

LA COLUSIÓN TÁCITA EN VENEZUELA: DE POSNER A BAYES

GUSTAVO A. GUEVARA INCIARTE*

GABRIEL A. BELISARIO F.**

RESUMEN¹

En este artículo se aplicó el Teorema de la Probabilidad de las Causas o Teorema de Bayes a las “Prácticas Facilitadoras” desarrolladas por RICHARD POSNER, para conocer cuáles de ellas tuvieron más peso en las resoluciones, sobre prácticas colusorias,

* 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

** Economista de la Universidad de Carabobo (Valencia-Venezuela). Preparador de la asignatura Teoría de Formación de los Precios, Economista Analista de Asuntos Económicos de la Coordinación de Interconexión y Recursos Limitados de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de Venezuela (CONATEL) Contacto: gabrielbelisario@gmail.com

1 Queremos agradecer las importantes sugerencias de los profesores de la Escuela de Economía de la Universidad de Carabobo: FERNANDO MONTILLA, profesor de Teoría de la Probabilidad y de Estadística Aplicada, y ENDER LONGART, profesor de Microeconomía.

producidas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia en Venezuela (Pro-Competencia) durante el período 1993-2003.

Primero se hizo una revisión no exhaustiva de varias teorías sobre la colusión tácita, a saber: TURNER, POSNER, PORTER, BUCCIROSSI y TIROLE. Posteriormente se explicó someramente el Teorema de la Probabilidad de las Causas o Teorema de Bayes y se procedió a aplicar el mismo a las “prácticas facilitadoras” propuestas por RICHARD POSNER y contenidas en las resoluciones en cuestión.

De acuerdo con los resultados obtenidos, las “prácticas facilitadoras” que tuvieron más peso sobre la decisión de Pro-Competencia, en el sentido de concluir en la comisión de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por la ley, fueron: (i) la existencia de prácticas cooperativas entre las firmas, y (ii) el hecho de tratarse de un producto homogéneo.

Otra conclusión importante fue la poca importancia atribuida por Pro-Competencia al análisis del mercado relevante en el momento de concluir sobre una práctica restrictiva de la competencia.

Palabras clave: Derecho de la competencia, colusión tácita, paralelismo consciente, Teorema de Bayes, retaliación, teoría de juegos.

TACIT COLLUSION IN VENEZUELA: FROM POSNER TO BAYES

ABSTRACT

This paper applied Bayes' Theorem to show which “facilitating practices”, a concept developed by RICHARD POSNER, were the most weighted in the rulings of Pro-Competencia about collusive practices in Venezuela from 1993 to 2003.

First, we reviewed the literature on Tacit Collusion, specifically, the TURNER, POSNER, PORTER BUCCIROSSI and TIROLE

theories. Then, we explained Bayes' Theorem and applied it to the rulings of Pro-Competencia about collusive practices. According to our findings, the "facilitating practices" weighted the most were: (i) the cooperative practices among firms and (ii) the fact of standard product.

One of our main conclusions was also that Pro-Competencia paid little attention to the definition of "relevant market" when concluding about a restraint market competition practice.

Key words: *Antitrust Law, tacit collusion, conscious parallelism, Bayes' theorem, retaliation, game theory.*

INTRODUCCIÓN:

¿CÓMO CASTIGAR LA COLUSIÓN?

Un oligopolio se caracteriza por ser una estructura de mercado que está formada por pocas empresas. Sin embargo, esta definición dista de ser exacta, y tendríamos que partir de otras características para obtener un concepto mucho más apropiado.

Empero, la existencia de pocas empresas puede hacer pensar que cada una de las firmas tiene cierto poder de mercado para determinar su nivel de producción y para influir sobre el precio de venta. De igual forma, una de las características fundamentales de este tipo de estructura es la incertidumbre. La influencia que cada firma pueda tener en un mercado hace que las decisiones que ésta tome sean consideradas por el resto de las firmas para tomar sus propias decisiones de producción y precio; más aún, ninguna empresa podría determinar con exactitud cuáles serían las acciones que emprendería el resto.

El hecho de que las decisiones de cada una de firmas afecte de alguna forma a las restantes, aunado a que ninguna de ellas está en capacidad de saber con exactitud las posibles acciones o respuestas que éstas puedan ejercer, permite hablar de la existencia de la interdependencia económica.

Es decir, ninguna empresa puede llevar a cabo una determinada acción creyendo que esto no afectará al resto de las firmas, y mucho menos creer que éstas no responderán de alguna manera a sus propias acciones.

Surge, entonces, el problema fundamental de un mercado oligopólico: ¿Cómo determinar el precio y las cantidades que permite la maximización de los beneficios de las empresas, a sabiendas de que la situación de cada una de ellas se ve afectada por la actuación de las firmas restantes? Una de las formas de resolver este problema es a través de la cooperación entre las firmas, o de lo que en términos económicos se conoce como colusión.

En cualquier mercado, las firmas tienen un incentivo para coordinar sus decisiones y para aumentar sus beneficios colectivos, restringiendo la producción y aumentando los precios del mercado². Planteado esto, los empresarios necesitan mecanismos que les permitan cumplir ese objetivo.

Conociendo la existencia de la interdependencia económica, la colusión se convierte en ese mecanismo que permite el objetivo planteado anteriormente, además de la disminución de la incertidumbre propia de este tipo de mercado. Según LEVENSTEIN y SUSLOW³, la tentación de aumentar los beneficios acordando los precios, ha hecho que las firmas abandonen la competencia feroz con sus rivales por mayores relaciones de cooperación. Continúan dichas autoras señalando que la colusión puede entenderse como aquellos acuerdos que existen entre las empresas para fijar niveles de producción y de precios de forma que esto redunde en un aumento de los beneficios o en un mayor poder para influir sobre las condiciones del mercado, es decir, el objetivo de la colusión estaría dirigido a limitar la competencia entre los participantes del mercado para generar un aumento de los beneficios⁴.

2 Ver ROBERT PORTER, "Detecting Collusion", in *The Center for the Study of Industrial Organization*, Northwestern University. Working Paper #0051. 2001. Disponible en <http://www.wcas.northwestern.edu/csio/wp2004.html>

3 Ver MARGARET LEVENSTEIN & VALERIE SUSLOW, "What Determines Cartel Success?", in *Journal of Economic Literature*. Vol. XLIV, 2006, pág. 43.

4 Ver LEVENSTEIN, M. & SUSLOW, V., *op. cit.*, pág. 45.

Para GUEVARA⁵, las prácticas o comportamientos colusorios pueden tomar varias formas en el sentido de estar dirigidas, por ejemplo a: 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 terceros; 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.

COLOMA⁶ señala que la colusión puede presentarse de dos formas, explícita e implícita. La primera se caracteriza por el hecho de que existe un acuerdo verbal o escrito entre las empresas involucradas, que en la teoría económica se conoce como cartel. Por su parte, la segunda se refiere a aquella colusión que es resultado de estrategias tomadas independientemente por cada una de las empresas, pero que no tienen incentivos para modificar por temor a la reacción que puedan tener las firmas restantes y que pueda generar una disminución de sus propios beneficios.

Por su parte, GONZÁLEZ PORRAS⁷ utiliza nociones más sofisticadas al plantear que la colusión tácita es el resultado de un juego no

5 Ver GUSTAVO GUEVARA INCIARTE, “El tratamiento de las prácticas y comportamientos colusorios en Venezuela (1992-2006): problemas teóricos y prácticos”, en *Revista de Derecho de la Competencia Cedec VIII*, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008, pág. 195. Disponible en el sitio: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/4Guevara.pdf

6 Ver GERMÁN COLOMA, “Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia”, Serie Documentos de Trabajo N° 170, Universidad del CEMA, Buenos Aires, 2000, pág. 1. Disponible en el sitio: <http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/170.pdf>

7 Ver ENRIQUE R. GONZÁLEZ PORRAS, “Análisis del proyecto de ley antimonopolio, antioligopolio y contra la competencia desleal venezolana”, en *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, N° 60, mayo 2006, Caracas. Ver texto completo en <http://www.eumed.net/coursecon/ecolat/ve/2006/egp-monop.htm>

cooperativo que se presenta entre los competidores, es decir, no existe un cartel en el estricto sentido, por tanto no hay un acuerdo previo, verbal ni escrito entre las firmas involucradas.

En términos generales de la teoría económica ortodoxa, los esquemas de colusión, sea tácita o explícita, resultan en una pérdida de bienestar de la sociedad en su conjunto si tomamos como referencia y punto de comparación los resultados que se podrían obtener en un ambiente competitivo. En el primer escenario las cantidades que se llevan al mercado son menores que las ofrecidas en un mercado competitivo, mientras que el precio de venta pasa a ser más alto.

Del concepto de colusión tácita parte la problemática que pretendemos abordar en este artículo. Dado que los esquemas de colusión están generalmente prohibidos, entonces se hace necesario demostrar cuándo se está presentando en el mercado este tipo de conducta anticompetitiva; y aquí surge el primer problema al que se enfrentan las autoridades encargadas de la promoción de la competencia: ¿cómo determinar cuándo está ocurriendo un acto de colusión?

Para el caso de la colusión explícita, la demostración de la existencia del comportamiento colusorio podría ser relativamente sencilla si partimos del hecho de que la autoridad de la competencia tiene simplemente que demostrar la existencia de algún tipo de acuerdo entre las firmas involucradas, tendente a incrementos en los precios, disminución de las cantidades o cualquier otra característica que sea restrictiva de la competencia⁸. Lo mismo no aplica para el caso de la colusión tácita, pues no existe ningún tipo de acuerdo, verbal o escrito, entre las empresas participantes del mercado, lo cual, lógicamente dificultaría, tanto a nivel práctico como teórico, la demostración de la existencia de colusión.

8 Utilizamos la expresión “relativamente sencilla” porque en la vida real, aun tratándose de colusión explícita, podría no ser así. En efecto, la actividad probatoria de la existencia de “algún tipo de acuerdo” podría complicarse cuando dicho acuerdo no consiste, y esto es lo que a menudo sucede, con un contrato formal entre las empresas que coluden. Le toca entonces a la autoridad de la competencia, demostrar que hubo lo que se denomina, en términos de POSNER, un *meeting of minds*, vale decir un acuerdo o concierto de voluntades.

La importancia de este tema radica en el hecho de que las actividades económicas que se alejan de las situaciones de competencia, suelen ser perniciosas para la sociedad y para la forma en cómo se distribuyen los recursos económicos.

Sin embargo, dos interrogantes nos causan mucho ruido: ¿cómo podríamos definir el nivel de competencia necesario dentro de un mercado?, y ¿cuál es exactamente el tipo de competencia que pretenden defender las autoridades antitrust? Ambas preguntas forman parte de los puntos álgidos de nuestro artículo.

En este orden de ideas, el paso siguiente sería definir cuál es el “tipo” de competencia que pretende defender el derecho de la competencia para determinar cuál es la forma en que ella se ve afectada por un acto colusorio.

A pesar de ser considerada por la teoría económica como un marco de referencia, la competencia perfecta, como un fin a alcanzar por las autoridades antitrust, se convierte en una utopía por los mismos supuestos en los que se sustenta. FAUS⁹ nos dice: “Cuando los economistas se percataron de que las condiciones ideales que exige el concepto de competencia perfecta no existían, tuvieron que limitar sus pretensiones y aceptar una concepción de competencia eficaz aún cuando fuese imperfecta”.

El mismo autor nos señala:¹⁰

La competencia que pretende defender el derecho de la competencia, sin embargo, no es cualquier competencia, no es una competencia ilimitada que escape a cualquier tipo de ordenación. La competencia que pretende defenderse es una competencia libre y leal, términos a partir de los cuales los economistas han desarrollado la noción de competencia efectiva, imperfecta pero a la vez eficaz, trasladando a los juristas la responsabilidad de defenderla mediante leyes adecuadas.

9 Ver JORDI FAUS, “Evolución histórica y caracteres básicos del derecho de la competencia”, Publicación de *Faus & Moliner Abogados*, Barcelona, 1997, pág. 6. Disponible en el sitio: http://www.faus-moliner.com/wsc_content/plugins/dgclay/uploads/original/12095708710412.pdf

10 Ver FAUS, JORDI, *op. cit.*, págs. 5-6.

SCHERER en HUGHES y HALL¹¹ define la competencia eficaz como sigue:

Workable competition is a practically achievable condition describing any actual market achieving a reasonable approximation to competitive results. Competition is workable if it provides alternatives to the offerings of any one competitor and if these alternative offerings act as a disciplinary force to prevent the exercise of undue market power. That is, the alternatives must provide effective constraints on the seller's ability to charge supra-competitive prices or offer an inferior service¹²

A pesar de ser ésta el tipo de competencia que busca proteger el derecho de la competencia como disciplina, no significa que se deje de lado al modelo de competencia perfecta. Tal como sostiene POSNER cuando explica algunas de las diferencias y similitudes entre el *Common Law* y el sistema romano-germánico:¹³

El aspecto “teórico” más ambicioso del enfoque económico del derecho ha sido la propuesta de una teoría económica del derecho unificada. En esta teoría se entiende que la función del derecho es facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costos de transacción en el mercado son prohibitivos, “imitar al mercado”, estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles. Un corolario de esta proposición es la teoría económica positiva del *common law* (es decir, el

11 WILLIAM R. HUGHES & GEORGE R. HALL, “Substituting Competition for Regulation”, in *Energy Law Journal*, Vol. 11:243, 1990, pág. 245, nota 9. Disponible en el sitio: http://www.felj.org/elj/Energy%20Journals/Vol11_No2_1990_Substituting_Competition_For_Regulation.pdf

12 “La competencia eficaz es una condición prácticamente alcanzable para describir cualquier mercado actual que logre una aproximación razonable a resultados competitivos. La competencia es viable si ella provee alternativas a la ofertas de cualquier competidor y si estas ofertas alternativas actúan como una fuerza disciplinaria para evitar el ejercicio de un indebido poder de mercado. Es decir, las alternativas deben proporcionar limitaciones efectivas a la habilidad de los vendedores para cobrar precios supracompetitivos u ofrecer un servicio de calidad inferior”. (Traducción nuestra).

13 Ver RICHARD A. POSNER, “El análisis económico del derecho en el *Common Law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo”, en *Revista de Economía y Derecho*, Invierno 2005, pág. 8. Disponible en el sitio: <http://www.upc.edu.pe/bolson/0/16/gru/49/Articulo%201%20Posner.pdf>

derecho de origen jurisprudencial, que es distinto del derecho legislativo, y que abarca importantes campos como...), que se entiende mejor como si los jueces, al desarrollar ese derecho, hubiesen estado intentando conscientemente (lo cual no estaban haciendo) lograr una asignación eficiente de los recursos.

Luego de haber definido someramente el tipo de competencia que pretende proteger el derecho de la competencia, vale mencionar que los actos colusorios, ya sean tácitos o explícitos, son violatorios a las normas competitivas y por tanto deben ser investigados por las autoridades y penados por las leyes correspondientes. Ello quiere decir que investigar si estos actos se sucedieron o no, es deber de las autoridades antitrust.

Existen diversos enfoques en la teoría económica, de cómo deben las autoridades de la competencia tratar los casos de colusión tácita. Estos puntos de vista serán tratados dentro del marco de esta investigación.

En lo correspondiente al caso particular de Venezuela, esta investigación se realizará basándonos en lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referente al sistema socioeconómico del Estado venezolano; la cual establece:

Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, **libre competencia** (subrayado nuestro), protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral...

y en las resoluciones tomadas en Venezuela según la *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, la cual define, en su artículo 3, la libre competencia como sigue:

Artículo 3. A los efectos de esta Ley se entiende por libre competencia, aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio.

En definitiva, haciendo uso de la teoría económica y de las bases legales correspondientes, la problemática que pretendemos abordar y la pregunta que tratamos de responder en esta investigación están orientadas a ¿cuáles son los factores que toma en consideración la **Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Pro-Competencia)** para determinar la existencia de colusión tácita en Venezuela?

I. LA TEORÍA: TURNER *VS.* POSNER

Una de las principales características de un mercado oligopólico es la existencia de interdependencia económica, es decir, ninguna empresa puede tomar una decisión pensando que esto no afectara al resto de las firmas o creer que ella no se verá afectada por las decisiones de las demás. Además, el hecho de no poder anticipar con precisión cuáles serán los posibles comportamientos de las firmas, nos permite afirmar que un mercado oligopólico está caracterizado por el hecho de que todas las decisiones son tomadas en ambientes de incertidumbre.

Ante esta situación, se hace necesario que las empresas participantes en el mercado creen mecanismos que les permitan disminuir la incertidumbre, y, de esa manera, obtener rentas que en mercados competitivos no serían posibles. Un mecanismo con el cual se podría lograr este objetivo, es a través de la colusión.

I.1. ¿QUÉ ES LA COLUSIÓN?

La colusión puede entenderse como todo aquel acto, explícito o tácito, entre dos o más agentes económicos con la finalidad de incrementar los beneficios obtenidos de sus actividades, limitar la entrada de nuevos competidores, fijar precios a niveles distintos a los competitivos, en fin, implementar mecanismos que permitan llevar a cabo actividades cuyos resultados, al menos para aquellos que participan en el acuerdo, sean superiores a los obtenidos en un ambiente competitivo.

Como habíamos señalado anteriormente, según COLOMA¹⁴ la colusión puede definirse como acuerdos entre las empresas, en el sentido de no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo. Dicho incremento puede lograrse a través de diferentes instrumentos, pero tiene la característica común de que trae aparejado un aumento en los precios y una reducción en los volúmenes comerciados respecto de los que registrarían en una situación en la cual las empresas competirían entre sí.

Existen otros conceptos de colusión, que igualmente terminan planteando el incremento de precios y la reducción de la producción como objetivos fundamentales de las prácticas colusorias. BAJARI y SUMMERS¹⁵ sostienen que los actos colusorios son acuerdos, denominados carteles, que realiza un grupo de empresas con el objetivo de limitar la competencia y que redundará en un aumento de los beneficios que superan los obtenidos en ambientes competitivos.

La teoría económica suele clasificar los actos colusorios en dos tipos; explícitos y tácitos. Los primeros se caracterizan porque existe un acuerdo escrito o verbal entre las partes; mientras que en la colusión tácita este tipo de acuerdos no existe; es decir, no hay comunicación entre las partes del acuerdo y el equilibrio de precio y producción es obtenido a través de estrategias que las empresas toman independientemente. En palabras de COLOMA:¹⁶

La teoría económica suele a veces distinguir entre situaciones de colusión explícita y situaciones de colusión tácita. Las primeras implican la existencia concreta de un acuerdo escrito o verbal entre las empresas intervinientes (cartel), en tanto que la segunda tiene lugar en situaciones en las cuales el comportamiento colusivo surge como resultado de estrategias que cada entidad adopta independientemente, pero que confluyen en un equilibrio según el cual a ninguna de las empresas le conviene adoptar una conducta competitiva por temor a desencadenar un cambio en el comportamiento de

14 Ver COLOMA, GERMÁN, *op. cit.*, pág. 1.

15 Ver PATRICK BAJARI & GARRETT SUMMERS, "Detecting Collusion in Procurements Auctions", Working Papers from Stanford University, Department of Economics 2002, pág.1. Disponible en:
<http://www-siepr.stanford.edu/workp/swp01014.pdf>

16 Ver COLOMA, GERMÁN, *op. cit.*, pág. 1.

las otras empresas que traiga aparejada una reducción de sus propios beneficios.

En nuestra introducción, habíamos adelantado tres ideas:

- a. Es reconocido por la teoría económica que los actos colusorios constituyen una violación de las normas de la competencia, por los efectos que estos actos generan sobre el bienestar social, ya que las pérdidas por lo general superan a los beneficios.
- b. Debido a los efectos que este tipo de prácticas suele generar en la distribución de los recursos económicos, es un objetivo de las autoridades antitrust, determinar cuáles son los factores que facilitan que se lleve a cabo una práctica colusoria.
- c. Para el caso de la colusión de tipo explícita, es relativamente sencillo demostrar su existencia¹⁷, si consideramos que la autoridad de la competencia sólo tendría que recabar la información necesaria para saber si hubo o no un acuerdo verbal o escrito entre las partes; por ejemplo, pruebas de alguna reunión entre las empresas que forman parte del acuerdo, una lista de precios que arroje señales a las empresas para determinar cuál será su comportamiento en el mercado, algún tipo de documentación que contenga información sobre la formación del cartel, entre otros.

Ahora bien, un problema mayor surge en el momento de demostrar la existencia de colusión tácita, pues por definición no existe evidencia sobre algún tipo de acuerdo, verbal ni escrito. En palabras de IVALDI, JULLIEN, REY & TIROLE¹⁸, la colusión tácita se define:

17 Ver supra, nota 8 de pág. 218.

18 Ver MARC IVALDI, BRUNO JULLIEN, PATRICK REY & JEAN TIROLE, “The Economics of Tacit Collusion”, Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse, 2003, pág. 4. Disponible en el sitio:

http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf

“Tacit collusion” need not involve any “collusion” in the legal sense, and in particular need involve no communication between the parties. It is referred to as tacit collusion only because the outcome (in terms of prices set or quantities produced, for example) may well resemble that of explicit collusion or even of an official cartel. A better term from a legal perspective might be “tacit coordination”¹⁹

Por su parte, J.M. CHEVALIER²⁰ define la colusión de tipo tácita, como aquella situación donde: “los diferentes productores de una misma rama adoptan un comportamiento idéntico de cara a maximizar los beneficios conjuntos. En este caso no puede ser aducida ninguna prueba de culpabilidad y sólo puede existir una presunción en contra”.

Entonces, dado el escenario de colusión tácita, la autoridad de la competencia se enfrenta a la tarea de demostrar la existencia de este tipo de conductas por parte de las empresas participantes del mercado. Pero, ¿cómo podría demostrar la autoridad antitrust que las firmas están participando en este tipo de actividad, si por definición, no existe prueba de que las empresas hayan concertado o arreglado algún tipo de acuerdo?

Ahora bien, al no existir prueba alguna sobre la ejecución de este tipo de actividades, ¿cómo diferencia la autoridad antitrust una práctica colusoria tácita dirigida a limitar la competencia de un comportamiento racional de las firmas?

Para el caso de la colusión explícita se toman las reglas de lo que RICHARD POSNER²¹ denomina la criminalización de la regla de la fijación de precios. Según el autor esto consiste en combatir los casos de

19 “La colusión tácita no tiene por qué implicar una colusión en el sentido jurídico, y particularmente no es necesaria una comunicación entre las partes. Se denomina colusión tácita porque sus resultados (en términos de precios fijados o cantidades producidas, por ejemplo) pueden parecerse a aquellos de la colusión explícita o incluso a los de un cartel oficial. Un mejor término, desde un punto de vista jurídico, podría ser ‘coordinación tácita’” (traducción nuestra).

20 Ver JEAN MARIE CHEVALIER, *La economía industrial en cuestión*, H. Blume Ediciones, Madrid, 1976, pág. 135.

21 Ver RICHARD A. POSNER, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, pág. 53.

colusión o de conspiración, con las mismas armas que el derecho penal utiliza para tratar los casos propios de dicha área.

La *Sherman Act* adoptó, de acuerdo a JAMES A. RALPH en KEITH HYLTON²², la definición de conspiración propia del derecho penal, la cual está basada fundamentalmente en tres elementos:

- a. Un acuerdo: se debe demostrar la existencia de algún tipo de acuerdo.
- b. La dualidad: el acuerdo debe involucrar al menos a dos personas.
- c. La irrelevancia de la probabilidad del daño: no es necesario probar que las partes cometieron un acto ilegal o que tenían la habilidad para cometerlo; basta que hubieran planeado la comisión de dicho acto.

La aplicación de esta noción de conspiración estuvo, entonces, enfocada en demostrar si existía o no un acuerdo entre los involucrados para limitar la competencia y fijar condiciones en los mercados que permitiesen un aumento en los precios y/o una disminución en los niveles de producción, sin que fuese importante que realmente se hubiese generado dicha variación en precios y cantidades.

Su utilización para tratar los casos de colusión no permitía que las autoridades antitrust pudiesen penalizar los casos de colusión que fuesen de tipo tácito, pues por definición, no existe ningún tipo de comunicación entre las partes, ni un acuerdo verbal o escrito que pudiera ser utilizado como prueba de la confabulación.

Según GUEVARA²³ este problema dio origen al célebre debate *Turner-Posner*, mencionado por muchos libros de derecho de la competencia, y llamado así porque sus protagonistas principales fueron DONALD F. TURNER y RICHARD A. POSNER, los cuales expusieron teorías que han tratado de dar respuesta al dilema de la colusión tácita.

22 Ver KEITH HYLTON, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003, pág. 75.

23 Ver GUSTAVO GUEVARA INCIARTE, *op. cit.*, pág. 197.

I.1.2. LA POSICIÓN DE DONALD TURNER

Uno de los aportes más considerables dentro del estudio de los comportamientos colusorios es el realizado por DONALD TURNER, cuyo fundamento es la existencia de interdependencia económica característica de los mercados oligopólicos. TURNER²⁴ estaba de acuerdo con la posición de RAHL de que el comportamiento paralelo no constituía un acuerdo entre las partes. Dicho autor va más allá y señala que aun si dicho comportamiento paralelo es considerado un acuerdo, no hay razón para considerarlo ilegal.

POSNER²⁵ para explicar la posición de TURNER, la cual según él está basada en la teoría de la interdependencia de la fijación de precios bajo condiciones de oligopolio, resume dicha posición, haciendo una comparación entre lo que sucede en un mercado de estructura competitiva y uno de tipo oligopólico, de la siguiente manera:

- a. En el primero, cada uno de los empresarios toma sus decisiones de producción considerando como referencia al precio que es arrojado por el mercado; éstos venderán todo lo que quieran a ese precio, y nada a un precio mayor. Si el empresario quisiera bajar el precio, no acarrearía ningún problema pues la expansión de sus cantidades a expensas de cada uno de los otros competidores es prácticamente insignificante. Esto implica que el empresario no debe temer a las respuestas del resto de las firmas participantes en el mercado, pues la influencia de las actuaciones del primero pasará desapercibida, debido a que no es capaz de generar cambios significativos por sí solo.
- b. En cuanto a los mercados oligopólicos, se plantea una situación distinta, pues estaríamos tratando con una estructura formada por pocas empresas; en la cual si una de ellas decide bajar los precios para obtener aumentos en su clientela, lo estaría haciendo a costa de reducir la clientela de los otros competidores. Por esta razón,

24 Ver KEITH HYLTON, *op. cit.*, págs. 81-82.

25 Ver RICHARD POSNER, *op. cit.*, págs. 55-56.

ninguna de las empresas puede ignorar el hecho de que sus propias acciones van a originar consecuencias en las otras empresas, y que éstas, a su vez, reaccionarán probablemente tomando acciones retaliativas contra el competidor que redujo los precios por primera vez.

Por esta razón, continúa POSNER, interpretando a TURNER, un vendedor, en un mercado altamente concentrado, estará menos propenso a iniciar una rebaja en los precios que su contraparte en un mercado competitivo, y, por supuesto, la probabilidad de generar una guerra de precios en un mercado oligopólico es menor en comparación a un mercado competitivo.

TURNER, según POSNER, al preguntarse si esta interdependencia oligopolística puede ser vista como una forma de acuerdo que viole la Sección 1 de la *Sherman Act*, considera que se trata de un problema de “definición lingüística”, y que lo más importante es que cuando un competidor en un mercado oligopólico, antes de tomar un curso de acción, toma en cuenta de manera racional, las posibles reacciones de sus competidores frente a sus propias acciones, se está comportando de la misma manera en que un vendedor racional en un mercado de estructura competitiva. En otras palabras, los oligopolistas son interdependientes y toman sus decisiones de precios considerando las reacciones del resto de las firmas, es decir, como si fuese una señal arrojada por el mercado. De allí que TURNER plantee que el comportamiento racional de un oligopolista es exactamente igual al de un competidor, pues el primero sólo está considerando una señal del mercado para tomar sus decisiones de precios, de forma igual que lo hace un competidor.

TURNER, según POSNER²⁶, va más allá y lanza su argumento decisivo: no existe un “remedio judicial efectivo” para castigar la interdependencia oligopolística (la colusión tácita, en términos de POSNER) pues ello equivaldría a prohibir a cada firma involucrada que, en el momento de tomar sus propias decisiones de precios y cantidades, tome en cuenta las probables decisiones de sus competidores. En términos de TURNER

26 Ver RICHARD POSNER, *op. cit.*, págs. 56-57.

“exigir tal comportamiento irracional tendría un cumplimiento virtualmente imposible”.

Para TURNER, no es el comportamiento de las firmas (el cual es inevitable) sino la estructura oligopólica de la industria, la entidad responsable de los resultados obtenidos en los mercados de dicho tipo.

Por tal razón, la única solución sería la disolución de las firmas culpables para constituir firmas más pequeñas; pero para ello no sería apropiado aplicar la Sección 1 de la *Sherman Act*, sino la aplicación de una legislación especial o de la Sección 2 de dicha ley con la acusación de una monopolización conjunta del mercado en cuestión.

En resumen, las dos posibles soluciones planteadas por TURNER para el problema de la interdependencia oligopolística serían:

- a. una orden de las cortes dividiendo a las firmas en firmas más pequeñas que le den al mercado una estructura más competitiva, para lo cual se requeriría una nueva legislación o una aplicación muy particular de la Sección 2 de la *Sherman Act*
- b. establecer una forma de regulación de los precios, administrada por las cortes lo cual convertiría a estas últimas en comisiones reguladoras de servicios, un nivel de intervención que no había sido previsto por los creadores de la *Sherman Act*.

I.1.3. LA POSICIÓN DE RICHARD POSNER

RICHARD POSNER mantiene, por su parte, una posición distinta a la de TURNER; la misma fue expuesta por POSNER en un artículo²⁷ altamente

27 Ver RICHARD POSNER, “Oligopoly and the Antitrust Laws: A suggested Approach”, 21 *Stanford Law Review* 1562, 1969 (citado por Keith Hylton, *op. cit.*, pág. 86, nota 38).

28 “A Theory of Oligopoly”, 72 *J. Pol. Econ.* 44, 1964 (citado por HERBERT HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Thomson-West, Hornbook Series, St. Paul, MN, 2005, third edition, 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.

influido por Georges STIGLER²⁸ (considerado como un punto de ruptura importante en la teoría del oligopolio), y ha sido actualizada y reiterada en el capítulo III de su libro *Antitrust Law*²⁹. El punto fundamental de la misma es que sí es posible aplicar un castigo judicial a las firmas que llevan a cabo prácticas de colusión, sea ésta explícita o tácita.

La teoría del paralelismo consciente de POSNER se diferencia de la de TURNER, en el sentido de que para el primero, si el comportamiento paralelo consciente oligopolístico tiene los mismos efectos generados por un cartel que trata de maximizar los beneficios conjuntos, dicho comportamiento, por más pequeño que sea el grupo, necesitaría, para poder sostenerse, monitoreo y coordinación por parte de las empresas que participan en el mismo.

KEITH HYLTON³⁰ sugiere que la teoría del comportamiento paralelo consciente de POSNER se centra en el logro de la maximización conjunta de los beneficios y rechaza la idea de que dicha maximización conjunta de los beneficios podría ser el resultado de un comportamiento independiente.

En resumen, usando las palabras de HYLTON:³¹

*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*³².

¿Cuál es, entonces, el aporte fundamental del enfoque de POSNER, y en qué consiste el carácter novedoso del mismo?

29 Ver RICHARD POSNER, *Antitrust Law*, págs. 51-100.

30 Ver KEITH HYLTON, *op. cit.*, pág. 86.

31 Ver KEITH HYLTON, *op. cit.*, pág. 86.

32 “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*) está presente. En vista de la necesidad de una coordinación y de una implementación explícitas para mantener una colusión razonablemente estable, la Sección 1 debería aplicarse en este caso”. (Traducción nuestra).

Nuestro autor³³ plantea que debería considerarse el uso del “enfoque económico” para castigar ambos tipos de colusión, tanto la explícita como la tácita, en contraste con el enfoque tradicional legal, basado en obtener la prueba de una conspiración.

Dicho “enfoque económico” funciona en dos pasos, a saber:

- a. Identificar aquellos mercados en los cuales existen las condiciones propicias para la emergencia de una colusión.
- b. Determinar si realmente existe una fijación colusoria de precios en cualquiera de esos mercados.

El propio POSNER hace la observación de que el lector de su trabajo podría preguntarse si la primera etapa es siempre apropiada o necesaria pues ello podría conducir a castigar duramente a una empresa por el sólo hecho de estar presente en un mercado donde la colusión aparentaría ser una estrategia ventajosa. Además, continúa POSNER, si una empresa está coludiendo, ¿por qué preocuparse por el hecho de que las circunstancias en el mercado sean favorables a la colusión?

La respuesta, según dicho autor, es doble:

- a. primero, porque se capacita a las autoridades de la competencia para concentrar sus recursos en aquellos mercados donde dichos recursos tienen la posibilidad de ser usados de manera más productiva, es decir, sólo en aquellos casos donde es posible la colusión;
- b. segundo, porque permite que las conductas ambiguas sean correctamente evaluadas.

Un ejemplo expuesto por POSNER, para explicar esa posible ambigüedad, consiste en el intercambio de información entre los competidores: (i) si dicho intercambio se hace en un mercado donde las condiciones son favorables a la colusión, el mismo podría constituir

33 Ver RICHARD POSNER, *Antitrust Law*, pág. 69.

una persuasiva evidencia de un comportamiento colusorio; (ii) si dicho intercambio se realiza en un mercado donde las condiciones no son favorables a la colusión, podría más bien ser una característica pro-competitiva del mercado en cuestión.

Con respecto a esas condiciones propicias a la colusión, POSNER propone un grupo de 17 condiciones³⁴ que pasamos a describir sucintamente:

1. Mercado concentrado por el lado de la oferta: Tal como sostiene el autor, este es un factor que requiere especial atención, por lo que implica el poder llevar a cabo una medición de la concentración de la oferta. A pesar de que distintos índices nos pueden dar indicios de la forma cómo está estructurado el mercado, no existe un punto a partir del cual podamos afirmar que la colusión se convierte en una estrategia atractiva por parte de las firmas. Además no podríamos tomar a este factor como único determinante, pues el mismo tendría que interactuar con otras características o factores que faciliten la colusión.

2. Ausencia 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.

3. Demanda inelástica para el precio competitivo: Mientras la porción elástica de la demanda no ha sido alcanzada será un atractivo para las empresas que coluden incrementar el precio. Esto es así, porque a medida que dicho precio aumenta, las cantidades se reducen de forma menos que proporcional con respecto al precio, generando un incremento en los ingresos totales y una reducción en los costos debido precisamente a que se producen menos cantidades.

4. La entrada de nuevas empresas lleva un tiempo considerablemente largo: A pesar de que para POSNER este factor está asociado al anterior,

34 Ver RICHARD POSNER, *Antitrust Law*, págs. 69-79.

debido a que cualquier variación en los precios, incentivando la entrada de nuevas empresas al mercado, debería quedar registrada en la función de demanda, el autor lo trata de manera aparte por la ambigüedad que representa. Para POSNER la entrada de nuevas firmas al mercado, incentivadas por altos precios, podría ser la consecuencia más de una fijación colusoria de precios que de un ambiente propiamente competitivo. Esto es así, debido a que posiblemente las empresas que tienen una estructura de costos más elevada ahora pueden participar en ese mercado a un precio alto, algo que con los precios competitivos podría no ser posible.

5. Mercado desconcentrado por el 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.

6. Producto homogéneo: Éste se considera un factor que puede facilitar la colusión por el hecho de que si fueran bienes diferenciados o con un grado de heterogeneidad bastante alto, sería dificultoso para las firmas establecer un único precio para bienes con calidades y características distintas.

7. Productos no durables: Es mucho más difícil coludir en mercados donde se transan bienes durables. Esto es así debido a que cuando un empresario vende una máquina cuya vida útil es de diez años, estaría haciendo un equivalente a diez ventas. Por lo tanto si pierde esa venta, estaría perdiendo diez ventas. Para una firma perder la venta de un bien con estas características es un incentivo para traicionar una posible colusión.

8. Las firmas principales venden en el mismo canal de distribución: Si las firmas que intervienen en la colusión están integradas verticalmente, esto hará más difícil el mantenimiento del acuerdo. Si uno de los miembros del cartel actúa también *aguas arriba* en la cadena productiva, y vende el producto al consumidor final a un precio inferior

al fijado por el cartel, podría no ser posible, para los otros miembros, conocer si dicho competidor vende más barato porque está haciendo trampa o simplemente porque el hecho de estar integrado *aguas arriba* le permite tener costos menores.

9. La competencia por precios es más importante que otras formas de competencia: Si las firmas que participan en un mercado tienen la posibilidad de competir por otras vías distintas al precio, las mismas podrían estar dispuestas a gastar en dicha competencia una cantidad de dinero menor o igual a los beneficios que obtendrían por las mismas. Estas formas de competir podrían ser: la competencia por calidad del producto, las garantías otorgadas al cliente, la rapidez ante la queja de los mismos, entre otros.

10. Elevada proporción de los costos fijos dentro de los costos totales: Por definición las empresas no pueden dejar de cubrir sus costos fijos ante variaciones en la demanda o ante modificaciones de los precios del mercado. Si en un mercado, las firmas poseen una estructura de costos con una proporción muy elevada de costos fijos, éstas tendrían incentivos para coludir fijando precios de ventas más elevados, y protegerse así de eventuales caídas de la demanda.

11. Similares estructuras de costos y procesos de producción: Si las empresas poseen procesos productivos y estructuras de costos similares es mucho más fácil y atractivo intentar llevar a cabo prácticas colusorias.

12. Demanda estática o decreciente en el tiempo: Los acuerdos colusorios son más difíciles de vigilar en aquellos mercados cuya demanda es creciente en comparación con aquellos cuya demanda es estática o decreciente. En el primer caso, si una de las empresas que forma parte del cartel es víctima de una trampa llevada a cabo por el resto, su pérdida de clientes se limitaría a aquella parte de nueva demanda que de acuerdo con la repartición tradicional le habría correspondido. Si la demanda es decreciente o constante, 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 “10” 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.

13. Los precios pueden cambiar rápidamente: El cambio rápido de los precios, implica que las firmas reaccionan de forma rápida ante las acciones del resto de los empresarios, lo que implica que quien llevó a cabo la acción de disminuir el precio, no podrá gozar de los beneficios generados por la misma.

14. Ofertas selladas en las licitaciones: Para los miembros de un acuerdo es mucho más fácil detectar la existencia de trampas, cuando una determinada actividad es adjudicada a través de procesos de licitación mediante el método 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 POSNER³⁵, 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.

15. El mercado es local: Esto podría facilitar que se lleven a cabo prácticas colusorias en dos sentidos. 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*³⁶ imperfecta del grado de

35 Ver RICHARD POSNER, *Antitrust Law*, pág. 78.

36 En el sentido de una variable sustitutiva.

concentración. El segundo aspecto es que mientras más local sea el mercado, menor será el costo de comunicación entre los vendedores sin ser detectados. 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 ostracismo³⁷.

16. 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.

17. Registro de actividades anticompetitivas en la industria: En un mercado donde la colusión es atractiva, es de esperar que exista una larga historia de intentos explícitos de colusión, 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.

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

I.1.4. OTRAS TEORÍAS: PORTER; TIROLE *ET AL.*; BUCCIROSSII.1.4.1. *Robert Porter*

Otro punto de vista para el análisis de las conductas colusorias es el propuesto por ROBERT PORTER³⁸. El autor discute los factores que facilitan o inhiben la colusión así como las circunstancias que hacen posible su detección. Nos advierte PORTER sobre las dificultades de la detección de las acciones colusorias, fundamentalmente por el hecho de que las mismas son generalmente acciones subrepticias³⁹, bien sea porque son ilegales o porque se tiene un particular interés en evitar el conocimiento de su existencia por parte de las eventuales víctimas.

PORTER se refiere concretamente a la existencia de cinco problemas: (i) la detección de la colusión mediante la intervención de las autoridades antitrust o de las víctimas del cartel; (ii) la reducción secreta de los precios (deserción unilateral) por parte de uno de los miembros del cartel; (iii) las condiciones de entrada en el mercado; (iv) la reconciliación de intereses dispares; (v) las respuestas frente a los cambios en las condiciones del mercado.

Veamos:

(i) El primer problema al que hace referencia el autor se refiere a la detección de prácticas colusorias mediante la intervención de las autoridades antitrust o de las víctimas del acto de colusión. Por ejemplo, podría tomarse como evidencia de colusión, la existencia de una queja por parte de los clientes del cartel o la indicación de un miembro disidente del mismo.

Cabe mencionar que las víctimas a las que el autor hace referencia, pueden ser también empresas que no participaron en el cártel pero que se sienten afectadas por las acciones de éste. En ese caso, las autoridades deben ser recelosas en el momento de analizar los hechos pues un acuerdo como un *joint-venture* destinado a realizar I&D, puede ser pro-competitivo y puede afectar a esas empresas que no participaron en el acuerdo.

38 Ver ROBERT PORTER, *op. cit.*

39 Subrepticio = Que se hace o toma ocultamente y a escondidas (DRAE, XXII da dicción).

Otro punto importante cuando discutimos este problema se refiere a los programas de clemencia (*Corporate Leniency Program*) también conocidos como programas de amnistía (*Corporate Amnesty Program*). Los mismos incrementan los incentivos para aquellos disidentes del cartel que suministren información a las autoridades de la competencia.

(ii) El segundo problema está referido a lo que se llamaría deserción unilateral consistente usualmente, por parte de uno de los miembros del cartel, en reducir secretamente los precios irrespetando el acuerdo. PORTER comienza el punto señalando magistralmente *There is no honor among thieves*⁴⁰, y continúa señalando que así como existe un acuerdo para cobrar precios por encima del precio competitivo, existen incentivos para traicionar el acuerdo.

¿De qué depende que un miembro del cartel se atreva a traicionar a sus “socios”? Fundamentalmente de dos cosas: (a) de la posibilidad de que el resto de los miembros del cartel se percaten de su actitud, y (b) de la posibilidad de que se genere un castigo posterior.

En términos de la *Teoría de los Juegos*, si se trata de juegos no repetidos, dado que los miembros del cartel no volverán a interactuar, existe un mayor incentivo para desertar del acuerdo y tomar la recompensa que representa dicha deserción en el presente. Si por el contrario se trata de juegos repetidos (los miembros del cartel interactuaran de nuevo), los incentivos para hacer trampa son menores por el temor a las represalias futuras por parte de los miembros del cartel víctimas de la trampa⁴¹.

Un aspecto importante de este problema consiste en que las víctimas de la trampa (los miembros del cartel), dado que el acuerdo es ilegal, no pueden denunciar a quien la hizo.

40 “El honor no existe entre los ladrones”. (Traducción nuestra). Una versión más castiza expresaría: “Ladrón que roba ladrón tiene cien años de perdón”.

41 Existe, no obstante, una excepción a los juegos repetidos cuando la fecha del último juego (la última interacción) está perfectamente determinada. En ese caso, existirán incentivos para hacer trampa durante último juego. Como hay incentivos para hacer trampa durante el último juego, ¿por qué no hacerla durante el penúltimo? De esa manera, por un proceso de “inducción hacia atrás” (*backward induction*), existirán incentivos para hacer trampas desde el primer juego.

PORTER enumera algunos factores que no viene al caso analizar, tales como: (a) el rol de las asociaciones de comercio, diseminando y compartiendo la información entre los miembros del cartel, lo cual haría más rápida la detección de los tramposos; (b) el rol de los consumidores que llevan las ofertas de un vendedor a otro vendedor para que éste mejore⁴² la oferta inicial; (c) una estructura de precios del mercado en cuestión relativamente simple; etc.

(iii) El tercer problema está relacionado con las condiciones de entrada de nuevas empresas al mercado. Si las empresas que coluden deciden aumentar precios y eso redundaría en un incremento en las ganancias obtenidas, este escenario se convertiría en un incentivo para la entrada de nuevas empresas.

Una forma de erigir importantes barreras a la entrada está constituida por las restricciones gubernamentales y legales que regulan entrada en un mercado.

Otra forma, según PORTER, son las sanciones ilegales impuestas por grupos mafiosos que dominan ciertos mercados y amenazan con usar la violencia en contra de quienes intenten entrar en el mercado.

Una tercera forma estaría constituida por una política de precios predatorios⁴³. Aquellas empresas que no puedan soportar de manera permanente un determinado nivel de precios por estar por debajo de sus costos, estarían obligadas a salir del mercado. Después de la salida de sus competidores, aquella empresa que propició la política de precios predatorios, tratará de subir los precios a un nivel “monopólico” para recuperar las pérdidas sufridas durante la fase de expulsión de los competidores. Por supuesto, la viabilidad de aplicar una política de

42 Este método funciona de la siguiente manera: algunos vendedores se comprometen a reembolsar a aquellos clientes si logran obtener un precio menor al cual se realizó la venta. El comprador tiene interés en buscar si hay ofertas mejores, y si las consigue logra el reembolso de la diferencia, algunas veces con creces, por parte del primer vendedor. Este, a pesar de tener que pagar la diferencia, podría lograr conocer si hay eventuales miembros del cartel que están incurriendo en trampas fijando precios más bajos que el acordado. Los consumidores funcionan en este caso como una policía del cartel cuyo rol es detectar a los tramposos.

43 A los efectos de nuestro artículo, entenderemos por *precios predatorios*, aquellos fijados por una empresa a un nivel inferior a su costo medio variable.

precios predatorios no es para nada evidente, y existe una amplia bibliografía que trata el punto. El aspecto más controversial es que cuando la empresa que expulsó a sus rivales, sube los precios para recuperar las pérdidas, esto atraerá a nuevas empresas al mercado, a menos que exista un grado elevado de barreras a la entrada.

Finalmente, si la entrada es fácil en un mercado y los entrantes no forman parte del acuerdo, esto podría poner en evidencia la existencia del cartel ya que tanto los consumidores como las autoridades de la competencia podrían comparar los precios de aquellos vendedores que son miembros del cartel con los precios de aquellos que no lo son.

(iv) El cuarto elemento que es tomado en consideración por ROBERT PORTER y que permite que se pueda determinar en qué mercado se está aplicando una conducta colusoria, tiene que ver con la existencia de intereses dispares entre los involucrados del acuerdo. El autor plantea que uno de los mayores problemas que afecta a las empresas que coluden, y del cual depende gran parte del éxito de la colusión, es la posibilidad real de reconciliar los intereses dispares.

Siguiendo al autor estos intereses pueden presentarse de diversas formas:

- a. Las firmas adoptaron tecnologías distintas.
- b. Las empresas tienen la disposición de cargar precios distintos al bien que se transa.
- c. Las empresas pueden diferir en su urgencia por obtener los ingresos por concepto de sus actividades, y ello podría ocasionar que carguen tasas de interés diferentes, lo cual dificultaría el acuerdo.

El autor propone que este tipo de problemas podría ser solucionado a través de un sistema de “pagos laterales” entre las empresas para comprar la lealtad de aquellas inconformes con los términos del acuerdo. No obstante, dicho sistema de pagos laterales podría ser de legalidad dudosa. Ello representa un problema pues, tal como lo plantea PORTER, si la lealtad de una empresa no puede ser comprada a través de este

tipo de pagos, existe la posibilidad de que ese miembro “infeliz” del cartel denuncie la existencia del mismo ante las autoridades de la competencia⁴⁴. Adicionalmente, existe la posibilidad de que no sea posible fijar términos contractuales asociados con “pagos laterales”.

(v) El quinto y último problema al que hace referencia el autor tiene que ver con las respuestas que las firmas miembros del cartel deben dar cuando hay cambios en las condiciones del mercado donde actúan. Estos cambios son, fundamentalmente, cambios en los costos y en la demanda.

En efecto, ¿cómo coordinar los cambios en la estrategia del cartel si los miembros del mismo no se pueden comunicar? PORTER plantea una serie de posibles soluciones que las empresas pueden implementar para remplazar la posibilidad de comunicarse entre ellas, lo cual no es siempre posible. Una de esas posibles soluciones podría ser la designación de una firma líder⁴⁵, la cual podría, por ejemplo, anunciar un nuevo precio treinta días antes de la implementación del mismo lo que se haría sólo si las empresas rivales anuncian, a su vez, que lo seguirán. De ese modo, anunciar por adelantado las acciones, podría ser un buen sustituto de las reuniones formales las cuales podrían ser consideradas ilegales y tener elevados costos asociados⁴⁶.

44 Sobre todo si tomamos en cuenta la existencia de los programas de clemencia (*leniency*) o de amnistía (*amnesty*) implementados por las autoridades de la competencia.

45 El leadership de precios es una estrategia de precios que consiste en que en una industria dada, todas las firmas ajustan sus precios al precio de mercado que ha sido anunciado al principio de temporada por la firma líder... Esta práctica revela que existe, sea un acuerdo explícito, sea una colusión tácita entre los diferentes productores. (Ver JEAN MARIE CHEVALIER, *op. cit.*, pág. 144).

46 Un método alternativo de comunicación entre las empresas, no mencionado por PORTER, lo podemos ver en el famoso caso de las aerolíneas americanas, las cuales utilizaron un sofisticado mecanismo para diseminar información sobre los cambios de precios a través de los sistemas computarizados de dichas aerolíneas y de las agencias de viajes. Tal sistema permitía a las aerolíneas preanunciar hábilmente futuros incrementos de precios a través de un *fare basis code* (el “código” de la tarifa) junto con los *footnote designators* (códigos colocados en una nota al pie del billete), vale decir, constituía un modo de comunicación entre las aerolíneas (ver SEVERIN BORESTEIN, “Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case (1994)”, in JOHN KOWA & LAWRENCE WHITE, *The Revolution Antitrust: Economics, Competition and Policy*, Oxford University Press, Fourth Edition, New York, págs. 233-51. Disponible en el sitio: http://www.oup.com/us/pdf/kwoka/9780195322972_09.pdf

Igualmente plantea una pregunta de interés para la investigación. Si las modificaciones de los precios responden a las modificaciones de la demanda y de la estructura de los costos, ¿cómo saber si esta modificación en los precios es consecuencia propia de conductas competitivas por parte de las firmas participantes en el mercado, o si es consecuencia de una actitud colusoria?

I.1.4.2. JEAN TIROLE: ¿CÓMO SE MANTIENE UNA COLUSIÓN? LA RETALIACIÓN Y LA VENGANZA

Tal como se ha mencionado repetidamente, la colusión tácita es un comportamiento que permite a las empresas que lo practican, obtener beneficios supranormales (superiores a los que se obtendrían en un escenario competitivo)⁴⁷. La misma se diferencia de la colusión explícita, en el sentido de que el equilibrio obtenido se logra a través de estrategias que las empresas toman independientemente⁴⁸. Es decir, no existe una comunicación formal entre las empresas o algún tipo de acuerdo que especifique las condiciones de precio o cantidades, tal como lo hace un cartel.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué incentiva a las empresas a no modificar su decisión de precio o cantidades? ¿Cómo se mantiene una colusión de tipo tácita si no existe un acuerdo entre las empresas?

CHAMBERLIN en TIROLE⁴⁹, lo explica por medio de su definición de colusión tácita:⁵⁰

Cada empresa que maximice sus beneficios de forma racional e inteligente percibirá que cuando hay sólo dos o pocos vendedores, cada una de las

47 MARC IVALDI, BRUNO JULLIEN, PATRICK REY & JEAN TIROLE, *op. cit.*, pág. 5.

48 Ver GERMÁN COLOMA, *op. cit.*, pág. 1.

49 Ver JEAN TIROLE, *The theory of Industrial Organization*. Cambridge Mass. The MIT Press, 1988, pág. 240.

50 Por supuesto CHAMBERLIN no utiliza el término de colusión tácita, acuñado muchos años después por RICHARD POSNER; sin embargo, podemos ver que la noción es exactamente la misma.

acciones que lleve a cabo, tendrá efectos considerables sobre sus competidores y sería vano suponer que los mismos acepten sin represalias las pérdidas que sobre ellos puedan recaer. Dado que el resultado final de la reducción de los precios de un vendedor será inevitablemente una disminución de sus propios beneficios, nadie reducirá sus precios, y a pesar de que los vendedores sean completamente independientes, el resultado será el mismo que si hubiera un acuerdo monopólico entre dichos vendedores.

Una de las razones que esboza la teoría económica para responder a la primera pregunta, es que las empresas temen adoptar un comportamiento competitivo que traiga consigo una reducción de los beneficios obtenidos⁵¹. Por ejemplo, ninguna empresa sería capaz de reducir el precio de venta de su producto si ello pudiera desencadenar una guerra de precios, afectando a todas las empresas involucradas en el mercado.

Sin embargo, lo anterior no tiene porque ser siempre así, pues se estaría dando por hecho la imposibilidad de que alguna firma se aleje del camino colusorio. Debemos tomar en consideración otra serie de incentivos que obligan a las empresas a mantenerse dentro del equilibrio. Tal como lo demuestra la teoría de juegos, específicamente el dilema del prisionero, siempre estará presente la tentación de traicionar.

LEVENSTEIN & SUSLOW⁵² sostienen que la literatura sobre los incentivos para hacer trampa en los carteles y sobre cómo dicha trampa puede ser evitada, domina la literatura económica referente a las prácticas colusorias. En efecto, los carteles deben buscar la manera de escaparse del dilema del prisionero: cuando un cartel sube el precio por encima del costo marginal, está creando los incentivos para que alguna de las firmas traicione el acuerdo. Cada firma querrá disminuir el precio fijado por el cartel para aumentar sus cantidades y su participación en el mercado y así aumentar sus beneficios.

Si, en efecto, cada firma actuara de esa manera, la colusión perdería todo sentido. Tal como lo sostiene STIGLER en LEVENSTEIN & SUSLOW⁵³,

51 Ver GERMÁN COLOMA, *op. cit.*, pág. 1.

52 Ver MARGARET LEVENSTEIN & VALERIE SUSLOW, *op. cit.*, págs. 45-6.

53 Ver MARGARET LEVENSTEIN & VALERIE SUSLOW, *op. cit.*, pág. 46.

la tentación de hacer trampa y traicionar el acuerdo, se convierte en la principal fuente de inestabilidad que estaría socavando los intentos de coludir.

Ante esto, es importante conocer cuáles son los mecanismos de castigo que son utilizados por las firmas para el mantenimiento de un equilibrio colusorio, en especial si éste es de tipo tácito. En efecto, si estos castigos no son implementados de manera discreta, pueden convertirse en pruebas de que las empresas están incurriendo en restricciones a la competencia.

La retaliación se refiere a la reacción de las empresas ante el desvío de alguna de las firmas del acuerdo colusorio. Para ser efectiva, la retaliación debe implicar una pérdida de ganancia significativamente alta para la empresa que se ha desviado del acuerdo, en comparación con los beneficios que habría obtenido si se hubiese adherido al mismo⁵⁴.

Una forma sencilla de retaliación consiste en “desmontar” el acuerdo colusorio con la consiguiente restauración del estado competitivo del mercado y de los beneficios normales. Las firmas anticipan, entonces, que los precios colusorios se mantendrán si ninguna de ellas se desvía del acuerdo; sin embargo, si alguna de ellas intenta alcanzar beneficios a corto plazo, reduciendo sus precios, no habrá más colusión en el futuro. Las firmas deberán, entonces, respetar el precio colusorio para que la colusión funcione, y en este caso ésta sería autosostenible⁵⁵.

La colusión operaría de la siguiente forma:⁵⁶ cada una de las firmas confía en las otras para mantener el equilibrio colusorio, pero si alguna se desvía del acuerdo y se aleja del equilibrio, la confianza desaparece y todas las empresas comenzarán a actuar en pro de sus intereses a corto plazo⁵⁷.

Sin embargo, señalan los autores⁵⁸, debe haber vías más efectivas para garantizar una conducta colusoria, vale decir, formas más

54 Ver MARC IVALDI, BRUNO JULLIEN, PATRICK REY & JEAN TIROLE, *op. cit.*, pág. 5.

55 *Ibidem*.

56 *Ibidem*, págs. 5-6.

57 Esta reacción es conocida en la *teoría de juegos* como *trigger* (gatillo).

58 *Ibidem*, pág. 6.

sofisticadas de retaliación que puedan infligir castigos más severos, y, por esa vía, mantener precios colusorios más elevados. Por ejemplo, una retaliación podría incluir una guerra temporal de precios que conduzca a la obtención de beneficios inferiores a los normales durante un determinado lapso de tiempo.

Por otra parte, la multiplicidad de mecanismos colusorios y de retaliación crea un potencial de colusión en muchas industrias. El punto principal consiste en saber cuán amplio es ese potencial, vale decir, cuán creíbles son los mecanismos colusorios y en qué medida es probable que la colusión emerja. En este sentido, señalan nuestros autores⁵⁹, que a pesar de que la teoría ha tocado muchos aspectos referentes a la naturaleza de las conductas tácitamente colusorias, ha dicho poco acerca de si una industria en particular se coordinará o no en un equilibrio colusorio, y en caso de hacerlo, en cuál tipo de equilibrio colusorio lo hará. No obstante, podemos decir que la característica común de los mecanismos de retaliación es que deben ser efectivos impidiendo que las firmas se desvíen del acuerdo, y ello implica dos condiciones:⁶⁰

- a. La pérdida en los beneficios que sufriría una firma desviante debe ser suficientemente elevada para desestimular las desviaciones.
- b. Debe ser del interés de las firmas que se activen los mecanismos de retaliación, una vez que se haya producido una desviación.

La segunda condición, según IVALDI *et al.*⁶¹, es difícil de evaluar pues la retaliación constituye ella misma un fenómeno de equilibrio. Por supuesto siempre existe, como lo habíamos señalado anteriormente la posibilidad de una retaliación como volver a un estado de competencia con beneficios normales menores de los que se habrían obtenido en un escenario de colusión, pero la existencia potencial de

59 *Ibidem.*

60 *Ibidem*, págs. 6-7.

61 *Ibidem*, pág. 7.

dicha sanción podría no ser efectiva en el sentido de que el castigo infligido no sea suficiente para disuadir la desviación de los miembros del cartel. Una retaliación debe involucrar acciones que le generen costos a las firmas desviantes, y si esos costos podrían no ser importantes en el corto plazo de las firmas, al menos deberían afectar los intereses de las firmas potencialmente desviantes en el largo plazo.

Esto nos lleva, entonces, a considerar el hecho de que las firmas en el momento de decidir si se desvían o no del acuerdo, deben considerar, no sólo las consecuencias de sus hechos en el presente, sino también en el futuro.

En términos generales podríamos decir que si la firma participa en un cartel sólo hoy, sin tener que interactuar en el futuro con sus “socios” de hoy, evidentemente los incentivos para desviarse del acuerdo haciendo trampa, serán muy elevados. Si, por el contrario, existe una elevada probabilidad de que encuentre a dichos socios en el futuro, entonces debe temer que éstos puedan implementar represalias para castigar su comportamiento en el pasado. Por ello la firma, antes de desviar debe comparar lo que gana desviándose hoy con lo que pierde⁶² en el futuro por haberlo hecho.

TIROLE⁶³ desarrolla un modelo que trata de dar una respuesta a dicho dilema, en el sentido de que compara ambas magnitudes.

Para ello, TIROLE utiliza la teoría de los juegos repetidos, a horizonte finito o infinito.

Si el horizonte de los juegos repetidos es finito, vale decir, las firmas conocen con precisión hasta qué período van a interactuar, el resultado sería un *equilibrio a la Bertrand*⁶⁴, tal como sería el caso del equilibrio en un juego no repetido (*one shot game*). Ello sucede porque, tal

62 Nos referimos a lo que pierde en sentido amplio, vale decir, tanto a los castigos que recibe por su “mala” acción de hoy como a los beneficios que dejaría de percibir por no seguir interactuando en el cartel.

63 Ver JEAN TIROLE, *The theory of Industrial Organization*. Cambridge Mass. The MIT Press, pág. 247-248).

64 En el sentido de que las empresas tenderán a fijar el menor precio posible, vale decir, en términos teóricos, un precio igual al costo marginal. Ello significa que este equilibrio converge hacia un equilibrio competitivo.

como dijimos en nuestra nota 41 (ver supra, p. 238), cuando la fecha del último juego (la última interacción) está perfectamente determinada, habrá incentivos para hacer trampa durante ese último encuentro. Ahora bien, como hay incentivos para hacer trampa durante el último juego, ¿por qué no hacerla durante el penúltimo? De esa manera, por un proceso de “inducción hacia atrás” (*backward induction*), existirán incentivos para hacer trampas desde el primer juego.

No obstante, señala TIROLE⁶⁵, el panorama cambia dramáticamente cuando el horizonte de los juegos es infinito, o sea, cuando las firmas no conocen la fecha exacta en que van a dejar de interactuar (no conocen la fecha exacta del último juego). Veamos la siguiente desigualdad para “n” empresas, que es la misma expuesta por TIROLE en su texto para sólo dos empresas⁶⁶.

$$\sum_{t=0}^T \delta^t \frac{\Pi^m}{n} > \Pi^m \quad (1)$$

Donde:

Π^m = beneficio monopolístico durante cada periodo.

n = número de firmas en la industria.

δ^t = factor de descuento para el periodo “t”⁶⁷.

En ese caso, si todas las firmas cooperan, y tienen más o menos la misma dimensión, entonces, cada una de ellas recibirá aproximadamente el beneficio monopolístico del cartel dividido por el número de firmas “n”, durante cada uno de los períodos que dure la cooperación. Si una firma se desvía (no coopera) en un período determinado, recibirá el beneficio monopolístico Π^m ese período, pero su actitud elimina toda

65 Ver JEAN TIROLE, *op. cit.*, pág. 245.

66 Ibidem.

67 Si una firma no se enfrenta a ningún riesgo y tiene libre acceso al mercado de crédito con una tasa de interés “R”, el factor de descuento “ δ ” será igual a $1/(1 + R)$.

posibilidad de colusión para los subsiguientes⁶⁸. De esa manera, una firma tendrá incentivos para cooperar si el miembro izquierdo de la desigualdad (1) es mayor que Π^m y tendrá incentivos para desviarse del acuerdo si sucede lo contrario.

Muchos factores influyen en el resultado final en el sentido de si las empresas coluden o no (el número de empresas, el factor de descuento δ , y otros como la homogeneidad del producto, la existencia de barreras a la entrada, las cuotas de participación en el mercado, la transparencia del mercado, la frecuencia de los contactos entre las empresas, etc.). No obstante, uno de los factores más importantes en el modelo de TIROLE es el peso que las empresas otorgan a los beneficios que recibirán en el futuro, los cuales están afectados por el factor de descuento δ . En palabras de IVALDI *et al.*:⁶⁹ “*Collusion is sustainable if and only if firms put sufficient weight on future profits, i.e.; if their discount factor is not too small*”⁷⁰.

I.1.4.3. EL COMPORTAMIENTO PARALELO COMO EVIDENCIA DE COLUSIÓN

PAOLO BUCCIROSSI⁷¹ señala que una de las cuestiones que ha recibido mucha atención en la literatura antitrust es la interrogante sobre si podemos concluir un comportamiento colusorio ilegal por parte de las empresas a partir de la observación de un resultado colusorio.

68 El mecanismo mediante el cual se detiene la colusión para los siguientes periodos, se conoce con el nombre como la “estrategia del gatillo” (*trigger strategy*) dentro de la teoría de los juegos. La misma consiste en que una sola desviación detendrá la cooperación por la reacción de las otras firmas.

69 Ver MARC IVALDI, BRUNO JULLIEN, PATRICK REY & JEAN TIROLE, *op. cit.*, pág. 8.

70 “La colusión es sostenible sólo si las empresas le otorgan la suficiente importancia a los beneficios futuros, vale decir si el factor de descuento δ no es demasiado pequeño” (traducción nuestra) in *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=896723>

71 Ver PAOLO BUCCIROSSI, “Does Parallel Behavior Provide Some Evidence of Collusion?”, in *Review of Law & Economics*, Vol. 2 : Iss. 1, Article 5, 2006, pág. 88. The Berkeley Electronic Press. Disponible en: http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?context=rle&article=1027&date=&mt=MTI1NTY5MDM0MQ==&access_ok_form=Continue

Para el autor la respuesta a esta interrogante es negativa, pues un comportamiento colusorio y un equilibrio colusorio no mantienen entre ellos una relación de causalidad ni necesaria ni suficiente. La literatura de los super-juegos ha demostrado que un acuerdo (o un contrato o una confabulación) no es ni necesario ni suficiente (dado que si es legal no puede ser vinculante) para obtener un equilibrio colusorio. Lógicamente de allí se sigue que aun cuando tengamos la certeza de que un equilibrio es colusorio, ello no prueba de manera irrefutable ni que hubo ni que no hubo un acuerdo o una confabulación.

BUCCIROSSI plantea que no es su intención cuestionar tal resultado. Su objetivo es más bien mostrar que se puede obtener una respuesta distinta si planteamos una interrogante distinta que sería la siguiente: ¿podemos nosotros afirmar que la observación de un equilibrio colusorio contribuye a la formación de una prueba legal de confabulación?

BUCCIROSSI, sostiene que esto sí es posible, y para ello afirma que una prueba legal, por oposición a una prueba lógica (o matemática) sí admite un grado de incertidud. Una presunta violación de la ley estaría legalmente probada si la probabilidad p que el aplicador de la ley le atribuye al evento ilegal es mayor a un umbral s , definido como el estándar de prueba.

Su análisis está basado en el uso de las probabilidades y de lo que en el área, se conoce como el Teorema de Bayes. Adicionalmente define las variables involucradas como sigue:

p = probabilidad de que una presunta infracción se produjo.

I = infracción.

E = evidencia recogida por el tribunal.

e = otro elemento de prueba.

$$p(I/E)$$

Esto nos indica la probabilidad de que una infracción se produjo dada la evidencia recogida por un tribunal. Ahora bien, si se introduce

otro elemento de prueba, podemos decir que contribuye a la formación de la prueba si:

$$p(I / E \cup e) > p(I/E)$$

El mismo elemento de prueba contribuye a la prueba de que la presunta infracción no se produjo si:

$$p(I / E \cup e) < p(I/E)$$

Supongamos que:

e: resultado colusorio

I: acuerdo colusorio

$p(I) = p$: la probabilidad (incondicional) que le otorgamos a un evento I antes de conocer el resultado e

En consecuencia, tenemos que las creencias previas que tiene una corte vienen definidas como:

$p(e/I)$: Probabilidad de un resultado colusorio, dado un acuerdo colusorio

$p(e/non - I)$: Probabilidad de un resultado colusorio dado que no ocurra el acuerdo colusorio

El autor plantea el siguiente supuesto:

Supuesto 1: La probabilidad de un resultado colusorio es más alta si las firmas concluyen un acuerdo colusorio: $p(e/I) > p(e/non - I)$

Del supuesto 1 podemos obtener la siguiente proposición:

Proposición 1: La observación de un resultado colusorio contribuye a la prueba legal de una conducta colusoria si y sólo si el supuesto 1 se cumple.

Entonces dado:

I = evento “las firmas coludieron en el sentido legal”, es decir se llevó a cabo una conspiración o acuerdo

p = probabilidad de “I” antes de la observación del resultado del mercado

e = evidencia de que el resultado es colusorio

Por aplicación del Teorema de Bayes:

$$p(I/e) = \frac{p(I/e)p}{p(I/e)p + p(e/non - I)(1-p)}$$

Entonces; $p(I/e) \geq p$ si y sólo si $p(e/I) > p(e/non - I)$.

Según el autor, la proposición 1 establece que la observación de un resultado colusorio incrementa la probabilidad de que las firmas coludieron en el sentido legal. Esto implica que cualquier hecho indicando que el resultado del mercado es colusorio contribuye a probar la existencia de un acuerdo ilegal.

II. METODOLOGÍA: DOS ENFOQUES

“Podríamos estar equivocados, naturalmente. Lo interesante del análisis anterior es que elegimos la alternativa que parece más probable con base en los datos limitados que tenemos”.

PAUL MEYER⁷²

En esta sección se dará una explicación de la metodología que ha de seguir nuestra investigación. Debemos, primero que todo, aclarar que haremos uso de dos herramientas fundamentales para nuestro análisis: una teórica y la otra de índole probabilístico.

II.1. LA TEORÍA: LA COLUSIÓN DE POSNER

La herramienta teórica está formada por la Teoría de Posner acerca de cómo deben ser tratadas las prácticas facilitadoras. Tal como se dejó sentado en el punto I.1.3⁷³, el planteamiento de POSNER gira alrededor del hecho, de que para que sea efectiva y posible una práctica colusoria, sea

72 Ver PAUL MEYER, *Probabilidades y aplicaciones estadísticas*, Fondo Educativo Interamericano S.A., México, 1973, pág. 42.

73 Ver supra, pág. 229 y ss.

esta tácita o explícita, necesita del monitoreo y de la supervisión de las empresas participantes en dicho acuerdo. Al estar presentes estos elementos, la autoridad de la competencia estaría en capacidad de castigar a las firmas por la comisión de un acto de restricción de la competencia.

Por lo tanto, prosigue POSNER, lo importante no es el hecho de que la colusión sea explícita o tácita, sino que se generó un encuentro de voluntades o mentes entre las empresas participantes en el mercado. Ahora bien, para detectar la existencia de la colusión, el autor plantea que deben ser analizadas un conjunto de características, o como él las denomina, “prácticas facilitadoras”, que coadyuvan a que las prácticas colusorias sean llevadas a cabo. Es importante aclarar que las prácticas facilitadoras sólo contribuyen a la obtención de un equilibrio colusorio, más no se convierten en una evidencia determinante de colusión. Es decir, la evidencia le otorga certeza a la falta cometida por las firmas, mientras que las prácticas facilitadoras sólo facilitan el ambiente para cometer el delito restrictivo de la competencia.

Para los efectos de la aplicación de esta teoría, fueron leídas veinte (20) resoluciones emanadas de la Superintendencia para la Promoción de la Libre Competencia de Venezuela (Pro-Competencia) referentes a casos de colusión. A medida que se leían las resoluciones se iban extrayendo aquellas características que la autoridad de la competencia tomaba en consideración porque facilitaban los ambientes colusorios en cada uno de los mercados analizados, y que, además, eran concordantes con las prácticas facilitadoras propuestas por POSNER.

Debemos, aclarar que sólo hemos considerado estas veinte resoluciones porque era la información disponible para el momento de realizar la investigación. Igualmente debemos aclarar que pudieron haber sido 29 resoluciones en total, pero decidimos sólo hacer uso de aquellas en las cuales las prácticas colusorias no se encontraban solapadas con otras prácticas restrictivas, es decir, resoluciones en las cuales las firmas involucradas no estaban acusadas de haber incurrido, a la vez, en prácticas exclusionarias y/o de abuso de posición de dominio⁷⁴.

74 Referente a la clasificación de las prácticas colusorias en Venezuela, ver GUSTAVO GUEVARA INCIARTE, *Análisis económico de la regulación de la competencia en Venezuela durante el periodo 1992-2006*, Trabajo de investigación para ascender a

II.2. LA PROBABILIDAD: EL TEOREMA DE BAYES

Para entender en qué se basa este teorema, también conocido como el *Teorema de las Probabilidades de las Causas*, procederemos a dar una breve explicación basándonos en lo planteado por MEYER⁷⁵, en su trabajo sobre probabilidad y aplicaciones estadísticas.

Si consideramos que la autoridad de la competencia, para el caso venezolano, Pro-competencia⁷⁶, puede tomar sólo dos posibles decisiones en su resolución (existe o no existe una práctica prohibida por la ley), entonces tendremos la siguiente nomenclatura:

- A. Causas:** cada una de las prácticas facilitadoras definidas por POSNER que coadyuvan a la realización de prácticas colusorias, las cuales definiremos como sigue:

F_1 = Mercado concentrado por el lado de la oferta

F_2 = Ausencia de pequeñas firmas

F_3 = Demanda inelástica para el precio competitivo

F_4 = Dificultad para la entrada de nuevas empresas

F_5 = Mercado desconcentrado por el lado de la demanda

F_6 = Producto homogéneo

F_7 = Productos no durables

F_8 = Las firmas venden en el mismo canal de distribución

F_9 = La competencia por el precio es más importante que otro tipo de competencia

F_{10} = Elevada proporción de los costos fijos dentro de los costos totales

la categoría de profesor titular. Manuscrito no publicado. Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, págs. 109-117 y 178-181.

75 Ver PAUL MEYER, *op. cit.*, págs. 40-43.

76 Para el caso venezolano, la *Ley para proteger y promover el ejercicio de la Libre Competencia* (LPPELC) establece en su artículo 38: “En la resolución que ponga fin al procedimiento, la Superintendencia deberá decidir sobre la existencia o no de prácticas prohibidas por esta ley”.

F_{11} = Similares estructuras de costos y procesos de producción

F_{12} = Demanda estática o decreciente en el tiempo

F_{13} = Los precios pueden cambiar rápidamente

F_{14} = Ofertas selladas en las licitaciones

F_{15} = El mercado es local

F_{16} = Prácticas cooperativas

F_{17} = Registro de actividades anticompetitivas

B. Consecuencia: la autoridad de la competencia, Procompetencia, determinó la existencia de una práctica prohibida por la ley. Dicho evento se definirá como C .

Tomando en consideración nuestra nomenclatura, el Teorema de Bayes quedaría expresado como sigue:

$$P(F_i/C) = \frac{P(C/F_i) P(F_i)}{\sum_{j=1}^{17} P(F_j) \cdot P(C/F_j)} \quad i=1,2,3,\dots,17$$

La fórmula anterior nos da la probabilidad de un F_i particular (una causa) dado que el suceso C ha ocurrido. Es decir, la probabilidad de que alguna de las prácticas facilitadoras haya ocurrido, dada la decisión de Pro-Competencia en el sentido de que se comprobó la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por la ley; o, lo que es igual; ¿cuál es el peso otorgado a una determinada práctica facilitadora en la decisión de Pro-Competencia? En términos de MEYER⁷⁷, lo que realizamos fue un análisis “hacia atrás”. Esto es, dado lo que observamos, la culpabilidad de las firmas en este caso (C), ¿qué tan probable es que haya sido una consecuencia de la práctica facilitadora F_i ?

77 Ver PAUL MEYER, *op. cit.*, pág. 42.

Es imprescindible explicar algunos elementos de la ecuación planteada anteriormente. El denominador de la ecuación;

$\sum_{j=1}^{17} P(F_j) \cdot P(C / F_j)$ expresa la probabilidad de ser hallado culpable por parte de la autoridad de la competencia, y no es más que la probabilidad total de C . Si descomponemos esta probabilidad total, la misma quedaría:

$$P(C) = P(F_1) \cdot P(C / F_1) + P(F_2) \cdot P(C / F_2) + \dots + P(F_{17}) \cdot P(C / F_{17})$$

Esta expresión nos indica, que la probabilidad de que una firma sea hallada culpable por llevar a cabo actividades restrictivas de la competencia, equivale a la suma de los productos de las probabilidades de que se presente en el mercado una práctica facilitadora por la probabilidad de que se haya determinado la culpabilidad de las firmas dada la presencia de la correspondiente práctica facilitadora.

Luego de que determinemos la probabilidad bayesiana de cada una de las prácticas facilitadoras, procederemos a realizar un análisis crítico de las resoluciones emanadas por Pro-competencia y a resaltar algunos alegatos dados por las empresas implicadas en la falta, para explicar el porqué del paralelismo de los precios.

A pesar de que el análisis de probabilidades nos da información relativa sobre la ocurrencia de sucesos aleatorios, y, de forma más generalizada, podríamos hacer inferencias sobre estos sucesos, estamos conscientes de que la población con la que contamos, correspondiente a las veinte resoluciones de Pro-Competencia, es muy reducida como para atrevernos hacer algún tipo de predicción sobre el objeto de estudio. Sin embargo, referente a los resultados obtenidos, y citando a MEYER⁷⁸, a pesar de que podríamos estar equivocados, naturalmente, lo interesante del análisis anterior es que elegimos la alternativa que parece más probable con base en los datos limitados que tenemos.

78 Ver PAUL MEYER, *op. cit.*, pág. 42.

II.3. RESULTADOS

En este aparte procederemos a exponer los resultados obtenidos por la aplicación del Teorema de Bayes a las prácticas facilitadoras expuesta por la teoría de Posner.

La Tabla 1 muestra cuáles fueron las prácticas facilitadoras que estaban presentes en cada una de las resoluciones analizadas en la investigación, vale decir, las características que son explicadas por RICHARD POSNER, y que según el autor crean el ambiente propicio para que se produzcan prácticas cooperativas. Además se observan cuáles de esas características utiliza Pro-competencia para determinar si es factible la existencia de prácticas colusorias. La última columna de la Tabla 1 muestra las probabilidades relativas de cada una de las prácticas facilitadoras (Probab F_i).

La Tabla 2 muestra aquellas resoluciones que fueron tomadas en consideración para la aplicación del Bayes, las cuales son solamente siete del total de veinte. Esto se debe al hecho de que para la aplicación del Teorema de Bayes, los datos utilizados deben ser mutuamente excluyentes, es decir, un caso no debe cumplir con más de una práctica facilitadora. Es conveniente señalar que las probabilidades relativas (Probab F_j) se modifican en la Tabla 2 por el hecho de pasar a considerar sólo siete resoluciones en lugar de veinte.

El lector quizá se pregunte: ¿cuál es la importancia de tomar en cuenta sólo aquellas resoluciones que cumplen con una práctica facilitadora?, ¿qué conclusión podemos obtener de allí?, ¿no limita esto cada vez más la pequeña población que utilizamos?

Es cierto que nuestra población se reduce al tomar sólo estos casos, que son siete del total de veinte, es decir, menos del 50%. Pero si se observa la Tabla 1, se puede apreciar que indistintamente del número de prácticas facilitadoras que se demuestra en cada caso, en la mayoría de ellos se demostró la existencia de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la ley. Igualmente vale mencionar que la resolución referente al caso *Consetra* (Resolución S/N del 29-08-1997) no es considerada para los cálculos, ni para las conclusiones, pues el mismo prescribió debido a que las prácticas violatorias de la ley cesaron antes de que se efectuase la apertura del procedimiento sancionatorio.

TABLA 1
Prácticas facilitadoras y su frecuencia relativa

Prácticas facilitadoras según la teoría de POSNER																					
Año	CASO	F1	F2	F3	F4	F5	F6	F7	F8	F9	F10	F11	F12	F13	F14	F15	F16	F17	N° de prácticas	Culpabilidad	
1993	AGA	X	X			X	X		X	X			X						7	SÍ	
	PREMEX	X					X								X	X			4	SÍ	
1994	ANICAF																X		1	SÍ	
	AVAVIT	X					X										X		3	SÍ	
	VIASA						X												1	SÍ	
	ASOVEMA																		0	SÍ	
1995	LABORAT	X																	1	SÍ	
	AVETRAPE																X		1	SÍ	
	KRAFT																		0	SÍ	
1996	PRENSA						X											X	2	SÍ	
	APROMET	X															X	X	3	SÍ	
1997	CONSETRA*																X		1*		
1999	CONTADOR																X		1	SÍ	
	ING-ARQ						X												1	SÍ	
	CIGAR	X			X		X		X										4	NO	
2000	ELECTRI				X														1	SÍ	
	REFRES	X			X												X		3	NO	
2001	JIENETES				X											X	X		3	SÍ	
2003	CORRUGA				X				X										2	SÍ	
	CEMENTOS	X			X														2	SÍ	
N° de casos que registraron Fi		8	1	0	6	1	7	0	3	1	0	0	1	0	1	2	7	2	40		
PROBAB. Fi		0,20	0,025	0,00	0,15	0,025	0,175	0,00	0,075	0,025	0,00	0,00	0,025	0,00	0,025	0,05	0,175	0,05	1,00		

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

* El caso *Consetra* no es considerado ya que la acción de la Superintendencia prescribió debido a que la práctica violatoria de la ley cesó antes de que se efectuase la apertura del procedimiento sancionatorio, todo ello según lo establecido en el artículo 33 de la LPPELC

TABLA 2
Casos que cumplen con sólo una práctica facilitadora y cálculo del bayesiano

CASOS	F1	F2	F3	F4	F5	F6	F7	F8	F9	F10	F11	F12	F13	F14	F15	F16	F17	N° de prácticas	Culpabilidad
ANICAF																X		1	Sí
VIASA						X												1	Si
LABORAT	X																	1	Sí
AVETRAPE																X		1	Sí
CONTADOR																X		1	Si
ING-ARQ						X												1	Sí
ELECTRI				X														1	Sí
N° de casos que presentaron la Fi.	1	0	0	1	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0	7	
Probab. Fi	0,143			0,143		0,286										0,429		1,000	
P(C/Fi)	1,000			1,000		1,000										1,000			
Prob. Fi*P(C/Fi)	0,143			0,143		0,286										0,429		1,000	
RESULTADO DEL BAYESIANO	0,143			0,143		0,286										0,429			

Fuente: elaboración propia a partir de las resoluciones de Pro-Competencia.

La Tabla 2 nos presenta el cálculo de cada uno de los elementos que conforman la ecuación del teorema de Bayes. Debemos ser cautos con la interpretación de los resultados expuestos en ella pues, como debe recordarse, nos estamos refiriendo a la “probabilidad de las causas”. Veamos, por ejemplo, F_1 , que representa la práctica facilitadora N° 1, correspondiente al hecho de si el mercado es concentrado por el lado de la oferta. Este resultado, 0,143, puede expresarse como la probabilidad de que se haya considerado el hecho de que el mercado es concentrado por el lado de la oferta, una vez que se haya determinado la existencia de una práctica colusoria prohibida por la ley. Es decir, existe 14,30% de probabilidad de que los implicados sean hallados culpables de cometer una práctica prohibida por la ley dada la presencia de la práctica facilitadora N° 1.

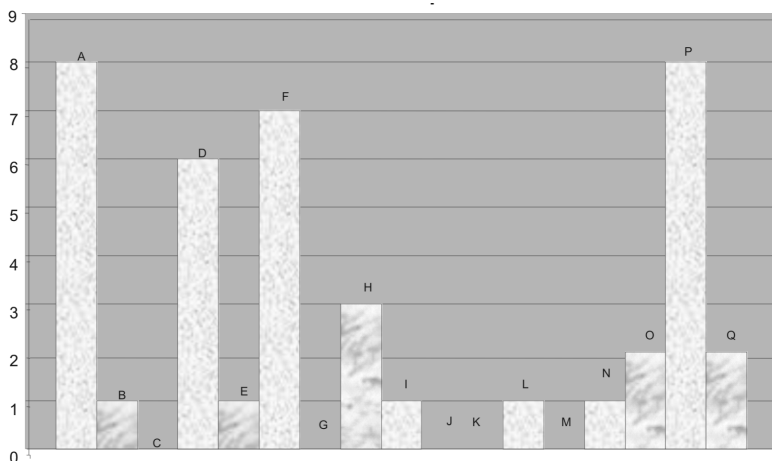
De igual forma podemos observar que las prácticas facilitadoras que tienen un mayor peso son las relacionadas con (i) la existencia de prácticas cooperativas, tales como asociaciones y cámaras (F_{16}) y (ii) la existencia de un producto homogéneo en el mercado (F_6). Los valores respectivos de la probabilidad bayesiana - $P(F_i/C)$ - son 0,429 y 0,286.

Igualmente, podemos obtener ciertas observaciones interesantes basadas en los datos obtenidos a partir de las resoluciones de Pro-competencia, y establecer relaciones que a la postre nos podrían permitir obtener algunas conclusiones.

Una primera observación, está relacionada con el número de veces que alguna de las prácticas facilitadoras descritas por POSNER es considerada por Pro-competencia para el análisis de los casos colusorios. En la figura 1 se observa que las prácticas facilitadoras que presentan un mayor número de ocurrencia son: (i) el hecho de que el mercado esté concentrado por el lado de la oferta y (ii) la existencia de prácticas cooperativas, tales como cámaras, asociaciones, colegios. Por el contrario, otras prácticas facilitadoras *posnerianas* tales como: (i) la demanda inelástica con respecto al precio competitivo, (ii) la durabilidad de los productos, (iii) la proporción elevada de los costos fijos con respecto a los costos totales, (iv) las estructuras de costos semejantes y (vi) la rapidez con la que cambian los precios dentro del

mercado, no fueron variables o prácticas facilitadoras consideradas por Pro-Competencia en el momento de realizar sus análisis.

FIGURA 1
Nº de ocurrencias de las prácticas facilitadoras



Prácticas facilitadoras

- A = Mercado concentrado por el lado de la oferta (F_1).
- B = Ausencia de pequeñas firmas (F_2).
- C = Demanda inelástica para el precio competitivo (F_3).
- D = Dificultad para la entrada de nuevas empresas (F_4).
- E = Mercado desconcentrado por el lado de la demanda (F_5).
- F = Producto homogéneo (F_6).
- G = Productos no durables (F_7).
- H = Las firmas venden en el mismo canal de distribución (F_8).
- I = La competencia por el precio es más importante que otro tipo de competencia (F_9).
- J = Elevada proporción de los costos fijos dentro de los costos totales (F_{10}).
- K = Similares estructuras de costos y procesos de producción (F_{11}).
- L = Demanda estática o decreciente en el tiempo (F_{12}).

- M = Los precios pueden cambiar rápidamente (F_{13}).
 N = Ofertas selladas en las licitaciones (F_{14}).
 O = El mercado es local (F_{15}).
 P = Prácticas cooperativas (F_{16}).
 Q = Registro de actividades anticompetitivas (F_{17}).

Una segunda observación, extremadamente importante, nos señala que las prácticas facilitadoras que tienen mayor ocurrencia, son aquellas que son relativamente más fáciles de determinar en comparación con el resto. Por ejemplo, se necesita recabar un grado mayor de información para poder determinar la proporción de los costos fijos dentro de los costos totales para cada una de las firmas, o para poder determinar el grado de elasticidad precio de la demanda, que para poder determinar el número de empresas que participan dentro de un mercado, o si éstas pertenecen o no a alguna sociedad o cámara, o si el producto es homogéneo. Esto coincide con lo indicado por BUCCIROSSI⁷⁹ cuando afirma que una prueba directa de una situación de colusión es tan difícil como una prueba directa de un acuerdo colusorio⁸⁰, ya que exige que se cuente con una información sobre los costos y la demanda que raramente está disponible, lo que ocasiona que para identificar la situación del mercado hay que basarse en pruebas indirectas.

Un tercer aspecto que consideramos de especial interés, al que la economía y el derecho de la competencia otorgan un valor especial en el momento de evaluar el comportamiento de los agentes económicos, es el análisis del mercado relevante. Tal como podemos observar en la resolución *Aga* (Resolución 28-1993 del 15-11-1993):

79 Ver PAOLO BUCCIROSSI, *op. cit.*, pág. 90.

80 Debemos aclarar que según el trabajo de este autor una situación de colusión es distinta a un acuerdo colusorio. Afirma el autor (*op. cit.*, pág. 88): “si hemos sido capaces de determinar con certeza un equilibrio colusorio, esto no prueba irrefutablemente que una conspiración (acuerdo) tuvo lugar, o, inversamente, el hecho de que se pueda determinar la existencia de un equilibrio competitivo, no significa que no se haya llevado a cabo una conspiración”. Por lo tanto, podemos concluir que cuando el autor se refiere a equilibrio colusorio, está haciendo referencia al resultado obtenido, el cual se aleja de un resultado competitivo.

La determinación del mercado relevante constituye un paso preliminar en el análisis económico que contribuye a establecer la existencia o inexistencia de una práctica concertada. La posibilidad de que exista un cartel de precios es mayor si el número de competidores es menor pero, para saber cuántos y cuáles son los competidores, es necesario definir primero ese mercado. La definición del mercado relevante en términos de producto y en términos geográficos es crucial.

Siguiendo los *Lineamientos para la Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica* de Venezuela diremos que:

Conceptualmente, el mercado relevante se refiere al grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma (un monopolista hipotético) pueden influir de manera rentable, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia⁸¹.

El análisis del mercado relevante⁸² le permite a Pro-Competencia el análisis de las características presentes en el mercado cuya ausencia podría facilitar la aparición de prácticas colusorias; entre ellas: (i) la posibilidad de sustitución en términos de tiempo y costo del bien o servicio por productos nacionales; (ii) la posibilidad de sustitución por bienes y servicios importados; (iii) la posibilidad para los consumidores, usuarios o proveedores del bien o servicio, de disponer de fuentes actuales o potenciales de oferta o de demanda alternativas de bienes o servicios idénticos o sustitutos; (iv) los costos de transporte y transacción; entre otros.

La Tabla 3 muestra los casos que fueron tratados en el estudio en los cuales no se hizo el análisis del mercado relevante, conjuntamente con la decisión de la autoridad de la competencia sobre su culpabilidad en la práctica en la que estaba presuntamente involucrada.

81 Ver Gaceta Oficial de la República N° 36.819 del 1° de noviembre de 1999, pág. 5.

82 Para un estudio más profundo del mercado relevante, recomendamos la lectura de: HUGO FIGARI, HUGO GÓMEZ & Mario Zúñiga, "Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio", *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, Año 1, N° 1, Primavera 2005, págs. 153-187. Disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/a1n1pri2005.jsp>

En 8 casos de un total de 20 (60%) sobre colusión que tratamos en nuestro artículo⁸³, no se hizo el análisis del mercado relevante; es decir, se dejó de analizar, a través de esta herramienta, aquellas características que podrían haber facilitado prácticas colusorias y que podrían haber sido detectadas gracias al análisis en cuestión. Igualmente, tampoco se analizó el mercado relevante en 6 casos de un total de 7 (85,71%) en los cuales se calculó la probabilidad bayesiana. Sin embargo, los datos observados en la Tabla 3, podrían permitirnos concluir que para Pro-competencia el análisis del mercado relevante no era un elemento indispensable para el análisis de las conductas colusorias, pues como podemos observar, salvo el caso *Consetra* (Resolución S/N del 29-08-1997) que prescribió, en todos los casos en los que no se analizó el mercado relevante, se concluyó en la comisión de alguna práctica restrictiva de la competencia.

TABLA 3
Clasificación de los casos en los que no se analizó el mercado relevante según se haya demostrado o no la existencia de una práctica restrictiva de la competencia

Año	Caso	Realización de análisis de mercado relevante	Se demostró culpabilidad de los implicados
1994	ANICAF	NO	√
	AVAVIT	NO	√
	VIASA	NO	√
	ASOVEMA	NO	√
1995	LABORAT	NO	√
	AVETRAPE	NO	√
	KRAFT	NO	√
1996	PRENSA	NO	√
	APROMET	NO	√
1997	CONSETRA*		
1999	CONTADOR	NO	√
	ING-ARQ	NO	√

* La acción de la Superintendencia prescribió debido a que la práctica violatoria de la ley cesó antes de que se efectuase la apertura del procedimiento sancionatorio, todo ello según lo establecido en el artículo 33 de la LPPELC.

Fuente: elaboración propia a partir de las resoluciones de Pro-Competencia.

83 El caso *Consetra* (Resolución S/N del 29-08-1997) se toma en consideración por tratarse de un caso de colusión, y por lo tanto reviste algún tipo de interés para la

De igual forma, es fundamental que a partir de estas resoluciones podamos establecer si existe algún tipo de metodología o alguna serie de elementos claves que haya sido utilizado por la autoridad en el momento de evaluar cada uno de los casos tratados.

Es preciso mencionar también que no todas las resoluciones mantienen el mismo orden en cuanto a los elementos considerados, pero en términos generales, estos elementos son los mismos a lo largo de las resoluciones estudiadas, con algunas variaciones o cambios de nomenclatura.

- **El procedimiento:** en este aparte, la autoridad reseña de forma resumida, e indicando las fechas de ocurrencia, cada uno de los pasos que se siguen hasta que el expediente llega a manos del superintendente y toma la decisión final. De igual forma se deja por sentado si la apertura del procedimiento que se está llevando a cabo es por oficio o por la denuncia de un tercero interesado.
- **Los hechos:** se reseñan cuáles son las violaciones en la que presuntamente incurrieron las firmas implicadas. En algunas resoluciones pueden tratarse como hechos probados.
- **Alegatos de las implicadas:** este aparte se refiere a cada una de las razones esgrimidas por las firmas según las cuales ellas consideran que no han violado la *Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia*; es decir, están ejerciendo su derecho a la defensa. Pueden existir alegatos de terceros interesados, y los mismos son recurrentes en los casos que se abren por denuncias y no por oficio.
- **El derecho:** en este punto la autoridad de la competencia especifica cuáles son los artículos que están siendo violados por la práctica que las empresas están llevando a cabo. Además de ello, se realiza una comparación entre lo que establece la ley con respecto a lo que se está analizando y a los argumentos utilizados por los implicados para ejercer su defensa.

investigación. Sin embargo, no es considerado al momento de los cálculos porcentuales, pues no existe una decisión definitiva determinando su culpabilidad o inocencia, pues el caso prescribió.

- **Los hechos y sus pruebas, y el análisis del caso:** se especifica cuáles hechos han sido probados a través de la información y las pruebas recabadas por la autoridad de la competencia. En este aparte suele hacerse el análisis del mercado relevante, información importante para la autoridad, pues arroja información de orden económico que da luces acerca del comportamiento de las firmas y que nos puede ayudar a demostrar si en realidad una práctica cualquiera está violando la ley.
- **Decisión, recomendaciones y sanción:** se especifican las conclusiones a las que llegó la Superintendencia. Además se dicta una serie de órdenes que deben cumplir las firmas encontradas culpables por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la ley (usualmente la cesación de dichas prácticas), y además se le impone a dichas firmas una multa o sanción pecuniaria.

III. TRATAMIENTO LEGAL DEL PARALELISMO CONSCIENTE EN VENEZUELA

En este punto daremos una breve explicación de algunos artículos de la *Ley para Promover el Ejercicio de la Libre Competencia* (LPPELC) que son mencionados de forma reiterada en los casos analizados previamente.

Uno de los argumentos sobre los que reposa gran parte de la defensa de las empresas presuntamente implicadas en los casos de colusión analizados, tiene que ver con el efecto que genera sobre el bienestar social la puesta en marcha de dichas prácticas. Dichas empresas alegan que existen algunas actividades, que a pesar de ser consideradas a simple vista como un comportamiento restrictivo de la competencia, debiendo por ende ser prohibidas, pueden, en algunos casos redundar en un aumento del bienestar de la sociedad.

Los artículos que hacen referencia a las prácticas colusorias que deben ser prohibidas por la ley y reprimidas por la autoridad de la competencia, son fundamentalmente el artículo 5 que establece una prohibición general de las conductas, prácticas, acuerdos, convenios,

contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia; y el artículo 10 que prohíbe específicamente las prácticas colusorias, estableciendo de manera detallada cuáles son esas prácticas. Dichos artículos rezan textualmente:

Artículo 5

Se prohíben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia.

Artículo 10

Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para:

1. Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio;
2. Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones;
3. Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores;
4. 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; y
5. 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.

La diferencia entre los artículos 5 y 10 radica en que para la autoridad de la competencia, en el caso del artículo 10, no es necesario que se verifiquen si se generan efectos restrictivos por las prácticas enmarcadas dentro del mismo, pues se supone que el legislador, al especificar cada una de las prácticas restrictivas, pretendió que éstas son implícitamente

violatorias de la ley. Esto es, palabras más, palabras menos, lo que en otras legislaciones se conoce como una prohibición *per se* de un determinado comportamiento.

Por su parte la prohibición general tiene carácter residual en el sentido de que podría ser utilizada para reprimir un comportamiento colusorio no especificado en las prohibiciones particulares del artículo 10. No obstante, en ese caso, se exigiría la demostración de que la práctica que está siendo llevada a cabo por las presuntas infractoras sí está restringiendo el ejercicio de la libre competencia.

Tal como lo expresa la Superintendencia en el caso *Aga* (Resolución N° 28-1993 del 15-11-1993):

Es equivocado argumentar que para configurar una violación a la luz de alguna prohibición particular, como la del artículo 10, ordinal 1°, de la Ley, es necesario comprobar que el supuesto de hecho no sólo se produjo sino que, además, tuvo efectos restrictivos en la competencia. Esta condición es exigida por el artículo 5° (prohibición general) más no por el artículo 10, ordinal 1°. El argumento de las empresas indiciadas pretende establecer por vía interpretativa una condición no impuesta por el legislador.

A los efectos probatorios, para sancionar una práctica incluida dentro de las prohibiciones particulares señaladas en los artículos 6° al 13 de la Ley, no es necesario demostrar sus efectos restrictivos sobre la competencia, pues el legislador le atribuyó tales efectos de antemano. Es de suponer que una vez verificada la práctica no se requiere comprobar sus efectos restrictivos, pues de no ser así hubiera bastado con aplicar la prohibición general, la cual contempla tanto los casos residuales como los comprendidos bajo las prohibiciones particulares.

Otro punto importante de resaltar, es el tratamiento dado por la autoridad venezolana de la competencia al paralelismo consciente. Al respecto sostiene Pro-Competencia en el caso *Premex* (Resolución 02-1993 del 17-05-1993):

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. La sola voluntad unilateral de las

empresas de alinear sus comportamientos en función del comportamiento de la otra no sería suficiente para probar la existencia de la entente. Pero las circunstancias de hecho que rodean el caso concreto pueden constituir un conjunto de indicios que establezcan de una forma convincente la existencia de un intercambio de voluntad consciente y cierta entre competidores. Se ha señalado en otras jurisdicciones, 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...

Debemos enfatizar en este momento la importancia que otorga Pro-competencia al rol de la prueba en el momento de analizar un caso de paralelismo de precios. No basta con observar un comportamiento paralelo de los precios para afirmar que existe un acuerdo entre las firmas. El indicio tiene que ser lo suficientemente fuerte y que unido a otros indicios, permita la formación de una prueba o evidencia.

De la lectura de las resoluciones sobre colusión, podemos notar que la autoridad trata la definición de práctica concertada como un sinónimo de lo que es un paralelismo de precios. Al respecto, veamos lo que establece la resolución *Aga* (N° 28-1993 del 15-11-1993):

Las prácticas concertadas constituyen una modalidad especial de las conductas restrictivas, que se caracterizan por ser tácitas, por carecer de toda formalidad y por demostrarse a través de su ejecución material. Se fundamentan en la cooperación informal entre oferentes, no están basadas en ningún acuerdo precedente, pero afectan significativamente la competencia y, por lo tanto, están incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley Pro-Competencia. Ellas se ejecutan conforme a un plan previamente acordado entre competidores que, sin embargo, no ha sido documentado.

La práctica concertada no supone una manifestación de voluntad claramente expresada, sino más bien una coordinación de acciones asociadas a estrategias comerciales. Constituye una forma de coordinación entre empresas que sin haber llegado a concluir un acuerdo propiamente dicho, sustituyen el riesgo de la competencia por la cooperación práctica e informal entre ellas, de manera consciente. Por ejemplo, si los agentes económicos le anuncian a sus competidores las variaciones de los precios de sus productos, posibilitan que las empresas eliminen por anticipado toda incertidumbre en relación a su futura conducta en los diversos mercados.

Observemos que para el caso venezolano, según lo establecido por Pro-competencia, una práctica concertada mantiene las mismas características de lo que es conocido en la teoría económica como una colusión tácita o paralelismo de precios. El encuentro de voluntades, en términos de RICHARD POSNER, no está claramente expresado a través de un acuerdo, y la autoridad tendría que esperar su ejecución material para actuar en consecuencia.

En el mismo caso de *Aga* se establece que una práctica concertada tiene que cumplir con dos condiciones. Primero, la carencia de una conducta competidora entre las firmas implicadas, y, segundo, la voluntad de éstas de actuar en común. Tal como reza la resolución:

Por lo que se refiere a la presencia de una conducta no competidora, elemento objetivo de la práctica, es menester señalar que además del paralelismo de la conducta de las empresas concertadas, es necesario que exista una cooperación práctica entre ellas. La cooperación práctica se identifica a un acuerdo pero, por tratarse de prácticas concertadas, es indispensable que dicho acuerdo se haya materializado o manifestado en limitaciones concretas a la competencia. Tal cooperación resulta de una comunicación recíproca y previa entre las empresas, consistente en consultas o en el intercambio de opiniones o de informaciones entre los interesados. Basta con que exista una armonización voluntaria y tácita de los comportamientos de las empresas para que exista tal cooperación práctica.

El otro elemento constitutivo de las prácticas concertadas es el intelectual, el cual se manifiesta en la voluntad de los autores del pacto de actuar en forma concertada. Consiste en la “existencia de una cierta voluntad común”, sin que sea necesario que la misma se manifieste en un acuerdo.

CONCLUSIONES

El deseo de las firmas de alcanzar mejores resultados, en términos de beneficios o en términos de obtener una posición de dominio, será siempre un incentivo para la búsqueda de ambientes que impliquen un menor riesgo. La disminución de la incertidumbre, propia de los mercados en los que existe interdependencia económica, es un objetivo claro para las firmas por lo cual podrían aventurarse a establecer pactos y acuerdos, bien sea tácitos o explícitos.

Sin embargo a pesar de que dicha actitud de las firmas podría ser considerada normal, no es menos cierto que la misma produce generalmente un efecto negativo sobre la sociedad pues al eliminar la competencia entre los productores presentes en un mercado, elimina muchos de los incentivos que los estimulan a realizar acciones a favor de los consumidores (precios menos elevados, mayor nivel de producción, mejor calidad de los productos, etc.). Es, entonces, completamente previsible que dicho comportamiento colusorio sea prohibido por las leyes y reprimido por las autoridades de la competencia.

Ahora bien, para el caso de la colusión, como se ha expresado en el marco teórico, la autoridad de la competencia se enfrenta a un gran problema, pues la colusión tácita, que es el tema que nos interesa, ocurre sin que se lleve a cabo algún tipo de acuerdo explícito entre las firmas. Entonces cabría preguntarse: ¿cómo determina la autoridad de la competencia la culpabilidad de una o varias firmas, si no cuenta con la evidencia material necesaria para hacerlo?

RICHARD POSNER, cuyo análisis, se convirtió en la columna vertebral de nuestro trabajo, sostiene que la existencia de colusión, tácita o explícita, no es más que un simple detalle, y que lo realmente necesario es examinar las estructuras del mercado y observar cuáles factores, dentro del mismo, sirven como caldo de cultivo para implementar una práctica colusoria.

Para el caso de Pro-competencia pudimos observar que la misma considera, en sus resoluciones, algunas de las “prácticas facilitadoras” propuestas por POSNER, siendo las más resaltantes por su frecuencia:⁸⁴ (i) la concentración del mercado por el lado de la oferta, (ii) la existencia de prácticas cooperativas, (iii) la presencia de un producto homogéneo y (iv) la dificultad para la entrada de nuevas empresas al mercado.

El teorema Bayesiano aplicado confirmó parcialmente lo expuesto en la Tabla 1. El mismo, a través de la probabilidad de las causas, nos permitió concluir que efectivamente las prácticas facilitadoras expuestas en el párrafo anterior, son las que tienen mayor peso en la probabilidad

84 Ver Tabla 1 y Figura 1.

de detectar la existencia de una práctica restrictiva prohibida por la ley, por parte de Pro-Competencia. Sin embargo, el orden resultó ser distinto:⁸⁵ (i) la existencia de prácticas cooperativas, (ii) la presencia de un producto homogéneo, (iii) mercado concentrado por el lado de la oferta y (iv) dificultad para la entrada de nuevas empresas al mercado.

Otra conclusión interesante es que, a partir de los datos extraídos de las resoluciones de Pro-competencia, se puede observar que el análisis del mercado relevante no fue una constante, a pesar de que dicho análisis es un factor importante, pues el mercado relevante contiene elementos que están en consonancia con lo establecido en la teoría de colusión de POSNER. Sin embargo, los datos disponibles, ciertamente limitados no nos permitieron determinar, sobre la base de los resultados observados, una relación clara entre la resolución dictada por Pro-competencia y el hecho de que se hiciese o no el análisis del mercado relevante, pues independientemente de ello, en la totalidad de los casos analizados para obtener la probabilidad bayesiana⁸⁶, se encontró la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por la ley venezolana.

RECOMENDACIONES

Si algo ha caracterizado a la ciencia económica, al menos desde los trabajos de BENTHAM sobre el *Utilitarismo*⁸⁷, es su deseo de dar una respuesta a la mayoría de los aspectos de la vida, no importando si esto se escapa de la lógica. Lo importante, al menos para la teoría económica neoclásica, es que, con base en supuestos claramente establecidos, se logre hacer inferencias con las herramientas disponibles.

Si queremos en el futuro obtener resultados más contundentes, la población tendría que ser más abundante. Lamentablemente, a pesar de contar con una legislación moderna en lo que a materia de

85 Ver Tabla 2.

86 Ver Tablas 2 y 3.

87 Doctrina según la cual lo que es útil es bueno, y por lo tanto, el valor ético de la conducta está determinado por el carácter práctico de sus resultados.

competencia se refiere, no contamos con un historial suficientemente largo en el tiempo en cuanto a la regulación de conductas restrictivas de la competencia.

Igualmente, sugerimos, para investigaciones futuras, ir más allá de las “prácticas facilitadoras” de POSNER, e incluir el estudio de las evidencias económicas propuestas por el mismo autor⁸⁸, pues ellas podrían constituir verdaderos indicios de la presencia de la colusión tácita.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJARI, PATRICK & SUMMERS, GARRETT, “Detecting Collusion in Procurements Auctions”, Working Papers from Stanford University, Department of Economics 2002, p.1. Disponible en:
<http://www-siepr.stanford.edu/workp/swp01014.pdf>
- BUCCIROSSI, PAOLO, “Does Parallel Behavior Provide Some Evidence of Collusion?” in *Review of Law & Economics*, Vol. 2: Iss. 1, Article 5, 2006. pp. 85-102. The Berkeley Electronic Press. Disponible en:
http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?context=rle&article=1027&date=&mt=MTI1NTY5MMDM0MQ=&access_ok_form=Continue
- CHEVALIER, JEAN MARIE, *La economía industrial en cuestión*. H. Blume Ediciones, 1976.
- COLOMA, GERMÁN, “Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia” Serie Documentos de Trabajo N° 170. Buenos Aires, Universidad del CEMA, 2000.
- FIGARI, HUGO; GÓMEZ, HUGO & ZÚÑIGA, MARIO, “Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio”, *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, Año 1, N° 1, Primavera 2005, pp. 153-87. Disponible en:
<http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/a1n1pri2005.jsp>
- GONZÁLEZ PORRAS, ENRIQUE R., “Análisis del Proyecto de Ley Antimonopolio, Antioligopolio y contra la Competencia Desleal Venezolano”, en *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, N° 60, mayo 2006, Caracas. Ver texto completo en:

88 Ver RICHARD POSNER, *Antitrust Law*, págs. 79-93.

<http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/ve/2006/egp-monop.htm>

GUEVARA INCIARTE, GUSTAVO, “El tratamiento de las prácticas y comportamientos colusorios en Venezuela (1992–2006): problemas teóricos y prácticos”, en *Revista de Derecho de la Competencia Cedec VIII*, 2008. Disponible en:

http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/4Guevara.pdf

GUEVARA INCIARTE, GUSTAVO, *Análisis económico de la regulación de la competencia en Venezuela durante el periodo 1992-2006*. Trabajo de investigación para ascender a la categoría de profesor titular. Manuscrito no publicado. Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, 2009.

HUGHES, WILLIAM R. & HALL, GEORGE R., “Substituting Competition for Regulation”, in *Energy Law Journal*, Vol. 11:243, 1990, p. 245, nota 9. Disponible en el sitio:

http://www.felj.org/elj/Energy%20Journals/Vol11_No2_1990_Substituting_Compensation_For_Regulation.pdf

HYLTON KEITH N., *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

IVALDI, MARC; JULLIEN, BRUNO; REY, PATRICK & TIROLE, JEAN, “The Economics of Tacit Collusion”, Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse, 2003. Disponible en el sitio:

http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf

LEVENSTEIN, MARGARET & SUSLOW, VALERIE, “What Determines Cartel Success?”, in *Journal of Economic Literature*. 2006 March; Vol. XLIV, N° 1, 43-95.

MEYER, PAUL, *Probabilidades y aplicaciones estadísticas*, Fondo Educativo Interamericano S.A., México, 1973.

PORTER, ROBERT, “Detecting Collusion”, in *The Center for the Study of Industrial Organization*, Northwestern University. Working Paper #0051. 2001. Disponible en el sitio: <http://www.wcas.northwestern.edu/csio/wp2004.html>

POSNER, RICHARD A., *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001.

POSNER, RICHARD A., “El análisis económico del derecho en el *Common Law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo”, en *Revista de Economía y Derecho*, Invierno 2005. Disponible en el sitio:

<http://www.upc.edu.pe/bolson/0/16/gru/49/Articulo%201%20Posner.pdf>

TIROLE, JEAN, *The theory of Industrial Organization*. Cambridge Mass. The MIT Press, 1988.

