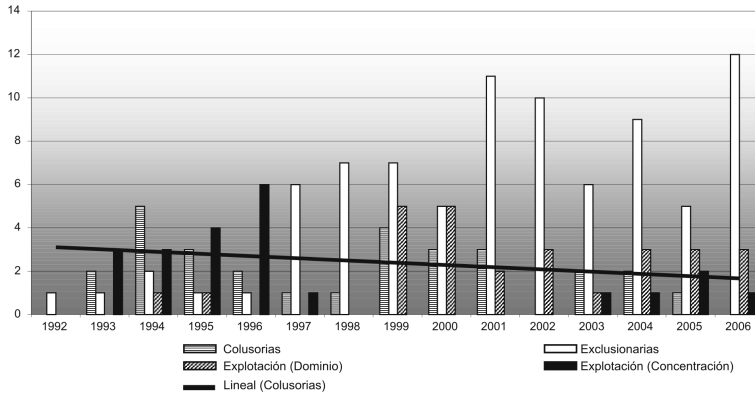
Años	Colusorias	Exclusionarias	Explotación (Dominio)	Explotación (Concentración)	Totales
1992		1			1
1993	2	1		3	6
1994	5	2	1	3	11
1995	3	1	1	4	9
1996	2	1		6	9
1997	1	6		1	8
1998	1	7			8
1999	4	7	5		16
2000	3	5	5		13
2001	3	11	2		16
2002		10	3		13
2003	2	6	1	1	10
2004	2	9	3	1	15
2005	1	5	3	2	11
2006		12	3	1	16
Totales	29	84	27	22	162

Fuente: Elaboración propia a partir de las Resoluciones de Pro-Competencia.

2.1.2. LOS CASOS DE PRÁCTICAS COLUSORIAS DEPENDIENDO
DE QUE LA PRÁCTICA SE PRODUZCA DE MANERA
AISLADA O SOLAPADA CON OTRA PRÁCTICA

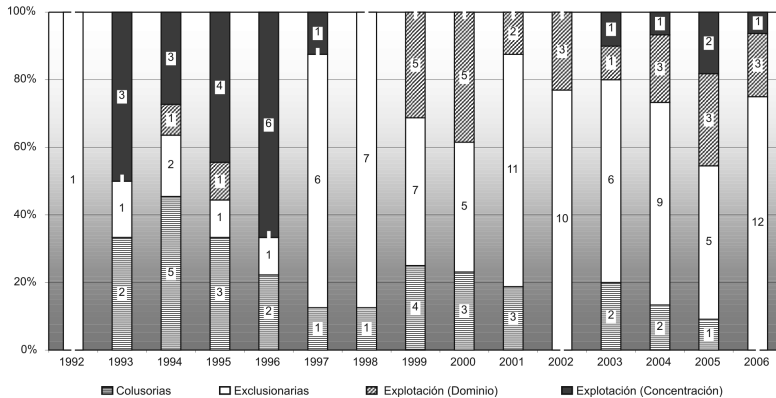
Otra información importante es la concerniente al número de prácticas colusorias solapadas, vale decir aquellas prácticas colusorias que se producen acompañadas por otras prácticas bien sea exclusionarias o de explotación. Tal información la podemos observar en el Cuadro 3.

Gráfico 1
Tendencia observada en el número de casos de prácticas colusorias



Fuente: Elaboración propia a partir de las cifras del Cuadro 1.

Gráfico 2
Número y porcentaje anual de casos de prácticas colusorias



Fuente: Elaboración propia a partir de las cifras del Cuadro 1.

Cuadro 2
Número de casos de prácticas colusorias analizados por
Pro-Competencia
dependiendo del solicitante del procedimiento
sancionatorio⁶⁶

Años	Casos	Oficio	Parte interesada	Concentración
1992				
1993	2	2		
1994	5	4	1	
1995	4	2	1	1
1996	3	3		
1997	2		2	
1998	1	1		
1999	5	4	1	
2000	4	2	2	
2001	4		4	
2002				
2003	2	2		
2004	3	2	1	
2005	1		1	
2006				
Totales	36	22	13	1

Fuente: Elaboración propia a partir de las Resoluciones de Pro-Competencia.

66 Hemos incluido la columna “Concentración” debido a que, a pesar de no estar contemplado el control *a priori* de las operaciones de concentración en la legislación venezolana de la competencia, las empresas involucradas han sometido voluntariamente 18 de dichas operaciones a su análisis por parte de la Superintendencia para conocer si la futura operación de concentración que desean emprender, viola el artículo 11, vale decir si genera efectos restrictivos sobre la libre competencia o produce una situación de dominio en todo o parte del mercado. El hecho importante en el caso que nos concierne (prácticas colusorias) es que Pro-Competencia ha encontrado que algunas de esas operaciones de concentración contienen cláusulas que violan el artículo 10 de la LPPELC, vale decir que constituyen prácticas colusorias. Tal es el caso concreto de la Resolución 040-1995 del 25/09/1995 (Caso Mavesa).

2.1.3. LOS CASOS DE PRÁCTICAS COLUSORIAS DEPENDIENDO DE QUE PRO-COMPETENCIA HAYA CONCLUIDO QUE HUBO O NO UNA RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA

Una información que es también muy importante para nuestro análisis es la clasificación de las prácticas colusorias dependiendo de que Pro-Competencia haya concluido o no que la práctica en cuestión constituía una restricción de la competencia. Tal información la vemos reflejada en el Cuadro 4.

Cuadro 3
Número de casos de prácticas colusorias analizados por Pro-Competencia dependiendo de que la práctica se produzca de manera aislada o solapada con otra práctica

Años	Casos	Aisladas	Solapadas
1992			
1993	2	2	
1994	5	4	1
1995	4	3	1
1996	3	2	1
1997	2	1	1
1998	1		1
1999	5	4	1
2000	4	2	2
2001	4	1	3
2002			
2003	2	2	
2004	3	1	2
2005	1		1
2006			
Totales	36	22	14

Fuente: Elaboración propia a partir de las Resoluciones de Pro-Competencia.

2.1.4. LOS CASOS DE PRÁCTICAS COLUSORIAS DEPENDIENDO DEL SUPERINTENDENTE QUE DICTÓ LA RESOLUCIÓN

Según los ordinales “g” al “m” del artículo 4 del “Reglamento Interno de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia”, le corresponde al superintendente decidir sobre la apertura y los resultados de los procedimientos sancionatorios, así como ordenar la cesación de las prácticas restrictivas de la competencia, imponer las sanciones, dictar las medidas preventivas y pronunciarse sobre las operaciones de concentración. Por ello es muy interesante conocer cuál ha sido el superintendente que dictó cada una de las resoluciones para tratar de aprehender si hay alguna diferencia estadística en sus respectivas formas de decidir sobre la existencia o no de comportamientos restrictivos de la competencia.

Cuadro 4
Número de casos de prácticas colusorias analizados por Pro-Competencia dependiendo de que se haya concluido o no que la práctica es restrictiva de la competencia⁶⁷

Años	Casos	Sí	No	Per se
1992				
1993	2	2		2
1994	5	4	1	
1995	4	4		
1996	3	3		1
1997	2		2	
1998	1	1		
1999	5	4	1	
2000	4	2	2	4
2001	4	4		4

(Continúa)

67 Hemos incluido una columna denominada “per se” para reseñar el número de casos de prácticas colusorias en los cuales Pro-Competencia hizo alusión a dicha regla.

(Continuación)

Años	Casos	Sí	No	Per se
2002				
2003	2	2		1
2004	3	1	2	1
2005	1	1		1
2006				
Totales	36	28	8	14

Fuente: Elaboración propia a partir de las Resoluciones de Pro-Competencia.

Como podemos observar a partir de las cifras de los Cuadros 5 y 6, el promedio general⁶⁸ de casos en los cuales los superintendentes han concluido que hubo en efecto una práctica colusoria restrictiva de la competencia es de 77,78%. Ese porcentaje es de 100% para ANA JULIA JATAR; 66,67% para CARLOS OLIVO VALVERDE; 81,82% para EDUARDO GARMENDIA; 66,67% para IGNACIO DE LEÓN; 87,5% para JORGE SZEPLAKI OTAHOLA; 0% para CARLOS MASIÁ, Y 100% para MILTON LADERA JIMÉNEZ. Podemos observar una desviación típica de 31,9492 con respecto al promedio no ponderado de los porcentajes por superintendente que es de 71,81%, y de 32,5024 con respecto al promedio general de la Superintendencia que es de 77,78%. Si excluimos los porcentajes de ANA JULIA JATAR, de CARLOS OLIVO VALVERDE, de CARLOS MASIÁ y de MILTON LADERA JIMÉNEZ, dado el poco número de casos que sentenciaron, entonces los valores observados en la desviación típica serían de 8,7919 con respecto al promedio no ponderado de los promedios de los 3 superintendentes considerados⁶⁹ que es de 78,66%, y de 8,7924 con respecto al

68 Hemos definido como “promedio general” a la suma de los casos en los cuales Pro-Competencia concluyó en la comisión de una práctica colusoria restrictiva de la competencia, dividida por el número de procedimientos sancionatorios iniciados por dicha Superintendencia, bien sea de oficio o a solicitud de parte interesada. De la misma forma, hemos llamado “promedio no ponderado” al promedio simple de los porcentajes según los cuales cada superintendente considerado concluyó en la comisión de una práctica colusoria restrictiva de la competencia.

69 EDUARDO GARMENDIA, IGNACIO DE LEÓN y JORGE SZEPLAKI OTAHOLA.

promedio general de dichos superintendentes que es de 78,57%. Ello representa una reducción drástica de la dispersión en la forma de sentenciar de los superintendentes cuando consideramos sólo a aquellos que han decidido un número elevado de resoluciones con respecto a los otros.

Cuadro 5
Número de casos de prácticas colusorias analizados por Pro-Competencia dependiendo del superintendente que dictó la resolución

Superintendente	Casos	Sí	No	Per se	Oficio	Interesada
Ana Julia Jatar	3	3		2	2	1
Carlos Olivo	3	2	1		3	
Eduardo Garmendia	11	9	2	1	7	3
Ignacio De León	9	6	3	4	6	3
Jorge Szeplaki Otahola	8	7	1	6	4	4
Carlos Masiá Vieweg	1		1			1
Milton Ladera	1	1		1		1
Totales	36	28	8	14	22	13

Fuente: Elaboración propia a partir de las Resoluciones de Pro-Competencia.

2.2. COMENTARIOS ADICIONALES

Además de lo que hemos reseñado en las páginas precedentes, existen otros aspectos interesantes tales como tratar de conocer la forma en que la Superintendencia ha manejado el fenómeno de los comportamientos paralelos y el rol otorgado por dicho organismo a las pruebas intelectuales.

Cuadro 6
Número de casos de prácticas colusorias analizados por
Pro-Competencia
dependiendo del superintendente que dictó la resolución
tomando en cuenta algunas de las características principales
de las resoluciones

Superintendente	Casos	Sí	% Casos	No	Per se	% Casos	Oficio	% Casos	Interesada	% Casos
Ana Julia Jatar	3	3	100,00		2	66,67	2	66,67	1	33,33
Carlos Olivo	3	2	66,67	1		0,00	3	100,00		0,00
Eduardo Garmendia	11	9	81,82	2	1	9,09	7	63,64	3	27,27
Ignacio De León	9	6	66,67	3	4	44,44	6	66,67	3	33,33
Jorge Szeplaki Otahola	8	7	87,50	1	6	75,00	4	50,00	4	50,00
Carlos Masía Vieweg	1		0,00	1		0,00		0,00	1	100,00
Milton Ladera	1	1	100,00		1	100,00		0,00	1	100,00
Totales	36	28	77,78	8	14	38,89	22	61,11	13	34,29
Promedio no ponderado			71,81			42,17		49,57		40,66

Fuente: Elaboración propia a partir del Cuadro 5.

2.2.1. LOS COMPORTAMIENTOS PARALELOS

En este sentido, podemos observar que a partir de la primera Resolución de Pro-Competencia en la que se presumió la existencia de un comportamiento colusorio, se hizo alusión a las conductas paralelas. Es el caso de la Resolución 002-1993 (Caso Premex) del 17/05/1993 en la cual la Superintendencia señala:

“Ahora bien, un simple paralelismo de los comportamientos de las empresas no sería por sí mismo la prueba de una práctica concertada, pero sí un indicio importante de su existencia que tendrá que ser acondicionado a otros indicios que permitan establecer un juicio de valor suficiente para constituir una prueba de la existencia de la práctica” (p. 19),

así como también:

“Una práctica concertada debe ser probada conforme a su naturaleza, y para ello es suficiente la prueba por medio de presunciones. En la práctica si se prueba una conducta paralela en el mercado y un contacto entre las partes, se presumirá concertada” (p. 20).

Es importante señalar que cuando Pro-Competencia se refiere a las conductas paralelas, hace alusiones reiteradas a un caso famoso de la jurisprudencia europea conocido como S.A. *Française des matières colorantes (Francolor) vs. Comisión de las Comunidades Europeas* (Documentos Oficiales de las Comunidades Europeas, 1969), en el sentido de que “...mientras el comportamiento paralelo —del oferente— por sí mismo no constituye una práctica concertada, puede, no obstante, significar un fuerte indicio del tal práctica...” (p. 20 de la resolución en cuestión).

En otras resoluciones tales como la Resolución 028-1993 (Caso Aga o de oxígeno líquido medicinal) del 15/11/1993, el comportamiento paralelo es aludido también en los alegatos de la defensa de las empresas investigadas por prácticas colusorias (pp. 11-2), haciendo referencia incluso al hecho de que es necesario probar la existencia del “plus factor” en el sentido de que se requiere determinar la existencia de

alguna conciencia del compromiso hacia un plan común (p. 12). Frente a tales alegatos, la Superintendencia refinó sus argumentos haciendo alusión no sólo al Caso S.A. *Française des matières colorantes (Francolor) vs. Comisión de las Comunidades Europeas*, sino también a otros casos de las jurisprudencias norteamericana y europea, en los cuales se aluden los comportamientos paralelos. En tal sentido, Pro-Competencia se refiere a los casos norteamericanos *Morton Salt Co. v. U.S.*, *Pittsburg Plate Glass v. U.S.* y *Safeway Stores v. F.T.C.*, y a los casos europeos (adicionales al caso de las materias colorantes) del vidrio en Benelux, del azúcar en Europa, de *Züchner v. Bayerische Vereinsbank*, de *Pittsburgh Corning Europa*, del pergamino vegetal, de *Hi-fi Pioneer*, de *Hasselblad*, de la agencia internacional de energía y del grupo productor de zinc (p. 25 de la Resolución 028-1993). Según la Superintendencia, en estas decisiones la Comisión y el Tribunal de las Comunidades Europeas consideraron como indicios de la existencia de una práctica concertada, entre otros, a: la fijación o aumento simultáneo de precios y por porcentajes idénticos de los mismos productos; la proximidad o identidad de la fecha de aplicación de dichos aumentos; la escasa competencia en el mercado; la homogeneidad de los productos y la transparencia del mercado en los precios; los contactos entre las empresas o el intercambio de informes entre los mismos; las medidas discriminatorias aplicadas a los competidores que no forman parte del pacto; las medidas para proteger al operador que se queja de la competencia que le hace otra empresa integrante del pacto, y la falta o reducción de la competencia (p. 25 de la resolución).

2.2.2. LAS PRUEBAS INTELECTUALES

La prueba intelectual, por oposición a la prueba material (inexistente en muchos casos), reviste una particular importancia en el derecho de la competencia. La misma consistiría, por ejemplo para el caso de la colusión tácita, en comparar el precio fijado por las firmas con el precio “teórico” que debería prevalecer en el mercado: si el precio observado

se sitúa por encima del precio “teórico”, entonces se confirma la sospecha de colusión tácita⁷⁰.

El razonamiento que subyace en este tipo de prueba es que si se constata que varias firmas han establecido contacto entre ellas y sus comportamientos son paralelos, hay lugar para presumir la existencia de un nexo de causalidad entre el contacto y los comportamientos, a menos que exista una prueba de lo contrario cuya carga correspondería a las firmas en cuestión⁷¹. O, dicho en términos de ALAIN GUEDJ⁷²: “la prueba puede ser material o resultar de un cúmulo de indicios o de la constatación de un paralelismo de comportamiento sin otra explicación posible que no sea la práctica de una *entente* restrictiva de la competencia”.

¿Qué es original y a la vez problemático en este tipo de pruebas? Fundamentalmente el hecho de que la carga de la prueba no corresponde a la autoridad de la competencia, sino a las firmas presuntamente involucradas en las prácticas restrictivas de la competencia. Ello es original pues los elementos que se adicionan al simple paralelismo en los comportamientos podrían constituir junto con este último un “cúmulo de indicios graves, precisos y concordantes” acerca de la existencia de una *entente*. Es problemático pues la inversión de la carga de la prueba (hacer que la misma corresponda al administrado y no a la administración) es un elemento poco aceptado por las legislaciones de muchos países, sobre todo cuando el caso va a las instancias del control judicial de las decisiones de la administración.

En tal sentido nos previenen DUMEZ & JEUNEMAÎTRE⁷³ cuando señalan:

70 Véase COMBE, EMILE, *Cartels et ententes*, PUF, QSJ, Paris, 2004, pág. 62.

71 Véase DECOCO, ANDRÉ & DECOCO, GEORGES, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris, 2002, pág. 275.

72 Véase GUEDJ, ALAIN, *Pratique du droit de la concurrence national et communautaire*, Litec, Paris, 2000, pág. 51.

73 Véase DUMEZ, HERVÉ & JEUNEMAÎTRE, ALAIN, *La concurrence en Europe*, Éditions du Seuil, Paris, 1991, pág. 179.

“Frente a una práctica dudosa, dependiendo del hecho de que la carga de la prueba le corresponda a las empresas o al organismo regulador, la decisión resultante se inclinará de un lado o del otro. En efecto, es más fácil, en una materia compleja, destruir el poder de convicción de una “prueba” que construir elementos probatorios. Ello es así con mayor razón porque las cortes, en las instancias de apelación, exigen pruebas materiales ya que las pruebas “intelectuales”, basadas en un razonamiento económico sofisticado, pero con elementos significativos de duda, parecen poco convincentes para establecer la culpabilidad de un acusado”⁷⁴.

Lo mismo hace D. BRAULT⁷⁵ cuando afirma que entre las causas que podrían llevar a la pérdida de eficacia del *Conseil de la concurrence* francés, está precisamente el rechazo de toda prueba intelectual basada en razonamientos frente a comportamientos paralelos de las firmas.

Para el caso venezolano la situación no es más feliz pues la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (C.P.C.A.)⁷⁶, en el momento de considerar los recursos de anulación interpuestos ante de ella, ha interpretado de manera muy particular las condiciones que debe tener una prueba intelectual para ser aceptada en aras de establecer la existencia de una *entente*.

En efecto, la legislación venezolana establece que para la prueba de los hechos controvertidos es admisible cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley (artículo 395 del Código de Procedimiento Civil).

Ahora bien, de acuerdo a la Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo N° 97-734 de fecha 05/06/1997⁷⁷, el indicio, que es el caso que nos ocupa⁷⁸:

74 Traducción nuestra del idioma francés.

75 Véase DOMINIQUE BRAULT, *op. cit.*, pág. 78.

76 De acuerdo a las leyes venezolanas, corresponde a la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo (de ahora en adelante la C.P.C.A.) el conocimiento de los recursos interpuestos, por razones de ilegalidad, en contra de las acciones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Pro-Competencia).

77 Tal sentencia se refiere al recurso de anulación interpuesto contra la Resolución 028-1993 del 15/11/1993 (Caso Aga o de oxígeno líquido medicinal).

“... no está contemplado en nuestra legislación como medio de prueba autónomo, antes bien, han entendido nuestros legisladores que el indicio no opera siquiera como una prueba suficiente para provocar la convicción del órgano decisor, sino como un elemento o dato fáctico, que extraído de un medio probatorio y concordado con otros indicios o pruebas, puede orientar la decisión”.

Todo ello de acuerdo a lo establecido por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 510:

“Los jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su *gravedad, concordancia y convergencia entre sí*, y en relación con las demás pruebas de autos (subrayado nuestro)”.

¿Dónde está el problema de las pruebas intelectuales en Venezuela? Debemos buscar la clave de la respuesta en la interpretación dada por la C.P.C.A. a los requisitos que el legislador ha exigido como de obligatoria consideración en el momento de apreciar los indicios: a) la gravedad; b) la concordancia, y c) la convergencia entre sí y en relación con las demás pruebas de autos. Estos tres requisitos implican que no basta que los indicios aparezcan en número plural sino que es indispensable que examinados en su conjunto produzcan la certeza sobre el hecho investigado.

Con respecto a la *gravedad*, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, citado por la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo N° 97-734 de fecha 05/06/1997⁷⁹, expresa:

“... para que este requisito se satisfaga realmente y los indicios produzcan, por sí solos, la certeza necesaria, deben existir por lo menos dos graves, que puedan ser reforzados por otros leves, de acuerdo con sus condiciones intrínsecas y con la clase del hecho investigado”.

78 Véase GIRAUD-TORRES, ARMANDO & CASTRO CORTIÑAS, IGNACIO, *Derecho Administrativo de la Competencia*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1999, pág. 62.

79 Véase ARMANDO GIRAUD-TORRES & IGNACIO CASTRO CORTIÑAS, *op. cit.*, pág. 63.

En lo concerniente a la *concordancia* y a la convergencia de los indicios, estos requisitos suelen fundirse en uno solo; sin embargo, la interpretación de la C.P.C.A., basándose en lo expresado por DEVIS ECHANDÍA⁸⁰ es que se trata de requisitos diferentes. La *concordancia* significa que los hechos no se excluyan sino que se ensamblen armoniosamente, de modo que produzcan un conjunto coherente. Por su parte, la convergencia se refiere a las inferencias que de esos hechos se obtiene con la ayuda de la lógica; de los principios de la causalidad y la analogía, y de las reglas de la experiencia, y significa que todas deben conducir a la misma conclusión, por ejemplo a señalar al mismo sujeto como autor del delito⁸¹. En otras palabras, no basta con el hecho de que varios indicios concurren a formar un todo armónico, sino que es indispensable que de cada uno de ellos se pueda obtener la misma inferencia sobre el hecho⁸².

A nuestro juicio, esta última interpretación de DEVIS ECHANDÍA, asumida plenamente por la C.P.C.A. reduce de manera importante la posibilidad de utilizar las pruebas intelectuales para concluir en la existencia de un acuerdo colusorio o *entente*. Esto lo decimos porque resulta, en efecto, muy difícil, que los indicios satisfagan el requisito de la convergencia si el mismo es interpretado de manera diferente a la concordancia, sobre todo si se exige que de cada uno de ellos pueda obtenerse la misma inferencia.

En efecto, si tomamos a título de ejemplo la Resolución 028-1993 del 15/11/1993 (Caso Aga o de oxígeno líquido medicinal), podemos observar que Pro-Competencia construye su razonamiento probatorio basándose fundamentalmente en indicios y presunciones: “Las prácticas concertadas, por su propia naturaleza, deben ser probadas por medio de indicios y presunciones” (p. 25).

En dicha resolución más adelante Pro-Competencia señala:

80 Véase Armando Giraud-Torres & Ignacio Castro Cortiñas, *op. cit.*, pág. 63.

81 Véase Armando Giraud-Torres & Ignacio Castro Cortiñas, *op. cit.*, págs. 63-64.

82 Véase Armando Giraud-Torres & Ignacio Castro Cortiñas, *op. cit.*, pág. 64.

“Adicionalmente, la existencia de elementos económicos complementarios (por ej.: el reducido número de agentes participantes en el mercado, la naturaleza y características de las empresas, el carácter homogéneo o poco diferenciado del producto) permitiría colegir la existencia de la práctica en cuestión” (p. 25).

Como podemos claramente observar, al ser tomados individualmente, ninguno de los elementos complementarios, que según la Superintendencia permitirían colegir la existencia de la práctica en cuestión, satisfacen el requisito de la convergencia, a pesar de satisfacer el requisito de la concordancia.

Además, para apoyar su mecanismo probatorio en dicha resolución (p. 26), Pro-Competencia se basa claramente en autores del derecho europeo de la competencia que sostienen que cuando existen indicios de una práctica concertada, la carga de la prueba consistente en demostrar que tal práctica no obedece a un comportamiento colusorio, corresponde a las empresas presuntamente involucradas en la comisión de las mismas:

“Los hechos establecidos, que no pueden explicarse de otra manera que por un concierto de las empresas, constituyen pues los indicios de una práctica concertada.(...) En tal caso, las partes contratantes tienen que establecer las circunstancias que puedan explicar de otra manera los hechos sobre los cuales la Comisión fundamenta su calificación (BRIGITTE CASTELL BORRAS, *La Defensa de la Competencia en la C.E.E. 117*)”.

Tal posición, consistente en exigir a las empresas que presenten una prueba positiva que justifique el paralelismo en los precios y en las fechas de las listas, lo que equivale a la inversión de la carga de la prueba, hace concluir a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que⁸³:

“... la Superintendencia se alejó de los principios que deben regir la actividad administrativa, desde que es precisamente a la Administración a quien —como manifestación del principio inquisitivo— corresponde la búsqueda

83 Véase Armando Giraud-Torres & Ignacio Castro Cortiñas, *op. cit.*, pág. 66.

de la verdad material y real, sin que le esté dado dictar decisión alguna en contra de los derechos de los administrados sin fundamento en pruebas que obren de manera fehaciente, verosímil y contundente en el expediente administrativo”.

Por lo tanto, en la sentencia de la Corte hay un claro rechazo a la inversión de la carga de la prueba, inhabilitando de esa manera el valor probatorio del cúmulo de indicios económicos, el cual se basa precisamente en dicha inversión.

Con relación a este punto, se han pronunciado algunos autores venezolanos.

En efecto, LUIS ORTIZ-ÁLVAREZ⁸⁴ nos señala que el concepto de “prácticas concertadas” manejado por Pro-Competencia en sus primeras resoluciones parecía ser bastante amplio, admitiendo incluso la existencia de acuerdos tácitos, y continúa afirmando⁸⁵ que la gran pregunta es la relativa al tratamiento y alcance de las presunciones y de los “indicios” en la materia.

Por su parte, IVOR MOGOLLÓN-ROJAS⁸⁶ opina aproximadamente en el mismo sentido⁸⁷, cuando señala:

“Para esto la Superintendencia propone el uso de la *aproximación probatoria económica*, favoreciendo la utilización de evidencia circunstancial (indicios y presunciones) en el sentido acordado por la jurisprudencia europea de las *Tintas para Teñir (Dyestuffs)*, que analiza los indicios aportados por los comportamientos económicos de los agentes en el mercado respectivo” y más adelante⁸⁸ afirma: “Esta posición de Pro-Competencia es sólo explicable por el carácter eminentemente *idealista* que goza esta disciplina del derecho. Pero su validez no es necesariamente aceptable”.

84 Véase ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS, *Antitrust, competencia y contencioso administrativo*, Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pág. 404.

85 Véase LUIS ORTIZ-ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 405.

86 Véase MOGOLLÓN-ROJAS, IVOR, *Estudios sobre la Legislación Pro-Competencia Venezolana*, Ediciones Liber, Caracas, 2000, pág. 153.

87 Refiriéndose fundamentalmente a las Resoluciones 002-1993 del 17/05/1993 (Caso Premex o del cemento premezclado) y 028-1993 del 15/11/1993 (Caso Aga o de oxígeno líquido medicinal).

88 Véase IVOR MOGOLLÓN-ROJAS, *op. cit.*, pág. 154.

Para MOGOLLÓN-ROJAS⁸⁹ “... Pro-Competencia volvió a insuflar *demasiada fe idealista* sobre los *indicios económicos (Aproximación Probatoria Económica)* y de su justo valor probatorio en pos de probar la existencia de prácticas colusivas”, y concluye señalando: “Pro-Competencia volvió a *subestimar* la necesidad de estudiar *in extenso* la transparencia del Mercado bajo investigación”⁹⁰.

Sin embargo, ambos autores, no sólo observan el lado *idealista* de las pruebas intelectuales, pues de una manera inteligente, y sin entrar en contradicciones con lo que señalaron anteriormente, matizan sus observaciones.

En efecto, IVOR MOGOLLÓN-ROJAS⁹¹, refiriéndose a la sentencia de la Corte Europea de Justicia sobre el caso de las empresas productoras de pulpa de papel (*Woodpulp*) señala: “Sin embargo, si existe un caso donde no se encuentre esa justificación alternativa, la Corte Europea bien podría encontrar bajo este mismo razonamiento que sí existe realmente una práctica concertada bajo los términos condenatorios del artículo 85 del Tratado de Roma”. Comprendemos, entonces, que para dicho autor, la posición de la Corte Europa no es cuestionar el hecho de invertir la carga de la prueba, utilizando el método de la *Aproximación Probatoria Económica*, sino reconocer el hecho de que, aún utilizando dicho método, puede haber explicaciones del comportamiento paralelo de las empresas, distintas a la existencia de una práctica concertada entre las mismas.

89 Véase IVOR MOGOLLÓN-ROJAS, *op. cit.*, pág. 166.

90 Seguramente el autor MOGOLLÓN-ROJAS se refiere a la sentencia de la Corte Europea de Justicia cuando anuló la Decisión de la Comisión de Comunidades Europeas (1985) en el caso de las empresas productoras de pulpa de papel (*Woodpulp*), arguyendo que en dicho caso la actitud concertada no era la única explicación plausible para la conducta paralela entre las empresas del mercado en cuestión y que la paridad entre las fechas de anuncios de precios debía estimarse como la consecuencia natural de la transparencia económica que presentaba el mercado de la pulpa de papel (véase MOGOLLÓN-ROJAS, 2000, págs. 129-130).

91 Véase IVOR MOGOLLÓN-ROJAS, *op. cit.*, pág. 130.

Por su parte, LUIS ORTIZ-ÁLVAREZ señala⁹², de manera acertada, que la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo parecería haber flexibilizado, con una configuración distinta de magistrados, su doctrina anterior con respecto a los indicios económicos, tal como se desprende, según dicho autor, de la sentencia de fecha 21/12/2001 (Caso Prensa correspondiente a la Resolución 017-1996 del 18/07/1996). En efecto, en dicha sentencia, la C.P.C.A. declara⁹³:

“... parte de la doctrina nacional ha coincidido en señalar que los acuerdos deben considerarse de manera bastante informal, por cuanto los agentes económicos que los suscriben, a sabiendas que realizan un acuerdo ilegal y anticompetitivo están conscientes de la imposibilidad que se les presenta para celebrar acuerdos formales...”.

Más adelante continúa la Corte⁹⁴:

“... esta Corte observa que resulta evidente que los acuerdos entre competidores pueden realizarse de manera oral o escrita, sin formalismos...”.

Finalmente⁹⁵:

“... cuando la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, se refiere en su artículo 10 a los “ACUERDOS” se refiere no sólo a aquellos que se celebran a través de un contrato, regulado de conformidad con la normativa de derecho común, sino que abarca cualquier medio por el cual —formal o informalmente— se haya producido un intercambio de voluntades”.

Como vemos pues, el énfasis de la C.P.C.A. estaría colocado en la existencia de la prueba del intercambio de voluntades aun cuando dicha prueba no sea un contrato e independientemente de la forma o formalidades que revista en cada caso el acuerdo.

92 Véase LUIS ORTIZ-ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 408.

93 Véase LUIS ORTIZ-ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 409.

94 Véase LUIS ORTIZ-ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 409.

95 Véase LUIS ORTIZ-ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 409.

Por último, queremos reseñar que, según R. POSNER⁹⁶, decidir cuándo una práctica se convierte en un acuerdo para fijar precios es un problema recurrente en la administración de las leyes antitrust.

El problema reside fundamentalmente en los siguientes hechos:

- Dado que la fijación concertada de precios es una violación *per se* de la ley, entonces lo único importante es conocer si los presuntos infractores incurrieron en la práctica en cuestión⁹⁷. Ello ocasionaría una presión muy grande, ejercida por el gobierno y otros demandantes, para que los tribunales coloquen muchas prácticas en la categoría de la prohibición *per se* equivalente a la fijación concertada de precios, con las consiguientes y serias deformidades en las políticas antitrust.
- Los competidores tendrán incentivos para cumplir todas las etapas requeridas para coordinar sus precios, deteniéndose justo antes de ponerse de acuerdo en cuál precio se debe cobrar.
- A menudo algunos intercambios de información producen significativos beneficios sociales en la medida en que mientras mayor información tengan los vendedores sobre los precios y las cantidades de sus competidores, mayor será la eficiencia con la que operará el mercado. Todo ello en virtud de que ninguna firma puede decidir cuánto producir si no conoce el precio prevaleciente en el mercado, ni tampoco puede tomar decisiones inteligentes en términos de planificar la expansión de su capacidad productiva si no conoce los planes que en el mismo sentido tienen sus competidores.

Por tales razones, la información es una espada de doble filo: por una parte es necesaria para que el proceso competitivo funcione de manera adecuada, pero, por la otra, facilita la colusión.

96 Véase RICHARD POSNER, *op. cit.*, pág. 159 y sigs.

97 Por supuesto, este análisis es extensible a cualquier otra práctica que pueda ser prohibida por las mismas razones que es prohibida la fijación concertada de precios, vale decir que se trate de una prohibición *per se*.

Este es un dilema que no pretendemos resolver en esta investigación pero que no queríamos dejar de señalarlo ya que el mismo está presente en muchos de los argumentos presentados por las firmas presuntamente involucradas en prácticas colusorias para justificar sus comportamientos.

2.2.3. LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LAS FIRMAS INVOLUCRADAS PARA JUSTIFICAR ALGUNOS COMPORTAMIENTOS COLUSORIOS

La Resolución 017-1996 (Caso Prensa) del 18/07/1996 es uno de los casos más ilustrativos de los argumentos presentados por las firmas en cuestión, para justificar la comisión de prácticas concertadas destinadas a fijar, de forma directa o indirecta, los precios y otras condiciones de comercialización o de servicio. Igualmente es uno de los casos que mejor ilustra las respuestas que Pro-Competencia ha dado a tales argumentos de las firmas. Entre dichos argumentos tenemos:

- Alegar que la persona que participó en las conversaciones para concertar el acuerdo no tenía facultades para comprometer a la empresa en cuestión con su firma⁹⁸.
- Sostener que se trata de acuerdos multilaterales, en los cuales han participado tanto los oferentes como los demandantes del producto o servicio, y los primeros no le han impuesto unilateralmente y de manera arbitraria, los precios a los segundos⁹⁹.
- Aducir que cuando el precio sugerido es inferior al que se ofrece al público en general, o sea es inferior el precio de mercado, no se puede hablar de cartelización, la cual se daría solamente cuando los

98 Véase los alegatos de Meridiano y Editorial Santiago de León C.A. (2001) en pág. 9 de la Resolución 017-1996 (Caso Prensa) del 18/07/1996.

99 Véase los alegatos de C.A. Últimas Noticias y C.A. El Mundo en pág. 9 de la Resolución 017-1996 (Caso Prensa) del 18/07/1996.

precios concertados mediante el acuerdo se sitúan por encima de los precios que establecería el mercado en libre competencia¹⁰⁰.

- Argüir que nunca se tuvo la intención de falsear o restringir el ejercicio de la libre competencia, y que por el contrario son actividades que se han desarrollado pensando en beneficio del consumidor final ya que si se asegura la información a la sociedad, se evita el aumento desproporcionado de los precios, se evita la confusión entre los agentes económicos, lo cual sienta una competencia más sana¹⁰¹.
- Alegar la improcedencia del criterio de las violaciones *per se* en materia de cartelizaciones, sobre todo si se trata de castigar una conducta inocua y sin efectos negativos para el mercado¹⁰².

Ante estos argumentos presentados por las firmas presuntamente involucradas, para justificar la comisión de prácticas concertadas destinadas a fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio, la Superintendencia ha mantenido una posición muy clara y acorde con los principios generales del derecho de la competencia.

En tal sentido, Pro-Competencia ha rechazado los argumentos de la manera siguiente:

- Frente al argumento referente a la ausencia de facultades de la persona que participó en las conversaciones para comprometer a la empresa en cuestión con su firma, la Superintendencia ha señalado que

100 Véase los alegatos de C.A. Últimas Noticias y C.A. El Mundo en pág. 10 de la Resolución 017-1996 (Caso Prensa) del 18/07/1996.

101 Véase los alegatos de C.A. Editora El Nacional en pág. 10 de la Resolución 017-1996 (Caso Prensa) del 18/07/1996.

102 Véase los alegatos del Diario *El Universal* en págs. 11 y 18 de la Resolución 017-1996 (Caso Prensa) del 18/07/1996.

“... resulta irrelevante para la legislación de competencia que el acuerdo presente determinada forma o cumpla con determinados requisitos de validez exigidos por ejemplo en la Legislación Civil o Mercantil como fuente de obligaciones, ya que el acuerdo al cual se alude en el presente procedimiento puede ser escrito u oral, y puede aún carecer de carácter vinculante, requiriéndose solamente del intercambio de voluntades entre los participantes y, que además del mismo se desprenda un contenido restrictivo de la competencia para que de esta manera se configure en el tipo de acuerdo prohibido por el artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia”¹⁰³.

- Frente a los argumentos concernientes a la ausencia de unilateralidad, Pro-Competencia ha sostenido que

“El hecho de que se haya acordado el precio con el comprador no exime de responsabilidad a los competidores, pues si su intención era beneficiar con un precio menor al comprador, han podido hacerlo individualmente”¹⁰⁴.

- Frente al argumento que señala que no se puede hablar de cartelización cuando el precio acordado es menor a lo que sería el precio establecido en competencia, la Superintendencia ha sostenido lo siguiente:

√ el evitar un aumento desproporcionado en los precios de las taquillas no es un fin que le corresponda a los periódicos pues esta situación tiene que ver con el desarrollo de la actividad económica de los exhibidores de películas quienes son los que en definitiva definirán el precio al consumidor final¹⁰⁵;

√ el acuerdo perjudica en primer lugar a los exhibidores de películas, al eliminarles la posibilidad de que el precio sea menor que el acordado como producto de la competencia entre los periódicos por captar la información de cine. Adicionalmente, el

103 Véase pág. 12 de la Resolución 017-1996 del 18/07/1996 o caso Prensa.

104 Véase págs. 13 y 17 de la Resolución 017-1996 del 18/07/1996 o caso Prensa.

105 Véase pág. 14 de la Resolución 017-1996 del 18/07/1996 o caso Prensa.

acuerdo en precios priva a los exhibidores de la posibilidad de escoger el mejor precio, entre varias alternativas¹⁰⁶;

- √ si los periódicos lucharan por la exclusividad en la publicación, esto se traduciría en un precio competitivo, y de no existir el acuerdo, se desarrollaría la competencia entre los periódicos, la cual puede manifestarse como el esfuerzo de acaparar la exclusividad de algún cliente o la colocación de precios más bajos que los de los competidores (siempre y cuando estén por encima de sus costos) en la búsqueda de mayores beneficios¹⁰⁷;
 - √ la competencia, es finalmente, el esfuerzo por captar clientes compitiendo en precios o en otras variables de comercialización¹⁰⁸;
 - √ ante la uniformidad de precios, los exhibidores no disponen de alternativas en la contratación de publicidad ya que los principales periódicos del país ofrecen un precio uniforme para el servicio de publicación¹⁰⁹;
 - √ no es necesario para sancionar un acuerdo que existan precios más altos, sino que basta que exista un precio uniforme como consecuencia de un acuerdo, pues la ley protege la competencia, y ésta se ve afectada cuando los competidores fijan coordinadamente un mismo precio para sus productos¹¹⁰.
- Frente al argumento de que nunca se tuvo la intención de falsear o restringir el ejercicio de la libre competencia, y que por el contrario son actividades que se han desarrollado pensando en beneficio del consumidor final, Pro-Competencia ha señalado que

106 Ídem.

107 Véase págs.14-5 de la Resolución 017-1996 del 18/07/1996 o caso Prensa.

108 Véase pág. 15 de la Resolución 017-1996 del 18/07/1996 o caso Prensa.

109 Véase pág.15 de la Resolución 017-1996 del 18/07/1996 o caso Prensa.

110 Véase pág. 18 de la Resolución 017-1996 del 18/07/1996 o caso Prensa.

“... las prácticas contenidas en el artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se constituyen en prohibiciones de carácter objetivo, en el sentido de que estas conductas forman parte de lo que se ha entendido como prácticas objetivamente prohibidas y será suficiente para que sean consideradas como contrarias al ejercicio de la libre competencia, el que su objeto encuadre en alguno de los supuestos establecidos en la ley. En definitiva, la intencionalidad es un elemento extraño al artículo 10 de la ley, ya que no es un requisito legalmente establecido”¹¹¹.

A modo ilustrativo Pro-Competencia hizo alusión a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia Español que en Resolución del 15.02.94 señaló:

“El rechazo de la alegación formulada por el inculpado de falta de intencionalidad anticompetitiva.... El Tribunal considera que la prohibición contenida en la ley tiene carácter objetivo de modo que el elemento intencional sólo se valorará a los efectos de una posible sanción” (Resolución del 15. 02. 94, Expte. 336/93 del caso Pupilaje de Vehículos. Memoria del Tribunal de Defensa de la Competencia, Madrid, 1994).

- Frente al argumento de la improcedencia del criterio de las violaciones “per se” en materia de cartelizaciones, sobre todo si se trata de castigar una conducta inocua y sin efectos negativos para el mercado, Pro-Competencia ha respondido, a nuestro modo de ver con una redacción muy confusa, lo siguiente:
 - √ aplicar la regla del *per se*, implica no demostrar los efectos dañinos de un acuerdo entre competidores, por dar por sentado que éstos vienen dados implícitamente. De ello se deriva, que basta comprobar la existencia de la conducta para proceder a la sanción, sin tener que verificar el daño que aquella haya ocasionado;
 - √ los acuerdos horizontales o entre competidores, para fijar el precio están prohibidos de forma objetiva por el artículo 10, ordinal 1º, de la Ley. Basta verificar la ocurrencia de los

111 Véase pág. 17 de la Resolución 017-1996 del 18/07/1996 o caso Prensa.

elementos de la prohibición—es decir, la existencia de un grupo de competidores que intercambian su voluntad con el objeto de fijar un precio—, para que proceda la determinación del ilícito. Esta situación no deviene de la regla del *per se*, sino que se ha considerado que los acuerdos entre competidores para fijar el precio son implícitamente anticompetitivos, en tanto competencia implica independencia de acción, por lo que una actuación conjunta entre competidores con la finalidad de fijar precios equivale a deponer la voluntad de competir;

- √ no hay aplicación alguna de la regla del *per se*, sino estricta aplicación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, que prohíbe en su artículo 10, ordinal 1°, los acuerdos de precio entre competidores, por ser una forma de restringir la competencia en los términos del artículo 3° de la Ley.

Pensamos que se trata de una redacción confusa pues afirmar:

Proposición A: “Aplicar la regla del *per se*, implica no demostrar los efectos dañinos de un acuerdo entre competidores, por dar por sentado que éstos vienen dados implícitamente (subrayado nuestro). De ello se deriva, que basta comprobar la existencia de la conducta para proceder a la sanción, sin tener que verificar el daño que aquella haya ocasionado (subrayado nuestro)”¹¹².

No es diferente a afirmar:

Proposición B: “los acuerdos horizontales o entre competidores, para fijar el precio están *prohibidos de forma objetiva* (subrayado nuestro) por el artículo 10, ordinal 1°, de la Ley. Basta verificar la ocurrencia de los elementos de la prohibición (subrayado nuestro)—es decir, la existencia de un

112 Véase Resolución 017-1996 del 18/07/1996 o caso Prensa, pág. 19.

grupo de competidores que intercambian su voluntad con el objeto de fijar un precio—, para que proceda la determinación del ilícito”¹¹³.

3. CONCLUSIONES

Dividiremos en dos grupos nuestras conclusiones sobre el tratamiento de las prácticas y comportamientos colusorios en Venezuela: a) aquellas conclusiones concernientes a la revisión parcial de la literatura sobre algunos de los aspectos más relevantes desde el punto de vista universal, tanto teórico como práctico, y b) aquellas que se refieren al tratamiento, por parte de Pro-Competencia, de tal fenómeno en Venezuela.

Con respecto a la primera parte, la conclusión más importante había sido anunciada al comienzo del artículo y consiste en que existe una importante dificultad: a) para distinguir un comportamiento colusorio, sobre todo uno de tipo tácito, de lo que sería simplemente un comportamiento racional de la firma para adaptarse a las condiciones del mercado, y b) para distinguir las prácticas colusorias que deberían ser consideradas ilegales *per se* de las que deberían ser sometidas al análisis de la *regla de la razón*. En tal sentido, creemos que, respectivamente RICHARD POSNER y ROBERT BORK nos proveen, *grosso modo*, un embrión de respuesta a ambas dificultades¹¹⁴.

En lo referente a la segunda parte, las conclusiones más importantes serían:

1. El derecho de la competencia en Venezuela, al menos durante el período que nos ocupó (1992-2006) se ha nutrido de las fuentes más universales del derecho de la competencia (la americana y la europea), en el sentido de utilizar sus categorías más comunes (las reglas *per se* y *de la razón*; la colusión tácita; los comportamientos

113 Ídem.

114 Decimos “un embrión de respuesta” por creer firmemente que en el derecho de la competencia no existen las respuestas firmes.

- paralelos; el control judicial de las resoluciones administrativas; etc.).
2. Los superintendentes que han dictado el mayor número de resoluciones, han tratado de manera más o menos semejante las prácticas y los acuerdos colusorios.
 3. La extrema dificultad, por no decir la imposibilidad, de la utilización de las pruebas intelectuales en el momento de probar la existencia de una práctica colusoria.

BIBLIOGRAFÍA

- BORK, ROBERT, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. The Free Press, New York, Second Edition, 1993.
- BRAULT, DOMINIQUE, *Droit de la concurrence comparé*. Economica, Paris, 1995.
- COMBE, EMILE, *Cartels et ententes*. PUF, QSJ, Paris, 2004.
- DECOCQ, ANDRÉ & DECOCQ, GEORGES, *Droit de la concurrence interne et communautaire*. Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris, 2002.
- DUMÉZ, HERVÉ. & JEUNEMAÎTRE, ALAIN, *La concurrence en Europe*. Éditions du Seuil, Paris, 1991.
- GIRAUD-TORRES, ARMANDO & CASTRO CORTIÑAS, IGNACIO, *Derecho administrativo de la competencia*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1999.
- GLAIS, MICHEL & LAURENT, PHILIPPE, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*. Presse Universitaire de France, Paris, 1983.
- GUEDJ, ALAIN, *Pratique du droit de la concurrence national et communautaire*. Litec, Paris, 2000.
- HYLTON, KEITH, *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- HOVENKAMP, HERBERT, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. Thomson-West, Hornbook Series, St. Paul, MN, third edition, 2005.

- LEMLEY, MARK & LESLIE, CHRISTOPHER, *Antitrust*. Thomson, Gilbert Law Summaries, Chicago, 10th edition, 2004.
- MOGOLLÓN-ROJAS, IVOR, *Estudios sobre la Legislación Pro-Competencia Venezolana*. Ediciones Liber, Caracas, 2000.
- ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS, *Antitrust, competencia y contencioso administrativo*. Editorial Sherwood, Caracas, 2001.
- POSNER, RICHARD, *Antitrust Law*. The University of Chicago Press, Chicago, Second Edition, 2000.
- SHENEFIELD, JOHN & STELZER, IRWIN, *Antitrust Law: A primer*. The AEI Press, Washington, fourth edition, 2001.
- VISCUSI, W. KIP, VERNON, JOHN & HARRINGTON, JR., JOSEPH, *Economics of Regulation and Antitrust*. D. C. Heath and Company, Lexington, MA, 1992.

