

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/228250496>

# Horizontal Anticompetitive Agreements (Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia)

Article · July 2009

CITATION

1

READS

185

1 author:



Javier Tapia

University of Chile

10 PUBLICATIONS 11 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Competition and Development [View project](#)

## CARÁCTER ANTICOMPETITIVO DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR *RETAIL*

JAVIER TAPIA\*

[Próximo a ser publicado en: *Libre Competencia y Retail*

(Paulo MONTT y Nicole NEHME, eds.), Santiago: Editorial Legal Publishing]

I. INTRODUCCIÓN .....	2
II. ASPECTOS GENERALES DE LA COORDINACIÓN .....	6
A. LA (¿INNECESARIA?) TAXONOMÍA .....	6
B. LAS CONDICIONES DE SUSTENTABILIDAD DE LA COORDINACIÓN .....	12
C. ¿CUÁNDO ES MÁS PROBABLE QUE SE PRESENTE COORDINACIÓN ANTICOMPETITIVA?.....	15
1. Factores estructurales.....	17
2. Factores relacionados con la demanda .....	19
3. Factores relacionados con la oferta .....	21
4. Otros factores.....	23
D. EL COSTO SOCIAL DE LA COORDINACIÓN Y SU IMPACTO .....	24
III. LA COLUSIÓN (EN ESPECIAL SOBRE LOS CARTELES).....	28
A. LA NECESIDAD DE UN “ACUERDO” .....	28
B. LA DETECCIÓN Y PRUEBA DEL ACUERDO.....	30
C. LA REGLA APLICABLE .....	33
1. El uso de una regla “per se” en materia de colusión expresa.....	34
2. La inadecuada ausencia de una regla “per se” en Chile. ....	36
3. La colusión como una mera agravante del abuso. ....	37
4. La reciente reforma al DL 211.....	40
D. LA SANCIÓN Y EL ADECUADO NIVEL DE DISUASIÓN .....	42
IV. LA COORDINACIÓN TÁCITA EN MERCADOS OLIGOPÓLICOS .....	46
A. EL COMPORTAMIENTO PARALELO .....	47
1. El comportamiento paralelo en la jurisprudencia .....	48
2. El debate en la doctrina .....	51
B. LOS INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN .....	53
V. A MODO DE CONCLUSIÓN...	57

---

\* E-mail: j.tapia@ucl.ac.uk; jtapia02@googlemail.com. Agradezco los comentarios que Francisco Agüero, Carlos Carmona, Carolina Werner y los editores hicieron a una versión preliminar de este capítulo. Los desafortunados errores, por cierto, son de mi exclusiva responsabilidad. Algunos de los conceptos y citas originalmente en inglés utilizados en este trabajo no han sido traducidos de manera literal, sino intentando reflejar con la mayor exactitud posible su real sentido y alcance.

“[...] *El público chileno y los políticos no han aceptado aún que los carteles son un crimen serio* [...]”

OCDE (2004: 40)

## I. INTRODUCCIÓN

Históricamente, el rol primario de las legislaciones de protección de la competencia no ha sido controlar monopolios o los abusos cometidos por una sola firma, sino actuar como una barrera de defensa contra los atentados cometidos concertadamente por competidores para entorpecer la competencia. El más claro y paradigmático caso de concertación es un acuerdo expreso entre rivales, comúnmente conocido como “cartel” (*hard-core cartel*), cuyo objeto es fijar precios, repartir el mercado o restringir la cantidad producida. De los carteles se ha dicho que constituyen verdaderos “dinosaurios” del derecho de la competencia (WESSELY, 2001: p. 739). Sin embargo, ellos están muy lejos de extinguirse; por el contrario, su importancia actual es innegable.<sup>1</sup> En este sentido, con mayor propiedad, podría decirse que ellos son algo así como el “Matusalén” de la libre competencia.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Adam SMITH indicó en un famoso pasaje de “La Riqueza de las Naciones” (1991 [1776]: p. 137) que las reuniones entre competidores, incluso aquellas organizadas con fines de mera diversión, normalmente terminan en conspiraciones contra el bienestar público o en trucos para subir los precios. Sin embargo, su creencia era que ‘ciertamente es imposible prevenir tales reuniones, por ninguna ley que sea ejecutable o que sea consistente con la libertad y la justicia’ (*Ibíd.*). Las agencias de competencia modernas luchan por demostrar la falsedad de tal aserto. Por ejemplo, sólo entre los años 2004-2009 la Comisión Europea ha decidido más de 200 casos en materia de carteles, imponiendo multas (no corregidas por las cortes) por más de €8.860 millones de euros (véase <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>). Actualmente, la preocupación por los carteles es mundial. Véase, a modo ejemplar, OCDE (1998, 2002, 2003 y 2005), disponibles en <[www.oecd.org](http://www.oecd.org)>; el grupo de trabajo en materia de carteles de la *Internacional Competition Network* (ICN), en <[www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org)>; el programa de políticas de competencia y del consumidor de las Naciones Unidas, en <[www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2239&lang=1](http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2239&lang=1)>; y la información en la materia provista por el US *Department of Justice* (DoJ), en <[www.usdoj.gov](http://www.usdoj.gov)>.

<sup>2</sup> En realidad ellos son “más viejos que Matusalén”, quien vivió sólo 969 años (!). La antigüedad de los carteles, en cambio, es milenaria. Al menos en una forma primaria, ellos parecen haberse manifestado incluso antes de la época Justiniana. El Código de Justiniano indica que la Constitución de Zeno del año 483 A.C. castigaba la fijación de precios de ropa, pescados, erizos de mar y otros bienes con la exilio, usualmente a Gran Bretaña. Evidencia de carteles modernos existe en Estados Unidos desde alrededor de 1800, con la formación del cartel de la sal en la región de Kanawha, West Virginia (v.g., STEALEY III, 1993). Otros importantes fueron el “Comité Ejecutivo Conjunto” (*Joint Executive Committee*), un cartel ferroviario particularmente poderoso organizado en 1879 (y quizás el cartel más estudiado en la historia económica de Estados Unidos: v.g., ELLISON, 1994; PORTER, 1983; MACAVOY, 1965); y el cartel del Whiskey (*Whiskey Trust*). Posteriormente, el período entre-guerras es denominado la “época de oro” de los carteles, producto del amplio número de carteles que operaban abiertamente, normalmente basados en Europa y apoyados por las principales potencias europeas (algunos de ellos, por cierto, operaban desde antes de la I Guerra Mundial). Ellos abarcaron áreas tan variadas como acero, aluminio, azúcar, cobre, lámparas eléctricas, potasio, nitrato, explosivos, lana, alcohol industrial, cafeína, algodón, caucho y estaño, entre otros. Particularmente poderoso fue el “Cartel Internacional Exportador de Acero” (v.g., BARBEZAT, 1989). Luego de la II Guerra Mundial la mayor parte de los carteles comenzó a operar de forma menos abierta. La determinada aplicación del derecho de la competencia durante los años 50s y

Si este capítulo tratara sólo acerca de carteles, su complejidad probablemente se vería reducida de manera drástica, atendida la gran experiencia práctica y teórica acumulada. Tradicionalmente, la premisa ha sido que si se permite que firmas rivales actúen de manera conjunta y consoliden su poder de mercado, los consumidores perderán muchos de los beneficios derivados de la competencia. Los carteles producen un costo social muy alto y escasos beneficios (si alguno); por consiguiente, ellos han sido perseguidos desde hace mucho, y hoy en día su prohibición es absoluta en prácticamente todas las legislaciones. Asimismo, la doctrina ha mostrado una preocupación constante por la materia.<sup>3</sup>

Sin embargo, la coordinación entre firmas no se manifiesta siempre de forma expresa. Los mercados en los cuales es más factible que estas conductas se presenten son aquellos en los que existe sólo un limitado número de firmas, denominados mercados oligopólicos.<sup>4</sup> En cierta medida, estos mercados presentan un problema para la competencia. Por una parte, mientras los altos niveles de concentración existentes en ellos pueden volver el mercado menos competitivo (siendo posible la generación de precios supracompetitivos), por otra parte es también posible encontrar ávidos niveles de competencia. Por ello, no es claro qué nivel de regulación o intervención es requerido. Sin embargo, más importante aún, el comportamiento coordinado en un oligopolio puede manifestarse sin que exista comunicación alguna de por medio entre las firmas (esto es, sin que exista “concertación”), sin perjuicio de que el resultado sea o no competitivo. Esta característica explica por qué, en buena medida, la colusión sigue siendo un “área gris” dentro de la protección de la libre competencia; y hace necesaria una primera advertencia respecto del título asignado a este capítulo: su ámbito es

---

60s expuso a la luz pública a varios de ellos, incluyendo los formados por productores de equipos eléctricos, turbinas, generadores y uranio. Finalmente, los 90s vieron un resurgimiento de los grandes carteles internacionales, incluyendo los carteles de las vitaminas, de la lisina, de los ácidos cítricos (todos ellos analizados en CONNOR, 2001), de la leche para los colegios, y el de las dos más grandes casas organizadoras de subastas, *Sotheby's* y *Christie's* (MASON, 2005). Una buena compilación de ensayos acerca de los carteles más famosos puede encontrarse en GROSSMAN (2004).

<sup>3</sup> Hoy en día prácticamente todo texto general en materia de competencia tiene alguna parte dedicada a los carteles. Entre otros, véase WHISH (2009: cap. 13); ROTH y ROSE (2008: cap. 5); JONES y SUFFRIN (2008: cap. 11); AMATO y EHLERMANN (2007: cap. 2); FAULL y NIKPAY (2007: cap. 8); MONTI (2007: cap. 9) HOVENKAMP (2005a; cap. 4); GELLHORN *et al.* (2004: caps. V y VI); MOTTA (2004: cap. 5); AREEDA y HOVENKAMP (2003); POSNER (2001: caps. 3-6); BORK (1978: cap. 13). Existen, asimismo, textos especialmente dedicados a esta materia. Entre los más recientes están SAKKERS y YSEWYN (2008); LEVENSTEIN y SALANT (2007); PETIT (2007); y HARDING y JOSHUA (2003).

<sup>4</sup> Por más de 25 años la doctrina económica ha estudiado el oligopolio usando las herramientas de la Teoría de Juegos, iniciada fundamentalmente luego del pionero trabajo de VON NEUMANN y MORGENSEN (1980 [1944]). Por ello, cierta familiaridad con al menos algunos de sus términos y conceptos básicos es necesaria. Dado que su explicación excede los límites de este capítulo, he reducido las referencias a la Teoría de Juegos al mínimo posible, en su mayoría en notas a pie. Para una introducción simple y carente de tecnicismos, buenas opciones de consulta son DIXIT y NALEBUFF (1991); BAIRD *et al.* (1994); GIBBONS (1997); WERDEN (2004); y RASMUSEN (2006).

más amplio de lo que puede parecer. No sólo los “acuerdos” restrictivos de la competencia son analizados, sino también la posibilidad de que aquellas prácticas en las cuales no existen tales acuerdos sean consideradas anticompetitivas.

Otras advertencias respecto al ámbito son también necesarias. Primero, en un sentido diferente, el título asignado es más amplio que el contenido real de este capítulo. Éste se enfoca únicamente en una parte de las conductas concertadas: aquellas de naturaleza “horizontal”.<sup>5</sup> En otras palabras, sólo son analizadas aquellas prácticas restrictivas de la competencia acordadas expresa o tácitamente entre dos o más firmas al mismo de nivel producción o distribución. Segundo, sólo las conductas horizontales “restrictivas” de la competencia son analizadas; por el contrario, aquellos acuerdos cooperativos que producen beneficio a los consumidores (como algunos *joint ventures*) no son tratados aquí. Asimismo, sólo por razones de extensión, no haré referencia a restricciones derivadas de dominancia o monopolización colectiva.<sup>6</sup> Finalmente, de acuerdo a su título, este capítulo debiera referirse exclusivamente a la colusión en materia de *retail*, esto es, la venta de productos al público, usualmente en pequeños volúmenes. Sin embargo, esta forma de negocios posee pocas particularidades para el análisis de las conductas concertadas.<sup>7</sup> A ello se suma el escasísimo número de casos en el derecho chileno relativos a colusión en esta industria.<sup>8</sup> Por ello, el tema

<sup>5</sup> Esto deja fuera de este capítulo, por ejemplo, los acuerdos de distribución. Los acuerdos verticales son tratados en otro capítulo de esta obra (ROJAS). Nótese, sin embargo, que la dicotomía vertical/horizontal es relativamente reciente en materia de competencia. La Corte Suprema de Estados Unidos usó la expresión “acuerdo vertical” por primera vez en *White Motors* (1963), bajo el influjo de la Escuela de Chicago y su insistencia en el rol del poder de mercado y la competencia “entre marcas” (*interbrand*) como filtros del derecho de la competencia (EASTERBROOK, 1984), y de la escuela del Nuevo Institucionalismo Económico y su acento en los motivos económicos para la integración vertical (especialmente luego del trabajo de WILLIAMSON, 1979 y 1989). La Comisión Europea, por su parte, sólo comenzó a referirse a la distinción en su *Green Paper on Vertical Restraints*, de 1996, luego de un intensivo período de reformas pro-económicas en los 90s. Desde entonces, la calificación de una conducta como vertical u horizontal es una usada como un “atajo” por las autoridades para el análisis de los efectos anticompetitivos (LEMLEY y LESLIE, 2007: p. 38, expresan que “el propósito de distinguir entre restricciones horizontales y verticales es eficiencia judicial”) y, por tanto, tiene vital implicancia en los resultados del caso. Para una crítica de la distinción, BAXTER y KESSLER (1995) (concluyendo que ella provee pocas luces respecto del efecto del acuerdo en el bienestar o de su legalidad).

<sup>6</sup> Sobre dominancia colectiva, véase por ejemplo MONTI (2001) y la bibliografía citada *supra*, nota 3.

<sup>7</sup> De hecho, no existen en la literatura tratamientos de colusión dedicados específicamente al *retail* (al menos en mi conocimiento). A modo de ejemplo, un reciente texto dedicado a las marcas propias y políticas de competencia en materia de *retail* (EZRACHI y BERNITZ, 2009) ni siquiera trata el tema.

<sup>8</sup> Desde el año 2004 sólo existe un caso importante en la materia (*Guerra del Plasma*, 2008), más otro pendiente a la época de redacción de este capítulo (*Farmacias II*, 2009); previo a ese año, sólo un caso más puede considerarse parte del *retail* (*Farmacias I*, 1995). Fuera de esta industria, sólo existe un “puñado” de casos en materia de colusión, siendo los más recientes y relevantes *Isapres* (2007), *Oxígeno Líquido* (2006) y *Navieras* (2006). Existe una clara divergencia entre el escaso número de casos y acciones en contra de carteles en Chile y la importancia que el tema posee a nivel mundial (véase *infra*, nota 110 y *supra*, nota 1, respectivamente). Por cierto, suponer que ello se debe a que los carteles no son comunes en Chile, o que no existen en un número importante como para convertirse en una preocupación para las autoridades, sería absurdo, especialmente si se considera la experiencia internacional en la materia y el crecimiento experimentado por la economía nacional durante las últimas décadas.

de los acuerdos restrictivos de competencia es tratado aquí de manera amplia y general. Con todo, muchos ejemplos están tomados del *retail* y algunos aspectos resultan particularmente importantes en el contexto de esa industria.<sup>9</sup>

Fuera de esta introducción, el capítulo está organizado en cuatro partes. La primera de ellas (II) está dedicada a analizar los aspectos generales de la coordinación, desde una perspectiva económica y jurídica. Dado que las legislaciones suelen diferenciar en cuanto a su tratamiento, es necesario primero identificar las diversas formas de coordinación que pueden surgir y explicar los requisitos necesarios para que ellas se presenten. Luego se analiza cuándo es más probable que se presente colusión o coordinación anticompetitiva, lo que implica el estudio de una serie de factores necesarios para su subsistencia. Enseguida se muestra que la colusión acarrea un alto costo social, lo que en principio invita a un tratamiento riguroso. El mensaje central de esta parte es que desde un punto de vista económico, el resultado de esas conductas es siempre el mismo, sin que exista diferencia alguna entre de los elementos de la conducta y los factores que se requieren para que ella sea sustentable. Las diferencias son meramente formales y podrían atentar contra un adecuado tratamiento. La parte III explica ese tratamiento en el derecho chileno y comparado. Aunque existe abundante discusión respecto de la terminología, desde ahora reservaré el término “colusión” para aquellos casos en que existe un “acuerdo” entre las firmas. Esta parte comienza, precisamente, explicando qué se entiende por tal acuerdo. A continuación, el tratamiento que en la práctica ha recibido la colusión, tanto en el derecho comparado como nacional, es examinado. El análisis se enfoca en la regla aplicable y en la detección, prueba y sanción de la colusión. La tesis subyacente es que el tratamiento de la colusión en Chile ha sido extremadamente defectuoso en sus más diversos aspectos, particularmente por la forma en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Corte Suprema han enfrentado el tema, y por el constante apego a la noción de abuso. Estos puntos son ilustrados

---

<sup>9</sup> Una advertencia es necesaria: algunas industrias de *retail* y bienes de consumo son comúnmente citados como ejemplos de “competencia monopolística” (CHAMBERLIN, 1933). Entre otros, éste es el caso de los cigarros, las bebidas cola, los desodorantes, algunos medicamentos (como la aspirina), los cereales, etc. La principal diferencia con el oligopolio es la existencia de muchos pequeños oferentes en el mercado, quienes compiten con productos heterogéneos (diferenciados en algún grado mínimo, quizás sólo “en la mente” del consumidor). Además, todos poseen información perfecta y no existen barreras de entrada o salida al mercado. En suma, esta clase de competencia posee elementos tanto de la competencia perfecta como del monopolio. Dadas estas características, la competencia monopolística destaca la diferenciación de productos y el rol de las campañas publicitarias. Sin embargo, ella no provee de una buena explicación del comportamiento de las firmas en el mercado (GELLHORN *et. al.*, 2004): es irreal pensar que todas las firmas poseen idénticas funciones de costo y curvas de demanda; y en ocasiones la propia competencia monopolística puede proveer substanciales beneficios a consumidor, derivados del ahorro de costos de búsqueda (sobre todo en mercados con mucha variedad de productos). Por ello, al igual que como hace la mayor parte de la doctrina, este capítulo se enfoca en los mercados oligopólicos.

con un análisis detallado de la parte respectiva de la Resolución N°63/2008 (*Guerra del Plasma*). La actual situación debiera cambiar –especialmente luego de la reciente reforma al DL 211, parte de la cual es analizada. Existen buenos argumentos para sostener que en materia de carteles, la introducción de una regla *per se* es posible y altamente necesaria. Finalmente, esta parte concluye con una sección dedicada a dar una explicación general sobre el adecuado nivel de disuasión de las conductas colusorias y las sanciones. La parte IV presenta los principales aspectos de las situaciones en que, por razones estructurales del mercado, la cooperación no se presenta. En particular son estudiadas la situación del comportamiento paralelo, que en sí mismo no constituye una práctica concertada, y la de los intercambios de información entre competidores. La parte final (V) concluye enfatizando la necesidad de adoptar un enfoque más pragmático en esta materia y de orientar (por ahora) la persecución de los carteles en Chile a aquellos casos en que sea posible probar la existencia de un acuerdo expreso entre las partes.

## II. ASPECTOS GENERALES DE LA COORDINACIÓN

### A. LA (¿INNECESARIA?) TAXONOMÍA

La colusión hace referencia a un actuar coordinado entre firmas. Resulta complejo ir más allá de este intento de definición más bien general, pues se trata de un fenómeno amplio que adopta variadas formas. La distinción más común depende principalmente de la forma de coordinación. De acuerdo a este criterio, la coordinación puede ser expresa, tácita o una combinación de ambas.

Tradicionalmente, las conductas perseguidas por las legislaciones antimonopolios reflejan acuerdos *expresos* entre firmas rivales, las cuales planifican conjuntamente su estrategia anticompetitiva. La más extrema y clásica conducta colusoria de este tipo son los carteles. Entre ellos, la fijación (directa) de precios es quizás la principal y ciertamente la más antigua de las prácticas anticompetitivas.<sup>10</sup> Actuando conjuntamente los miembros de un cartel pueden incluso llegar a generar los resultados de una industria monopólica, incrementando sus propios beneficios, pero generando al mismo tiempo una gran pérdida social.<sup>11</sup> Sin

<sup>10</sup> El primer caso “moderno” relativo a fijación de precios fue conocido por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1897: *Trans-Missouri*. Para mayores antecedentes específicos sobre la fijación de precios, véase el capítulo de GONZÁLEZ en esta misma obra.

<sup>11</sup> Esto es, las firmas coludidas pueden eventualmente alcanzar  $p^c = p^m$ , donde  $p^c$  es el precio colusorio y  $p^m$  el monopólico. Con todo, existen diversas formas de considerar que un precio es supracompetitivo. La elección

embargo, existen también otros medios (indirectos) de controlar los precios a través de acuerdos de no-competir, tales como los repartos de mercados o los controles de producción. En algunos casos, estos acuerdos pueden acarrear efectos negativos incluso más severos que la fijación de precios.<sup>12</sup> Otro grupo de prácticas comúnmente consideradas anticompetitivas bajo ciertas circunstancias son los denominados “boicots” (*group boycotts*); esto es, aquellos acuerdos tendientes a no pactar con una firma y/o aislarla en el mercado. Este concepto, sin embargo, agrupa una amplia gama de prácticas diversas: competidores negándose a pactar con rivales; competidores negándose a pactar con terceras partes que a su vez pactan con rivales; competidores negándose a pactar con consumidores o proveedores, o acordando hacerlo sólo bajo ciertas condiciones; etc. Tales prácticas pueden, además, servir para variados fines.<sup>13</sup>

En el extremo contrario existe una serie de acuerdos expresos que tienen por objetivo simplemente promover modos más eficientes de organización. Así por ejemplo, la cooperación entre rivales eventualmente puede facilitar el desarrollo de nuevos productos y servicios (JORDE y TEECE, 1993).<sup>14</sup> Los acuerdos más comunes son aquellos de naturaleza híbrida entre una entidad fusionada y un cartel, que incluyen algún grado de coordinación para producir investigación y desarrollo (I+D), acordar formas de producción, promoción o distribución.<sup>15</sup> Uno de los desafíos más grandes en materia de competencia consiste en diferenciar entre aquellos acuerdos colaborativos cuya naturaleza es puramente colusoria o

---

del *benchmark* adecuado depende del ordenamiento jurídico. Más antecedentes *infra*, nota 73 y el texto principal.

<sup>12</sup> En este sentido, un acuerdo que *fija* precios es tan reprochable como uno que los *afecta*. Entre otros acuerdos explícitos importantes están la presentación de ofertas conjuntas en subastas (*collusive tendering* o *bid-rigging*), el bloqueo de importaciones, la colusión predatoria (véase *Matsushita* [1986], en la jurisprudencia norteamericana), etc.

<sup>13</sup> Véase GLAZER (2002) (proponiendo un marco general de análisis que diferencia entre boicots “colusivos”, diseñados para disminuir competencia entre competidores, y boicots “exclusionarios”, diseñados para excluir rivales) y BREENAN (1992).

<sup>14</sup> A partir del trabajo seminal de COASE (1937), la Teoría de los Costos de Transacción ha enfatizado la idea de que no existe un grado de integración “correcto” en un determinado mercado y que el verdadero desafío en materia de protección de la competencia es descubrir los objetivos y anticipar los efectos de un acuerdo para luego decidir si los eventuales beneficios derivados de él son mayores que los riesgos competitivos. Un resumen de la Teoría de los Costos de Transacción se encuentra en WILLIAMSON (1989). Estos postulados cambiaron la visión de los acuerdos verticales, pero también tuvieron un impacto en la forma de “mirar” los horizontales. Así, la Corte Suprema de EE.UU. ha indicado que mercados y firmas son parte de un *continuum* y, por tanto, la cooperación entre firmas (incluso entre todos los miembros de una industria) es posible si tiene por objetivo aumentar la eficiencia. Por ejemplo, *BMI* (1979) (véase también *Copperweld*, 1984). Sin embargo, la Corte también ha condenado la colaboración horizontal en ciertos casos en que los aumentos de eficiencia parecían sustanciales, como en *Maricopa County* (1982). Asimismo, muchos precedentes no han sido anulados por fallos posteriores, incluso cuando ellos son incompatibles con esta visión.

<sup>15</sup> Estos son comúnmente conocidos como *joint ventures*. Con todo, tal calificación no revela nada respecto del efecto de la conducta en la competencia. Los *joint ventures*, cuando no son constitutivos de un cartel ni pueden ser tratados de manera similar a una fusión, actúan sólo como una restricción de la conducta de los miembros. Su tratamiento, así como el de otros acuerdos cooperativos, excede los límites de este capítulo.



más cercana a la colusión (*naked agreements*) y aquellos acuerdos que persiguen fines legítimos y socialmente beneficiosos (*ancillary restraints*) (BORK, 1978; HOVENKAMP, 2005b).<sup>16</sup>

Por otra parte, la generación de precios supracompetitivos puede darse también cuando los agentes no acuerdan expresamente fijar los precios; lo que ha sido tradicionalmente denominado colusión *tácita*.<sup>17</sup> Sin embargo, este término es algo equívoco y no permite incluir todas las conductas concertadas posibles de encontrar en un mercado. Ciertamente, sí puede ser utilizado en situaciones de fijación de precios en las que los términos del acuerdo son informales y/o no-verbales. En este caso no existen mayores diferencias con la colusión expresa, con la salvedad de que la coordinación será probablemente más compleja (por las razones explicadas más adelante). En cambio, es más dudoso que pueda siempre ser utilizado en otras situaciones. Éstas se presentan en mercados oligopólicos: mercados en los que existe sólo un número limitado de participantes.<sup>18</sup> Debido a la escasez de oferentes, en estos mercados cada firma tiene un cierto poder de mercado relativo a su tamaño, por lo que puede influir tanto en el precio del producto como en las utilidades de todos los demás competidores. El aspecto clave es la existencia de una *interdependencia estratégica* entre los oferentes.<sup>19</sup> Ello implica que las firmas tienen altos incentivos a adoptar sus decisiones de negocios tomando en consideración el actuar de las demás. Dada esta interdependencia, la coordinación en un mercado oligopólico puede eventualmente presentarse incluso sin que

<sup>16</sup> Un acuerdo colusorio (*naked agreement*) no está acompañado por ninguna integración significativa de la producción y su rentabilidad depende del poder sobre el precio. La distinción proviene de *Addyston Pipe* (1898).

<sup>17</sup> La colusión tácita es también llamada “paralelismo consciente”, “efectos coordinados” o “coordinación oligopolística de precios”. Existe un alto grado de discusión respecto a la terminología. En adelante usaré expresión “coordinación tácita” para referirme a todos aquellos casos en los que no exista un acuerdo de por medio (la sugerencia de esta expresión es de WHISH, 2009: p. 548).

<sup>18</sup> El número actual de vendedores considerado “poco” depende del mercado. El término “oligopolio” es usualmente atribuido a CHAMBERLIN (1962 [1933]), aunque él lo atribuye a Sir Thomas More’s *Utopia* (1518), escrito en latín (CHAMBERLIN, 1957). El estudio de industrias concentradas fue impulsado por el trabajo previo del mismo CHAMBERLIN (1929) y por el de FELLNER (1949). La visión que ambos tienen del oligopolio (el “modelo de CHAMBERLIN- FELLNER”) refleja una desconfianza fundamental por este tipo de estructuras de mercado: en el oligopolio la coordinación espontánea no sólo sería posible, sino que constituiría el evento más probable y prácticamente inevitable. En el mismo sentido se pronunció BAIN (1968 [1959]), cuyo texto en organización industrial fue el más importante durante los años 60s. Una visión opuesta sólo vino a nacer luego que la teoría desarrolló el denominado “Dilema del Prisionero” y sus lecciones motivaron el seminal trabajo de STIGLER (1964) (véase *infra*, nota 28). La literatura en materia de oligopolios es abundante. Entre muchos otros, véase SIMON (1934); SWEEZY (1939); HALL y HITCH (1939); STIGLER (1947); TURNER (1962); POSNER (1969); TIROLE (1988: cap. 6); SHAPIRO (1989); SCHERER y ROSS (1990: caps. 6-8); STEVENS (1995); SHY (1995); MONTI (1996); LOPATKA (1996); LIPSEY y CHRYSTAL (1999: pp. 176-181); BISHOP y WALKER (2002: párrafos 2.28-2.42 y 7.28-7.60); IVALDI, REY y TIROLE (2003); STROUX (2004); WERDEN (2004); BROCK (2006).

<sup>19</sup> Otras condiciones necesarias para la formación de un oligopolio son la presencia de barreras de entrada y de productos similares o idénticos.

exista comunicación alguna entre competidores. Esto implica distinguir entre dos tipos de oligopolios diferentes, denominados “cooperativo” y “no-cooperativo”.<sup>20</sup>

En el oligopolio cooperativo, las partes reiteran en el tiempo una serie de acciones y reacciones (estrategias) hasta “arribar” a un precio y cantidad de equilibrio. Ello les permite teóricamente alcanzar los mismos precios y cantidades que un cartel explícito perfecto (y, por cierto, las mismas que un monopolista maximizador de utilidades). Por ejemplo, una firma podría “liderar” o “dar una señal” de un incremento de precios, el que luego sólo es “imitado” por las demás (v.g., BAKER, 1993). Asimismo, la estructura del mercado les da a las firmas la posibilidad de llegar a establecer mecanismos de castigo sin que sea necesaria la presencia de un acuerdo; por ejemplo, mediante una guerra de precios. Debido a las características, el resultado del oligopolio cooperativo puede ser similar al de los carteles, los cuales pueden ser considerados una mera variante de él. Atendida la estructura del mercado, las firmas actúan “como si” existiera un acuerdo. Por esto, la doctrina económica considera que si la cooperación se da en un mercado oligopólico, existe propiamente “colusión” (tácita): puede estimarse que existe una especie de acuerdo informal, implícito, no verbal, que hace posible la coordinación entre las firmas.

A diferencia del oligopolio cooperativo, en el oligopolio no-cooperativo las firmas se comportan de una determinada manera simplemente observando (o anticipando) la conducta llevada a cabo por sus rivales y actuando independientemente de conformidad con ella, por su propio interés.<sup>21</sup> Dicho de otro modo, la maximización de los beneficios es individual, no coordinada.<sup>22</sup> Este comportamiento paralelo les permite llegar a una situación óptima en la cual ninguna de ellas tiene incentivos a alterar su acción dada las acciones llevadas a cabo por

<sup>20</sup> Las diferencias entre ambos tipos de oligopolios son presentadas en YAO y DE SANTI (1993), SHAPIRO (1989) y BAIRD *et al.* (1994). Por cierto, existen numerosos modelos de oligopolio diferentes. Los mencionados son sólo los de mayor relevancia para este capítulo.

<sup>21</sup> El primero y más tradicional modelo de oligopolio no-cooperativo (el “abuelito de los modelos” de oligopolio, de acuerdo a POSNER, 2001: p. 59, nota 10) fue diseñado por COURNOT (1838). En él las firmas compiten eligiendo cantidad. En un principio, este modelo fue ampliamente criticado y rechazado por estar supuestamente basado en un comportamiento “irracional” (FISHER, 1898; CHAMBERLIN, 1929; FELLNER, 1949). Sólo después del trabajo de J. NASH (*infra*, nota 22) y la evolución de la Teoría de Juegos, él fue reinterpretado y considerado como el producto de un comportamiento racional. La crítica revivió brevemente durante los 80s (LAITNER, 1980; BRESNAHAN, 1981; PERRY, 1982), aunque fue rápidamente acallada (véase DAUGHETY, 1985). El segundo modelo más tradicional de oligopolio es el modelo de BERTRAND (1883). En él, las firmas eligen precios y no cantidad. Una explicación sencilla de ambos modelos es presentada en CARLTON y PERLOFF (2004); para un análisis más técnico, véase SHAPIRO (1989).

<sup>22</sup> Una diferencia importante entre el equilibrio que resulta de un oligopolio no-cooperativo y el resultante de, por ejemplo, un cartel, es que en el primero cada agente iguala *su propio* costo marginal con su beneficio marginal (HOVENKAMP, 2005a: p. 161); es decir, cada firma actúa por su conveniencia, sin considerar a las demás. Esta situación, absolutamente intuitiva y comprensible, es conocida en la Teoría de Juegos como “equilibrio (no-cooperativo) de Nash”, el cual es clave para el análisis de mercados oligopólicos. El concepto fue desarrollado principalmente en NASH (1951).

las demás firmas. Por tanto, debido a sus propias características, es imposible hablar propiamente de colusión -ni siquiera tácita- en presencia de oligopolio no-cooperativo, pues por definición es imposible establecer la existencia de coordinación entre las firmas. Sin embargo (he aquí el problema), es perfectamente posible y probable que se presente una situación de equilibrio en la cual las firmas obtengan beneficios supranormales. Ellas podrían, por ejemplo, abstenerse de iniciar recortes de precio que sí ocurrirían en circunstancias más competitivas.<sup>23</sup> Más aún, debido a que no existe ningún incentivo a desviarse del estado de equilibrio (porque todas las firmas están maximizando sus utilidades), los arreglos que resultan de esta clase de estructura pueden ser incluso más estables que un cartel.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Un ejemplo, adaptado del caso *Ethyl* (1984) en Estados Unidos (véase HAY, 2006 y 1999), puede ayudar a distinguir las diversas situaciones. Piénsese en el común caso de 2 estaciones de servicio de gasolina ubicadas una en frente de la otra, a cada lado de una calle. Supóngase que, por cualquier motivo, no existen otras “bombas de bencina” en una gran distancia y que la instalación de otras nuevas no es probable (por ejemplo, porque ellas están ubicadas en una ciudad relativamente pequeña). Asíumase también, como es normal en este mercado, que los consumidores no tienen preferencia por una marca determinada y que, por tanto, su compra estará guiada por el precio del producto (es decir, comprarán en la bomba más barata); que ambas estaciones de servicio tienen la capacidad potencial de servir a todos los consumidores (o la mayoría); y que el flujo de automóviles en ambos sentidos de la calle es similar. Dados estos supuestos, si ambas estaciones cobran el mismo precio, cada una obtendrá más o menos la mitad de las ventas totales. En esta situación, las dos estaciones de servicio poseen un cierto grado de poder de mercado, pero no existe poder de mercado individual. Un primer escenario es la competencia: si ambas compiten, el precio será -soñemos- \$100 el litro de gasolina. El escenario opuesto es el precio fijado por las dos estaciones actuando como cartel. Uno de los dueños cruza la calle y se reúne con su competidor (o intercambian *emails*), y deciden fijar un precio de \$200 (asúumase que este es el precio maximizador de utilidades y que él es claro para los dos dueños). Sin embargo, cuando se separan, cada uno se da cuenta por separado que si mantiene el precio en \$100, el otro -que inicia el alza de precios- perderá todos sus clientes (de hecho, una vez solo en el mercado, el “sobreviviente” -ahora monopolio- podría incrementar el precio y quedarse con todos los beneficios). Dada esta desconfianza mutua, en principio el precio debiera tender a ser el competitivo. Sin embargo, asúumase que -como ocurre en la realidad- cada estación de servicio anuncia sus precios al público con grandes letreros ubicados frente a cada una de ellas. Esto permite a cada dueño subir su precio a \$200 y darse cuenta fácilmente si el otro está haciendo lo mismo; si ello no es así, la reacción puede ser rápida y volver a bajar el precio (nótese que como los consumidores usualmente no guardan gasolina, la pérdida de mercado es limitada). Es decir, con el letrero el riesgo de subir el precio de manera conjunta disminuye notoriamente. A esto se suma que las ventajas de no seguir el alza también disminuyen: en el corto plazo no habrá una ganancia de mercado, y en el largo plazo no seguir el acuerdo implicará un precio más bajo (el competitivo). El precio en el mercado, entonces, será probablemente \$200 y así se mantendrá. Ahora bien: esta misma situación puede ser alcanzada *sin que medie ninguna comunicación* expresa o tácita, directa o indirecta, entre ambos dueños. Supóngase que antes de cruzar al calle, uno de ellos se da cuenta de todo este razonamiento y de que el mismo análisis (racional) también debe haber sido considerado por su competidor; es decir, “uno sabe que el otro sabe lo que uno sabe” y viceversa. Lo que ocurrirá es que el sagaz dueño, sin moverse de su oficina, simplemente subirá el precio, quizás a algo menos que \$200, primero, pero superior a \$100 (digamos, \$150), anunciándolo públicamente. Con mucha seguridad su competidor del frente hará lo mismo. Es poco probable que un tribunal (ni nadie) considere que el “anuncio” de los precios a los consumidores es prohibido, ni menos que es constitutivo de acuerdo o colusión. Simplemente la estructura del mercado permite este resultado. Cómo distinguir si existe comportamiento independiente o no es función de las autoridades de competencia.

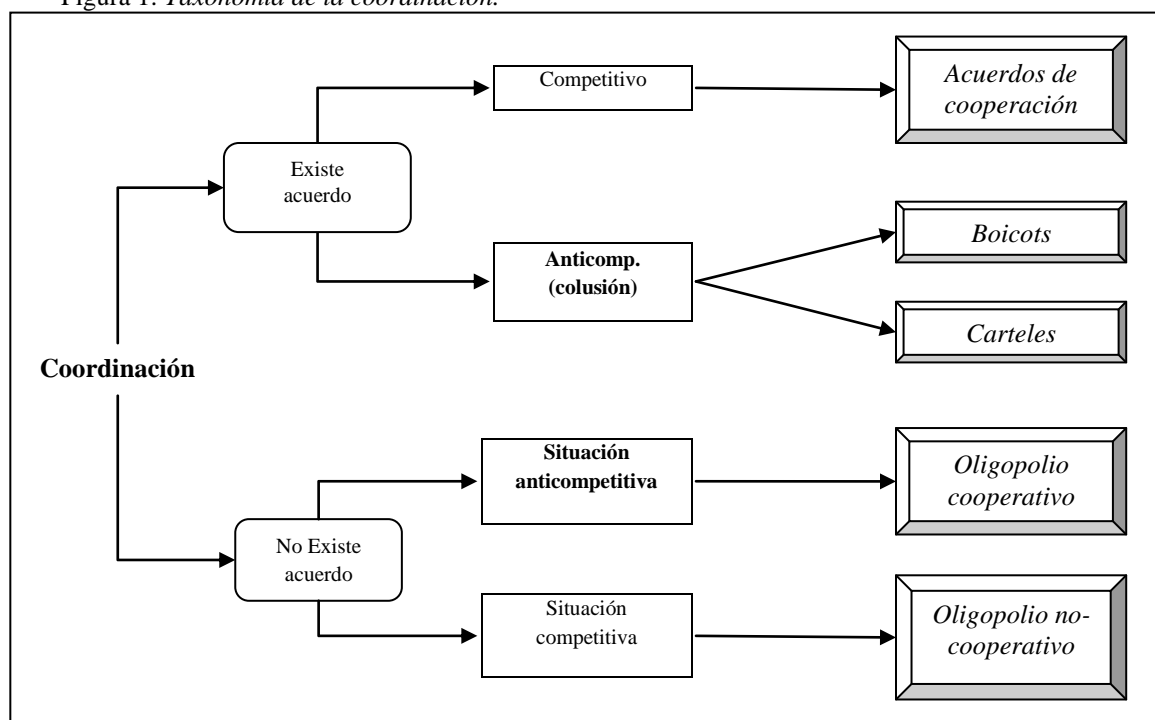
<sup>24</sup> La estabilidad se ve mermada si las firmas son capaces de efectuar discriminación de precios en secreto. En este caso, el equilibrio es indeterminado, pero puede llegar a ser cercano a una situación competitiva (STIGLER, 1968). Nótese, sin embargo, que si las firmas adoptan acciones para corregir tal situación, ello podría llegar a ser considerado colusión tácita (véase *infra*, parte IV.A).

Asimismo, firmas ineficientes podrían sobrevivir incluso cuando sus cuotas de mercado son menores a las de firmas que operan con costos más bajos.

Debido a sus características estructurales, el oligopolio acarrea problemas en materia de competencia: en este tipo de mercados resulta extremadamente complejo establecer con certeza si las partes han actuado de manera independiente en sus decisiones (las que son interdependientes de las decisiones de las demás) o a través de una colaboración subrepticia. Es decir, aunque la coordinación *puede* darse, ella no necesariamente ocurrirá.

La Figura 1 resume las formas de coordinación hasta ahora descritas.

Figura 1: *Taxonomía de la coordinación.*



Desde un punto de vista económico, sin embargo, los problemas derivados de la coordinación entre competidores se enfocan en el resultado de la conducta y no en la forma cómo ese resultado es obtenido. Si existe coordinación anticompetitiva, cualquiera sea su fuente, el resultado podrá ser una pérdida de eficiencia en comparación con el equilibrio competitivo.<sup>25</sup> De aquí la importancia de distinguir con claridad las diversas situaciones. La siguiente sección se enfoca en el análisis de las condiciones generales requeridas para que la coordinación anticompetitiva sea sustentable.

<sup>25</sup> Como se verá (*infra*, IV parte), el concepto *legal* de colusión no cubre completamente el económico.

## B. LAS CONDICIONES DE SUSTENTABILIDAD DE LA COORDINACIÓN

Aunque resulte obvio, para que la coordinación anticompetitiva pueda producirse las firmas deben tener incentivos a coordinarse.<sup>26</sup> Esto implica que los beneficios derivados del actuar conjunto deben ser mayores a los beneficios derivados del actuar separado ( $\pi^{colusión} > \pi^{desviación}$ ). La coordinación anticompetitiva será sustentable sólo mientras se mantengan tales incentivos, lo cual en la práctica depende de la exigibilidad de la cooperación o, lo mismo, de la creación de un régimen de cumplimiento. A su vez, todo régimen de cumplimiento depende de dos condiciones fundamentales (*incentive constraints*): la habilidad de detectar un comportamiento contrario al buscado y la capacidad de sancionar ese comportamiento. En materia colusoria, ambas condiciones son función de las características del mercado relevante.<sup>27</sup>

Primero, entonces, debe existir la posibilidad real de *detectar* las posibles desviaciones del comportamiento conjunto de una forma rápida. En un cartel, una desviación se manifestará normalmente en precios más bajos a los resultantes del acuerdo o la producción de cantidades mayores a las acordadas por los miembros. El problema para estos últimos es que la desviación es un fenómeno relativamente natural dentro del cartel. En efecto, cada miembro posee un fuerte incentivo a la desviación, pues al desviarse puede incrementar su propio beneficio en el corto plazo.<sup>28</sup> Debido a estos “problemas de coordinación”, los carteles son altamente inestables.<sup>29</sup> Esto exige la creación de algún método que permita monitorear el cumplimiento constante de las reglas del cartel.<sup>30</sup> Mientras más simple y efectiva sea la detección de desviaciones, la cooperación será mayor.

<sup>26</sup> Los incentivos se calculan como  $\pi^{colusión} - \pi^{competencia}$ .

<sup>27</sup> Véase *infra* sección II.C.

<sup>28</sup> STIGLER (1964: pp. 44 y 46) fue uno de los primeros en destacar este aspecto. Él indicó que los “oligopolistas desean coludirse para maximizar sus utilidades conjuntas”, pero que “si algún miembro de un acuerdo puede violarlo secretamente, él obtendrá mayores utilidades que conformándose con dicho acuerdo”. Por esto, el problema es “cómo monitorear (*policing*) un acuerdo colusorio”. En el modelo de STIGLER, las firmas coludidas infieren que un rival se ha desviado de la colusión si ellas pierden muchos clientes antiguos de manera inesperada, o ganan algunos clientes nuevos de manera inesperada. Este modelo y su énfasis en la desviación sigue siendo altamente influyente y es citado por numerosas cortes de Estados Unidos (véanse los casos citados en WERDEN, 2004: nota 40).

<sup>29</sup> Véase por ejemplo *Zinc Producer Group* (1984), decidido por la Comisión Europea, donde el término del cartel se produjo precisamente por la extensión de las desviaciones de sus miembros.

<sup>30</sup> Existen diversos mecanismos de monitoreo. La más común es quizás la recolección y reporte constante de las cuotas de mercado de cada miembro sobre la base de las cifras de venta. Este método fue aplicado, entre otros, por los carteles de la lisina y de las vitaminas (CONNOR, 2001: pp. 26, 136 y 207), y por el cartel conocido como “Comité Ejecutivo Conjunto” en la industria de ferrocarriles (PORTER, 1985: pp. 419-20). Otros métodos comunes incluyen la nominación de una tercera parte que supervise las operaciones del cartel; la elección de un auditor independiente en el cual todos los miembros del cartel confían; y el uso de técnicas de espionaje. El monitoreo actúa tanto facilitando la confianza entre los miembros del cartel como substituyéndola, dependiendo del cartel (LESLIE, 2004: pp. 611-5).

Sin embargo, la detección tendrá poca importancia en ausencia del segundo factor necesario para la exigencia de cooperación: deben existir adecuados mecanismos de disuasión a dejar de cooperar. Es decir, debe existir un *castigo* creíble aplicable en caso que la desviación ocurra.<sup>31</sup> El castigo no es necesariamente monetario. Por ejemplo, la represalia puede adoptar una forma “pacífica”, como la simple restauración de la competencia y beneficios “normales”.<sup>32</sup> Sin embargo, pueden también existir castigos más sofisticados y efectivos, comúnmente manifestados en un comportamiento agresivo en el mercado por parte de las demás firmas.<sup>33</sup> Éste sería el caso de una guerra temporal de precios que lleve a las firmas a obtener utilidades bajo los niveles “normales” durante un período de tiempo determinado.<sup>34</sup> Nótese que mientras esta práctica puede ser un ejemplo de activa competencia en el mercado, también puede consistir en un castigo (o servir como “recordatorio” de que la represalia no es una mera posibilidad hipotética). Fuera de las mencionadas, existen otras múltiples formas de castigo.<sup>35</sup> Ellas dependen en buena medida del tamaño y margen de utilidades de los actores involucrados en el comportamiento coordinado.<sup>36</sup> Lo importante para

<sup>31</sup> Uno de los primeros trabajos en desarrollar la idea de aplicar castigos para sustentar la cooperación en el contexto de industrias oligopólicas es BISHOP (1960).

<sup>32</sup> En este caso la colusión se sustenta fuertemente en la confianza (*trust*): si una firma se desvía, no existirá más colusión en el futuro. Refiriéndose específicamente a los carteles, LESLIE (2004: pp. 549-51) destaca que la confianza cumple un triple rol. Primero, crea certidumbre de que el compromiso será asumido; segundo, crea flexibilidad en las relaciones, permitiendo hacer los ajustes necesarios al cartel; tercero, disminuye los costos de transacción, al disminuir la necesidad de llevar a cabo constantes negociaciones respecto de reglas formales e informales. Desde un punto de vista económico, una estrategia de este tipo puede ser del tipo “estrategia de gatillo” (*trigger strategy*). En esta clase de estrategias, una firma  $i$  cooperará con las demás en un período  $t$  siempre que éstas cooperen en  $t - 1$ . Si la cooperación cesa, entonces la firma  $i$  “aprieta el gatillo” y seguirá una estrategia no-cooperativa para siempre (!). Es decir, el castigo es pacífico, pero severo. Con todo, ésta puede no ser la estrategia más conveniente (véase *infra*, nota 33).

<sup>33</sup> En la Teoría de Juegos, existe un tipo de estrategias conocidas como “ojo por ojo” (*tit-for-tat*), las cuales parecen llevar a los mejores resultados para quien las aplica (AXELROD, 1984). En este tipo de estrategias, una firma jugará en un período  $t$  lo mismo que su oponente jugó en  $t - 1$ . De este modo, incluso si ocurre una desviación, la cooperación puede ser retomada en algún período siguiente. Es decir, el castigo es más agresivo, pero menos severo.

<sup>34</sup> GREEN y PORTER (1984) predicen que las guerras de precios debieran ser activadas por fluctuaciones no anticipadas de la demanda, y que ellas serán más frecuentes mientras más elevado sea el número de firmas en la industria o más concentrada sea ésta. En consecuencia -argumentan- la duración óptima de una guerra de precio también está afectada por el número de firmas. PORTER (1985) confirma las predicciones del modelo, usando el ejemplo del “Comité Ejecutivo Conjunto”, un cartel en materia de ferrocarriles surgido hacia finales de 1870s.

<sup>35</sup> A modo ejemplar, algunos carteles han aplicado multas pagadas a un administrador (*trustee*), mientras que otros han impuesto una obligación sobre quien excede las ventas acordadas de comprar una cantidad equivalente a las sobreventas a las demás firmas (sobre todo a aquellas que han vendido bajo la cuota permitida). Otros carteles han implementado sistemas de solución de controversias, los cuales ciertamente no poseen las mismas garantías de un sistema judicial: para que el sistema sea percibido como un “castigo”, normalmente la culpabilidad se presume hasta que se prueba la inocencia (véase BERNSTEIN, 1992, analizando la solución de controversias en el cartel de los diamantes). Además de éstas, existen otras formas de castigo incluso más agresivas, como la descrita *infra*, en nota 74.

<sup>36</sup> En el sector de abarrotes, la *Competition Commission* (CC) del Reino Unido ha indicado que grandes comerciantes minoristas (como los supermercados) pueden reducir precios rápidamente y en cantidades suficientes como para imponer un costo significativo en los rivales que se desvían del comportamiento

que el castigo sea efectivo es que la pérdida de beneficios impuesta sobre la firma que eventualmente se desvía sea significativa, esto es, que sea suficientemente alta como para prevenir desviaciones; y que esté en el interés de las firmas llevar a efecto la represalia una vez que la desviación ocurre.<sup>37</sup> El primer requisito tiene una racionalidad de corto plazo y puede exigir acciones costosas de parte de las firmas; el segundo, en cambio, tiene una racionalidad de largo plazo. Cumpliéndose ambos, los costos del castigo sobrepasarán a las ganancias de corto plazo derivadas de la desviación.

En suma, los beneficios derivados de la coordinación deben ser mayores a aquellos derivados de la desviación. Esta afirmación es denominada normalmente “condición de sustentabilidad de la colusión” (coordinación anticompetitiva, en la terminología usada en este capítulo), la cual debe sostenerse para cada firma que participa en el cartel. Formalmente,

$$\pi_i^c + \delta V_i^c \geq \pi_i^d + \delta V_i^d \quad i = 1, \dots, n. \quad (1)$$

o,

$$\pi_i^d - \pi_i^c \leq \delta (V_i^c - V_i^d) \quad (2)$$

Donde  $c$  es el costo variable unitario que cada firma enfrenta;  $\pi_i^c$  y  $V_i^c$  representan las utilidades actuales y el valor presente de esas utilidades, respectivamente, que una firma  $i$  recibe si opta por coludirse (siempre que todas las otras firmas también estén coludidas);  $\pi_i^d$  representa las utilidades actuales que esa firma  $i$  recibe si opta por no coludirse cuando todas las otras firmas lo hacen; y  $V_i^d$  corresponde al valor presente de las utilidades de la misma firma  $i$  en los periodos que siguen a la desviación (es decir, la etapa de castigo). Bajo condiciones de competencia, el precio competitivo está dado por  $p = c$ . Si dos o más firmas interactúan reiteradamente, ellas pueden llegar a coordinarse y alcanzar un precio colusivo  $p^c$

---

coordinado; por tanto, las firmas que se desvían arriesgan incurrir en altas pérdidas derivadas de la pérdida de consumidores. El castigo –prosigue la CC– puede incluso ser más efectivo cuando la coordinación está centrada en un número de productos relativamente bajo, pues las ganancias de la desviación serán muy pocas comparadas con la pérdida producida por el castigo impuesto mediante la rebaja de precios en un amplio rango de productos (CC, 2008: ¶8.28 y ¶8.29). De esto se sigue que la extensión de las reducciones de precios puede proveer evidencia respecto de la credibilidad del castigo.

<sup>37</sup> IVALDI *et al.* (2003) notan que el segundo requisito puede resultar difícil de alcanzar, pues la represalia es un equilibrio en sí misma. Por ejemplo, siempre existe la posibilidad de volver al estado “normal” de competencia. Lo importante es si tal situación es suficientemente efectiva como para detener las desviaciones.

$> c$ .<sup>38</sup> Las ganancias serán repartidas y a cada firma le corresponderá una proporción de las ganancias totales, dadas por:<sup>39</sup>

$$\pi_i^c = (p^c - c) D(p^c) \quad (3)$$

Para saber cuándo una firma preferirá ese resultado es necesario aplicar un “factor de descuento”  $\delta$ , que representa el peso que las firmas ponen en los beneficios futuros.<sup>40</sup> La influencia de este factor se observa en las ecuaciones (1) y (2). Dado que desde la perspectiva de una firma el castigo es un hecho futuro y los beneficios de la desviación son inmediatos, la posibilidad de colusión depende de la constante comparación entre utilidades actuales y futuras. Esta comparación es reflejada en el factor de descuento  $\delta$ .<sup>41</sup> En general la colusión es sustentable si y sólo si el factor de descuento no es muy pequeño (es decir, si y sólo si las firmas ponen suficiente peso en los beneficios futuros).<sup>42</sup>

### C. ¿CUÁNDO ES MÁS PROBABLE QUE SE PRESENTE COORDINACIÓN ANTICOMPETITIVA?

La multiplicidad de formas de castigo y de mecanismos colusivos hace que en muchas industrias las posibilidades de que exista coordinación anticompetitiva sean altas. El problema deviene en saber qué tan altas son esas posibilidades. Lamentablemente, existe

<sup>38</sup> El precio colusivo ideal es  $p^c = p^m$ , donde  $p^m$  es el precio monopolístico. Por simplicidad he asumido que las firmas producen productos homogéneos (esto es, cada firma produce el mismo bien) a un costo variable unitario  $c$ . Sin embargo, como se verá, la homogeneidad del producto tiene un efecto ambiguo en la colusión.

<sup>39</sup> El resultado colusivo asume que cada firma tiene un entendimiento tácito que la desviación llevará a una guerra de precios que revertirá el resultado al precio competitivo. De acuerdo al *folk theorem*, en juegos repetidos con un horizonte infinito, las firmas en “equilibrio colusivo” pueden ganar *cualquier* utilidad promedio entre 0 y el precio colusivo si el factor de descuento es suficientemente largo. Por ello, el uso de castigos lleva a las firmas a velar por el interés colectivo más que por el propio. En otras palabras, como expresan SCHERER y ROSS (1990: p. 220), en esta clase de juegos “cualquier cosa puede pasar”. Véase FRIEDMAN (1971) para una prueba del *folk theorem* con aplicación al oligopolio. El teorema, cuyo origen es desconocido, es explicado en término simples por BAIRD *et al.* (1994); y por GIBBONS (1992), de forma más técnica.

<sup>40</sup>  $\delta \in (0, 1)$ . Mientras más se acerque a 1, más sostenible es la colusión; por el contrario, mientras más cercano a 0, menores serán las posibilidades de subsistencia de la colusión. El factor de descuento también puede ser expresado en función de la tasa de interés entre dos períodos de tiempo:  $\delta = 1/(1 + r)$ , siempre que la firma no enfrente riesgo alguno y tenga libre acceso al mercado. De este modo, si  $\delta \rightarrow 0$ ,  $r \rightarrow \infty$ ; y si  $\delta \rightarrow 1$ ,  $r = 0$  (el valor futuro es igual valor presente).

<sup>41</sup> En las ecuaciones (1) y (2) lo he asumido igual para todas las firmas.

<sup>42</sup> La literatura estándar en materia de organización industrial (v.g., TIROLE, 1988: cap. 6; IVALDI *et al.*, 2003), normalmente expresa la condición de sustentabilidad de la siguiente forma:

$$\delta \geq (\pi_i^d - \pi_i^c) / (V_i^c - V_i^p) \equiv \delta^* \quad i = 1, \dots, n.$$

Donde el factor de descuento  $\delta$  debe ser mayor a un factor de descuento “crítico”  $\delta^*$  que indica cuan fácil es sostener la colusión.



poca evidencia económica (al menos en mi conocimiento) que clarifique cómo ciertas industrias se coordinarán en torno a un equilibrio colusivo y cuál será éste.<sup>43</sup> Lo único que es posible analizar es la evidencia existente respecto de las características del mercado que afectarán la probabilidad de que exista colusión.<sup>44</sup>

La posibilidad de que exista colusión en una industria determinada está asociada a un relativamente largo número de factores que afectan la condición de sustentabilidad de la coordinación.<sup>45</sup> En líneas generales, tales factores son estructurales, relativos a la demanda, relativos a la oferta, y de otros tipos. Junto con su efecto en la coordinación, ellos son resumidos en la Tabla 1 y analizados a continuación.

Tabla 1: Resumen de factores que afectan la coordinación anticompetitiva.

Factores que afectan la coordinación anticompetitiva			Efecto en la sustentabilidad de la coordinación anticompetitiva		
			Positivo	Negativo	Ambiguo
Factores estructurales	Número de participantes	Alto		x	
		Bajo	x		
	Barreras de entrada	Numerosas	x		
		Escasas o nulas		x	
	Frecuencia de la interacción y de los ajustes de precio	Alta	x		
		Baja		x	
	Transparencia del mercado	Alta (mercado estable)	x		
		Baja (mercado inestable)		x	
Factores relacionados con la demanda	Crecimiento	Mercados en crecimiento	x		
		Mercados estables o en declinación		x	
	Fluctuaciones	Alta		x	
		Baja	x		
	Elasticidad	Elástica			x
		Inelástica			x

<sup>43</sup> Este punto puede ser explicado más formalmente con el siguiente ejemplo tomado de MOTTA (2004: p. 166). Supóngase que las firmas interactúan infinitamente y que aplican estrategias “de gatillo” (*supra*, nota 32). Cada firma fija un precio  $p \in [c, p^m]$ , donde  $c$  es el costo marginal y  $p^m$  el precio conjunto que maximiza las utilidades. Estas estrategias representarán un equilibrio si

$$\pi(p) / n (1 + \delta + \delta^2 + \delta^3 + \dots) \geq \pi(p)$$

De esto se sigue que  $\delta \geq 1 - 1/n$ . Así, el mismo valor del factor de descuento permite sostener un continuo de soluciones de equilibrio: cualquier precio entre el precio de Bertrand y el precio monopolístico puede ser fijado en equilibrio.

<sup>44</sup> Recuérdese que esto depende críticamente del factor de descuento  $\delta$ . Las características de una industria en particular afectan este factor: si un factor “facilita” la colusión, el factor reducirá el umbral colusorio, y viceversa.

<sup>45</sup> Gran parte de la literatura se centra en el estudio de estos factores (a veces llamados “prácticas facilitadoras”). Entre otros véase PAGE (2008); JONES y SUFFRIN (2008); MOTTA (2004); IVALDI *et al.* (2003); CC (2003); HAY (1982 y 2006).

Factores relacionados con la oferta	Características de las firmas	Simetría de costos	x		
		Asimetría de costos		x	
	Innovación	Mucha		x	
		Poca	x		
	Diferenciación del producto	Vertical	(similar a asimetría de costos)		
		Horizontal			x
	Contactos en el mercado	Multi-mercados	x		
		Un mercado		x	
Otros factores	Poder de compra	Alto		x	
		Bajo	x		
	Presencia de una firma disidente	----			x
	Inventarios y excesos de capacidad	----			x

### 1. Factores estructurales

En primer término, ciertas estructuras de mercado pueden facilitar la coordinación anticompetitiva. Así, *ceteris paribus*, en principio es más probable que se produzca colusión en mercados con un menor número de firmas, en especial cuando aquella se sustenta en acuerdos tácitos.<sup>46</sup> Este efecto se produce no sólo porque es más fácil para las firmas coordinar su comportamiento, sino también porque el castigo frente a una desviación será más creíble y efectivo.<sup>47</sup> Mientras más sean las firmas participantes, las ganancias provenientes de la coordinación anticompetitiva (de largo plazo) disminuyen y las ganancias provenientes de la desviación (de corto plazo) aumentan, lo que hace más complejo prevenir la desviación.

<sup>46</sup> La idea es intuitiva, pero existen pocos estudios que la sustenten. HUCK *et al.* (2004) argumentan que los efectos anticompetitivos son más probables de ocurrir en mercados duopólicos y menos en mercados oligopólicos con más firmas. Por su parte, en su reciente investigación del mercado del suministro de abarrotes en el Reino Unido, la CC sostiene que “la creciente concentración en la cadena de suministro de abarrotes puede hacer que la colusión sea más probable. El intercambio de información entre comerciantes minoristas vía sus suministradores es más simple cuando existen pocos suministradores de un particular producto o categoría” (CC, 2008: ¶8.10). Nótese que aun cuando existe un fin legítimo en principio, los peligros para la competencia subsisten: “Esta consolidación ha sido en cierta medida fomentada por los comerciantes minoristas de abarrotes, quienes han buscado reducir sus costos mediante la reducción del número de suministradores que son usados en cada categoría de productos. Si esto continúa, tal consolidación puede hacer que la colusión sea más fácil de adoptar” (*Ibid.*: ¶8.12). La CC encontró evidencia de aumentos de concentración en el sector de productos diarios (particularmente procesamiento de leche, distribución de azúcar, sal y bebidas carbonatadas) y en el sector de productos frescos (especialmente fruta).

<sup>47</sup> Con todo, el número de participantes en el mercado no es lo relevante. Así como hay mercados en que a pesar de haber muchos agentes existe una falla, también existen casos de oligopolios benignos en términos de la competencia. La esencia del problema competitivo sigue siendo el poder de mercado unilateral o colectivo. Si bien *prima facie* un mercado con pocos actores facilita la coordinación, la identificación del poder de mercado no es un asunto “contable”.

Las barreras de entrada son otro factor estructural a considerar.<sup>48</sup> El actuar coordinado es más probable de presentarse cuando no existen entrantes cuyo comportamiento es desconocido. Por ello, en principio, mientras menores sean las barreras de entrada a un mercado, más complejo será mantener los beneficios de la coordinación anticompetitiva. Con pocas barreras de entrada es menos probable que puedan mantenerse precios supra-competitivos, porque ellos gatillan la entrada de competidores (por ejemplo, mediante estrategias de *hit-and-run*). Con todo, la existencia de potenciales entrantes no es una condición suficiente para romper con la coordinación anticompetitiva, sino que depende en gran medida de la credibilidad de la reacción del o los incumbentes.<sup>49</sup>

Un tercer factor estructural es el grado de interacción reiterada entre las firmas durante un cierto período de tiempo.<sup>50</sup> Es más fácil sostener una conducta colusoria si las firmas interactúan frecuentemente, pues ellas podrán reaccionar de manera más rápida frente a una desviación. La misma idea es válida respecto de la frecuencia de los ajustes de precio: cuando los precios son ajustados de manera frecuente, las represalias son más rápidas y la firma desviada no puede gozar de las ventajas del desvío por mucho tiempo. Por lo mismo, no es importante si las firmas “venden” o “producen” en cada período o sólo esporádicamente, sino la frecuencia de la interacción y/o del ajuste de precios. Si los agentes no interactúan y no prevén hacerlo en el futuro, o no son capaces de ajustar sus precios con rapidez, la colusión es improbable, pues el castigo frente a la desviación no es creíble.<sup>51</sup>

Finalmente, la transparencia del mercado es otra condición estructural necesaria que facilita la coordinación anticompetitiva (STIGLER, 1964; GREEN y PORTER, 1984; ABREU *et*

---

<sup>48</sup> El debate respecto de qué se entiende por barreras de entrada en materia de competencia es de larga data. Las posiciones antagónicas fueron primero desarrolladas por BAIN (1954, 1956 y 1968 [1959]) y STIGLER (1968). El examen de este debate excede los límites de este trabajo. En esta materia, existen variadas condiciones que deben ser revisadas y que pueden resultar relevantes en un contexto de *retail*. Entre otras, las ventajas de costos que los comerciantes minoristas más grandes posean en comparación a los nuevos entrantes; el control de la propiedad de bienes raíces, que puede frustrar la entrada a ciertos mercados geográficos locales; el patrón de crecimiento de la industria durante un período de tiempo dado (por ejemplo, cuántas tiendas se abren, el régimen de propiedad de éstas); la planificación y expectativas de crecimiento futuro; y la presencia de potenciales actores internacionales. Económicamente, el impacto de la entrada (o amenaza de entrada) de nuevos competidores puede ser calculado a través de los llamados “experimentos naturales”.

<sup>49</sup> Nótese que no es necesario que el entrante ingrese al mercado en iguales términos que el incumbente. Lo importante es el efecto de la entrada. Como señaló la Corte Europea de Justicia (CEJ) en *Airtours* (2002: ¶213-14), la cuestión relevante es si un suficientemente amplio número de pequeños entrantes puede disminuir el comportamiento del oligopolio dominante y neutralizar los efectos anticompetitivos de la restricción de cantidad llevada a cabo por éste.

<sup>50</sup> La interacción incluye situaciones de propiedad cruzada o participación minoritaria entre competidores, e incluso *joint-ventures*. Esto disminuye las posibles ganancias de la desviación. (MARTIN, 1995). Nótese que la participación debe ser minoritaria, no llevar al control. Si este último es el caso, existirá una fusión para efectos de la aplicación del derecho de la competencia.

<sup>51</sup> Esto implica, en términos de la Teoría de Juegos, que la colusión debe ser modelada como un juego dinámico (repetido) y no como un juego de jugada única (v.g., DICK, 1998).

*al.*, 1986). Para que las firmas coordinadas sean capaces de castigar de manera rápida y efectiva, ellas deben primero ser capaces de identificar la desviación.<sup>52</sup> Si los precios no son observables con facilidad o (de manera más fundamental) si ellos no pueden ser fácilmente inferidos de los datos de mercado, la coordinación es difícil de sostener.<sup>53</sup> Es decir, si la incertidumbre afecta el mercado y lo vuelve inestable, la coordinación es limitada: en el caso de la colusión expresa, el monitoreo se torna complejo; en el caso de la colusión tácita, a las firmas se les vuelve más difícil diferenciar si los ajustes de precio reflejan nuevas condiciones de mercado o son producto de una desviación. Por el contrario, un ambiente de negocios relativamente estable facilita el monitoreo.<sup>54</sup> En este sentido, resulta importante analizar diversos aspectos del flujo de información.<sup>55</sup> Por una parte, su naturaleza: mientras menos agregada y más detallada es la información, más fácil resultará la detección de desviaciones (KÜHN, 2001). Por otra parte, la rapidez con que ella puede ser obtenida: incluso si la información es detallada, ella puede no ser útil para la detección de desviaciones si está disponible sólo después de un relativamente largo período de tiempo.

## 2. Factores relacionados con la demanda

Un segundo grupo de factores que pueden facilitar la coordinación anticompetitiva se relaciona con las características de la demanda. Por una parte, si -como vimos- la

---

<sup>52</sup> La transparencia está estrechamente asociada con la concentración. Como ha expresado la CC en el Reino Unido, el mercado debe ser lo suficientemente concentrado para que las firmas puedan enterarse del comportamiento de sus rivales para que cualquier desviación del comportamiento coordinado sea rápidamente detectada (CC, 2003). En su investigación del mercado del suministro de abarrotes en el Reino Unido, la CC encontró evidencia de un considerable grado de transparencia en el sector, debido a las estrategias de precios uniformes a nivel nacional implementadas por los cuatro comerciantes minoristas más grandes y por otros, y debido a la publicación de datos que muestran los precios actuales de miles de artículos puestos a la venta por cada uno de los cuatro mayores comerciantes minoristas (CC, 2008: ¶8.25).

<sup>53</sup> Nótese que la transparencia no necesariamente previene la colusión, pero la hace más difícil de sostener y limita su ámbito. Sin embargo, es también posible que la falta de transparencia dificulte la formación del acuerdo en un principio. Es decir, la colusión puede ser difícil de acordar, pero fácil de castigar si se logra; o puede ser fácil de acordar pero compleja de castigar. Lamentablemente la relación no es precisa y existen pocos estudios en este sentido.

<sup>54</sup> Supóngase un mercado en el que existen un pequeño número de grandes actores, cuyos compromisos financieros son a largo plazo: cada firma puede esperar que sus principales rivales estarán presentes en el mercado en el futuro, lo que contribuye a la estabilidad. No es difícil de imaginar este tipo de mercados en materia de *retail*.

<sup>55</sup> Por ejemplo, en su investigación del mercado del suministro de abarrotes en el Reino Unido, la CC investigó los correos electrónicos entre los dos principales supermercados compradores y sus suministradores, encontrando que algunos de ellos proveían información sobre los rivales. “La revisión consistentemente mostró que los suministradores proveían información a los comerciantes minoristas acerca de los precios actuales a los cuales sus competidores estaban vendiendo sus productos, así como detalles de las promociones actuales de productos implementadas por esos competidores. Existieron también algunos ejemplos donde los suministradores ofrecieron información a los comerciantes minoristas de abarrotes relativa a los planes futuros de sus competidores” (CC, 2008: ¶8.19). Aun cuando la CC no investigó especialmente la aceptación de esas ofertas de información, encontró evidencia de rechazo en los *emails*.

coordinación anticompetitiva es más fácil de sostener cuando las ganancias de corto plazo provenientes de la desviación son pocas comparadas con el costo de las represalias, ella será más fácil de sostener en mercados en crecimiento, en los cuales las utilidades actuales son menores que las futuras.<sup>56</sup> Por el contrario, si el mercado está en declinación la coordinación anticompetitiva es más difícil de sostener, porque los beneficios futuros (incluso sin considerar el castigo) son escasos —especialmente si el mercado está al borde del colapso.

Este resultado puede parecer en cierta medida contra-intuitivo. Normalmente el crecimiento de la demanda es visto como un factor que dificulta la coordinación anticompetitiva. Sin embargo, ello depende crucialmente de las barreras de entrada: bajas barreras de entrada pueden llevar a que el crecimiento del mercado desincentive la coordinación anticompetitiva (y viceversa). Con todo, el efecto intrínseco del crecimiento (esto es, separado de las condiciones de entrada) es el mencionado en el párrafo anterior.

Las fluctuaciones de la demanda son un segundo factor a considerar. En general, una demanda estable contribuye a la transparencia del mercado, de manera que facilita el descubrimiento de las desviaciones y por ende la coordinación anticompetitiva.<sup>57</sup> Las fluctuaciones de la demanda, por el contrario, dificultan dicha coordinación, especialmente si ellas son determinísticas (por ejemplo, en el caso de ciclos estacionarios) más que aleatorias (ROTEMBERG y SALONER, 1986; HALTIWANGER y HARRINGTON, 1991). La idea subyacente es que cuando los mercados están en su *peak*, las ganancias de la desviación se maximizan y los potenciales costos del castigo se minimizan, por lo que la coordinación anticompetitiva es más difícil de sostener o, lo mismo, se requiere de un factor de descuento muy alto.<sup>58</sup> Por esto si la demanda no es estable, sino que en ciertos períodos es más alta que el promedio, los incentivos a desviarse se acrecientan.

Finalmente, el efecto de la elasticidad de la demanda en la sustentabilidad de la coordinación anticompetitiva es ambiguo o, mejor dicho, la primera no tiene impacto en esta última.<sup>59</sup> Sin embargo, es importante considerar que la elasticidad sí afecta las ganancias derivadas de la coordinación anticompetitiva. Si la elasticidad es baja, las firmas pueden

---

<sup>56</sup> Siempre que el número de participantes se mantenga fijo.

<sup>57</sup> En materia de *retail*, la demanda de muchos productos es estable, dado que son de primera necesidad para el consumidor (por ejemplo, en el caso de los abarrotes o el vestuario).

<sup>58</sup> Por cierto, la colusión se facilita cuando la demanda está en la parte baja del ciclo. Sin embargo, de todos modos la colusión es más difícil de sostener que en ausencia de fluctuaciones.

<sup>59</sup> En contra, JONES y SUFFRIN (2008) argumentan que las firmas serán capaces de incrementar precios y aumentar sus utilidades sólo cuando la demanda por sus productos sea inelástica.

mantener altos precios sin perder un gran número de consumidores.<sup>60</sup> En otras palabras, el potencial impacto en el bienestar de los consumidores es más grande mientras más inelástica sea la demanda.<sup>61</sup>

### 3. Factores relacionados con la oferta

Otros factores están relacionados con la oferta. Un primer conjunto de ellos se relaciona con las características de las firmas, y puede ser agrupado en torno al principio de que “es más fácil coludirse entre iguales”. Así por ejemplo, la simetría de las firmas en cuanto a su estructura de costos afecta positivamente la sustentabilidad de la coordinación anticompetitiva (BAIN, 1948).<sup>62</sup> Ante todo, a firmas con costos asimétricos les es difícil acordar una estrategia de precios común.<sup>63</sup> Pero incluso si logran un consenso en un precio colusivo, las firmas con menores costos tendrán incentivos poderosos a la desviación, especialmente porque la amenaza de represalias es poco creíble. Sin embargo, previendo esta posibilidad las firmas podrían compartir los beneficios de la coordinación anticompetitiva de manera asimétrica, otorgando mayores utilidades a aquellas con menores costos. Asimismo, ha sido argumentado que las firmas podrían alcanzar el resultado colusivo mediante una redistribución de las cuotas de mercado, concediendo tácitamente un mayor porcentaje a la firma de menor costo (HARRINGTON, 1989). No obstante, si bien esta táctica puede ayudar a mantener la coordinación anticompetitiva, de todos modos no iguala las condiciones a la situación de simetría, porque aunque las firmas de bajo costo son incentivadas a sostener la coordinación, los incentivos de las firmas de alto costo también son afectados (IVALDI *et al.*, 2003). Esto implica que el análisis debe ser altamente cuidadoso en esta materia: aun cuando es probable que la coordinación anticompetitiva conlleve cuotas de mercado asimétricas que

<sup>60</sup> El precio es más alto cuando la demanda es inelástica, debido a que el índice Lerner es inversamente proporcional a la elasticidad de la demanda:

$$L = p^m - c / p^m = 1 / \varepsilon(p^m)$$

Donde la elasticidad es  $\varepsilon(p^m) = pD'(p)/D(p)$ ; y  $p^m$  es el precio monopolístico (el precio colusivo ideal) que maximiza las ganancias conjuntas:  $\pi^{conjuntas} = (p - c)D(p)$ .

<sup>61</sup> Nótese que, sin embargo, el impacto en el bienestar general es ambiguo, porque los incrementos de precios generan menos distorsiones cuando la demanda es inelástica (véase TIROLE, 1988).

<sup>62</sup> MASON *et al.* (1992) confirman esta conclusión en juegos experimentales de duopolio. En materia de *retail*, la CC (2008: ¶8.27) ha encontrado evidencia de que los cambios en los costos de producción afectan por igual a todos los comerciantes minoristas de abarrotes en el Reino Unido.

<sup>63</sup> Esto ocurre por tres razones. Primero, las firmas más eficientes (que manejan un costo marginal menor) preferirán un precio que las demás no pueden o no desean sostener. Segundo, no será posible establecer un “punto focal” (SCHELLING, 1981 [1960]). Finalmente, razones tecnológicas presionarán la transferencia de cuotas de mercados a las firmas eficientes, lo cual requiere de acuerdos expresos u otras transferencias (monetarias o no) (SCHMALENSEE, 1987).

reflejen los diversos costos de las firmas, esta asimetría puede implicar evidencia indirecta de una más profunda diferencia que tiende a evitar la coordinación.

Una variante de la asimetría de costos es la idea de que la coordinación anticompetitiva es más difícil de sostener cuando la innovación en el mercado es alta. Esto por cuanto la innovación, particularmente cuando ella es repentina y drástica, permite a las firmas obtener considerables ventajas por sobre sus rivales. Por esto, ella reduce tanto las posibilidades de coordinación futura como las de castigo. En este sentido, es irrelevante que la innovación provenga del incumbente o de un entrante innovador. En principio al menos, un mercado con alta innovación debiera quitar pocas horas de sueño a las autoridades protectoras de la libre competencia.

La simetría puede también darse en otros ámbitos tales como capacidad, tamaño, cuotas de mercado o rango de producción. En general, la literatura indica que si las firmas son asimétricas los incentivos a desviarse son mayores, especialmente si la capacidad agregada es limitada (COMPTE *et al.*, 2002; LAMBSON, 1994). Así por ejemplo, un incremento de capacidad introducido por una firma, incluso pequeño, restringe las posibilidades de castigo y aumenta las ganancias derivadas de la desviación. En cambio, los efectos de la simetría son ambiguos (ABREU, 1986; BROCK y SHANKMAN, 1985). Si las firmas enfrentan restricciones de capacidad, ello disminuye las ganancias de desviarse, pero a la vez restringe la capacidad de adoptar represalias.

Las características del producto son un segundo grupo de factores relacionados con la oferta que afectan la sustentabilidad de la coordinación anticompetitiva. Aquí, el factor central es la diferenciación horizontal de los productos. Esta consiste en la oferta de diferentes combinaciones de características de un mismo producto, posiblemente a precios comparables, pero dirigidas a diversos tipos de consumidores.<sup>64</sup> Claramente, tal diferenciación tiene por objetivo segmentar el mercado, crear lealtad y ganar poder de mercado sobre un grupo específico de consumidores. Esta segmentación afecta la coordinación anticompetitiva de manera contradictoria. Por una parte limita las ganancias de la desviación, al hacer más complejo atraer nuevos consumidores; por otra, limita la severidad de una eventual guerra de precios en caso de desviación, haciendo el castigo menos creíble. Por ello, la literatura indica que la homogeneidad o heterogeneidad horizontal del

---

<sup>64</sup> La diferenciación vertical, por su parte, hace referencia al desarrollo de un “mejor producto”, es decir, a diferencias de calidad. En este caso las firmas están en una situación similar a la asimetría de costos, de modo que el análisis es similar al anterior: la firma que se diferencia ofreciendo mejor calidad tiene mayores incentivos a la desviación (los cuales están en directa relación a la magnitud de la ventaja competitiva).

producto tiene un impacto ambiguo en la coordinación, facilitándola o dificultándola dependiendo de la naturaleza de la situación competitiva; esto es, dependiendo de si se está en presencia de competencia de precios o competencia por cantidades (ROSS, 1992; MARTIN, 1993).<sup>65</sup>

No obstante este resultado, la homogeneidad del producto es normalmente considerada por las autoridades de competencia como un factor que facilita la coordinación anticompetitiva.<sup>66</sup> Esto puede deberse a que la diferenciación exacerba los problemas informacionales en mercados poco transparentes (RAITH, 1996). Si, por el contrario, todas las firmas ofrecen el mismo producto, les será más sencillo inferir la información relevante del mercado a partir de sus propias cantidades y precios, no obstante el mercado no es transparente.

Un último factor ligado a la oferta son los contactos entre firmas en diversos mercados. Existe evidencia de que la coordinación anticompetitiva se sostiene más fácilmente cuando ello así ocurre (BERNHEIM y WHINSTON, 1990).<sup>67</sup> Esto por tres razones. Primero, porque se incrementa la frecuencia de la interacción; segundo, porque permite disminuir las asimetrías que pueden presentarse en uno de los mercados; y tercero, porque puede permitir a las firmas coludirse en mercados cuyas características por sí solas no lo permitirían.<sup>68</sup>

#### 4. Otros factores

Además de los anteriores, existen otros factores que pueden resultar particularmente relevantes en el contexto del *retail*. Algunos disminuyen la posibilidad de coordinación. Por ejemplo, el poder de compra permite estimular la competencia entre vendedores o incluso inducir la desviación de vendedores ya coludidos (SNYDER, 1996). Asimismo, grandes

---

<sup>65</sup> El efecto ambiguo se comprende mejor pensando en productos diferenciados. Mientras éstos en principio no facilitan la colusión, por la dificultad de aplicar un castigo (la demanda será positiva incluso si los rivales reducen sus precios), también pueden facilitarla por la misma razón: la desviación es menos beneficiosa (la reducción de precios debe ser de magnitud considerable para ganar una gran cuota de mercado). De aquí que *no* es más probable que se produzca colusión entre firmas que producen productos homogéneos como -digamos- gasolina (v.g., HOSKEN *et al.*, 2008, mostrando alta heterogeneidad y variedad en los precios) que entre aquellas que producen productos heterogéneos como -por ejemplo- bebidas colas.

<sup>66</sup> Así ocurre, por ejemplo, en los análisis de fusiones en Europa. Un análisis algo similar se efectuó implícitamente en *D&S/Falabella*, sobre la base de su controversial concepto de *retail* integrado. El TDLC consideró expresamente un aumento de la probabilidad de colusión en el mercado (Considerando 225) en base a la homogeneidad de los productos producidos por las únicas dos cadenas de *retailers* “integrados” (agradecimiento a F. Agüero por este punto).

<sup>67</sup> Evidencia empírica posterior reafirma este punto. Véase EVANS y KESSIDES (1994), respecto de la industria aérea, y PARKER y RÖLLER (1997), respecto de la telefonía móvil.

<sup>68</sup> A primera impresión pudiera parecer que los contactos en varios mercados *disminuyen* la sustentabilidad de la colusión, pues permiten a las demás firmas aplicar castigos en todos esos mercados al mismo tiempo. Sin embargo, como explica MOTTA (2004), la firma que se desvía puede hacerlo en todos los mercados al mismo tiempo. El punto crucial es la relación con las asimetrías.



compradores pueden diseñar esquemas de compra que reducen el ámbito de la coordinación anticompetitiva.<sup>69</sup> Otros factores, por el contrario, aumentan las posibilidades de coordinación. Por ejemplo, las órdenes regulares, así como una alta frecuencia de ellas, facilitan la coordinación anticompetitiva porque ayudan a imponer un castigo creíble (MOTTA, 2004). Finalmente, la relación entre coordinación anticompetitiva y otros factores es más ambigua. Así ocurre, por ejemplo, con el rol de los inventarios y excesos de capacidad.<sup>70</sup>

Un último factor a considerar es la presencia de una firma disidente. Intuitivamente, la presencia de tal firma contraría el aludido principio que señala que “es más fácil coludirse entre iguales”, por lo que ella en principio atenta contra la sustentabilidad de la coordinación anticompetitiva.<sup>71</sup> Sin embargo, el efecto final depende en gran medida de las características de tal firma y de los motivos de su disidencia.<sup>72</sup>

\* \* \* \* \*

Todos los factores mencionados facilitan la sustentabilidad de la coordinación anticompetitiva. Resta analizar cuál es el resultado adverso que ella produce en los mercados.

#### D. EL COSTO SOCIAL DE LA COORDINACIÓN Y SU IMPACTO

Previo a analizar el costo social de la coordinación anticompetitiva es necesario reiterar que, desde un punto de vista económico, no existe diferencia entre los efectos de la colusión tácita y expresa. Ambos casos llevan a un incremento de los precios y producen ineficiencias distributiva, productiva y/o dinámica. Sin embargo, más allá de esta afirmación, generalizar acerca de los costos sociales de la colusión es sin duda más complejo que hacerlo respecto del

<sup>69</sup> Por ejemplo, la compra de un producto en grandes cantidades mediante subastas espaciadas reduce la interacción entre firmas. Si las cantidades son aumentadas en cada subasta, las ganancias de corto plazo inducen a la desviación; si las subastas son espaciadas, es menos probable que las represalias sean adoptadas con rapidez. Por cierto, el poder de compra no debiera ser adquirido mediante conductas anticompetitivas. En este sentido, en el contexto norteamericano, algunos estudios han encontrado substanciales bajas de precios en presencia de conspiraciones de compradores. Por ejemplo, KWOKA (1997) reporta un 32% de baja en licitaciones de bienes raíces cuando la oferta ha sido manipulada; y NELSON (1993) reporta entre un 17% a un 28% de baja en los precios en licitaciones de autos para la policía cuando la oferta ha sido manipulada.

<sup>70</sup> Argumentando que los excesos de capacidad son necesarios para producir colusión, porque el castigo es más creíble, BENOIT y KRISHNA (1987) y DAVIDSON y DENECKERE (1990). En contra, COMPTE *et al.* (2002). Nótese que se requiere de firmas simétricas. De lo contrario, mientras más desigual sea la distribución de capacidad, menos probable es que exista colusión.

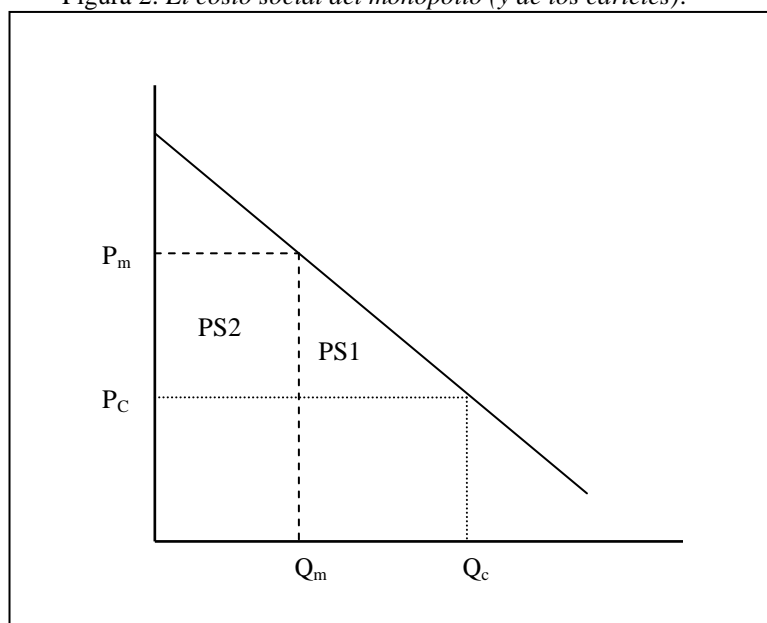
<sup>71</sup> Como señala HOVENKAMP (2005a), la firma disidente es una espina clavada en la piel del cartel. En principio, ella habita en el mejor de los mundos: no se ve forzada a seguir los precios acordados, pero puede hacerlo sin recortar su nivel de producción (de hecho, puede incrementar su producción y vender mucho a un precio sólo un poco más bajo que el del cartel). Asimismo, la firma disidente no tiene responsabilidad en materia de competencia.

<sup>72</sup> El concepto de firma disidente no es claro. Puede referirse simplemente a una firma que no desea seguir al acuerdo colusivo y comportarse agresivamente. Pero bien puede referirse a una firma que es sustancialmente diferente de sus rivales, por ejemplo porque posee un factor de descuento ( $\delta$ ) más pequeño, utiliza su capacidad de manera diferente, o tiene una variedad menor de marcas.

costo social del monopolio. En principio, por definición, los carteles se comportan como monopolistas y, por tanto, sería esperable que el costo social fuera el mismo en ambos casos.<sup>73</sup> Sin embargo, esta no es necesariamente la realidad.

Recuérdese que el costo social del monopolio tiene esencialmente dos partes, como se muestra en la Figura 2.

Figura 2: El costo social del monopolio (y de los carteles).



La primera (PS1) es la pérdida social que resulta de la ineficiente distribución de los recursos a causa de una ineficiente substitución del consumo (*deadweight loss*). La cantidad competitiva ( $Q_c$ ) disminuye hasta el nivel monopolístico ( $Q_m$ ) y el precio aumenta. Esta pérdida puede ser menor en el caso de un cartel, atendidos los problemas de coordinación inherentes a éstos, los cuales no permiten que los miembros identifiquen exitosamente el precio que les permite maximizar sus utilidades, por una parte, y acuerden el nivel de restricción de cantidades para mantener los precios a ese nivel, por otra. Enseguida, la segunda pérdida asociada al monopolio (PS2) resulta de los recursos ineficientemente utilizados por el monopolista para adquirir o mantener su posición (*rent-seeking*). Esta pérdida es normalmente mayor en el caso de los carteles, también debido a los problemas de coordinación: los miembros del cartel utilizan demasiado tiempo anticipando utilidades para

<sup>73</sup> Desde el punto de vista de la competencia, el costo social del monopolio es igual a la pérdida social que se produce a consecuencia del precio monopolístico y el comportamiento del monopolista, menos cualquier ganancia social que el monopolio pueda producir.

llegar al acuerdo respecto de precio y cantidad; elaborando tácticas para desviarse del acuerdo; y buscando soluciones a este último problema. El cartel, además, debe invertir su tiempo excluyendo rivales, exclusión que es más costosa y difícil que en el caso del monopolio. Asimismo, los carteles “puros” (*naked cartels*) normalmente se forman sólo por acuerdo y no por innovación, por lo que no existe eficiencia dinámica que actúe como balance a las ineficiencias señaladas (HOVENKAMP, 2005a). Como se observa, el costo social de la colusión es más indeterminado que el del monopolio.<sup>74</sup> No obstante, él debiera tender a ser al menos igual o incluso mayor.

Éste no es el caso del costo social del oligopolio no-cooperativo, el cual debiera tender a ser menor al del monopolio. En este caso, PS1 es menor en la medida que la reducción de cantidad es menor. Asimismo, PS2 es también menor si las firmas no tienen incentivo a “desviarse”; tal incentivo sólo existirá (y PS2 será en consecuencia significativa) si existe la posibilidad de realizar rebajas discriminatorias de precios.<sup>75</sup>

Más allá de estas ideas generales (que sólo abarcan los *tipos* de pérdida social), no existen hasta hoy estudios completos que calculen la pérdida social de la colusión (al menos en mi conocimiento). Tales costos deben ser calculados considerando todas las posibles ganancias netas sociales. En ciertos casos, por ejemplo, el costo de las medidas será más alto que simplemente dejar una industria actuando oligopolísticamente. No obstante, en líneas generales el costo social de la colusión tenderá a ser muy alto y el beneficio muy pequeño.

El impacto de los acuerdos colusorios, particularmente de los carteles, sí ha sido analizado y testeado empíricamente. En este caso el foco no está en el cálculo de la pérdida social producida por el cartel, sino en los efectos en el precio causado por su existencia (v.g.

<sup>74</sup> Eventualmente existe una tercera pérdida social (PS3) que no está reflejada en la Figura 1 por ser una externalidad. A diferencia de las dos tratadas en el texto, PS3 no se relaciona con los costos impuestos por el monopolista, sino con la pérdida de la inversión de competidores y quizás terceros. El ejemplo extremo está dado por dos fábricas, una de las cuales es incendiada por el gerente de la otra con el objeto de crear un monopolio. De las dos tratadas en el texto, PS1 es, en este caso, indeterminada, y PS2 equivale al costo de los materiales para quemar (gasolina, fósforos, etc.) más el costo de oportunidad del gerente. PS3 es el costo que la quema produce a la víctima: valor de la fábrica, pérdida de empleos, etc. AYRES (1985: especialmente Figura 4 y nota 42 en p. 117) indica que PS3 podría incluso incluir prácticas que causan *deadweight loss* (PS1) en mercados secundarios. Nótese que en la práctica existen castigos equivalentes a este algo burdo ejemplo. SCHELLING (1981 [1960]), por ejemplo, relata que las firmas que se desviaron de los precios fijados por un cartel en Chicago en los años 20s, en la industria de vestuario, fueron castigadas con una explosión pagada por el administrador del cartel. En Estados Unidos, véanse asimismo los casos *Allied Tube* (1988) y *Hydrolevel* (1982).

<sup>75</sup> PS3 también debiera ser menor, dado que las firmas no actúan en concierto y, por tanto, les resulta más complejo desarrollar prácticas exclusionarias que a un monopolista. Por cierto, dentro de un oligopolio *à la Cournot* puede haber firmas con poder de mercado suficiente como para excluir de manera similar a como lo haría un monopolista.

LEVENSTEIN y SUSLOW, 2006).<sup>76</sup> Así, por una parte, la literatura teórica en general parece aceptar que, *ceteris paribus*, la variabilidad de los precios tiende a decrecer cuando se pasa de estructuras competitivas a otras oligopólicas o monopólicas.<sup>77</sup> Sin embargo, los análisis empíricos y experimentales son menos concluyentes.<sup>78</sup> Existe una gran dispersión en cuanto a los efectos de la colusión; y el impacto de esta última depende en gran medida del método empleado para calcular las ganancias ilícitas. Asimismo, la correlación entre el sobreprecio promedio atribuido al cartel y el tamaño del mercado generalmente no es medida. Hasta hoy, el más reciente y comprensivo estudio en la materia parece ser el llevado a cabo por CONNOR y LANDE (2005), quienes analizan un amplio número de carteles para determinar cuán alto los carteles suben los precios en promedio. Otros estudios anteriores, bastante más acotados, también intentan calcular dicho sobreprecio. Sus resultados son resumidos en la Tabla 2.

Tabla 2: *Sobreprecio cobrado por los carteles de acuerdo a diversos estudios.*

Referencia	No. de carteles	Sobreprecio promedio	
		Promedio aritmético ( <i>mean</i> )	Media
COHEN y SCHEFFMAN (1989)	5 – 7	7.7% - 10.8%	7.8% - 14%
GRIFFIN (1989)	38	46%	44%
SPROUT (1993)	25	Efecto promedio inexistente. 10% en los casos más exitosos.	
POSNER (2001)	12	49%	38%
LEVENSTEIN y SUSLOW (2002)	22	43%	44.5%
WERDEN (2003)	13	21%	18%
OECD (2003)	12	15.75%	12.75%
CONNOR y LANDE (2005)	674	31%	28%

*Fuente:* adaptada de CONNOR y LANDE (2005). Las referencias se encuentran en dicho artículo.

No obstante la abundante literatura, aún es poco lo que se sabe respecto del daño causado por la conducta de un cartel. Sin embargo, estos estudios no sólo muestran que efectivamente existe un daño grave causado por el cartel, sino que permiten descartar dos errores al adoptar una determinada política anti-colusión: uno, la aplicación de una regla general estándar para estimar ese daño; y dos, permiten descartar erradas presunciones en cuanto al daño causado.

<sup>76</sup> El nivel máximo del sobreprecio debido a la colusión depende de la elasticidad de la demanda. En general, al igual que en el caso del monopolio, una demanda menos elástica lleva a precios más altos (véase *supra*, nota 60, y el texto principal).

<sup>77</sup> Entre otros, STIGLER (1961 y 1964), SALOP (1977), SALOP y STIGLITZ (1982), DANA JR. (1999). Un modelo teórico es presentado en HARRINGTON y CHEN (2006).

<sup>78</sup> Por ejemplo, BORENSTEIN y ROSE (1994); HARRINGTON (2005) y BOLOTOVA *et al.* (2008). Esto últimos dos estudios argumentan que un incremento en el promedio aritmético (*mean*) de los precios y una reducción de la varianza puede indicar presencia de colusión en el mercado. Con todo, la evidencia empírica y experimental es particularmente mixta en cuanto a su predicción de los efectos en la varianza.

Estos aspectos son analizados al final de la siguiente parte, luego del estudio de otros aspectos de la colusión.

### III. LA COLUSIÓN (EN ESPECIAL SOBRE LOS CARTELES)

A pesar que desde un punto de vista económico no existe diferencia entre colusión expresa y tácita, legalmente las jurisdicciones tienden a diferenciar el tratamiento de ambas. Mientras toda autoridad “seria” en materia de competencia combate carteles y acuerdos explícitos entre competidores (MOTTA, 2004), existen innumerables divergencias respecto del tratamiento que debe darse a infracciones menos flagrantes o conductas que conllevan resultados anticompetitivos sin que exista colusión manifiesta de por medio. Esta parte analiza los acuerdos explícitos entre competidores.

#### A. LA NECESIDAD DE UN “ACUERDO”

Es claro que la colusión expresa requiere de la existencia de un acuerdo. Así por ejemplo, la legislación europea requiere la prueba de un “acuerdo”, “decisión de asociación de empresas” o “práctica concertada” (Artículo 81(1) CE).<sup>79</sup> Con una redacción similar, la ley chilena exige la presencia de “acuerdos expresos o tácitos” o “prácticas concertadas”, los cuales se consideran “hecho, acto o convención” (DL 211, artículo 3° inciso primero y segundo letra (a)).<sup>80</sup> Aunque las prácticas concertadas se refieren a prácticas que si bien no alcanzan a configurar un acuerdo, pero implican la elaboración conjunta de un “plan adverso para el proceso competitivo” (BISHOP y WALKER, 2002: 139-40), la tendencia actual en

---

<sup>79</sup> El Artículo 81(1) CE indica:

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

(a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

(b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

(c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

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

(e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de obligaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”.

<sup>80</sup> El reciente proyecto de ley aprobado por el Congreso introduce importantes cambios a la redacción del DL 211 (Boletín 4234-03). Los cambios pertinentes a este capítulo son analizados *infra* en la sección III.C.3.

Europa es considerar los acuerdos y las prácticas concertadas como una clasificación conjunta, no siendo importante distinguir entre ambos conceptos.<sup>81</sup> Dada la similitud entre ambos textos legales, en Chile la interpretación debiera ser similar. Esto se ve reafirmado por el derecho norteamericano, donde el texto legal se refiere a “contratos”, “combinaciones” o “conspiraciones” (Sección §1 de la *Sherman Act*).<sup>82</sup> A pesar de esto, los autores concuerdan en que los tres conceptos hacen referencia a la necesidad de un acuerdo.<sup>83</sup>

El concepto de acuerdo ha sido normalmente interpretado de manera muy amplia. Él incluye ciertamente contratos en sus múltiples formas, así como convenciones, acuerdos de conciliación y otros similares.<sup>84</sup> Sin embargo, para estos efectos también son considerados “acuerdos” conductas que eventualmente pueden llegar a no ser consideradas legalmente vinculantes, tales como: las meras tratativas (*understandings*); las promesas; los protocolos de entendimiento; los llamados “acuerdos de caballeros”; las “pautas de conducta” (*guidelines*) que son meramente adheridas por otros participantes; simples circulares y “advertencias”; etc.<sup>85</sup> Asimismo, la forma del acuerdo no importa: él puede ser formal o

---

<sup>81</sup> En *Polypropylene* (1986) la Comisión Europea distinguió conceptualmente entre acuerdos y prácticas concertadas. Sin embargo, reconociendo que lo importante es distinguir entre acuerdos colusorios y no-colusorios, en *PVC II* (1994) sostuvo la existencia de un “acuerdo y/o práctica concertada”. La Corte de Primera instancia (CPI), reafirmando la clasificación conjunta, rechazó la apelación de las partes en este punto, indicando que “[e]n el contexto de una infracción compleja que involucra muchos productores buscando durante un gran número de años regular el mercado entre ellos, la Comisión no puede esperar clasificar la infracción de manera precisa, por cada firma y en cada momento dado, pues en cualquier caso ambas formas de infracción están cubiertas por el Artículo [81] del Tratado”, y señaló que aun cuando existieran elementos de un acuerdo y de una práctica concertada, la Comisión no tiene la necesidad de probar ambos elementos para configurar la infracción (*NV Limburgse*, 1999, ¶665-99; el mismo raciocinio ya lo había esbozado en *Rhône-Poulenc*, 1991). La Comisión volvió a usar la clasificación conjunta en *British Sugar* (1999), *Cartonboard* (1994) y *Pre-insulated Pipe Cartel* (1999). La CEJ, por su parte, confirmó esta postura en *ANIC* (1999) (una de las apelaciones de *Polypropylene*; para una crítica, WESSELY, 2001) y en *Asnef-Equifax* (2006); en este último los tres conceptos de “acuerdo”, “práctica concertada” y “decisión” fueron equiparados.

<sup>82</sup> La Sección §1 de la *Sherman Act* indica:

“Todo contrato, combinación en la forma de consorcio [*trust*] u otra, o conspiración, que restrinja el intercambio o el comercio entre los Estados, o con naciones extranjeras, es declarado ilegal. Toda persona que contrate o participe en cualquier combinación o conspiración aquí declarada ilegal será considerada culpable de delito grave y, condenada por el mismo, será castigada con una multa que no exceda de los \$100.000.000 si se trata de una corporación, o, si se trata de otra persona, \$1.000.000, o con prisión que no exceda de 10 años, o con ambos castigos, a discreción de la corte”.

<sup>83</sup> Por ejemplo, HAY (2006: 879) señala que las cortes en Estados Unidos no distinguen entre los tres términos usados por la ley, de modo que “a la mayoría de los estudiantes de libre competencia se les enseña que la sección prohíbe acuerdos que restrinjan el comercio”. En el mismo sentido, AREEDA y HOVENKAMP (2003: ¶1400a), señalan que los tres términos “envuelven un único concepto...acuerdo”; y WERDEN (2004), reiterando la discusión de los anteriores.

<sup>84</sup> Un ejemplo en el cual un convenio en materia de patentes fue considerado acuerdo puede ser visto en la jurisprudencia europea en *Bayer* (1988).

<sup>85</sup> En la jurisprudencia europea véase, por ejemplo, *Chiefarma* (1970), donde la CEJ consideró un acuerdo “de caballeros”; y los casos de la Comisión Europea *National Panasonic (UK)* (1982) (condenando el mero “entendimiento” entre Panasonic y sus revendedores) y *Anheuser-Busch* (2000) (considerando las pautas de conducta como acuerdo).

informal; escrito u oral; varios acuerdos conexos pueden ser considerados uno solo; el acuerdo puede haber cesado, pero puede ser ilegal si sus efectos siguen produciéndose; e incluso puede considerarse que existe acuerdo cuando sólo una de las partes revela su intención de coludirse.<sup>86</sup> En ocasiones, un “acuerdo general” basta; esto es, existe responsabilidad de todos los integrantes aunque sólo algunas de las firmas concertadas participen en la operación “diaria” del cartel.<sup>87</sup>

En cuanto a los sujetos, el acuerdo puede haber sido adoptado por las firmas o por asociaciones de firmas.<sup>88</sup> Asimismo, él puede ser acordado por empleados actuando en el ámbito de sus funciones, caso en el cual la firma es responsable aun cuando ellos no hayan sido autorizados o instruidos por los gerentes o el directorio.<sup>89</sup>

Esta amplitud implica que el concepto mismo de acuerdo tiene escasa importancia en materia de colusión expresa. En este sentido, basta sólo “un guiño” para mostrar aquiescencia. Lo único importante es probar una “intención común” entre las partes (ODUDU, 2006: p. 61). En principio, entonces, mientras más extendida sea la definición de acuerdo adoptada en un sistema, más efectiva será la persecución de conductas colusorias.

## B. LA DETECCIÓN Y PRUEBA DEL ACUERDO

La agencia de competencia debiera contar con sus propios poderosos, amplios y efectivos medios de investigación para ejercer un rol activo en la detección de carteles. La experiencia

---

<sup>86</sup> En la jurisprudencia europea véase, entre otros, *Pre-insulated Pipe Cartel* (1999), donde un acuerdo formal no había sido alcanzado en todas las materias; *Tepea* (1978), encontrando un acuerdo oral; *EMI Records* (1976), *Hercules NV* (1991) y *Acerinox* (2001), sancionando aun cuando el acuerdo había expirado, pero sus efectos continuaban; y *Tate & Lyle* (2001), en el cual una sola parte manifestó su intención colusoria.

<sup>87</sup> En *Polypropylene* (1986) la Comisión Europea estableció la existencia de un acuerdo y concluyó que los 15 miembros del cartel eran culpables de infringir el Artículo 81 CE, aun cuando no todos habían atendido cada reunión y no todos habían estado envueltos en cada aspecto del acuerdo, e incluso a pesar de que algunos miembros mostraron reticencia respecto de algunos puntos (y, por cierto, trataron de desviarse). La Comisión indicó que la participación en un “acuerdo general” era suficiente para condenar. El mismo criterio fue posteriormente aplicado en *PVC I* (1989), *LdPE* (1989), *PVC II* (1994), *Amino Acids* (2001) y *Dutch Bitumen* (2006). El criterio de la suficiencia de un “acuerdo general” ha sido confirmado por la CPI en *Rhône-Poulenc* (1991) y también en la apelación de *PVC II (NV Limburgse)*, 1999, donde sostuvo que una firma puede ser estimada infractora de la competencia incluso si participa en sólo algunos de los aspectos del acuerdo, “si se demuestra que sabía, o debía haber sabido, que la colusión en la cual participaba...era parte de un plan general tendiente a distorsionar la competencia y que ese plan general incluía todos los elementos constitutivos de un cartel”. Sin embargo, el acuerdo general debe ser probado y no presumido de otros: véanse *Cement* (2000) y *BASF* (2007), fallados por la CPI.

<sup>88</sup> Por ejemplo, una aparente “recomendación” de una asociación puede ser considerada “acuerdo”. En Europa, véase por ejemplo *FENEX* (1996) e *IAZ* (1983), decido por la Comisión Europea y fallado por la CEJ, respectivamente; en Chile, *Adutax* (2002). Con mayor razón la práctica será si la asociación es un mero vehículo del cartel.

<sup>89</sup> En Chile, éste parece haber sido el caso en *Farmacias II* (2009). En Europa se considera las firmas debieran adoptar programas internos que eviten el quebrantamiento de las leyes de protección de la competencia, y hacerlos cumplir. Aún más, en varios países existe la posibilidad de aplicar sanciones personales a los empleados que participaron en la colusión. Véase *infra*, nota 146.

comparada así lo demuestra. Esto incluye, sin lugar a dudas, la implementación de un programa de indulgencia (*leniency programme*) que permita reducir las sanciones a los infractores que auto-denuncien su comportamiento ilícito ante las autoridades, pero también otras importantes herramientas complementarias a estos programas.<sup>90</sup> La carencia de tales facultades investigativas amplias era hasta ahora una seria debilidad del sistema chileno, que por fortuna ha sido relativamente subsanada.<sup>91</sup> Tales facultades son esenciales para el combate de la colusión, dado la amenaza de ser descubierto por la agencia es una de las vías más efectivas de combatir los carteles. Si ellas son combinadas con altas sanciones, el efecto disuasivo aumenta.<sup>92</sup>

Con todo, la falta de medios de detección no ha sido el único problema del derecho chileno en el combate contra los carteles; los aspectos probatorios también juegan un rol fundamental. En Chile, incluso cuando han sido detectados, los carteles no han sido

---

<sup>90</sup> Los programas de indulgencia proveen una poderosa arma para combatir los carteles. Por ello, luego de que fueran introducidos por primera vez en Estados Unidos en 1993, su uso se ha expandido considerablemente. Actualmente, por ejemplo, los 30 países integrantes de la OCDE (excepto Turquía) cuentan con ellos, además de otros como Brasil, Corea del Sur, Islandia y Liechtenstein. Con todo, a pesar de su importancia, los programas de indulgencia están lejos de ser una herramienta infalible para erradicar carteles y, por tanto, sus debilidades deben ser reconocidas. Primero, ellos no constituyen sino una herramienta más para combatir los carteles, cuya efectividad depende largamente de las medidas complementarias adoptadas en la legislación. Enseguida, MOTTA y POLO (2003) muestran que estos programas pueden *inducir* a la colusión bajo ciertas condiciones, pues reducirían los costos esperados de incumplir con la ley. Así, la introducción de un programa de indulgencia podría producir una reacción pro-colusoria, dado que las firmas estarían en condiciones de anticipar la respuesta de la autoridad. Sin embargo, esto es un problema sólo desde la perspectiva de la disuasión *ex ante* de carteles (sobre disuasión, véase *infra*, III.D). Si bien los programas de indulgencia son relativamente inefectivos en prevenir la formación de carteles o disuadir de un comportamiento pro-colusorio, ellos continuarían siendo altamente efectivos desde el punto de vista de la detección (OCDE, 2003). Sin embargo, recientemente SCHINKEL (2007) ha argumentado que una de las imperfecciones centrales de este tipo de programas es que ellos sólo permitirían descubrir carteles “viejos y agonizantes”, no aquellos de formación reciente. La auto-denuncia acontecería muchos años después de formado el acuerdo y casi nunca al comienzo. En tal sentido, su efectividad sería limitada. Con todo, esto sólo enfatiza la necesidad de las herramientas complementarias.

<sup>91</sup> En Chile, la falta de un programa de amnistía fue crecientemente denunciada por la doctrina (v.g., GONZÁLEZ, 2006, 2007a, 2007b). La reciente reforma al DL 211, aprobada por el Congreso, incorpora esta posibilidad en la legislación y dota a la FNE de otros mecanismos más eficientes de detección y prueba en materia de carteles. Estos mecanismos se encuentran en el Artículo 39 del DL 211. Su tratamiento, sin embargo, excede los límites de este capítulo.

<sup>92</sup> Sobre sanciones, véase *infra*, III.D. Por ejemplo, en Europa las multas han sido incrementadas en promedio desde la incorporación de programas de amnistía (BRENNER, 2005). Algunos autores han destacado el uso de recompensas como una alternativa a la reducción de penas o multas (SPANOGLO, 2004). Este método es empleado en otras áreas del derecho, como por ejemplo en la “*False Claim Act*” (31 U.S.C. §3729 *et seq.*) en Estados Unidos, que confiere recompensas monetarias a quienes reporten fraudes al Estado. Sin embargo, su uso en materia de libre competencia conlleva el peligro de reducir el impacto de la estrategia disuasoria: el incentivo para una firma podría ser inducir a sus rivales a formar un cartel para luego acogerse a la amnistía y recibir la recompensa. Además requiere contar con un presupuesto especial para hacer creíble el uso de la medida (GONZÁLEZ, 2007a). Hasta ahora, los únicos países (en mi conocimiento) que hacen uso de recompensas son Corea del Sur y, recientemente, el Reino Unido, que ofrece hasta £100.000 a cambio de información para identificar y accionar en contra de carteles (con todo, la política en principio sólo dura 18 meses, contados desde febrero de 2008, luego de lo cual se adoptará una decisión definitiva acerca de ella. Mayores informaciones en <[www.oft.gov.uk/advice\\_and\\_resources/resource\\_base/cartels/rewards](http://www.oft.gov.uk/advice_and_resources/resource_base/cartels/rewards)>).



adecuadamente condenados, debido en gran medida a los altos estándares probatorios exigidos por la Corte Suprema.<sup>93</sup> La carga de probar la existencia del cartel recae en la agencia de competencia, quien para tales efectos puede presentar tanto evidencia “dura” o material (*hard evidence*) como evidencia circunstancial.<sup>94</sup> Si bien esta última no es tan conclusiva como aquella, aún puede ser persuasiva y servir de base para condenar en algunas ocasiones (OCDE, 2004).<sup>95</sup> Esto quiere decir que el acuerdo puede ser probado por presunciones; las cuales, por cierto, admiten prueba en contrario. En la práctica, sin embargo, la Corte ha enfatizado en demasía la evidencia material y ha tendido a denegar el importante rol que cumple la evidencia circunstancial, reduciendo las posibilidades reales de probar la colusión.<sup>96</sup>

Asimismo, la Corte Suprema exige dolo directo en materia de colusión: el acuerdo debe estar conscientemente dirigido a atentar contra la competencia. Este es un estándar demasiado severo. En el derecho comparado, el elemento intencional es más flexible, de manera de facilitar la persecución y sanción de carteles.<sup>97</sup> En analogía con el derecho penal, sólo se requiere dolo eventual o incluso la mera culpa consciente (!) para establecer la existencia de un acuerdo.

Con todo, aunque el énfasis de la discusión ha sido puesto en los problemas de detección y prueba (los que de todos modos son altamente relevantes), éstos no constituyen el

---

<sup>93</sup> Una explicación para esto dice relación con el interminable problema del excesivo formalismo que impera en el sistema chileno, el cual atenta contra la protección de la competencia. El estándar de prueba en materia de *retail* es tratado con mayor detalle en el capítulo de GREBE y PRIETO, en esta misma obra. En Europa, dicho estándar fue fijado en *Compagnie Royale Asturienne* (1984), donde la CEJ sostuvo que la evidencia debe ser “suficientemente precisa y coherente” para probar la infracción.

<sup>94</sup> La evidencia dura incluye prueba material tales como *emails*, documentos, grabaciones, etc. Esta clase de evidencia evita errores del Tipo I (*infra*, nota 99) y, por consiguiente, es más confiable. La evidencia circunstancial, en cambio es construida sobre la base del comportamiento de las firmas, el cual solo puede ser explicado en un acuerdo explícito entre ellas (el análisis mezcla elementos económicos y legales). Por ejemplo, en *Interstate Circuit* (1939) la Corte Suprema norteamericana consideró como prueba la “radical desviación” del defendido de sus prácticas comerciales previas. Para mayores antecedentes, véase HAY (2006), y la parte IV de este capítulo, referida a la coordinación tácita.

<sup>95</sup> La posición judicial chilena es a lo menos contradictoria con la posición internacional. Mientras la Corte Suprema parece requerir evidencia concreta que muestre barreras de entrada, utilidades excesivas y otros indicios de rentas monopólicas para probar que competidores han formado un cartel, “[e]n otras jurisdicciones, evidencia sobre tales puntos podría ser considerada como evidencia circunstancial relevante acerca de la existencia de un acuerdo, pero tal evidencia no sería requerida para probarlo” (OCDE, 2004: p. 39).

<sup>96</sup> Por ejemplo, el factor determinante en *Farmacias I* (1995) fue una lista de precios establecida de manera concertada por los *retailers*, la cual fue proveída voluntariamente a la FNE por uno de los miembros del cartel. Asimismo, las controversiales decisiones de la Corte en 2006 (*Oxígeno Líquido* y *Navieras*), que revirtieron las condenas impuestas por el TDLC, argumentaron principalmente que la evidencia era insuficiente, aunque en ambos casos el comportamiento paralelo parecía convincentemente acompañado de otros factores que podrían haber permitido probar la existencia de un acuerdo (sobre comportamiento paralelo, véase *infra* parte IV).

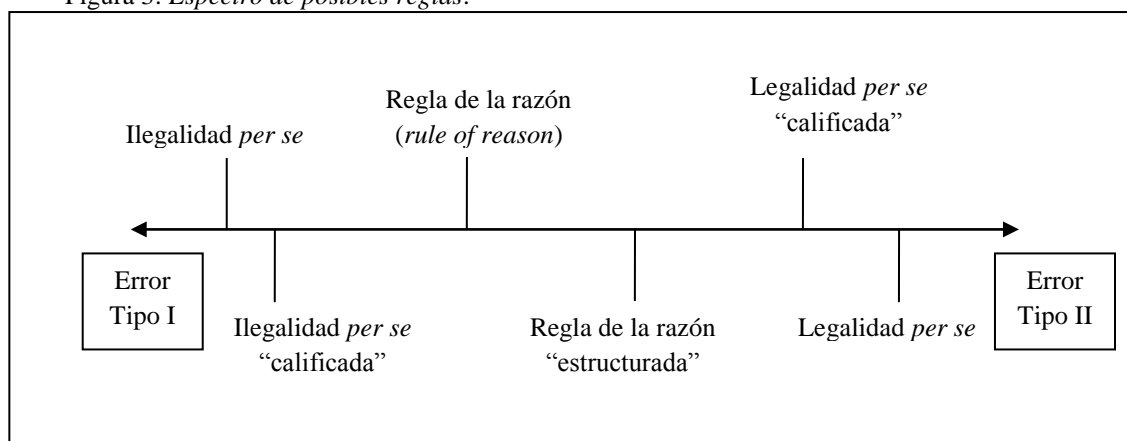
<sup>97</sup> Véase *supra*, II.C (mostrando los factores que facilitan la colusión) y III.A (analizando la jurisprudencia extranjera en materia de acuerdos. El mismo estándar se aplica en materia de intercambio de información (véase *infra* IV.B).

inconveniente más grave que enfrenta el tratamiento de la colusión expresa en Chile. Existe aún otro aspecto que ha impedido “tomar en serio” la gravedad de los carteles y avanzar en su adecuada persecución: en la práctica, contrario a lo que ocurre en el derecho comparado, tanto la Corte Suprema como el TDLC no ha establecido una regla ‘*per se*’ en materia de sanción de carteles. Este problema es analizado en la siguiente sección.<sup>98</sup>

### C. LA REGLA APLICABLE

Una vez que es probado, y siempre que se cumplan los demás requisitos legales, la coordinación entre firmas puede ser sancionada de acuerdo a las reglas establecidas en el respectivo marco legal.<sup>99</sup> Éstas son sintetizadas en la Figura 3.<sup>100</sup>

Figura 3: *Espectro de posibles reglas.*



<sup>98</sup> Existe aún un tercer aspecto. Hasta la fecha, demasiado énfasis ha sido puesto en la dotación de medios a la FNE, particularmente la introducción de un programa de amnistía. Sin embargo, incrementar su conocimiento técnico es al menos igualmente importante. La OCDE (2004: p. 40), por ejemplo, ha denunciado un problema de *expertise* que no puede ser atribuido a la simple falta de medios de detección de los carteles. De acuerdo a ese organismo, la FNE “debiera revisar la literatura acerca de sanciones a carteles al preparar los materiales para los casos y otras políticas, para apoyar la imposición de multas significativas contra los quebrantadores de la ley”. Esta afirmación es quizás exagerada e injusta, pero tiene un punto.

<sup>99</sup> Un sistema óptimo de reglas debiera maximizar el bienestar en el largo plazo, minimizando los costos resultantes de condenar prácticas lícitas (error Tipo I) como de condonar prácticas ilícitas (error Tipo II) (como expresan EHRLICH & POSNER, 1974: p. 268: “La reducción de un estándar a una serie de reglas crea en la práctica tanto ‘sobre-inclusión’ como ‘baja-inclusión’”). La ‘sobre-inclusión’ es conocida como error Tipo I, e implica en este contexto que ciertos acuerdos pro-competitivos pueden ser prohibidos. La ‘baja-inclusión’ es conocida como error Tipo II, e implica tolerar ciertos acuerdos anticompetitivos. Además, el sistema debiera simplificar las etapas de administración y el cumplimiento, y permitir la adopción de decisiones predecibles.

<sup>100</sup> La literatura en materia de reglas es abundante. Entre otros, véase BORK (1965), EHRLICH y POSNER (1974), GELLHORN y TATHAM (1984), PIRAINO (1991) y BLACK (1997). Una reciente crítica de la dicotomía *per se* v. regla de la razón es hecha por CHRISTIANSEN y KERBER (2006) (argumentando en pro de un análisis caso a caso y no por categorías). Un análisis de la regla *per se* calificada en WERDEN (2008).

### 1. El uso de una regla “*per se*” en materia de colusión expresa

Dados sus altos costos sociales y los escasos beneficios que puede producir, la colusión expresa debiera ser considerada ilegal *per se*: esto es, ignorar cualquier argumento pro-competitivo en razón de que la violación a la competencia es manifiesta e indefendible.<sup>101</sup> El análisis, entonces, se enfoca sólo en si la conducta fue realizada y no en sus posibles efectos. Bajo esta regla, no existe espacio para analizar si el acuerdo está justificado: si se prueba la existencia del acuerdo horizontal, está probada la restricción a la competencia.<sup>102</sup> El hecho que el acuerdo aún no haya producido un resultado anticompetitivo no tiene importancia (al menos en este estado del análisis).<sup>103</sup>

La severidad de la regla se justifica en diversas razones. Primero, en el tipo de error que puede ser cometido en la persecución: mientras el riesgo de cometer errores Tipo I es (muy) bajo, pues cuando firmas rivales acuerdan fijar precios o distribuir territorios es improbable que existan razones pro-competitivas que justifiquen su conducta (a diferencia de las restricciones verticales), el riesgo asociado a los errores Tipo II es significativo: si el cartel es exitoso, el daño a la competencia puede ser severo (MONTI, 2007). Por ello, aunque la ilegalidad *per se* es un estándar que puede teóricamente producir más errores del primer tipo, el riesgo de ello es minimizado. Segundo, la regla *per se* es también justificada por razones de certeza: su adopción permite a las firmas informarse acerca de la legalidad de diversos

<sup>101</sup> En este sentido, OCDE (2004) (abogando por el uso de una regla *per se* en materia de carteles). En *Northern Pacific* (1958), la Corte Suprema norteamericana señaló que “existen ciertos acuerdos o prácticas que, debido a sus perniciosos efectos en la competencia y falta de cualquier virtud a su favor, se presume indudablemente [de derecho] que son irracionales y por ello ilegales, sin elaborar preguntas respecto de precios, daño que puedan haber causado o justificaciones de negocios para su uso”.

<sup>102</sup> Una importante advertencia es necesaria. Respecto de ciertos acuerdos usados en materia de *retail*, la distinción entre acuerdos horizontales y verticales puede no ser tan clara. Algunas prácticas tales como las “marcas propias” (término usado para hacer referencia a todos los productos comercializados bajo la marca de un comerciante minorista, o bajo una marca creada por el fabricante exclusivamente para el comerciante minorista) y la “distribución dual” (esto es, la participación simultánea del fabricante en la venta a distribuidores minoristas y en la comercialización directa del producto a consumidores), parecen presentar una doble dimensión. Estos acuerdos son denominados “acuerdos centralizados” (*hub and spoke agreements*). En estos casos, ha sido argumentado que la distinción vertical/horizontal es innecesaria (LIANOS, 2009), por cuanto los efectos de tales acuerdos en la competencia son ambiguos (respecto de marcas propias, véase STAAHL y SØGARD, 2007; respecto de distribución dual, HOVENKAMP, 2005a: p. 490). Por esto, calificar de inmediato estos acuerdos como “horizontales”, por ejemplo, sin mayor análisis, para luego aplicarles una regla *per se*, es errado y llevaría a cometer errores del Tipo I (véase LEMLEY y LESLIE, 2007, quienes indican que si la restricción es horizontal, es más probable que las cortes condenen usando una regla *per se*). Sin embargo, el análisis de la existencia de posible colusión debe ser el primer paso a tomar para aplicar o descartar la aplicación de tal regla.

<sup>103</sup> Ello sí puede tener importancia para efectos de aplicar la sanción. Véase *infra*, III.D. Como ha confirmado el TDLC, no se trata de “equiparar las infracciones que efectivamente producen los efectos anticompetitivos con aquellas que sólo tienden a producirlos, circunstancia que, en todo caso, corresponde a este Tribunal ponderar para los efectos de establecer la gravedad de la conducta, el beneficio económico obtenido por los infractores y, en consecuencia, determinar el monto de las multas que fueren procedentes...” (*AM Patagonia*, 2008: Considerando Cuarto).

actos y planificar de mejor manera su estrategia de negocios, al tiempo que son disuadidas de incurrir en conductas prohibidas (GELLHORN *et al.*, 2004). Finalmente, una regla *per se* que se concentre en conductas que a menudo dañan la competencia y producen escasos beneficios sociales también contribuye al ahorro de recursos administrativos. La claridad de tal regla permite que agencias, cortes y firmas destinen menores recursos (incluyendo tiempo y esfuerzo) a evaluar caso a caso la legalidad de una determinada conducta.

La regla *per se* es seguida, por ejemplo, en materia de fijación de precios y otras conductas colusorias en Estados Unidos.<sup>104</sup> En cambio, la regla legal no es clara en el caso de los boicots.<sup>105</sup> De manera relativamente similar, en el derecho europeo la colusión expresa es generalmente perseguida vía Artículo 81(1) CE como un acuerdo que tiene por *objeto* restringir la competencia.<sup>106</sup> Esto quiere decir que respecto de conductas horizontales tales como la fijación de precios, el reparto de cuotas de mercado, la limitación de cantidad y la limitación de ventas, el *efecto* anticompetitivo no debe ser demostrado.<sup>107</sup> Tales conductas son consideradas como un atentado “obvio” a la competencia, por lo que basta con que se

---

<sup>104</sup> La fijación de precios hoy en día sigue claramente dicho estándar. La aplicación de la regla comenzó con una primera etapa confusa (*Trans-Missouri*, 1897; *Hopkins*, 1898; *Joint Traffic*, 1898; *Addyston Pipe*, 1898), que luego fue seguida por en un breve período que tendió a la aplicación de la *rule of reason* (*Standard Oil*, 1911; *CBOT*, 1918). Sin embargo, en *Trenton Potteries* (1927) la Corte Suprema descartó tal estándar en favor de uno *per se*. Esto luego fue confirmado en *Appalachian Coals* (1933), *Socony* (1940) y *Maricopa County* (1982). El mismo estándar rige en el caso del reparto de mercados (desde *Addyston Pipe*, 1898, y *Sealy*, 1967) y los controles de producción. La doctrina, por su parte, es conteste en reconocer la aplicación de la regla *per se* en todos los casos mencionados.

<sup>105</sup> GELLHORN *et al.* (2004: pp. 247-58) indican que en algunos casos ellos son sancionados *per se* y en otros siguiendo la “regla de la razón”. La sanción *per se* sería aplicada cuando los boicoteadores poseen poder de mercado o acceso exclusivo a un elemento competitivo crítico y el boicot tiene como finalidad directa limitar o excluir competidores. Afirmando también el uso de reglas diversas por las cortes, GLAZER (2002: p. 3). En contra, otros autores expresan que la regla *per se* es la que ha sido permanentemente aplicada a los casos de boicots (HAY, 2006: p. 879). Un ejemplo de su aplicación es *Klors* (1959).

<sup>106</sup> Con todo, las partes tienen una vía de escapatoria: aun cuando el acuerdo tenga por objetivo restringir la competencia, aquellas pueden probar que el acuerdo satisface la excepción legal del Artículo 81(3) CE; esto es, que produce ciertos beneficios específicamente mencionados en esa disposición. Este aspecto no es tratado en este capítulo, pero él puede llevar a considerar la regla europea como ilegalidad “*per se* calificada” o quizás una “regla de la razón estructurada”. Una disposición legal similar al Artículo 81(3) CE no existe en Estados Unidos (ni tampoco en Chile), lo que exige un mayor cuidado en la interpretación. Estos importantes aspectos exceden los límites de este capítulo.

<sup>107</sup> Nótese que el Artículo 81(1) CE (*supra*, nota 79) prohíbe acuerdos “que tengan por *objeto* o *efecto*” la prevención, distorsión o restricción de la competencia (énfasis agregado). Ambos vocablos son considerados disyuntivamente. Véase por ejemplo *Société La Technique Minière* (1966), donde la CEJ sostuvo que primero debe considerarse el objeto del acuerdo y sólo si éste no es claro, su efecto. En sentido similar, *Consten & Grundig* (1966) y *Delimitis* (1991). El mismo criterio rige para los intercambios de precios actuales o futuros. Véase *infra*, IV.B.

pruebe que, objetivamente y en su contexto económico, existe un acuerdo para que se presuma irrefutablemente que él tiene por propósito la restricción de la competencia.<sup>108</sup>

## 2. La inadecuada ausencia de una regla “*per se*” en Chile.

En Chile, la norma legal es similar a la europea y, por ende, permitiría en principio diferenciar entre objeto y efectos, aplicando en la práctica una regla *per se*. Por una parte, el inciso primero del Artículo 3° del DL. 211 ciertamente hace referencia al efecto anticompetitivo cuando señala que el acuerdo debe “impedir, restringir o entorpecer” la libre competencia. Sin embargo, puede concluirse que se refiere al objeto cuando señala que para ser calificado de anticompetitivo basta con que el acuerdo “tienda a producir dichos efectos”.<sup>109</sup> Por tanto, puede sostenerse que el efecto no siempre debiera ser probado, pues la ilegalidad también alcanza a los acuerdos que sólo tengan por objeto distorsionar la competencia. Otra interpretación constituiría una limitación adicional a la persecución de las conductas colusorias, pues la prueba de los efectos del acuerdo implicaría una tarea mucho más compleja para la FNE.<sup>110</sup> Esta prueba es económica y requiere de un amplio análisis del acuerdo en el contexto del mercado relevante, incluyendo el efecto en la competencia potencial.<sup>111</sup> Además, el análisis de los efectos requiere del planteamiento hipotético de qué hubiera sucedido en el mercado en ausencia del acuerdo. Finalmente, este análisis admite prueba en contra de la colusión: el acuerdo puede tener un propósito comercial legítimo; esto es, puede demostrarse que el acuerdo era necesario para facilitar una práctica comercial. Todas estas características afectan la persecución efectiva de carteles.

Lamentablemente, existe aún una gran confusión en la jurisprudencia entre el objeto del acuerdo y su efecto anticompetitivo, lo que ha levantado dudas respecto de las consecuencias

<sup>108</sup> En *European Night Services* (1998: ¶136) la CPI indicó que no era necesario un análisis de los efectos cuando se trata de “un acuerdo que contiene obvias restricciones a la competencia, tales como la fijación de precios, el reparto de mercados o el control de ventas”.

<sup>109</sup> Por cierto, sería preferible una redacción más clara. Lamentablemente, primó la tendencia a mantener un texto similar previo a la reforma. Véase *infra*, nota 125.

<sup>110</sup> Esto en un contexto en que el número de casos detectados y sancionados ya es limitado. Sobre casos detectados, véase las estadísticas del TDLC citadas *infra* en nota 114. Respecto de las sanciones, previo al año 2004 sólo existía una única condena de un cartel duro, la cual data de 1995 (*Farmacias I*). En ese caso, un cartel conformado por varias farmacias fue detectado, perseguido y sancionado. A eso se suman 29 sentencias condenatorias por colusión. En el año 2006 dos nuevos carteles fueron detectados y perseguidos por la FNE, y posteriormente sancionados por el TDLC (*Oxígeno Líquido* y *Navieras*); sin embargo, en ambos las condenas fueron dejadas sin efecto por la Corte Suprema a través de controversiales fallos. El único caso del año 2007, *Isapres*, fue rechazado por el TDLC y este rechazo fue confirmado por la Corte. A pesar de que los casos *Guerra del Plasma* (2008) y *AM Patagonia* (2008) sí terminaron en condenas, el *record* es aún bastante pobre.

<sup>111</sup> En este sentido, la CEJ ha indicado que el efecto debe ser “apreciable” (*Béguelin*, 1971; *Völk*, 1969) (aunque el texto legal europeo, al igual que el chileno, no establece esta exigencia); no obstante, en Europa el acuerdo puede no ser prohibido si es de “menor importancia”.

del uso de una regla *per se*.<sup>112</sup> Nótese que distinguir entre ambos no implica adoptar un estándar de responsabilidad objetiva, que sancionaría la conducta independiente de la voluntariedad de las partes (esto es, la merca formación de un acuerdo entre competidores). Tal estándar produciría demasiados errores del Tipo I, afectando una serie de acuerdos lícitos entre competidores. El estándar para sancionar es severo, pero –reitero– no impone una responsabilidad objetiva. La agencia de competencia debe siempre probar que el acuerdo fue constituido para fijar precios o restringir cantidades (esto es, en términos anglosajones, que el acuerdo es “*naked*”). Sin embargo, lo *único* importante es que se pruebe el acuerdo anticompetitivo entre competidores, no que en los hechos se ha producido tal fijación o restricción.<sup>113</sup> Una vez probado el acuerdo, no hay vía de escapatoria de la sanción. Esta es la única consecuencia de la adopción de una regla *per se* en la materia.

### 3. La colusión como una mera agravante del abuso.

Previo a las modificaciones introducidas por la reciente reforma al DL 211, existía un problema de texto legal que dificultaba la distinción entre objeto y efecto: la letra (a) del inciso segundo del Artículo 3° del DL. 211 requería demostrar que los agentes económicos habían “abusado del poder” que el acuerdo les confería. Este es un concepto extraño, inexistente en el derecho comparado, más cercano a un lenguaje relativo a los abusos de dominancia que a la colusión.<sup>114</sup> Él parecía hacer necesaria -incorrectamente- la prueba del

---

<sup>112</sup> Hasta ahora ambos términos han sido usualmente utilizados de manera conjunta o indistinta. Véase, por ejemplo, el considerando Cuadragésimo cuarto de *Oxígeno Líquido* (2006), citado *infra* en nota 129, donde se utilizan ambos conceptos de manera indistinta; y el voto de minoría de ese mismo caso, *infra* en nota 115, donde se confunde objeto con efecto. Ninguno de esos casos parece atribuible a un mero (pero no menos grave) descuido en la redacción.

<sup>113</sup> Esto fue clarificado en la reciente reforma al DL 211. Como se expresó correctamente durante la discusión parlamentaria, “Lo que sí es necesario es la *voluntariedad* en la producción del efecto [...] este elemento [con la introducción de la frase] ‘que tienda a producir...’, se establece claramente” (Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, boletín 4234-03, 31 de marzo de 2009, p. 10) (énfasis agregado).

<sup>114</sup> Esta redacción puede ser atribuida a la escasa “cultura de carteles” existente en Chile. A diferencia de Europa y Estados Unidos, en el derecho nacional la mayoría de los casos se ha relacionado hasta ahora más con problemas relativos a abusos de dominancia que a colusión y acuerdos. De hecho, las estadísticas del TDLC (disponibles en <www.tdlc.cl>) indican que sólo durante el período 2004-9 las causas contenciosas conocidas por el tribunal por abuso de posición dominante representaron un 44% del total y que las de competencia desleal implicaron otro 19%;, las causas relativas a colusión, en cambio, sólo alcanzaron un 9%. Esto es en alguna medida razonable en una economía que transitó desde antiguos monopolios estatales a libre competencia en el mercado. Sin embargo, produjo al mismo tiempo la formación de una cultura en la cual legisladores, jueces y demás actores en general se acostumbraron a lidiar con firmas en posición dominante y a aplicar la terminología y requisitos propios de esa área, en desmedro de la coordinación (por ejemplo, las discusiones suelen referirse al carácter “abusivo” de los carteles). Esto restringe la posibilidad de condenar prácticas anticompetitivas que no representan abusos o donde la dominancia no puede ser encontrada.

efecto del acuerdo, el que consistiría precisamente en tal abuso de poder.<sup>115</sup> Sin embargo, una cosa es que la colusión, en su extremo, pueda producir los resultados de un monopolio; otra muy distinta es que deba asociarse un abuso al comportamiento concertado. Con esto, claramente se está exigiendo que ese abuso, que equivaldría al efecto del acuerdo, sea probado. Esta interpretación limitaba de manera extrema la persecución de los carteles y, en la práctica, la dejó en un desafortunado segundo plano.<sup>116</sup>

Un caso reciente confirma tal limitación. En *Guerra del Plasma* (2008), la FNE imputó a dos multitiendas un abuso de poder mercado y, sólo como *agravante* del reproche, su actuar conjunto y coordinado.<sup>117</sup> Acogiendo esta postura, el TDLC indicó que la colusión era sólo un “reproche adicional” (considerando Decimoquinto), y se centró en el abuso diciendo que éste es “aún más grave...si se ejerce...mediante la colusión entre dos de las más importantes multitiendas del país” (considerando Centésimo quincuagésimo quinto). Luego el TDLC indica que llegó “a la convicción de que los hechos acreditados en autos y ya expuestos, *permiten establecer en forma clara, directa e inequívoca* la presunción de que las comunicaciones entre los ejecutivos de [ambas multitiendas] tuvieron por *objeto* acordar la forma como reaccionarían ante el anuncio de la Feria, *coludiéndose* en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma” (considerando Centésimo

<sup>115</sup> A pesar de la inexistencia de pautas interpretativas oficiales en este punto (así se reportó, por ejemplo, a la ICN, 2007), la jurisprudencia es clara en esto. La Corte Suprema, en su fallo dictado en *Oxígeno Líquido* (2006), indicó que las pruebas presentadas por la FNE fueron insuficientes para acreditar la existencia de un acuerdo para lograr el reparto del mercado, pero agrega “y con ello, *abusando del poder que la posición en éste les otorga*, tener una política discriminadora de precios” (considerando 10º, énfasis agregado). Es decir, la Corte requiere la prueba del acuerdo, pero parece requerir también que se demuestre un abuso y que ese abuso cause un efecto dañoso al consumidor (en este caso, a través de la discriminación de precios). El punto probatorio es discutible, pero al menos el abuso está claramente presente en el raciocinio de la Corte. Por su parte, en el voto de minoría del TDLC en el mismo caso, el ministro MENCHACA no hace referencia al efecto del acuerdo (al parecer involuntariamente, porque de todos modos no defiende una regla *per se*), pero sí menciona su vinculación con el abuso: “nuestra ley exige expresamente la concurrencia no sólo de un acuerdo, sino también un objeto anticompetitivo del mismo y asimismo que quien se colude tenga poder de mercado o lo adquiera con el acuerdo y *que abuse del mismo*” (considerando Décimo Cuarto del voto de minoría, énfasis agregado). La expresión más clara (y chocante) de la sumisión de la colusión, sin embargo, se dio en *Farmacias I* (1995). En el fallo se señala que la FNE indicó en su informe (afirmate lector) que “los acuerdos de precios *constituyen* una conducta monopólica, *por definición*” (visto 16, énfasis agregado).

<sup>116</sup> Por ejemplo, en *Guerra del Plasma* (2008), una de las partes imputó a las requeridas “abuso de posición dominante” y “competencia desleal”, además de haber realizado “en forma concertada” actos de “hostigamiento o boicot”. El TDLC indicó que el abuso, en sus elementos de hecho, “subsumió” la competencia desleal o boicot. En otras palabras: todas las demás conductas son secundarias al abuso. Lo mismo se reitera en otros casos, donde generalmente la colusión es perseguida *en conjunto* con el abuso de dominancia. Esto no es, *prima facie*, errado, pues la misma práctica puede dar lugar a infracciones de más un tipo. Sin embargo, los objetivos de la protección son diversos y deben ser claramente diferenciados. En el contexto europeo, véase en este mismo sentido *Compagnie Maritime Belge* (2000), fallado por la CEJ.

<sup>117</sup> AGOSTINI y SAAVEDRA, en esta misma obra, se enfocan en una parte distinta del fallo. Ellos muestran la conducta exclusionaria de las partes fue consistente con una estrategia de predación para ganar tiempo (*preying for time*).

vigésimo tercero; énfasis agregado). Aún más, el tribunal encontró indicios de “amenaza de sanciones comerciales” e indica que esa “amenaza era creíble” (considerando Centésimo vigésimo sexto); y que el actuar de las dos firmas coludidas “constituyó una fuerte señal al mercado de que las empresas requeridas están dispuestas a actuar agresivamente... con el fin de desincentivar la creación de futura de nuevos canales de distribución que compitan con ellas” (considerando Centésimo quincuagésimo noveno).<sup>118</sup>

Considerando lo indubitable de los hechos, ¿qué evitó la imposición inmediata de la sanción? En el caso existió y fue probada una conducta concertada entre las dos multitiendas; eso es claro. Sin embargo, el TDLC no quiso detenerse y dar por automáticamente probada la conducta anticompetitiva.<sup>119</sup> Acorde con su postura, el TDLC admitió argumentos en contrario y analizó si ellos eran suficientes para justificar *la conducta*. Con ello, la presunción de derecho que debiera haber imperado respecto del efecto fue transformada en una mera presunción de hecho.

Sin embargo esto no es lo más grave. Lo más nocivo es que ese análisis no fue llevado a cabo para condenar a las partes por colusión, sino para calificar si dicha conducta fue o no *abusiva*.<sup>120</sup> Es decir, la persecución de la colusión (¡explícita!) -la más grave de las conductas anticompetitivas, el “mal supremo” del derecho de la competencia (*Trinko*, 2004)- fue reducida a la simple calidad de calificante de la infracción central (el abuso).<sup>121</sup> En la práctica (a pesar de que nunca fuera reconocido abiertamente) esto daba lugar a dos figuras diversas:

<sup>118</sup> Finalmente, el TDLC reafirma la claridad de la conducta colusoria señalando que “ni siquiera se puede sostener que en este caso se esté en presencia de una situación de paralelismo consciente, dada la evidente simultaneidad de la conducta de las requeridas y el hecho de que esa simultaneidad se produjo inmediatamente después de comunicarse entre ellas” (considerando Centésimo vigésimo octavo). Sobre paralelismo consciente, véase *infra*, parte IV de este capítulo.

<sup>119</sup> Nótese que existen precedentes de la presunción de derecho del efecto en la jurisprudencia de las antiguas comisiones. En *Buses V Región* (1996), la Comisión Resolutiva llegó al “convencimiento de que hubo un concierto” para subir los precios, indicando que “[l]as mínimas diferencias del precio de los pasajes, en un corto lapso, *no son suficientes para desvirtuar la convicción* de esta Comisión” (Considerando 4, énfasis agregado). Luego, sin más análisis, condenó a los infractores.

<sup>120</sup> Más extraño aún, el TDLC señala que el abuso tuvo como “objeto y efecto” la exclusión de un competidor, por medios ilícitos “y reñidos con los usos honestos en materia comercial” (considerando Centésimo quincuagésimo cuarto). Es difícil imaginar una expresión más reñida con un enfoque económico centrado en el bienestar del consumidor. La “honestidad” entre comerciantes es propia de un estándar de protección de competidores, no de la competencia.

<sup>121</sup> Por cierto, existen explicaciones para la identificación. Podría afirmarse, por ejemplo, que el TDLC siguió esta línea en *Guerra del Plasma* (2008) en un intento de evitar que la Corte Suprema revocase la sentencia, como había ocurrido con fallos anteriores, debido al alto estándar probatorio que se exige para acreditar la colusión (véase *supra*, III.B). Es decir, se da una situación bastante curiosa: por una parte el estándar de prueba adoptado por el TDLC es más bajo (se evita contar con pruebas “duras”), pero por otra parte se exige indirectamente probar que existe posición dominante (*procrustean bed*). (Agradecimientos a Paulo Montt por esta importante sugerencia). Sin embargo, la reducción ya se manifestaba desde antes. El mismo TDLC expresó en *Navieras* (2006) que “...este Tribunal estima que la conducta individual abusiva se ve posibilitada, reforzada y agravada por el acuerdo...” (considerando Cuadragésimo Primero). Considerando el número de casos sobre carteles en el derecho chileno, puede afirmarse que dos es tendencia.



una, los abusos de dominancia, sancionados por la letra (b) del inciso segundo del Artículo 3° del DL 211; y otra, atípica y exclusiva del derecho chileno, los “abusos colusivos”, más graves que los primeros, sancionados por la letra (a) de la misma disposición.<sup>122</sup> Este es un sinsentido tan grande como la forma usada para enumerar los párrafos del fallo.

La confusión entre objetivo y efecto, y su corolario en la desaparición de la diferencia entre las figuras de abuso y de colusión, han imposibilitado la tan necesitada aplicación de una regla *per se* en materia de colusión expresa. Desafortunadamente, tal regla no ha sido aún establecida por la jurisprudencia chilena.<sup>123</sup> Sin embargo, las modificaciones introducidas por la reciente reforma al DL 211 han subsanado el grave defecto del texto legal, como se muestra en la siguiente sección, eliminando con ello las barreras para la introducción de dicha regla.

#### 4. La reciente reforma al DL 211

El reciente proyecto de ley aprobado por el Congreso ha modificado la redacción del DL 211 en al menos tres importantes sentidos.<sup>124</sup> Primero, ha sido agregada en el inciso segundo una frase que reitera lo ya establecido en el primero: que las conductas ejemplificadoras allí mencionadas pueden “tender” a producir efectos anticompetitivos. Con ello es posible considerar que basta que un acuerdo tenga por objeto producir un resultado contrario a la competencia para que sea declarada su ilicitud.<sup>125</sup> Esto es reafirmado por otro cambio en la

<sup>122</sup> Nótese que el TDLC no sancionó ni hizo referencia a la hipótesis alternativa, la dominancia colectiva. Si así hubiera sido, debiera haberse aplicado la letra (b) del Artículo 3° del DL 211. El fallo deja en claro que la figura en cuestión es la capturada en la letra (a) del mismo artículo (véase el considerando Centésimo vigésimo octavo).

<sup>123</sup> La OCDE (2004: p. 40), refiriéndose a Chile, ha indicado que “las instituciones de la competencia debieran clarificar que los carteles son ilegales *per se* o considerar la conveniencia de reinstituir la regla *per se*”.

<sup>124</sup> El nuevo texto del artículo 3° del DL 211, en sus incisos primero y segundo letra (a), expresa (aquí he usado el texto enviado al Tribunal Constitucional, de fecha 28.04.09):

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

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.”.

Fuera de las modificaciones analizadas en el texto principal, otro cambio importante es que se incluye expresamente entre los ejemplos la colusión para influir en licitaciones (*bid-rigging*).

<sup>125</sup> La historia legislativa confirma esta interpretación. El proyecto original no contenía ninguna alusión a la distinción entre objeto y efectos. Sin embargo, ella fue introducida por el Ejecutivo (tanto en el inciso primero

letra (a) del mismo inciso segundo: se retira la incorrecta alusión a que el “objeto” del acuerdo eran las conductas concertadas que allí son mencionadas, aclarándose que éstas son sólo ejemplos (esto es, que los acuerdos “consisten en” tales conductas).<sup>126</sup> Finalmente y de manera más fundamental, ha sido eliminada toda referencia al abuso en la mencionada letra (a). Con ello, no debiera existir duda alguna que la colusión puede y debe perseguirse como figura independiente de la figura de abuso de dominancia.

Estas modificaciones debieran permitir interpretar que la prueba del efecto no es necesaria, sino que es suficiente que el acuerdo tenga por objetivo dañar la competencia. Una desafortunada frase, sin embargo, puede convertirse en un serio obstáculo para ello: ha sido incorporado el requisito de que los acuerdos deben conferir “poder de mercado”. Esto podría llevar a sostener erradamente que el acuerdo debe producir un efecto anticompetitivo. Ello no es necesario. Para que un acuerdo sea colusorio basta que él tenga la mera *aptitud* para conferir tal poder (nuevamente, que su objeto sea dañar la competencia). Por tanto, la nueva frase no debiera cambiar la interpretación a favor de la cual he argumentado. La nueva frase debe ser considerada como meramente ratificadora de que no todo acuerdo entre competidores es contrario a la libre competencia, sino sólo aquellos que confieren, actual o potencialmente, poder de mercado a las firmas coludidas. Ella no debe convertirse en un obstáculo para una interpretación que facilite la persecución de carteles y, sobre todo, para la aplicación de una regla *per se*.<sup>127</sup>

---

como en la letra “a” del inciso segundo) y discutida por primera vez en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados (13.09.09). Allí se explicó que el cambio buscaba “sancionar como un acto contrario a la libre competencia cualquier hecho que produzca daño o que haya tenido por objeto producirlo, atendiendo, en el primer caso, al resultado, prescindiendo de su intencionalidad, y, en el segundo, a la intención, sin considerar el resultado”. Las actas no reportan posteriores discusiones al respecto (aunque se afirma que sí las hubo), si no hasta que la Comisión de Economía del Senado emitiera su Segundo Informe (31.03.09). La discusión, sin embargo, se centró en la supuesta exigencia de dolo directo. Como señaló el Fiscal, la modificación buscaba subsanar dicha falacia, permitiendo sancionar resultados (“efectos”) sin intención. Luego del debate, por meras razones de conveniencia, se optó por modificar la redacción, sustituyendo la distinción entre objeto y efecto por la frase del inciso segundo “o que tienden a producir dichos efectos”, reflejando la necesidad de la voluntariedad de producir efectos anticompetitivos. Pero nunca se puso en duda que era posible sancionar sin resultados existiendo dicha voluntariedad. La frase incorporada, en el sentido explicado en el texto principal, es totalmente equivalente a hablar del objeto del acuerdo.

<sup>126</sup> Con impactante inexactitud, la redacción previa de la letra (a) del inciso segundo del artículo 3° incorrectamente indicaba que “el objeto” del acuerdo era fijar precios, cuotas de mercado, etc. Ahora, al igual que la correcta expresión del texto europeo, se indica que el acuerdo puede *consistir* en tales prácticas.

<sup>127</sup> Nótese que desde antes de la reforma ya existía confusión a este respecto. VALDÉS (2006) p. 529 ha argumentado que “no caben en nuestro derecho de la libre competencia las colusiones o conspiraciones ilícitas ‘per se’, esto es, punibles con abstracción o prescindencia de su aptitud para proporcionar poder de mercado”. Ciertamente, la colusión en ausencia de poder de mercado no debe ser sancionada. Pero ello no implica que no pueda introducirse una regla *per se*. Tal regla no busca ni jamás ha buscado sancionar acuerdos que no tengan al menos la aptitud de conferir poder de mercado. Esto es claro en el derecho comparado, cuyos textos legales ni siquiera requieren de la alusión a dicho poder (véase *supra* notas 79 y 82). Lo que tal regla impide

En suma, el artículo 3° del DL 211 confiere bases suficientes como para aplicar una regla *per se* en materia de colusión expresa en el derecho chileno.<sup>128</sup> Las modificaciones recientemente introducidas no hacen más que confirmar y demandar dicha interpretación. Así debiera ser reafirmado por el TDLC y la Corte Suprema tan pronto como se presente la correcta oportunidad.<sup>129</sup>

#### D. LA SANCIÓN Y EL ADECUADO NIVEL DE DISUASIÓN

Una vez que el cartel es detectado, probado y condenado, la aplicación de sanciones depende de múltiples factores.<sup>130</sup> Por una parte, debe ser considerado si la firma entró al acuerdo involuntaria o forzosamente.<sup>131</sup> Asimismo, debe tenerse en cuenta si ha operado o no la prescripción.<sup>132</sup> Eventualmente, la sanción puede incluso ir unida a la persecución privada

---

principalmente es que, luego de probado el acuerdo (cuyo objeto es “obviamente” anticompetitivo), las firmas no puedan presentar causales de justificación de su conducta.

<sup>128</sup> Paradójicamente, el inciso primero del Artículo 3° del DL 211 siempre ha conferido la amplitud suficiente como para aplicar una regla *per se* en materia de colusión expresa. Así se ratificó en la discusión del reciente proyecto de reforma al DL 211, donde un senador correctamente indicó que “el texto vigente resulta bastante claro. La norma no exige dolo directo, y cubre la gama de conductas que se podían sancionar...” (Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, boletín 4234-03, 31 de marzo de 2009, p. 10). Lo más curioso de la tendencia jurisprudencial en la materia es que el ilícito genérico del DL 211, que tantas veces ha sido aplaudido por la amplitud y flexibilidad que confiere para atacar toda clase de atentados contra la libre competencia, ha sido dejado de lado en su uso a favor de la (sólo ejemplar) letra (a).

<sup>129</sup> Nótese además que en *Oxígeno Líquido* (2006), el voto de mayoría del TDLC ya abrió la puerta a la aplicación de una regla *per se*, al expresar que “...en los casos de acuerdos o de prácticas concertadas entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado...toda vez que, en principio, tales prácticas serían restrictivas de la competencia sólo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto [sic] restringirla, o que se estime que lo son *per se*” (considerando Cuadragésimo cuarto). Lamentablemente el soporte de tal regla se ve temperado por el uso de ciertos vocablos: “estrictamente”, “en principio” y la frase “o que se estime”. De todos modos, es un avance. En un sentido algo similar, en *Adutax* (2002) la antigua Comisión Resolutiva estableció “que en una reunión de los Presidentes de los asociados de Adutax, las tarifas de estudiantes de las líneas agrupadas en el gremio fueron fijadas de común acuerdo” y que “dicho gremio influyó también en forma directa en el establecimiento de tarifas a público en general” (Considerando cuarto), para luego sostener con firmeza que “esta conducta constituye una figura de cartel... *intrínsecamente* nocivos para la competencia” (Considerando quinto) (no se analizó causal de justificación alguna). La Corte Suprema, finalmente, tampoco esta lejos de establecer la regla. Analizando la reclamación en contra de *AM Patagonia* (2008) indicó: “los propios requeridos reconocen las existencia del acuerdo arribado, lo que *importa un reconocimiento de la voluntad que lo engendra...*” (considerando sexto, énfasis agregado).

<sup>130</sup> Muy buenas guías en esta materia son los documentos publicados por el *Office of Fair Trading* (OFT) (2004) (la agencia de competencia del Reino Unido) y por la ICN (2008).

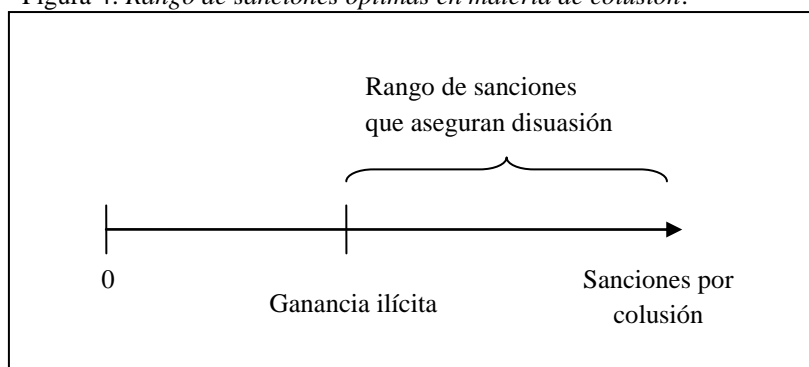
<sup>131</sup> Esta situación normalmente genera problemas mayores en acuerdos verticales. Con todo, existen ejemplos de acuerdos horizontales donde alguna de las partes alega algún grado de coacción o de “fuerza mayor”. Así por ejemplo, en Chile, en *Farmacias I* (1995), una de las involucradas argumentó que su participación en el acuerdo se debió a un “estado de necesidad” frente a un “peligro inminente de colapso económico” debido a los precios bajos sostenidos por las competidoras. La antigua Comisión Resolutiva desechó el argumento, pero aplicó una multa menor a dicha firma “por haber reconocido, en parte, la verdadera situación a que dio lugar el alza de los precios”. Por su parte, en *Hasselblad* (1982) y en *Wood Pulp* (1985) la Comisión Europea disminuyó la multa de las firmas que no deseaban entrar al acuerdo; en *Burns Tractors* (1985) y en *Fisher-Price* (1988) optó por no aplicar multa alguna.

<sup>132</sup> En Chile, la reciente reforma amplió el plazo de prescripción en material de carteles a 5 años, indicándose además que el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos

de compensaciones.<sup>133</sup> En este último caso, las autoridades de protección de la competencia no son las únicas autorizadas para sancionar al cartel.

El monto de la sanción depende del nivel de disuasión que cada ordenamiento jurídico desee imponer. Si los carteles producen un costo social alto, el objetivo último de las políticas de competencia debiera teóricamente ser la disuasión de todas las violaciones. Sin embargo, ésta no es una política correcta. Lo que un sistema debe buscar obtener es un nivel de disuasión *óptima*, no completa.<sup>134</sup> En el nivel óptimo, las sanciones (multas) debieran producir que las violaciones no fueran rentables. Esto implica que las sanciones óptimas debieran ser proporcionales a la ganancia ilícita adquirida por el cartel, como se muestra en la Figura 4.

Figura 4: Rango de sanciones óptimas en materia de colusión.



Existen diversas formas de definir la ganancia ilícita. El enfoque teórico más aceptado de disuasión óptima de violaciones a la libre competencia fue desarrollado por LANDES (1983).<sup>135</sup> Él mostró que para alcanzar el óptimo, las sanciones derivadas de la violación a la competencia debieran ser igual al esperado “daño neto producido a otros”, dividido por la

---

imputables a la conducta objeto de la acción. En Europa, el artículo 26 de la Regulación 1/2003 (conocida como “Regulación de Modernización”) indica que la Comisión no puede aplicar multas a una infracción que ha concluido hace 5 años o más contados desde el inicio del procedimiento.

<sup>133</sup> Por ejemplo, en Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido existe la posibilidad de que los clientes del cartel, a través de litigación privada, soliciten compensación por los daños que les han sido causados. En Estados Unidos existe incluso la posibilidad de triplicar el monto por daños (*treble damages*) que una persona sufre directamente a causa de los daños a la competencia por parte de otra. En el año 2004, sin embargo, la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* redujo esa posibilidad sólo al daño causado (*single damage*) en caso que una firma participe en un programa de amnistía y coopere con los demandantes en sus respectivas acciones.

<sup>134</sup> Una persecución de conductas colusorias excesivamente agresiva que detuviera todos los carteles probablemente produciría errores del Tipo I: esto es, sancionaría conductas de negocios honestas.

<sup>135</sup> LANDES (1983: p. 655) aplica a materias de libre competencia el marco desarrollado por BECKER (1968) en materia criminal, señalando que “el propósito de las multas...es disuadir las ofensas ineficientes, no las eficientes. Dicho de otro modo, el nivel óptimo de ofensas es generalmente mayor que cero”.

probabilidad de detección y prueba de dicha violación.<sup>136</sup> Este análisis es actualmente casi universalmente compartido por los autores.<sup>137</sup>

El “daño neto producido a otros” incluye -obviamente- sobrepuestos, pero también otros factores menos obvios (CONNOR y LANDE, 2005). Primero, debiera incluir la ineficiencia distributiva producida por el cartel. Sin embargo este no ha sido un aspecto normalmente considerado por las cortes americanas o europeas, a pesar de que dicha pérdida es empíricamente significativa. Segundo, debiera también incluir, al menos en parte, el “efecto paraguas” (*umbrella effects*) producido por el poder de mercado. Este concepto hace referencia a los precios más altos cobrados por los demás agentes no envueltos en la conducta colusoria, pero que son permitidos o causados por los precios supracompetitivos adoptados por las firmas coludidas (AREEDA y HOVENKAMP, 2003; PAGE, 1985).<sup>138</sup> Sin embargo, este daño tampoco ha sido considerado en la práctica. Otros daños procesales también son producidos por el cartel: gastos de abogados del demandante no compensados, el tiempo no compensado del demandante, y los costos del sistema judicial. Asimismo, debiera considerarse que los miembros del cartel pueden tener menos incentivos a la innovación y a ofrecer productos variados y de diversa calidad. La suma de todos estos daños (o al menos de aquellos cuantificables), ajustada a su valor presente, debiera resultar en un “daño neto producido a otros” significativamente mayor al sobrepuesto impuesto por el cartel.<sup>139</sup>

La ganancia ilícita es función del impacto del cartel en los precios de mercado (sobrepuesto); de su impacto en la facturación de sus miembros; de la duración del cartel u oligopolio colusorio; y del costo de capital y la tasa de interés.<sup>140</sup> Los daños compensatorios se calculan en base a estos mismos factores.

<sup>136</sup> Como explica el propio LANDES (1983: nota 6), el uso del término “neto” permite tomar en cuenta los posibles beneficios que la ofensa produce en terceras partes.

<sup>137</sup> El enfoque del “daño neto producido a otros” es compartido tanto por la Escuela de Chicago como por los análisis post-Chicago. Otros *test* son el del “daño bruto producido a otros” y la “ganancia neta de los ofensores”. Sobre multas en la práctica, véase *infra*, nota 143.

<sup>138</sup> CONNOR y LANDE (2005: nota 23) proveen el siguiente ejemplo: los miembros de la OPEP nunca produjeron siquiera el 70% de la oferta mundial de petróleo. Sin embargo, cuando la organización subía sus precios, otros no-miembros del cartel también lo hacían. Incluso más, el precio de algunos otros combustibles sustitutos, como el gas natural, también subía.

<sup>139</sup> El resultado debiera ser ajustado en el caso de carteles internacionales, de modo que la multa sólo refleje el daño producido en el mercado relevante. Las características y efectos de los carteles internacionales no son tratados aquí. Sobre el tema existe abundante literatura. Entre otros, véase CONNOR (2001, 1997), WHITE (2001).

<sup>140</sup> Existen distintas medidas para calcular el sobrepuesto. Por una parte, el precio puede ser superior a cierto *benchmark* (MOTTA, 2004). Este último está dado normalmente por el precio de equilibrio de un juego en el cual las firmas sólo se encuentran una vez en el mercado (es decir, en una situación donde la colusión no se daría). Así, si las firmas producen un producto homogéneo, el resultado del juego será colusorio si el precio es más alto que el precio de equilibrio de BERTRAND (si las firmas compiten en precio) o la cantidad producida es más baja que la producida en una situación de equilibrio de COURNOT (si las firmas compiten en cantidad). Por otra parte,

Sin embargo, dado que en la práctica no todos los carteles son detectados, el nivel de disuasión *efectivo* requiere que las sanciones que se impongan a los agentes coludidos sean un múltiplo de la ganancia ilegal estimada en base a aquellos que sí son descubiertos. Esto implica que el “daño neto producido a otros” debe ser multiplicado por un número mayor a uno para que la sanción siga promoviendo un comportamiento eficiente.<sup>141</sup> En este sentido la condición de disuasión está dada por:

$$\text{Sanción} \geq \beta * \text{ganancia ilícita} - \text{daños compensatorios} \quad (4)$$

Donde  $\beta$  es un multiplicador que representa el inverso de la probabilidad de detectar y probar la conducta colusoria. Por cierto, esto representa un problema en la práctica, pues no es posible saber con certeza exacta el porcentaje de carteles que son efectivamente detectados y probados.<sup>142</sup> Desde el punto de vista del modelo de “daño neto producido a otros”, es necesario saber cuál es ese porcentaje para efectos de calcular  $\beta$ . De aquí que el cálculo puede manifestar una tendencia a estimar una menor probabilidad de detección que la actual. En este sentido, debe considerarse que las firmas estarán significativamente menos disuadidas de llevar a cabo una conducta ilícita si las sanciones sólo equivalen a los daños actuales.

El monto de la sanción resultante que se impondrá a las firmas coludidas no debiera importar, incluso si aquél parece exorbitante.<sup>143</sup> Esto siempre que su responsabilidad no esté limitada y no exista la posibilidad de producir un riesgo financiero (*financial distress*). La teoría económica muestra que si estas dos condiciones se cumplen, la disuasión efectiva será

el precio puede considerarse supracompetitivo si se acerca al precio monopolístico (KÜHN, 2001). Este último sería el precio fijado en el mercado si todas las firmas pertenecieran a una sola entidad económica o fueran manejadas por la misma administración.

<sup>141</sup> “La multa óptima o la regla de daños debe ser modificada cuando la probabilidad de aprensión y punibilidad sea menor a uno y los costos de la persecución [*enforcement*] sean positivos” (LANDES, 1983: p. 657).

<sup>142</sup> Estimaciones de la probabilidad de detección en Estados Unidos entre 1961 y 1988 indican que tal probabilidad es del orden del 13% al 17% (BRYANT y ECKHARD, 1991).

<sup>143</sup> Esto es, “el tamaño no importa” (al menos en esta materia). Con todo, las legislaciones suelen poner un tope máximo a las sanciones. En algunos casos es un porcentaje de la facturación. Así, en Europa la sanción máxima corresponde al 10% de la facturación mundial de la firma sancionada. Otros países que siguen esta tendencia son Noruega, Brasil, Turquía y varios países europeos. En otros casos se considera el valor de la ganancia neta o el daño causado. Así, en Estados Unidos la sanción máxima para una firma es el más alto valor entre US\$100 millones o el doble de la ganancia neta o el doble de la ganancia pecuniaria neta causada a la víctima. Nueva Zelanda también adopta esta postura. Un tercer grupo de países establece una suma monetaria específica. Así, en Chile, la reciente reforma ha subido la multa máxima en el caso de colusión a 30 mil unidades tributarias anuales (previamente, 20.000 unidades tributarias anuales). Otros países que adoptan esta postura son Canadá, Japón y México. Finalmente, otros países mezclan los diversos enfoques. Por su parte, en la mayor parte de los países no existen límites mínimos a la multa, pero algunos sí los establecen (por ejemplo, Brasil).

más difícil de alcanzar mientras más elevado sea el monto de la sanción en comparación con las utilidades de la firma (por ejemplo, en el caso de firmas con facturación pequeña). La intuición es que el monto total de la sanción sólo será pagado si la firma genera suficientes ganancias, lo que es más probable de ocurrir cuando las utilidades son altas en comparación al tamaño de la firma.<sup>144</sup>

Otro aspecto importante es que las sanciones también debieran reflejar las posibles consecuencias adversas que ellas generan en el bienestar, tanto en el corto como en el largo plazo. Existe un argumento que señala que las sanciones no tienen un impacto en los precios, pues ellas constituirían un costo hundido en el que se incurre una sola vez. Esto no es generalmente correcto. Existen casos en los cuales las sanciones pueden efectivamente llevar a positivos y substanciales incrementos de precios y además impactar la inversión y las decisiones laborales de las firmas sancionadas.<sup>145</sup> Así, un incremento en las sanciones puede afectar de manera adversa el bienestar del consumidor en el corto plazo (debido a los más altos precios) y en el largo plazo (debido a la reducción de inversión). Por ello, la decisión de incrementar las sanciones es una opción que puede resultar costosa. Para alcanzar la disuasión óptima, entonces, puede resultar conveniente aplicar medidas alternativas, tales como perseguir (y detectar) más casos, dar mayor visibilidad y publicidad a los casos sancionados, o eventualmente enfocar las acciones en las personas naturales en vez de las jurídicas.<sup>146</sup>

#### IV. LA COORDINACIÓN TÁCITA EN MERCADOS OLIGOPÓLICOS<sup>147</sup>

En principio al menos, todas las conductas concertadas son inherentemente sospechosas. Sin embargo, existen matices. La mayor parte de la doctrina concuerda en la existencia de un

<sup>144</sup> Estadísticas acerca de las sanciones aplicadas en Europa pueden encontrarse en VELJANOVSKI (2009).

<sup>145</sup> Un aumento de precios y reducción de la inversión se producirá cuando (i) las firmas tienen su responsabilidad limitada, de modo que no asumen el monto total de la sanción, y (ii) existe una probabilidad positiva de que la sanción les cause un riesgo financiero serio o serios problemas de liquidez.

<sup>146</sup> Nótese que esto no implica necesariamente penalización; multas personales o pérdida del puesto también son alternativas disponibles. Con todo, las sanciones criminales existen en varios países: Alemania, Francia, Canadá (donde ellas recaen sobre empleados que participan en la colusión para presentar ofertas en subastas), Grecia, Irlanda, Estados Unidos (donde la violación a las normas de protección de la competencia es un delito) y el Reino Unido. En este último país, la prisión está eventualmente contemplada para aquellos empleados que obstruyan las investigaciones de la agencia de competencia y para los directores que formen parte de un cartel (véase HUGHES, 2008, quien analiza las distintas formas en que los directores de una firma coludida pueden ser responsables por la actividad de un cartel). No obstante, independiente de los argumentos de fondo, existen razones de política que hacen inconveniente reabrir el debate en Chile, al menos por ahora. Lamentablemente, la tendencia contraria parece primar en el debate actual.

<sup>147</sup> Nótese que la literatura se refiere normalmente a estas conductas bajo el título de colusión tácita. Las razones para hablar de coordinación las he expresado *supra*, nota 17 y el texto principal.

vacío en el tratamiento de las coordinaciones no expresas. Mientras el control de fusiones *ex ante* previene ambos tipos de coordinación, los controles *ex post* tienden sólo a atacar la colusión. El control de fusiones permite *prevenir* la formación de estructuras que eventualmente pueden llevar a coordinación, tanto expresa como tácita.<sup>148</sup> Sin embargo, el control conductual es altamente inefectivo para combatir ciertas situaciones implícitas que parecen ser anticompetitivas.<sup>149</sup>

En este sentido, el concepto legal de colusión no cubre completamente el concepto económico, que sí incluye hipótesis de coordinación tácita en situaciones de interdependencia estratégica en mercados oligopólicos.<sup>150</sup> En gran medida, este problema proviene del apego de las legislaciones al concepto de “acuerdo”. En líneas generales, no obstante la interpretación amplia que se le ha dado, referirse a acuerdos tiene escaso sentido en un contexto de comportamiento estratégico entre firmas rivales, lo que produce que el derecho de la competencia esté en una posición “incómoda” para enfrentar estos mercados.<sup>151</sup>

Estos problemas han sido denunciados por la literatura, parte de la cual aboga por un enfoque más pragmático para el tratamiento de la coordinación, con un fuerte énfasis en el análisis económico.<sup>152</sup> Sólo una fuerte confianza en la evidencia económica permitirá diferenciar la cooperación de los meros efectos unilaterales (no-cooperación) que se producen en estructuras de mercado con pocos oferentes. Dos aspectos centrales en los cuales se refleja la necesidad de efectuar esta distinción son el comportamiento paralelo y los intercambios de información entre competidores.

#### A. EL COMPORTAMIENTO PARALELO

Una antigua disputa en materia de competencia se da en relación a si el oligopolio es algo distinto o similar a la fijación de precios. El punto central es si las políticas de precio paralelas que se dan en el contexto de la interdependencia estratégica existente entre

---

<sup>148</sup> MOTTA (2004) argumenta que la coordinación tácita debiera ser controlada *únicamente* a través de esta forma preventiva, y no ser considerada una conducta ilegal.

<sup>149</sup> Por ello, las políticas de control (*ex ante*) de fusiones son esenciales para la persecución de comportamientos anticompetitivos oligopólicos. Durante el control preventivo, las autoridades investigan si la fusión puede hacer la coordinación más probable; en el control *ex post*, en cambio, se debe encontrar evidencia de la coordinación. El tratamiento del control preventivo excede los límites de este capítulo. Para mayores antecedentes, véase el capítulo de MONTT, en esta misma obra. Una tercera posibilidad de controlar la coordinación es introducir regulación directa del oligopolio; esta opción es, sin embargo, altamente problemática (véase WHISH, 2009: p. 552).

<sup>150</sup> Véase *supra*, sección II.A.

<sup>151</sup> En Estados Unidos, GELLHORN *et al.* (2004) han calificado el tratamiento de las conductas colusorias como “altamente inconsistente” y “poco coherente”.

<sup>152</sup> En este sentido véanse, por ejemplo, WERDEN (2004) y HOVENKAMP (2005a).



oligopolistas constituyen o no una práctica concertada.<sup>153</sup> En otras palabras, la pregunta es si puede considerarse que existe un “acuerdo implícito” en el caso de ciertos comportamientos iguales llevados a cabo al mismo tiempo por firmas participantes en un mercado oligopólico.

### *1. El comportamiento paralelo en la jurisprudencia*

Tanto en Europa como en Estados Unidos, el paralelismo consciente parece ser inmune a la aplicación del derecho de la competencia, no constituyendo evidencia de un acuerdo o práctica concertada.<sup>154</sup> Estas últimas parecen demandar una cooperación “recíproca”, a través de contactos directos o indirectos designados a influenciar la conducta actual o potencial de los rivales, o revelarles el curso de acción que será o podrá ser adoptado en el mercado (ALBORNS-LLORENS, 2006), no un mero paralelismo de acción.

En Estados Unidos, esa es una tendencia jurisprudencial de larga data. En *Theatre Enterprises* (1954), la Corte Suprema indicó que ella

“...nunca ha sostenido que la prueba del comportamiento paralelo establezca de manera conclusiva un acuerdo o, puesto de manera diferente, que tal comportamiento en sí mismo constituya una ofensa a la *Sherman Act*” (*Ibid.*, p. 541).<sup>155</sup>

En Europa, en tanto, el criterio fue primero establecido en *Dyestuffs* (1972), donde la CEJ sostuvo claramente que

“Por su propia naturaleza, entonces, la práctica concertada no tiene todos los elementos de un contrato, pero puede, *inter alia*, surgir de la coordinación, que es notoria del comportamiento de los participantes. Aunque el comportamiento paralelo puede no ser en sí mismo identificado con una práctica concertada, puede sin embargo ser considerado como una fuerte evidencia de tal práctica si lleva a condiciones de competencia que no responden a las condiciones normales del mercado, considerando la naturaleza de los productos, el tamaño y número de firmas, y el volumen del señalado mercado. Tal es el caso especialmente donde el

---

<sup>153</sup> Imagínese por ejemplo una subasta en la cual las ofertas se dan en sobre cerrado: si todas las ofertas son idénticas, probablemente puede argumentarse la existencia de un acuerdo, pues tal resultado es improbable bajo condiciones de competencia.

<sup>154</sup> Entre la doctrina europea, véase MOTTA (2004: capítulo 4), MONTI (2007: p. 334); y WHISH (2009: pp. 552-4). Entre la doctrina norteamericana, BAKER (1993), HAY (2006), GELLHORN *et al.* (2004: esp. p. 319) y WERDEN (2004).

<sup>155</sup> Dos fallos anteriores, *Interstate Circuit* (1939) y *American Tobacco* (1946) habían sembrado la duda respecto de si la Corte consideraba el mero paralelismo de precios como conspiración en el contexto de la Sección §1 de la *Sherman Act*. A este respecto, véase KOVACIC (2006) pp. 820-22.

comportamiento paralelo es tal que permite a las partes buscar su equilibrio de precios a un nivel diferente del que hubiese resultado de la competencia [...]” (*Ibíd.*, ¶66).

En Estados Unidos, la jurisprudencia posterior sigue el mismo criterio.<sup>156</sup> Lo mismo ha sucedido con la jurisprudencia europea, tanto de la misma CEJ como de la Comisión.<sup>157</sup> Esto ha conferido al oligopolio (no-cooperativo) prácticamente una inmunidad respecto de la aplicación del derecho de la competencia. El comportamiento paralelo no puede ser considerado en sí mismo anticompetitivo si encuentra su explicación en las condiciones del mercado, el cual debe ser analizado con meticuloso detalle. Solamente si el paralelismo tiene como *única* explicación una concertación (esto es, si no es la clase de comportamiento que debiera esperarse en el mercado en cuestión), él puede ser usado como base para condenar.

En Chile, la Corte Suprema ha seguido el mismo principio. En *Navieras* (2006) rechazó la existencia de colusión, la cual había sido decretada por el TDLC. La Corte indicó que los “únicos indicios” en el caso era “la simultaneidad del cobro” efectuado por las firmas y la “similitud de precios cobrados”; es decir, comportamientos paralelos. Sin embargo, continúa la Corte, la colusión requiere de la “voluntad de los partícipes” y la “decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa” (considerando 10º). La Corte justificó ambos comportamientos

<sup>156</sup> En *Broke Group* (1993: p. 227) la Corte Suprema confirmó que la coordinación tácita no es en sí ilegal: “La colusión tácita, a veces llamada coordinación oligopolística de precios o paralelismo consciente, describe el proceso, no en sí ilegal, por el cual las firmas en un mercado concentrado pueden en efecto compartir el poder monopólico, estableciendo sus precios en un nivel que maximiza sus utilidades supra-competitivas, mediante el reconocimiento de sus intereses económicos compartidos y de su interdependencia respecto a sus decisiones de precio y cantidad producida”. El fallo discutió sobre un programa de recuperación post-predación, pero su escepticismo respecto de la colusión tácita causada por la estructura del mercado es claro.

<sup>157</sup> Así se desprende particularmente de lo sostenido por la CEJ en *Hüls* (1999: ¶160): “el Artículo 81 no priva a los operadores económicos del derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de sus competidores”. De manera similar: *Züchner* (1981: esp. ¶14); y *Suiker Unie* (1975: esp. ¶174). El caso más claro en materia de paralelismo consciente y práctica concertada es *Wood Pulp II* (1993). Allí, junto con establecer que “el comportamiento paralelo no puede ser estimado como prueba de la concertación a menos que la concertación constituya la *única* explicación plausible para tal conducta” (*Ibíd.*, ¶71, énfasis agregado), la CEJ indicó que “es necesario... establecer si el comportamiento paralelo no puede ser explicado sino por concertación, tomando en consideración la naturaleza de los productos, el tamaño y número de las firmas y el volumen del mercado en cuestión” (*ibíd.*). Citando *Suiker*, la CEJ reafirmó que cualquier productor es libre de reaccionar inteligentemente frente a las fuerzas del mercado y alterar su curso de acción, tomando en consideración la presente y esperada conducta de sus competidores. Un análisis de *Wood Pulp II* es proveído por MOTTA (2004: pp. 211-9) y por JONES (1993). Por su parte, la Comisión Europea (que sin embargo erró notoriamente en su apreciación del mercado en *Wood Pulp II*) ha seguido la misma línea. Por ejemplo en *Zinc Producer Group* (1984: esp. ¶¶75-6): sostuvo que “el comportamiento paralelo en materia de precios en un oligopolio que produce productos homogéneos no es en sí mismo suficiente evidencia de una práctica concertada”. De modo similar: *Cartonboard* (1994) y *British Sugar* (1999) (el liderazgo de precios no es evidencia de práctica concertada). En contra parece manifestarse *Peroxygen Products*, 1985. Un análisis de los precedentes europeos en CAPOBIANCO (2007), JOSHUA y JORDAN (2004) y HARDING y JOSHUA (2003).

paralelos en la supuesta naturaleza oligopólica del mercado y en la homogeneidad del producto:<sup>158</sup>

“...la similitud de precios encuentra su justificación en el hecho de tratarse de *actividades y servicios de naturaleza similar y en algunos casos idéntica*, que demandan por ende, un compromiso similar de recursos, no constituyendo ello algo sospechoso o novedoso” (considerando 11º, énfasis agregado); y “Que, en lo que dice relación con la simultaneidad en el inicio de los cobros objetados, tampoco puede obviarse que la relación entre las agencias requeridas es *altamente competitiva* por lo que las modalidades del mercado y naturaleza de los servicios son rápidamente *imitadas e internalizadas* por sus competidores” (Considerando 12º, énfasis agregado).

En la práctica, efectuar una clara distinción entre la cooperación y el mero paralelismo es complejo. Por ello, las cortes norteamericanas han impuesto cierta estructura al análisis a través de la identificación de “factores adicionales” (*plus factors*) que necesariamente deben acompañar al comportamiento paralelo para acreditar la existencia de coordinación.<sup>159</sup> Aunque la lista de “factores adicionales” varía caso a caso, siendo algunos genéricos y otros sólo relativos a las circunstancias del caso (HAY, 2006), ellos se refieren principalmente al análisis de los factores que afectan la condición de sustentabilidad de la colusión.<sup>160</sup>

Por supuesto, es admisible prueba en contrario por parte del acusado para justificar su conducta.<sup>161</sup> Entre ellas, el oligopolio mismo puede servir como defensa contra acusaciones de coordinación basadas en un simple comportamiento paralelo: el acusado puede alegar que su comportamiento fue una respuesta “racional” dada la estructura del mercado. Sin embargo, nótese que si la agencia sólo ha establecido la existencia de un comportamiento paralelo, el acusado no tiene la posibilidad de proveer justificaciones para su conducta, por cuanto la concertación no ha sido aún establecida. Es decir, el *onus probandi* no cambia por la mera

<sup>158</sup> Extrañamente, en su fallo el TDLC pareció considerar el mercado como oligopólico al señalar que “el caso de autos no está construido según extremos teóricos” (considerando Cuadragésimo Primero), extremos que serían la competencia perfecta y el monopolio, según se desprende de los considerandos Trigésimo Octavo y Trigésimo Noveno. No obstante, el TDLC no analiza las consecuencias que derivan de una estructura de mercado oligopólica.

<sup>159</sup> “Un acuerdo es correctamente inferido del paralelismo consciente sólo cuando existen ciertos ‘factores adicionales’ [*plus factors*]” (*Blomkest Fertilizer*, 2000, p. 1032). Véanse también *Petroleum Products* (1990) y *ATP* (1993).

<sup>160</sup> *Supra*, II.C.

<sup>161</sup> En el caso de las subastas en sobre sellado (*supra*, nota 153), el acusado podría alegar, por ejemplo, que el precio es claro en el mercado (v.g. X pesos por metro cuadrado, etc.).

evidencia de comportamiento paralelo.<sup>162</sup> Por el contrario, será la agencia la que debe demostrar (probablemente con más que simple evidencia económica) que no existe otra explicación plausible para el paralelismo más que la concertación; y el acusado no podrá invocar el oligopolio como “escudo” contra la investigación.

## 2. El debate en la doctrina

Históricamente, los problemas para la competencia derivados de estructuras de mercado oligopólicas han sido muy debatidos en la doctrina. Las posiciones contrarias son resumidas en el famoso debate académico acaecido durante los años 60s entre Douglas TURNER, profesor de *Harvard*, y Richard POSNER, profesor en *Chicago*. TURNER (1962) argumentó que los oligopolios están fuera del alcance del derecho de la competencia, principalmente porque era una situación inevitable dada la estructura existente en el mercado.<sup>163</sup> De acuerdo a TURNER, cada oligopolista sería “forzado” por las circunstancias a considerar su propio nivel de producción maximizador de utilidades tomando en consideración el de sus rivales y anticipando la respuesta que éstos tendrán frente a su propio nivel de producción y precios. Por esto, ninguna corte podría imponer un deber de ignorar las decisiones de los demás participantes en el mercado. La única solución sería estructural: transformar los oligopolios en unidades más pequeñas, ya sea usando el concepto de dominancia colectiva o dictando nueva legislación (TURNER, 1969). En contra, POSNER (1969) enfatizó las similitudes y no las diferencias entre carteles y el comportamiento de las firmas en una industria oligopólica.<sup>164</sup> De acuerdo a él, en un oligopolio bien puede existir una colusión tácita a través de un “encuentro de mentes” que no implica comunicación, pero sí concierto. Como esta situación no es normal en un mercado oligopólico, requiere de un comportamiento adicional y voluntario de las firmas, que sí puede ser sancionado por el derecho de la competencia.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> Esta fue la opinión del Abogado General DARMON en el caso europeo *Wood Pulp II* (1993). La misma opinión fue correctamente establecida en el voto de minoría de *Oxígeno Líquido* (2006), del ministro MENCHACA: “...pretender que las requeridas deban probar las hipótesis alternativas a la colusión en lugar de exigir prueba de la colusión por parte de quien la alega, la [FNE], implica alterar las reglas legales sobre el *onus probandi*, obligando a los acusados a una infracción a probar su inocencia... lo anterior bastaría para rechazar el requerimiento...” (considerando Sexto del voto de minoría).

<sup>163</sup> La postura de TURNER se basa claramente en el modelo de oligopolio de CHAMBERLIN-FELLNER (véase *supra*, nota 18), el cual provee una defensa contra la inferencia de un acuerdo colusivo basado en evidencia de resultados no competitivos. Véase también LOPATKA (1996).

<sup>164</sup> El trabajo de POSNER está claramente basado en el modelo de STIGLER (1964), a quien cita en reiteradas ocasiones.

<sup>165</sup> En este contexto, POSNER argumentó que aunque pocos competidores eran necesarios para la coordinación, ello no es suficiente para probar un mecanismo de detección de las desviaciones. Por ello, no es “inevitable” que el oligopolio resulte en una situación distinta a la del resultado del monopolio. Aunque sus

La doctrina posterior ha expuesto las deficiencias de ambas posturas.<sup>166</sup> El debate continúa y no es claro aún cuál es la posición que debieran tomar las autoridades de la competencia en materia de oligopolios.<sup>167</sup> Personalmente, creo que parte de la doctrina ha argumentado convincentemente que la evidencia debiera siempre sustentar la existencia de un acuerdo *explícito*.<sup>168</sup> Esto basado exclusivamente en consideraciones políticas y prácticas: primero, existen pocas razones para creer que los acuerdos tácitos son un fenómeno significativo; segundo, si se sancionan, ello abre paso a la posibilidad de sancionar restricciones donde no las hay (esto es, para cometer errores del Tipo I); y tercero, porque no puede imputarse responsabilidad a menos que exista un remedio (sanción) disponible, el cual puede no existir en caso de acuerdos implícitos.<sup>169</sup> A esto se suma que, en el caso del oligopolio no-cooperativo, el costo social es bajo en relación a otras conductas.<sup>170</sup> Finalmente, una buena razón para adoptar este enfoque es el estado de desarrollo primario de la persecución de carteles en Chile.

---

argumentos aparecieron primero en POSNER (1969), luego fueron variados levemente por su autor en POSNER (2001: cap. 6).

<sup>166</sup> Por ejemplo, WERDEN (2004: pp. 771-7) y HOVENKAMP (2005a y 2005b) han expuesto la inconsistencias del enfoque de POSNER (1969) con la teoría moderna del oligopolio, principalmente porque parece aquél implica erradamente que un equilibrio no-cooperativo de Nash en un modelo de una jugada es necesariamente producto de un acuerdo (“es censurable cobrar [cualquier] precio más alto que el competitivo” y si un incumbente responde ante un entrante “como en el modelo de Cournot” los dos se han “coludido tácitamente”. *Ibid.*, pp. 95-8). En *In re High Fructose Corn Syrup* (2002) POSNER, ahora como juez de la Corte de Apelaciones del 7º circuito, utiliza como único *benchmark* el modelo de competencia perfecta; con ellos, como expresa WERDEN (2004: p. 776), “puede fácilmente atrapar la conducta [del tipo] Cournot en la red de colusión”.

<sup>167</sup> La discusión no es, como pudiera parecer, meramente legal, relativa al acuerdo. La doctrina económica ha estado tradicionalmente dividida respecto de la importancia de los oligopolios e incluso de los acuerdos tácitos. Existe toda una línea de pensamiento, influenciada principalmente por el trabajo de STIGLER (1964), según la cual la coordinación entre firmas no puede ser espontánea, por lo que se requiere de un “arma” que agrupe las voluntades. Por ejemplo, BORK (1978: p. 175) indica que es dudoso que “la colusión tácita sea un fenómeno importante, o incluso que sea un fenómeno real”. En su trabajo de 1964, STIGLER no especificó a qué tipo de colusión se refería su modelo; de hecho, sus resultados han sido aplicados ampliamente con posterioridad. Sin embargo, previamente había indicado que “la colusión tácita basada en una ‘racionalidad oligopolística’ es tan inferior a la colusión expresa como la telepatía lo es al teléfono... no ha sido mostrado aún que la cooperación efectiva es posible sin dejar docenas de evidencias en las instituciones y prácticas de la industria” (STIGLER, 1956: p. 506). Posteriormente, en 1969, STIGLER dirigió un grupo de trabajo que recomendó no legislar sobre los oligopolios, contrariando el reporte previo emanado de una comisión gubernamental (la *White House Task Force on Antitrust Policy*) que recomendó la adopción de remedios estructurales en mercados con cuatro o menos firmas.

<sup>168</sup> En este sentido, WERDEN (2004: p. 780) y HAY (2006: p. 894). En sentido contrario parece manifestarse HOVENKAMP (2005a), quien destaca el excesivo apego de las legislaciones al concepto de acuerdo y señala que ello tiene como resultado un aumento del formalismo que atenta contra una efectiva protección de la libre competencia: un gran número de casos se preocupan más de probar que la conducta fue realizada en cumplimiento de un acuerdo que por la conducta misma de las firmas o su resultado anticompetitivo.

<sup>169</sup> Asimismo, WERDEN argumenta que “si los acuerdos implícitos existen y tienen un impacto significativo, probablemente ello sólo es así cuando una muy simple forma de cooperación surge de la interacción reiterada usando estrategias ‘ojo-por-ojo’” (*supra*, nota 33) (*Ibid.*, p. 764).

<sup>170</sup> Véase *supra*, sección II.D.

Esta interpretación, sin embargo, parece en principio contrariar el texto del DL 211, el cual menciona expresamente la posibilidad de sancionar “acuerdos expresos o tácitos”.<sup>171</sup> La solución práctica es simplemente poner un menor esfuerzo en la persecución de los casos de oligopolios cooperativos y enfatizar la persecución de las conductas colusorias expresas.

## B. LOS INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN

Un segundo aspecto particularmente controversial en industrias oligopólicas son los intercambios de información. Es usual que las firmas en una industria intercambien datos de precios, cantidades, capacidades, demanda, costos u otras variables.<sup>172</sup> La licitud de esta conducta varía de acuerdo al propósito del intercambio. En un extremo, tales comunicaciones sirven a los miembros de un cartel como mecanismo de monitoreo de desviaciones. Prácticamente todo cartel incluye este tipo de intercambios entre sus miembros. Obviamente ellos son *per se* ilegales, por tratarse de un mero soporte a una conducta en sí ilícita.<sup>173</sup> En el otro extremo, la licitud de los intercambios de información usados como soporte de un acuerdo lícito no debiera ser cuestionada. En medio existe una zona en la que los intercambios de información poseen *en sí mismos* un potencial colusivo y pueden eventualmente llegar a ser considerados ilícitos independiente de si los agentes que participan en el intercambio son culpables de cartelización a través de medios directos. La identificación de cuándo un acuerdo de intercambio de información es lícito y cuando es ilícito es crucial para combatir efectivamente la colusión.<sup>174</sup>

Un primer grupo son los acuerdos directos de intercambio de precios (sean actuales o futuros) entre firmas rivales. Éstos son normalmente tratados con estándares rigurosos: ellos son prohibidos simplemente porque tienden a producir uniformidad o interdependencia de precios.<sup>175</sup> No es necesario que dos firmas hayan expresamente acordado fijar los precios: el

---

<sup>171</sup> Véase *supra*, nota 124. Confirmando esta interpretación, el TDLC chileno sostuvo en *Guerra del Plasma* (2008: considerando Centésimo vigésimo octavo) que distinguir entre acuerdos expresos o tácitos es indiferente, dado que ambos tipos son cubiertos por el Artículo 3º del DL 211. Ni el artículo 81 CE como la Sección §1 de la *Sherman Act* hacen mención a la naturaleza del acuerdo.

<sup>172</sup> El volumen de información que se intercambia depende en gran medida del mercado relevante. Piénsese por ejemplo en el mercado accionario y, en contraste, en el mercado de las obras de arte.

<sup>173</sup> Véanse por ejemplo las recientes decisiones de la Comisión Europea en *Fasteners and Attaching Machines* (2007) y *Gas Insulated Switchgear* (2007). Ambos tienen apelación pendiente en la CEJ (*Prym y Areva*, respectivamente). Entre los autores, véase WHISH (2009) y POSNER (2001).

<sup>174</sup> Nótese que de todas formas debe existir un “acuerdo” para intercambiar la información. No es suficiente, por ejemplo, que una firma sea capaz de obtener información sobre sus rivales a través de la prensa o discusiones con consumidores. No obstante, como se vio, el concepto de acuerdo es normalmente interpretado en términos amplios.

<sup>175</sup> Como expresó la Corte Suprema norteamericana en *Gypsum* (1978), el intercambio directo de información sobre precios entre competidores tiene “el más alto potencial de generar efectos anticompetitivos”.

mero hecho de proveer o proveerse de información acerca del comportamiento de los precios es considerado suficiente para que las autoridades de la competencia consideren el intercambio como una fijación de precios. Aún más, en el derecho europeo la regla es que deben adoptarse acciones positivas para evitar participar en tales intercambios. No es suficiente que los términos del acuerdo no sean acatados o guardar silencio al momento de la adopción de una acción concertada: las firmas deben “distanciarse públicamente” de tomar parte en las reuniones que llevan al acuerdo. De lo contrario, la participación de una firma en la reunión sin distanciarse públicamente de lo discutido puede dar a entender a las demás que aquella concuerda y cumplirá con lo decidido.<sup>176</sup> El mensaje es claro: si un ejecutivo asiste a una reunión con sus competidores en la cual éstos comienzan a discutir sobre precios, debe pararse de su asiento, despedirse cordialmente (“lo valiente no quita lo cortés”) y retirarse.<sup>177</sup> El derecho norteamericano es igualmente hostil, particularmente si los intercambios están acompañados de otras circunstancias “sospechosas”.<sup>178</sup> En general, entonces, el intercambio directo de precios entre firmas rivales es considerado ilícito, aun cuando sólo una de las firmas provea de tal información a otra.

Con todo, nótese que a diferencia de lo que sucede en materia de colusión expresa, la alta exigencia no implica el uso de una regla *per se*.<sup>179</sup> El test aplicable a los intercambios directos

---

Este efecto se da incluso en aquellos casos en los cuales, por ejemplo, la industria presenta excesos de capacidad y un rápido incremento en la demanda (en este sentido véase, en Estados Unidos, *Container Corp.*, 1969). Nótese que los intercambios de precios son una práctica común en ciertas industrias de *retail*: en el Reino Unido, véase *supra*, notas 52 y 55.

<sup>176</sup> Esta explicación fue dada reciente por la CEJ en *Sumitomo* (2007: para. 48, citando *Aalborg Portland* [2004]) y previamente en *Sarrió* (2000). El criterio de que una firma debe “distanciarse públicamente” de lo acordado en una reunión fue establecido por la CPI en *Tréfileurope* (1995), y ha sido reiterado en numerosos casos. La misma CPI lo ha vuelto a utilizar en *BPB* (1998), en los casos *Cement* (2000), en *Tate & Lyle* (2001), y en *Acerinox* (2001). En *Westfalen Gassen Nederland* (2006), la misma corte explicó que la “distancia pública” es un concepto que debe ser interpretado de manera restringida: la CPI sugirió que al menos la firma que se distancia debe escribir a sus competidores y al secretario de la asociación a cargo de organizar las reuniones para decir que no desea ser considerada un miembro del cartel o no participar en reuniones que encubran una acción concertada. Previamente, en la misma línea, en *Thyssen Stahl* (1999) sostuvo que la mera atención a las reuniones es suficiente para establecer participación en ausencia de prueba en contrario. La Comisión, por su parte, ha usado el concepto de distancia pública en *Amino Acids* (2001). En la doctrina, véase BAILEY (2008).

<sup>177</sup> AREEDA y HOVENKAMP (2003: ¶1406c) señalan: “Supóngase, por ejemplo, que un empresario invita a sus principales rivales a cenar. Después de la cena, el anfitrión anuncia sus planes de precios para el futuro, y uno o más de los invitados hace lo mismo. La única objeción para encontrar un acuerdo de intercambio de información es el reclamo de los invitados de que fueron tomados por sorpresa. Sin embargo, podemos descartar esta objeción, porque los invitados tuvieron una opción: aunque pueda ser socialmente incómodo, los invitados podrían haberse retirado tan pronto como el anfitrión comenzó a transformar la ocasión social en una conspiracional”.

<sup>178</sup> Por ejemplo, la expresión mutua de preocupación acerca de la producción o los precios.

<sup>179</sup> En Estados Unidos, véase *Citizens & Southern Nat'l Bank* (1975) y *Gypsum* (1978), descartando la aplicación de una regla *per se*. En Europa, el caso principal es *UK Agricultural Tractor* (1992), en el cual la Comisión explicó que dada la alta concentración del mercado era probable que la colusión tácita derivada de un acuerdo de intercambio de precios. El caso fue confirmado por la CEJ (*John Deere*, 1998).

de información de precios entre rivales es ciertamente estricto, pero debe siempre demostrarse el *efecto* en los precios. Existe, digamos, una cierta presunción de ilegalidad, pero la regla es menos estricta que en el caso de los acuerdos que tiene como finalidad directa la restricción de la competencia.

Otros intercambios de información – esto es, aquellos que no son adyacentes a un cartel (*per se* ilegales) y no son acuerdos de precios en sí mismos (presunción de ilegalidad) – son más complejos de calificar. Es importante considerar que tales intercambios constituyen una parte importante de las relaciones de negocios y, en este sentido, son normales en muchos contextos.<sup>180</sup> Ellos recaen, por ejemplo, en aspectos contables (métodos de contabilidad o formas de llevar los libros, por ejemplo), intercambios de tecnología, investigación y desarrollo, en aspectos contractuales (v.g., el desarrollo de formas contractuales estandarizadas), etc. Tales intercambios son ciertamente beneficiosos para los competidores, especialmente en aquellos mercados en los cuales la naturaleza y extensión de la información que es manejada públicamente es limitada.<sup>181</sup> Asimismo, tales intercambios también pueden resultar beneficiosos para los consumidores si la transparencia en el mercado es fomentada a través de aquellos; e incluso pueden ser beneficiosos para la competencia misma si fomentan la entrada de nuevas firmas (TEECE, 1993).

No obstante, los intercambios de información de este tipo también tienen un potencial colusorio, por cuanto pueden actuar como plataforma de una concertación oligopolística.<sup>182</sup> Por ello, tales intercambios deben ser juzgados en el contexto de un análisis completo del mercado, incluyendo las condiciones económicas del mercado relevante, las características específicas del sistema de intercambio de información y del tipo de información

---

<sup>180</sup> Como indica WHISH (2009: p. 525): “Los competidores no pueden competir en un vacío estadístico: mientras más es la información que ellos poseen acerca de las condiciones del mercado, del volumen de la demanda, del nivel de capacidad que existe en la industria, y de los planes de inversión de los rivales, más fácil es para ellos tomar decisiones de producción y adoptar estrategias de marketing racionales y efectivas. Los competidores pueden beneficiarse, sin dañar a sus clientes, del intercambio de información... La comparación [*benchmarking*], por la cual las firmas miden su desempeño contra las ‘mejores prácticas’ de su industria, puede permitirles incrementar su eficiencia.”. Esto es especialmente cierto cuando se trata de firmas que producen un mismo producto.

<sup>181</sup> Entre rivales, los intercambios de información pueden, por ejemplo, contribuir a eliminar eventuales problemas de selección adversa y riesgo moral que pueden presentarse en ciertas industrias; o asegurar la rápida convergencia en un punto de equilibrio en mercados de *commodities* perecederos.

<sup>182</sup> Por ejemplo, véanse los casos europeos de la Comisión *Re Cimbel* (1972), condenando la obligación de informar los incrementos de capacidad proyectados a los competidores; *Zinc Producer Group* (1984), condenando la obligación de informar sobre planes de inversión; *Steel Beams* (1994), objetando intercambios de información sobre órdenes y entregas; y *EATA* (1999), objetando intercambios de información en cuanto a capacidad y porcentajes de utilización, y capacidad pronosticada.



intercambiada.<sup>183</sup> La calificación de la licitud de estos intercambios es casuística. Sin embargo, pueden darse algunas reglas generales. Primero, mientras más la información intercambiada se “aleje” de los precios o la producción y se refiera a otros aspectos tales como información crediticia de clientes o historial de consumidores, por ejemplo, las autoridades debieran ser más reacias a considerar el intercambio como anticompetitivo.<sup>184</sup> Ese tipo de información es normalmente cara de producir y, por tanto, su provisión conjunta puede producir significativas economías (HOVENKAMP, 2005a). Segundo, el *timing* del intercambio también debe ser considerado (POSNER, 2001). Tercero, debe analizarse su duración: es más probable que un intercambio sistemático pueda ser indicio o constitutivo de una práctica concertada (MONTI, 2008). La idea subyacente es que no obstante los intercambios de información, cada competidor determine su estrategia de mercado de manera independiente.

Otro punto a analizar dice relación con la *forma* de difusión de la información entre competidores. Por una parte, la información puede ser diseminada de manera amplia en la industria a través de una organización o asociación comercial.<sup>185</sup> Aquí es particularmente importante considerar la relación entre el dominio sobre el cual la información es intercambiada y el ámbito del mercado relevante (HOVENKAMP, 2005a).<sup>186</sup> Enseguida, las firmas pueden realizar anuncios unilaterales de precios y anuncios unilaterales de planes de producción, los cuales también pueden eventualmente contribuir a la colusión.<sup>187</sup> En este

---

<sup>183</sup> Así lo expresó la CEJ en *Asnef-Equifax* (2006): “de acuerdo con los precedentes en materia de acuerdos de intercambio de información, tales acuerdos son incompatibles con las reglas de la competencia si ellos reducen o remueven el grado de incertidumbre en cuanto a la operación del mercado en cuestión con el resultado de que la competencia entre firmas es restringida [...] La incompatibilidad de un sistema de intercambio de información...con las reglas de la competencia comunitarias no puede ser determinada en abstracto. Ella depende de las condiciones económicas en los mercados relevantes y de las características específicas del sistema en cuestión, tales como, en particular, su propósito, y las condiciones de acceso al mismo y la participación en el mismo, así como el tipo de información intercambiado – sea ésta, por ejemplo, pública o confidencial, agregada o detallada, histórica o actual – la periodicidad de tal información y su importancia para la fijación de precios, volúmenes o condiciones de servicio”. El caso se refiere a dos fallos anteriores: *John Deere* (1998) y *Thyssen Stahl* (2003). Sin embargo, el primer precedente en la materia es *Suiker Unie* (1975).

<sup>184</sup> Así lo declaró, por ejemplo, la Corte de Apelaciones norteamericana del 9º distrito en *Zozlaw* (1982).

<sup>185</sup> Los dos casos seminales en el derecho norteamericano son *Hardwood* (1921) y *Maple Flooring* (1925); un completo análisis de ambos casos es dado por POSNER (2001: pp. 159 *et seq.*). FRAAS y GREER (1977) fue uno de los primeros estudios empíricos en demostrar el potencial colusivo de las asociaciones.

<sup>186</sup> Por ejemplo POSNER (2001) nota que en *American Column* (1921), la asociación condenada tenía 365 miembros que colectivamente controlaban sólo un tercio del mercado norteamericano del parqué, por lo que incluso asumiendo una expresa fijación de precios es difícil notar cómo un cartel con tantos integrantes que controla una parte del mercado pudo haber afectado los precios en la forma substancial que consideró la Corte Suprema. En Chile, la mayoría de las condenas de la antigua Comisión Resolutiva se dirigieron precisamente contra asociaciones y/o sus miembros (véase *supra* nota 110).

<sup>187</sup> El estudio seminal en la materia es FARRELL (1987), quien analizó la influencia de las comunicaciones no-verificables y no-obligatorias (*cheap talk*) en los acuerdos que pueden alcanzar las firmas, en un contexto de

caso, al igual que como ocurre con los intercambios, el punto crucial es la transparencia. Si los anuncios son públicos (por ejemplo, mediante avisos comerciales), dados a conocer a rivales y consumidores, ellos normalmente no son considerados anticompetitivos.<sup>188</sup> En cambio, los anuncios privados, dirigidos sólo a rivales, debieran ser prohibidos, por cuanto las eficiencias de tal comunicación son prácticamente inexistentes (KÜHN, 2001): ellos más bien evitan costosos períodos de guerras de precios e inestabilidad de los mismos (MOTTA, 2004) y pueden ser un fuerte inductor de fijación de precios. Finalmente, las firmas pueden obtener o proveer información contactando directamente a uno o más competidores.<sup>189</sup> En este caso, los eventuales beneficios informacionales de la difusión a nivel de industria desaparecen por completo, y es más probable que el intercambio sea parte o constituya una mera fijación de precios. Si el intercambio es indirecto, la situación es más dudosa, pero no por ello disminuye la potencialidad del peligro.<sup>190</sup> Con todo, aun cuando la forma del intercambio es relevante para calificar la licitud, ella no debiera ser determinante, dado que la elección de una determinada forma puede depender de factores no relacionados con los efectos del intercambio en la competencia (POSNER, 2001).

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN...

En este capítulo he intentado delinear los aspectos centrales del análisis de las conductas efectuadas coordinadamente entre competidores para afectar negativamente la competencia. Aunque el análisis ha ido más allá de los mercados de *retail*, he procurado enfatizar los elementos más importantes para estos últimos. La principal lección de este capítulo es que cuando existe colusión, el costo social que ella impone es muy alto y los beneficios escasos o nulos. Por consiguiente, las sanciones deben ser altas y las reglas deben facilitar su aplicación. Sobre la base de esta conclusión es posible esbozar tres pautas de acción para mejorar la detección, persecución, prueba y sanción de las conductas colusorias en el futuro.

Primero, es necesario examinar acuciosamente los factores que facilitan la formación de la colusión y determinar en cada caso si se cumplen las condiciones de sustentabilidad. Ello

---

juegos con múltiples equilibrios. La evidencia teórica y empírica posterior reafirman el potencial colusivo de los anuncios unilaterales. Véase, entre otros, COOPER *et al.* (1992), y FARREL y RABIN (1996).

<sup>188</sup> Si existen efectos positivos y negativos, los primeros tienden a primar. Véase el ejemplo dado *supra* en nota 23.

<sup>189</sup> El caso seminal es *Container Corp.* (1969), fallado por la Corte Suprema de Estados Unidos.

<sup>190</sup> Véase *supra* nota 46.

debiera simplificar la distinción entre acuerdos competitivos y anticompetitivos, evitando el reproche de acuerdos lícitos. El análisis económico en este punto es fundamental.

Enseguida, la interpretación judicial en la materia debiera cambiar. Ante todo, la figura de la colusión expresa debe ser evaluada sólo en base a la existencia del acuerdo anticompetitivo y ser considerada *per se* ilícita. En este sentido, los recientes cambios legislativos clarifican la redacción del Artículo 3° inciso segundo letra (a) del DL 211 y han despejado el camino para introducir tal regla en el derecho chileno.

Finalmente, en mercados oligopólicos, debiera demostrarse “algo más” que la mera interdependencia para que un acuerdo o concertación pueda ser acreditado. Con todo, atendido el estado actual de desarrollo del derecho de la competencia chileno, no parece conveniente enfocar las políticas de competencia en la persecución de aquellas muy esporádicas situaciones de oligopolios en las cuales las firmas son capaces de coordinarse o incluso coludirse sin que medie un acuerdo expreso de por medio. A pesar que otras situaciones pueden también acarrear un resultado anticompetitivo, parece razonable por ahora enfocar la persecución exclusivamente en los acuerdos explícitos.

Por cierto, muchos (quizás la mayoría) de los aspectos examinados y las ideas conferidas en este capítulo son controversiales. El análisis de la coordinación entre competidores es en sí una materia altamente compleja, pero no por ello debe quedar en un segundo plano. Lamentablemente, aunque los carteles son la más grave de las ofensas en materia de libre competencia, aún existe en Chile un prácticamente nulo reconocimiento de la gravedad de este ilícito y otras prácticas colusorias.<sup>191</sup> Un derecho de la libre competencia moderno, enfocado en el bienestar del consumidor como último objetivo a proteger, exige cambiar esta actitud.<sup>192</sup> De una buena vez, la colusión debe comenzar a ser considerada como lo que es: un crimen serio.<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> Como lo deja en claro, por ejemplo, la cita con la que comienza este capítulo.

<sup>192</sup> La importancia del objetivo final de evitar daños al consumidor se refleja claramente en la famosa frase de un ejecutivo *senior* de ADM, el cual, delineando la filosofía de su compañía en una reunión de un cartel, expresó: “Nuestros competidores son nuestros amigos; nuestros clientes son el enemigo” (CONNOR, 2001).

<sup>193</sup> Por cierto, cuando se trata de mostrar los males que acarrear los carteles, hay quienes se toman el tema particularmente en serio. En febrero de 2009, en Grecia, don Theodoros Tenezos, dueño de una compañía acerera de tamaño mediano, estuvo en huelga de hambre durante 2 días frente a las oficinas de la Comisión de Competencia en protesta contra los carteles y la nula respuesta que obtuvo de la Comisión cuando denunció un cartel del acero que destruyó su negocio. Fue el primer caso europeo de huelga de hambre por esta materia. No esperemos hasta que exista uno similar en Chile.

## BIBLIOGRAFÍA

## I. Bibliografía Citada

- ABREU, Dilip (1986): “External Equilibria of Oligopolistic Supergames”, *Journal of Economic Theory*, vol. 39: pp. 191-225.
- \_\_\_\_\_, David PEARCE y Ennio STACHETTI (1986): “Optimal Cartel Equilibria with Imperfect Monitoring”, *Journal of Economic Theory*, vol. 39, pp. 251-69.
- AMATO, Juliano y Claus-Dieter EHLERMANN (2007): *EC Competition Law: A Critical Assessment* (Hart Publishing) 836 pp.
- AREEDA, Phillip y Herbert HOVENKAMP (2003): *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (Aspen Publishers) 2a edición, 5950 pp.
- AXELROD, Robert (1984): *The Evolution of Cooperation* (Basic Books), 256 pp.
- AYRES, Ian (1985): “Rationalizing Antitrust Cluster Markets”, *Yale Law Journal*, vol. 95, pp. 109-25.
- BAILEY, David (2008): “Publicly Distancing Oneself from a Cartel”, *World Competition*, vol. 32, pp. 177-203.
- BAIN, Joe S. (1968 [1959]): *Industrial Organization* (John Wiley & Sons Inc.) 2a edición (revisada), 694 pp.
- \_\_\_\_\_, (1956): *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press), 339 pp.
- \_\_\_\_\_, (1948): “Output Quotas in Imperfect Cartels”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 62, pp. 617-22.
- BAIRD, Douglas G., Robert H. GERTNER y Randal C. PICKER (1994): *Game Theory and the Law* (Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press), 330 pp.
- BAKER, Jonathan B. (1993): “Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 38, pp. 143-219.
- BARBEZAT, Daniel (1989): “Cooperation and Rivalry in the International Steel Cartel, 1926-1933”, *The Journal of Economic History*, vol. 49(2): pp. 435-47.
- BAXTER, William F. y Daniel P. KESSLER (1995): “Toward a Consistent Theory of the Welfare Analysis of Agreements”, *Stanford Law Review*, vol. 47, pp. 615-31.
- BECKER, Gary (1968): “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, pp. 169-217.
- BENOIT, Jean-Pierre y Vijay KRISHNA (1987): “Dynamic Duopoly: Prices and Quantities”, *Review of Economic Studies*, vol. 54, pp. 23-35.
- BERNHEIM, B. Douglas y Michael D. WHINSTON (1990): “Multimarket Contact and Collusive Behavior”, *Rand Journal of Economics*, vol. 21(1), pp. 1-26.
- BERNSTEIN, Lisa (1992): “Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry”, *Journal of Legal Studies*, vol. 21, pp. 115-57.
- BERTRAND, Joseph Louis Françoise (1883): “Théorie Mathématique de la Richesse Sociales, par Léon Walras & Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie de Richesse, par Augustin Cournot” (comentario de libros), *Journal des Savants*, vol. 67, pp. 499-508.
- BISHOP, Robert L. (1960): “Duopoly: Collusion or Warfare?”, *American Economic Review*, vol. 50(5), pp. 933-61.

- BISHOP, Simon y Mike WALKER (2002): *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (London: Sweet & Maxwell), 2a ed., 672 pp.
- BLACK, Oliver (1997): “Per Se Rules and Rule of Reason: What Are They?”, *European Competition Law Review*, vol. 18(3), pp. 145-61.
- BOLOTOVA, Yuiya, John M. CONNOR y Douglas J. MILLER (2008): “The impact of Collusion on Price Behavior: Empirical Results from Two Recent Cases”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26, pp. 1290-307.
- BORENSTEIN, Severin y Nancy L. ROSE (1994): “Competition and Price Dispersion in the U.S. Airline Industry”, *Journal of Political Economy*, vol. 102(4), pp. 653-83.
- BORK, Robert H. (1978): *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself* (New York: The Free Press), 479 pp.
- \_\_\_\_ (1965): “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division”, *Yale Law Journal*, vol. 74, pp. 775-847.
- BRENNAN, Timothy J. (1992): “Refusing to Cooperate with Competitors: A Theory of Boycotts”, *Journal of Law and Economics*, vol. 35, pp. 247-64.
- BRESNAHAN, Timothy F. (1981): “Duopoly Models with Consistent Conjectures”, *American Economic Review*, vol. 71(5), pp. 934-45.
- BROCK, James W. (2006): “Antitrust Policy and the Oligopoly Problem”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 51(2), pp. 227-80.
- \_\_\_\_ y José A. SHAINKMAN (1985): “Price Setting Supergames with Capacity Constraints”, *The Review of Economic Studies*, vol. 52(3), pp. 371-82.
- BRYANT, Peter G. y E. Woodrow ECKHARD (1991): “Price Fixing: The Probability of Getting Caught”, *Review of Economics and Statistics*, vol. 73(3), pp. 531-6.
- CAPOBIANCO, Antonio (2007): “Agreements - Concerted Practices (Horizontal Side)”, en AMATO, Juliano y Claus-Dieter EHLERMANN, *EC Competition Law: A Critical Assessment* (Hart Publishing) capítulo 2, pp. 25-80.
- CARLTON, Dennis W. y Jeffrey M. PERLOFF (2004): *Modern Industrial Organization* (Pearson Education) 4a edición, 800 pp.
- CHAMBERLIN, Edward H. (1957): “On the Origin of ‘Oligopoly’”, *The Economic Journal*, vol. 67, pp. 211-18.
- \_\_\_\_ (1962 [1933]): *The Theory of Monopolistic Competition* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press) 8a edición, 410 pp.
- \_\_\_\_ (1929): “Duopoly: Value Where Sellers are Few”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 44(1), pp. 63-100.
- CHRISTIANSEN, Arndt y Wolfgang KERBER (2006): “Competition Policy with Optimal Differentiated Rules instead of ‘per se rules v. rules of reason’”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 2(2), pp. 215-44.
- COASE, Ronald (1937): “The Nature of the Firm”, *Economica*, s/v, p. 4; reeditado en COASE, Ronald, *The Firm, the Market and the Law* (1988), capítulo 2 (Chicago y London: The University of Chicago Press), pp. 33-55.
- CC (COMPETITION COMMISSION, UK) (2008): “Market Investigation in the Supply of Groceries in the UK: Final Report”, ISBN: 978-0-11-703854-7.

- \_\_\_\_ (2003): “Market Investigation References: Competition Commission Guidelines” (CC 3), Junio 2003.
- COMPTE, Olivier, Frédéric JENNY y Patrick REY (2002): “Capacity Constraints, Mergers and Collusion”, *European Economic Review*, vol. 46, pp. 1-29.
- CONNOR, John (2001): *Global Price Fixing: Our Customers are the Enemy* (Boston: Springer) 598 pp.
- \_\_\_\_ (1997): “The Global Lysine Price-Fixing Conspiracy of 1992-1995”, *Review of Agricultural Economics*, vol. 19, pp. 412-27.
- \_\_\_\_ y Robert H. LANDE (2005): “How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines”, *Tulane Law Review*, vol. 80, pp. 513-65.
- COOPER, Russell, Douglas V. DEJONG, Robert FORSYTHE y Thomas W. ROSS (1992): “Communication in Coordination Games”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 107(2), pp. 739-71.
- COURNOT, Augustin (1838): *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses* (con traducción al inglés por N. Bacon: *Studies in the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, New York: McMillan, 1897).
- DANA JR., James D. (1999): “Equilibrium Price Dispersion Under Demand Uncertainty: The Roles of the Costly Capacity and Market Structure”, *Rand Journal of Economics*, vol. 30(4), pp. 632-60.
- DAUGHETY, Andrew F. (1985): “Reconsidering Cournot: The Cournot Equilibrium is Consistent”, *Rand Journal of Economics*, vol. 16(3), pp. 368-79.
- DAVIDSON, Carl y Raymond J. DENECKERE (1990): “Excess Capacity and Collusion”, *International Economic Review*, vol. 31(3), pp. 521-41.
- DICK, Andrew (1998), “Cartel and Tacit Collusion”, en: NEWMAN, Peter (editor), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (Palgrave Macmillan) vol. 1, pp. 206ss.
- DIXIT, Avinash K. y Barry J. NALEBUFF (1991): *Thinking Strategically* (New York & London: W.W. Norton & Company), 393 pp.
- EASTERBROOK, Frank (1984): “The Limits of Antitrust”, *Texas Law Review*, vol. 63, pp. 1-40.
- EHRlich, Isaac y Richard POSNER (1974): “An Economic Analysis of Legal Rulemaking”, *Journal of Legal Studies*, vol. 3, pp. 257-86.
- ELLISON, Glenn (1994): “Theories of Cartel Stability and the Joint Executive Cartel”, *Rand Journal of Economics*, vol. 25(1), pp. 37-57.
- EVANS, William N. y Ioannis N. KESSIDES (1994): “Living by the ‘Golden Rule’: Multimarket Contact in the U.S. Airline industry”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 109(2), pp. 341-66.
- EZRACHI, Ariel y Ulf BERNITZ (2009): *Private Labels, Brands, and Competition Policy: The Changing of Landscape Competition* (Oxford: Oxford University Press) 400 pp.
- FARRELL, Joseph (1987): “Cheap Talk, Coordination and Entry”, *Rand Journal of Economics*, vol. 18(1), pp. 34-9.
- \_\_\_\_ y M. RABIN (1996): “Cheap Talk”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 10, pp. 103-18.
- FAULL, Jonathan y Ali NIKPAY (2007): *The EC Law of Competition* (Oxford: Oxford University Press) 2a edición, 2000 pp.
- FELLNER, William (1949): *Competition Among the Few: Oligopolies and Similar Market Structures* (New York: Alfred A. Knopf) 340 pp.

- FISHER, Irving (1898): "Cournot and Mathematical Economics", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 12(2), pp. 119-38.
- FRAAS, Arthur G. y Douglas F. GREER (1977): "Market Structure and Price Collusion: An Empirical Analysis", *Journal of Industrial Economics*, vol. 26(1), pp. 21-44.
- FRIEDMAN, James W. (1971): "A Non-Cooperative Equilibrium for Supergames", *Review of Economic Studies*, vol. 38, pp. 1-12.
- GELLHORN, Ernest, William E. KOVACIC y Stephen CALKINS (2004): *Antitrust Law and Economics (in a nutshell)* (West publishing Co.) 5a edición, 617 pp.
- \_\_\_\_\_ y Theresa TATHAM (1984): "Making Sense Out of the Rule of Reason", *Case Western Reserve Law Review*, vol. 35, pp. 155-82.
- GIBBONS, Robert (1997): "An Introduction to Applicable Game Theory", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 11(1), pp. 127-49.
- \_\_\_\_\_ (1992): *Game Theory for Applied Economists* (Princeton: Princeton University Press), 288 pp.
- GLAZER, Kenneth L. (2002): "Concerted refusals to Deal under Section 1 of the Sherman Act", *Antitrust Law Journal*, vol. 70, pp. 1-65.
- GONZÁLEZ, Aldo (2007a): "La Delación Compensada o Amnistía en la Lucha Anti-Carteles", *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas, Departamento de Economía, Universidad de Chile*, N°2, enero 2007.
- \_\_\_\_\_ (2007b): "Conceptos y Aplicación de la Delación Compensada en la Persecución de los Carteles", *Expansiva 'en foco'*.
- \_\_\_\_\_ (2006): "Fundamentos del los Programas de Delación Compensada para la Persecución de los Carteles", *Documentos de Trabajo, Departamento de Economía, Universidad de Chile*, N° 218, octubre 2006.
- GREEN, Edward J. y Robert H. PORTER (1984): "Noncooperative Collusion under Imperfect Competition", *Econometrica*, vol. 52, pp. 87-100.
- GROSSMAN, Peter Z. (ed.) (2004): *How Cartels Endure and How They Fail* (Edward Elgar Publishing) 336 pp.
- HALL R.L. y C.J. HITCH (1939): "Price Theory and Business Behaviour", *Oxford Economic Papers*, vol. 2, pp. 12-45.
- HALTIWANGER, John y Joseph E. HARRINGTON, Jr. (1991): "The Impact of Cyclical Demand Movements on Collusive Behavior", *Rand Journal of Economics*, vol. 22(1), pp. 89-106.
- HARDING, Christopher y Julian JOSHUA (2003): *Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency* (Oxford: Oxford University Press), 301 pp.
- HARRINGTON, Joseph E. (2005): "Optimal Cartel Pricing in the Presence of an Antitrust Authority", *International Economic Review*, vol. 46(1), pp. 145-69.
- \_\_\_\_\_ (1989): "Collusion among Asymmetric Firms: The Case of Different Discount Factors", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 7, pp. 289-307.
- \_\_\_\_\_ y J. CHEN (2006): "Cartel Pricing Dynamics with Cost Variability and Endogenous Buyer Detection", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26(6), pp. 1185-212.
- HAY, George A. (2006): "Horizontal Agreements: Concept and Proof", *The Antitrust Bulletin*, vol. 51(4), pp. 877-914.
- \_\_\_\_\_ (1999): "Facilitating Practices: The Ethyl Case (1984)", en: KWOKA, J.E. y L.J. WHITE (eds.), *The Antitrust Revolution* (Oxford University Press), 3a ed., pp. 182-201.

- \_\_\_\_ (1982): “Oligopoly, Shared Monopoly, and Antitrust Law”, *Cornell Law Review*, vol. 67, pp. 439-81.
- HOSKEN, Daniel S., Robert S. MCMILLAN y Christopher T. TAYLOR (2008): “Retail Price Gasoline: What Do We Know?”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26, pp. 1425-36.
- HOVENKAMP, Herbert (2005a): *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice* (West Group Publishing) 3a edición, 878 pp.
- \_\_\_\_ (2005b): *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press), 368 pp.
- HUCK, Steffen, Hans-Theo NORMAN y Jörg OECHSSLER (2004): “Two are Few and Four are Many: Number Effects in Experimental Oligopolies”, *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 53, pp.435-46.
- HUGHES, Paul (2008): “Director’s Personal Liability for Cartel Activity under UK and EC Law – A Tangled Web”, *European Competition Law Review*, vol. 29(11), pp. 632-48.
- ICN (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK) (2008): “Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions”, Report to the 7<sup>th</sup> ICN Annual Conference, Kyoto, Abril 2008.
- \_\_\_\_ (2007): “Anti-Cartel Enforcement Template”, Cartels Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques, Chile (date of completion: 28/05/2007).
- IVALDI, Marc, Bruno JULLIEN, Patrick REY, Paul SEABRIGHT y Jean TIROLE (2003): “The Economics of Tacit Collusion”, Reporte Final para el DG Comp (marzo 2003).
- JONES, Alison y Brenda SUFFRIN (2008): *EC Competition Law: text, cases, and materials* (Oxford: Oxford university Press), 3a edición, 1430 pp.
- \_\_\_\_ (1993): “Wood Pulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism”, *European Competition Law Review*, vol. 14(6), pp. 273-79.
- JORDE, Thomas M. y David J. TEECE (1993): “Rule of Reason Analysis of horizontal Arrangements: Agreements Designed to Advance Innovation and Commercialize Technology”, *Antitrust Law Journal*, vol. 61: pp. 579-619.
- JOSHUA, Julian M. y Sarah JORDAN (2004): “Combinations, Concerted Practices and Cartels: Adopting the Concept of Conspiracy in European Community Competition Law”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 24, pp. 647-82.
- KOVACIC, William E. (2006): “An integrated Competition Policy to Deter and Defeat Cartels”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 51(4), pp. 813-35.
- KÜHN, Kai-Uwe (2001): “Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms”, *Economic Policy*, vol. 16, pp. 167-204.
- KWOKA, John E. (1997): “The Price Effects of Bidding Conspiracies: Evidence from Real Estate Auction ‘Knockouts’”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 42, pp. 503-16.
- LAITNER, John (1980): “‘Rational’ Duopoly Equilibria”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 95(4), pp. 641-62.
- LAMBSON, Val Eugene (1994): “Some Results on Optimal Penal Codes in Asymmetric Bertrand Supergames”, *Journal of Economic Theory*, vol. 62, pp. 444-68.
- LANDES, William M. (1983): “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 50(2), pp. 652-78.



- LEMLEY, Mark A. y Christopher R. LESLEY (2007): “Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence”, *Stanford Law and Economics Working Paper*, N°348, disponible en: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1026967](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1026967)> [última visita: 26 mayo 2009].
- LESLIE, Christopher R. (2004): “Trust, Distrust, and Antitrust”, *Texas Law Review*, vol. 82(3): 515-680.
- LEVENSTEIN, Margaret C. y Stephen W. SALANT (eds.) (2007): *Cartels* (2 volúmenes) (Cheltenham, UK y Northampton, Massachusetts: Edward Elgar), 716 pp. y 748 pp.
- \_\_\_\_\_ y Valerie Y. SUSLOW (2006): “What Determines Cartel Success?”, *Journal of Economic Literature*, vol. 64(1), pp. 43-95.
- LIANOS, Ioannis (2009): “The Vertical/Horizontal Dichotomy in Competition Law: Some Reflexions with regard to Dual Distribution and Private Labels”, en EZRACHI, A. y U. BERNITZ (eds.), *Private Labels, Brands, and Competition Policy: The Changing of Landscape Competition* (Oxford: Oxford University Press) pp. 161-86.
- LIPSEY, Richard G. y K. Alec CHRYSTAL (1999): *Principles of Economics* (Oxford, UK: Oxford University Press) 9a edición, 656 pp.
- LOPATKA, John E. (1996): “Solving the Oligopoly Problem: Turner’s Try”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 41, pp. 843-908.
- MACAVOY, Paul W. (1965): *The Economic Effects of Regulation: The Trunk-Line Railroad Cartels & the Interstate Commerce Commission before 1900* (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press) 288 pp.
- MARTIN, Stephen (1995): “R&D Joint Ventures and Tacit Product Market Collusion”, *European Journal of Political Economy*, vol. 11, pp. 733-41.
- \_\_\_\_\_ (1993): “Endogenous Firm Efficiency in a Cournot Principal-Agent Model”, *Journal of Economic Theory*, vol. 59, pp. 445-50.
- MASON, Christopher (2005): *The Art of Steal: Inside the Sotheby’s-Christie’s Auction House Scandal* (Putnam Adult) 416 pp.
- MASON, Charles F., Owen R. PHILLIPS y Clifford NOWELL (1992): “Duopoly Behavior in Asymmetric Markets: an Experiment Evaluation”, *Review of Economics and Statistics*, vol. 74(4), pp. 662-70.
- MONTI, Giorgio (2007): *EC Competition Law* (Cambridge, UK: Cambridge University Press), 527 pp.
- \_\_\_\_\_ (2001): “The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC”, *Common Market Law Review*, vol. 38(1), pp. 131-57.
- \_\_\_\_\_ (1996): “Oligopoly: Conspiracy? Joint Monopoly? Or Enforceable Competition?”, *World Competition*, vol. 19(3), pp. 59-102.
- MOTTA, Massimo (2004): *Competition Policy, Theory and Practice* (Cambridge, UK: Cambridge University Press) 616 pp.
- \_\_\_\_\_ y Michele POLO (2003): “Leniency Programs and Cartel Prosecution”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21(3), pp. 347-79.
- NASH, John (1951): “Non-Cooperative Games”, *Annals of Mathematics*, vol. 54(2), pp. 286-95.
- NELSON, Jon P. (1993): “Comparative Antitrust Damage in Bid-Rigging Cases: Some Findings from a Used Vehicle Auction”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 38, pp. 369-94.
- OCDE (2005): “Third Report on the Implementation of the 1998 Recommendation
- \_\_\_\_\_ (2004): “Competition Law and Policy in Chile: A Peer Review”, January 2004.

- \_\_\_\_ (2003): “Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead”
- \_\_\_\_ (2002): “Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws”, DAFNE/COMP (2002) 7, Paris.
- \_\_\_\_ (1998): “Recommendation of the Council concerning effective action against Hard Core Cartels”
- ODUDU, Okeoghene (2006): *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81* (Oxford: Oxford University Press), 268 pp.
- OFT (OFFICE OF FAIR TRADING, UK) (2004): “Guidance as to the appropriate amount of a penalty”, disponible en <[http://www.oft.gov.uk/shared\\_of/business\\_leaflets/ca98\\_guidelines/oft423.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/ca98_guidelines/oft423.pdf)> (última visita: 27 mayo 2009).
- PAGE, William H. (2008): “Facilitating Practices and Concerted Action Under Section 1 of the Sherman Act”, disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1117667](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1117667)> (última visita: 27 mayo 2009).
- \_\_\_\_ (1985): “The Scope of Liability for Antitrust Violations”, *Stanford Law Review*, vol. 37, pp. 1445-512.
- PARKER, Phillip M. y Lars-Hendrik RÖLLER (1997): “Collusive Conduct in Duopolies: Multimarket Contact and Cross-Ownership in the Mobile Telephone Industry”, *Rand Journal of Economics*, vol. 28(2), pp. 304-22.
- PERRY, Martin K. (1982): “Oligopoly and Consistent Conjectural Variations”, *Bell Journal of Economics*, vol. 13(1), pp. 197-205.
- PETIT, Nicolas (2007): *Oligopoly, Collusion Tacite et Droit Communautaire de la Concurrence* (Brussels: Bruylant) 704 pp.
- PIRAINO JR., Thomas A. (1991): “Reconciling the Per Se and the Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis”, *Southern California Law Review*, vol. 64, pp. 685-739.
- PORTER, Robert H. (1985): “On the Incidence and Duration of Price Wars”, *Journal of Industrial Economics*, vol. 33(4), pp. 415-26.
- \_\_\_\_ (1983): “A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee, 1880-1886”, *Bell Journal of Economics*, vol. 14(2), pp. 301-14.
- POSNER, Richard (2001): *Antitrust Law*, 2ª ed. (Chicago, The University of Chicago Press), 316 pp.
- \_\_\_\_ (1969): “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach”, *Stanford Law Review*, vol. 21, pp. 1562-606.
- RAITH, Michael (1996): “Product Differentiation, Uncertainty and the Stability of Collusion”, *LSE STICERD Research Paper N°EII16*, disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1158295](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1158295)> (última visita: 27 mayo 2009).
- RASMUSEN, Eric (2006): *Games and Information: An Introduction to Game Theory* (Wiley-Blackwell) 4a edición, 560 pp.
- ROSS, Thomas W. (1992): “Cartel Stability and Product Differentiation”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 10(1), pp. 1-13.
- ROTEMBERG, Julio J. y Garth SALONER (1986): “A Supergame-Theoretic Model of Price Wars during Booms”, *American Economic Review*, vol. 76(3), pp. 390-407.
- ROTH Peter y Vivien ROSE (2008): *Bellamy and Child: European Community Law of Competition* (Oxford: Oxford University Press), 6a edición, 2552 pp.
- SAKKERS Ewoud y Johan YSEWYN (2008): *European Cartel Digest* (Wolters Kluwer), loose leaf.

- SALOP, Steven C. (1977): “The Noisy Monopolist: Imperfect Information, Price Dispersion and Price Discrimination”, *Review of Economic Studies*, vol. 44, pp. 393-406.
- \_\_\_\_\_ y Joseph STIGLITZ (1982): “The Theory of Sales: A Simple Model of Equilibrium Price Dispersion with Identical Agents”, *American Economic Review*, vol. 72, pp. 1121-30.
- SCHELLING, Thomas C. (1981 [1960]): *The Strategy of Conflict* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press) 328 pp.
- SCHERER, Frederic M. y David ROSS (1990): *Industrial Market Structure and Economic Performance* (Boston, Houghton Mifflin Press) 3a edición, 713 pp.
- SCHINKEL, Maarten Pieter (2007): “The Role of Leniency Programs in Cartel Enforcement: A Critical Assessment”, paper presentado en la conferencia *The Reform of EC and Greek Competition Law*, Junio 1-2, 2007, Atenas, Grecia, disponible en <[www.imedipa.com/files/downloads/3.%20Schinkel.pdf](http://www.imedipa.com/files/downloads/3.%20Schinkel.pdf)>.
- SCHMALENSEE, Richard (1987): “Competitive Advantage and Collusive Optima”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 5, pp. 351-68.
- SHAPIRO, Carl (1989): “Theories of Oligopoly Behaviour”, en: SCHEMALENSEE, Richard y Robert D. WILLIG (edit.), *A Handbook of Industrial Organization Economics* (New York: Elsevier Science), pp. 329-414.
- SHY, Oz (1995): *Industrial Organization: Theory and Applications* (Cambridge, Massachusetts and London, England: The MIT Press) 466 pp.
- SIMON, Henry C. (1934): *A Positive Program for Laissez Faire: Some Proposal for a Liberal Economic Policy (Public Policy Pamphlets Nº15)*, reeditado en SIMON, Henry C., *Economic Policy for a Free Society* (1948), capítulo 2 (Chicago: University of Chicago Press) pp. 40-77.
- SMITH, Adam (1991 [1776]): *Wealth of Nations* (New York: Prometheus Books), 590 pp.
- SNYDER, Christopher M. (1996): “A Dynamic Theory of Countervailing Power”, *Rand Journal of Economics*, vol. 27(4), pp. 747-69.
- SPANOGLO, Giancarlo (2004): “Divide et Impera: Optimal Leniency Programs”, disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=716143](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=716143)> (última visita: 27 mayo 2009).
- STAAHL GABRIELSEN, Tommy y Lars SØGARD (2007): “Private Labels, Price Rivalry, and Public Policy”, *European Economic Review*, vol. 51(2), pp. 403-24.
- STEALEY III, John E. (1993): *The Antebellum Kanawha Salt Business and Western Markets* (Lexington, Ky: University Press of Kentucky) 261 pp.
- STEVENS, Dallah (1995): “Covert Collusion and Conscious Parallelism in Oligopolistic Markets: A Comparison of EC and US Competition Law”, en: BARAV, Ami, G. DE BÚRCA, D. A. WYATT, Joan WYATT, *15<sup>th</sup> Oxford Yearbook of European Law* (Oxford: Oxford University Press) pp. 47-78.
- STIGLER, George (1968): *The Organization of Industry* (Homewood, Illinois: Richard D. Irwing, Inc.) 328 pp.
- \_\_\_\_\_ (1964): “A Theory of Oligopoly”, *Journal of Political Economy*, vol. 72: pp. 44-61.
- \_\_\_\_\_ (1961): “The Economics of Information”, *Journal of Political Economy*, vol. 69, pp. 213-25.
- \_\_\_\_\_ (1956): “Report of the Attorney General’s Committee on Antitrust Policy: Discussion”, *American Economic Review (Papers and Proceedings)*, vol. 46(2), pp. 496-507.
- \_\_\_\_\_ (1947): “The Kinky Oligopoly Demand Curve and Rigid Prices”, *Journal of Political Economy*, vol. 55(5), pp. 432-49.
- STROUX, Sigrid (2004): *US and EC Oligopoly Control* (Kluwer Law International) 269 pp.

- SWEEZY, Paul M. (1939): “Demand under Conditions of Oligopoly”, *Journal of Political Economy*, vol. 47(4), pp. 568-75.
- TEECE, David J. (1993): “Information Sharing, Innovation and Antitrust”, *Antitrust Law Journal*, vol. 62, pp. 465-81.
- TIOLE, Jean (1988): *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press) 479 pp.
- TURNER, Donald F. (1962): “The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal”, *Harvard Law Review*, vol. 75(4), pp. 655 -706.
- VALDÉS, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile) 751 pp.
- VELJANOVSKI, Cento (2009): “European Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2009 - A Statistical Analysis of Fines Under the 1998 Penalty Guidelines”, disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1016014](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016014)>.
- VON NEUMANN, John y Oskar MORGENSTERN (1980 [1944]): *Theory of Games and Economic Behavior* (Princeton: Princeton University Press) 3a edición, 648 pp.
- WERDEN, Gregory J. (2009): “Next Steps in the Evolution of Antitrust Law: What to Expect From the Roberts Court”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 5(1), pp. 1-47.
- \_\_\_\_\_ (2004): “Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory”, *Antitrust Law Journal*, vol. 71, pp. 719-800.
- WESSELY, Thomas W. (2001): “Case comment” [on *Polypropylene* case], *Common Market Law Review*, vol. 38, pp. 739-65.
- WHISH, Richard (2009): *Competition Law* (Oxford, England: Oxford University Press) 6a edición, 1006 pp.
- WHITE, Lawrence J. (2001): “Lysine and Price-Fixing: How Long? How Severe?”, *Review of Industrial Organization*, vol. 18(1), pp. 23-31.
- WILLIAMSON, Oliver (1989): “Transaction Cost Economics”, en: SCHEMALENSSEE, Richard y Robert D. WILLIG (edit.), *I Handbook of Industrial Organization Economics* (New York: Elsevier Science), pp. 135-82.
- \_\_\_\_\_ (1979): “Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, pp. 953-93.
- YAO, Dennis A. y Susan S. DE SANTI (1993): “Game Theory and the Legal Analysis of the Tacit Collusion”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 38, pp. 113-41.

## II. Jurisprudencia Citada

### A. ESTADOS UNIDOS.

- Addyston Pipe: *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 (6<sup>th</sup> Cir. 1898), confirmada 175 U.S. 211, 20 S.Ct. 96, 44 L.Ed. 136 (1899).
- Allied Tube: *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head*, 486 U.S. 492, 108 S.Ct. 1931 (1988).
- American Column: *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377, 42 S.Ct. 114, 66 L.Ed. 284 (1921).

- American Tobacco: *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 66 S.Ct. 1125, 90 L. Ed. 1575 (1946).
- Appalachian Coals: *Appalachian Coals v. United States*, 288 U.S. 344, 53 S.Ct. 471, 77 L.Ed. 825 (1933).
- ATP: *United States v. Airline Tariff Publishing Co.*, 836 F.Supp. 9 (D.D.C. 1993).
- BMI: *Broadcast Music, Inc v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 99 S.Ct. 1551, 60 L.Ed.2d 1 (1979).
- Blomkest Fertilizer: *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan*, 203 F.3d 1028 (8<sup>th</sup> Cir. 2000).
- Brooke Group: *Brook Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 113 S. Ct. 2578, 125 L.Ed.2d 168 (1993).
- CBOT: *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 38 S.Ct. 242, 62 L.Ed. 683 (1918).
- Citizens & Southern Nat'l Bank: *United States v. Citizens and Southern National Bank*, 422 U.S. 86, 95 S.Ct. 2099, 45 L.Ed.2d 41 (1975).
- Container Corp.: *United States v. Container Corp. of America*, 393 U.S. 333, 89 S.Ct. 510, 21 L.Ed.2d 526 (1969).
- Copperweld: *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 104 S.Ct. 2731, 81 L.Ed.2d 628 (1984).
- Ethyl: *E. I. Du Pont De Nemours & Co. v. FTC*, 729 F.2d 128 (2<sup>nd</sup> Cir. 1984).
- Gypsum: *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 98 S.Ct. 2864, 57 L.Ed.2d 854 (1978)
- Hardwood: *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377, 42 S.Ct. 114, 66 L.Ed. 284 (1921)
- Hopkins: *Hopkins v. United States*, 171 U.S. 578, 19 S.Ct. 40, 43 L.Ed. 290 (1898).
- Hydrolevel: *American Soc. Of Mechanical Engineers v. Hydrolevel Corp.*, 456 U.S. 556, 102 S.Ct. 1935 (1982).
- In re High Fructose Corn Syrup: *High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation, In re*, 216 F.3d 621 (7<sup>th</sup> Cir. 2002).
- Interstate Circuit: *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208, 59 S.Ct. 467, 83 L.Ed. 610 (1939).
- Joint Traffic: *United States v. Joint-Traffic Association*, 171 U.S. 505, 19 S.Ct. 25, 43 L.Ed. 259 (1898).
- Klors: *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207, 79 S.Ct. 705, 3 L.Ed.2d 741 (1959).
- Maple Flooring: *Maple Flooring Mfrs.' Ass'n v. United States*, 268 U.S. 563, 45 S.Ct. 578, 69 L.Ed. 1093 (1925).
- Maricopa County: *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U.S. 332, 102 S.Ct. 2466, 73 L.Ed.2d 48 (1982).
- Matsushita: *Matsushita Electric Industrial Corp., Ltd., et al. v. Zenith Radio Corp. et al.*, 475 U.S. 574, 106 S.Ct. 1348, 89 L.Ed.2d 538 (1986).
- Northern Pacific: *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 78 S.Ct. 514, 2 L.Ed.2d 545 (1958).
- Petroleum Products: *Petroleum Products Antitrust Litigation, In re*, 906 F.2d 432 (9<sup>th</sup> Cir. 1990)
- Sealy: *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350, 87 S.Ct. 1847, 18 L.Ed.2d 1238 (1967).
- Socony: *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 60 S.Ct. 811, 84 L.Ed. 1129 (1940).
- Standard Oil: *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S.Ct. 502, 55 L.Ed. 619 (1911).
- Theatre Enterprises: *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537, 74 S.Ct. 257, 98 L.Ed. 273 (1954).

Trans-Missouri: *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290, 17 S.Ct. 540, 41 L.Ed. 1007 (1897).

Trenton Potteries: *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392, 47 S.Ct. 377, 71 L.Ed. 700 (1927).

Trinko: *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 124 S.Ct. 872, 157 L.Ed.2d 823 (2004).

White Motors: *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253, 83 S.Ct. 696, 9 L.Ed.2d 738 (1963).

Zozlaw: *Zozlaw v. MCA Distributing Corp.*, 693 F.2d 870 (9<sup>th</sup> Cir. 1982).

## B. EUROPA.

### B.1. CORTE EUROPEA DE JUSTICIA (CEJ)

Aalborg Portland: *Aalborg Portland A/S v. Commission* (Case C-204/00P) [2004] ECR I-123.

ANIC: *Commission v. Anic* (Case 49/92P) [1999] ECR I-4125, [2001] 4 CMLR 17.

Asnef-Equifax: *Asnef-Equifax v. Ausbanc* (Case C-238/05) [2006] ECR I-11125, [2007] 4 CMLR 224.

Bayer: *Bayer AG & Maschinenfabrik Henneke GmbH v. Heinz Süllhöfer* (Case 65/86) [1988] ECR 5249, [1990] 4 CMLR 182.

Béguelin: *Béguelin Import Co. v. GL Import Export SA* (Case 22/71) [1971] ECR 949, [1972] CMLR 81.

Chiefarma: *ACF Chiefarma NV v. Commission* (Quinquine Cartel) (Case 41/69) [1970] ECR 661.

Compagnie Maritime Belge: *Compagnie Maritime Belge Transports SA v. Commission* (Cases C-395/96P, C-396/96P) [2000] ECR II-1365, [2000] CMLR 1076.

Compagnie Royale Asturienne: *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v. Commission* (Cases 29/83, 30/83) [1984] ECR 1697, [1985] 1 CMLR 688.

Consten & Grundig: *Etablissements Consten SA & Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission* (Cases 56/64, 58/64) [1966] ECR 299, [1966] CMLR 418.

Delimitis: *Delimitis (Stergios) v. Henninger Bräu* (Case C-234/89) [1991] ECR I-935, [1992] 5 CMLR 210.

Dyestuffs: *ICI v. Commission* (Cases 48/69, 49/69, 51-57/69) [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557

EMI Records: *EMI Records Ltd v. CBS United Kingdom Ltd* (Case 51/75) [1976] ECR 811, [1976] 2 CMLR 235.

Hüls: *Hüls AG v. Commission (Polypropylene Cartel)* (Case C-199/92P) [1999] 5 CMLR 1016.

IAZ: *IAZ International Belgium NV v. Commission* (Case 96/82) [1983] ECR 3369, [1984] 3 CMLR 276.

John Deere: *John Deere Ltd v. Commission* (Case C-7/95P) [1998] ECR I-3111, [1998] 5 CMLR 311.

Sarrió: *Sarrió v. Commission* (Case C-291/98P) [2000] ECR I-9991.

Société La Technique Minière: *Société La Technique Minière (STM) v. Maschinenbau Ulm GmbH* (Case 56/65) [1966] ECR 235, [1966] CMLR 357.

Suiker Unie: *Re the European Sugar Cartel: Cooperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA v. Commission (Sugar Cartel)* (Cases 40-8, 50, 54-6, 111 and 113-4/73) [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295.

Sumitomo: *Sumitomo Metal Industries Ltd and Nippon Metal Corp v. Commission* (Cases C-403/04P, C-405/04P) [2007]

Tepea: *Tepea BV v. Commission* (Case 28/77) [1978] ECR 1392, [1978] 3 CMLR 392.

Thyssen Stahl: *Thyssen Stahl AG v. Commission* (Case C-194/99P) [2003] ECR I-10821.

Völk: *Völk v. Vervaecke* (Case 5/69) [1969] ECR 295, [1969] CMLR 273.

Wood Pulp II: *Re Wood Pulp Cartel: Ahlström (A) Oy v. Commission* (Cases C-89, 104, 114, 116-117 and 125-129/85) [1993] ECR I-1307, [1993] 4 CMLR 407.

Züchner: *Züchner v. Bayerische Vereinsbank* (Case 172/80) [1981] ECR 2021, [1983] 1 CMLR 313.

## B.2. CORTE DE PRIMERA INSTANCIA (CPI)

Acerinox: *Acerinox v. Commission* (Case T-48/98) [2001] ECR II-3859.

Airtours: *Airtours PLC v. Commission* (Case T-342/99) [2002] ECR II-2585, [2002] 5 CMLR 317.

BASF: *BASF v. Commission* (Cases T-101/05, T-111/05) [2007] ECR II-000.

BPB: *BPB de Eendracht NV v. Commission* (Case T-311/94) [1998] ECR II-1129.

Cement: *Cimenteries CBR SA v. Commission* (Cases T-25/95 T-26/95, T-30/95, T-32/95, T-34/95, T-42/95, T-48/95, T-50/95, T-87/95, T-98/95, T-103/95, T-104/95) [2000] ECR II-491, [2000] 5 CMLR 204.

European Night Services: *European Night Services v. Commission* (Cases T-374, 375, 384 and 388/94) [1998] ECR II-3141, [1998] 5 CMLR 718.

Hercules NV: *Hercules Chemicals NV SA v. Commission* (Case T-7/89) [1991] ECR II-1711, [1992] 4 CMLR 84.

NV Limburgse: *Limburgse Vinyl Maatschappij NV v. Commission (PVC II Cartel)* (Case T-305-307/94, T-313-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328-329/94, T-335/94) [1999] ECR II-931, [1999] 5 CMLR 303.

Rhône-Poulenc: *Rhône-Poulenc SA v. Commission* (Case T-1/89) [1991] ECR II-867.

Tate & Lyle: *Tate & Lyle, British Sugar plc and Napier Brown plc v. Commission* (Case T-202/98, 204/98, 207/98) [2001] ECR II-2035, [2001] 5 CMLR 859.

Thyssen Stahl: *Thyssen Stahl v. Commission* (Cases T-141/94) [1999] ECR II-347, [1999] 4 CMLR 810.

Tréfileurope: *Tréfileurope Sales SARL v. Commission* (Case T-141/89) [1995] ECR II-791

Westfalen Gassen Nederland: *Westfalen Gassen Nederland v. Commission* (Case T-302/02) [2006] ECR II-4567, [2007] 4 CMLR 334.

## B.3. COMISIÓN EUROPEA

Anheuser-Busch: *Anheuser-Busch Incorporated/Scottish & Newcastle*, OJ [2000] L49/37, [2000] 5 CMLR 75.

Amino Acids: *Amino Acids* [2001] OJ L152/24, [2001] 5 CMLR 322.

British Sugar: *British Sugar plc, Tate & Lyle plc, Napier Brown & Co Ltd, James Budgett Sugars Ltd* [1999] OJ L76/1, [1999] 4 CMLR 1316.

Burns Tractors: *Burns Tractors Ltd v. Sperry New Holland* [1985] OJ L 376/21, [1988] 4 CMLR 306.

Cartonboard: *Cartonboard Cartel* [1994] OJ L243/1, [1995] 5 CMLR 547.

Dutch Bitumen: *Dutch Bitumen*, Decisión de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2006, no reportada.

EATA: *Europe Asia Trade Agreement* [1999] OJ L193/23, [1999] 5 CMLR 1380.

Fasteners and Attaching Machines: Decisión de la Comisión de fecha 19 de septiembre de 2007, no reportada.

FENEX: *Fenex* [1996] OJ L181/28, [1996] 5 CMLR 332.

Fisher-Price: *Re Fisher-Price/Quaker Oats Ltd-Toyco* [1988] OJ L49/19, [1989] 4 CMLR 553.

Gas Insulated Switchgear: Decisión de la Comisión de fecha 24 de enero de 2007, no reportada.

Hasselblad: *Hasselblad* [1982] OJ L161/18, [1982] 2 CMLR 233.

LdPE: *LdPE* [1989] OJ L74/21, [1990] 4 CMLR 382.

National Panasonic (UK): *Re National Panasonic (UK) Ltd* [1982] OJ L354/28, [1983] 1 CMLR 497.

Peroxygen Products: *Peroxygen Products* [1985] OJ L35/1, [1985] 1 CMLR 481.

Polypropylene: *Polypropylene Cartel* [1986] OJ L230/1, [1988] 4 CMLR 347.

Pre-insulated Pipe Cartel: *Pre-Insulated Pipe Cartel* [1999] OJ L24/1, [1998] 4 CMLR 402.

PVC I: *PVC Cartel I* [1989] OJ L74/1, [1990] 4 CMLR 345.

PVC II: *PVC Cartel II* [1994] OJ L239/14.

Re Cimbel: *Re Cimbel* [1972] OJ L303/24.

Steel Beams: *Steel Beams* [1994] OJ L116/1, [1994] 5 CMLR 353.

UK Agricultural Tractor: *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* [1992] OJ L68/19, [1994] 3 CMLR 358.

Wood Pulp: *Wood Pulp* [1985] OJ L85/1, [1985] 3 CMLR 474.

Zinc Producer Group: *Zinc Producer Group* [1984] OJ L220/27, [1985] 2 CMLR 108.

## C. CHILE.

### C.1. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC)

*AM Patagonia*: Sentencia N°74/2008 (2 de septiembre de 2008)

*D&S/Falabella*: Sentencia N°24/2008 (31 de enero de 2008)

*Farmacias II*: sentencia pendiente (2009)

*Guerra del Plasma*: Sentencia N°63/2008 (10 de abril de 2008)

*Isapres*: Sentencia N°57/2007 (12 de julio de 2007)

*Navieras*: Sentencia N°38/2006 (7 de junio de 2006)

*Oxígeno Líquido*: Sentencia N°43/2006 (7 de septiembre de 2006)

### C.2. COMISIÓN RESOLUTIVA

*Adutax*: Resolución N°659 (3 de septiembre de 2002)

*Buses V Región*: Resolución N°467 (11 de junio de 1996)

*Farmacias I*: Resolución N°432 (17 de mayo de 1995)