

Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia

por Germán Coloma (Universidad del CEMA)

Las prácticas horizontales concertadas consisten en acuerdos celebrados entre empresas competidoras dentro de un mismo mercado. Su objetivo puede ser diverso, y obedecer a motivos ligados con la eficiencia económica o a causas relacionadas con el ejercicio del poder de mercado. Dentro del primero de tales grupos pueden incluirse una serie de acuerdos que implican algún tipo de integración horizontal parcial entre empresas, y que están destinados a aprovechar economías de escala o de alcance en el uso de algún recurso (investigación y desarrollo, canales de distribución, personal especializado, etc). Cuando los acuerdos horizontales están motivados por razones basadas en el ejercicio del poder de mercado, en cambio, la explicación más común es que nos hallamos en presencia del fenómeno conocido en la literatura económica como colusión.

La colusión puede definirse como una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo. Dicho incremento puede lograrse a través de diferentes instrumentos, pero tiene la característica común de que trae aparejado un aumento en los precios y una reducción en los volúmenes comerciados respecto de los que regirían en una situación en la cual las empresas compitieran entre sí. Esto implica normalmente un resultado inequívoco desde el punto de vista de la eficiencia y la distribución del ingreso en el mercado de que se trate, ya que el mismo pasa a generar un excedente menor para los demandantes que no llega a compensarse con el aumento en el excedente de los oferentes. El resultado económico de la colusión, por ende, se identifica con una situación en la cual los oferentes de un mercado logran incrementar sus beneficios a costa de una pérdida de eficiencia asignativa global.

La teoría económica suele a veces distinguir entre situaciones de colusión explícita y situaciones de colusión tácita. Las primeras implican la existencia concreta de un acuerdo escrito o verbal entre las empresas intervinientes (cartel), en tanto que la segunda tiene lugar en situaciones en las cuales el comportamiento colusivo surge como resultado de estrategias que cada entidad adopta independientemente, pero que confluyen en un equilibrio según el cual a ninguna de las empresas le conviene adoptar una conducta competitiva por temor a desencadenar un cambio en el comportamiento de las otras empresas que traiga aparejada una reducción de sus propios beneficios¹.

A diferencia de los acuerdos que implican algún tipo de integración horizontal, la colusión lisa y llana no tiene en principio ningún tipo de ventaja de eficiencia productiva que pueda relacionarse con un mejor aprovechamiento de los

¹ La diferencia teórica principal entre los modelos de colusión explícita y tácita es que los primeros pueden basarse en conceptos de teoría de los juegos cooperativos, en tanto que los segundos exigen la utilización de la teoría de los juegos no cooperativos. De cualquier modo, aun la colusión explícita es capaz de modelarse como un juego no cooperativo en el cual cada uno de los participantes debe decidir si concierta con los demás, tal como ilustraremos más adelante a través de un modelo simplificado de colusión entre empresas.

recursos o con el ahorro de costos de transacción². Es probablemente por eso que las prácticas horizontales concertadas ligadas con la colusión son uno de los principales focos de atención de la legislación antitrust en todo el mundo y una de las principales categorías de actos que la defensa de la competencia disuade. La propia denominación inglesa “antitrust”, por ejemplo, tiene su raíz en la idea de que el elemento básico a combatir es precisamente la formación de carteles y la administración conjunta de empresas competidoras (conocida como “trust”).

1. La colusión en la teoría económica

1.1. Factores que favorecen o dificultan la colusión

La concreción de las prácticas horizontales concertadas que caracterizan al fenómeno de la colusión parece estar influida por una serie de factores que la favorecen o dificultan. Dichos factores han sido objeto de estudio por parte de la teoría económica, que ha elaborado modelos y explicaciones simplificadas de por qué en ciertas circunstancias la colusión es más factible que en otras. Carlton y Perloff (1994), por ejemplo, señalan tres elementos básicos que consideran necesarios para que un cartel pueda establecerse de manera exitosa: capacidad para incrementar los precios, bajas penalidades esperadas y bajos costos de organizar el cartel.

La capacidad para incrementar los precios es una consecuencia directa del grado de elasticidad de la demanda que enfrentan las empresas de una industria. Si la demanda del producto que fabrican los potenciales miembros de un cartel es relativamente inelástica, los beneficios de coludir e incrementar los precios son mayores que si dicha demanda es relativamente elástica, ya que en este último caso la estrategia de fijar precios altos como una manera de aumentar los beneficios tiene una efectividad mucho más limitada. Esto está fuertemente ligado con el grado de sustitución de los productos que fabrican los miembros del cartel por parte de otros productos. Cuando más fácil y perfecta sea dicha sustitución, mayor será la elasticidad de la demanda que enfrentan los potenciales concertantes, y menores serán los beneficios esperados de la posible concertación.

Otro factor que hace a la capacidad de incrementar los precios tiene que ver con la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores. En efecto, un cartel será mucho más efectivo en una industria en la cual el ingreso de nuevas empresas es dificultoso (o está limitado por barreras legales) que en una industria en la cual es sencillo que ingresen nuevas empresas. Una situación con una gran facilidad de ingreso es así equivalente a un mercado con una demanda altamente elástica, ya que los productos de los potenciales entrantes son asimilables a sustitutos muy próximos de los productos actualmente fabricados por los miembros del cartel, y limitan por lo tanto su capacidad de incrementar los precios de modo rentable para las empresas existentes. Dentro de estas situaciones habría que incluir los mercados

² Como toda regla, esta afirmación tiene también sus excepciones, al menos desde el punto de vista teórico. La inexistencia del equilibrio competitivo en mercados que presentan lo que se conoce como “núcleo vacío” (*empty core*), por ejemplo, ha llevado a ciertos autores a sostener que la colusión puede ser un mecanismo a través del cual mercados que de otro modo vivirían en permanente desequilibrio (con constantes entradas y salidas de empresas, quiebras y reestructuraciones societarias) logran una estructura industrial estable y más eficiente desde cierto punto de vista. Al respecto, la referencia más importante es Telser (1987).

que están muy abiertos a la competencia internacional, en los cuales la colusión entre los productores domésticos suele ser imposible (o inocua), y sólo es factible que quienes conciertan lo hagan a escala internacional³.

Las mayores o menores penalidades esperadas por la formación de un cartel tienen que ver de modo directo con la existencia y la aplicación de una ley de defensa de la competencia. Dado que, como veremos posteriormente, la colusión es una de las figuras que más claramente infringen las normas antitrust en todo el mundo, resulta esperable observar que los carteles se desarrollen más en contextos en los cuales dichas normas no tienen vigencia que en contextos en los que las mismas se aplican de manera más estricta. De hecho, los países en los cuales las leyes antitrust no tienen tradición de ser aplicadas suelen ser también aquéllos en los cuales ciertos tipos de colusión se ha visto favorecida por políticas del estado. Las estrategias de control de precios como modo de mitigar los niveles de inflación, por ejemplo, han demostrado tener el efecto indeseado de acostumbrar a las empresas a concertar sus precios con sus competidores, en discusiones en las cuales participan también autoridades públicas. Similar efecto ha tenido el auspicio estatal de las asociaciones reguladoras de las profesiones liberales, que en muchos casos se han convertido en el instrumento imprescindible para llevar a la práctica esquemas de honorarios mínimos y segmentación de los mercados.

El tercer elemento señalado por Carlton y Perloff como favorecedor de la colusión (bajos costos de organizar el cartel) resulta más complejo de visualizar que los dos anteriores, ya que proviene de circunstancias más difíciles de observar y de evaluar objetivamente. Estos autores identifican una situación de costos organizativos bajos de un cartel con cuatro fenómenos principales, que son la existencia de un número reducido de empresas que conciertan, una alta concentración de la industria, un producto altamente homogéneo y la presencia de una cámara o asociación empresaria que pueda coordinar las actividades del cartel. Cabral (1997), por su parte, señala al respecto tres “características institucionales” de los mercados que tienden a favorecer situaciones de colusión, que se identifican con la regularidad de ciertas prácticas comerciales aparentemente poco relacionadas con los carteles. Una de ellas es la cláusula del “comprador más favorecido”. Esta práctica implica un compromiso por parte de las empresas de devolver al cliente la diferencia entre su precio y el de sus competidores (o el suyo propio a otro comprador) cuando se registre una diferencia desfavorable para dicho cliente. Esto, que aparentemente es una estrategia competitiva que implica un beneficio para el consumidor, puede en ciertos casos convertirse en un modo que tienen los miembros de un cartel de monitorearse entre ellos, previniendo que las mencionadas diferencias de precios ocurran.

La segunda característica institucional favorable a la colusión que señala Cabral es el empleo asiduo de las denuncias antidumping, por el cual las empresas nacionales acusan a las extranjeras de conductas predatorias en el mercado interno. En este caso la relación es evidente, ya que el ejercicio de derechos antidumping por parte de productores nacionales puede ser un modo muy efectivo de evitar la

³ Al respecto, resultan ilustrativos los casos de las asociaciones de productores de ciertos productos primarios relativamente homogéneos (*commodities*) tales como la OPEP (petróleo) y la IBA (aluminio), así como los de la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA) y las conferencias internacionales de transportadores marítimos.

competencia externa, volviendo más cerrado un mercado que antes se hallaba más abierto. Esto tiene el triple efecto de reducir el número de empresas que participan en el mercado, aumentar la concentración del mismo y homogeneizar el producto que se comercia, que son tres de los cuatro factores que Carlton y Perloff señalan como responsables de una reducción en los costos de organización de un cartel⁴.

El tercer factor institucional mencionado por Cabral es la existencia de contratos de largo plazo con cláusulas de rescisión. Este mecanismo favorece la “fidelización de los clientes”, llevando a una situación de reparto implícito entre los actores del mercado. En efecto, si quien ha contratado con una empresa la provisión de un cierto bien o servicio sólo puede cambiar de proveedor pagando una cierta suma por rescindir su contrato, esto hará que una cierta porción de la clientela se vea momentáneamente “cautiva” de su actual proveedor, y le quitará incentivos a las restantes firmas para desarrollar estrategias de captación de clientes a través de reducciones de precios o mejoras en la calidad o en las condiciones de venta de sus productos.

Otros dos factores que pueden relacionarse con los costos de organización de un cartel son la incertidumbre sobre la demanda y los costos y la observabilidad de los precios y las cantidades comerciadas. El primero de dichos elementos determina muchas veces que la colusión resulte imposible o muy dificultosa, o que ciertos acuerdos horizontales entre competidores que parecían beneficiosos para los miembros de un cartel fracasasen al ser implementados. La razón es que, cuando la demanda o los costos de las empresas son inciertos, resultan inciertos también los precios y las cuotas de producción que los implicados en una concertación desean fijar, y esto hace más difícil la negociación y vuelve más fácil la ruptura del cartel si las condiciones de mercado que sus miembros preveían no se producen en la realidad. Si a la presencia de incertidumbre se agrega la existencia de una observabilidad imperfecta de las acciones de las empresas involucradas (por ejemplo, si cada miembro del cartel desconoce a ciencia cierta los precios que cobran los otros miembros o las cantidades que venden), esto puede hacer que las empresas no sean capaces de distinguir entre una coyuntura de mercado desfavorable y una ruptura de un acuerdo horizontal, y se vuelva por lo tanto imposible concertar nada. En situaciones menos extremas la colusión puede seguir aconteciendo, pero puede verse reducida su rentabilidad relativa o la expectativa de su duración en el tiempo.

La existencia o inexistencia de factores que favorecen la colusión permiten individualizar ciertos mercados en los cuales las prácticas horizontales concertadas son más probables y descartar otros en los cuales dichas prácticas resultarían más dificultosas. En ciertos casos, también pueden servir como evidencias indirectas de la existencia de colusión y ayudar, como sostiene Posner (1976), a probar la ocurrencia de acuerdos colusivos. En particular, dicho autor menciona doce señales que pueden cumplir este papel de evidencias, que son las siguientes:

1) participaciones de mercado fijas de las empresas en el tiempo;

⁴ La factibilidad de una denuncia antidumping tiene también un efecto más sutil sobre la competencia, el cual acontece también en los casos en los cuales la denuncia no llega a producirse: el de inducir a las empresas extranjeras a no vender por debajo de los precios de las empresas nacionales. En casos de posibles medidas antidumping “cruzadas”, se abre también la posibilidad de un comportamiento estratégico entre las empresas que tiene como resultado un reparto geográfico implícito de los mercados (las empresas del país A no venden en el país B ni las del país B lo hacen en el país A).

- 2) discriminación de precios por parte de varias empresas simultáneamente;
- 3) mecanismos de intercambio de información de precios entre empresas;
- 4) variaciones de precios entre regiones no relacionadas con diferencias de costos;
- 5) cotizaciones idénticas en licitaciones;
- 6) aumentos de precios coincidentes con la gestación de un acuerdo horizontal;
- 7) fijación de precios de reventa por parte de todas las empresas de la industria;
- 8) participaciones de mercado declinantes en el tiempo para los líderes del cartel;
- 9) lentitud en la forma en la cual los precios reaccionan ante cambios en los costos;
- 10) demanda elástica a los precios de mercado;
- 11) tasas de rentabilidad altas para todas las empresas durante un período prolongado;
- 12) fijación de precios con “fletes fantasma” (*basing-point pricing*).

1.2. Un modelo teórico de colusión entre empresas

El presente apartado contiene un modelo simplificado que toma en cuenta los dos incentivos contrapuestos que tienen las empresas en toda situación de colusión: el incentivo a aumentar los beneficios conjuntos a través de una conducta concertada, y el incentivo a desviarse de la conducta concertada para incrementar los beneficios individuales de cada empresa a costa de los beneficios de las otras.

Supongamos una situación en la cual sólo existen dos empresas en un mercado, cada una de las cuales tiene características similares a la otra. Las dos empresas saben que, si interactúan en un contexto de competencia, sus beneficios serán relativamente reducidos e iguales a un cierto valor “ Π_c ”. Saben también que, si acuerdan entre ellas precios o cantidades, pueden obtener beneficios más altos equivalentes a los de una situación de monopolio (Π_m).

El principal problema de este tipo de acuerdos es que cada empresa sabe que, si la otra respeta el acuerdo, existe la alternativa de desviarse unilateralmente y obtener para sí beneficios mayores que los de colusión (Π_d), pero a costa de hacer que la otra empresa vea reducidos los suyos a un nivel inferior al de competencia (Π_b). Esta situación de desvío del acuerdo podría asociarse con una rebaja unilateral de precios, un incremento de la producción por encima de la cuota acordada, o una violación del reparto de mercados establecido en el acuerdo de concertación.

La situación descrita en los párrafos anteriores puede representarse a través del siguiente cuadro, en el cual las alternativas de la empresa 1 (E1) aparecen como filas y las de la empresa 2 (E2) como columnas.

		E2	
		Colusión	Desvío
E1	Colusión	Π_m, Π_m	Π_b, Π_d
	Desvío	Π_d, Π_b	Π_c, Π_c

Cada empresa tiene la opción de respetar el acuerdo (Colusión) o de apartarse de él (Desvío), identificándose a la competencia como aquella situación en la cual ambas empresas rompen el acuerdo simultáneamente. Cada casillero representa una

combinación de las estrategias elegidas por cada compañía, y el primer valor que muestra es el de los beneficios que obtiene E1, en tanto que el segundo es el de los beneficios de E2.

La representación de la interacción entre E1 y E2 expuesta en el cuadro adjunto puede utilizarse para analizar dicha interacción como si fuese un juego entre las dos empresas. Cada uno de los jugadores tiene dos posibles estrategias (Colusión y Desvío) que le otorgan distintos beneficios según sea la estrategia que juegue el otro. La solución del juego es aquel perfil de estrategias en el cual cada jugador está haciendo lo que más le conviene dado lo que hace el otro, y se la designa con el nombre de “equilibrio de Nash”.

En este caso, el equilibrio de Nash surge de tener en cuenta la relación entre los distintos posibles beneficios, que nos indica que “ $\Pi_d > \Pi_m > \Pi_c > \Pi_b$ ”. Estas desigualdades nos muestran que, tanto si la otra empresa está jugando “Colusión” como si está jugando “Desvío”, cada una de las empresas individualmente encontrará más beneficioso jugar “Desvío”. En efecto, si E2 respeta el acuerdo colusivo y E1 se desvía de él, el beneficio que obtiene esta última es “ Π_d ”, mayor que el beneficio “ Π_m ” que obtendría si él también respetara la concertación. Asimismo, si se sabe que E2 también va a romper el acuerdo, el beneficio para E1 sigue siendo mayor si juega “Desvío” y obtiene “ Π_c ” que si juega “Colusión” y obtiene “ Π_b ”.

Como el razonamiento expuesto es simétrico para el caso de la empresa 2, este juego presenta una solución en la cual se dice que el desvío resulta ser la estrategia dominante para ambos jugadores. El equilibrio de Nash, por lo tanto, se da cuando los dos jugadores rompen simultáneamente el acuerdo colusivo y quedan en una situación de competencia, en la cual obtienen un beneficio igual a “ Π_c ” cada uno. Nótese que, paradójicamente, ambos podrían estar mejor si los dos concertaran simultáneamente, pero dicha situación no sería un equilibrio ya que cada uno preferiría desviarse dado que el otro no lo hace⁵.

El análisis efectuado hasta aquí (como explicación de por qué la colusión no es una solución de equilibrio en una situación de interacción entre dos empresas) está limitado a un caso en el cual los jugadores no tienen en cuenta que su relación puede continuar en el largo plazo. Si incorporamos la idea de que el futuro tiene influencia sobre las decisiones, en cambio, la conclusión de nuestro análisis es susceptible de cambiar significativamente, a través de una visión diferente de los beneficios que la concertación tiene para las empresas y de los costos de romper un acuerdo colusivo.

El contexto en el cual nos situaremos ahora es el de una situación en la que las empresas perciben un horizonte temporal indeterminado durante el cual se desarrolla el mismo juego descrito en la sección anterior. Las estrategias que cada empresa lleva a cabo en ese contexto consisten en una sucesión de acciones (una en cada momento del tiempo), que pueden implicar el respeto a un acuerdo (Colusión) o el repudio del mismo (Desvío). Dichas acciones pueden estar asimismo definidas como respuestas al comportamiento que la otra empresa haya tenido en el pasado, razón por la cual los conjuntos de acciones que siguen esta pauta se denominan

⁵ Esta situación en la cual el resultado de un juego implica que los jugadores obtienen beneficios menores a los que podrían alcanzar si se comprometieran a coordinar sus acciones se designa en la literatura como “dilema del prisionero”. Para una explicación sencilla de este concepto, puede consultarse Varian (1993), capítulo 21.

“estrategias de comportamiento” (*behavioral strategies*).

La existencia de un horizonte temporal indeterminado y la posibilidad de que las empresas utilicen estrategias de comportamiento permite definir soluciones que en ciertos casos pueden sostener indefinidamente la colusión como un equilibrio de Nash del correspondiente “juego repetido”. El ejemplo más sencillo de este tipo de equilibrio es el que se da cuando cada empresa practica la siguiente estrategia:

- a) Comenzar jugando “Colusión”.
- b) Seguir jugando “Colusión” en tanto la otra empresa también haya jugado siempre “Colusión” en el pasado.
- c) Empezar a jugar “Desvío” y continuar indefinidamente dicho comportamiento al detectar que la otra empresa jugó alguna vez “Desvío”.

Este tipo de estrategia se conoce en la literatura como “estrategia disparadora” (*trigger strategy*), ya que implica mantener una conducta de cooperación con el otro jugador mientras éste respete ciertas pautas, pero dispara automáticamente una reacción (en este caso, pasa a una fase de competencia que dura hasta el final del juego) si se detecta un incumplimiento. Nótese sin embargo que, si las dos empresas siguen una conducta como la establecida por la estrategia mencionada, nunca será necesario disparar una reacción ante el incumplimiento del rival, ya que por definición ambos jugadores permanecerán fieles a su política de no desviarse del acuerdo colusivo que pactaron.

Para que se dé que una situación en la cual las dos empresas practiquen estrategias disparadoras como la descrita, resulta necesario que cada una de ellas encuentre más beneficioso mantenerse dentro del esquema de colusión que desviarse de él. Esto implica que el valor intertemporal promedio de la estrategia colusiva (V_m) es superior al que se obtendría en caso de desviarse de ella (V_d), conociendo que en este último caso la otra empresa va a reaccionar inmediatamente y esto desencadenará una situación de competencia.

Para definir los valores de “ V_m ” y “ V_d ” resulta necesario efectuar un promedio de los beneficios que las empresas van a obtener a lo largo del tiempo, ponderados por el valor relativo que las mismas le asignan al presente y al futuro. En el caso de “ V_m ” la cuenta es sencilla, puesto que las empresas saben que de seguir esta estrategia obtendrán siempre un beneficio igual a “ Π_m ”, y se dará por lo tanto que el valor intertemporal promedio será igual a dicho beneficio. En el caso de que una empresa quiera optar por desviarse, en cambio, la misma deberá tener en cuenta que su acción le traerá aparejado un beneficio presente mayor (Π_d) pero la condenará a retornar de allí en adelante a una situación competitiva en la cual sólo podrá conseguir un beneficio más bajo (Π_c). El valor de “ V_d ”, por lo tanto, será un promedio entre estos dos últimos niveles de beneficio, ponderado por la incidencia del factor de descuento “ β ”. Lo dicho puede escribirse del siguiente modo:

$$V_m = (1-\beta) \cdot \Pi_m + \beta \cdot \Pi_m = \Pi_m \quad ;$$

$$V_d = (1-\beta) \cdot \Pi_d + \beta \cdot \Pi_c \quad .$$

Para que las empresas prefieran mantenerse en una situación de colusión en vez de desviarse de ella, “ V_m ” debe ser mayor que “ V_d ”. Esto implica que:

$$V_m > V_d \quad \Rightarrow \quad \Pi_m > (1-\beta) \cdot \Pi_d + \beta \cdot \Pi_c \quad \Rightarrow \quad \beta > (\Pi_d - \Pi_m) / (\Pi_d - \Pi_c) \quad .$$

La clave para que la colusión pueda sostenerse como un fenómeno de largo plazo, entonces, está dada por el valor del factor de descuento “ β ”. Si dicho factor es mayor que el cociente entre la diferencia entre “ Π_d ” y “ Π_m ” y la diferencia total entre “ Π_d ” y “ Π_c ”, entonces cada empresa tendrá incentivos para no romper la concertación. Esto implica que cada empresa valorará relativamente más la ganancia de largo plazo que puede obtener por permanecer dentro de un esquema de colusión ($\Pi_m - \Pi_c$) que la ganancia de corto plazo de violar el acuerdo ($\Pi_d - \Pi_m$). Esta condición, sin embargo, debe cumplirse para todas las empresas que participan de la concertación, ya que, si una de ellas halla más beneficioso desviarse del convenio que permanecer en él, la colusión se romperá automáticamente. Por lo tanto, si las distintos jugadores exhiben valores de “ β ” diferentes, el cociente entre “ $\Pi_d - \Pi_m$ ” y “ $\Pi_d - \Pi_c$ ” deberá ser menor que los factores de descuento de todas las empresas implicadas en el acuerdo colusivo⁶.

Esta manera de ver la interacción entre las empresas en un contexto de largo plazo sirve para explicar por qué en algunos mercados la colusión es un fenómeno más factible que en otros. En efecto, cuanto menores sean los beneficios de corto plazo que pueden obtenerse por violar la concertación, más factible será que la colusión se sostenga. Asimismo, cuanto mayor sea el beneficio que puede obtenerse por concertar respecto del que surge espontáneamente en una situación de competencia, las probabilidades de coludir exitosamente aumentarán. Por último, cuanto más pacientes sean las empresas (o, lo que es lo mismo, cuanto más altos sean sus factores de descuento), más probable será mantener una situación colusiva. Cabe aclarar que, aplicada a un contexto empresarial, esta cualidad de paciencia tiene fundamentalmente que ver con los costos financieros en los que las empresas incurran, con el horizonte de planeamiento que tengan y con la probabilidad que le asignen a la ocurrencia de hechos que las hagan abandonar el mercado.

Si bien no puede modelarlos como fenómenos de equilibrio, este enfoque de la colusión es capaz de darnos también una pauta de por qué en ciertos mercados la concertación entre competidores se implanta momentáneamente y al poco tiempo fracasa. Esto podría suceder en circunstancias en las cuales las empresas interpretan que la colusión es factible pero luego comprueban que, o bien sus factores de descuento no son lo suficientemente altos, o bien las ganancias por concertar son menores que lo esperado. El fracaso puede deberse también a la inexistencia de una adecuada percepción respecto de los incentivos que tendrán los restantes jugadores para no romper el acuerdo colusivo, o bien a problemas de observabilidad imperfecta de las acciones que se llevan a cabo.

La presencia de incertidumbre puede acarrear problemas para el sostenimiento de la colusión que se encuentran directamente asociados con la presencia de fluctuaciones exógenas de la demanda. Así, si la interacción entre varias empresas competidoras se da en un contexto de demanda fluctuante incierta, la colusión completa exige que los factores de descuento sean más altos que los que resultan necesarios para sostener la colusión si la demanda es estacionaria y cierta. En ciertos casos, inclusive, es posible que el equilibrio implique que la concertación se sostenga

⁶ Los argumentos expuestos tienen su origen en el razonamiento implícito en la literatura sobre juegos repetidos que se inició con Friedman (1971). Para un análisis más completo del tema, también puede consultarse Tirole (1990), capítulo 6.

en algunos períodos (los que presentan menores ganancias de corto plazo por desviarse del acuerdo) y se rompa en otros (los que implican ganancias por desvío mayores), dando lugar a fases alternadas de colusión y competencia⁷.

Si además de ser la demanda fluctuante e incierta, la interacción se da en un contexto en el cual las empresas no observan las acciones de sus competidores, entonces el equilibrio puede implicar que la concertación se rompa de manera intermitente, y que las fases de competencia tengan lugar periódicamente como un modo de evitar los desvíos en las fases de colusión. En tales casos, la ruptura de la colusión tiene siempre lugar en momentos en los cuales la demanda es baja, ya que las empresas son incapaces de distinguir disminuciones exógenas en la demanda de reducciones originadas en que uno o más competidores se han desviado del acuerdo colusivo pactado⁸.

2. Aspectos jurídicos y legislación comparada

2.1. Conceptos básicos

Las prácticas horizontales concertadas que pueden caer dentro de la categoría de actos anticompetitivos son en principio numerosas, ya que en rigor prácticamente todas las conductas anticompetitivas que pueden realizarse de manera unilateral son también susceptibles de ser ejecutadas de manera conjunta por varias empresas competidoras. Existe sin embargo un grupo de prácticas horizontales que sólo son posibles si se efectúan de manera concertada, y cuya realización requiere por lo tanto del concurso de varias empresas a la vez. Tales prácticas son las que caen en la ya mencionada definición de colusión.

Las tres prácticas colusivas principales son los acuerdos de precios, los acuerdos de cuotas o cantidades y los repartos de mercados. Los acuerdos de precios son convenios explícitos o implícitos entre competidores dirigidos a fijar de manera conjunta los precios a los cuales los mismos comerciarán sus productos. Dichos acuerdos pueden tener lugar a través de la fijación de precios uniformes entre los competidores o bien a través de la determinación de precios máximos o mínimos que dichas empresas respeten al comprar o vender bienes o servicios. Un caso especial de esta práctica es el de los acuerdos para cotizar en las licitaciones (*bid rigging*), en el cual los potenciales competidores convienen las ofertas que se van a presentar en una serie de concursos de precios, estableciendo de antemano quién ganará cada una de las licitaciones acordadas. También entrarían dentro de la categoría de acuerdos de precios la fijación concertada de bonificaciones, descuentos, comisiones u otros elementos auxiliares que hacen a la determinación del precio de compra o venta de un producto.

Una alternativa cuyos efectos pueden ser semejantes a los de la concertación de precios es la realización de acuerdos de cuotas o cantidades, a través de los cuales

⁷ Esta idea de que, ante demandas fluctuantes, la colusión puede ser más fácil de sostener en ciertos períodos y más difícil en otros, y de que tal fenómeno puede originar comportamientos cíclicos, aparece en Rotemberg y Saloner (1986).

⁸ El primer antecedente teórico que intentó modelizar una situación como ésta fue probablemente Stigler (1964). Su desarrollo formal a través de un juego repetido con incertidumbre y observabilidad imperfecta se debió a Green y Porter (1984). Para una versión simplificada de dicho modelo, puede consultarse Tirole (1990), capítulo 6.

un número de empresas que en principio compiten entre sí convienen limitar su producción a ciertas cantidades preestablecidas y dividirse el mercado de acuerdo a ciertas participaciones fijas que acuerdan entre ellas. A veces, este tipo de acuerdos toma la forma de un reparto de mercados, por el cual a cada empresa se le asignan ciertos clientes, áreas geográficas o categorías de productos de manera exclusiva, liberándose de la competencia con los restantes miembros del acuerdo.

Si bien los acuerdos que involucran explícitamente precios, cantidades o porciones del mercado parecen ser en principio fáciles de caracterizar, en la práctica resultan comunes los acuerdos en los cuales dichos elementos aparecen en forma velada. Tales son, por ejemplo, los casos de empresas que acuerdan utilizar un representante comercial común, los de asociaciones empresarias que negocian condiciones de compra o venta en representación de sus afiliados, los de entidades que intercambian información sobre precios y cantidades entre competidores, etc. En algunas circunstancias, dichas prácticas tienen efectos nulos o inclusive favorables sobre la competencia; en otras, pueden resultar artilugios para encubrir concertaciones destinadas a restringir dicha competencia.

La legislación comparada de defensa de la competencia muestra que existen algunas prácticas concertadas que suelen considerarse como anticompetitivas en sí mismas (*per se*), en tanto que otras lo son sólo si resulta posible demostrar sus efectos negativos sobre el bienestar a través del empleo de una regla de la razón. En general, dicha división tiene que ver con lo explícito de la práctica en cuestión, encuadrándose dentro del primer grupo a los acuerdos directos sobre precios, cantidades o porciones del mercado, y dentro del segundo a las denominadas “restricciones auxiliares” (*ancillary restraints*). La división entre restricciones directas y auxiliares y su relación con la anticompetitividad en sí misma y con la regla de la razón tuvo su origen en la sentencia que definió el caso “EEUU c/ Addyston Pipe y otros” en 1898, y se la conoce en la literatura sobre derecho antitrust bajo el nombre de “doctrina de las restricciones auxiliares”⁹.

Una distinción aplicable a los casos de colusión que suelen hacer las legislaciones y jurisprudencias de defensa de la competencia es la que separa los casos de “colusión abierta” (*overt collusion*) de aquéllos de “colusión encubierta” (*covert collusion*). Los primeros se refieren a las situaciones en las cuales la colusión se manifiesta a través de un contrato concreto (y, en ciertos casos, documentado) entre las empresas participantes por el cual se acuerda no competir en un cierto aspecto. La colusión encubierta, en cambio, tiene lugar cuando el contrato no es explícito o es de imposible prueba, pero los distintos partícipes del acuerdo colusivo operan como si el mismo existiera. La distinción jurídica entre colusiones abiertas y encubiertas tiene por lo tanto una relación con la distinción más económica entre colusiones explícitas y tácitas, si bien muchas veces colusiones que se supone que son explícitas aparecen encubiertas por cuestiones de falta de pruebas.

La jurisprudencia y la doctrina norteamericanas han analizado el tema de las colusiones encubiertas a través del concepto de “paralelismo consciente” (*conscious parallelism*). Esta situación implica la existencia de un comportamiento paralelo por parte de los competidores en lo que se refiere a sus decisiones de precios, producción

⁹ Para una mayor explicación acerca de la doctrina de las restricciones auxiliares, puede consultarse Sullivan y Harrison (1994), capítulo 4.

o ingreso a ciertos segmentos del mercado, que resulta consistente con una hipótesis de colusión encubierta. En la mayoría de los casos, sin embargo, este tipo de comportamiento resulta también consistente con otras hipótesis de comportamiento oligopólico no colusivo, por lo cual su empleo como elemento preponderante de prueba ha sido discutido y rechazado en numerosos casos. En general, por lo tanto, el paralelismo consciente es considerado como un elemento más a tener en cuenta en casos de colusión encubierta, y sólo resulta importante cuando aparece en conjunción con otros factores adicionales (por ejemplo, restricciones auxiliares) que refuerzan su interpretación como evidencia de comportamiento colusivo.

Un tema que suele cobrar relevancia adicional en el encuadramiento jurídico de los casos de colusión es la acción de las cámaras y asociaciones empresarias y profesionales. Este tipo de instituciones, cuyo objetivo es asumir la representación de un sector productivo o gremial en sus negociaciones y reclamos ante el gobierno y con los sindicatos de trabajadores, así como propender al mejoramiento de las actividades a las que se dedican sus miembros, suele servir en ciertas circunstancias como el instrumento más eficaz (y, a veces, indispensable) para llevar a cabo prácticas concertadas de carácter colusivo. Así, ciertos acuerdos de precios y cantidades o repartos de mercados pueden surgir de disposiciones emanadas de una cámara o asociación empresaria o profesional, la cual puede tener también la función de “vigilante del cartel”, detectando los incumplimientos y sancionando a las empresas o profesionales que se apartan del acuerdo colusivo prescripto. Las asociaciones pueden cumplir también un papel menos activo pero igualmente importante, como lo es el de facilitar la comunicación entre las empresas de un sector y la de difundir los acuerdos entre ellas¹⁰.

El empleo de cámaras y asociaciones para llevar a cabo acuerdos colusivos tiene sin embargo el inconveniente (que para las autoridades de defensa de la competencia deviene en ventaja) de volver explícitas y abiertas colusiones que en otro contexto quedarían encubiertas. Esto hace que muchos casos conocidos de colusión en distintos países hayan implicado sanciones a cámaras y asociaciones empresarias y profesionales, y que parte de los recursos de las agencias antitrust se dedique al monitoreo de este tipo de instituciones. La institucionalización de las concertaciones a través de cámaras y asociaciones, sin embargo, ha implicado también históricamente una cierta legalización de la colusión, ya que muchas veces este tipo de entidades cuenta con protección de alguna norma específica emanada del estado, que le permite fijar honorarios mínimos, zonificar actividades, establecer barreras artificiales al ingreso al mercado y efectuar otras actividades que pueden limitar indirectamente la competencia, tales como disponer paros, “*lock-outs*” y boicots.

2.2. Estados Unidos

2.2.1. Legislación y jurisprudencia

En los Estados Unidos, la principal norma aplicable a los casos de colusión es

¹⁰ En ese sentido, resulta ilustrativo señalar que el artículo 85 del Tratado de Roma (que se refiere a prácticas anticompetitivas concertadas en la Unión Europea) equipara explícitamente a las conductas que provienen de acuerdos entre empresas con aquéllas que se originan en decisiones de cámaras y asociaciones empresarias.

la sección 1 de la ley Sherman (1890), que penaliza los “contratos, combinaciones en forma de *trusts* o conspiraciones que restrinjan el comercio”. En ciertas circunstancias resulta también aplicable la sección 5 de la ley de creación de la Comisión Federal de Comercio (*FTC Act*), que declara ilegales los “métodos desleales de competencia dentro del comercio o que afectan el comercio”. Esta última prohibición ha sido asimilada por los tribunales a las que establece la ley Sherman.

La aplicación de la ley Sherman a casos de colusión tiene una larga historia en la jurisprudencia norteamericana. Uno de los primeros casos de importancia fue “*EEUU c/ Trans-Missouri Freight Association*” (1897), en el cual la Corte Suprema estadounidense sancionó a un grupo de dieciocho ferrocarriles por fijar en forma conjunta los precios de sus fletes. Con esta sentencia se inició la tendencia a sancionar a los acuerdos colusivos como prácticas anticompetitivas en sí mismas, y quedó también claro que la ley antitrust también era aplicable a industrias sometidas a algún tipo de regulación, siempre que la práctica bajo análisis fuera el resultado de la acción de las empresas y no de la regulación en sí.

El ya citado caso de “*EEUU c/ Addyston Pipe y otros*” (1898), por su parte, sirvió para precisar más las situaciones a las que correspondía aplicar el criterio *per se* de aquéllas que debían someterse a la regla de la razón. La sentencia de la cámara de apelaciones, que terminó con la condena de un reparto de mercados que establecía monopolios locales para seis productores importantes de cañerías de hierro, distinguió así los acuerdos cuyo objeto era restringir la competencia (como el que tenía lugar en el caso bajo análisis) de aquéllos en los cuales la restricción de la competencia era un elemento auxiliar que ayudaba a conseguir otro objetivo diferente (por ejemplo, una mejora en el sistema de distribución, la provisión de un nuevo servicio conjunto, etc). A partir de entonces los tribunales estadounidenses empezaron a condenar sin admitir defensas todos aquellos acuerdos que establecían una colusión lisa y llana, admitiendo el empleo de la regla de la razón sólo en aquellos casos en los que pudiera interpretarse que la restricción horizontal bajo análisis fuera auxiliar a algún otro objetivo legítimo.

La doctrina de las restricciones auxiliares enunciada en el caso *Addyston Pipe* tuvo ratificaciones posteriores en varios casos que llegaron a la Corte Suprema. Así, en “*EEUU c/ Chicago Board of Trade*” (1918), la bolsa de cereales de Chicago fue absuelta del cargo de fomentar prácticas colusivas a través de la imposición de reglas que limitaban el horario para comerciar y prohibían efectuar operaciones a precios diferentes a los que se cotizaban en el recinto de la bolsa. En ese caso, las restricciones expuestas se consideraron auxiliares al objetivo legítimo de mejorar la transparencia y el funcionamiento competitivo del mercado, y por lo tanto se las consideró razonables y no perjudiciales para el interés general. En el caso de “*EEUU c/ Trenton Potteries*” (1927), en cambio, la Corte Suprema ratificó la ilegalidad en sí misma de los acuerdos destinados a fijar concertadamente los precios de venta, al no admitir argumentos basados en la regla de la razón y sancionar a un grupo de fabricantes de sanitarios que controlaban el 82% del mercado relevante y habían establecido un sistema de fijación de precios y de selección conjunta de “distribuidores autorizados”.

Virtualmente el único caso de colusión lisa y llana que llegó a ser tratado por la Corte Suprema norteamericana y que no mereció sanción fue “*EEUU c/*

Appalachian Coals” (1933), en el cual un grupo de 137 productores de carbón de la zona de los Montes Apalaches que habían formado un cartel para fijar precios y asignar cuotas de mercado fue sobreseído por entenderse que la situación económica en la cual dicha práctica había tenido lugar era “deplorable para la industria”. Esta única excepción a la penalización *per se* de los comportamientos abiertamente colusivos fue explícitamente revertida por la Corte en el caso “EEUU c/ Socony-Vacuum y otros” (1940), en el cual se volvió a declarar enfáticamente que las concertaciones destinadas a fijar precios entre competidores eran sancionables y anticompetitivas en sí mismas. El caso involucraba a una serie de importantes refinerías de petróleo que habían acordado bloquear el ingreso al mercado de la nafta comercializada por refinadores independientes que vendían a precios menores, a través del artilugio de comprarles por anticipado toda la “nafta excedente”. De este modo las refinerías principales lograban evitar que ese combustible adicional deprimiera los precios, ya que, si bien no se establecía a cuánto debían comercializar luego sus productos, el acuerdo evitaba la aparición de una presión competitiva hacia la baja con efectos concretos sobre el equilibrio del mercado.

Si bien el caso no llegó a la Corte Suprema por no haber sido apelado por los demandados, su gran impacto social hizo de “EEUU c/ General Electric y otros” (1961) uno de los hitos de la jurisprudencia referida a prácticas colusivas. En este caso la sanción recayó sobre un grupo de fabricantes de equipo eléctrico (General Electric, Westinghouse, Allis-Chalmers y otros) que habían mantenido durante largo tiempo un acuerdo para cotizar en las licitaciones, que llevaba muchas veces a la aparición de ofertas idénticas. Los principales perjudicados eran las empresas eléctricas que adquirirían el equipamiento y los volúmenes implicados hicieron del caso el más importante de la historia en lo que a prácticas horizontales concertadas se refiere. Debido a que las pruebas recabadas incluían evidencia relacionada tanto con acuerdos para no competir en las licitaciones como con acuerdos de precios y repartos de mercados, la sanción implicó no solamente multas sino también penas de prisión para treinta y una personas, y abrió el camino para una gran cantidad de litigios privados contra las compañías implicadas.

En las décadas de 1970 y 1980 tuvieron lugar una serie de casos en los cuales se puso en duda el carácter principal o auxiliar de ciertas restricciones horizontales a la competencia. Uno de ellos fue “CBS c/ BMI y ASCAP” (1979), en el cual una compañía discográfica denunció a las dos principales asociaciones de autores y compositores (American Society of Composers, Authors and Publishers y Broadcast Music Incorporated) por comercializar de manera conjunta los derechos de autor de todas las obras que representaban. El negarse a vender los derechos de las distintas obras individualmente fue interpretado por el denunciante como un comportamiento colusivo por parte de los miembros de cada una de las asociaciones, cuyo objetivo era manipular los precios de mercado. En su sentencia absolutoria de ASCAP y BMI, la Corte Suprema interpretó que la restricción horizontal atacada era auxiliar al objetivo principal de permitir el ejercicio de los derechos de autor por parte de sus dueños, que era lo que justificaba la existencia en sí de las asociaciones de autores y compositores. Dicha restricción auxiliar, además, se consideró razonable, ya que permitía una mayor integración del mercado y un ahorro de costos en la negociación y en el control del uso de las composiciones musicales.

También se consideró auxiliar a la restricción impuesta por la asociación que

nuclea a los departamentos de deportes de las universidades respecto de la comercialización de los derechos de transmisión de los partidos de fútbol universitario norteamericano, si bien en este caso la aplicación de la regla de la razón llevó a una sanción y no a un sobreseimiento. En efecto, en “Universidad de Oklahoma y otros c/ NCAA” (1984), la Corte Suprema decidió que las regulaciones de la National College Athletic Association respecto de la comercialización conjunta de los derechos de televisación de los partidos eran auxiliares al objetivo principal de la asociación, que era el de proveer un producto (el campeonato universitario de fútbol norteamericano) que no podía existir sin un ente que coordinara las actividades de las universidades participantes. La prohibición impuesta por la NCAA para que las universidades vendieran los derechos de transmisión de sus partidos de manera independiente, sin embargo, se consideró irrazonable, puesto que generaba un perjuicio para los consumidores del producto y no se veía compensada por ninguna ventaja de eficiencia.

La jurisprudencia estadounidense ha desarrollado también ciertos criterios generales para evaluar los casos de colusiones encubiertas, en especial en presencia de paralelismo consciente. La idea básica al respecto es que el comportamiento paralelo de varios competidores no resulta en sí mismo evidencia concluyente de colusión, pero sí es un elemento que contribuye a inferir la existencia de dicha conducta cuando aparece conjuntamente con otras evidencias indirectas. Esta doctrina, conocida bajo la denominación de “paralelismo plus”, se ha ido desarrollando como corolario de diversos casos evaluados por la Corte Suprema y por otros tribunales inferiores. El primero de ellos fue “EEUU c/ Interstate Circuit y otros” (1939), en el cual los ocho distribuidores más grandes de películas cinematográficas (Metro, Fox, Warner, RKO, Paramount, Columbia, Universal y United Artists) fueron sancionados por un comportamiento paralelo que involucraba también a una cadena de cines del estado de Texas (Interstate Circuit). La conducta analizada implicaba un pedido de Interstate Circuit de que los distribuidores no le cedieran sus películas a ninguna cadena de cines que cobrara menos de 25 centavos la entrada, y el comportamiento paralelo de los distribuidores acatando dicha sugerencia.

Otro caso importante de sanción de una colusión encubierta con paralelismo consciente fue “EEUU c/ American Tobacco y otros” (1946), en el cual los tres mayores productores estadounidenses de cigarrillos (American Tobacco, Reynolds y Liggett & Myers) fueron condenados por un acuerdo de precios que se infería de su comportamiento paralelo respecto de sus principales marcas. Así, en 1931 los tres habían aumentado de modo idéntico los precios de sus cigarrillos más vendidos, en tanto que en 1932 los habían bajado simultáneamente, y esto último había influido en la decisión de varios productores menores de abandonar el mercado. Dicho comportamiento paralelo se veía reforzado por evidencia que mostraba que las tres empresas habían emprendido acciones que incrementaban los costos de los productores más pequeños (comprando tabaco que no utilizaban pero que sí les servía a dichos productores pequeños) y se habían negado a participar en subastas de tabaco en las cuales no estuvieran presentes los representantes de las tres empresas.

La doctrina del paralelismo plus tuvo también aplicación en casos en los cuales se interpretó que la verificación de un comportamiento paralelo no bastaba para probar la existencia de colusión. Dichos casos sirvieron también para reafirmar

la teoría de que la fijación oligopólica de los precios (en la cual cada empresa tiene en cuenta la posible reacción de las demás pero no existe un acuerdo entre ellas para determinar precios o cuotas de mercado) no implica una infracción a las leyes antitrust y por ende no es sancionable por la ley Sherman ni por la ley de la Comisión Federal de Comercio. El más citado de dichos casos es probablemente “Theatre Enterprises c/ Paramount y otros” (1954), en el cual la Corte Suprema consideró que la actitud conjunta de los distribuidores cinematográficos de estrenar sus películas en los cines del centro de la ciudad de Baltimore y ceder los filmes a los cines de los suburbios sólo después de que bajaban de cartel en las salas céntricas no era una evidencia suficiente de colusión, sino que podía explicarse como una política racional de competidores que actuaban en el mercado de manera independiente. Más fuerte aún resultó la sentencia que cerró el caso “EEUU c/ Pfizer y otros” (1973), en el cual un tribunal federal de primera instancia decidió no sancionar a un conjunto de laboratorios que elaboraban tetraciclina (que es un antibiótico cuyo costo de producción apenas excedía los \$3 y se vendía al por mayor a más de \$30 por caja) y que habían mantenido precios virtualmente idénticos durante siete años. En este caso, los laboratorios sostuvieron explícitamente que cada uno de ellos fijaba sus precios teniendo en cuenta los precios de los demás, pero afirmaron que dicha política no implicaba concertación alguna sino una estrategia comercial que le convenía individualmente a cada uno, dado el tipo de competencia que regía en el mercado en cuestión.

Otro tema que generó cierta controversia jurisprudencial en Estados Unidos fue la tipificación de las restricciones horizontales impuestas entre empresas controladas por el mismo grupo económico. La solución del tema llegó con la sentencia de la Corte Suprema en “Copperweld c/ Independence Tube” (1984), en la cual quedó firmemente establecido que una empresa controlante y otra controlada eran una sola entidad, incapaz de coludir y por lo tanto de violar la sección 1 de la ley Sherman. Esta interpretación se conoce a partir de entonces como “doctrina Copperweld”, y ha hecho que todos los casos subsiguientes que implicaban concertaciones dentro de un mismo grupo económico fueran tratados como conductas unilaterales.

La aplicación de sanciones por prácticas colusivas imputables a cámaras y asociaciones empresarias tiene una larga historia en la jurisprudencia estadounidense, y al respecto son ejemplos los casos ya mencionados de Trans-Missouri y Trenton Potteries. En cambio, la aplicación de las leyes antitrust a asociaciones profesionales resulta bastante más reciente. El caso líder sobre este tema fue “Goldfarb c/ Virginia Bar Association” (1973), en el cual la Corte Suprema condenó a la asociación de abogados de Virginia por fijar aranceles mínimos para sus asociados por tareas de intermediación en la compraventa de inmuebles, y controlar el cumplimiento de dichos mínimos a través de sanciones de su código de ética. Similar criterio se adoptó en “EEUU c/ National Society of Professional Engineers” (1978), que fue un caso en el cual la entidad que nuclea a los ingenieros de Estados Unidos fue condenada por establecer normas de ética que prohibían a sus asociados participar en licitaciones competitivas y que establecían la obligación de cobrar ciertos aranceles fijados por la propia asociación.

Si bien los casos mencionados en el párrafo anterior eran situaciones claramente enmarcables como acuerdos de precios de naturaleza colusiva, los

mismos generaron dudas respecto de si las restricciones horizontales impuestas por las asociaciones profesionales debían ser tratadas como anticompetitivas *per se* o si correspondía analizarlas bajo la regla de la razón. La situación sigue siendo aún ambigua, ya que en casos como “FTC c/ Indiana Federation of Dentists” (1986) la Corte Suprema condenó el boicot de una asociación de odontólogos contra varios seguros de salud utilizando la regla de la razón, en tanto que en “Arizona c/ Maricopa County Medical Society” (1982) se declaró ilegal *per se* a un convenio entre una asociación médica y varios seguros de salud porque el mismo fijaba los precios de los servicios (si bien quedó claro que el convenio tenía ventajas de eficiencia, que los precios habían surgido de una negociación, y que los mismos eran marcadamente inferiores a los precios promedio de mercado que los médicos afiliados a la asociación cuestionada les cobraban a sus pacientes particulares).

Si bien durante los últimos años no ha habido casos importantes de colusión que hayan llegado a la Corte Suprema de EEUU, sí se ha registrado un incremento muy fuerte de la actividad relacionada con el seguimiento de carteles internacionales, que devino en un aumento notable del monto de las multas pagadas por las empresas implicadas. Tres grandes casos se destacan en este punto. El primero de ellos fue “EEUU c/ ADM y otros” (1996), y se trató de una concertación entre los cinco mayores productores mundiales de lisina, que es un aditivo utilizado en la producción de alimentos para el ganado. La misma consistía en un acuerdo que establecía los precios que cada compañía cobraba en distintas regiones del mundo y asignaba volúmenes de venta entre ellas, y cuyo efecto fue incrementar los precios del producto alrededor del 70% en pocos meses. El caso concluyó con sentencia de prisión para tres personas y multas por un total de U\$S 91,5 millones. Esto implicó un cambio sustancial en el nivel de las multas, las cuales por primera vez en la historia superaron el límite de los U\$S 10 millones¹¹.

El segundo caso reciente de sanción a un cartel internacional es “EEUU c/ UCAR y otros” (1998), referido al mercado de los electrodos de grafito. En este caso el acuerdo implicaba no sólo la fijación de precios y el reparto del mercado, sino que también incluía provisiones relativas al intercambio de información, la reducción de la capacidad instalada de producción y la obstaculización del acceso de competidores que se encontraban fuera del cartel a cierta tecnología de producción. Cuatro empresas fueron multadas por un total de U\$S 283,5 millones y hubo además dos personas que terminaron con condenas de prisión. Por último, “EEUU c/ Hoffmann-La Roche y otros” (1999) finalizó con un nivel de multas récord de U\$S 875 millones (incluyendo una multa de U\$S 500 millones para la principal empresa involucrada, Hoffmann-La Roche Ltd) y penas de prisión para cinco personas, como consecuencia de un caso de colusión entre los principales productores mundiales de vitaminas. El mismo sancionó un acuerdo que comprendía precios, cantidades y división de la clientela por parte de siete empresas internacionales.

2.2.2. Las pautas sobre colaboración entre competidores

¹¹ Ese es el límite máximo que establece la ley Sherman para situaciones en las cuales no puede estimarse objetivamente el daño ocasionado. La provisión alternativa utilizada en este caso y otros posteriores permite imponer multas de hasta dos veces la ganancia ilícita del cartel o dos veces las pérdidas sufridas por las víctimas. Véase US Department of Justice (2000).

En el mes de abril del año 2000, las dos principales agencias estadounidenses de defensa de la competencia publicaron un documento conjunto titulado “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors” (Pautas de defensa de la competencia para la evaluación de actos de colaboración entre competidores). El mismo tiene por objeto explicar los criterios utilizados por la Comisión Federal de Comercio (FTC) y el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ) para analizar el impacto competitivo de una serie de prácticas horizontales concertadas, a fin de “... estimular las colaboraciones procompetitivas, disuadir las colaboraciones que probablemente dañen a la competencia y a los consumidores y facilitar las investigaciones que las propias agencias realizan cuando tienen que analizar un acto de colaboración entre competidores”¹².

Siguiendo la jurisprudencia norteamericana sobre el tema, las pautas realizan una clasificación tajante entre acuerdos que se consideran anticompetitivos *per se* y acuerdos que se analizan utilizando la regla de la razón. Dentro del primero de tales grupos ubican a aquellos acuerdos que implican compromisos de no competir en precio o en cantidad, y citan como ejemplos típicos a los convenios entre competidores para fijar precios o cantidades, coordinar posturas en las licitaciones, o compartir o dividir mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de productos. Sin embargo, si este tipo de acuerdos es auxiliar de una actividad que implica cierta integración económica y cierta ganancia de eficiencia, el mismo se analiza utilizando la regla de la razón. Nótese que ambos requisitos (integración y ganancia de eficiencia) son necesarios para poder eludir la condena *per se*: es por eso necesario que la práctica bajo análisis implique cierto esfuerzo comercial o productivo conjunto y que además traiga aparejada reducciones de costos imputables a dicho esfuerzo.

La regla de la razón se utiliza también para analizar aquellos acuerdos en los cuales la concertación horizontal tiene lugar en temas distintos de la coordinación de precios y cantidades (por ejemplo, acuerdos sobre investigación y desarrollo, sobre distribución conjunta, sobre control de calidad, etc). Para llevar a cabo el análisis basado en la regla de la razón, las pautas de la FTC y el DOJ separan los potenciales beneficios procompetitivos de los acuerdos de sus potenciales daños anticompetitivos. En el primero de tales grupos ubican las ganancias de eficiencia originadas en el aprovechamiento conjunto de los activos disponibles, en la división de tareas entre las empresas que colaboran entre sí, en la obtención de economías de escala o alcance, etc. Estos factores pueden resultar procompetitivos cuando son susceptibles de generar reducciones de precios, incrementos de calidad o aparición de nuevos productos en el mercado.

En lo que se refiere a los potenciales daños anticompetitivos, los mismos surgen de la capacidad de los acuerdos para incrementar la capacidad o los incentivos para que las empresas incrementen sus precios o reduzcan la cantidad, la calidad, el servicio o el nivel de innovación de sus productos por debajo de lo que prevalecería en una situación en la cual el acuerdo no existiera. Estos daños pueden ser mayores o menores según la naturaleza del acuerdo, y su existencia o inexistencia (junto con la consideración de los potenciales beneficios) lleva a clasificar a las prácticas en tres grupos:

¹² Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (2000), página 2.

- a) Acuerdos que no son anticompetitivos *per se* y que llevan a cabo empresas que no tienen poder de mercado: no son objetados por entenderse que los mismos no tienen capacidad de generar daños anticompetitivos;
- b) Acuerdos que traen aparejados daños anticompetitivos evidentes (reales o potenciales) y no generan beneficios procompetitivos: son objetados sin necesidad de efectuar un estudio de mercado detallado;
- c) Acuerdos que no entran en ninguna de las dos categorías anteriores: son objeto de un estudio de mercado detallado antes de definir si van a ser objetados o no.

Una distinción adicional que se efectúa antes de llevar a cabo ningún análisis es la que clasifica a los acuerdos de colaboración entre competidores entre “acuerdos de colaboración propiamente dichos” y “acuerdos asimilables a fusiones horizontales”. La clave para incluir un acuerdo dentro del segundo de tales grupos es la existencia de una integración económica que suprima toda competencia entre las partes y tenga lugar durante un período de tiempo lo suficientemente largo (al respecto, se menciona como indicador general un lapso de diez años). Si un acto de colaboración entre competidores se encuadra dentro de esta última categoría, las agencias de defensa de la competencia pasan a considerarlo como una operación cuyos efectos económicos son análogos a los de una fusión o adquisición entre empresas, y su análisis se efectúa siguiendo los lineamientos establecidos en las pautas para la evaluación de fusiones horizontales, emitidas conjuntamente por la FTC y el DOJ en 1992¹³.

La mayor parte del texto de las nuevas pautas de la FTC y el DOJ sobre actos de colaboración entre competidores se aboca a describir el tipo de análisis que se efectúa cuando los acuerdos horizontales son objeto de un estudio de mercado detallado. El primer elemento que señalan es la naturaleza del acuerdo y del daño anticompetitivo que el mismo puede generar, el cual se origina en una limitación a la toma de decisiones independientes por parte de las empresas o en una mayor facilidad para coludir. El segundo elemento bajo análisis es la definición de los mercados relevantes sobre los cuales tiene efecto el acuerdo. Los mismos pueden ser mercados de bienes o servicios definidos en una determinada área geográfica, o también mercados de derechos de propiedad intelectual sobre productos o procesos (denominados “mercados tecnológicos”) o actividades de investigación y desarrollo dirigidas a crear o mejorar un determinado producto o proceso (“mercados de innovación”). Para llevar a cabo esta definición las agencias estadounidenses siguen una serie de criterios desarrollados en lineamientos anteriores referidos a fusiones horizontales y a temas de propiedad intelectual¹⁴.

Una vez definidos los mercados sobre los que puede impactar el acuerdo de colaboración bajo análisis, las pautas se abocan a la consideración de tres elementos que hacen a la evaluación de la magnitud de los posibles daños anticompetitivos que el acuerdo puede generar. Estos son las participaciones de mercado de las empresas implicadas (y, en general, la concentración de los mercados afectados por el acuerdo), los factores relevantes que hacen a la capacidad y los incentivos de los participantes en el acuerdo para competir entre sí (duración del acuerdo,

¹³ Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (1992).

¹⁴ Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (1992) y Federal Trade Commission y US Department of Justice (1995).

exclusividad, control sobre los activos, intereses financieros cruzados, intercambio de información), y la factibilidad de que puedan ingresar nuevos competidores al mercado que no estén dentro del acuerdo de colaboración bajo análisis.

El paso siguiente es evaluar los potenciales beneficios procompetitivos de la colaboración, y solo se lleva a cabo si las agencias de defensa de la competencia “... concluyen que el acuerdo ha causado, o es probable que cause, daño anticompetitivo”¹⁵. Tales beneficios consisten en ganancias de eficiencia que la colaboración genera, las cuales deben ser verificables (es decir, probables y objetivamente cuantificables) y potencialmente procompetitivas (es decir, con capacidad para generar beneficios a los consumidores). Las mismas deben ser además consecuencia directa del acuerdo bajo análisis y no susceptibles de ser alcanzadas a través de alternativas diferentes de dicho acuerdo y sustancialmente menos restrictivas. De la consideración conjunta de los daños anticompetitivos y los beneficios procompetitivos de un acto de colaboración entre competidores se llega por último a una apreciación del efecto competitivo global del acto en cuestión. Este genera la opinión final de las agencias sobre el caso, la cual representa necesariamente un “juicio aproximado” sobre el tema, susceptible de ser alterado por medio de propuestas de modificación del acuerdo bajo análisis.

Las pautas de la FTC y el DOJ proveen también criterios para establecer lo que denominan “zonas de seguridad” (*antitrust safety zones*), que sirven para caracterizar situaciones que no pueden ser objetadas como anticompetitivas “... a no ser que medien circunstancias extraordinarias”¹⁶. Las mismas se refieren a casos en los cuales la participación conjunta de las empresas involucradas no supera el 20% del mercado relevante y a casos en los cuales el mercado relevante es un mercado de innovación y existen por lo menos otros tres proyectos de investigación paralelos al del acuerdo de colaboración analizado. En todos estas circunstancias, las zonas de seguridad se aplican siempre que la práctica bajo análisis no sea anticompetitiva *per se* o no implique una integración tal que amerite ser analizada como una fusión.

2.3. Unión Europea

2.3.1. Legislación aplicable

La norma europea básica aplicable a los casos de prácticas horizontales concertadas es el artículo 85 del Tratado de Roma (1957)¹⁷. Dicho artículo declara prohibidos e incompatibles con el mercado común a los “convenios entre empresas, decisiones tomadas por asociaciones de empresas y prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre estados miembros y cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir o distorsionar la competencia dentro del mercado común”. El mismo artículo 85 proporciona una lista de conductas que pueden caer dentro de la definición antedicha, de las cuales son claramente horizontales las tres primeras:

¹⁵ Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (2000), páginas 23-24.

¹⁶ Véase Federal Trade Commission y US Department of Justice (2000), páginas 26-27.

¹⁷ A partir de la sanción del Tratado de Amsterdam (1999), los artículos del tratado de constitución de la Unión Europea fueron reenumerados. A partir de entonces, el artículo 85 del Tratado de Roma ha pasado a ser el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea. Esta reenumeración, sin embargo, no ha sido adoptada aún de manera general por la Comisión Europea en sus trabajos sobre defensa de la competencia.

- a) fijación directa o indirecta de los precios de compra o de venta;
- b) limitación o control de la producción, los mercados, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) reparto de mercados o fuentes de aprovisionamiento.

Asimismo, el inciso 3 del artículo 85 del Tratado de Roma establece cuatro condiciones cuyo cumplimiento simultáneo permite eximir a los convenios entre empresas y a las decisiones de las asociaciones de empresas de la aplicación de sanciones, que son que:

- 1) contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico;
- 2) permitan gozar a los consumidores de una participación justa en los beneficios resultantes;
- 3) no impongan restricciones que no sean imprescindibles para el logro de las dos condiciones anteriores;
- 4) no den a las empresas participantes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción afectada.

La aplicación del artículo 85 por parte de las autoridades administrativas (Comisión Europea) y judiciales (Tribunal de Justicia) de la Unión Europea ha generado una serie de pautas que se utilizan para determinar si una determinada práctica comercial está prohibida o no por el Tratado de Roma. Dichas pautas pueden resumirse en una “lista de comprobación” de cuatro puntos, que es la siguiente¹⁸:

- 1) Debe existir un acuerdo verbal o escrito, o una decisión adoptada por una asociación de empresas, o una práctica concertada, dirigidos a alinear las actividades de las empresas involucradas.
- 2) Deben intervenir varias empresas.
- 3) Debe tener lugar una restricción perceptible de la competencia originada en la práctica en cuestión.
- 4) La práctica debe tener un efecto perceptible, real o potencial, sobre el comercio entre los estados miembros.

Las pautas mencionadas anteriormente son utilizadas en la Unión Europea para la elaboración de declaraciones de exención de prácticas específicas por parte de la Comisión Europea. Estas declaraciones se conceden en casos concretos en los cuales las partes notifican sus acuerdos a la Comisión, existiendo también ciertas declaraciones de excepción globales que se refieren a todo un grupo de actividades. Dentro de ellas tiene particular importancia la que se refiere a los “acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de importancia menor que no entran en el ámbito de aplicación del artículo 85” (regla de los mínimos), que indica que no están prohibidos aquellos acuerdos entre empresas cuya cuota de mercado conjunta no supera el 5% en ningún sector y cuyo volumen de negocios anual conjunto no excede los 200 millones de euros.

Otra declaración de excepción global de ciertas actividades empresarias conjuntas es la que se refiere a actividades de cooperación entre empresas, que enumera dieciocho tipos de acuerdos que no se consideran restrictivos de la competencia. Los mismos tienen que ver con prácticas cuyo objeto sea la realización de estudios industriales comparativos, estadísticas y modelos de cálculo,

¹⁸ Este listado está basado en Comisión Europea (1989).

investigación de mercados, planes y sistemas contables, garantías de crédito, asociaciones para el cobro de deudas, asesoría fiscal, contratos y proyectos de investigación y desarrollo, uso de equipo productivo, publicidad conjunta y marcas de calidad conjunta, entre otras. Los acuerdos de especialización y los de investigación y desarrollo han merecido además el dictado de reglamentos específicos de exención por categorías. Dichos reglamentos autorizan toda una gama de acuerdos entre competidores, siempre y cuando las mismas cumplan con ciertas condiciones que aseguran que su impacto sobre la competencia sea pequeño.

Los acuerdos horizontales de especialización son el objeto del Reglamento 417/85 de la Comisión Europea, y se refieren a casos en los cuales dos o más empresas se obligan a no fabricar por sí mismas ni hacer fabricar determinados productos (y autorizan a sus contrapartes para que sí lo hagan) o bien a casos en los que las empresas se comprometen a no fabricar ni hacer fabricar determinados productos más que en común. Para que estos acuerdos puedan beneficiarse de una exención general a las normas del artículo 85 del Tratado de Roma, se les exige el cumplimiento de estas condiciones:

- 1) las empresas participantes no deben tener en conjunto más del 20% del mercado y su volumen de negocios anual conjunto no debe exceder los 500 millones de euros;
- 2) el compromiso de especialización debe ser recíproco y referirse únicamente a la naturaleza de los productos (no a las cantidades producidas);
- 3) el compromiso no debe referirse tampoco a los precios de venta de los productos, y sólo puede contener restricciones auxiliares cuando éstas resulten esenciales para llevar a la práctica la especialización convenida.

Los acuerdos horizontales de investigación y desarrollo, por su parte, disfrutan de una exención por categorías contenida en el Reglamento 418/85, que abarca acuerdos referentes a productos o procesos con y sin explotación común de los resultados de la investigación, y a la explotación conjunta de los resultados de actividades de investigación y desarrollo llevadas a cabo previamente por las mismas empresas. La mencionada exención sólo se aplica si todas las partes del acuerdo tienen acceso a los resultados del mismo, libertad para explotar dichos resultados de manera independiente y derecho a distribuir independientemente los productos creados o mejorados por la actividad de investigación y desarrollo. Al igual que los acuerdos de especialización, los acuerdos de investigación y desarrollo autorizados por el Reglamento 418/85 deben cumplir ciertos requisitos relacionados con la participación de mercado de las empresas intervinientes. Dicha participación no puede exceder del 20% en los productos a los que se refiere el acuerdo, medida en el momento de la firma del mismo y cinco años después de dicha firma. Esta última condición es aplicable en especial a los acuerdos para la introducción de nuevos productos, que son generalmente inocuos al principio pero pueden representar una restricción a la competencia una vez que el producto se ha impuesto en el mercado.

2.3.2. Jurisprudencia sobre acuerdos horizontales

La jurisprudencia europea en casos que involucran conductas horizontales concertadas ha tendido a seguir la práctica norteamericana de sancionar los acuerdos de precios y cuotas y los repartos de mercados, en virtud de que los mismos están claramente comprendidos dentro del artículo 85 del Tratado de Roma y no cumplen

con las condiciones de eximición previstas en el inciso 3 de dicho artículo. El primer caso de este tipo que llegó a al Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue “Comisión Europea c/ Boheringer Mannheim y otros” (1970) y se refería a un cartel destinado a fijar precios, cuotas de compra de insumos y zonas de venta en el mercado de quinina, que es un producto químico que se utiliza en la industria farmacéutica. Este cartel de la quinina estaba instrumentado a través de acuerdos explícitos entre empresas de Francia, Alemania y Holanda, que rigieron durante un período de siete años entre 1958 y 1965. El mismo fue sancionado por la Comisión Europea con importantes multas, las cuales fueron confirmadas en su mayor parte por el Tribunal de Justicia. Idéntico criterio se adoptó poco tiempo después en “Comisión Europea c/ Suiker Unie y otros” (1976), en el cual fueron multados los miembros de un cartel del azúcar que involucraba a la mayoría de los productores importantes de Francia, Bélgica, Holanda, Italia y Alemania. Si bien algunos de los acuerdos que habían tenido lugar en el marco de este cartel se hallaban amparados por políticas nacionales y europeas de protección a la actividad azucarera, la Comisión Europea halló que en este caso los productores involucrados habían concertado numerosas prácticas que limitaban aún más la poca competencia existente, y que implicaban esencialmente un reparto de los mercados nacionales entre las empresas de cada país y sendos acuerdos de precios dentro de cada mercado nacional.

El paralelismo de precios como evidencia de una concertación también ha aparecido en la jurisprudencia europea en una serie de casos. Así, en “Comisión Europea c/ ICI y otros” (1972), las principales empresas europeas productoras de colorantes fueron sancionadas en base a una serie de conductas paralelas que involucraron aumentos de precios idénticos y simultáneos durante un período de cuatro años. Dichos aumentos habían implicado además un intercambio de información entre las empresas, y dicho intercambio fue considerado clave como elemento adicional constitutivo de una práctica concertada, puesto que representaba “... una forma de coordinación ... que sustituía los riesgos de la competencia por la coordinación entre competidores”¹⁹. Pero la doctrina de que la conducta paralela no basta por sí sola para inferir la existencia de un acuerdo también tiene su lugar en la experiencia europea, como lo demuestra el caso “Comisión Europea c/ Ahlstrom y otros” (1993), en el cual el Tribunal de Justicia revocó una decisión de la Comisión Europea condenando a un grupo de productores de pulpa de madera para fabricar papel. En dicho caso, cuya primera resolución tuvo lugar en 1984, cuarenta y dos empresas habían sido acusadas de concertación en virtud de que todas ellas utilizaban el mismo método de cotizar precios (por períodos trimestrales, en dólares estadounidenses y sin ofrecer bonificaciones ni descuentos). En su sentencia, el Tribunal de Justicia concluyó que este hecho no bastaba para constituir una práctica concertada, en virtud de que el mismo podía tener su origen en particularidades propias del mercado en cuestión (caracterizado por relaciones de largo plazo entre compradores y vendedores, y diferenciación de productos).

Dentro de los casos analizados en la Unión Europea respecto de prácticas horizontales concertadas que han merecido sanción por aplicación del artículo 85 del Tratado de Roma sobresale por su interés el denominado “Comisión Europea c/ Cembureau y otros” (1994). Este caso, conocido también como el caso del “cartel del

¹⁹ Esta cita ha sido tomada de Goyder (1998), capítulo 6, página 100.

cemento”, trajo aparejadas multas para 42 empresas y asociaciones empresarias por un total de 193 millones de ecus, las cuales penalizaron una serie de conductas que tuvieron lugar a lo largo de un período de aproximadamente diez años, comenzando en 1983.

El objetivo principal de los miembros del cartel del cemento era proteger los mercados nacionales de los distintos países europeos de las importaciones provenientes de otros países europeos, con el objetivo de evitar que los precios se deprimieran y se redujeran por lo tanto los beneficios de las empresas cementeras. Para ello utilizaron asiduamente a la asociación europea de productores de cemento (Cembureau) y acordaron un principio por el cual los productores de cada país tenían el derecho de determinar el volumen máximo admisible de importaciones de cemento que ingresarían a dicho país. Esto resultaba particularmente visible en varios casos de países vecinos, tales como España y Portugal, Francia e Italia, y Francia y Alemania. También se hallaron pruebas respecto de la conformación de un “grupo de tareas europeo” destinado principalmente a asegurarse que las exportaciones de cemento provenientes de Grecia no llegaran a los otros mercados de la Unión Europea. Las medidas al respecto consistían en compras de cemento griego por parte de los productores establecidos en el resto de Europa y en una serie de presiones a potenciales compradores a fin de evitar que adquirieran dicho cemento.

El papel de la asociación europea de productores de cemento en este caso fue básicamente facilitar la comunicación entre los miembros del cartel e intercambiar información respecto de precios y cantidades comerciadas. También resultó ser el vehículo a través del cual las empresas cementeras europeas llegaron al acuerdo base de “respeto de los mercados nacionales”. En su decisión respecto del caso, la Comisión Europea llegó a la conclusión de que todos los acuerdos celebrados por los productores de cemento a lo largo del período considerado fueron en realidad parte de un “acuerdo único y continuo”, dentro del cual tenían carácter instrumental las medidas destinadas a restringir la oferta de cemento y las que propendían al intercambio de información sobre precios y cantidades. Respecto de esta última práctica, la Comisión Europea concluyó que “... por medio de intercambios de información sobre precios, Cembureau y sus miembros esperaban alcanzar otro objetivo: instaurar entre ellos normas de competencia leal en las exportaciones entre los miembros y al exterior”²⁰. Como puede observarse, la expresión “competencia leal” (utilizada por las entidades imputadas en numerosos documentos) encubría en este caso prácticas que implicaban una restricción de la competencia.

Debido al gran número de empresas y asociaciones empresarias implicadas en las prácticas sancionadas por la Comisión Europea, en este caso se aplicaron criterios diferenciados para determinar las multas. Así, las asociaciones involucradas (Cembureau y varias cámaras nacionales de productores de cemento) fueron sancionadas con multas relativamente más bajas, pero que tenían el efecto explícito de “... disuadirlas de tomar la iniciativa o facilitar (infracciones similares) en el futuro”. En lo que se refiere a las empresas cementeras en sí, la Comisión Europea distinguió entre un grupo de empresas con mayor responsabilidad y otro con menor responsabilidad, y graduó las multas en consecuencia. En el primero de tales grupos

²⁰ Esta cita ha sido tomada de la decisión 815/94 de la Comisión Europea, capítulo 8, apartado 47. Dicha decisión fue la que resolvió el caso en cuestión.

incluyó a una serie de empresas directamente asociadas a Cembureau (Aker, Irish Cement, Italcementi, etc), o cuyos directivos habían asumido funciones de “jefes de delegación” (Dyckerhoff, Heidelberg, Ciments Français, etc) o que habían participado directamente en prácticas concretas de restricción de la oferta de cemento (Hipacement, Uniland, Buzzi, etc). En el segundo grupo incluyó en cambio a compañías que solo participaron en medidas destinadas a canalizar la producción hacia mercados internacionales (Alsen, Hornos Ibéricos, Valenciana, etc), que en algún momento decidieron apartarse del acuerdo suscrito en el seno de Cembureau (Cedest, Titan, etc) o que nunca participaron activamente en ninguna medida restrictiva (Ciments Luxembourgeois).

2.4. Mercosur y Brasil

En lo que se refiere a la legislación sobre prácticas horizontales concertadas aplicable en el Mercosur, la misma puede sintetizarse en cinco incisos del artículo 6 del Protocolo de Fortaleza (1996). Dicho artículo caracteriza como prácticas restrictivas de la competencia, en tanto se encuadren en las prescripciones generales del protocolo, a las siguientes conductas:

- I) fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma, precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción;
- II) obtener o influir en la adopción de conductas comerciales uniformes o concertadas entre competidores;
- III) regular mercados de bienes o servicios, estableciendo acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o la prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;
- IV) dividir los mercados de servicios o productos, terminados o semi-terminados, o las fuentes de abastecimiento de materias primas o los productos intermedios;
- VI) convenir precios o ventajas que puedan afectar la competencia en licitaciones públicas.

Para incluir estas prescripciones dentro del Protocolo de Fortaleza, lo que se hizo fue reproducir textualmente una serie de definiciones que aparecen en la ley brasileña de defensa del orden económico. Las mismas corresponden a los incisos I, II, X, III y VIII del artículo 21 de la ley 8884 (1994).

En lo que se refiere a la práctica concreta de las autoridades administrativas y judiciales, la jurisprudencia brasileña sobre prácticas horizontales concertadas parece seguir el criterio norteamericano de considerar que la colusión lisa y llana es una infracción *per se*. Así, en “Elmo c/ Sindicato de Empresas de Seguridad y Vigilancia” (1992), el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) sancionó un acuerdo entre empresas para uniformar conductas y fijar una tabla de precios mínimos y consideró “... irrelevante si los precios acordados son justos o abusivos o si tienen por objeto prevenir prácticas predatorias”. Del mismo modo, en “CADE c/ Empel y otros” (1988), la misma autoridad antitrust consideró que la celebración de un contrato de cooperación entre competidores para limitar la producción y fijar precios configuraba un abuso de poder económico, “... independientemente de la

dimensión de las empresas cartelizadas”²¹. Sin embargo, al igual que en Estados Unidos y en la Unión Europea, ha habido en Brasil una serie de casos en los cuales la hipótesis de colusión resultó descartada por falta de pruebas concretas, dando lugar a la interpretación de que el simple paralelismo en las conductas no basta para configurar una práctica concertada. Son ejemplos de esto el caso “Codima c/ Ibemep y otros” (1990), en el cual fueron denunciados varios productores de material eléctrico pesado, y el caso “Asbeg c/ Sitran y otros” (1988), en el cual varias empresas de limpieza fueron acusadas de concertar sus posturas en una serie de licitaciones públicas.

Pero el caso más importante con que la jurisprudencia brasileña cuenta en el tema de las prácticas horizontales concertadas es probablemente “Secretaría de Derecho Económico c/ CSN, Usiminas y Cosipa” (1999). Dicho caso implicó una sanción de multa para los tres productores brasileños de aceros planos por concertación de precios, que ascendió a un total de 58 millones de reales (aproximadamente iguales a unos 32 millones de dólares estadounidenses al momento de la sanción). Las conductas sancionadas por la decisión del CADE consistieron esencialmente en dos acuerdos para reajustar los precios de los aceros planos (tanto laminados en frío como en caliente) que tuvieron lugar respectivamente en los meses de julio de 1996 y en abril de 1997. Tales acuerdos no pudieron ser probados de manera directa, pero sí lo fueron –a criterio del CADE– de manera indirecta a través de la actitud de las empresas involucradas en una reunión efectuada en el Instituto Brasileño de la Siderurgia (IBS) en julio de 1996, y a través de una conducta caracterizada como “paralelismo de precios”.

Las tres empresas sancionadas en este caso representan las únicas oferentes de aceros planos del mercado brasileño. La mayor de dichas empresas (Companhia Siderúrgica Nacional, CSN) tiene una participación de mercado que osciló alrededor del 40% en el período 1993-98, en tanto que la participación de las Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais (Usiminas) fue de alrededor del 35% en el mismo período, siendo la de la Companhia Siderúrgica Paulista (Cosipa) del 25% restante. De acuerdo con el análisis efectuado por el CADE, consistente con la opinión generalizada de los analistas consultados, el mercado brasileño de aceros planos está escasamente desafiado por las importaciones, en virtud de las características técnicas de los oferentes locales y de los costos relativamente altos de transporte de productos siderúrgicos desde el exterior. Esto es coincidente con el hecho de que las importaciones de acero hacia Brasil hayan tenido valores desdeñables durante el período analizado, e hizo que el CADE considerara a CSN, Usiminas y Cosipa como los únicos tres oferentes dentro del mercado relevante. Que las tres empresas analizadas tuvieran participaciones de mercado importantes sirvió también para fortalecer la hipótesis de que el principal elemento para lograr un resultado competitivo dentro del mercado analizado era la independencia de comportamiento entre las mismas, y para abonar la tesis de que un acuerdo colusivo entre dichas empresas tenía la potencialidad de conducir al mercado a una situación equivalente a

²¹ Una excepción a este principio aparece en la resolución del caso “Sunab c/ Sindicato de Hoteles, Restaurantes y Bares” (1983), en el cual no se sancionó la fijación conjunta de precios a través de una asociación empresarial por entenderse que se trataba de un acuerdo entre empresas pequeñas que no poseían poder económico. Para obtener más información sobre los casos brasileños citados en este párrafo, puede consultarse Franceschini (1996).

la de un monopolio. Tanto el CADE como las propias empresas involucradas sostuvieron además la tesis de que CSN, Usiminas y Cosipa eran tres unidades económicas separadas. Este elemento tiene cierta importancia en virtud de que Usiminas es uno de los accionistas minoritarios de Cosipa, y de que en algunos momentos Usiminas y Cosipa efectuaron anuncios de precios de manera simultánea.

El origen del caso bajo análisis fue una denuncia efectuada por la Secretaría de Derecho Económico (SDE), que en el sistema brasileño cumple el papel de fiscal en los procedimientos de defensa de la competencia. La misma se originó en la participación de representantes de dicha secretaría en la reunión efectuada en julio de 1996 en el IBS, los cuales consideraron que la actitud que las empresas del sector siderúrgico habían adoptado era una muestra de la existencia de un comportamiento cartelístico. Las defensas de las empresas involucradas intentaron varios argumentos para rebatir la acusación de la SDE. Uno de ellos fue sostener que sus representantes sólo habían participado en la reunión como miembros de la cámara que agrupaba a las empresas del sector y no representando a las empresas en sí. Otro fue sostener que el comportamiento paralelo de precios entre los oferentes era el resultado de una interacción estratégica entre ellos y no de un acuerdo colusivo, dentro de un mercado en el cual había un “líder de precios” y dos seguidores. En este punto los argumentos no fueron coincidentes, ya que Usiminas y Cosipa sostuvieron que CSN era el líder de precios, y CSN sostuvo que Usiminas y Cosipa ejercían dicho liderazgo. La hipótesis de no participación en la reunión fue desechada por el CADE luego de obtener prueba testimonial que indicaba claramente que los participantes de la reunión de julio de 1996 habían actuado representando a sus respectivas empresas, y esto determinó inclusive que las dos empresas que sostuvieron esta teoría (Usiminas y Cosipa) fueran sancionadas con una multa adicional por “engañosidad”. La hipótesis de liderazgo de precios, por su parte, fue descartada apelando básicamente a dos argumentos: por un lado, se observó que en los dos episodios de alza de precios analizados el orden de los anuncios había sido distinto (en 1996 fue CSN la que primero anunció el aumento y en 1997 fueron Usiminas y Cosipa); por otro lado, se observó que en ambos casos todos los anuncios habían tenido lugar un tiempo antes de hacerse efectivos los aumentos, y que las fechas en las que los aumentos habían comenzado a regir fueron simultáneas en las dos oportunidades. Esto llevó al CADE a concluir que no podía hablarse de “líderes y seguidores” sino que en realidad se trataba de una situación de coordinación de precios entre los únicos tres oferentes del mercado.

Un elemento económico adicional que aparece en la decisión del CADE tiene que ver con la existencia de factores externos que pudieran limitar el ejercicio del poder de mercado de las empresas oferentes. En tal sentido, el fallo señala que las barreras a la entrada son elevadas en virtud de la presencia de fuertes economías de escala y de altos costos hundidos. Menciona también que la estructura de demanda es tal que solo unos pocos clientes (los fabricantes de automóviles y de electrodomésticos) tienen algún poder de compra que les permite contrarrestar el poder de mercado de los oferentes, y que su peso dentro de la demanda total es relativamente reducido. Todo esto se liga después con la idea de que el mercado brasileño de aceros planos cumple con las condiciones clásicas para la formación de un cartel, que el CADE identifica como las siguientes: número pequeño de empresas, producto homogéneo, elevadas barreras a la entrada, bajo costo de supervisión del

cartel, pocos estímulos para desviarse del comportamiento colusivo, estructuras de costos semejantes, tecnología de producción madura y parecida, y participaciones de mercado estables. Los dos elementos determinantes en el razonamiento del CADE para sancionar a CSN, Usiminas y Cosipa fueron por un lado el paralelismo de precios (tanto en su nivel absoluto como en la magnitud de sus ajustes como en los momentos en los que se produjeron dichos ajustes) y por otro lado la “falta de racionalidad económica y de explicación de la conducta de las empresas involucradas”. A esto le sumó un elemento adicional dado por la existencia de comunicación entre las empresas previa a la reunión celebrada en el IBS en julio de 1996, que sería el único indicio de acuerdo explícito. En lo que se refiere a las multas impuestas, las mismas fueron definidas como un porcentaje del 1% sobre la facturación bruta de las empresas en el año 1996 (y ascendió en total a 51 millones de reales), o sea que no se intentó relacionarlas con el beneficio ilícitamente obtenido por el cartel ni con el perjuicio ocasionado a los compradores del producto. Como ya se dijo anteriormente, hubo también una multa adicional para Usiminas y Cosipa (de 7 millones de reales) por engañosidad en una parte del proceso de investigación.

De lo expuesto del caso “SDE c/ CSN, Usiminas y Cosipa” puede inferirse que el mismo tiene capacidad para convertirse en un precedente importante dentro de la jurisprudencia brasileña sobre prácticas colusivas, tanto por el sector que involucra como por el monto de las multas y por el tipo de razonamiento utilizado. Este último puede sintetizarse en la idea de que, cuando un mercado reúne las características económicas propicias para la formación de un cartel (pocas empresas, alta concentración, altas barreras a la entrada, escasa desafiabilidad por parte de importaciones), la existencia de comportamientos paralelos en lo que se refiere a los precios sumada a una evidencia relativamente tenue de comunicación entre los oferentes puede alcanzar como elemento suficiente para justificar una sanción que se materializa en una importante multa.

2.5. Argentina

En la Argentina, la ley 25.156 de defensa de la competencia penaliza las prácticas horizontales concertadas a través de sus artículos 1° y 2°. De las acciones definidas de modo general en el artículo 1°, las prácticas colusivas se encuadran como “actos o conductas ... que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia”, y que la ley argentina sanciona siempre y cuando “pueda resultar perjuicio para el interés económico general”. De modo más particular, el artículo 2° define una serie de “prácticas restrictivas de la competencia” que la ley sanciona “en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1°”. Entre ellas tienen particular relevancia como ejemplos de conductas colusivas los incisos siguientes:

- a) Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- b) Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios;
- c) Repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de

aprovisionamiento;

d) Concertar o coordinar posturas en licitaciones o concursos;

e) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios;

h) Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución.

Tanto la norma general aplicable como los ejemplos de prácticas enunciadas por la ley vigente se asemejan considerablemente a las normas que regían sobre el tema en la legislación anterior (ley 22.262, de 1980). Así, los incisos “a”, “b”, “c” y “e” del actual artículo 2° son virtualmente idénticos a los incisos “a”, “c”, “e” y “b” del artículo 41 de la ley 22.262. Asimismo, puede considerarse que los nuevos incisos “d” y “h” del artículo 2° son en el fondo precisiones de los incisos “a” y “e”, con lo cual puede afirmarse que las prácticas a las que se refieren estaban ya implícitamente penalizadas por la legislación anterior.

La exigencia de la ley 25.156 de que las conductas anticompetitivas deban, para ser sancionables, originar un perjuicio real o potencial al interés económico general, se interpreta en la práctica como un requisito de aplicabilidad de la regla de la razón a todas las conductas violatorias de la competencia. Pero aunque la legislación argentina no tipifica prácticas anticompetitivas *per se*, la jurisprudencia que se ha ido desarrollando en una serie de casos concretos (tanto por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia como de los tribunales superiores) muestra una tendencia bastante clara a sancionar todas aquellas prácticas horizontales concertadas que han sido suficientemente probadas y representan casos de colusión abierta. Si bien esa jurisprudencia ha sido elaborada como una aplicación de la ley 22.262, lo expresado respecto de la coincidencia de criterios entre dicha ley y la vigente permite asegurar que los criterios desarrollados seguirán teniendo importancia para analizar prácticas horizontales concertadas bajo la óptica de la ley 25.156. Esto implica que para casos de colusión abierta puede interpretarse que la afectación del interés económico general se produce porque la práctica en cuestión tiene como objeto o como efecto incrementar los precios o reducir las cantidades comerciadas en un mercado respecto de las que regirían en una situación de competencia²².

2.5.1. Casos de colusión abierta

La jurisprudencia de la CNDC sobre colusión abierta ha sido elaborada en una serie de casos que involucraron al mercado de producción y comercialización de arena, al mercado de fraccionamiento de gas licuado y al mercado de la estiba portuaria. En el primero de dichos mercados, la ley 22.262 tuvo su aplicación inicial en el caso “Silos Areneros de Buenos Aires c/ Arenera Argentina y otros” (1986), en

²² En los últimos años, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha empezado además a utilizar de manera explícita el concepto de “excedente total de los agentes económicos” como medida teóricamente cuantificable del interés económico general. Del empleo de dicha medida surge que las acciones de colusión abierta tienen la potencialidad de reducir ese excedente, generando por lo tanto un perjuicio para el bien jurídico tutelado por la ley 25.156. Al respecto, véase CNDC (1997a).

el cual la conducta analizada fue una concertación entre las empresas productoras de arena del área de Buenos Aires que contaba con el apoyo de entidades sindicales que nucleaban a los conductores navales que efectuaban el transporte de la arena. En este caso la concertación tenía lugar a través del establecimiento de cupos de producción para las distintas empresas, los cuales se determinaban en el seno de una comisión integrada por las empresas areneras y los sindicatos. El papel de estas últimas entidades era el de ayudar en la fiscalización del cumplimiento de los compromisos pactados, a cambio de un compromiso por parte de las empresas areneras de mantener un cierto nivel de empleo y de salarios en la industria. De la investigación realizada surgió que la concertación pactada había regido efectivamente entre 1982 y 1985, y que el efecto de la misma sobre el mercado había sido una disminución del promedio de viajes realizados por los buques areneros y un aumento del precio de la arena. Ante estas evidencias, tanto las empresas como los sindicatos involucrados recibieron como sanción una multa que resultó más elevada para las empresas areneras y más baja para los sindicatos de conductores navales, y dicha sanción (impuesta por el Secretario de Comercio) quedó firme luego de ser recurrida por los denunciados ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

La investigación del caso de las areneras de Buenos Aires hizo que la CNDC se anoticiara de que existían situaciones semejantes en otros puntos del país, y abriera investigaciones paralelas al respecto. En una de ellas (“CNDC c/ Areneras del Litoral y otros”, 1988) el procedimiento llevó a idénticas conclusiones que en el caso anterior, finalizando también con multas para una serie de empresas productoras de arena y sindicatos de conductores navales que operaban en la provincia de Corrientes. Por último, en “Miguel Altamirano c/ Arenera de la Cruz y otros” (1991), el caso tuvo lugar en el área de Rosario y presentó ribetes similares a los dos anteriores. Una vez más la investigación terminó con una sanción de multa para una serie de empresas areneras que estaban coludiendo y con una multa menor para las entidades sindicales que actuaban como vigilantes del cartel, apareciendo como novedad que un grupo de empresas que originalmente habían participado de la concertación fueron absueltas. Dichas empresas no sancionadas habían reconocido desde un principio su participación en los acuerdos colusivos, pero habían denunciado a su vez la existencia de presiones ejercidas por los miembros principales del cartel arenero y habían aportado una serie de pruebas que permitieron demostrar más acabadamente la existencia de las prácticas anticompetitivas bajo análisis.

Sin duda el caso argentino más importante de sanción a un cartel por prácticas horizontales concertadas violatorias de la ley de defensa de la competencia es “Lara Gas y otros c/ Agip y otros” (1991), en el cual el conjunto de los fraccionadores de gas licuado de petróleo (GLP) que manejaban el 85% de la oferta total de dicho producto fue hallado culpable de acordar entre sí las condiciones de venta del bien, tanto en lo que se refería a clientela como a precios. En este caso, la concertación tenía lugar a través de la Cámara de Empresas Argentinas de Gas Licuado (CEAGL), que había organizado inclusive un servicio de información, control e inspecciones del acuerdo colusivo. Dicho acuerdo implicaba tanto la existencia de un paralelismo de precios liderado aparentemente por las cuatro empresas más grandes (Agip, Algas, Autogas y Argón) como un reparto de clientes, instrumentado a través de un sistema de *clearing* de envases entre empresas dirigido por la CEAGL y de normas de conducta que llevaban a los fraccionadores involucrados a negarse a venderle GLP a

clientes de otros fraccionadores. Las sanciones aconsejadas por la CNDC y luego ratificadas por el Secretario de Comercio y por los tribunales de apelación que analizaron el caso (que llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación) fueron multas para las empresas involucradas y para la CEAGL, graduadas en base al número de hechos ilícitos cometidos por cada una, así como también una orden de cese del reparto de clientes instrumentado por el cartel.

La sentencia de la Corte Suprema en el caso Agip tuvo también importancia como aclaración del tipo de afectación del interés económico general que se requiere para sancionar una práctica colusiva. En efecto, al revés del caso de las areneras en el cual el aumento de los precios y la reducción de las cantidades habían quedado probadas y podían de algún modo relacionarse con la implantación de la concertación en un momento del tiempo, en este caso no había evidencia concreta de cuáles podrían haber sido dichos precios y cantidades de no mediar la acción restrictiva del cartel de fraccionadores de GLP. Apelando a la redacción del artículo 1° de la ley 22.262 (“... de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”), la Corte Suprema se valió del argumento de que los acuerdos horizontales de precios y cuotas y los repartos de mercados tienen de por sí capacidad para afectar dicho interés general de manera potencial, pues privan a los compradores del producto de los beneficios que podrían obtener si las condiciones imperantes fueran las de competencia en precios y cantidades. Esta interpretación es claramente aplicable al actual artículo 1° de la ley 25.156, cuya redacción del punto en cuestión es idéntica a la de su antecesora.

El último caso importante de colusión abierta sancionado por la CNDC y ratificado luego por la Cámara Nacional de Apelaciones fue “AGP c/ CCAP y otros” (1996). En ese expediente la Administración General de Puertos denunció una concertación entre las principales empresas de estiba del puerto de Buenos Aires, instrumentada a través del Centro Coordinador de Actividades Portuarias (CCAP), que consistía en el establecimiento de un sobrecargo uniforme de \$30 por cada contenedor cargado o descargado en dicho puerto. Aparentemente el sobrecargo se originaba en un incremento del costo laboral de las empresas, proveniente de un conflicto gremial que afectaba a los trabajadores de la estiba, y en tal sentido los denunciados sostuvieron que el mismo se justificaba por dicho aumento en los costos. La CNDC, sin embargo, dictaminó que esa circunstancia no era excusa para justificar un comportamiento horizontal explícitamente paralelo de aumento de precios. Una vez más el argumento de afectación del interés económico general fue de tipo potencial: en una situación de competencia, las empresas podrían haber optado “por una pugna competitiva, trasladando total o parcialmente o aun absorbiendo un incremento en los costos”. La graduación de las multas impuestas en este caso presentó una novedad respecto de los anteriores, ya que se basó en los beneficios obtenidos por cada empresa infractora como consecuencia de la práctica colusiva. De ese modo, la empresa que había aplicado el sobrecargo sobre un número mayor de contenedores (Terminal Murchison Román) soportó una multa varias veces superior a las que sufrieron el CCAP y las otras tres empresas menores involucradas.

2.5.2. Colusión encubierta y restricciones auxiliares

Así como la jurisprudencia de la CNDC resulta bastante homogénea cuando

se trata de casos de colusión abierta, surge también de ella la conclusión relativamente clara de que, en los casos en los que se invocan colusiones encubiertas, el paralelismo de precios no basta para probar por sí sólo una práctica horizontal sancionable. El precedente más importante en este punto es sin duda “Secretaría de Energía c/ YPF, Esso y Shell” (1994), en el cual la autoridad energética nacional denunció a las tres refinadoras de petróleo más grandes del país por actitudes concertadas en sus políticas de precios, ya que ninguna de ellas había disminuido sus precios al público cuando el precio del petróleo crudo había bajado y las tres habían trasladado de manera total un incremento en el impuesto a la transferencia de combustibles. Del dictamen de la CNDC surge que dicho organismo comparte con el denunciante la idea de que el mercado argentino de combustibles líquidos es un oligopolio muy concentrado y escasamente desafiado por la competencia internacional y por la entrada potencial de nuevos oferentes. Sin embargo, señala también que la correlación entre los movimientos de los precios del petróleo crudo y los de sus derivados no es exacta en ningún país, y que en el caso argentino no se advierte que las variaciones de precios de las tres empresas denunciadas hayan tenido un grado de concordancia y simultaneidad que prueben una actitud concertada. Esto último justifica la recomendación de concluir las actuaciones sin sancionar a los denunciados, si bien el dictamen contiene un consejo general dirigido a la autoridad energética para la adopción de medidas estructurales tendientes a incrementar la competencia y dispone la realización de un seguimiento periódico del comportamiento de las empresas para prevenir y detectar eventuales prácticas anticompetitivas futuras²³.

Similar conclusión a la anterior es la que surge del dictamen que aconseja el archivo de las actuaciones en el caso “Fecliba c/ Roux Ocefa, Rivero y Fidex” (1998), en el cual la Federación de Clínicas de la Provincia de Buenos Aires había acusado a tres laboratorios de concertar entre sí para elevar el precio de los sueros fisiológicos. Como la única prueba objetiva del caso era aquí un supuesto paralelismo de precios (que resultó ser real en términos cualitativos pero inexistente en términos cuantitativos, ya que los incrementos porcentuales habían sido muy distintos en las tres empresas), la CNDC elaboró su dictamen apelando a conceptos teóricos respecto de la razonabilidad de imputar el aumento de precios a una concertación entre los denunciados. La conclusión resultó ser negativa, debido básicamente a la existencia de otros competidores en el mercado, a la relativa facilidad de producir e importar el producto y al momento en el cual se había producido el incremento de precios denunciado, signado por una situación de incertidumbre económica y aumento de los costos financieros que volvía menos atractivo para las empresas un intento de colusión.

Otro elemento que la CNDC ha tenido en cuenta para descartar hipótesis colusivas es el hecho de que los precios experimenten una tendencia decreciente en el tiempo. En efecto, dado que los acuerdos de precios que pueden producir perjuicio al interés económico general son aquéllos que implican incrementos en los precios que pagan los consumidores, la existencia de una evolución declinante en dichos precios

²³ Dicho seguimiento tuvo efectivamente lugar en los años posteriores al dictamen, y fue el origen de un documento de la CNDC en el cual se recomiendan varias medidas estructurales más concretas para aplicar al mercado de hidrocarburos. Véase CNDC (1998).

puede servir como prueba de ausencia de colusión. Dicho argumento fue recogido explícitamente por la CNDC en el caso “Duperial SA y Compañía Química SA s/ infracción ley 22.262” (1985), en el cual la hipótesis de colusión entre las dos únicas empresas productoras de anhídrido ftálico se descartó, por la presencia de “... elementos competitivos, como diferentes condiciones de pago o bonificaciones otorgadas por mayores volúmenes de compra, la ausencia de restricciones en la elección y cambio de proveedores por parte de los clientes y la tendencia declinante de los precios expresados en moneda constante”.

Un tercer elemento que ha sido considerado como un indicio significativo de colusión encubierta es la estabilidad de las participaciones de mercado de las empresas en el tiempo. La ausencia de dicha estabilidad ha sido, por ejemplo, el factor clave que se tuvo en cuenta para aceptar las explicaciones de los presuntos responsables en el caso “La Casa del Grafito c/ Rich Klinger y Bruno Cape” (1989), en el cual se había denunciado un reparto del mercado entre los dos únicos productores de planchas de amianto comprimido. En su dictamen sobre dicho caso, la CNDC manifiesta que “... Rich Klinger SA sobrellevó mejor la recesión del 81/82 y en 1984 había superado su volumen de ventas de 1980 en 200 toneladas mientras que Bruno Cape SA lo había reducido en 100 toneladas. Esta modificación en la estructura de mercado es indicativa de un comportamiento competitivo entre los operadores del mismo”.

El test del comportamiento del mercado ante la aparición de una presión competitiva local ha sido también utilizado para opinar sobre la existencia de acuerdos colusivos. En “René Diez c/ Argón SA y otros” (1995), por ejemplo, se aceptaron las explicaciones de un grupo de empresas denunciadas por acordar precios en el mercado de gas licuado envasado. Además de aplicarse el argumento de que el comportamiento de los precios de las distintas empresas era diferente, la CNDC analizó el caso particular de la provincia de Mendoza, en la cual se habían incorporado al mercado una serie de cooperativas que contaban con ventajas fiscales, y que habían entrado al mercado con niveles de precios menores a los que regían con anterioridad. En el dictamen, este hecho se valora afirmando que “en referencia al ... impacto de este fenómeno en la política comercial de las empresas fraccionadoras, tampoco se ha acreditado hecho alguno ... que pueda ser encuadrable en las disposiciones de la Ley 22.262. ... la nueva competencia de este tipo de empresas hizo que los precios en definitiva experimentaran una baja, pero de ello no puede inferirse en modo alguno conductas violatorias a la norma legal aplicable por parte de las empresas fraccionadoras, enfrentadas desde entonces a nuevos concurrentes al mercado”.

La idea de que ciertos mercados son proclives a situaciones de competencia espacial, y de que dicha situación no debe confundirse con repartos de mercado de carácter colusivo, ha aparecido también de manera explícita en por lo menos un caso sobre el cual la CNDC dictaminó. En efecto, en “Alberto Dupuy c/ VCC y Cablevisión” (1995) dos operadores de televisión por cable fueron denunciados por “acuerdos de no competencia ni en precios, ni superposición de zonas de instalación”. Luego de comprobar que la conducta denunciada no era verdadera (ya que existían numerosas áreas en las cuales el servicio de ambas empresas se superponía), la CNDC aceptó el argumento de los presuntos responsables en el sentido de que en ciertos mercados la localización resulta una variable que determina

que resulte inconveniente que las empresas se ubiquen en la misma área. En su dictamen, dicho organismo expresa que “... la elección de la zona para la prestación del servicio es un derecho individual de cada prestador, quien no puede ser obligado a la misma si le resulta antieconómico, máxime cuando no se trata de un servicio público ni de máxima necesidad”.

La ley 22.262 ha sido aplicada también en algunas circunstancias en las cuales la colusión tuvo lugar por medio de restricciones auxiliares. El caso más interesante al respecto es probablemente “CNDC c/ Axle y otros” (1997), en el cual los cinco productores principales de válvulas para envases de gas licuado se habían puesto de acuerdo en utilizar a un único representante comercial, que se encargaba de informar –ante cada pedido concreto de un cliente– las condiciones de venta, la empresa proveedora y el precio a pagar por el producto. El caso terminó con una sanción de multa para las empresas implicadas (es decir, los cinco fabricantes y el representante comercial), entendiéndose que el sistema de distribución impuesto sentaba las bases para una política concertada de precios. El perjuicio para el interés económico general tuvo en este caso además un indicador objetivo, ya que en cierto momento del tiempo se produjo el ingreso al país de una fuerte competencia de válvulas importadas y ese hecho coincidió con una baja en los precios y con el abandono del esquema comercial acordado entre las empresas denunciadas.

2.5.3. Concertaciones a través de asociaciones empresarias y profesionales

Al igual que en otros países del mundo, en la Argentina la mayor parte de las sanciones por prácticas horizontales concertadas han tenido lugar en casos que implicaban a alguna cámara o asociación empresaria. A los ejemplos ya mencionados de la Cámara de Empresas Argentinas de Gas Licuado y del Centro Coordinador de Actividades Portuarias pueden así agregarse una serie de casos que involucraron a círculos de panaderos, cámaras inmobiliarias y asociaciones de productores agropecuarios. Dos casos recientes que revisten algún interés son en ese sentido “Lina Tripicchio c/ Centro de Industriales Panaderos de Lanús” (1997) y “CNDC c/ CAESI” (1998), en los cuales las entidades denunciadas terminaron ofreciendo compromisos de cesar en sus conductas anticompetitivas que fueron aceptados por la CNDC y homologados por el Secretario de Industria y Comercio. En el primero de ellos, el centro de panaderos de Lanús sugería precios de venta del pan que eran más elevados que los que regían en jurisdicciones vecinas, y (a manera de sanción para las panaderías que se rehusaban a respetar dichos precios) instalaba puestos callejeros de venta en las inmediaciones de dichas panaderías. Estos puestos vendían el pan mucho más barato y desviaban la clientela del negocio que se había apartado de los dictados del Centro. En el otro caso, la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación (CAESI) publicaba índices de costos de provisión de los servicios de vigilancia, y había logrado incluir en el convenio colectivo de trabajo de su actividad una cláusula que impedía a sus asociados cotizar precios por debajo de dichos índices. El compromiso de los panaderos de Lanús implicó la obligación por parte de éstos de cesar en la conducta de fijación de precios e impedir que sus asociados adoptaran nuevas prácticas anticompetitivas; el de CAESI consistió en no hacer uso de la cláusula convencional objetada y en gestionar su derogación ante el Ministerio de Trabajo.

Un sector en el cual la CNDC ha estado particularmente activa como órgano de aplicación de la ley de defensa de la competencia es el que comprende los mercados de servicios para la salud, y en particular las asociaciones profesionales y sanatoriales que en ellos operan. A principios de la década de 1980 era común que ese tipo de entidades fijara precios mínimos o uniformes para los servicios que prestaban sus afiliados, cumpliendo además con el papel de vigilante de un cartel implícito al sancionar a quienes se negaban a respetar sus dictados. El caso más importante que involucró a una entidad de este tipo fue “CNDC c/ Asociación Argentina de Anestesiología” (1983), que concluyó con una orden de cese y una multa que fueron posteriormente ratificadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. Las consideraciones del dictamen de la CNDC en este caso equipararon la actitud de la entidad profesional denunciada con una concertación formal de precios, y sostuvieron que el interés económico general se hallaba concretamente dañado por los efectos que la práctica tenía sobre los usuarios del servicio de anestesiología. Se llegó asimismo a la conclusión de que la AAA ocupaba en los hechos una posición de dominio en el mercado y que los aumentos de precios fijados habían sido reales y muy significativos, ya que en el período analizado habían superado a los índices generales de precios en proporciones que iban del 48% al 88%.

Bien diferente del anterior fue el análisis que concluyó con la aceptación de las explicaciones en el caso “Instituto de Seguridad Social de Neuquén c/ Colegio Médico de Neuquén” (1988), en el cual una asociación profesional fue denunciada por una obra social por imponer aranceles por encima del nomenclador nacional entonces vigente. Para cerrar el caso sin sanción, la CNDC consideró que, si bien el colegio médico había fijado los precios a cobrar por sus asociados y controlaba el cumplimiento de los mismos, los honorarios en cuestión habían surgido de la puja entre partes que representaban franjas considerables de la oferta y la demanda, y que además no afectaban al resto del mercado de prestaciones médicas.

La cantidad relativamente grande de casos que involucraban conflictos entre asociaciones de prestadores (agremiaciones y círculos médicos, federaciones de clínicas, etc) y administradores de fondos para la salud (obras sociales, mutuales, empresas de medicina prepaga, etc) hizo que la CNDC elaborara un documento de pautas de aplicación de la ley de defensa de la competencia para los mercados de servicios de salud²⁴. Además de los dos precedentes mencionados, el documento en cuestión menciona varios casos más de fijación de precios, entre los que se destacan “CNDC c/ Colegio Oficial de Farmacéuticos y Bioquímicos de la Capital Federal” (1982), “INOS c/ Asociación Urológica de Rosario” (1988) e “INOS c/ Círculo Médico de Tandil” (1995). De toda esa jurisprudencia, la CNDC concluye que resulta posible enunciar dos pautas básicas para evaluar la procedencia de las conductas de las asociaciones de prestadores de servicios para la salud en lo que se refiere a la fijación de precios. Dichas pautas son las siguientes:

“Pauta 1: Las asociaciones de prestadores y los conjuntos de asociaciones de prestadores que nucleen más del 25% de los prestadores de alguna especialidad en algún mercado relevante no deberán fijar honorarios mínimos ni precios de sus servicios.

²⁴ Véase CNDC (1997b).

Pauta 2: *Las asociaciones y conjuntos de asociaciones sí podrán convenir precios para los servicios de sus asociados y/o cuotas para sistemas de capitación cuando los mismos surjan de negociaciones con administradores de fondos para la salud o con sus representantes. Dichos precios podrán surgir también de negociaciones entre dichos administradores de fondos (o sus representantes) y prestadores independientes.*”

Menos feliz y clara resulta la jurisprudencia referida a la fijación de honorarios mínimos por parte de asociaciones profesionales fuera del mercado de la salud. En un principio, la CNDC interpretó que dicha fijación violaba la ley de defensa de la competencia, y fue así como resolvió simultáneamente tres casos de oficio en los que aconsejó imponer multas a entidades que nucleaban a graduados en ciencias económicas, traductores y martilleros (“CNDC c/ Colegio de Graduados en Ciencias Económicas y Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal”, “CNDC c/ Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires” y “CNDC c/ Colegio de Martilleros y Corredores Públicos de Mar del Plata”, 1983). Sin embargo, cuando las resoluciones que establecían dichas sanciones fueron apeladas, los tribunales superiores entendieron que la fijación de honorarios por parte de esas entidades con control de la matrícula estaba amparada por leyes específicas que las facultaban para hacerlo, en su carácter de personas públicas no estatales. Este criterio hizo que la CNDC desistiera con posterioridad de inmiscuirse en este tipo de casos, los cuales tampoco han sido planteados desde entonces por denunciantes particulares²⁵.

3. Comentarios finales

Lo expuesto respecto de la legislación y la jurisprudencia sobre prácticas horizontales concertadas permite esbozar una serie de ideas respecto de los elementos a tener en cuenta para analizar prácticas supuestamente colusivas entre competidores. Un primer elemento a resaltar es la importancia que en Estados Unidos se hace de la distinción entre prácticas anticompetitivas *per se* y conductas cuyo carácter colusivo solo surge luego de aplicar la denominada “regla de la razón”. Esta distinción no existe como tal en la jurisprudencia europea, que tiende más bien a focalizar en la tipificación de cada práctica dentro del artículo 85 del Tratado de Roma y en la existencia o no de excepciones generales o particulares.

La inexistencia de prácticas anticompetitivas *per se* en ciertas legislaciones (como sucede, por ejemplo, en la legislación argentina) no implica sin embargo que los criterios que se terminan utilizando para evaluar las distintas prácticas sean muy diferentes de los aplicados en Estados Unidos. Esto es así porque, por su propia naturaleza, las prácticas colusivas que el derecho norteamericano considera anticompetitivas en sí mismas son precisamente aquellas que, una vez probadas, resultan más fácilmente sancionables aun en situaciones en las que deba emplearse la

²⁵ El argumento del carácter paraestatal de las asociaciones profesionales no se aplica en general a las entidades médicas, ya que en ese sector las entidades que controlan la matrícula no son normalmente las que fijan y negocian los precios de los servicios. De cualquier modo, la fijación de honorarios por parte de colegios y asociaciones profesionales se ha vuelto mucho menos común en la Argentina desde la sanción del decreto 2284 del año 1991 (luego ratificado por ley), que desreguló de manera general todas las profesiones liberales en el ámbito del territorio nacional.

regla de la razón. Así, acuerdos entre competidores para fijar precios o cuotas de producción o repartirse mercados, cuyo objeto principal es restringir la competencia, suelen tener como repercusión directa en casi la totalidad de los casos una reducción en el excedente de los consumidores y en el bienestar total generado en el mercado. Esto hace que tampoco sea muy dificultoso ni controvertido llegar a la conclusión de que prácticas como esas implican un perjuicio (real o potencial) sobre el interés económico general, entendido como el interés globalmente considerado de todos los actores que participan en los mercados²⁶.

Otra diferencia importante entre la legislación estadounidense y la de los restantes países tiene que ver con los instrumentos de sanción aplicables, que en EEUU incluyen multas y penas de prisión y en la Unión Europea, la Argentina y Brasil implican solamente multas. El uso de penas de prisión para casos de colusión ha sido tradicionalmente visto en los Estados Unidos como un disuasor importante para lograr que los directores y ejecutivos de las empresas se abstengan de encarar conductas colusivas. Su contrapartida es que vuelve temporalmente más extensos los casos, ya que requiere la utilización de instancias judiciales que no pueden ser reemplazadas por procedimientos administrativos²⁷. En la Argentina, la ley 22.262 preveía explícitamente la posibilidad de utilizar penas de prisión para casos de colusión, pero establecía que las mismas solo podían imponerse en una instancia judicial que debía tener lugar forzosamente luego de terminar una primera instancia administrativa (en la cual las sanciones posibles eran solamente multas u órdenes de cese). Este hecho hizo que en los diecinueve años de vigencia que tuvo la ley nunca se utilizara este procedimiento, a pesar de que –como ya hemos visto– en varias circunstancias hubo casos de colusión que terminaron con multas para las empresas involucradas.

Con la sanción de la ley 25.156 se eliminaron explícitamente las penas de prisión de la lista de posibles sanciones, al tiempo que se incrementó fuertemente el límite superior de las multas aplicables²⁸. Con esta modificación desapareció también la instancia judicial específica destinada a imponer dichas penas de prisión, y ahora el procedimiento implica una única instancia administrativa ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, en tanto que el Poder Judicial solo actúa en caso de que la resolución de dicho organismo sea apelada. Esto implica un acercamiento mayor a la práctica europea que a la norteamericana, y resulta coherente con el modo en el cual se había venido aplicando en la realidad la norma anteriormente vigente.

Pese a las diferencias expuestas en cuanto al nivel de las sanciones, los procedimientos implementados y el uso o no de la regla “*per se*”, resulta indudable que –al menos entre los principales cuerpos normativos vigentes en el mundo sobre defensa de la competencia– hay una tendencia unificadora que implica reconocer como prohibidos a los convenios de naturaleza claramente colusiva y como sujetas a un análisis costo-beneficio a las restantes prácticas horizontales que implican

²⁶ Al respecto, resulta ilustrativo señalar que tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han seguido casi sin excepciones la jurisprudencia norteamericana a la hora de sancionar prácticas colusivas que no operaban como restricciones auxiliares. Véase Korah (1997), capítulo 6, página 170.

²⁷ Por ejemplo, no pueden ser dictadas directamente por un organismo como la Comisión Federal de Comercio.

²⁸ Dicho límite pasó de poco más de \$500.000 a \$150 millones.

acuerdos entre competidores. Esta tendencia parece ser aplicable también a la experiencia argentina, si bien el número de casos sobre prácticas horizontales relativamente ambiguas (es decir, sobre lo que en la jurisprudencia estadounidense serían “restricciones auxiliares”) es todavía muy limitado como para poder efectuar apreciaciones generales al respecto.

Referencias bibliográficas

- Cabral, Luis (1997). *Economía industrial*. Madrid, McGraw-Hill.
- Carlton, Dennis y Perloff, Jeffrey (1994). *Modern Industrial Organization*, 2da edición. Nueva York, Harper Collins.
- CNDC (1997a). “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”. Buenos Aires, Secretaría de Industria, Comercio y Minería.
- CNDC (1997b). “La ley de defensa de la competencia y los mercados de servicios para la salud”. Buenos Aires, Secretaría de Industria, Comercio y Minería.
- CNDC (1998). “Combustibles líquidos”. Buenos Aires, Secretaría de Industria, Comercio y Minería.
- Comisión Europea (1989). “La política de competencia en el mercado único”. Luxemburgo, Oficina de las Comunidades Europeas.
- Federal Trade Commission y US Department of Justice (1992). “Horizontal Merger Guidelines”. Washington DC, FTC-DOJ.
- Federal Trade Commission y US Department of Justice (1995). “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”. Washington DC, FTC-DOJ.
- Federal Trade Commission y US Department of Justice (2000). “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”. Washington DC, FTC-DOJ.
- Franceschini, José (1996). *Introdução ao direito da concorrência*. San Pablo, Malheiros.
- Friedman, James (1971). “A Noncooperative Equilibrium for Supergames”; *Review of Economic Studies*, vol 28, pgs 1-12.
- Goyder, D. G. (1998). *EC Competition Law*, 3ra edición. Oxford, Oxford University Press.
- Green, Edward y Porter, Robert (1984). “Noncooperative Collusion Under Imperfect Price Information”; *Econometrica*, vol 52, pgs 87-100.
- Korah, Valentine (1997). *EC Competition Law and Practice*, 6ta edición. Oxford, Hart.
- Posner, Richard (1976). *Antitrust Law*. Chicago, University of Chicago Press.
- Rotemberg, Julio y Saloner, Garth (1986). “A Supergame-Theoretic Model of Business Cycles and Price Wars during Booms”; *American Economic Review*, vol 76, pgs 390-407.
- Stigler, George (1964). “A Theory of Oligopoly”; *Journal of Political Economy*, vol 72, pgs 44-61.
- Sullivan, E. T. y Harrison, Jeffrey (1994). *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, 2da edición. Nueva York, Matthew Bender.
- Telser, Lester (1987). *A Theory of Efficient Competition and Cooperation*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Tirole, Jean (1990). *Teoría de la organización industrial*. Barcelona, Ariel.
- US Department of Justice (2000). “Antitrust Division Annual Report”. Washington

DC, DOJ.

Varian, Hal (1993). *Microeconomía intermedia*, 3ra edición. Barcelona, A. Bosch.