



COLUSIÓN EN ECONOMÍAS PEQUEÑAS

Tomás Menchaca



COLUSION

- “Los carteles son canceres de la economía de libre mercado” (Mario Monti, ex comisario europeo de la Competencia, Sept. 2000)
- “... la negociación entre competidores puede facilitar el supremo mal de la competencia: colusión.” (Juez Antonin Scalia, *US Supreme Court, caso TRINKO, 2004*).
- “*La gente en el mismo tipo de comercio rara vez se reúne, aun para diversión, pero cuando lo hace, la conversación termina en una conspiración contra el público, o en alguna otra estratagema para subir los precios*” (Adam Smith, *La Riqueza de las Naciones, 1776*)

CARACTERÍSTICAS DE LAS ECONOMÍAS PEQUEÑAS

- Altos niveles de **escala mínima eficiente de producción** en relación a la demanda, lo que implica mercados altamente concentrados
- Las **barreras naturales de entrada** pueden ser mayores
 - ⇒ **menor riesgo de nueva entrada** en la industria que pueda disciplinar a los incumbentes.



- La coordinación y colusión se hacen más sencillas
- Disminuyen las fuerzas dinámicas que pueden hacer más competitivo un mercado.
- Precisamente por eso, es más difícil pensar en soluciones estructurales.
- Es más difícil que prosperen los programas de delación compensada (todos se conocen, el costo social y económico puede ser muy alto).

- Consisten en acuerdos celebrados entre empresas competidoras dentro de un mismo mercado.

Objetivos:

- Motivos relacionados con la **eficiencia económica**

(Ej.: **Acuerdos** (joint-ventures) que impliquen algún tipo de **integración parcial entre empresas** para aprovechar ciertas **economías de escala** o el **uso conjunto de algún recurso** => Canales de distribución, investigación y desarrollo, personal especializado, etc. Ejs.: cajeros automáticos, desagregación de redes, etc.)

- Causas relacionadas con el **ejercicio del poder de mercado** => **Colusión.**

COLUSIÓN

- **Situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objeto de aumentar los beneficios conjuntos de todo el grupo.**
 - **Objeto => Que el oligopolio pueda actuar como monopolio, con todas las ventajas que ello implica.**
-

DAÑOS CAUSADOS POR LA COLUSIÓN

- Precios más altos (en la explotativa)
- Peor calidad, peores servicios, etc.
- Producción más ineficiente
- Es una forma de estafa y en muchos países tienen sanción penal.
- No implica ventajas en la producción
 - **podrían tenerlas** eventualmente:
 - Una **operación de concentración** (que podría implicar diversas sinergías, economías de escala o de ámbito)
 - Ciertos **acuerdos de cooperación** o joint ventures => que podrían ser importantes en ec. Pequeñas (Escala mínima eficiente)

COLUSIÓN TÁCITA - PARALELISMO CONSCIENTE- ACPD

- **DIFERENCIAS** ENTRE COLUSIÓN TÁCITA Y PARALELISMO CONSCIENTE (y entre éste y el ABUSO COLECTIVO de posición dominante).
- COLUSIÓN TÁCITA ¿LICITA o ILICITA? discusión (**Turner vs Posner**)
- En nuestro concepto, el **PARALELISMO CONSCIENTE**, o el hecho que un agente del mercado, en un mercado oligopólico, tome sus decisiones considerando lo que estima que harán sus competidores, llegando a lo que la doctrina económica ha denominado “equilibrio de Nash”, en virtud de un juego no cooperativo, **no es por si sólo ilícito**, ni puede considerarse un caso de colusión, ni aun tácita, pues es **de la esencia de la colusión la existencia de un acuerdo** (expreso o tácito)



INTERDEPENDENCIA OLIGOPOLÍSTICA

- Cuando un agente económico que actúa en un mercado oligopolístico toma sus decisiones en forma absolutamente independiente, pero considerando lo que estima que harán, y de hecho hacen, sus competidores, no puede estimarse, sólo por ello, que se haya coludido con éstos.
- **No parece razonable exigir a los agentes económicos que actúen de manera irracional o que no consideren el comportamiento de sus competidores al tomar sus decisiones económicas.**
- Sin embargo, el problema es más complicado si se consideran modelos dinámicos con juegos repetidos, pues en diversos juegos no cooperativos, los actores podrían estar mandándose “mensajes”, que podrían terminar en un acuerdo tácito.

¿Per se o rule of reason?

- En general la regla per se tiene la ventaja que hace más fácil la prueba, de por si difícil, de la colusión,
- Pero tiene el inconveniente que en algunos casos su aplicación puede llevar a sancionar acuerdos que pueden ser beneficiosos.
- Entre estas dos alternativas, en economías pequeñas y con escasa cultura de competencia, puede pensarse que es **mejor comenzar con una regla per se o**, en todo caso, con una **regla de minimis**, para evitar errores y excesivos costos en casos que es evidente que las partes no tienen poder de mercado.
- ***Sin embargo, yo en general no soy partidario de dicha regla si es que hay una solución mejor, que ya se ha inventado, según veremos.***

SITUACIÓN INTERMEDIA

- Sería mejor exigir sólo prueba de la colusión al que acusa y de las posibles explicaciones económicas de la misma al que lo alega (el demandado). Una especie de **presunción legal de ilicitud**. => Situación intermedia **entre per se y rule of reason**.
- **QUICK LOOK:** Fundamentalmente consiste en alterar las reglas del onus probandi para algunos casos especialmente graves, como la COLUSIÓN, partiendo de la **presunción de ilicitud del acto, pero que admite prueba en contrario**.
 - Si de la existencia de **poder de mercado** (que se infiere a partir de la participación de mercado) de quienes alcanzan un acuerdo pueden presumirse efectos anticompetitivos del mismo (“intuitivamente obvio” “inherentemente sospechoso”), ese acuerdo **debe ser sancionado**, a menos que quienes los alcanzaron desacrediten esos efectos o prueben eficiencias. Se desplaza la carga de la prueba hacia los acusados.
 - Cuando quienes alcanzan un acuerdo **no ostentan poder de mercado**, se **presume que ese acuerdo no es anticompetitivo sin mayor análisis**. La carga de la prueba se mantiene en la agencia de competencia o en los particulares que buscan la sanción del mismo.



PRUEBA

- **ONUS PROBANDI**: La existencia de un acuerdo debe probarla quien la alega, el demandante. Si el demandado alega alguna explicación alternativa al acuerdo, esta debe ser probada por él.
- En **PRUEBA INDIRECTA** de colusión, no basta con probar la existencia de una conducta paralela.
- **FACTORES ADICIONALES (Plus Factors)**: Si, respecto de una conducta paralela acreditada, existen explicaciones alterativas a un acuerdo, se deben probar los “factores adicionales” (*plus factors*) que permitan excluir dichas explicaciones y concluir que existió un acuerdo.
 - **Factores adicionales de fondo**, que establecen si una conspiración es plausible. Condiciones de mercado que pueden conducir a una colusión, algunos de los cuales analizaremos brevemente.
 - **Factores adicionales que tienden a excluir la posibilidad de inocencia**. Ej. Prueba de contactos.
- Es decir, **para probar un acuerdo por medio de indicios** o presunciones, estos **deben llevar directa y univocamente a la conclusión de que existió un acuerdo**. Chile: Casos Oxigeno e Isapres.



CONDICIONES DE MERCADO QUE PUEDEN CONducIR A LA COLUSIÓN.

Al respecto, es bueno aclarar que la **teoría económica no puede demostrar cuando realmente existe un cartel**, pero puede determinar cuando existen las **condiciones para que un cartel exista**:

- **Concentración de mercado**
- **Diferenciación de productos**
- **Transparencia de precios e intercambio de información de precios**
- Condiciones de entrada
- Volatilidad de la demanda
- Asimetrías de las empresas
- Capacidad ociosa
- Concentración de la demanda
- Etc.



Como estos factores pueden afectar:

- La facilidad con que las empresas puedan lograr el acuerdo
 - Los incentivos para salirse del acuerdo
 - La posibilidad de monitorear su cumplimiento o de evitar su detección
 - La posibilidad de ajustar las condiciones del mercado como consecuencia de la colusión
 - La capacidad de evitar el crecimiento o entrada de empresas no coludidas
-

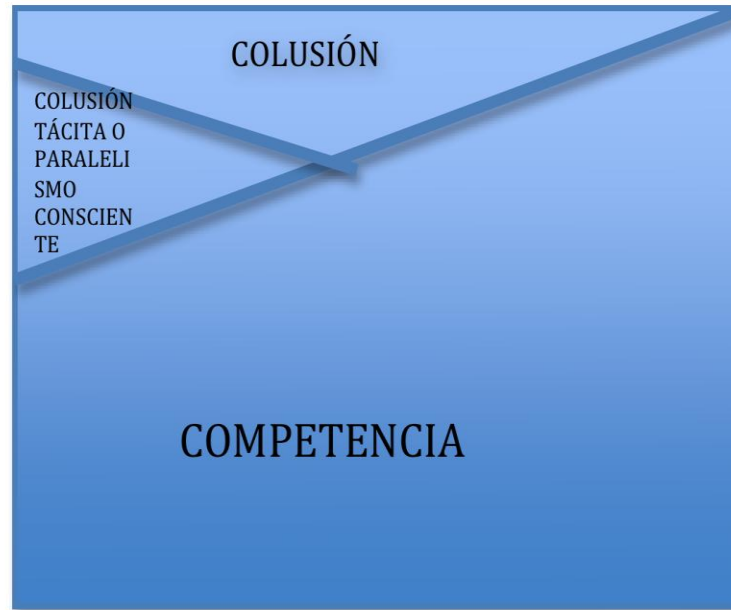
Concentración del mercado

- Por regla general, a mayor número de empresas menor riesgo de colusión.
- La teoría no es tan evidente en **casos intermedios**.
 - Cuando el número de firmas es muy pequeño, es más probable el paralelismo consciente (o la colusión tácita, que no son lo mismo)
 - Cuando es muy alto, lo más probable es la competencia.



CONCENTRACIÓN Y COLUSIÓN (Harrington)

Porcentaje de industrias



Número de
empresas

DIFERENCIACIÓN DE PRODUCTOS

- Cuando los productos son más homogéneos:
 - las ganancias de corto plazo de incumplir el acuerdo son grandes.
 - las pérdidas de largo plazo de salirse del acuerdo son grandes (precio no colusivo es más cercano a los costos)
- Parte importante de los carteles involucra productos muy similares y, en muchos casos, commodities. La colusión con productos altamente diferenciados es rara.
 - Por ello, hay más carteles en el sector industrial que en venta final o a público.
 - Hay más carteles en industrias con baja publicidad (porque baja publicidad está asociada a baja diferenciación de productos).

TRANSPARENCIA EN LOS PRECIOS

- Por una parte los consumidores pueden beneficiarse de conocer los precios pasados. V. gr. En negociaciones con los vendedores.
- La **COLUSIÓN** puede aumentar porque se facilita el **monitoreo**.
 - Para que una colusión sea estable cada empresa debe ser desalentada de incumplir el acuerdo, para lo cual dicho incumplimiento debe poder ser detectado y sancionado.
 - Por ello, la **colusión es más efectiva cuando los precios son conocidos** porque:
 - El incumplimiento puede ser observado fácilmente
 - Tiempo entre el incumplimiento y el castigo es menor

EJEMPLO DE LOS RIESGOS DE UNA INTERVENCIÓN EQUIVOCADA => PROBLEMA DE LA TRANSPARENCIA DE PRECIOS

- Albaek, Mollgaard & Overgaard, *Journal of Industrial Economics* 1997:
- Industria Danesa del concreto pre mezclado
 - En 1993 los proveedores fueron requeridos para que informaran los precios de venta a la autoridad de la competencia Danesa (el precio promedio y el promedio de los 5 precios más bajos)
- Impacto en los niveles de precios
 - Precios se incrementaron entre 15-20% en el primer año en que se publicaron los precios
 - Cambios en los costos no pudieron explicar el aumento de precios.
- Impacto en la variación de precios
 - Antes de la orden de publicar, los precios variaban más de un 30% en relación al precio promedio.
 - Luego de ella, variación estuvo entre el 2-4%



PRÁCTICAS FACILITADORAS

- Por ello => Poner **límites** a aquellas **prácticas que facilitan la colusión (análisis de acuerdo a la regla de la razón)**. Ejs.:
 - **Intercambios de información,**
 - **Anuncios unilaterales** (notificación de variaciones futuras de precios, nuevas inversiones, que incluye ciertos anuncios efectuados con la expectativa de que los competidores adopten una conducta paralela, etc.)
 - **contactos A.G.,**
 - **Anuncios o cláusulas de igualar precios de la competencia**
 - contratos entre competidores,
 - Precios sugeridos de reventa
 - etc.



- Uno de los temas que más se han analizado recientemente en libre competencia es el del Intercambio de información:
 - En cuanto facilita la coordinación
 - En cuanto permite el monitoreo del cumplimiento del acuerdo
 - Eventualmente también podría afectar la entrada en la industria.

Ver reciente borrador de **Guía de la Comisión Europea** respecto a Acuerdos de Cooperación Horizontal (2010), P. 16 y ss. (*Information Exchange*)

INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN (2)

- Puede tener **efectos positivos**, especialmente en mercados competitivos, en cuanto incrementa su transparencia
- Sin embargo, puede servir **para lograr un acuerdo** colusorio y
- También para **monitorear** el cumplimiento de un acuerdo
- Importante:
 - Su análisis debe tener en consideración las **características específicas de la industria** (en algunas es usual el I.I. y en otras no)
 - Distinción entre **información agregada o desagregada**.
 - Distinción entre información **pública o que se mantiene en privado** entre los que la intercambiaron.
 - En mi opinión, si el intercambio de información tiene lugar entre algunos competidores y esa información no es compartida con los demás ni con los consumidores, el riesgo de que se use como un mecanismo de coordinación aumenta y sus posibles justificaciones disminuyen.
 - Distinción entre información emanada de las propias empresas o de entes externos que efectúan estudios de mercado



ANUNCIOS DE IGUALAR LOS PRECIOS DE LA COMPETENCIA COMO FACILITADOR DE LA COLUSIÓN

- el anuncio de una garantía de igualación de precios puede ser un anuncio para otros miembros del cartel, indicándoles que cualquier baja de precios que efectúen será igualada automáticamente.
- El **incentivo a bajar precios se elimina**, estabilizando los precios del cartel.
- Desviarse del acuerdo no puede ser rentable una vez que se establece la igualación de precios como una práctica del cartel.
- El anuncio de este tipo de garantías a los compradores puede ser, en otras palabras, un anuncio a los otros miembros del cartel.

ANUNCIOS DE IGUALAR LOS PRECIOS DE LA COMPETENCIA COMO FACILITADOR DE LA COLUSIÓN

- “Irónicamente, el hecho que la igualación de precios pueda tener poco que ver con la colusión no sólo la vuelve más difícil de atacar [con leyes de competencia], sino que también sugiere que el problema de política [de competencia] planteado por esta práctica es más sustancial que el planteado por los carteles. Los precios altos son inherentemente inestables cuando sólo se sostienen por un acuerdo colusivo: los precios altos incentivan la entrada, y a medida que aumenta el número de firmas, los acuerdos, sean éstos tácitos o explícitos, se vuelven inmanejables. **La igualación de precios, por su parte, puede mantener precios altos aún ante bajas barreras a la entrada.** Luego, esta práctica puede potencialmente alterar mercados competitivos en más escenarios que los tradicionalmente estudiados por las autoridades de competencia: los carteles y los monopolios.” [Edlin 1997: 538]*
- Edlin, A. S. (1997), "Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices, and Can Antitrust Rise to the Challenge?" Harvard Law Review, 111 (December), 528-575**



REGULACIÓN DE LA COORDINACIÓN VÍA PRÁCTICAS FACILITADORAS

Alternativas:

1. Considerarlas como **indicios** para acreditar la existencia de una colusión anticompetitiva
2. Como posibles **prácticas restrictivas** de la libre competencia y por ende,
 - cuando se produce una **conducta paralela** a través de prácticas facilitadoras, podría ser sancionada si dichas prácticas producen el efecto de reducir la competencia o
 - podrían ser **sancionadas directamente** sin necesidad de prueba de efectos si “tienden a” afectar la libre competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 del DL 211



ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES RESPECTO DE ECONOMÍAS PEQUEÑAS

- Preocuparse de las **prácticas facilitadoras** de la colusión.
 - Mejorar las **herramientas** legales para detectar carteles.
 - **Independencia** de las agencias de competencia
 - **Aplicación general** del derecho de la competencia a todos los sectores, regulados o no regulados, públicos o privados => Chile
 - Preocuparse del **control preventivo** de operaciones de concentración.
 - **Abogacía de la competencia**, con los jueces, la administración y las propias empresas.
-



Gracias,
