

PRÁCTICAS COLUSIVAS

ALDO GONZALEZ T.*

RESUMEN

La colusión produce un gran daño al funcionamiento de la economía toda vez que suprime los beneficios propios de la competencia entre empresas, como son disfrutar menores precios y mayor variedad de bienes y servicios. Este artículo analiza la colusión, particularmente desde la perspectiva probatoria. Se distinguen los tipos de evidencia empleados para detectar la existencia de acuerdos colusivos, destacando la importancia de contar con instrumentos –como la inspección directa a las premisas de las empresas y la delación compensada– que permitan obtener pruebas directas de comunicación entre firmas.

ABSTRACT

Collusion harms the performance of the economy because it hinders the benefits of competition, such as lower prices and greater diversity of product and services. This paper analyzes collusion, particularly from the perspective of the evidence required to proof its existence. We distinguish between different types of evidence employed to detect collusive agreements, stressing the importance of instruments –such as dawn raids and leniency– that allows to obtain direct evidence of communication between firms.

La colusión es una práctica en la que empresas que compiten en un mismo mercado, acuerdan subir precios, repartirse el mercado o bloquear el ingreso de nuevos competidores. Dentro de las prácticas colusivas más conocidas se hayan los acuerdos explícitos o carteles, cuyo objetivo es fijar precios, limitar la producción o repartirse el mercado ya sea geográficamente o por tipo de cliente. Se considera que la colusión perjudica el funcionamiento de una economía, pues anula los beneficios propios de la rivalidad y la competencia entre empresas, que es el mecanismo que permite que los consumidores gocen de menores precios, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios que consumen. La colusión es una de las prácticas probablemente más antiguas observadas en los mercados y a la vez una de las más perseguidas a partir del surgimiento de las leyes antimonopolios en el mundo hacia fines del siglo XIX.

* Doctor en Economía de la Universidad de Toulouse. Profesor del Departamento de Economía de la Universidad de Chile.

1. CONCEPTOS BÁSICOS DE LA COLUSIÓN

Si la colusión se ha observado como fenómeno comercial desde muchos años, cabe preguntarse cuál es el mecanismo que lleva a las empresas a dejar de competir y optar por coordinarse. Para entender la racionalidad de la colusión, en el cuadro 1 se representa de modo simplificado las opciones que enfrentan dos empresas que compiten en el mismo mercado. Cada empresa tiene dos posibles opciones: competir o colaborar. Como se observa en la tabla, los beneficios que obtiene cada empresa dependen de la estrategia que ella siga y también de la que siga su competidora. Si las empresas se enfrentan sólo una vez a este juego o interacción, cada una escogerá competir, independiente de lo que haga la otra, produciéndose un equilibrio que denominamos competitivo.

Cuadro 1: Competencia entre dos empresas

Empresa 2		Empresa 1	
Competir	Colaborar	Competir	Colaborar
		20, 20	50, 10
Colaborar	Colaborar	10, 50	40, 40

Ambas empresas están conscientes de que estarían mejor si optaran por colaborar. La competencia por el mercado no es un juego de suma cero. Al disputarse los clientes, las empresas deben bajar precios, lo que si bien favorece a los consumidores, produce una disipación de rentas que reduce los beneficios de las empresas.

El riesgo que corre una empresa con escoger la estrategia de colaborar, es que la otra puede optar por competir y obtener un beneficio más alto. Esta posibilidad de desviarse de la colaboración e incrementar así las ganancias individuales es lo que origina la inestabilidad de la colusión. Una forma de solucionar el problema de desviación es establecer contratos que obliguen a cada empresa a escoger la estrategia que favorece a todas: colaborar. Sin embargo, dichos contratos no son exigibles dada la ilegalidad de los acuerdos colusivos. Un mecanismo alternativo para hacer efectiva la estrategia de colaboración, ante la imposibilidad de establecer contratos, es la interacción repetida en el tiempo entre las empresas. Si éstas se encuentran continuamente en el tiempo, pueden adoptar estrategias, denominadas dinámicas, que las induzcan a optar por la colaboración. Ante el desvío de una empresa, la otra la “castigará” en el futuro, optando por competir por el resto de los periodos. De este modo, al evaluar desviarse, una empresa debe comparar el beneficio de corto plazo de actuar individualmente con el costo de dejar de colaborar en el largo plazo. Como predice la teoría, si las empresas son los suficientemente pacientes, la cooperación será la estrategia que escogerán. Es la expectativa de beneficios de largo plazo producto de la colaboración, la que lleva a las empresas a coludirse.

DAÑO ECONÓMICO DE LA COLUSIÓN

Una industria que opera bajo colusión se considera que es ineficiente desde el punto de vista económico, pues está en un nivel de producción subóptimo. El incrementar la producción del bien y llevarla su nivel competitivo, implicaría una reducción de beneficios de las empresas, lo cual iría en contra del interés colectivo de las mismas. Este accionar conjunto de las empresas viola una de las condiciones del equilibrio competitivo del mercado, donde cada empresa actúa como una entidad individual y maximiza sus propios beneficios. La mano invisible de Adam Smith y sus consecuentes propiedades beneficiosas para la sociedad en términos de producción y precios no se están logrando cuando las empresas se coluden y dejan de competir. Junto con la ineficiencia asignativa que produce la colusión, existen también efectos redistributivos considerados negativos. Los más altos precios pagados por los consumidores se transfieren como rentas sobre normales a la industria, tal como sucede en el monopolio. La evidencia empírica, tanto a nivel anecdótico como de estudios sistemáticos, tiende a confirmar que los carteles tienen como efecto precios más altos para los consumidores.¹

La ineficiencia económica derivada de la colusión justifica la acción de política pública en contra de este tipo de acuerdos, los cuales son considerados ilegales y por lo tanto perseguidos en la mayoría de los países con legislaciones sobre competencia. En los Estados Unidos, la primera ley sobre competencia -Sherman Act (1890) declara ilegal los contratos o acuerdos que restringen el comercio. En la Unión Europea, el artículo 81 del Tratado de Roma, incluye a la colusión dentro de las acciones que afectan el comercio entre estados miembros

La gravedad que se le asigna a la colusión en las diferentes legislaciones se refleja en que es la única acción anticompetitiva que además de contemplar penas económicas es sancionada con prisión. Este es el caso de Australia, Brasil, Canadá, Corea del Sur, Estados Unidos, Inglaterra y Japón entre otros.

COLUSIÓN COMO FALTA PER SE

La colusión en su expresión más organizada, la cartelización, es considerada en la mayoría de los países como acción anticompetitiva per se.² Para sancionarla no es necesario demostrar que el precio fijado es abusivo o que se ha dañado a terceros. Se ha optado por una definición de ofensa per se, pues se considera altamente improbable que el acuerdo en precios entre competidores produzca efectos beneficios en la sociedad.

No es imposible imaginar una situación teórica en donde la colusión entre oferentes sea preferible a la competencia, si en este último caso, el equilibrio conduce a que exista un operador único en el mercado. En tal caso, sería preferible para los consumidores tener un cartel imperfecto, que no sea capaz de coor-

¹ Ver Whinston (2008) y Connor y Bolotova (2005)

² Este es el caso de Estados Unidos, Europa y Australia. En Países como Canadá y Brasil la colusión es juzgada según la regla de la razón.

dinarse en el precio monopolístico que un monopolio que fije tal precio. Este puede ser el caso de industrias que presentan altas economías de escala, o exceso de capacidad, donde no existe un equilibrio competitivo que garantice la viabilidad de más de una firma.

Sin embargo, se estima que tales situaciones son excepcionales y escasas, por lo que se está dispuesto a sacrificar eventuales casos de colusión benéfica por una mayor claridad y facilidad en la aplicación de la regla. La mejor analogía al respecto es el límite de velocidad en carreteras, si bien es posible conducir en forma segura a más de 120 km/h e incluso puede producir ahorro de tiempo, sigue siendo preferible no dejar tal límite máximo sujeto a interpretación.³ El riesgo de dejar dicha práctica a una evaluación según las circunstancias (regla de la razón) es que muchos casos de colusión dañina querrán ser presentados como inocuos o incluso positivos, generando altos costos de litigación y defensa. Tal como lo señala Bork (1978) en su conocida obra sobre política antimonopolios, el dejar los acuerdos en precios sujetos a la regla de la razón, haría compleja e inefectiva la aplicación de la ley en contra de los carteles.

Otra objeción al status de falta per se, viene por el lado de la demostración de daño a la competencia. Consideremos el caso de dos o más empresas, que careciendo de poder de mercado conjuntamente, se coordinan para fijar precios. ¿Existe efecto anticompetitivo por esta colusión? La pregunta que surge es por qué empresas sin poder de mercado, ni siquiera a nivel agregado, van a coordinarse en fijar precios, cuando por definición serían tomadoras de precio. Incluso bajo el supuesto de que no haya poder de mercado, las empresas deberían tener una explicación pro competitiva de por qué fijan precios en forma conjunta y no actúan en forma individual.

2. TIPOLOGÍA DE LA COLUSIÓN

Desde el punto de vista económico existen dos tipos de colusión: la explícita y la tácita. En el primer caso, la colusión se logra por la vía de la comunicación directa entre las empresas. Los carteles constituyen el típico ejemplo de colusión explícita. Estas son organizaciones informales⁴, dado su carácter ilegal en la mayoría de las jurisdicciones, en donde los ejecutivos de las empresas se coordinan para fijar los precios y repartirse el mercado.

En la colusión tácita, las empresas se coordinan en forma indirecta, es decir a través de su comportamiento en el mercado. Esta forma de comunicación incluye señales sobre precios actuales o anuncios de precios futuros. Nótese que en ocasiones no es necesario que exista intercambio de señales entre los actores para lograr la colusión, basta el mutuo entendimiento de que es conveniente para todos el no competir agresivamente.

³ Este ejemplo fue dado por Stigler (1962) quien señaló además que las políticas deben ser diseñadas apuntando a lo frecuente en vez de lo excepcional.

⁴ En algunos países, los carteles de importación son permitidos, y por lo tanto tienen un carácter legal.

A nivel jurídico, la distinción entre colusión tácita y explícita, apunta más bien a la evidencia de que se dispone para calificar un caso como colusión, que a la forma en que las empresas relizaron dicha comunicación. Más adelante se elaborará en más detalle la diferencia entre ambos tipos de definiciones.

IMPORTANCIA DE LA COMUNICACIÓN

Si en principio, la colusión entre empresas puede ser lograda tanto por comunicación directa o indirecta, pues el mecanismo que los induce a cooperar en vez de actuar individualmente es el mismo, entonces ¿Por qué observamos casos en donde las empresas se comunican directamente para coludirse?

Existe en primer lugar un problema de multiplicidad de equilibrios en la colusión. Esto quiere decir que hay más de un precio que puede funcionar como colusivo. Además el precio óptimo de colusión depende de factores tales como niveles de demanda y costos. Si no hay comunicación directa entre las empresas, todas ellas deberían tener algún conocimiento compartido acerca de los valores de los parámetros que determinan el precio de colusión, para lograr la coordinación.

Por otro lado, las empresas no solamente compiten en precio, sino que utilizan otras herramientas de competencia como esfuerzo de venta, promociones, publicidad, etc. La comunicación directa sin duda que facilita el acuerdo cuando hay más variables que inciden en los beneficios de las firmas. Si bien puede existir colusión solo en algunas de las variables (semi colusión) ésta no será tan efectiva en relación al caso que las empresas puedan llegar a acuerdo en un mayor número de estrategias que inciden en la competencia.

La comunicación directa mejora también la estabilidad de la colusión por la vía de facilitar la detección de quienes se desvían del acuerdo. Según lo planteado por Stigler (1964) en su clásico artículo sobre oligopolios, uno de los grandes problemas de la colusión, es evitar que las empresas se desvíen y opten por obtener mayores beneficios en el corto plazo. Dicho problema se exacerba si las empresas tienen información imperfecta acerca del comportamiento de sus rivales o socios en el acuerdo. Ante tal incertidumbre sobre las acciones tomadas por las rivales, es probable que se observen castigos o guerras de precios, las cuales son costosas para las firmas, pues se disipan rentas por la vía de menores precios. Sin embargo, tales guerras son necesarias para mantener la disciplina de los miembros del cartel, tal como lo demuestra el trabajo de Green y Porter (1984).⁵

Si las empresas se comunican y establecen mecanismos para detectar si alguna empresa se ha desviado o no, entonces las guerras de precios no deberían observarse en equilibrio. Según nos reporta la evidencia obtenida en casos de carteles descubiertos en la última década, los carteles crean mecanismos de castigo para quienes se desvían, de modo de evitar el quiebre completo del acuerdo producto del incumplimiento. Por ejemplo, en el cartel de los aminoácidos, las empresas que se desviaban de lo acordado debían compensar a los perjudicados,

⁵ En el modelo de Green y Porter, las empresas no saben si una disminución en su demanda se debe a un shock negativo de demanda o a una desviación de un rival.

comprándoles la cuota de mercado que según el acuerdo le correspondía a éstos últimos.

El caso del instituto del azúcar, reportado en el trabajo de Genesove y Mullin (2001), es un ejemplo de cómo la comunicación directa, que se traduce en reglas escritas de comportamiento, favoreció la colusión entre los miembros de la asociación de comercio del azúcar que operó en Estados Unidos entre 1927 y 1937. La asociación contaba con un código de conducta que normaba la forma en que las empresas debían fijar sus precios. Dentro de las reglas escritas, se establecía que las empresas debían anunciar públicamente sus precios, los cuales debían ser no discriminatorios, es decir uniformes entre clientes. Tampoco se aceptaban descuentos por volumen, ni tratamientos especiales de crédito por contratos de largo plazo.

Un aspecto interesante del caso del instituto del azúcar, es que las reglas fijadas por sus miembros apuntaban a hacer más transparentes los recortes de precios más que a fijar el nivel de precios. Tal como lo señalan los autores del artículo, las reglas fijadas creaban un ambiente que facilitaba la colusión tácita entre sus miembros. Incluso, algo de beneficios de la industria y de eficiencia productiva eran sacrificados en pos de mantener un ambiente de transparencia y uniformidad en los precios. Según señala la teoría, un cartel que discrimina precios podría extraer mayores rentas de sus clientes, sin embargo la discriminación trae como costo la mayor dispersión en precios, lo cual dificulta la detección de quienes se desvían.

Otra de las conclusiones que se obtiene de este episodio, es la naturaleza incompleta del denominado contrato colusivo. Las contingencias no previstas eran abordadas mediante la comunicación directa entre los miembros de la asociación. La adaptación de las reglas a las nuevas circunstancias, sería difícil de lograrse sin una comunicación directa entre las empresas. En este sentido, la comunicación como forma de resolver problemas ante un contrato incompleto, mejora la estabilidad del cartel. Este hecho va en contra de lo predicho por los modelos en las cuales la renegociación del acuerdo, lograda a través de la comunicación directa, debilita los incentivos de las empresas a respetar el acuerdo.⁶

3. PRUEBA DE LA COLUSIÓN

Desde la óptica de la persecución de esta falta, el principal problema consiste en su detección. A diferencia de otras acciones anticompetitivas, la colusión no es observable directamente, ni es siempre evidente de distinguirla de un comportamiento competitivo, ya sea por sus víctimas o por las agencias encargadas de supervisar la competencia.

Existen dos formas de probar la existencia de colusión, la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial. La evidencia de primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos

electrónicos que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. La evidencia circunstancial, por su parte, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume, se explicaría solamente por un acuerdo explícito entre las firmas. En ocasiones, se considera que conductas paralelas tanto en precios como tipos de ofertas o bien negativas de venta serían indicativos de un comportamiento coordinado.

Cualitativamente ambos tipos de evidencia no son equivalentes. Los tribunales tienden a conceder mayor poder probatorio a las evidencias materiales que a las circunstanciales o de comportamiento. La razón se debe a que las primeras despejan dudas más allá de lo razonable acerca de la existencia del cartel, mientras que con las segundas siempre queda lugar a que la conducta supuestamente ilegítima se deba a un comportamiento competitivo.

Como es evidente, las pruebas materiales serán de difícil obtención, pues las empresas tenderán a ocultarlas para no ser inculpadas. Existen dos formas empleadas por las agencias de competencia en el mundo para obtener esta evidencia: (i) Las inspecciones directas y (ii) Los Programas de Amnistía (PA) o delación compensada. En algunos casos, la evidencia es información pública, debido al desconocimiento de los actores que la práctica colusiva es ilegal.⁷

En las inspecciones directas o “*dawn raids*” como se les conoce en inglés, las agencias antimonopolios en conjunto con la policía realizan registros de las sedes de las compañías supuestamente involucradas en un cartel, con el objeto de encontrar evidencia crucial, generalmente documentos, que permitan probar ante un tribunal que las empresas fueron parte de un acuerdo colusivo.

En la delación compensada, son las propias empresas involucradas en el cartel, las que proporcionan a la autoridad las pruebas materiales para probar la colusión. Las empresas aportan la evidencia a cambio de que se anulen las penas que de otro modo obtendrían por el acto ilícito de coludirse.

En la mayoría de los casos ambas herramientas -inspecciones y PA se utilizan en forma conjunta para develar un cartel. La delación de una empresa provee a la agencia de competencia la información inicial necesaria para registrar las sedes del resto de las empresas que se han coludido. En este sentido ambos instrumentos deben ser considerados complementarios y no sustitutos. Según nos señala la teoría, si las empresas no sienten la amenaza de que pueden ser sorprendidas con evidencia inculpatoria en el curso de una investigación, tendrán pocos incentivos a revelarla por medio de acogerse al PA.⁸

Los PA han demostrado muy efectivos como mecanismos de descubrir carteles. Las tasas de casos de carteles detectados y sancionados luego de la introducción de los PA tanto en Europa como en los Estados Unidos se han incrementado notablemente. Hoy en día prácticamente todos los países de la OECD cuentan

⁷ El caso del cartel de bancos en Austria fue descubierto gracias a una información aparecida en la prensa.

⁸ Ver Motia y Polo (2003) y Spagnolo (2004).

⁶ Ver McCutcheon (1997).

con PA en su legislación sobre competencia. En Corea del Sur se cuenta incluso con un sistema de recompensas para hacer más efectiva la deserción y denuncia de los cárteles. En Latinoamérica, Brasil, México y luego Chile ya han incorporado PA para perseguir cárteles.

EVIDENCIA CIRCUNSTANCIAL

Si bien la evidencia basada en el comportamiento de las empresas es más fácil de obtener que las pruebas directas, su problema radica en que ella no siempre nos permite inferir que estamos ante un caso de colusión con un nivel de certeza que sea considerado satisfactorio por un tribunal.

Por ejemplo, el comportamiento paralelo en precios, podría explicarse tanto por que las firmas se han concertado para ajustar sus precios simultáneamente o bien porque algunas de las variables fundamentales del mercado, que son comunes a todas las firmas, como costos o demanda han sufrido variaciones. Más aún, en mercados oligopolísticos en donde existe interdependencia entre oferentes, es esperable que los movimientos en precios de una firma sean seguidos en la misma dirección por el resto de las firmas.

Se debe tener presente que el benchmark competitivo en relación al cual se debe contrastar un comportamiento supuestamente colusivo no es el de competencia perfecta. Bajo este último paradigma, las empresas son tomadoras de precio y su acción individual, no tiene incidencia alguna en el equilibrio final que presente el mercado. En la mayoría de los mercados donde se presentan casos de colusión son mercados de tipo oligopólico, con la correspondiente interdependencia en precios entre los oferentes. En tales industrias, las empresas monitorean constantemente los precios de sus rivales y reaccionan ante cambios en los precios realizadas por una de ellas. Según mencionó Turner (1962), en mercados poco concentrados como los oligopolísticos, si una empresa reduce su precio, esto afectará la demanda percibida por los rivales, los cuales reaccionarán consecuentemente, también bajando sus precios.⁹ Tal reacción será anticipada por las firmas al decidir si expanden su producción o reducen los precios. A esta dependencia entre estrategias de firmas rivales, Turner la denominó interdependencia oligopolística, la cual no sería anticompetitiva pues responde a un comportamiento racional de la empresa. Posner (1969) por su parte, consideró que dicha interdependencia entre empresas era equivalente a la colusión tácita y que una conducta competitiva llevaría a las empresas a fijar sus precios iguales a su costo marginal de producción. Para Posner, la empresa que se comporta competitivamente solo está restringida por su propia función de costos y no por las acciones que emprendan sus rivales.

Hoy en día el debate parece estar zanjado a favor de la postura de Turner. El precio considerado competitivo, al menos desde el punto de vista teórico, es el precio que resulta de la maximización individual de beneficios de cada empresa,

sujeta al comportamiento esperado del resto de las empresas participantes en el mismo mercado. En teoría de juegos, el precio resultante de esta interacción se denomina equilibrio de Nash en precios. Este equilibrio describe una situación en donde ninguna de las empresas que compiten puede elevar sus beneficios cambiando unilateralmente de estrategia. Por esta razón, se le considera consistente con la idea maximización individual de beneficios, en contraposición a la maximización conjunta que sería lo propio de la colusión. Utilizando el ejemplo simplificado presentado en el cuadro 1, vemos que el par de estrategias competir y competir representan el equilibrio de Nash del juego, pues ninguna de ellas incrementa sus beneficios desviándose de tal estrategia. Si bien la definición de equilibrio de Nash como referencia de precio competitivo puede resultar muy abstracta, es la más aceptada al día de hoy entre los economistas.¹⁰

El precio de equilibrio oligopolístico, produce rentas al menos de corto plazo a las empresas, las cuales se explican por las barreras a la entrada, restricciones de capacidad o diferenciación de producto. Sin embargo, dicho precio no puede considerarse ilícito, toda vez que es producto de un accionar individual y no colectivo de las empresas. Si consideramos que no es una falta el que un monopolista, que haya logrado esa posición por vías legítimas, cobre el precio que más le favorezca, tampoco debiera ser ilegal que una empresa parte de un oligopolio, fije el precio que más le convenga, dado el entorno competitivo que enfrenta.

Al momento de distinguir entre un comportamiento competitivo de uno colusivo, los jueces deben ponderar con las pruebas disponibles el error que cometen al sancionar a firmas que no han cometido acto ilícito (Error tipo I) versus el dejar sin castigo a firmas que sí se han cartelizado (Error tipo II). Nótese que en la evaluación de opciones, no solo se considera la probabilidad de que el comportamiento observado sea producto o no de la colusión sino que también se toma en cuenta el daño que se causa al fallar equivocadamente. Mientras menos respaldada esté la hipótesis de la colusión por la evidencia circunstancial, mayor será el error tipo I y menor será la disposición del tribunal a aplicar sanciones. Esto se agrava por el hecho que en muchas jurisdicciones la colusión en precios es considerada como falta criminal, por lo que el requerimiento de no ambigüedad en establecer el delito se hace más patente.

El error tipo I puede ser significativo en casos donde solamente se dispone de evidencia conductual. No solo hay un costo al sancionar a quien no ha cometido falta sino que también se puede afectar negativamente el funcionamiento de mercados que operan en forma competitiva. La crítica generalmente hecha por economistas a este problema es cómo pedirle a las empresas que se comporten no "colusivamente", cuando ellas han actuado siguiendo su interés individual.

Si sabemos cómo determinar el precio competitivo en un mercado y también sabemos que el precio colusivo debiera ser aquel que resulte de la maximización

⁹ La respuesta en precios de una firma ante cambios en el precio de una firma rival se le conoce en teoría de juegos como función de reacción o función de respuesta óptima.

¹⁰ Ver Werden (2004)

conjunta de beneficios entre las empresas, ¿Podemos a través de los datos de precios y cantidades observadas, saber cuál de los dos precios es el que se observa en una industria? Empíricamente es posible testear el grado de competencia que existe en un mercado. Existen diversas técnicas destinadas a medir el ejercicio de poder de mercado, que permiten extraer los denominados parámetros de conducta de las empresas e indicarnos si éstas se acercan más a un equilibrio competitivo o a uno colusivo.

Esta tarea no está exenta de dificultades que pueden ser fuente de errores. En primer lugar no siempre hay disponibilidad de información relevante, como volúmenes de venta y precios de transacción. Los costos de producción por su parte, se consideran variables no observables directamente y deben ser inferidas a través de los precios de insumos.

Adicionalmente, los resultados pueden ser altamente dependientes de las especificaciones hechas sobre las formas funcionales de costos y de demanda. Kuhn (2001) cita como ejemplo el caso del cartel en ferrocarriles que operó a fines del siglo XIX en los Estados Unidos. Mientras Porter (1983) obtuvo que el comportamiento de las firmas era consistente con un juego tipo Cournot, Ellison (1994) utilizando los mismos datos encontró que el comportamiento era colusivo. La diferencia fue que éste último empleó un modelo de demanda auto-correlacionada en el tiempo.

Si bien a través de un proceso adversarial entre acusadores y acusados, es posible acotar el grado de discrepancia en las distintas modelaciones, es difícil que la evidencia empírica sobre ejercicio de poder de mercado conjunto, producida a través de técnicas econométricas satisfaga por sí sola el estándar de prueba exigido por las cortes para condenar a empresas por coludirse.

Evidencia circunstancial de tipo cualitativa también puede ser indicativa de coordinación en precios entre empresas. Este es el caso de movimientos en precios no asociados a variación en parámetros fundamentales de costos y demanda y sin explicación pro-competitiva aceptable. Factores adicionales, como transparencia y uniformidad en los precios, sistemas de anuncios públicos de precios así como cláusulas de cliente más favorecido o precios recomendados de venta a minoristas, son considerados como elementos que facilitan la coordinación entre empresas.

Las inferencias que pueden hacerse a partir del tipo de evidencia obtenida se presentan en el cuadro 2. A nivel de columnas se presenta el tipo de comunicación que se ha producido entre las empresas, mientras que en las filas se muestra el tipo de evidencia con que se cuenta. Nótese que la primera clasificación, basada en el tipo de comunicación ocurrida entre empresas, corresponde a la definición económica de la colusión. Mientras que la clasificación según el tipo de evidencia disponible es congruente con la distinción jurídica de la colusión entre la explícita o expresa y la tácita. Según esta última definición, los casos de colusión tácita son aquellos en los cuales se cuenta con evidencia indirecta o circunstancial indicativa de un acuerdo entre firmas.

Cuadro 2.: Comunicación vs. Evidencia

Tipo de Comunicación			
Evidencia	Explícita	Tácita	Ninguna
Directa	I		
Circunstancial	II	III	IV

Si lo que se considera como ilegal, es la existencia de comunicación directa o explícita entre empresas con el fin de coludirse, el análisis a realizar, según la evidencia que se dispone es el siguiente: En caso de tener solo evidencia material sobre colusión, la única posibilidad es que las empresas se hayan comunicado directamente (I) y por tanto se debe aplicar sanción. Si la evidencia obtenida es circunstancial, existen tres posibilidades: que las empresas se hayan comunicado directamente (II), que estemos en un caso de colusión sea tácita (III) o que las empresas actuaron en forma individual pero interdependiente sin ningún tipo de comunicación (IV). El análisis económico y lógico acerca del comportamiento de las firmas involucradas debiera ser la clave para indicarnos en que escenario nos encontramos. Además, como se mencionó, el estándar de prueba juega un rol importante para resolver, pues no solo se trata de inferir que tipo de escenario es más probable, sino también con que grado de certeza se puede concluir, por ejemplo, que el comportamiento observado se explique por comunicación directa entre las empresas.

En los Estados Unidos, las Cortes han condenado a empresas por colusión, sin evidencia material, pero donde la evidencia circunstancial no permite otra explicación que un comportamiento coordinado entre las firmas. En Interstate Circuit (1939) se estimó que las ofertas realizadas por los distribuidores de filmes no eran individualmente racionales, a menos que haya existido coordinación entre ellas. En American Tobacco (1946) se consideró que el alza de precios en un período de caída en los costos no podía sino ser explicada por colusión entre los productores de cigarrillos.¹¹ Aunque se sigan sancionando empresas por colusión solo contando con evidencia circunstancial, en los últimos años se observa una tendencia en Estados Unidos y Europa a emplear estándares de prueba cada vez más estrictos para aplicar condenas sin evidencia material.¹²

4. CARTELES DE COMPRA

¿Qué sucede cuando el poder de mercado se ejerce colectivamente aguas arriba? Es decir cuando un conjunto de empresas se colude para obtener me-

¹¹ American Tobacco Co. V. United States, 328 U.S. 781 (1946)
¹² Por ejemplo ver los casos en Estados Unidos de: "Pilot Glass" (2004) y "High Fructose Corn Syrup" (2002)

nores precios por sus insumos respecto a aquellos que obtendría mediante negociación individual. Se debería aplicar un tratamiento simétrico en anti-trust al aplicado a los carteles de venta o bien se debería emplear una regla de la razón, viendo finalmente cuál es el efecto que la práctica produce en el bienestar.

El tratamiento asimétrico se justificaría por que el mayor poder de negociación conjunta de los compradores, permitiría obtener menores precios unitarios por los insumos que adquieran. Precios mayoristas más bajos deberían, a otras cosas iguales, traducirse en menores precios aguas abajo, lo cual incrementaría el bienestar de los consumidores. En el caso extremo que no haya traspaso alguno, el resultado sería solamente una transferencia entre rentas entre mayoristas y minoristas, sin cambio alguno en el bienestar. No obstante, este razonamiento es incompleto pues el ejercicio colectivo de poder de mercado de los compradores puede llevar a reducir el nivel de producción, lo cual sí tiene efectos negativos en el bienestar. Según señala la teoría, los monopolios al igual que los monopolios son ineficientes pues inducen a un nivel de producción y de venta menor al socialmente óptimo.

El funcionamiento de un cartel de compra, puede también favorecer la colusión en la venta del producto, por la vía de homogeneizar los precios de compra entre sus miembros o bien al hacer más fácil la exclusión a compradores que se hallen fuera del acuerdo colusivo. El cartel, no sólo actúa para fijar precios de venta, sino también para hacer frente a la competencia de firmas entrantes en el mercado.

La jurisprudencia tanto en los Estados Unidos como en Europa ha tratado los acuerdos de compra de forma similar a sus equivalentes aguas abajo, en decir considerándolos como falta per se. No se han aceptado defensas basadas en la eficiencia del contrapeso del poder de compra, o en que la colusión en la compra ha ocurrido como respuesta a una posible cartelización aguas arriba en la industria. En otras jurisdicciones como Australia, Canadá, Israel y México, también se considera igualmente anticompetitivos a los carteles tanto de venta como de compra.

No obstante lo anterior, hay diferencias en la aplicación de la ley para el caso de acuerdos de compra entre empresas de menor tamaño. La Comisión Europea en su directiva sobre acuerdos horizontales, permite que empresas se asocien para negociar conjuntamente con proveedores de insumos aguas arriba siempre que las empresas no posean conjuntamente poder de mercado.¹³ Para ello, se establecen límites referenciales de participaciones de mercado bajo los cuales, los acuerdos se presumirían como legales. Nótese que no existe una exención equivalente a nivel de normativa para el caso de acuerdos de venta aguas abajo entre empresas no consideradas como dominantes. Ello se debe a que en este último caso, no existen posibles beneficios sociales de dicha acción, al revés de lo que podría suceder si un grupo de pequeñas empresas logra obtener menores pre-

cios mayoristas de modo de competir en forma más equilibrada con sus rivales de mayor tamaño.

5. COLUSIÓN EN CHILE

La legislación sobre competencia en Chile define como acción anticompetitiva la colusión. Según señala la ley (Decreto Ley Nº 211). Se considerará como hecho que impide, restringe o entorpece la libre competencia o que tiende a producir dichos efectos, a: *los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización; limitar la producción; asignarse zonas o cuotas de mercado; excluir competidores; o afectar el resultado de procesos licitatorios.*

Los últimos cambios en la legislación introducidos en el 2009, tuvieron como propósito hacer más efectivo el combate a la colusión. Los principales elementos de la reforma fueron. (i) El otorgamiento de facultades a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) para obtener evidencia del tipo material (ii) La introducción de la Delación Compensada y (iii) El incremento en las multas y en el plazo de prescripción de las faltas.

Respecto al primer elemento de la reforma, la ley establece que la fiscalía requiere de la autorización de un Ministro de la Corte Apelaciones y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para incautar información desde recintos privados así como interceptar comunicaciones o solicitar registros de comunicaciones de las empresas bajo investigación.

Esta facultad debe considerarse como el elemento crucial de la reforma pues permite a la fiscalía obtener evidencia material, la cual es fundamental para sustentar los casos de colusión explícita ante los tribunales. Como se ha argumentado anteriormente, la posibilidad de obtener una condena exitosa solo con evidencia circunstancial es muy baja.

El programa de delación compensada incorporado en la legislación chilena contiene los elementos recomendados a nivel de mejores prácticas para este tipo de instrumentos a nivel internacional. Se garantiza inmunidad completa a la primera en aportar antecedentes relevantes sobre la existencia de un cartel. Este beneficio se extiende ya sea que el mercado en cuestión se encuentre bajo investigación o no. El beneficio de la amnistía se puede extender parcialmente a una segunda empresa que aporte información adicional no aportada por la primera empresa. En tal caso, la empresa puede optar a una reducción de hasta el 50% de la multa que de otra forma le correspondería. Se deja a criterio del Tribunal el conceder la amnistía a quien haya jugado el rol de organizador del acuerdo colusivo, coaccionando al resto de las empresas a formar parte de él. Esta es una cláusula incluida en ciertas legislaciones sobre amnistía, sin embargo no es evidente que esta excepción ayude al funcionamiento del mecanismo de delación y desestabilización de los carteles. Si una de las empresas esta imposibilitada de optar al beneficio de los PA, se refuerza su credibilidad como

¹³ Ver "Directrices sobre la aplicabilidad del Artículo 81 del tratado de la Comunidad Europea a los acuerdos de cooperación horizontales" (2001)

líder del cartel ante las otras empresas, pues éstas últimas sabrán que no serán delatadas por aquella.

Las multas máximas, por su parte se incrementaron en un 50% pasando de 20.000 a 30.000 Unidades Tributarias Mensuales para acusaciones de colusión. El plazo de prescripción pasó de dos a cinco años, también para casos de colusión.

ANÁLISIS DE CASOS

Desde el funcionamiento de la nueva institucionalidad de competencia en Chile, se han presentado nueve denuncias que incluyen prácticas colusivas. De ellas, seis ya han sido sentenciadas en primera instancia por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). El tipo de evidencia empleado por las partes acusadoras, ha sido principalmente del tipo circunstancial, dado que la ley existente hasta el 2009 no le otorgaba a la autoridad facultades más intrusistas para obtener evidencia directa. A continuación, se presenta una breve descripción de los casos ya sancionados por el TDLC.

A comienzos del año 2003 la Asociación de Exportadores demandó a las empresas navieras por concertación en precios y prácticas discriminatorias, al aplicar estas últimas un cobro por servicios no solicitados denominados "Servicios Documentales Integrados" asociados a la tramitación de documentos de exportación. El principal elemento de sospecha de que la práctica era concertada, fue la simultaneidad en el cobro (entre los meses de Marzo y Abril del 2002) por parte de diversas agencias navieras a sus clientes y la similitud de las tarifas entre ellas, las que varían entre 25 y 27 dólares.

En fallo unánime, el Tribunal consideró que hubo un comportamiento concertado, sancionando a las acusadas. La prueba en que el TDLC se basó para sancionar a las firmas fue el comportamiento de éstas en el mercado. Según se expresa en el fallo: *"de acuerdo a los antecedentes observados en el caso y a las reglas de la Sana Crítica el Tribunal se ha formado la convicción de estar en presencia de una imposición concertada"*. Para el Tribunal, las acciones emprendidas por las empresas como el tipo de cobro aplicado, su simultaneidad y su similar nivel hacían altamente improbable que fueran fruto del accionar individual de cada agente y por lo tanto se explicaban casi exclusivamente por una acción concertada.

La sentencia fue recurrida ante la Corte Suprema, la cual anuló las sanciones a las agencias navieras. Según el máximo tribunal, los hechos citados como pruebas –comportamiento comercial coincidente– permiten establecer solamente una hipótesis de colusión, pero en ningún caso constituyen evidencia concluyente de la conducta ilícita. Para la Corte, la colusión requiere de la existencia de una voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo dicha práctica, lo cual no estaría siendo demostrado con la simple simultaneidad y similitud en las nuevas tarifas. El comportamiento paralelo, según señala el fallo, podría de igual manera explicarse por la similitud en el tipo de prestaciones de las agencias navieras y en la competitividad de dicho mercado, lo que lleva a las empresas que participan en él a imitar rápidamente las estrategias de sus competidores.

El comportamiento paralelo también fue la principal prueba en el caso de FNE vs. Isapres.¹⁴ En este caso, las prestadoras acusadas eliminaron paulatinamente sus planes de máxima cobertura, conocidos como 100/80, sustituyéndolos por otros de menor cobertura denominados 90/70. Esta sustitución de planes habría ocurrido entre los años 2002 y 2003. Según la FNE este cambio paralelo, no redujo el precio de los planes a los usuarios a pesar de la menor calidad de las prestaciones y permitió además que en idéntico período las utilidades de dichas compañías se incrementaran significativamente, llegando algunas de ellas incluso a triplicarlas respecto al período anterior. Otro tipo de evidencia conductual empleada fue la disminución, también paralela, del esfuerzo de ventas de las Isapres acusadas. Por otro lado, el argumento de aumento en los costos de los servicios o la mayor incertidumbre regulatoria planteada por las acusadas no sería válido para la FNE toda vez que no todas las Isapres ajustaron sus planes en dicho período.

El TDLC, en un estrecho fallo –tres contra dos– rechazó la acusación. Si bien reconoció que existió un comportamiento paralelo entre las empresas requeridas –tanto en la sustitución de planes en el tiempo como en la reducción en la intensidad competitiva– no interpretó que dicho comportamiento haya sido producto de un accionar concertado. El voto de mayoría señala que los comportamientos paralelos pueden ser consistentes tanto con una hipótesis colusiva como competitiva, y ante tal ambigüedad, se opta por no aceptar la prueba como suficiente para declararlas culpables. Sobre el paralelismo de la conducta, el voto de mayoría se pronunció por la hipótesis de la colusión, como única conducta coherente con el comportamiento observado. Además menciona, que el voto de mayoría, que absuelve a las empresas, no establece una única explicación acerca del comportamiento no –colusivo observado. Finalmente, la Corte Suprema, también en fallo dividido, confirmó la sentencia, rechazando la tesis del comportamiento paralelo como evidencia indiscutible de colusión.

En el caso del oxígeno para fines medicinales (2005), la FNE acusó a cuatro empresas proveedoras –Air Liquide Chile S.A., Indura S.A., AGA S.A. y Praxair Chile– de acciones concertadas para repartirse el mercado en el segmento de los hospitales públicos y de buscar el fracaso de la licitación llamada por la agencia de compras de dichos hospitales (CENABAST). El Tribunal en fallo dividido (cuatro contra uno) acogió el requerimiento de la FNE sancionando a las empresas de oxígeno. El principal elemento de prueba del tribunal fue el comportamiento de las firmas en el proceso de licitación convocado por la CENABAST, el cual sería claramente contrario al interés individual y por ende, indicativo de colusión. La Corte Suprema en forma unánime revocó la sentencia del Tribunal, señalando que la evidencia presentada era del todo insuficiente para probar la existencia de colusión tendiente al fracaso de la licitación. Más aún el hecho que la subasta terminara adjudicando los contratos a los precios de referencia fijados por el comprador, sería una señal más de éxito que de fracaso. En su fallo, la Corte hace también mención a que las firmas participantes contrataron expertos y sostuvo-

¹⁴ En Chile se conoce con el nombre de Isapres, a las compañías aseguradoras de salud.

ron reuniones con el objeto de adjudicarse la subasta lo cual sería contradictorio con la hipótesis del boicot.

En Banco de Chile vs. Casas Comerciales, el TDLC sancionó a las empresas Falabella y Paris por concertarse para forzar a los fabricantes de televisores de plasma a no abastecer al Banco en su evento denominado feria tecnológica. Este es un caso en que el accionar conjunto de empresas que operan en un mismo mercado –el de las multimedias– no busca incrementar los precios directamente, sino más bien excluir a un competidor. La evidencia de accionar coordinado en que se basó el TDLC para tal conclusión fue el inusual patrón de llamadas telefónicas entre ejecutivos de ambas tiendas comerciales en el periodo en que se produjo la controversia. Si bien, no se tuvo acceso al contenido de las llamadas, la alta frecuencia de comunicaciones entre las partes, no tenía otra explicación plausible que la de actuar conjuntamente para presionar a los fabricantes de televisores a no proveer de aparatos al Banco. La Corte Suprema confirmó la sentencia del TDLC, rebajando eso sí las multas a ambas empresas en un 25%.

Hay dos casos ya fallados por el Tribunal, en donde se empleó evidencia directa para juzgar. Uno de ellos envuelve a una asociación profesional de médicos y el otro a empresas de transporte público. El elemento de disputa en estos casos, se centra en si las acciones denunciadas corresponden o no a prácticas que tienden a debilitar la competencia según lo establece la ley.

En FNE vs. A.M. Patagonia, la acusación se sustentó en la acción conjunta de un grupo de médicos de la región de Magallanes con el objeto de negociar tarifas aguas arriba con las empresas aseguradoras de salud (Isapres). La región de los médicos acusados fue abierta, en el sentido que no se ocultó, probablemente debido al desconocimiento de la ilegalidad del acto. Un argumento empleado por la defensa fue que la regulación y la jurisprudencia internacional otorgan trato diferenciado a las asociaciones de profesionales, dado que persiguen legítimamente mejorar la posición negociadora de sus asociados. En forma equivalente a cómo operan los sindicatos, les estaría permitido negociar colectivamente sus precios por prestaciones a las aseguradoras. La multa aplicada por el TDLC de solo 15 UTM a cada persona individual, y luego rebajada por la Corte Suprema a solo 1,5 UTM puede ser interpretada como una aceptación de la tesis de trato diferente de las asociaciones profesionales, como por la baja magnitud del daño económico causado por el acuerdo denunciado.

En el caso del transporte público de Osorno, un grupo de empresas de buses y de taxis colectivos de esa ciudad fueron sancionadas por prácticas colusivas. La principal evidencia con que se contó fue un acuerdo notarial firmado por las asociaciones de microbuses, en donde las empresas se comprometían a fijar tarifas iguales entre ellas, sin posibilidad de reducir precios individualmente así también como un congelamiento del parque de autobuses de las distintas empresas firmantes del acuerdo. Uno de los aspectos singulares de este caso fue que el acuerdo escrito contó con el respaldo de la autoridad regional de transporte. Ello explicaría que las multas aplicadas a las empresas involucradas en la colusión fueron rebajadas respecto a lo que de otro modo les correspondería. De

acuerdo al Tribunal, la participación de la Seremi en el acuerdo tuvo un efecto en la percepción de legalidad del acto que estaban realizando.¹⁵

6. CONCLUSIONES

La colusión es una práctica en la que empresas que compiten en un mismo mercado, acuerdan subir precios, repartirse el mercado o bloquear el ingreso de nuevos competidores. Se considera que la colusión produce un gran daño al funcionamiento de la economía pues suprime los beneficios propios de la competencia entre empresas, como son el disfrutar de menores precios y de mayor variedad y calidad de bienes y servicios. A nivel internacional, la colusión en su forma más organizada, la cartelización, tiene las penas más severas y es la única práctica anticompetitiva que puede llegar a ser sancionada con prisión.

La mayor dificultad de perseguir la colusión radica en su detección. No es evidente mediante la simple inspección de un mercado distinguir si estamos en presencia de una industria coludida o de una competitiva. La evidencia directa, que es aquella que demuestra inequívocamente la existencia de comunicación entre empresas para fijar precios, posee un mayor peso probatorio que la evidencia denominada circunstancial, que es la basada en la conducta de las empresas en el mercado. Este último tipo de pruebas adolece del problema de ambigüedad, siendo improbable que a través del solo análisis de los datos de precios y cantidades, se satisfaga el estándar de prueba exigido por las cortes para condenar a empresas por coludirse.

Si bien las pruebas materiales son preferibles, es evidente que las firmas involucradas desearán ocultar tal evidencia. Las legislaciones modernas sobre competencia cuentan con dos instrumentos para obtener las pruebas. Una es la inspección directa a las premisas de las empresas y la otra es la delación compensada. Bajo esta última figura legal, son las empresas involucradas en el cartel, las inducidas a proveer la evidencia a cambio de la anulación de la multa. En Chile, estos instrumentos han sido incorporados en la legislación de competencia solamente en el año 2009.

Desde el funcionamiento de la nueva institucionalidad de Libre Competencia (2004) en Chile, son seis las denuncias por colusión ya sancionadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En la mitad de las causas, se ha contado sólo con evidencia circunstancial para evaluar si la conducta observada corresponde a colusión o no. En estos tres casos, las empresas han sido absueltas, ya sea en primera instancia por el TDLC o en segunda instancia por la Corte Suprema. Las diferencias en los dictámenes entre ambos tribunales, así como la existencia de fallos divididos en algunas de estas causas, revelan lo difícil que resulta evaluar una acusación de colusión cuando se cuenta sólo con evidencia del tipo circunstancial. En los otros tres casos, ha existido evidencia directa sobre coordinación y los acusados han sido sancionados. Cabe señalar que las seis

¹⁵ El Ministro Depolo no consideró como elemento atenuante la participación que tuvo la autoridad de transporte.

causas descritas han sido iniciadas con anterioridad a las reformas introducidas a la ley de competencia en lo que respecta a facultades de la Fiscalía Nacional Económica para realizar inspecciones o inducir a las empresas a cooperar por la delación compensada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BORK, Robert. (1978) "The Antitrust Paradox: A Policy at War With itself" (New York Free Press) 479 pp.
- CONNOR, John y Y. BOLOTOVA (2005) "Cartel Overcharges, Survey and Meta Analysis" Working Paper
- ELLISON, G. (1994) "Theories of Cartel Stability and the Joint Executive Committee" *The RAND Journal of Economics*, Vol. 25, No. 1, pp. 37-57
- GENOVESE, D. y W. Mullin. (2001) "Rules, Communication, and Collusion: Narrative Evidence from the Sugar Institute Case." *American Economic Review*, Vol 91, Nº3: pp. 379-398.
- KÜHN, Kai Uwe (2001) "Fighting Collusion by Regulating Communication Between Firms" *Economic Policy*, vol. 16(32), pp. 167-204.
- MC CUCTHEON, Barbara (1997) "Do Meetings in Smoke-Filled Rooms Facilitate Collusion?" *Journal of Political Economy*, Vol 105(2), pp. 330-50.
- MOTTA, Massimo y MICHELE Polo (2003) "Leniency Programs and Cartel Prosecution" *International Journal of Industrial Organization*, Vol 21, pp. 347-379.
- PORTER, Robert y J. GREEN (1984) "Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information" *Econometrica*, Vol. 52, No. 1. (Jan., 1984), pp. 87-100.
- PORTER, Robert. (1983) "A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee, 1880-1886" *The Bell Journal of Economics*, Vol. 14, No. 2, pp. 301-314
- POSNER, Richard (1969) "Oligopoly and the Antitrust Law: a Suggested Approach" *Stanford Law Review*, Vol 72, pp. 1562 - 1606.
- POSNER, Richard. (1976) *Antitrust Law: An Economic Perspective*. (Chicago: University of Chicago Press) 315 pp.
- SPAGNOLO, Giancarlo. (2004) "Divide et Impera: Optimal Leniency Programs" *CEPR Discussion Paper No. 4840*
- STIGLER, George (1952) "The case against big business", *Fortune Magazine*, May
- STIGLER, George (1964) "A Theory of Oligopoly," *Journal of Political Economy*, Vol 72: 44-61.
- TURNER, Donald (1962) "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusal to Deal" *Harvard Law Review*, Vol 75, pp 655-706.
- WERDEN, Gregory. (2004) "Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory." *Antitrust Law Journal* 71 719-800.
- WHINSTON, Michael. (2008) "Lectures on Antitrust Economics" (MIT Press, Cambridge). 249 pp.