

OLIGOPOLIO A LA MEXICANA

Franciso González de Cossío

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	TEORÍA DEL OLIGOPOLIO	2
A.	ORÍGENES	2
B.	TIPOS	4
1.	Oligopolio Cooperativo	4
2.	Oligopolio No-Cooperativo	4
3.	<i>Joint ventures</i>	10
C.	HÁBITAT DE UN CARTEL.....	13
1.	Requisitos	13
2.	Situaciones que facilitan un cartel	14
3.	Factores que obstaculizan el cartel.....	18
D.	COSTO SOCIAL	27
1.	Costo social del monopolio	28
2.	Costo social del Cartel.....	30
3.	Oligopolio no-cooperativo	31
4.	Conducta de la Firma Dominante	32
5.	Cuantificación.....	33
E.	PELIGRO: EL <i>TOPSY-TURVY</i> DEL OLIGOPOLIO	34
III.	EL DEBATE.....	35
A.	INTRODUCCIÓN	35
B.	DEBATE TURNER-POSNER.....	35
1.	Turner	35
2.	Posner	36
IV.	RESPUESTAS DE OTRAS JURISDICCIONES.....	39
A.	EUROPA	39
1.	Introducción.....	39
2.	Casos	40
3.	Explicaciones plausibles.....	43
4.	Conclusión	43
B.	ESTADOS UNIDOS.....	43
1.	Regla actual en resumen.....	43
2.	Parteaguas textual.....	44
3.	Jurisprudencia.....	44
4.	Moraleja	48

5.	Comentario final.....	49
V.	LA SOLUCIÓN MEXICANA.....	49
A.	LEGAL.....	50
1.	Actualización de hipótesis.....	51
2.	Indicios y Carga de la Prueba.....	54
3.	Sabiduría del régimen.....	55
B.	PRÁCTICA.....	56
1.	Leche.....	56
2.	Laboratorios fitosanitarios.....	57
3.	Gas LP.....	57
4.	Licitaciones publicas de material radiológico	58
5.	Licitaciones de insulina, suero y soluciones electrolíticas.....	59
6.	Aplicación del cargo por ajustes al precio del diesel a los usuarios de autotransporte y autotransportistas de carga	62
C.	LECCIONES	63
VI.	CRIMINALIZACIÓN DE LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS	64
A.	MOTIVOS DE LA CRIMINALIZACIÓN	64
B.	PROBLEMAS ECONÓMICOS.....	65
1.	Encarece vía riesgo conducta económica diversa.....	65
2.	La pena privativa de libertad como sanción subóptima	66
3.	La cárcel es sobre-disuasiva.....	67
C.	PROBLEMAS JURÍDICOS.....	67
1.	Sobreutilización.....	67
2.	Incertidumbre.....	68
D.	COMENTARIO FINAL: ATENUACIÓN VIA APLICACIÓN EXCEPCIONAL.....	68
VII.	COMENTARIO FINAL	69

I. INTRODUCCIÓN

El tema de oligopolio es tan *interesante* como *preocupante*. No sólo eso, es *vigente*.

Es *interesante* pues constituye una de las áreas de la competencia económica que más diferencias de opinión y aproximación ha originado — tanto del ángulo jurídico como económico. No existe consenso sobre la política correcta para enfrentarlo.

Es *preocupante* pues, como se verá, propicia una paradoja que puede resultar en sancionar la conducta más competitiva o tolerar la conducta más anticompetitiva. Ante ello, la estrategia para abordarlo ha resultado ser crucial.

Es *vigente* no solo por que México está plagado de estructuras de mercado oligopólicas y conducta sintomática de colusión, sino porque recientemente se propuso modificar el régimen aplicable para emprender una lucha más efectiva contra el problema. Ante ello, su comprensión es indispensable.

El objeto de este ensayo es hacer un comentario sobre la postura mexicana a la luz del dilema económico y la experiencia extranjera. Para ello, comenzaré con dar un comentario introductorio sobre el trasfondo económico (§II), para luego resumir la diferencia de opinión que sobre ello existe (§III), la postura que en respuesta han adoptado otras jurisdicciones (§IV), la regulación y experiencia mexicana (§V), para luego tocar un tema debatido: su criminalización (§VI), concluyendo con un comentario (§VII).

II. TEORÍA DEL OLIGOPOLIO

A. ORÍGENES

Al analizar estructuras de mercado tendemos a ser radicales. Hablamos de mercados ‘competidos’ contrastándolos con los ‘monopolizados’. Sin embargo la realidad tiende a no ser tan maniqueísta. Las estructuras de mercado de competencia perfecta o de monopolio absoluto son rara vez visibles en la realidad. Lo que es más, con la creciente integración de mercados (locales e internacionales), consecuencia tanto de la reducción de costos de transporte y el desarrollo tecnológico como de la (vilipendiada) globalización, cada vez es más difícil encontrar estructuras de mercado auténticamente monopólicas.¹ En la realidad, es mucho más frecuente encontrar situaciones intermedias, una de las cuales es el oligopolio.²

Oligopolio significa ‘pocos vendedores’. Qué tantos son ‘pocos’ es una determinación casuista.³ No existe una regla numérica aplicable a todos los casos. Tradicionalmente ‘oligopolio’ se ha definido como una estructura de mercado en la que existen pocos proveedores (por lo menos 2).⁴ Sin embargo, lo que importa no es el *número* de agentes económicos, sino su *efecto*. Aunque

¹ El motivo es claro para un economista, pero puede no serlo para el lego. Los mercados son *por definición* mejores entre más grandes sean. En esta materia el adagio ‘entre más grande mejor’ es aplicable. Entre más grandes son los mercados más difícil es acapararlos. Existen otros beneficios de los mercados grandes (vgr. segmentación, especialización, beneficio de economías de escala) que no abordaré.

² México es un ejemplo. Recientemente una comentarista respetada comentarista (Denise Dresser) calificó a México de “Oligopolilandia” (Periódico Reforma, 19 de noviembre de 2007, p. 21). La caracterización no es exagerada. Otro comentarista (Jorge Castañeda) en el Día de Competencia del 29 de octubre de 2007 calificó a México como el “País de los Monopolios”, lo cual ha repetido en su columna en el periódico Reforma y en su obra con Manuel Rodríguez W. *¿Y MÉXICO. POR QUÉ NO?*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2009. La percepción ciudadana avala los calificativos.

³ Un oligopolio puede ser tan pequeño como dos agentes económicos y tan grande como 10 a 15. (Samuelson, Paul y William D. Nordhaus, *ECONOMICS*, McGraw-Hill, Inc., Fifteenth Edition, 1995, p. 148).

⁴ Desde que Thomas Moore acuñó el término en su *UTOPIA* (1516).

fuera posible establecer una regla genérica sobre a partir de cuándo se puede hablar de ‘pocos’, se perdería el foco de lo relevante: *la interdependencia*.

Es por la ‘interdependencia oligopólica’ que la mejor estrategia de cada agente económico depende de las elecciones de sus rivales, quienes no pueden evitar su mutuo reconocimiento.⁵ Cuando surge, la determinación independiente del precio y abasto necesariamente implica que el agente económico tiene que sopesar la estrategia de adversarios para escoger su mejor estrategia. No hacerlo implicará decisiones erróneas, desfazadas de la realidad, probablemente rápidamente superadas por la misma.

Existiendo interdependencia, las decisiones del agente económico se parecen a las de un jugador de ajedrez. La estrategia óptima tiene que tomar en cuenta las piezas del adversario. Aun y cuando las decisiones del agente económico sean *egoistas*, para ser *óptimas* tienen que tomar en cuenta las de competidores. De ello dependerá que sean acertadas.

Lo anterior genera un resultado interesante—y es doble. Primero, una comunicación⁶ enorme: los competidores se conocen bien. Segundo, una opción: competir o coludir. La respuesta a ésta opción nos dirá ante qué tipo de oligopolio estamos.

⁵ Lo cual es el punto central de Edward H. Chamberlin (DUOPOLY: VALUE WHERE SELLERS ARE FEW, Quarterly Journal of Economics, vol. 43, 1929, pps. 63-100 (incorporado como el Capítulo III en THE THEORY OF MONOPOLISTIC COMPETITION, Harvard University Press, Cambridge, 1933), citado por Scherer and Ross p. 205) quien sostenía que es importante que las firmas reconozcan su mutua interdependencia y su interés en precios altos para la generación del precio que maximiza utilidades. Al realizarlo, cuando en presencia de pocos vendedores y productos estandarizados, se pueden lograr precios monopólicos sin colusión formal.

⁶ La comunicación a la que me refiero es distinta a expresa, verbal o escrita. Aludo a actos que indirectamente transmiten información.

B. TIPOS

El que los competidores escojan competir o cooperar determinará el tipo de mercado oligopolista que resultará:⁷ oligopolio cooperativo u oligopolio no-cooperativo.

1. Oligopolio Cooperativo

Un oligopolio cooperativo o colusivo existe cuando agentes económicos cooperan con la finalidad de minimizar la competencia entre ellos. El oligopolio cooperativo puede ser implementado mediante el uso de diversas estrategias o mecanismos que permitan a los agentes económicos lograr los mismos niveles de precio y abasto que serían producidos por un monopolista o un cartel que funcione en forma perfecta.

De ser exitosa la colusión, las ganancias serán enormes. El precio, abasto y las ganancias serán similares a aquellas que resultan de un escenario monopólico.

2. Oligopolio No-Cooperativo

No toda colusión requiere acuerdo *expreso*. Puede ser *tácito*. Ello se conoce como ‘colusión tácita’, oligopolio ‘no-cooperativo’ o ‘paralelismo consciente’. Para entenderlo es necesario comprender el hábitat en el que puede presentarse. A continuación lo explico, junto con algunos modelos que lo describen, y doy un ejemplo.

⁷ La distinción puede no ser clara. Las firmas pueden comportarse cooperativamente en un momento dado, y en forma no-cooperativa en otro.

a) *Habitat*

Para que la posibilidad de coludirse tácitamente sea una opción, es necesario que el mercado, del lado del oferente, sea pequeño. Tanto, que se propicie 'interdependencia'.

Un mercado se caracterizará por ser un oligopolio no-cooperativo cuando un número pequeño de agentes económicos actúen interdependientemente pero con conciencia de la existencia los unos de los otros.

Dicho escenario puede entenderse si uno considera un horizonte en el cual, en un extremo, encontramos un monopolio y, en el otro, un mercado competitivo. El monopolista no tiene porqué preocuparse de la conducta de otros competidores dado que no existen. A su vez, a las firmas competitivas no les interesa la conducta de otros competidores dado que son demasiado pequeños como para afectar el precio de la industria. Sin embargo, en un escenario oligopolista, dado que sólo un puñado de firmas existen, un competidor cuidadoso tomará en cuenta la conducta de sus rivales para escoger su mejor estrategia. No realizarlo podría tener resultados desastrosos. Lo anterior en la medida en que cada firma puede afectar el precio de mercado y por ende las ganancias de su rival. Es esta interrelación la que constituye la esencia de la conducta oligopolística.

b) *Modelos*

Existen muchos modelos que han explicado la colusión tácita. Sin embargo, siguen teniendo más valor *explicativo* que *predictivo*. El motivo: los equilibrios

que *pueden* generarse son diversos.⁸ Ante múltiples soluciones, dista de ser claro cuál será el equilibrio (el resultado *Nash*⁹) que prevalecerá.¹⁰

El modelo más importante¹¹ para explicar el oligopolio no-cooperativo fue creado por Augustin Cournot¹² quien postulaba que las firmas escogen su abasto suponiendo que las cantidades ofrecidas por sus rivales son fijas.¹³ Cournot sostenía que para cualquier número de firmas, existe un equilibrio precio/cantidad determinado (v.gr., un resultado en que ninguna firma tiene incentivo para cambiar su nivel de abasto dado el abasto de sus rivales).¹⁴ En resumidas cuentas, el proceso mediante el cual el equilibrio Cournot es

⁸ La aseveración es cierta no sólo en escenarios de múltiples transacciones, sino también de una transacción única. Sin embargo, las posibilidades incrementan en el escenarios de cooperación repetida.

⁹ Un 'equilibrio Nash' describe la situación en la que los involucrados siguen cierta estrategia al no tener nada que ganar de cambiarla. Siguen lo que consideran que es *su* mejor estrategia, tomando en cuenta de la estrategia de su contrario. (Los modelos sobre colusión con frecuencia utilizan teoría de los juegos.)

¹⁰ Ello es fuente de escepticismo. Y si lo que se busca es cimentar consecuencias jurídicas (y de las más serías: recuérdese que esta práctica sería una práctica monopólica absoluta en México (se sancionaría bajo el artículo 9 de la LFCE)), basarse en ella genera preocupaciones serias. Sin embargo, de la misma manera en que existen escépticos, existen defensores sólidos de su utilidad práctica. No sólo eso, la observación casual de industrias diversas arroja síntomas de colusión.

¹¹ Mas no carente de detractores, por ejemplo, Bertrand, Edgeworth y Marshall. Éstos contradicen (¿matizan?) la teoría de Cournot en casos en que no existe costo de producción (Bertrand), o cuando el costo de producción muestra la ley de rendimientos decrecientes (Marshall), o cuando el costo sigue la ley de retornos decrecientes (Edgeworth). Para abundar, ver Xavier Vives, OLIGOPOLY PRICING, Old Ideas and New Tools, The MIT Press, Cambridge, Massachussets, London, England, 1999, p. 2.

¹² Augustin Cournot, STUDIES IN MATHEMATICAL PRINCIPLES OF THE THEORY OF WEALTH, 1838 (traducción al inglés por Nathaniel T. Bacon, 1897, New York, Augustus M. Kelley 1838, 1971). No obstante que dicha teoría fue elaborada en 1838, no fue descubierta por las corrientes económicas principales sino hasta 45 años después. En 1883 Bertrand analizó el modelo de Cournot como parte de su aseveración que la estrategia evidente de oligopolistas es coludirse, máxime cuando se trata de productos homogéneos.

¹³ No obstante los detractores, ésta forma de entender la colusión tácita ha sido aceptada por muchos economistas influyentes como Fellner (1949), Samuelson (1967) y Stigler (1964); y ha sido popularizada en textos de organización industrial como el de Scherer y Ross (1990).

¹⁴ Scherer, F.M. y David Ross, INDUSTRIAL MARKET STRUCTURE AND ECONOMIC PERFORMANCE, Houghton Mifflin Company, Boston, Third Edition, 1990, p. 200.

establecido es el siguiente. Pido al lector que considere la existencia de un escenario duopólico en donde la Firma *A* fija su abasto como si fuera un monopolio, igualando su costo marginal a su ingreso marginal, dado por hecho que la otra firma producirá cero. La Firma *B*, utilizando la demanda residual de la Firma *A*, hace su propio ejercicio de igualar su costo marginal a su ingreso marginal, para atacar el número de consumidores que quedarán insatisfechos por *A*. Atacará dicho ‘nicho de mercado’ como si fuera fijo, necesariamente estableciendo un precio inferior al que fijó *A*.¹⁵ *A* perderá ventas. Al percatarse de ello, *A* tendrá que reducir su precio o perder más ventas para con *B*. Por ello, igualará el costo marginal al ingreso marginal una vez más, pero basándose en la curva de demanda residual de *B*. Con posterioridad a ello, *B* llevará acabo el mismo ejercicio con la curva de demanda residual de *A* en la siguiente ronda hasta que se llegue a un equilibrio en donde ambas firmas igualan su respectivo costo marginal a su respectivo ingreso marginal.¹⁶ En caso de que el número de firmas incremente, el abasto total del mercado se incrementará y el precio será inferior.¹⁷

No obstante que la teoría de Cournot proporciona una herramienta útil para el entendimiento de dicho fenómeno, no escapa la crítica.¹⁸

El punto subyacente del análisis Cournot es que existe una tendencia a que el precio baje a costo marginal en la medida en que el número de

¹⁵ De lo contrario nadie le compraría (como sucedió con *A*).

¹⁶ Si dos firmas tienen el mismo tamaño y cuentan con curvas de costo marginal idénticas, acabarán con el mismo abasto, cada una produciendo dos terceras partes del abasto monopolico, y el abasto total terminará siendo 1.333 veces el abasto monopolico.

¹⁷ Hovenkamp, Herbert, FEDERAL ANTITRUST POLICY. THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1994, p. 152.

¹⁸ Por ejemplo, algunos dicen que las premisas de Cournot no eran realistas ya que la presunción de que el abasto es la decisión clave de la firma es contraria a la evidencia empírica que sugiere que el precio es la variable que más interesa a las firmas (Scherer and Ross, pg. 201).

vendedores incrementalmente. Por ello, entre menos concentrada sea una industria, más probable será que tenga precios cerca del nivel competitivo.¹⁹ Y viceversa.

c) *Ejemplo*

Después de leer el teorema de Cournot el lector podría sentir que se le habló en sánscrito, no asimilando las lecciones que el mismo arroja. Ante ello, pondré un ejemplo más terrenal.

Piénsese en un pueblo pequeño (inferior a 500,000 habitantes) donde existe sólo un dentista. Siendo el único, la curva de demanda que enfrentará será inclinada. Es un ‘establecedor de precios’ (no un ‘tomador de precios’). El precio que fije será *el* precio de mercado, y al fijarlo tomará en cuenta sus necesidades. El factor competencia no entra dentro de su ecuación. Como resultado, el dentista establecerá sus precios y abasto a un nivel supra-competitivo, percibiendo rentas supra-competitivas. Por simplicidad, pensemos que sus servicios consisten en extraer muelas, y que el precio que ha fijado es \$1,000, siendo costo \$50.²⁰ Dicho paraíso²¹ dura hasta que un día llega a vivir al pueblo un nuevo dentista²² quien, al observar el mercado, y suponiendo que sus costos son los mismos, con la finalidad de adentrarse como un nuevo proveedor y atraer clientela, deseará ofrecer algo más que su (único) competidor. Fijará su precio en \$900. Como resultado, empezará a quitarle clientela al primer dentista.²³ Éste, al resentir una pérdida de ventas, contestará reduciendo su precio a \$800. El segundo dentista perderá ventas,

¹⁹ Scherer y Ross, p. 208.

²⁰ He escogido al notario pues se presta para un escenario monopolístico. De escoger, por ejemplo, a un abogado que presta servicios de redacción de contratos, el mercado iría asimilando y replicando sus contratos. Como resultado, mi ejemplo no transmitiría lo que deseo.

²¹ Para el dentista, pues para sus pacientes será un infierno.

²² Y tengan por certeza que llegará. La existencia de rentas hará las veces de un imán.

²³ Después de todo, los productos son idénticos. ¿Porqué pagar más por lo mismo?

por lo que contestará ofreciendo un nuevo precio: \$700. El primer dentista, al enterarse, replicará ofertando \$600. El segundo dentista contestará con \$500. Luego el primer dentista a \$400. El segundo contesta con \$300.

La reducción podría continuar hasta llegar a \$50. Y es razonable suponer que así será. Después de todo, la distancia entre precio y costo es enorme, por lo que hay mucho margen de maniobra. Pero esto que el lector percibe, también lo perciben los dentistas. Ante ello, la opción se torna en palpable: ¿por qué no coludir en vez de competir? ¿Porqué no hacer del enemigo un amigo? Después de todo, los incentivos están alineados. Y si la guerra de precios descrita continúa, tarde o temprano uno tendría que salir del mercado. Y durante toda la guerra, la pérdida de ganancias sería significativa. Es en dicha coyuntura que ocurre una oferta. Uno invitará al otro a que establezcan un precio fijo (o ‘mínimo’), debajo del cual, no se prestarán los servicios.

Pero existe un problema: ello está prohibido. Dicho pacto se llama ‘cartel’, y su realización genera las multas económicas más importantes.²⁴ Ante ello, una opción se hace palpable: dada la interdependencia, utilizar el mercado mismo como medio de comunicación.

Retomemos el ejemplo donde lo dejamos. Habiendo el segundo dentista bajado su precio a \$300, el primer dentista contesta *subiendo* su precio a \$1,000—el punto de partida de toda la guerra de precios.²⁵

Pido al lector que se detenga un momento. Que no continúe leyendo y medite sobre esto. ¿Qué pensarías tu, lector, si esto te pasara a ti? Si, después de la (intensa) guerra de precios descrita, tu rival subiera el precio al punto de partida.

²⁴ Y tal parece que pronto generará prisión —¡y hasta 10 años!

²⁵ El lector no debe estar sorprendido por el ejemplo. La conducta desequilibrante, incluyendo guerras de precios, es endémica a muchos mercados.

He hecho este ejercicio durante muchos años en mi cátedra de competencia económica, y casi invariablemente un segmento importante de los alumnos—y siempre los atentos—han contestado que el primer dentista le está mandando un mensaje al segundo.²⁶

Y el mensaje es claro: dejemos de perder ingresos. Regresemos al precio supracompetitivo, que nos conviene a ambos.

Bienvenido a la colusión tácita.

3. *Joint ventures*

Existen tres modos de cooperación formal: el cartel, la concentración y el *joint venture*.²⁷ Éste último merece un comentario adicional.

El *joint venture* es una forma de organización híbrida entre *outsourcing* (procurar necesidades del mercado) y concentración. El relación con nuestro tema, ésta figura exige encontrar un punto medio adecuado en la siguiente tensión: eficiencia-colusión.

Por un lado, genera las preocupaciones de un cartel. Al participar en el *joint venture*, se amalgaman los intereses de ambas partes. Y dicha opción puede ser seguida para evitar competencia. Es decir, pueden ser vehículos de coordinación. Mediante ellos pueden canalizarse discusiones sobre políticas de

²⁶ La relevancia de esclarecer que se trata de un experimento empírico deriva de que el debate que será explicado más adelante versa sobre este punto. El punto de división de opinión versa sobre la posibilidad de que dicha conducta sea un medio de comunicación o no. Que refleje la intención de llegar a un acuerdo. Ante ello, el experimento cobra utilidad.

²⁷ Utilizo el término en inglés puesto que, si bien en nuestro derecho dicho esquema es tradicionalmente conocido como el Contrato de Asociación en Participación, regulado por los artículos 252 a 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la realidad es que no son perfectamente equiparables. Tienen diferencias, mismas que no abordaré. Lo que es relevante mencionar es que su trato en este ensayo como *joint venture* es apropiado pues el *joint venture* abarca más modalidades que el Contrato de Asociación en Participación, mismas que hay que tomar en cuenta desde la óptica de competencia económica.

precios, niveles de abasto, estrategias y demás cuestiones relacionadas con los asociados—no sólo el *joint venture*. Dicho intercambio de información puede facilitar tanto acuerdos como fungir como el mecanismo de detección y sanción. También puede ser el mecanismo para distribuir las rentas de la colusión. O para excluir a rivales del mercado estableciendo ventajas que no sean emulables por competidores (particularmente en casos de activos escasos o esenciales).

Pero los *joint ventures* no pueden siempre descartarse como únicamente anticompetitivos. En muchos casos arrojan beneficios diversos. Por ejemplo, pueden permitir economías de escala, pueden ser el medio para realizar proyectos conjuntos que de otra manera no serían obtenibles, pueden servir para entrar a mercados de difícil acceso, la producción e intercambio de información, lo cual es reputado como el beneficio más importante. Esto último explica que algunos economistas hayan abogado a favor de un tratamiento especial para los *joint ventures* que impliquen investigación y desarrollo.²⁸

Actualmente la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos está poniendo la lupa sobre el tema. En *American Needle Inc. v National Football League, et al.*, se solicitó *certiorari* para modificar la sentencia de la Corte de Apelación del Séptimo Circuito²⁹ sobre el pacto entre 32 equipos de football de canalizar el licenciamiento de su propiedad industrial a través de una entidad exclusiva. Y el centro de discusión es justamente la tensión descrita.

²⁸ En esencia, brindan tres beneficios. Primero, el conocimiento que resulta de la investigación y desarrollo es un bien público. Segundo, en industrias de tecnología, las rentas (aún monopólicas) son rápidamente disipadas en la medida que avanza la tecnología. Tercero, cuando existe demasiada competencia en un mercado, las innovaciones pueden generarse ‘demasiado’ rápido: no permiten amortizar la inversión (o desperdician rentas que se hubieran generado). En esencia, todo lo anterior implica que los esfuerzos cooperativos pueden eliminar desperdicio, sea por duplicidad o precocidad.

²⁹ 538 F.3d 736.

La decisión será importante pues echará luz sobre los paradigmas más aceptados sobre esta materia.

En la recta final de elaboración de este estudio fue publicada la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos.³⁰ Sostuvo que el que los participantes hayan formado una entidad (el NFLP) para cursar su actividad económica³¹ no es dispositivo para liberarlos de responsabilidad bajo la legislación de competencia. Tiene que hacerse un análisis de fondo, no de forma.

Su razonamiento enfatizó que, aunque quienes necesitan cooperar no están ‘atrapados’ por la competencia económica,³² la *cooperación* constituye *concertación* para efectos de competencia económica.³³ El motivo: los competidores no pueden ‘darle la vuelta’ a la legislación de competencia mediante la creación de un intermediario o *joint venture*.³⁴ Un párrafo encapsula la regla y la excepción:³⁵

Por lo general tratamos a los acuerdos dentro de un agente económico bajo la presunción que los componentes de la firma actuarán para maximizar las ganancias de la firma. Pero en casos raros, dicha presunción no se sostiene. Los acuerdos hechos dentro de una firma pueden constituir acción concertada del género amparado por la sección 1 [de la Ley Sherman] cuando las partes del acuerdo actúan conforme a intereses separados de los de la firma y los acuerdos intra-firma pueden ser simplemente un caparazón formalista para acción concertada.

³⁰ *American Needle Inc. v. National Football League et al*, 560 U.S. ____ (2010).

³¹ Canalizar y licenciar sus marcas a través de una sólo entidad.

³² En sus palabras “football teams that need to cooperate are not trapped by antitrust law” (Id., p. 18.)

³³ El que dicha concertación sea ilícita es una cuestión que debe analizarse bajo la regla de razón.

³⁴ “competitors ‘cannot simply get around’ antitrust liability by acting “through a third-party intermediary or ‘joint venture’”. (Id., p. 17.)

³⁵ Id. p. 16.

[We generally treat agreements within a single firm as independent action on the presumption that the components of the firm will act to maximize the firm's profits. But in rare cases, that presumption does not hold. Agreements made within a firm can constitute concerted action covered by §1 when the parties to the agreement act on interests separate from those of the firm itself and the intrafirm agreements may simple be a formalistic shell for ongoing concerted action.]

Moraleja: la colusión no podrá ser cobijada como cooperación. Las autoridades de competencia realizarán un análisis de fondo, más que de forma, para aquilatar su licitud competitiva.

C. HÁBITAT DE UN CARTEL

No todas las situaciones son aptas para establecer un cartel. Existen requisitos y escenarios que los facilitan u obstaculizan, mismos que a continuación se resumirán.

1. Requisitos

Establecer y mantener un cartel es difícil. Las siguientes condiciones son necesarias para que exista y tenga éxito:

- a) El producto cartelizado debe definir un mercado relevante con barreras suficientes de entrada para que posibles nuevos competidores no puedan restar los efectos de las decisiones sobre precio del cartel;
- b) Los miembros del cartel deben producir una porción lo suficientemente grande del producto de tal forma que las decisiones sobre precios no sean menoscabadas por productores no miembros del cartel. Además, estos terceros, que no son miembros del cartel, deben estar impedidos o indispuestos para incrementar su abasto en forma rápida;

- c) Los miembros del cartel deben poder llegar a un acuerdo sobre el abasto que cada miembro contribuirá. En la mayoría de los casos la decisión más importante es sobre la variable *abasto*, no precio;
- d) El cartel debe poder detectar la existencia de incumplimientos (trampas) al cartel por parte de sus miembros;
- e) El cartel debe tener la posibilidad de castigar a los miembros en caso que detecte la existencia del incumplimiento a los compromisos que involucran al cartel; y
- f) El cartel debe poder hacer todo lo anterior sin ser detectado.

2. Situaciones que facilitan un cartel

Además de las dificultades apuntadas, no todas las circunstancias se prestan para crear un cartel. Las siguientes situaciones deben ser valoradas para determinar si las condiciones para establecer un cartel están presentes:

a) *Número de firmas*

Como se mencionó, oligopolio significa ‘pocos’. Entre más competidores existan en un mercado, más difícil será mantener los precios arriba del nivel competitivo. Ello por tres razones:

1. En la medida en que crece el número de firmas, la participación de cada firma en el abasto total de la industria se diluye y los productores individuales están cada vez en mejores posibilidades para ignorar el efecto que sus decisiones sobre precio y abasto tienen en el nivel general de precios, así como las reacciones de sus rivales al respecto.
2. En la medida en que crece el número de firmas, también lo hace la probabilidad de que una se escape del rebaño. Aún *una* sola oveja negra

de un tamaño no-sustancial puede dificultar la posibilidad de mantener en cintura a los demás miembros para lograr los niveles de precio y abasto supra-competitivos.

3. Los competidores tendrán diferentes nociones de lo que constituye el 'mejor' precio, especialmente cuando se trate de productos heterogéneos.

La concentración de la industria es generalmente uno de los factores más importantes que afectan la conducta interdependiente.³⁶

b) Número de clientes

Cuando los compradores son muchos, se facilita la colusión. El motivo: carecerán de 'poder monopsónico'. Además, la pluralidad de compradores dificulta su organización, sea tácita o expresa, para presionar el vendedor (en nuestro caso, el cartel) a ofrecer términos competitivos.

c) Concentración

No sólo es útil que exista un número pequeño de firmas para cartelizar un producto, entre más concentrado está el mercado, más fácil será llegar a un acuerdo. Y viceversa.

d) Factibilidad de llegar a un acuerdo

Llegar a un acuerdo implica incrementar el precio por encima del nivel competitivo. ¿Pero cuál? Para que sea exitoso, el precio debe ubicarse dentro de la frontera de posibilidades de ganancia. Cuando las firmas son simétricas, llegar a un acuerdo es fácil. Pero cuando no lo son (el escenario más frecuente), escoger el precio adecuado, el que convenga a todos, es difícil. Y entre más diferencias existan, más difícil será.

³⁶ Philip Areeda & Louis Kaplow, *ANTITRUST ANALYSIS*, Problems, Text and Cases, Aspen Law & Business, New York, Fifth edition, 1997, p. 255

Las diferencias pueden versar sobre diferencias en costos o sobre el producto.

Con respecto a costo, cuando los miembros del cartel tienen diferentes curvas de costo marginal, arribar al punto de maximización de ganancias conjuntas es difícil cuando cada firma tiene una capacidad de abasto distinto u obtiene una ganancia diferente—algo frecuente. Podría inclusive significar que algunas tienen que dejar de producir. Una manera de lograr la participación de participantes es dividir el mercado en regiones geográficas o segmentos de consumidor. Pero esto puede no ser suficiente para llegar a una frontera de ganancias que maximice la ganancia conjunta. Ello detonará negociaciones internas dentro de los miembros del cartel, cuyo resultado específico, por muchos motivos,³⁷ es difícil de describir *a priori*. La única generalización que parece posible es que el cartel no será estable.

Con respecto a producto, cuando existen diferencias en el producto, cada agente económico tenderá a cobrar una cantidad distinta, tanto unitaria como a diferentes niveles de abasto. Ello dificulta lograr un precio y nivel de único—el prerequisite indispensable para cartelizar. El resultado tiende a ser que, ante productos disímbolos, precios disímbolos son acordados, lo cual es bueno y malo (desde el punto de vista del cartel). Es bueno pues resuelve el problema indicado. Es malo pues invita diferencias de opinión—lo cual desestabiliza el cartel.

e) *Productos homogéneos*

La estandarización de productos facilita la tarea de llegar a un acuerdo sobre precio y abasto. En la medida en que crecen las diferencias entre los productos de diferentes vendedores, también lo hace la probabilidad de no llegar a un acuerdo colusivo. Y la diferenciación es una tendencia natural.

³⁷ Uno de ellos es la fuerza de negociación de cada miembro.

f) *Existencia de asociaciones de comercio*

Las asociaciones o cámaras de comercio son una variante moderna de las reuniones en las que tenían lugar acuerdos colusivos. En las mismas se llega a entendimientos sobre diversos temas y prácticas mercantiles e intereses gremiales, lo cual es legítimo. Sin embargo, dicho foro ha sido frecuentemente utilizado para cartelizar. No es que las asociaciones sean malas. Al contrario, tienen un motivo (y función) legítimo para existir. Sin embargo, desde el ángulo de competencia, constituyen un foro para negociar, intercambiar información y llegar a acuerdos colusivos.

g) *Órdenes infrecuentes*

Las reducciones de precio serán una opción viable en órdenes grandes e infrecuentes. Lo anterior puesto que, si ello tuviera lugar mediante órdenes pequeñas pero frecuentes, la posibilidad de ser detectado incrementaría. Por ello, dado que la reducción de precios en órdenes grandes y órdenes pequeñas da el mismo mensaje al cartel (incumplimiento con el mismo) el análisis a favor y en contra de la conducta militará a favor de hacer trampa en las órdenes grandes pero infrecuentes, más no en las pequeñas pero frecuentes.

h) *Costos de organización bajos*

Como lo dice el Juez Richard Posner, la colusión es racional y una estrategia efectiva de negocios únicamente cuando su retorno exceda su costo. Por ello, en caso de que los mecanismos de implementación y monitoreo de los carteles sean demasiado costosos, lo más probable es que no tendrá lugar o fracasará.³⁸

³⁸ Richard A. Posner, OLIGOPOLY AND THE ANTITRUST LAWS: A SUGGESTED APPROACH, 21 Stan.L.Rev. 1562 (1969), en Andrew I Gavil, AN ANTITRUST ANTHOLOGY, Anderson Publishing Co., Cincinnati, Ohio, 1996, p. 76. El texto exacto dice: “...*collusion is a rational and effective business strategy only if its returns exceed its costs...*”.

i) Pequeña expectativa de una gran sanción

Como toda conducta socialmente repudiable, el culpable valorará³⁹ la realización de la misma haciendo un análisis costo-beneficio. Determinará el costo multiplicando la sanción posible por la probabilidad de que sea impuesta. Luego cotejará dicho resultado con los beneficios esperados de llevar a cabo la conducta. En caso de que el resultado sea una paridad baja costo/beneficio, lo más probable es que la conducta tendrá lugar. Y viceversa.

j) Locus frecuente

Como resultado de lo descrito, los carteles han tradicionalmente florecido en mercados de materia prima (*commodities*), industria básica y sectores intermedios. También han surgido en sectores menos tradicionales como servicios y bienes de consumo.

3. Factores que obstaculizan el cartel

a) Su ilegalidad

La ilegalidad de la colusión constituye un obstáculo enorme para implementar un cartel.⁴⁰ Y entre más sería la sanción, más importante será el obstáculo.

Dado los riesgos involucrados en la comunicación directa entre competidores que busquen coludir, las firmas con frecuencia buscan otros métodos de coordinación que eviten sanciones legales. Una alternativa es el liderazgo en precios. Ello describe la práctica de la industria por virtud de la cual el precio es anunciado por una firma reconocida como la líder de la

³⁹ Consciente o inconscientemente.

⁴⁰ En el caso de México, dicho tipo de acuerdos caen dentro del ámbito del artículo 8 y artículo 9 de la LFCE. Además, si la iniciativa del Ejecutivo (marzo 2010) prospera, ameritarán prisión hasta por 10 años.

industria, y los demás siguen el mismo. Existen tres tipos de liderazgo de precios:⁴¹

1. **Firma dominante:** una firma domina la industria y establece los precios que servirán a sus intereses y tomarán en cuenta las reacciones predecibles de la demanda de las firmas seguidoras (las *'fringe firms'*) que la seguirán.⁴²
2. **Colusivo:** El concepto de "liderazgo de precio en lugar de colusión abierta"⁴³ ilustra el liderazgo que tiene por objeto coordinar el precio oligopólico que se presenta cuando las siguientes circunstancias existen: (a) la industria es intensamente oligopólica; (b) los productos de los competidores son sustitutos; (c) las curvas son similares; (d) existen barreras de entrada; y (e) la demanda es inelástica (para que sea fructífero incrementar precios).⁴⁴
3. **Barométrico:** el líder de precio no hace más que actuar como 'barómetro' de las condiciones de mercado precio conveniente. 'Medido' el mercado, los demás siguen.

El efecto del liderazgo colusivo y barométrico es el incremento de precios. Además, reduce fluctuaciones de precio y sirve como método para enviar señales sobre el precio que maximiza utilidades (tanto en tiempos prósperos, como punto de encuentro en tiempos deprimidos).⁴⁵

⁴¹ No obstante que en la práctica es difícil distinguir las mismas.

⁴² Ver al respecto Varian, Harl R., MICRO-ECONOMÍA INTERMEDIA, Antoni Bosch Editor, Barcelona, España, 5ª Edición, 1999, pp. 482 *et seq.*

⁴³ Creado por Jesse Markman, THE NATURE AND SIGNIFICANCE OF PRICE LEADERSHIP, pp. 901-903; Scherer y Ross, p. 249.

⁴⁴ Scherer y Ross, p. 249.

⁴⁵ Idem.

En México, si bien ilegales y generadores de las sanciones económicas más importantes del sistema jurídico mexicano,⁴⁶ las prácticas monopólicas no están criminalizadas. Tal parece que esto cambiará.⁴⁷ Ello ha atraído la preocupación de diversas personas, lo cual abordo en la sección VI de este ensayo.

b) *Trampa*

La trampa es el Talón de Aquiles de los carteles. Si cada firma desea maximizar *sus* utilidades, ¿para qué unirse a un cartel si puede capturar los consumidores perdidos⁴⁸ por los participantes del cartel (cuyo producto naturalmente será más oneroso) Es decir, ¿porqué no simplemente *esperar que coludir?*⁴⁹

⁴⁶ Artículo 35.IV de la LFCE.

⁴⁷ La iniciativa de modificaciones a la LFCE que el Presidente envió al Congreso en marzo de 2010 tipifica como delito a las prácticas monopólicas absolutas. Para ello, se modifica el artículo 253 del Código Penal Federal y se añade un artículo 254 bis.

⁴⁸ Me refiero a aquellos cuyo valor residual es inferior al precio acordado por los cartelistas. Al ser el precio del cartel supra-competitivo, es frecuente que la cantidad de consumidores que no alcancen el mismo sea importante. Dichos consumidores son un mercado cautivo para el cartelista tramposo. Puede buscar (furtivamente) satisfacerlos a precios altos, pero infra-cartelarios. Esto con frecuencia sucede. Pregunto al lector, ¿cuántas veces ha dejado de hacer un viaje local (no internacional) por que los precios de las aerolíneas mexicanas son (impresionantemente) altos? ¿Cuántas veces ha preferido no marcarle a un celular a alguien por su costo? ¿Cuántas veces ha tomado un taxi de la calle (es decir, no organizado) en aeropuertos diversos del país por el (enorme) costo de los taxis ‘oficiales’? Invito al lector a que compare cada uno de los ejemplos que pongo con referencias internacionales. Por ejemplo, compárese el costo de un vuelo DF-Chicago con un vuelo DF-Cancún. Compárese el costo de un celular en París o Milán con un celular en México. (Para evitar asombro, adelanto al lector que, conservadoramente, es el 200% más.) La explicación no es una estructura de costos diversa. Es ausencia de condiciones de competencia. La relevancia de esta digresión en nuestro tema es que si un agente económico decidiera no ‘seguir el rebaño’, encontrarían un mercado impresionantemente grande. Ante ello, la pregunta es obligada: ¿Por qué no sucede? Respuesta: porque iniciaría una guerra de precios. Desestabilizaría el *statu quo*, que le acomoda.

⁴⁹ A esta actitud se le conoce como “*free-riding*” por la literatura económica en inglés. En este estudio, la llamaré el “fenómeno free-riding”. Ruego al lector que perdone el anglicismo, pero tiene tal aceptación el término, que considero útil no traducirlo.

No obstante que los competidores tendrán un incentivo para participar en el cartel, pueden tener un incentivo mayor de no cumplir con el acuerdo del cartel y vender ya sea más que la cuota asignada, o a precios inferiores, y hacerse de las ganancias renunciadas por aquellos que sí cumplen con el acuerdo de cartelización.

Como resultado, los carteles tienen una tendencia a fracasar aún sin intervención gubernamental.

Lo anterior implica que llegar a un acuerdo sobre el precio, con todas las dificultades que se han descrito, es el principio de un proceso difícil. Cuando un acuerdo colusivo es logrado, el simple hecho que el precio esté por encima del nivel que tendrían en ausencia de cooperación, aunado a la diferencia con respecto a costo marginal, generan un (poderoso) incentivo para hacer trampa. Y entre más exitoso sea el cartel en subir el precio, mayor será el incentivo para hacer trampa. Esta trampa puede tener lugar ya sea en ventas furtivas a un precio inferior al pactado, o en incrementar el nivel de abasto por encima del umbral pactado (algo difícil de detectar). Es por ello que muchos economistas aseveran que el cartel tiene las semillas de su propia destrucción.⁵⁰

El incentivo para incrementar abasto o reducir precio no será idéntico para todos los participantes del cartel. Algunas circunstancias que lo agravan son:

- i) *Elasticidad*: La elasticidad de la curva de la demanda individual del agente económico es un factor importante: entre mayor elasticidad, mayor será la tentación de reducir el precio e incrementar ventas.

⁵⁰ La importancia de la trampa no debe menospreciarse. Stigler considera que es un obstáculo enorme a la estabilidad de los cárteles. Cuando un agente económico observa bajos niveles de ventas no está segura si ello deriva de un shock adverso a la demanda de su producto o si los rivales están haciendo trampa al acuerdo colusión. (vid, Xavier Vives, OLIGOPOLY PRICING, *ob. cit.*, p. 6.)

- ii) *Costos*: El incentivo también se verá afectado por costos. Por ejemplo, cuando el costo marginal sube, en vez de bajar, al nivel de abasto escogido como parte del acuerdo colusivo, el tramposo no verá mucho beneficio de vender más o reducir precios. Pero lo inverso es igualmente cierto. Y si el costo fijo abarca una porción importante del costo total, el beneficio para el tramposo de realizar ventas escondidas que incumplen con el pacto colusivo será importante.
- iii) *Capacidad ociosa*: La capacidad también jugará un papel. Si el nivel de abasto escogido por el cartel resulta en capacidad ociosa para el tramposo putativo, tendrá un incentivo enorme para incumplir.
- iv) *Tamaño y frecuencia de operaciones*: El tamaño de las ventas jugará un papel. En la medida en que se trate de ventas infrecuentes pero grandes, el incentivo para hacer trampa será grande. *Ad contrario*, si son ventas frecuentes y chicas, el incentivo será menor, no sólo por que el beneficio unitario es menor, sino por que más ventas significa más probabilidad de ser detectado.
- v) *Quantum y efectividad de sanción*: Las sanciones también serán relevantes. Si son serias, aplicadas enérgicamente, y los tiempos de respuesta no son largos, el fenómeno psicológico del cortoplacismo jugará un papel.

Lo anterior explica que la colusión sea una práctica que tiene lugar desde la época de Babilonia, Grecia y Roma.⁵¹ Para esquivar las prohibiciones legales, se han inventado métodos diversos, algunos burdos;⁵² otros ingeniosos.⁵³

⁵¹ Scherer y Ross, p. 237.

⁵² Por ejemplo, ver aquellos citados en la sección V.B de este ensayo.

⁵³ Por ejemplo, el sistema de las “fases lunares”, conforme al cual se distribuían privilegios para presentar posturas reducidas en licitaciones, para lo cual el licitante correspondiente reducía un porcentaje específico del precio en libros. El resultado era

El impacto negativo de hacer trampa se magnifica por el hecho que toma muchas formas y los hombres de negocios se caracterizan por su astucia para desarrollar métodos y esquemas para lograrlo.⁵⁴

c) *Competencia internacional*

El comercio internacional ha puesto en jaque a las compañías nacionales que ahora tienen dos tipos de competidores: nacionales e internacionales.⁵⁵ Por consiguiente, los oligopolistas prospectivos deben tratar con competidores nacionales e internacionales al momento de analizar o diseñar un cartel. Hacer lo anterior hace que su trabajo sea más duro y las posibilidades de fracaso mayores.

e) *La dificultad de ponerse de acuerdo sobre precio*

Son dos los problemas que tradicionalmente le restan estabilidad a carteles. En primer lugar, las partes de la conspiración pueden tener ideas divergentes sobre el precio apropiado y las participaciones de mercado, haciendo que sea difícil alcanzar un entendimiento al respecto. En segundo lugar, cuando un grupo se pone de acuerdo para fijar un precio monopólico que deberá ser respetado, existen incentivos serios para que miembros individuales hagan trampa e incumplan con el acuerdo para cartelizar. El incentivo consistirá en la posibilidad de incrementar sus ganancias mediante una (aún pequeña)

un patrón que daba la apariencia de azar en las cotizaciones, así como la impresión de conducta independiente.

⁵⁴ Una anécdota puede ser ilustrativa. En 1985, durante las reuniones entre funcionarios mexicanos y árabes, que incluyeron al embajador de México en Arabia Saudita, se le preguntó—posiblemente en forma no diplomática—al (entonces) Ministro de Energía de Arabia Saudita, Ahmed Zaki Yamani, si era cierto que Arabia Saudita había desacatado la cuota de venta de petróleo que le asignó la OPEP al intercambiar cantidades importantes de petróleo crudo por diez aviones jumbo/combo. Si respuesta fue asertiva y carente de matiz o justificación alguna: “sí”.

⁵⁵ Samuelson, p. 168.

reducción de precio que le haga ganar más órdenes a un precio que de todos modos excede el costo marginal.

f) *Costos y participación de mercado variantes*

Puede existir diferencia de opinión con respecto a precio y abasto del producto. Después de todo, la estructura de costos y capacidad de los miembros del cartel probablemente sea disímbola. Cuando productores tienen diferente costo marginal, sus preferencias sobre precio son distintas.

Cuando los costos y participaciones de mercado varíen de firma en firma dentro de una industria oligopolística, surgen conflictos que interfieren con la maximización de las ganancias monopólicas colectivas.

En términos generales, existen tres casos para firmas con costo marginal distinto:⁵⁶

- i) Costo marginal creciente: cuando los costos marginales incrementan, la firma con la participación de mercado inferior prefiere el precio más alto posible, *cæteris paribus*;
- ii) Costo marginal constante: cuando el costo marginal es constante durante un periodo relevante, las diferencias en participación de mercado no resultan en diferencia de precio, *cæteris paribus*;
- iii) Costo marginal decreciente: cuando el costo marginal decrezca a mayor cantidad, la firma con la participación de mercado más grande prefiere un precio bajo ya que tiene el incentivo de expandirse y aventajarse por completo de los bajos costos asociados con abasto mayor.

El conflicto sobre el precio preferido puede depender de (y agudizarse por) los objetivos que tengan las firmas, que pueden ser a corto o largo plazo.

⁵⁶ Scherer y Ross, p. 240.

g) Reducciones pequeñas de precio

El género de trampa tiene una especie digna de comentar por separado: las pequeñas reducidas de precio.⁵⁷

Una vez alcanzada, la colusión genera incentivos para que los vendedores incumplan con el acuerdo sobre precio/abasto mediante la cotización de un precio ligeramente inferior y generar por ello más ventas. Las ganancias a corto-plazo se convierten en un incentivo irresistible para hacer trampa.

Como se mencionó con anterioridad, las trampas son el Talón de Aquiles de los carteles y la razón por la que son inherentemente inestables. Tanto la elusión como corrección de la misma es difícil e involucra un continuo monitoreo. Para evitarlo se han generado mecanismos que buscan: (i) incrementar la certeza y tamaño de la sanción; y (ii) eliminar los efectos a corto plazo de hacer trampa.

h) Productos heterogéneos

Los productos son homogéneos cuando son similares en todos sus aspectos físicos y subjetivos y por ello se considerarán sustitutos perfectos en la mente del consumidor.

Ante productos homogéneos, la rivalidad ocurría únicamente en un frente: el precio. En la medida en que los productos se dejan de parecer, las dimensiones de desacuerdo crecen y la coordinación en precios se dificulta, reduciendo la probabilidad de cooperación. Las dimensiones relevantes de un producto son calidad, diferencia de espacio, características (diferencias tecnológicas o cambios de moda), y fungibilidad que se produce cuando los productos (particularmente los complejos) son manufacturados *ex profeso* (por

⁵⁷ Lo que la jerga económica llama '*price chiselling*'.

ejemplo, edificios). La heterogeneidad más difícil de manejar es la multidimensionalidad de las características técnicas de un producto.⁵⁸

Entre más estandarizado sea el producto (ya sea *per se* o como resultado de la negociación entre competidores), más fácil será ponerse de acuerdo sobre una estructura de precios específica, y que todos puedan fácilmente respetar.

i) Estructura de costos dinámica

Las condiciones del mercado y de la industria afectan la forma y éxito de los precios oligopolísticos. Las fluctuaciones en la demanda y las estructuras de costo probarán el grado de compromiso de los oligopolistas en el respeto a la disciplina de precios acordada, poniendo (en ocasiones enorme) presión para no respetar la misma, particularmente en presencia de gastos fijos importantes.

Entre más altos sean los gastos fijos en relación con los costos totales, más proclive será la industria a rompimientos con la disciplina de precios, especialmente durante recesiones y reducciones cíclicas o temporales de demanda que las obliguen a operar debajo de su capacidad.⁵⁹

Pero el reconocimiento del peligro de incumplimiento en industrias con costos altos debe estimular la cooperación.

j) Detectabilidad, prevención y sanción

Dado los incentivos para hacer trampa, para ser exitoso el cartel debe establecer mecanismos de detección y sanción. De hecho, el éxito de la colusión depende de la habilidad de sancionar creíblemente a cualquier detractor del esquema.

⁵⁸ Scherer y Ross, p. 282.

⁵⁹ Scherer y Ross, p. 289.

Los mecanismos ideados para ello han sido múltiples. Inclusive, han involucrado al comprador mismo.⁶⁰ Esto explica la existencia de esquemas distintos que son disfrazados de mecanismos de coordinación o que buscan lograr intereses gremiales legítimos. Lo que en verdad puede estar sucediendo es que se estén estableciendo mecanismos de obtención de información para hacer determinaciones correctas de lo que debe ser el precio o nivel de abasto adecuado del producto (algo que varía dadas las mareas del mercado) o implementando un mecanismo para prevenir, detectar o sancionar conducta tramposa de un cartel.

En ausencia de un mecanismo que permita ver el precio público, los agentes económicos pueden tener que basarse en sus propias ventas para efectos de detección. Si el mercado es concentrado del lado del productor, un descuento (violatorio del pacto colusivo) resultará en una sensible reducción de las ventas de rivales.

La prevención es insuficiente para evitar trampas. Es necesario sancionar. Y si la sanción es pública y seria, cuanto mejor. Lo anterior es tan importante que no es exagerado decir que *la* eficacia de la colusión tácita dependerá no del precio escogido, sino en el número de firmas y velocidad de la sanción.

D. COSTO SOCIAL

El costo social de la colusión puede entenderse mejor mediante el empleo del mismo análisis que explica las consecuencias del monopolio. El motivo: el

⁶⁰ Por ejemplo, las ofertas de igualar precios (*meet competition clause*) son reiteradamente citadas por la literatura económica como métodos para monitorear cumplimiento de pactos cartelarios. Otra es la cláusula de 'cliente más favorecido', que establece que si el vendedor ofrece un descuento a alguien más, debe dárselo al cliente con quien contrató, inclusive retroactivamente. Mediante esta cláusula se ata las manos para evitar reducir precios. Otra es la *'meet-or-release clause'* que establece que si el comprador recibe de alguien un mejor precio, el vendedor contratante le igualará el precio o dará el derecho de extinguir la obligación de compra. Finalmente, las cláusulas de mejor precio (*best price*) que combinan las anteriores.

cartel emula la situación monopólica. Sin embargo, no es idéntico. Para explicarlo, a continuación resumiré el costo social de un monopolio, para luego explicar el del cartel y oligopolio no-cooperativo.

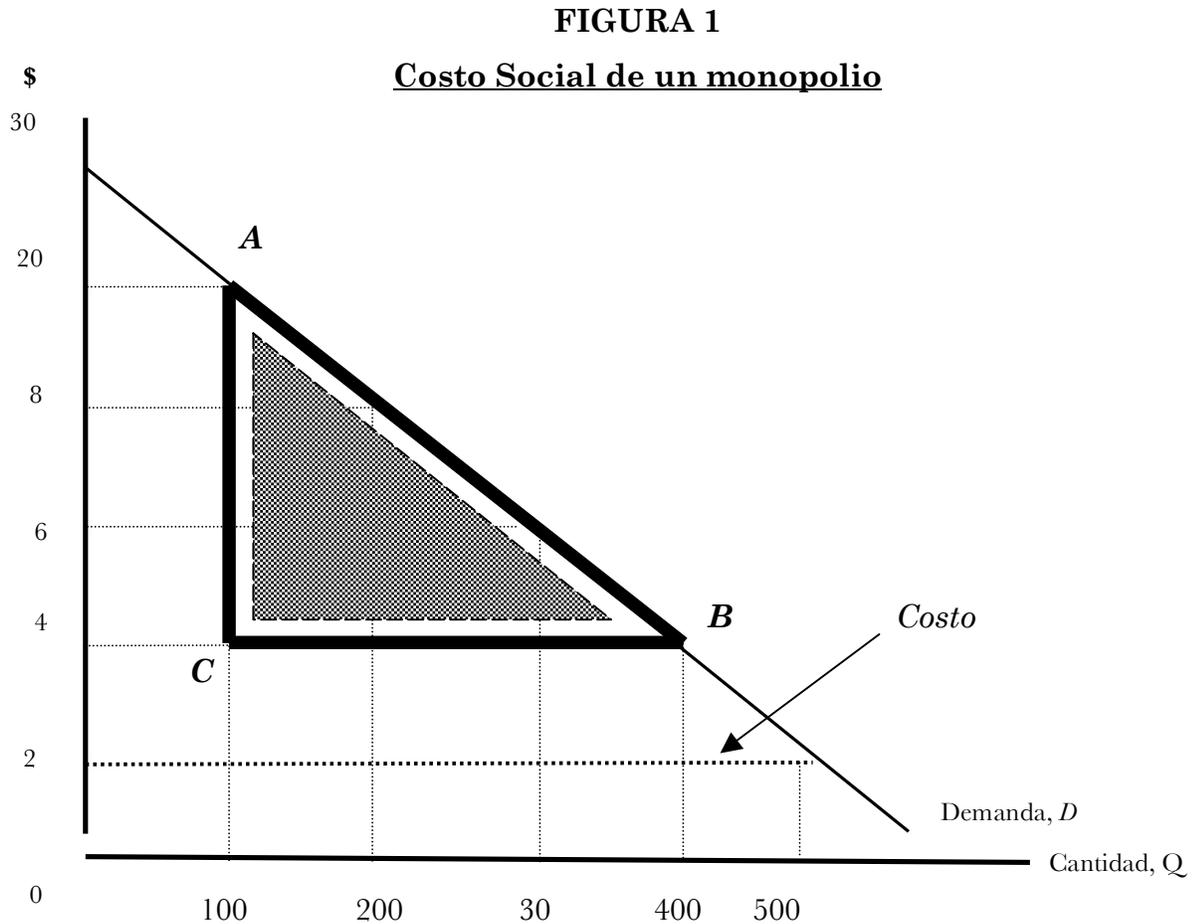
1. Costo social del monopolio

La Figura 1 grafica un mercado hipotético resaltando lo que la economía describe como la ‘pérdida de bienestar’:⁶¹ el triángulo **A-B-C-A**.⁶² Dicha pérdida queda entendida si se contrastan dos escenarios. Si el mercado está competido, el nivel de abasto y precio sería **B**. Pero si el mercado está monopolizado, el nivel precio/abasto será **A**. La diferencia entre ambos genera una cuatro consecuencias, fácilmente perceptibles en la gráfica: (a) abasto inferior, (b) precio superior, (c) los consumidores ubicados entre los puntos **A** y **B** se quedan sin consumir; y (d) el agente económico pierde ventas⁶³ siendo que, en un escenario competitivo, desearía vender, pues el costo es inferior (en la gráfica se ejemplifica en 2).

⁶¹ Está gráfica está tomada de NUEVA POLÍTICA DE COMPETENCIA: ALUMBRAMIENTO, PUBERTAD Y MADUREZ DE UNA IDEA, en Mena Labarthe y Xopa, COMPETENCIA ECONÓMICA, ESTUDIOS SOBRE DERECHO, ECONOMÍA Y POLÍTICA, p. 22. En dicho estudio se comenta con detalle el fenómeno económico, que constituye el paradigma más aceptado sobre este tema.

⁶² Representado en la gráfica por el triángulo sombreado. Ilustra lo que la literatura económica identifica como una pérdida de bienestar (un “*welfare loss*”). Para entender porqué se genera dicha pérdida deben comprenderse dos nociones: el beneficio del productor y el beneficio del consumidor, lo cual es descrito en el estudio citado en el pie de página anterior.

⁶³ Aquellos ubicadas entre los pactos **A** y **B** de la curva de demanda.



Dicho más formalmente, los costos de un monopolio son: (a) la pérdida de bienestar; (b) búsqueda de rentas; (c) pérdida de inversión de competidores; y (d) pérdida en la innovación.⁶⁴

No obstante que un cartel se comporta como un monopolio, sus consecuencias no son idénticas. A continuación explicaré las mismas bajo los escenarios de cartel y oligopolio no-cooperativo.

⁶⁴ Para entender porqué, consúltase NUEVA POLÍTICA DE COMPETENCIA, *ob cit.*, o González de Cossío, Francisco, COMPETENCIA ECONÓMICA: ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, México, D.F., p. 28 *et seq.*

2. Costo social del Cartel

Aunque una generalización que puede estar sujeta a matices, el costo social de un cartel puede ser tan grande (¡o mayor!) como el de un monopolio. Analizaré el motivo bajo cada rubro de los costos de un monopolio:

- i) **Pérdida de bienestar:** la pérdida de bienestar sufrida por un cartel puede ser menor que la de un monopolio dado que: (a) los carteles tienen problemas serios en lograr un acuerdo sobre precio y cantidad lo cual hace que no logren implementar el nivel de precio y abasto monopolístico; (b) disciplinar a los que hacen trampa implica imponer sanciones. Ello, y la infraestructura y recursos para hacerlo, genera costos; (c) la prevención de los incumplimientos del cartel—aún otra fuente de costos.

Como resultado, vis-à-vis monopolios, son menos exitosos en la identificación del precio que maximiza utilidades y en la restricción del abasto conjunto para mantener los precios a dicho nivel. De nuevo, ello es un costo.

- ii) **Búsqueda de rentas:** los recursos ineficientemente gastados por los miembros de un cartel en adquirir y mantener un cartel pueden ser superiores a aquellos involucrados en un escenario monopolístico. Lo anterior en la medida en que los carteles con frecuencia gastan mucho de sus ganancias anticipadas en los esfuerzos para ponerse de acuerdo sobre precio y abasto. A su vez, los miembros gastan recursos considerables para hacer trampa de forma furtiva, por lo que el cartel debe incurrir en gastos importantes para monitorear y eliminar dichos incumplimientos. Ello se incrementa por los costos involucrados en castigar a las firmas que rehúsan formar parte del cartel (las ovejas negras).

En caso de que el castigo tome la forma de reducir el precio al nivel competitivo, el castigo será socialmente benéfico. Sin embargo, en caso de que el castigo sea implementado mediante prácticas exclusionarias que reduzcan la capacidad del mercado, se provocará otro costo social.

- iii) **Pérdida de innovación:** cuando los carteles se forman por acuerdos ‘desnudos’—es decir, no buscan lograr objetivo alguno distinto al colusivo que pudiera justificarlo por lo que no brinda valor agregado alguno. Al entorpecer innovación, existirá un costo social adicional.

3. Oligopolio no-cooperativo

El costo social de un oligopolio no-cooperativo es probablemente menor que el costo social de un monopolio. Las razones son las siguientes:

- i) **Pérdida de bienestar:** la pérdida de bienestar debe ser inferior ya que las restricciones de abasto estilo Cournot tienden a ser inferiores a las que generaría un monopolio.
- ii) **Búsqueda de rentas:** los recursos ineficientemente gastados deben ser inferiores ya que, por lo general, las firmas no tienen incentivos para hacer trampa. Sin embargo, en caso de que oligopolistas incurran en reducciones de precios en forma secreta y discriminada que motive sanciones disciplinarias por otros miembros, los costos pueden ser considerables.
- iii) **Pérdida en la innovación:** esta pérdida puede ser inferior a aquella que se presente en un escenario monopólico en la medida en que le es más difícil a las firmas que no están abiertamente coludidas organizarse estratégicamente para implementar prácticas exclusionarias que al monopolista.

4. Conducta de la Firma Dominante

Hasta ahora el análisis se ha concentrado en la conducta de firmas oligopolistas que pueden ser caracterizadas como iguales. Sin embargo, existen modelos que analizan la conducta desplegada en mercados altamente concentrados donde uno de los competidores es más grande que sus rivales. En dichos escenarios, la conducta de rivales más pequeños se parecerá a aquella de ratones que rodean un elefante.⁶⁵

Existen dos modelos que describen dicha situación de asimetría de rivales: (a) el modelo de von Stackelberg; y (b) el modelo de Forchheimer. En resumidas cuentas, sostienen lo siguiente:⁶⁶

- a) *El Modelo von Stackelberg*: von Stackelberg⁶⁷ sostiene que las firmas seguirán el abasto de una firma dominante.⁶⁸
- b) *El Modelo Forchheimer*: Forchheimer⁶⁹ sostiene que las firmas pequeñas son tomadores de precios puesto que cada una en forma individual es demasiado pequeña en relación con la demanda del mercado como para que sus cambios tengan efecto en el precio y en la demanda del mercado.

⁶⁵ Tomando prestada la metáfora del Profesor Scherer (Scherer and Ross, p. 221).

⁶⁶ Para abundar sobre este tema se sugiere Perloff, Jeffrey M., MICROECONOMICS, Addison Wesley, Boston, Second Edition, 2001, pp. 431 *et seq.*

⁶⁷ Heinrich von Stackelberg, MARKTFORM UND GLEICHGEWICHT, Vienna, Springer, 1934.

⁶⁸ Para abundar, ver Xavier Vives, OLIGOPOLY PRICING, Old Ideas and New Tools, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1999, p. 7.

⁶⁹ Karl Forchheimer, THEORETISCHES ZUM UNVOLLSTÄNDIGEN MONOPOLE, Schmollers Jahrbuch (1908), pp. 1-12.

5. Cuantificación

La cuantificación del daño generado por carteles ha probado ser difícil. Sin embargo, existe cierto acuerdo conceptual entre expertos.

En 1975 Richard Posner cuantificó que el costo de los carteles en Estados Unidos ascendía a 3.4% del ingreso nacional. En 1978 Cowling y Myeller lo cuantificaron en 13% del ingreso bruto corporativo.⁷⁰ La OECD explica que, aunque su estimación ha probado ser elusiva, el daño derivado de los carteles es significativo, seguramente en los miles de millones cada año.⁷¹ Algunos estudios demuestran que los casos individuales de colusión muestran incrementos en precios entre el 30 y 60%, y en promedio los cárteles cobran un 25% más a lo largo del tiempo.⁷²

La iniciativa de modificación de la LFCE enviada por el Ejecutivo al Congreso en marzo de 2010 indica que:

De conformidad con diversos análisis académicos basados en la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares, se estima que en México el 30 por ciento del gasto de los hogares se destina a mercados con problemas de competencia y que, en estos mercados, los consumidores gastan alrededor de 40 por ciento más que si hubiera competencia. Esta situación se agrava para el decil de la población más pobre, el cual gasta alrededor del 42 por ciento de su ingreso en mercados altamente concentrados.

Moraleja: los carteles son altamente dañinos. Impactan los bolsillos de todos los consumidores. Merma directa y seriamente el bienestar del consumidor.

⁷⁰ Alexis Jacquemin y Margaret E. Slade, CARTELS, COLLUSION AND HORIZONTAL MERGER, p. 457.

⁷¹ 2003 OECD REPORT ON HARD CORE CARTELS, p. 9.

⁷² JM Connor, PRICE-FIXING OVERCHARGES: LEGAL AND ECONOMIC EVIDENCE, (www.ssrn.com/abstract=787924)

E. PELIGRO: EL *TOPSY-TURVY* DEL OLIGOPOLIO

Este tema es uno de los más difíciles de la disciplina de la competencia económica. Lo que es más, también es uno de los más contradictorios, a lo cual un experto denomina el “the topsy-turvy principle” de la colusión tácita.⁷³ El motivo: cualquier condición de mercado que hace que exista competencia intensa, también puede promover colusión.⁷⁴ Avinash Dixit, un conocido experto en teoría de los juegos, ha hecho ver el carácter orweliano del principio topsy-turvy, sugiriendo que “competition is collusion”.

El enfemismo se refiere a que los extremos conducta competitiva y conducta oligopólica anticompetitiva se parecen. Esta ironía se convierte en una paradoja cuando se considera que se trata de dos conductas ubicadas en polos opuestos del espectro de conducta competitiva. Mientras que en la competencia perfecta los precios de competidores se parecerán como resultado de la reducción del beneficio del productor, en la colusión los precios también se *parecerán* como resultado de la imitación entre los agentes económicos involucrados.

Esto explica que la materia sea controvertida: ante tales semejanzas, diferentes expertos toman posturas—a veces diametralmente—diferentes sobre cómo aproximar el tema.

⁷³ Carl Shapiro, THEORIES OF OLIGOPOLY BEHAVIOR, en HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, vol. 1., Richard Schmalensee y Robert Willig (eds), North-Holland, Elsevier, Oxford, UK, 1989, p. 357 y 365.

⁷⁴ Id., p. 365.

III. EL DEBATE

A. INTRODUCCIÓN

Este tema ha generado una cantidad enorme de estudios y teorías. Lo que es más, ha propiciado una marcada diferencia de opinión. Para explicarlo, resumiré un debate emblemático del mismo: el ‘debate Turner-Posner’.

B. DEBATE TURNER-POSNER

Dos intelectuales importantes de la competencia económica tienen una marcada diferencia de opinión sobre un aspecto de este tema que tiene ramificaciones importantes: cómo caracterizar escenarios sintomáticos de interdependencia (¿colusión o competencia?), y cuándo existe ‘acuerdo’ entre competidores involucrados en paralelismo consciente.

Mientras que Donald F. Turner considera que el paralelismo consciente es insuficiente para constituir una violación al derecho de competencia, Richard A. Posner disiente. A continuación explicaré porqué.

1. Turner

Donald F. Turner argumenta que⁷⁵ el paralelismo consciente, en ausencia de algún elemento probatorio adicional que establezca que la decisión paralela de los (pseudo) conspiradores fue contraria—bajo la hipótesis de decisiones individuales independientes—a su interés individual independiente, no constituye un ‘acuerdo’. El paralelismo consciente no contiene elemento de ‘acuerdo’ cuando lo que está sucediendo es simplemente respuestas independientes de un grupo de competidores a los mismos hechos. Las ‘decisiones independientes’ significan una decisión que hubiera podido ser tomada al margen de lo que los competidores decidan hacer.

⁷⁵ Donald F. Turner, THE DEFINITION OF AGREEMENT UNDER THE SHERMAN ACT: CONSCIOUS PARALLELISM AND REFUSALS TO DEAL, 75 Harvard Law Review, 665, 1962.

El que el ‘acuerdo’ derivado de las decisiones interdependientes deba ser considerado como una conspiración ilícita anticompetitiva puede ser determinado mediante las siguientes preguntas:

- a) ¿Es la conducta simplemente la explotación racional del potencial de ganancias de una posición oligopólica actual? ¿o se trata, por el contrario, de una conducta restrictiva que protege o aumenta el poder de mercado o lo extiende a otros mercados?
- b) ¿Puede efectivamente prohibirse la conducta con buenas posibilidades de incrementar la competencia, sin involucrar a los tribunales en una función regulatoria?

La postura de Turner ha recibido eco por quienes temen que aplicar el derecho de la competencia a la colusión tácita pueda inmiscuir a las cortes en un proceso similar a la regulación de precios.⁷⁶ También ha servido de apoyo a la postura de reestructurar industrias concentradas mediante la desconcentración, por considerar que el fenómeno es un resultado de la estructura de la industria concentrada.⁷⁷

2. Posner

Richard Posner contradice frontalmente la postura de Turner. Considera que tanto la colusión *tácita* como la *expresa* pueden ser atacadas bajo el artículo 1

⁷⁶ Michael D. Whinston, LECTURES ON ANTITRUST ECONOMICS, The Cairol Lectures, Universidad Torcuato Di Tella, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2006, p. 53.

⁷⁷ Dicha aproximación recibió apoyo en el (influyente) Neal Report de 1968.

de la Sherman Act.⁷⁸ En su opinión, no existe una diferencia de fondo entre los carteles y colusión tácita.⁷⁹

Posner aborda tres problemas: el problema interpretativo, el probatorio y la solución (el *remedy*).

Sobre el problema interpretativo, dado que la sección 1 de la Sherman Act sólo aborda conducta concertada, debe resolverse si la colusión tácita implica ‘acuerdo’. Si los precios no competitivos por oligopolistas son prueba suficiente de que se comunicaron y llevaron a cabo pasos para llegar a un acuerdo y hacerlo cumplir. Afirma que sí. Razona que el precepto está orientado al mismo tipo de males que buscaban combatir sus diseñadores. Y la colusión tácita despliega el mismo carácter: se trata de una concertación entre agentes económicos para cobrar precios monopólicos y extraer ganancias monopólicas. Por ende, debe entenderse como aplicable. Actualiza la hipótesis de ‘acuerdo’.

En relación con el problema probatorio, admite que es grande: ¿cómo demostrar la existencia de precios no competitivos sin la prueba directa de acuerdos? Propone varias respuestas. Por ejemplo, la existencia de discriminación de precios la existencia de ganancias anormales, liderazgo en precios,⁸⁰ y otras conductas que pueden servir de pruebas.⁸¹

⁷⁸ La sección 1 de la *Sherman Act* dice en su parte relevante: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce ... is declared to be illegal”. (15 U.S.C. § 1)

⁷⁹ Richard A. Posner, OLIGOPOLY AND THE ANTITRUST LAWS: A SUGGESTED APPROACH, 21 *Stanford Law Review*, 1562, 1969.

⁸⁰ El problema con *price leadership* no es que sea difícil establecerlo, sino que su significado es equívoco: pueden surgir simplemente porque una de las firmas tenga buen juicio sobre las condiciones de mercado y los demás defieran a sus decisiones.

⁸¹ Participaciones de mercado fijas, mismos precios en subastas, negativa a descuentos en presencia de mucha capacidad ociosa, anuncios sobre incrementos de precios con mucha anticipación (sin explicación legítima), manifestaciones públicas sobre lo que se considera un precio adecuado para la industria, et cetera.

Finalmente, el problema de la solución (el *remedy*), consiste en que, aún suponiendo que se genere un incentivo fuerte a oligopolistas a que cumplan con la prohibición de colusión, ¿será posible cumplir? ¿O generará dicha regla conducta irracional que no puede (en forma realista) esperarse de un agente económico?⁸²

Su respuesta es afirmativa. Considera que los hombres de negocios saben cuando están actuando no competitivamente. El estado de colusión no es un estado inconsciente.⁸³ Y si el costo de coludirse, dada su sanción, es superior al de hacerlo, no lo harán.

En la segunda edición de su monumental obra, Posner retoma el tema, lo re-estudia cabalmente,⁸⁴ y propone una aproximación económica de dos pasos:⁸⁵

1. Determinar si en los mercados relevantes existen condiciones que sean propicias para el surgimiento de colusión; y
2. Determinar si en verdad existen precios colusivos en dichos mercados.

Expuesto el debate y sus premisas, sondear cómo lo han resuelto distintas jurisdicciones se torna en relevante.

⁸² Al hacerlo refuta el ejemplo extremo dibujado por Turner: cuando la demanda es decreciente y los precios competitivos generarían pérdidas en la industria. En dicho caso, la colusión expresa sería la única manera en que la industria puede evitar pérdidas en un periodo de demanda en declive.

⁸³ Un párrafo en otra obra es especialmente relevante: “Oligopolistic interdependence is not an unconscious state. If tacit collusion can be detected at all in an industry, and can be proved at trial, there should be no special difficulty in proving that the same practices have continued despite an injunction against them. The defendants can alter their behavior even if the behavior was once in their interest. Sanctions for disobedience change the incentives. The question is: Can tacit collusion be proved in the first place?” (Richard Posner y Frank Easterbrook, ANTITRUST, 2a Ed., 1981, p. 333. Ver también OLIGOPOLISTIC PRICING SUITS, THE SHERMAN ACT AND ECONOMIC WELFARE. A REPLY TO PROFESSOR MARKOVITS (Stanford Law Review, vol. 28, No. 5, mayo 1976, p. 903) donde Posner hace una defensa enérgica a su postura.

⁸⁴ Richard A. Posner, ANTITRUST LAW, The University of Chicago Press, Chicago and London, Second Edition, 2001, pp. 55 a 100.

⁸⁵ Id, pg. 69.

IV. RESPUESTAS DE OTRAS JURISDICCIONES

La aproximación al tema en otras jurisdicciones merece ser comentada. Me centraré en dos: Europa y Estados Unidos.

A. EUROPA

1. Introducción

El punto de partida textual es el artículo 81 del Tratado de Roma, que dice:

(1) The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

En relación con nuestro tema, la Corte Europea de Justicia ha establecido que dicho artículo exige que cada agente económico debe determinar independientemente su política de precios y demás actuar en el mercado. Es decir, el Tratado de Roma establece el requisito de independencia.⁸⁶ Sin embargo, dicho requisito no prohíbe que los agentes económicos se adapten inteligentemente a las condiciones del mercado.

¿Cómo distinguir? O, siguiendo el hilo analítico de este ensayo, ¿cómo diferenciar paralelismo consciente lícito de colusión ilícita – aunque tácita?

Veamos qué han sostenido los casos más importantes.

⁸⁶ Joined Cases, 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73 *Suiker Unie v. Commission* [1975] sr, 1663, párrafos 173-174.

2. Casos

La Corte Europea ha establecido que ‘concertación’ (dentro del contexto del artículo 81) se define como:⁸⁷

...una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a un acuerdo formal, ha sido concluido, sustituye la cooperación práctica entre ellos a los riesgos de la competencia ...

Por ende la concertación implica una forma de cooperación que: (i) protege a los involucrados de los riesgos de la competencia; y (ii) generalmente se hacen aparentes del comportamiento de los participantes (por ejemplo, conducta paralela con respecto a su política de precios).

[...a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition. ...

by its very nature, then, a concerted practice does not have all the elements of a contract but may *inter alia* arise out of coordination which become apparent from the behaviour of the participants. ...

Therefore, concentration implies a form of cooperation that: (i) protects the undertakings concerned from the risks of competition; and (ii) usually becomes apparent from the behavior of the participants (for example, from parallel conduct with regard to their pricing policy).]

Al abordar el problema de la interdependencia y el paralelismo, la Corte Europea ha reconocido que, aunque cada agente económico debe determinar por su cuenta su política comercial en forma independiente, es legítimo que los agentes económicos se adapten en forma inteligente a la conducta existente y anticipada de sus competidores.⁸⁸ Sin embargo, si adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de los competidores es legítima, es previsible que todos los operadores existentes adoptarán conducta similar; es decir, conducta paralela. Dicha conducta puede fácilmente ser percibida como

⁸⁷ Caso ICI Caso 48/69, *Imperial Chemical Industries, Ltd., (ICI) v. Commission* [1972] ECR 619, párrafo 66.

⁸⁸ Joined cases 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73 *Suyker Unie v. Commission* [1975] ECR 1663, párrafo 173/174

prueba de una ‘coordinación que se hace aparente de la conducta de los participantes’.

La Corte Europea se ha dado cuenta de esto y ha determinado que la conducta paralela *per se* no está capturada por el Artículo 81 del Tratado de Roma y no crea una presunción de colusión. Sin embargo, casos subsecuentes muestran la existencia de dos excepciones. En el caso *ICI* la Corte Europea sostuvo que, no obstante que la conducta paralela puede no ser por sí misma equiparada a una práctica concertada, la conducta paralela puede llegar a ser prueba sólida de concertación si conlleva a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado, tomando en cuenta la naturaleza de los productos, el tamaño y número de los agentes económicos y el volumen de dicho mercado.⁸⁹

En *Wood Pulp*⁹⁰ la Comisión Europea sostuvo que los productores de pulpa de madera (wood pulp) eran culpables de fijar precios en el mercado europeo de 1975 a 1981, puesto que, aunque no existía evidencia explícita de acuerdos para fijar precios, existían dos factores importantes:

1. Intercambios directos e indirectos de información que habían creado una transparencia artificial de información de precios en el producto.
2. El mercado no era proclive a los precios paralelos.

No obstante que varían de caso en caso, éstas excepciones pueden ser mejor entendidas como una sola: la conducta paralela no es prueba de concertación si la conducta de los agentes económicos puede ser explicada por cuestiones de mercado.

⁸⁹ Caso 48/69 *Imperial Chemical Industries, Ltd. ICI v. Commission* [1972] ECR, 629, párrafo 66.

⁹⁰ OJ [1985] L 85/1 [1985] 3 CMLR 474.

En *Woodpulp II* la Corte Europea sostuvo que la conducta paralela no puede ser considerada prueba de concertación a menos que la concertación constituya la única explicación plausible para dicha conducta.⁹¹

En *Suiker Unie*⁹² la Corte Europea enfatizó que cada operador debe actuar independientemente. Debe fijar la política en la que actuará en el mercado en forma independiente. Pero el requisito de independencia no priva a los agentes económicos de su derecho a adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de sus competidores. En sus palabras:

este requisito de independencia no priva a los operadores económicos del derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de sus competidores

[this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors]

Comentando este tema, expertos han concluido que la conducta paralela no puede ser considerada como demostrativa de concertación, a menos que la colusión sea la única explicación plausible de dicha conducta. El motivo: el

⁹¹ Joined Cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlstrom Osakeyhtiö e.a. (Woodpulp) II* [1993] ECR-1-1307, párrafo 71.

⁹² *Suiker Unie and Others v Commission* [1975] ECR 1663, Joined Cases 40-48, 50, 54-56, 111 y 113-114/73, paras 173-174. En sus palabras: “Under conditions of oligopoly, the pricing and output actions of one firm have a significant impact upon [those] of its rivals. Firms may after some period of repeated actions become conscious or aware of this fact and without an explicit agreement coordinate their behaviors as if they were engaged in collusive behavior or a cartel to fix prices and restrict output. The fear that departure from such behavior may lead to costly price cutting, lower profits and market share instability may further create incentives for firms to maintain such an implicit arrangement amongst themselves. This form of conscious parallel behavior or tacit collusion generally has the same economic effect as a combination, conspiracy or price fixing agreement. However, whether or not conscious parallel behavior constitutes an illegal action which is restrictive of competition is [a]subject of controversy in both competition law and economics. Price uniformity may be a normal outcome of rational economic behavior in markets with few sellers and homogeneous products. Arguments have been advanced that the burden proof must be higher than circumstantial evidence of concerted or parallel behavior and uniform pricing and output policies. In other words, **conscious parallelism in and of itself should not necessarily be construed as evidence of collusion**. The problem arises more from the nature of the market or industry structure in which firms operate than from their respective behavior.” (énfasis añadido)

derecho de los agentes económicos de adaptarse inteligentemente a las circunstancias y la conducta (presente y anticipada) de sus competidores.⁹³ Concluyen que la colusión tácita, como tal, no puede ser considerada como un cartel.

3. Explicaciones plausibles

Si bien no existe una lista exhaustiva de explicaciones plausibles, dos circunstancias han sido consideradas como plausibles de conducta paralela: (i) liderazgo de precios y (ii) estructura de mercado.

Como he dicho, es legítimo que los agentes económicos se adapten en forma inteligente a la conducta presente y futura de sus competidores. Por consiguiente, en caso de existir un líder de precios en el mercado, los agentes económicos podrían intentar adaptarse a la política comercial del líder. Dicha conducta de precios paralela no podría en sí considerarse a concertación.

4. Conclusión

La regla que se genera de los casos es la siguiente: la conducta paralela no está prohibida y no crea una presunción *iuris tantum* de colusión. Sin embargo, la conducta paralela puede ser considerada suficiente prueba de colusión si la concentración es la única explicación plausible.

B. ESTADOS UNIDOS

1. Regla actual en resumen

Aunque existen algunos precedentes encontrados,⁹⁴ la regla actual en Estados Unidos es que la existencia de conducta paralela, sin más, es lícita. Para que el

⁹³ François Abraut y Ewoud Sakkers, *Cartels*, en Jonathan Faull y Ali Nikpay, THE EC LAW OF COMPETITION, Oxford University Press, New York, second edition, p. 775.

⁹⁴ Por ejemplo, en *American Tobacco v. United States* (328 U.S. 781 (1946)), que versó sobre anuncios de los incrementos de precio en los que no había un acuerdo expreso sino conducta en concierto, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos pareció

paralelismo pueda ser considerado colusión tácita, tiene que existir ‘algo más’. Un ‘plus’. Y ese algo (el ‘plus’) requerirá un alto nivel probatorio.

2. Parteaguas textual

El derecho estadounidense de competencia económica hace una distinción crucial entre la conducta unilateral y la colectiva. Mientras que la colectiva se sanciona bajo la sección 1 de la Sherman Act, la unilateral bajo la sección 2. Por ende, *ex hypothesy*, la conducta oligopólica podría analizarse bajo la sección 1 de la Sherman Act, que dice:⁹⁵

Todo contrato, combinación sea mediante fideicomiso u otro, o conspiración que restrinja el comercio ... se declara ilegal

[Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy in restraint of trade or commerce ... is declared to be illegal.]

La pregunta que surge es la transversal al tema estudiado: ¿puede la conducta interdependiente actualizar la hipótesis “contract, combination ... or conspiracy, in restraint of trade or commerce...”?

Veamos la respuesta de la judicatura.

3. Jurisprudencia

El origen de las decisiones para definir los elementos de la colusión es *Interstate Circuit v United States*⁹⁶ donde se definió la acción concertada como

... un acuerdo para la imposición de las restricciones a exhibidores no era un requisito para una conspiración ilícita. Es suficiente que, conociendo de la acción concertada estaba contemplada o invitada, los distribuidores han otorgado su adhesión al esquema y participado en el mismo

considerar que la industria de cigarros era culpable de conspirar basado únicamente en su conducta paralela sobre precios.

⁹⁵ 15 U.S.C. § 1.

⁹⁶ 306 U.S. 208 (1939).

[...agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent-run exhibitors was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that concerted action was contemplated or invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it]

Sobre la prueba, en el mismo caso se dijo:

Es poco creíble que los diversos distribuidores habrían, en las circunstancias, unánimemente aceptado e implementado cambios tan importantes en su método de negocios sin un entendimiento que todos participarían, por lo que rechazamos que sean probable que sea resultado de mera casualidad ...

[It taxes credulity to believe that the several distributors would, in the circumstances, have accepted and put into operation with substantial unanimity such far-reaching changes in their Business method without some understanding that all were to join, and we reject as beyond the range of probability that it was the result of mere chance...]

Algunos años después en *American Tobacco Co. v. United States* la Corte dijo:⁹⁷

... la conspiración ilícita no requiere de acuerdo formal por escrito.

[...no formal agreement is necessary to constitute an unlawful conspiracy.]

En *Brooke Group*⁹⁸ la Suprema Corte de Justicia de EU dijo que la colusión tácita es un proceso que no es *en sí* ilícito.⁹⁹ La misma Corte concluyó en *Theater Enterprises*¹⁰⁰ que:

La pregunta crucial es si la conducta de los demandados hacia el demandante derivaron de su decisión independiente o de un acuerdo, expreso o tácito. Para ser claros, la conducta de negocios es evidencia circunstancial de la cual puede inferirse la existencia de acuerdo ... Pero esta Corte nunca ha sostenido que la prueba de paralelismo consciente demuestra conclusivamente la existencia de acuerdo o, dicho de otra manera, que dicha conducta en sí constituye una ofensa a la Ley Sherman. La prueba circunstancial de conducta ‘paralela

⁹⁷ Aunque el caso versó sobre una violación al artículo 2 de la Sherman Act.

⁹⁸ *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp*, 509 U.S. 209.

⁹⁹ “not in itself unlawful” fueron sus palabras

¹⁰⁰ 346 U.S. 537 (1954).

consciente' puede haber tenido una influencia importante en la actitud judicial hacia conspiración, pero el 'paralelismo consciente' aún no ha sido totalmente entendido como conspiración para efectos de la Ley Sherman.

[The crucial question is whether respondents' conduct toward petitioner stemmed from independence decision or from an agreement, tacit or express. To be sure, business behavior is admissible circumstantial evidence from which the fact finder may infer agreement... But this court has never held that proof of parallel business behavior conclusively establishes agreement, or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense. Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but "conscious parallelism" has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely.]

En *Eastern Estate Dealers Association v. United States*¹⁰¹ la Suprema Corte de Justicia razonó que:

Es elemental ... que es poco posible demostrar conspiraciones mediante testimonio directo y pueden ser inferidas de las cosas que en verdad suceden. Cuando, como en este caso, mediante acción concertada se reportaron periódicamente a los demás miembros de las asociaciones los nombres de los mayoristas que realizaran ventas a consumidores, puede claramente inferirse conspiración para lograr aquello que fue la consecuencia natural de dicha acción.

[It is elementary ... that conspiracies are seldom capable of proof by direct testimony and may be inferred from the things actually done, and when in this case by concerted action the names of wholesalers who were reported as having made sales to consumers were periodically reported to the other members of the associations, the conspiracy to accomplish that which was the natural consequence of such action may be readily inferred.]

Tribunales inferiores han seguido el mismo razonamiento echando luz sobre los motivos de la regla. Por ejemplo, en *Bogosian v. Golf Oil Corp*¹⁰² se dijo que:

El Derecho es claro que la prueba de conducta de negocios paralela consciente es prueba circunstancial de la cual puede inferirse acuerdo, tácito o expreso, pero que dicha prueba, sin más, es insuficiente, a menos que las circunstancias bajo las cuales ocurre

¹⁰¹ 234 U.S. 600 (1914).

¹⁰² 561 F.2D434 (3d Cir 1977).

hagan que la inferencia de opciones racionales independientes sea menos atractiva que acción concertada.

[The law is settled that proof of consciously parallel business behavior is circumstantial evidence from which an agreement, *tacit* or *express*, can be inferred but that such evidence, without more, is insufficient unless the circumstances under which it occurred make the inference of rational, *independent* choice less attractive than that of *concerted* action.]

En *Levish v. CBS*¹⁰³ se dijo que:

Para generar la inferencia de acuerdos tácitos para boicotear, los hechos o circunstancias deben mostrar que la serie de decisiones unilaterales aparentes fueron en verdad interdependientes ... un demandante debe por lo menos explicar cómo éstas decisiones son interdependientes mediante por lo menos sugerir que existe alguna razón para creer que los demandados estuvieron comprometidos a un fin común.

[that in order to raise an inference of tacit agreement to boycott, facts or circumstances are required to show that a series of apparently unilateral decisions were indeed interdependent... [A] plaintiff must, at a minimum, allege how these decisions are interdependent by at least suggesting that there is some reason to believe that the defendants were committed to a common end.]

Dicha solución se ha conocido como “paralelismo plus”. Una corte lo explica así:

Utilizar la teoría de paralelismo consciente para encontrar conspiración donde por lo menos dos de las siguientes tres circunstancias deben estar presentes: factores “plus” como aquellos enfatizados en los casos de negativas de trato...: el paralelismo tiene una naturaleza mucho más elaborada y compleja; una red de pruebas circunstanciales que apunten convincentemente al acuerdo.

[Utilizing the theory of conscious parallelism to find conspiracy [where] at least two of the following three circumstances are present: “plus” factors such as those emphasized in the simple refusal to deal cases...: parallelism of a much more elaborate and complex nature; a web of circumstantial evidence pointing very convincingly to the ultimate fact of agreement.]

¹⁰³ 495 F.supp.649 (S.D.N.Y 1980).

4. Moraleja

Un patrón de paralelismo consciente o interdependencia oligopolística, sin más, no permite la inferencia de conspiración. Se tienen que demostrar factores 'plus'.

¿Pero qué puede ser considerado como un 'plus'? En general, cualquier circunstancia que explique colusión. Es decir, que no sea explicable más que ante colusión. Algunas que han sido consideradas como tales son:

- a) La ausencia de un motivo racional que explique por qué los agentes económicos se comportan de dicha manera;
- b) Actos contrarios al interés individual de un agente económico, a menos que se sigan como parte de un plan colectivo;
- c) Fenómenos de mercado que no pueden ser explicados racionalmente, más que como resultado de conducta concertada;
- d) Los antecedentes del agente económico en la materia;
- e) Evidencia de juntas entre agentes económicos y demás formas de comunicación directa;
- f) La utilización de prácticas que faciliten la colusión;
- g) La estructura de la industria, particularmente cuando muestra características que complican la competencia o permiten evitarla;
- i) Factores de la industria que sugieren o contradicen la posibilidad de colaboración horizontal.

O, dicho más genéricamente, acción concertada que no pueda ser explicada mediante coincidencia.¹⁰⁴

Durante los años ochenta diversas cortes inferiores abrazaron la postura que las conspiraciones requieren un elemento de consciencia de acoger un esquema. En 1984 la Suprema Corte endosó la postura al decir en *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*:

El estándar correcto es que deben existir pruebas que tiendan a excluir la posibilidad de acción independiente de las [partes]. Es decir, debe existir evidencia directa o circunstancial que razonablemente tienda a demostrar que [las partes] tuvieron un compromiso consciente hacia un esquema diseñado a lograr un objetivo ilegal

[The correct standard is that there must be evidence that tends to exclude the possibility of independence action by the [parties]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective

5. Comentario final

Como puede observarse, el dilema descrito en este ensayo ha recibido una respuesta rica de la judicatura estadounidense. Como resultado, el paralelismo desnudo no se ha tildado de colusivo. Tiene que existir un ‘algo’ más para poder concluir que el paralelismo es sintomático de colusión.

V. LA SOLUCIÓN MEXICANA

El oligopolio actualiza las hipótesis de las prácticas monopólicas absolutas. Cuál de ellas dependerá del cartel específico. Sin embargo, su estudio conjunto es justificado dado el ángulo de este ensayo. Para ello, comentaré el régimen legal (§a), para luego resumir la experiencia práctica existente (§b), concluyendo con observaciones (§c).

¹⁰⁴ Como lo dijo *Ball v Paramount Pictures* 169 F2d 317 (3d Cir 1948).

A. LEGAL

La fracción I del artículo 9 de la LFCE

Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

- I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o
- IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar.

El Artículo 9 del Reglamento de la LFCE establece:

Son indicios de la existencia de una práctica monopólica absoluta, las instrucciones o recomendaciones que emitan las cámaras empresariales o asociaciones a sus agremiados, con el objeto o efecto de realizar las conductas previstas en el artículo 9o. de la Ley.

Son indicios de la realización de las conductas a que se refiere la fracción I del artículo 9o. de la Ley, entre otros, que:

- I. El precio de venta ofrecido en territorio nacional por dos o más competidores de bienes o servicios susceptibles de intercambiarse internacionalmente, sean sensiblemente superiores o inferiores a su precio de referencia internacional, excepto cuando la diferencia se derive de la aplicación de disposiciones fiscales, gastos de transporte o de distribución, y

- II. Dos o más competidores establezcan los mismos precios máximos o mínimos para un bien o servicio, o se adhieran a los precios de venta o compra de un bien o servicio que emita una asociación o cámara empresarial o cualquier competidor.

1. Actualización de hipótesis

Lo amplio de la textura del texto del artículo 9 de la LFCE ha generado dudas sobre qué conductas actualizan su hipótesis. Por ende, un comentario sobre el tipo de situaciones que han actualizado el precepto, tanto en México como en el derecho comparado, es de utilidad.¹⁰⁵

a) *Fijación de precios*

La tipología de la fracción I del artículo 9 de la LFCE genera muchas dudas. Existen prácticas distintas que podrían o no actualizar su hipótesis. Y la conclusión en ambos sentidos sería justificada. Mencionaré algunos ejemplos:

- i) Precios uniformes;
- ii) Fórmulas de precios uniformes;
- iii) Precios mínimos;
- iv) Precios guía (o 'target');
- v) Precios sugeridos;
- vi) Acuerdo sobre parte del precio o un ingrediente del precio;
- vii) Descuentos máximos;
- viii) Acuerdos sobre otras condiciones de comercio;

¹⁰⁵ La enunciación de ejemplos tiene como fuente las experiencias que en lo personal he conocido, y los casos examinados, nacionales y extranjeros. Sin duda, pueden existir más.

- ix) Acuerdo sobre la compra de materias primas;
- x) Campañas de incremento de precio coordinadas;
- xi) Aunque no se establece el precio, sí el momento de su incremento.

Una práctica que ha generado dudas serias es que un competidor persiga a otro, estableciendo un precio ligeramente por debajo del precio del competidor. Dicha práctica ha sido objeto de consultas y debate intenso. Y ha dividido a expertos. Existen quienes la califican de sintomática de colusión. Existen quienes la califican como competencia, ¡e intensa!¹⁰⁶

b) Reducción de abasto

El precio es una función de abasto y demanda. Por ende, la reducción de abasto es económicamente idéntica que la fijación de precios. Es su espejo económico. Algunas formas en que esto se ha actualizado son:

- i) Cuotas de producción o ventas;
- ii) Otros tipos de limitaciones conjuntas;
- iii) Control de producción;
- iv) Control o limite de inversión comercial;
- v) Especialización de productos colusiva;
- vi) Asignaciones de abasto;
- vii) Otorgamiento de derechos recíprocos de ventas;
- viii) Acuerdos de ventas conjuntas;

¹⁰⁶ Después de todo, quien incurra en la misma siempre le quitará ventas a quien sigue.

- ix) Fijación de estándares;
- x) Otras prácticas que limitan producción o el desarrollo de la tecnología.

c) División de mercados

La división de mercados es el corolario de fijación de precios o restricciones en abasto. La asignación de un segmento de mercado, o la asignación de un mercado geográfico, de clientes individuales o grupos de clientes. Algunos ejemplos son:

- i) Asignación de porciones de mercados;
- ii) Asignación de territorios o canales de distribución;
- iii) Asignación de clientes;
- iv) Prácticas relacionadas con clientes;
- v) Fijar posturas en licitaciones;
- vi) Compartir fuentes de suministro;

Otras prácticas que despiertan debate pero que podrían entrar bajo este rubro son:

- i) Boicots;
- ii) Prohibiciones de importaciones;
- iii) Negativas de trato concertadas;
- iv) Mantener a competidores fuera del mercado del cartel;
- v) Poner a competidores en desventajas;
- vi) Boicot de compromisos inconvenientes;

vii) Intercambio de información delicada.

2. Indicios y Carga de la Prueba

Comentado el radio de acción del artículo 9 de la LFCE, vale la pena comentar el artículo 9 del Reglamento.

Dicho precepto tiene un doble efecto jurídico. Primero, establece una serie de indicios de comisión de prácticas monopólicas absolutas. Segundo, actualizándose los indicios, revierte la carga de la prueba al agente económico para demostrar que no existe la práctica.

a) *Indicios*

Los indicios son que contempla el Reglamento son:

- i) Concertación mediante alguna cámara o asociación a través de precios sugeridos;
- iii) Precios nacionales ‘sensiblemente’ distintos a los internacionales;
y
- ii) Paralelismo.

Dichos indicios no son los únicos que pueden existir. La literatura económica documenta varios más. Sin embargo, son útiles por su efecto orientador al destinatario de la norma.

b) *Reversión de la carga de la prueba*

Al ser indicios, pueden ser refutados por los agentes económicos investigados. La ley no dice cómo. Existen varias maneras de hacerlo. Por ejemplo:¹⁰⁷

¹⁰⁷ Estos pueden ser diversos. Por ejemplo, estructura de costo similar, el que (por motivos diversos) son tomadores de precios, el que existe poco valor agregado por encima de un insumo que abarca la mayoría del precio final del producto, etcétera.

- i) **Estructurales:** que la estructura del mercado es tal que propicia la coincidencia.
- ii) **Individuales:** del lado de la oferta, que existen circunstancias que explican la conducta similar.

El que la carga de la prueba se columpie del lado del agente económico ha dado lugar a cuestionamientos, inclusive de constitucionalidad. Sin embargo, tienen una lógica que se entiende cuando se tiene en cuenta los antecedentes del paralelismo. Ante la posibilidad de ser sintomático tanto de colusión como de competencia, quién mejor que el agente económico para discernir.

3. Sabiduría del régimen

Existe en el foro una preocupación frecuentemente escuchada sobre la sabiduría de condenar *per se* los acuerdos entre competidores. La crítica tiene como argumento que es posible que los agentes económicos lleguen a acuerdos procompetitivos. Ante ello, la prohibición genérica, sin excepciones y sin análisis económico o competitivo, es miope.

Existen tres motivos detrás de la regla:

- i) **Probabilidad:** aunque *posible*, el que el pacto entre competidores sea procompetitivo o no tenga por objeto obtener rentas, es altamente *improbable*.
- ii) **Dificultad de demostración:** la dificultad de demostrar el beneficio competitivo.¹⁰⁸
- iii) **Seriedad:** la gravedad de los pactos entre competidores.

¹⁰⁸

Este argumento tiene como premisa que en Estados Unidos, lugar donde se adoptó esta regla, quien hace la determinación es un jurado, no un órgano especializado. Fue en dicho contexto que la dificultad probatoria indicada cobró importancia. Después de todo, los jurados en Estados Unidos están compuestos en su mayoría por individuos no necesariamente versados en economía, y manipulables.

Dichos factores propiciaron la preferencia por una ‘solución profiláctica’: una regla genérica. La *ratio*: legislar en los extremos podía en este caso probar ser contraproducente. Se trata de una cuestión de técnica legislativa.

B. PRÁCTICA

La práctica ya muestra algunos casos. Cuatro son dignos de comentar sea por su importancia o por las lecciones que arrojan.

1. Leche

Como resultado de un incremento uniforme nacional en el precio de la leche en el monto de 50 centavos, la CFC inició una investigación de oficio en contra de productores diversos.¹⁰⁹ Sin excepción, todos los investigados negaron la existencia de acuerdo. Uno de los investigados hizo una propuesta de compromiso a la que se adhirieron todos. El compromiso consistió en que, dentro de los primeros diez días de los siguientes tres años, se informaría a la CFC los precios de la leche, así como fechas y porcentajes de incrementos, comprometiéndose a nunca tener contacto con competidores. La CFC aceptó el compromiso,¹¹⁰ imponiendo dos condiciones adicionales: informar sobre los

¹⁰⁹ Grupo Industrial Lala, expediente I/O 25-2000 Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 355; Pasteurizadora El Nayar, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 358; Comercializadora Latinlac, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 361; Ganaderos Undios de Aguascalientes-Zacatecas, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 365; Monica’s Food, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 367; Leche Queen, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 370; Ganaderos Productores de Leche Pura, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 373; Pasteurizadora y Enfriadora Lerdo, expediente I/O 25-2000, Gaceta de Competencia Económica No. 11, Año 4, Septiembre-Diciembre 2001, p. 376.

¹¹⁰ En forma interesante, en la mayoría de los expedientes se incluyó como primer premisa que la situación de competencia era “restaurable” pues la práctica no había tenido efectos. Dado que el incremento precio tuvo cierta vigencia, surge la duda sobre la observación.

precios del insumo principal (leche bronca o cruda), y que, en caso de tener conocimiento de cualquier práctica monopólica, sea denunciada a la CFC.

Con la aceptación de dichos compromisos por cada uno de los agentes económicos, la CFC cerró todas las investigaciones.

2. Laboratorios fitosanitarios

Como resultado de una denuncia por una asociación alimenticia importante, en 2003-2004 la CFC investigó y sancionó a tres laboratorios dedicados a hacer un análisis fitosanitario de papas de importación.¹¹¹

El precio por la cuota de análisis incrementó en forma idéntica por los tres laboratorios a partir de una misma fecha.¹¹² Y sus costos eran distintos. Éstos justificaban el incremento en el aumento de requisitos por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, para realizar la actividad.

De la investigación la CFC concluyó que la coincidencia de precios era inexplicable en ausencia de acuerdo, máxime la diferencia de costos.

3. Gas LP

Como resultado de una denuncia, la CFC investigó y multó a tres distribuidoras de Gas LP que en febrero de 1996 aumentaron su precio por kilogramo de gas LP para uso doméstico en 30%.¹¹³ El incremento fue simultáneo y uniforme.¹¹⁴

¹¹¹ Presuntas prácticas monopólicas en los servicios de análisis para diagnóstico fitosanitario de papa fresca de importación, Expediente IO-09-2003, 19 de agosto de 2004.

¹¹² Para ser exacto, dos de ellos lo implementaron un día después.

¹¹³ Prácticas Monopólicas Absolutas en el Mercado de Gas LP para uso Doméstico en el Valle de Toluca, Expedientes: DE-03-96, RA-17-98, RA-18-98 y RA-19-98. Fecha de resolución: 12 de febrero de 1998, confirmada el 7 de agosto de 1998.

¹¹⁴ En enero 1996 el precio por kilogramo de gas LP para uso doméstico era de \$1.42. A partir de febrero fue de \$ 1.80. El aumento fue uniforme.

Ello independientemente del segmento de mercado: la ubicación geográfica del distribuidor era distinta, y las características socioeconómicas de las regiones eran diversas. El precio fue acreditado mediante los cartelones ubicados *inter alia* en los camiones de reparto. Y no había control de precios en dicho momento.

En forma importante, una de las premisas jurídicas de la CFC fue que:

La legislación toma en cuenta que los acuerdos de voluntades pueden darse sin necesidad de constar por escrito. Este tipo de acuerdos son característicos de las prácticas monopólicas investigadas.

Al rechazar recurso reconsideración de uno de los sancionados, la CFC explicó que:

La coincidencia en el precio de venta entre las empresas no se puede considerar una casualidad, dados los tiempos, términos y condiciones en que simultáneamente ajustaron su precio. Por tanto los actos realizados demuestran que existía consentimiento entre ellas con el objeto de fijar precios. ... un aumento de 30% en el precio de venta no es imputable al incremento en costos sino a la realización de una acción concertada. ...

Concluyó que:

...las empresas involucradas se coludieron con la finalidad de fijar el precio del gas LP para uso doméstico ... con el objeto de obtener mayores ganancias. ...

4. Licitaciones publicas de material radiológico

La CFC investigó y sancionó a dos agentes económicos que entre 1997 y 2001 participaron en licitaciones públicas ante el ISSSTE y el IMSS para adquisición de químicos reveladores y fijadores para placa radiográfica. En dicho periodo, sus ofertas económicas en 17 licitaciones fueron idénticas.¹¹⁵

¹¹⁵ Prácticas Monopólicas Absolutas en Licitaciones Convocadas por las Instituciones de Salud, Denuncia y Recursos de Reconsideración Expediente: DE-10-2001, RA-04-2003 y RA-05-2003. Fecha de resolución: 8 de abril del 2003.

Los agentes económicos explicaron la coincidencia de precios por el precio de referencia del IMSS. La CFC determinó que la información que IMSS proporciona no incluía precio de referencia alguno al que estaría dispuesto a adquirir. Únicamente el precio mínimo al que los participantes de esa licitación le ofertaron cada uno de los productos licitados. Dado que los demás participantes presentaron ofertas distintas a las denunciadas, la CFC determinó que dicha información no era un precio de referencia y que no es requisito indispensable para obtener la adjudicación de una licitación.

5. Licitaciones de insulina, suero y soluciones electrolíticas

Un caso reciente involucró sanciones importantes por colusión a farmacéuticas y ciertas personas físicas por establecer, concertar y coordinar posturas en licitaciones públicas celebradas por el IMSS para la compra de insulina humana, sueros y soluciones electrolíticas durante enero 2002 y marzo 2009.¹¹⁶

Hay mucho que puede decirse sobre el caso. Me centraré en cuestiones sobre conducta oligopólica.

Comencemos con su existencia. Como se explicó, existen escuelas de opinión distintas sobre el tema. Este caso arroja luz sobre la forma en que la CFC abordará el acuerdo tácito. Por ejemplo, la CFC razonó que:¹¹⁷

Este tipo de acuerdos colusivos no se pueden detectar en licitaciones aisladas, sino en casos como el presente, en los que existe un juego repetido, con canales de comunicación bien desarrollados, donde es fácil establece patrones de posturas ganadoras en la que las empresas se alternan para compartir el beneficio indebido de cobrarle al IMSS precios muy por arriba de lo que daría en un mercado competido. Estos patrones se ven claramente al revisar los datos de las licitaciones analizadas durante el procedimiento de investigación. Por ejemplo, un acuerdo donde los participantes se turnaban las licitaciones a ganar, no podría identificarse si sólo se analiza una de esas licitaciones de manera aislada.

¹¹⁶ Resolución Baxter, S.A. de C.V. y otros, Exp. Número IO-03-2006.

¹¹⁷ Id. p. 4.

Aplicando dicho estándar a este caso, la CFC sostuvo que:

El patrón de las posturas analizadas en el oficio de probable responsabilidad revela la existencia de un acuerdo colusorio.¹¹⁸

El motivo fue compararlo con lo que debería suceder en un mercado donde no existen acuerdos colusivos. La CFC describió la competencia en este mercado así:¹¹⁹

En un proceso de licitación competido con participantes que buscan maximizar su probabilidad de ganar de forma independiente, cada participante tiene incentivos para ofrecer su mejor precio a fin de incrementar la probabilidad de obtener el contrato licitado sin incurrir en pérdidas. Esta competencia lleva a que los participantes ofrezcan sus mejores posturas (incluyendo márgenes de ganancia competitivos), y que la convocante obtenga las mejores condiciones del mercado y, necesariamente, beneficios significativos a los consumidores en este caso concreto los derechohabientes del IMSS

La CFC determinó que los resultados de las licitaciones hacían concluir que el patrón de comportamiento no la pauta explicada. En sus palabras:

... no puede ser resultado de comportamiento independiente acorde con incrementar el beneficio económico, sino que revela que necesariamente la existencia de una coordinación para incrementar artificialmente los precios y distribuir los contratos entre las empresas. A lo largo del periodo cada postor demuestra que puede ofrecer precios ganadores de acuerdo a lo observado. Sin embargo, no lo hace en cada licitación e incrementa injustificadamente su postura disminuyendo sustancialmente la probabilidad de ganar la licitación. Este comportamiento sólo se explica si existe un comportamiento coordinado para incrementar el beneficio económico de las empresas licitantes tal que, pese a perder algunas licitaciones, los beneficios del acuerdo colusorio son tan altos en los procesos ganados, que superan las ganancias potenciales que hubieran tenido de ganar el resto de las licitaciones actuando de manera independiente y competitiva¹²⁰

En forma importante:

Las posturas tanto ganadoras como perdedoras ... son prácticamente

¹¹⁸ Id. p. 4.

¹¹⁹ Id. p. 6.

¹²⁰ Id. p. 7.

idénticas y no presentan cambios de un año a otro. ... las posturas caen de manera dramática ante la entrada de un nuevo participante con una postura agresiva a la baja.¹²¹

Se utilizaron elementos probatorios económicos. La evidencia económica era probativa de acuerdo consistente en la concentración de las ganancias de las licitaciones en las farmacéuticas, la similitud de posturas, la alternancia de posturas para ganar o perder, el máximo aprovechamiento, los altos márgenes de ganancia obtenidos, la existencia de barreras de entrada. Ello pues del expediente:

resultan pruebas indirectas las cuales han sido adminiculadas entre sí y en su conjunto para corroborar la existencia del acuerdo ilegal, toda vez que la experiencia en materia de competencia económica demuestra que la detección de carteles alcanza su grado de mayor complejidad, toda vez que no puede esperarse que la participación de cada empresa del cartel quede nítidamente expresada a través de un contrato escrito y firmado por los participantes, si no que más bien las empresas coludidas prestan especial interés por ocultar cualquier vestigio de ello.¹²²

Lo anterior puesto que existían facilitadores de acuerdos. La CFC analizó y enfatizó los siguientes:

1. **Bienes homogéneos:** que hace que la única variante entre los productos sea su precio, facilitando llegar a un acuerdo colusorio;
2. **Licitaciones frecuentes:** que permiten identificar la dinámica y los resultados de cada una de ellas con fines de verificar el cumplimiento de un acuerdo colusorio;
3. **Asignación de un contrato entre varios concursantes,** que permite dividirse el contrato y designar a varios elementos del cártel como ganadores dentro de una misma licitación, haciendo expedita la repartición de ganancias colusorias;

¹²¹ Id. p. 4.

¹²² Id. p. 8.

4. **Intercambio de información entre participantes**, pues contribuye a verificar desviaciones de las posturas acordadas e instrumentar mecanismos de sanción entre los miembros del acuerdo en futuras licitaciones.¹²³
5. **Reglas de licitación estables en el tiempo**, que ayudan a la estabilidad de acuerdo para establecer, concertar o coordinar posturas, pues sus miembros no requieren estar rediseñando periódicamente las conductas para implementar el acuerdo;
6. **Barreras a la entrada**, que inhiben la entrada de participantes en las licitaciones y facilitan la colusión; y
7. **Precios de referencia**: cuando los precios de referencia en una licitación son muy altos en comparación con los precios de mercado, puede servir de referencia para acordar las posturas.

Como conclusión, la CFC determinó que:

... el conjunto de los elementos recabados—incluyendo el análisis de los resultados de las licitaciones—permiten observar una conducta atípica que sólo se puede explicar a través de un acuerdo colusorio ...¹²⁴

6. Aplicación del cargo por ajustes al precio del diesel a los usuarios de autotransporte y autotransportistas de carga

En este caso la CFC determinó que la recomendación hecha por la Cámara Nacional de Transporte de Carga (CANACAR) a sus agremiados¹²⁵ sobre la aplicación del factor de ajuste para transferir los costos por aumento de

¹²³ Dada la existencia de medios y canales de comunicación, se acreditó que existió comunicación directa entre los directivos de las empresas emplazadas.

¹²⁴ Id. p. 9.

¹²⁵ Difundida por medios diversos, incluyendo Internet.

combustible (diesel¹²⁶) de los proveedores de autotransporte de carga a los usuarios del mismo constituía una práctica monopólica absoluta.¹²⁷ Ello pues los transportistas ya no decidirían individualmente si absorben parte o la totalidad del costo de dicho insumo, como sucede en condiciones de competencia. Como resultado, se incrementó el precio de venta de los servicios de autotransporte de carga en territorio nacional.¹²⁸

Algunas cuestiones a resaltar sobre este caso son:

1. El acto colusivo fue una ‘recomendación’;
2. A diferencia de otros casos donde el acuerdo putativo era *tácito*, en este caso era expreso. Dados los elementos probatorios, aunque existió análisis al respecto, fue menos importante demostrar *económicamente* o indirectamente (mediante inferencias) la existencia del acuerdo;
3. Se trató de un insumo, y no del producto total; y
4. La sanción impuesta fue importante, y abarcó a personas físicas y morales (incluyendo la cámara misma).

C. LECCIONES

El régimen legal y la experiencia descrita arroja algunas conclusiones.

1. En varios casos la CFC prefirió dar por terminada la investigación procurando acuerdos con los investigados. Ello podría despertar crítica. Considero que la misma debe tomar en cuenta que la decisión probablemente tenga como antecedente la dificultad del tema, y la facilidad de incurrir en error. Ante ello, una solución que prefiere

¹²⁶ insumo que refleja el 30% de la tarifa que se cobra al usuario del servicio.

¹²⁷ Artículo 9.I de la LFCE.

¹²⁸ Cámara Nacional de Transporte de Carga (CANACAR) y otros, DE 153-2008, resolución de 3 de junio de 2010.

solucionar a sancionar, es de entenderse.

2. En los casos en los que ha sancionado, se ha seguido una aproximación siguiendo los paradigmas económicos y jurídicos más aceptados sobre el tema. Se busca analizar la estructura de mercado de ambos lados (oferta y demanda) para aquilatar si existen explicaciones alternativas plausibles. Y aún cuando no existen, se han analizado elementos adicionales para procurar certeza que la conclusión (colusión) no constituye una mala prognosis de lo que en verdad está sucediendo en el mercado. Ello ha incluido pruebas indirectas (por ejemplo la económica) y otras.¹²⁹

En mi opinión, la aproximación tiene el mérito que procura evitar falsos positivos—el gran peligro de esta materia.

VI. CRIMINALIZACIÓN DE LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS

Existen un renovado interés de poner sobre la lupa en la disciplina de la competencia económica. Como parte de ello, existen iniciativas diversas para mejorar el régimen. Una de ellas es preocupante: hacer delito de las prácticas monopólicas absolutas. Para explicar porqué, me enfocaré en los dos géneros de problemas que la iniciativa conlleva: económicos y jurídicos, no sin antes mencionar sus motivos

A. MOTIVOS DE LA CRIMINALIZACIÓN

La criminalización de las prácticas monopólicas absolutas obedece no sólo al dilema de las penas altas, sino a la percepción que, no obstante que las penas económicas son las más altas del sistema jurídico mexicano, han mostrado no ser un disuasivo suficiente.

¹²⁹ Por ejemplo, la evidencia sobre comunicados coetáneos a los hechos.

B. PROBLEMAS ECONÓMICOS

El problema económico se resume en que encarecería y conducta económica al imbuirla de riesgo. Ello propiciará conducta subóptima, ineficiente, inclusive no racional. Para explicar porqué explicaré sus implicaciones en la conducta oligopólica y dos comentarios de análisis económico del derecho penal.

1. Encarece vía riesgo conducta económica diversa

La conducta oligopólica (sea tacita o expresa) es, bajo derecho mexicano, sancionada conforme al artículo 9 de la Ley Federal de Competencia Económica (*LFCE*). Es decir, es una práctica monopólica absoluta.

Como se ha detallado en este estudio existe diferencia de opinión económica sobre cómo regular y atacar la conducta oligopólica. Y se trata de uno de los temas más delicados e importantes de esta disciplina.

La dificultad reside en que conducta que *puede* tildarse de colusiva, también puede tener explicaciones competitivas válidas.¹³⁰ E irónicamente se trata de casos extremos. De calificarse como anticompetitiva, actualizaría la conducta más desdeñable. De calificarse como competitiva, se trataría de competencia intensa.

La implicación de sancionar con cárcel esta conducta es que arrojaría un manto de incertidumbre sobre una buena cantidad de conducta económica—e incertidumbre del peor género: ¡penal!

Como resultado, se encarecería (vía riesgo) conducta económica legítima.

¹³⁰

La conducta puede ser resultado de colusión tacita (*inter alia* paralelismo consciente), o puede ser el resultado de *interdependencia económica*, en cuyo caso el actuar de los agentes económicos es inevitable. No hacen mas que responder en la forma que más les conviene ante el terreno que enfrentan.

2. La pena privativa de libertad como sanción subóptima

Para mi gusto, existe un uso promiscuo de la pena privativa de la libertad. Debería ser utilizado con menos frecuencia. De hecho, debería ser el último recurso. El motivo es múltiple. Aquí me ceñiré a indicar sus aristas en materia de competencia económica.

Existe una fuerte corriente de opinión internacional que la pena privativa de libertad para competencia económica es una mala idea.¹³¹ No sólo porque es difícil traducir una suma monetaria a una pena no-monetaria,¹³² sino porque es costosa y genera desperdicio.

La pena privativa de libertad implica un costo a cargo del Estado. Ello debe ser soportado para conducta tan socialmente repudiable que la justifique. Las prácticas monopólicas absolutas no reúnen dicho requisito. No son comparables con conducta antisocial del género que merece el adjetivo: homicidio, robo, delitos sexuales. Mientras que éstos involucran parásitos y depredadores sociales, los agentes económicos son *creadores de valor*. El ilícito que cometen es incurrir en conducta que hace que lo apropien todo en forma ineficiente. Conducta deplorable¹³³ pero *in natura* distinta.¹³⁴

La cárcel es más costosa de administrar que una multa. Consume recursos reales. Por el contrario, la multa genera recursos. La cárcel implica un desperdicio social. La multa no.

¹³¹ Richard A. Posner, ANTITRUST LAW, University of Chicago Press, Chicago and London, 2ª Edición, p. 270.

¹³² Y el ejercicio—dadas sus implicaciones—es tal que probablemente dé lugar a tolerancia. Ante ello, ¿para qué usarla de origen?

¹³³ Bajo los paradigmas de competencia económica vigentes.

¹³⁴ Son mejor entendidos como creadores de valor que utilizan mecanismos ilícitos para apropiarse todo el beneficio ('bienestar') del consumidor, como se entiende bajo la disciplina macroeconómica de la economía de bienestar.

3. La cárcel es sobre-disuasiva

Criminalizar las prácticas monopólicas absolutas puede tener el efecto de disuadir conducta lícita al grado de prohibirla. Podría preguntarse si no estoy cometiendo un error. Las prácticas monopólicas absolutas son *ilícitos*. No. No me equivoco. El motivo por el que considero que la aseveración es cierta es que los agentes económicos buscan diseñar su actuar conforme a lo que ‘safe-harbors’: patrones de conducta que aseguren que no se generarán problemas. Dado el alto estigma y costo de criminalizar prácticas monopólicas absolutas, aunado a lo poco confiable que es la aplicación del Derecho Penal en México, lo más probable es que agentes económicos tomen medidas sobre-protectoras y eviten conducta que sería lícita, con la finalidad de evitar cualquier riesgo. Ello es particularmente serio en competencia económica donde la línea divisoria entre conducta eficiente e ineficiente es borrosa.

C. PROBLEMAS JURÍDICOS

Detecto dos problemas jurídicos:¹³⁵ sobreutilización e incertidumbre.

1. Sobreutilización

La pena privativa de libertad debe reservarse para la conducta más antisocial. No debe utilizarse con facilidad. Hacerlo tiene el desafortunado resultado de:

- a) Perder el beneficio de escalonar las sanciones;
- b) Pierde la oportunidad para calibrar correctamente una pena a conducta que desea erradicarse.

Esto es importante. No me refiero sólo al principio de proporcionalidad de Beccaria¹³⁶—aunque lo abarca, va más lejos.

¹³⁵ Me limito a los problemas centrales. Hay quien ha aludido a otras consecuencias, como lo son su utilización política y estratégica. (ver Gabriel Castañeda, Reforma, 15 de noviembre de 2009, p. 15.)

Si la pena privativa de libertad es impuesta para *cualquier* conducta, conducta más seria se convierte en un ‘obsequio’ al delincuente. Después de todo, ya se ‘pago’ el precio mayor por cierta conducta ilícita. A los ojos del delincuente, conducta más grave se convierte en ‘gratuita’. Ello *incentiva* conducta repudiable, lejos de desincentivarla.

Es cierto que mi argumento adolece de suponer que la pena de libertad en libertad es la pena máxima (después de todo, el *tiempo* de la pena privativa hace las veces de la graduación de la pena). Sin embargo, el punto que deseo transmitir es que, la cárcel es un ‘escalón’ muy alto. Y ello complica la graduación de la pena.

2. Incertidumbre

Es una lamentable pero conocida realidad de nuestro sistema legal que el estado del Derecho Penal en México es altamente corrupto e impredecible. Ante ello, establecer una capa adicional de responsabilidad (penal) para las prácticas monopólicas absolutas tendría por objeto imbuir de inseguridad jurídica a una enorme cantidad de conducta económica habitual.

Hay que decirlo: la situación penal en México deja mucho que desear. Si resultare que en la realización de actividad económica que *puede* tener una arista de competencia económica exista el más pequeño riesgo de responsabilidad penal, propiciaría en agentes económicos una inseguridad insoportable.

D. COMENTARIO FINAL: ATENUACIÓN VIA APLICACIÓN EXCEPCIONAL

Es cierto. Las prácticas monopólicas absolutas consisten en la conducta competitiva más repudiable. Deben ser enérgicamente perseguidas y sancionadas, y más en México, donde son rampantes.

¹³⁶

Capítulo *Proportion between Crimes and Punishments*, Cesare Beccaria, ON CRIMES AND PUNISHMENTS, Hackett Publishing Company, p. 14.

Pero criminalizar es sobresancionar.

Sospecho que, de aprobarse la iniciativa que incluye criminalizar prácticas monopólicas absolutas, en la práctica se aplicará en forma excepcional en casos extremos.¹³⁷ De ser el caso, no obstante las reservas anteriormente descritas, la práctica probablemente las resuelva.

VII. COMENTARIO FINAL

El tema del oligopolio ha despertado preocupaciones económicas y jurídicas en todas las jurisdicciones que se ha abordado. El motivo: su dificultad y trascendencia, aunado a su ironía: la facilidad de confundir las conductas más competitivas con las más anticompetitivas.

México no sólo no es una excepción, sino es emblemático del problema: la enorme cantidad de estructuras de mercado concentradas y conducta sintomática de colusión exige una respuesta conceptual a la vez sólida y práctica. Los casos que a la fecha han tenido lugar reúnen ambos requisitos— aunque algunos los critiquen.

¹³⁷ Dado que es la CFC quien puede denunciar por las mismas y una vez que exista un fallo sobre su existencia, probablemente utilice su discreción para casos extremos de carteles 'hard core'.