

Cláusulas complejas

Francisco Agüero Vargas

Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Mayo 2013



Centro de Regulación y Competencia • Facultad de Derecho • Universidad de Chile

Esquema

- ¿Qué facilita la colusión?
- ¿Cómo hacerle *trampa* a la colusión?
- Las cláusulas complejas

Elementos Facilitadores

Elementos facilitadores colusión (1)

- Estructura del mercado
 - Colusión es más factible en mercados concentrados
 - Fácil de establecer, fácil de mantener
 - Empresas simétricas pueden establecer más fácilmente un acuerdo anticompetitivo
- Demanda inelástica / demanda estable
 - El acuerdo es más rentable
 - Disminuyen incentivos a desvío
 - Sólo grandes reducciones de precios logran aumentar la demanda
 - Desvíos son más detectables
 - Costos similares

Elementos facilitadores colusión (2)

- Contactos multi-mercado
 - A medida que se compite en más mercados (o más veces), es más factible coludirse
 - ¿Colusión del transporte aéreo de carga (USA / UE)?
 - Licitaciones eléctricas
- Homogeneidad del producto
 - Ejemplos recientes:
 - Pollos, Ascensores, Vidrio, Vitaminas, Equipos de refrigeración, Pasajes, “plasmas”
- Marcas importan poco
 - Poca lealtad de marca

Elementos facilitadores colusión (3)

- Poca o escasa innovación
 - Se simplifica la fijación de precios
 - Se facilita el monitoreo
 - Homogeneidad no varía
 - Factor calidad desaparece, centrándose empresas en precio
- Asociaciones gremiales
 - Al recopilar información de costos, demanda y capacidades pueden favorecer acuerdos colusivos
 - Dificultad de probar relación entre información e ilegalidad
 - A.G. pueden facilitar el monitoreo de los acuerdos

Incentivos a la trampa

Incentivos a la trampa (1)

- Número de empresas:
 - a mayor número, más difícil monitoreo de acuerdo
- Tamaño de empresas:
 - a medida que disminuye el tamaño, y se controla el monto total vendido, los cambios que hace una empresa pequeña son difíciles de descubrir
- Cambios en la demanda:
 - Si los precios y cantidades varían en respuesta a cambios de la demanda, se vuelve difícil determinar si las ventas de una empresa han caído por razones de demanda o porque un rival ha hecho trampa y se está *robando* los clientes

Incentivos a la trampa (2)

- Productos diferenciados
- Alta lealtad de marca
 - Será difícil robar cuota de mercado a rivales
- Capacidad limitada
 - La empresa que se desvía no tiene capacidad suficiente para apropiarse de todo el mercado

Monitoreo del cartel

- Existen una serie de prácticas que pueden facilitar la colusión
 - Luego, ¿las prohibimos *per se*?
- Cláusula "*meet the competition*" / nación más favorecida (NMF)
 - "*Si compra este producto más barato en otro lugar, le reembolso la diferencia*"
 - El consumidor es quien detecta las desviaciones de los miembros del cartel
 - Por otra parte, cláusula disminuye los incentivos a bajar precios en forma sistemática (guerra de precios)

¿Cómo evitamos el desvío?

- Lograr que sean los consumidores quienes detectan las desviaciones del cartel
 - Es decir, que alguien cobra menos
- En mercados con condiciones estándar, los cartelistas no tienen que negociar
- En mercados «no estandarizados», los miembros deben ponerse de acuerdo
 - Clausulas de protección de precios
 - «Cargos» por transporte
 - Razones precio / calidad si hay productos con calidades distintas
 - Condiciones de crédito
 - Descuentos
 - Servicio post-venta

NMF

- O compradores «*meet or release*», son usados para detectar desvío por el cartel
 - Otra posibilidad es contratar empresa externa (auditora) que revise plantas de producción de todas las empresas, en nombre de AG
- ¿Cómo logramos que un cartel se sostenga en el tiempo?
 - Con prácticas industriales que permitan *sostener* en el tiempo un cartel o colusión tácita
 - Si el cartel sigue las reglas, tendremos estabilidad
 - Puede que el cartel sea un entendimiento de un oligopolio, no explícito, interdependencia oligopólica estratégica, que puede tener un *líder* que sube los precios y el resto lo sigue

NMF

- Cláusula que promete al comprador que si el vendedor le ofrece un descuento a otros compradores, le hará una oferta retroactiva a los compradores que no recibieron el descuento
 - Si todas las firmas de un oligopolio usan MFN, entonces los precios se estabilizan en niveles anticompetitivos, porque los descuentos se ven desincentivados
 - Basta que una empresa ofrezca MFN para que se facilite la colusión:
 - La cláusula NMF es una señal a los competidores de que pueden subir los precios a niveles similares, y que el líder de precios comenzará guerra de precios si no lo siguen, pero que no bajará sus precios si los mantienen altos

NMF

- Estas cláusulas permiten que el beneficiario reciba las *mejores condiciones del mercados...*
 - ¿el consumidor está ganando?
 - Es decir, no está siendo discriminado!
 - La discriminación es una conducta típica del monopolista, por lo que la cláusula NMF iría en la línea de la libre competencia

NMF: lo bueno

- Puede generar eficiencias, lo que explica su habitualidad, su común ocurrencia
- Reduce costos de transacción e información al eliminar la necesidad de buscar la información y negociar reducciones de precio durante la vigencia del contrato
 - Esto es mejor que enfrascarse en largas y complejas negociaciones....
- NMF facilita los ajustes de precios en contratos de largo plazo, respondiendo a los cambios de las condiciones de mercado
- NMF elimina el oportunismo que puede ocurrir en contratos de corto plazo, fomentando contratos de largo plazo, que promueven la inversión y el desarrollo de los mercados

NMF: lo malo

- Cláusulas NMF pueden generar efectos anticompetitivos en ciertos casos
- Si bien la intuición es que generalmente bajan los precios, pueden tener efecto opuesto.
- Si un vendedor da un descuento a un comprador, se obliga a dárselo al resto de los beneficiados por la cláusula NMF
- Eso puede ser una sanción a quienes rebajen el precio a terceros, ya que el costo de hacer un descuento / mejor precio es igual al costo de la rebaja para todos los demás beneficiarios de la NMF
 - Efecto neto puede ser la extensión del beneficio.
 - Reduce los incentivos a menores precios y tienda a mayores precios en el agregado.
 - *"These effects are likely to be most pronounced where there are buyers who, absent the MFC, would have had power to negotiate a lower price, or where there are certain buyers with lesser ability to pay"*

NMF: lo feo

- Pueden facilitar la coordinación de los vendedores
- Si alguien ofrece descuentos a un comprador, se van a detectar los niveles actuales de precio del mercado
 - Luego, la NMF permite que los vendedores sean castigados por descuentos selectivos (no generales), lo que estabiliza los precios y puede llevar a la coordinación de los precios
- La cláusula NMF facilita el monitoreo de precios
 - Restricciones en Derecho Europeo

General Electric / Westinghouse

- *Acuerdo 1963 – 1974*
- Mecanismos MFN («protección de precios») permitían que compañías igualaran los precios de la otra respecto de turbogeneradores
 - Si GE bajaba sus precios a un cliente, pagaba retroactivamente el descuento a cualquier comprador que pagara el precio de lista los últimos 6 meses
- DOJ detecta que baja el nivel de competencia del mercado
- Práctica terminó con acuerdo extrajudicial con DOJ

Contratos de Hollywood

- La Comisión Europea estudia contratos de estudios de cine de EEUU con distintos canales de TV europeos
- La Comisión creía que las cláusulas afectaban los precios de los derechos de transmisión, alineando los precios
- La cláusula NMF da derecho a gozar de los *mejores términos* entre un canal de TV pagada y cualquier canal de TV
- La Comisión Europea creía que la alineación de precios no aparecería si no hubieran cláusulas de NMF
- La investigación se cierra al retirarse la cláusula NMF de todos los contratos

Claúsula Inglesa

- La cláusula inglesa exigía que el comprador informara de cualquier mejor oferta, por lo que podía aceptarla si el vendedor no la igualaba.
- En el caso *Hoffmann-La Roche v Commission*, [1979] ECR 461, se condenó este tipo de cláusula junto a cláusulas de “fidelidad” que ataban a los clientes de Roche y excluían a otros productores de vitaminas
- La cláusula violaba el artículo 81 EC (hoy, 101, TF) ya que otorgaba al vendedor información crítica de la competencia
- Con posterioridad, se permitió este tipo de cláusula si la información entregada no era tan detallada, e incluso está permitida para empresas “no dominantes”
 - Es decir, ahora se la *tolera* para empresas no dominantes

Etyl (Du Pont)

- Caso que involucró a cuatro productores de aditivos para gasolina
- Los dos más grandes habían adoptado 3 prácticas que llevaban a precios supracompetitivos:
 - Esquema de precios de entrega uniformes
 - Anuncios de precios
 - Cláusula NMF
 - El *administrative law judge* y toda la Comisión del FTC afirmaron que las prácticas reducían la competencia y facilitaban la colusión
 - Corte de apelaciones rechazó "*not proved that the firms had adopted these practices with the intent to accomplish tacit collusion.*"
 - Si las prácticas hubieran reducido la competencia, la corte temía que un tests muy vago interfiriera indebidamente en proceso y en actuación de empresas en el mercado

Resolución 43/2012: SMU

- *Estos precios mínimos de reventa se convierten en instrumentos potentes de monitoreo cuando se le suman cláusulas que obligan a igualar las mejores condiciones de compra ofrecidas a un competidor -también denominada en la literatura económica como cláusula de la "nación más favorecida"- en los contratos entre proveedores y supermercados. En efecto, en tales circunstancias, los proveedores sugieren precios a los minoristas y éstos a su vez monitorean los precios de sus competidores. Si estos últimos venden por debajo de los precios sugeridos, cada minorista que ha firmado cláusulas de este tipo pedirá compensación al proveedor. Así, cada minorista se asegura que los proveedores no vendan más barato a sus competidores y que éstos se preocuparán de sostener precios altos en el mercado.*

Guía de Fusiones FNE (2012)

- Efectos coordinados
 - Una operación de concentración puede reducir los niveles de competencia en el o los mercados relevantes cuando facilita o puede hacer más efectivo el comportamiento coordinado de la entidad concentrada con sus competidores.
- Factores
 - *La transparencia en los precios o en las cantidades producidas, o de otros factores que permitan suponer dichas variables;...*
 - *Presencia de una amenaza creíble para el caso de desviación de los términos de la coordinación y una forma rápida de detectar las desviaciones;*

Síntesis

- Al final, para saber si este tipo de cláusula es o no contrario a la competencia, debe mirarse los efectos potencialmente dañinos
 - Este tipo de cláusulas puede hacer reducir el incentivo a engañar al cartel
- Así, cláusulas NMF tienden a mantener estable un acuerdo de precios, otorgando una “solución limpia” al problema de la inestabilidad de los carteles

Gracias

faguero@derecho.uchile.cl

