

Que el Remedio No Sea Peor que la Enfermedad

Oligopolio, Posición de Dominio Conjunta y Colusión Tácita

Teresa V. Tovar Mena*

“El presente artículo tiene como finalidad determinar si el oligopolio constituye en realidad un problema para el desenvolvimiento normal de los mercados a través de la competencia y, de ser el caso, cuáles podrían ser los remedios que el legislador nacional podría adoptar siguiendo el estudio de jurisprudencia y normativa extranjera y nacional; toda vez que, la interdependencia que caracteriza a los miembros de un oligopolio genera determinadas condiciones en el mercado que evidencia un comportamiento concertado, aunque la existencia de dicha concertación resulte cuestionable. En este contexto, se plantea la interrogante en torno a si ¿la colusión tácita debe ser reprimida como una práctica concertada o como un abuso de posición de dominio conjunta?”

1. Introducción: Oligopolio e Interdependencia

Cuando pensamos en la competencia pensamos en varias empresas luchando por captar la preferencia de los consumidores, tratando de prevalecer sobre sus rivales. Si bien relacionamos la competencia con diversidad de opciones para los consumidores, no es posible afirmar que una determinada cantidad de empresas garantiza la plena vigencia de la competencia en todos los mercados. Cada mercado es distinto y en algunos no es factible que existan más de tres o cuatro empresas, mientras que otros permiten muchísimos competidores. Así, en un mercado con pocas empresas puede existir una competencia tan o más intensa que en otro con muchos actores. A pesar de ello, es frecuente encontrar opiniones recomendando que un mercado con pocos agentes sea mirado con especial atención por la agencia de competencia. Al mercado con pocos

actores se le denomina oligopolio. La cuestión clave, obviamente, es definir qué se entiende por “pocos”.

El oligopolio se define como “una estructura de mercado con un número reducido de vendedores, lo suficientemente pequeño como para requerir que cada vendedor tome en cuenta las acciones actuales de sus rivales y las probables respuestas futuras a sus acciones”¹.

En un mercado oligopólico, los vendedores no bajarán sus precios para incrementar su cuota de mercado porque esperan que las ganancias que puedan obtener sean neutralizadas inmediatamente por sus rivales, quienes responderán bajando sus precios de igual forma. También pueden subir consistentemente sus precios sabiendo que los demás también lo harán, pues tienen incentivos para ello por la particular situación del mercado en que se encuentran². Por estas razones,

* Abogada. Máster en Derecho Empresarial.

1 VISCUSI, Kip, John M. VERNON Y Joseph E. HARRINGTON Jr. Economics of Regulation and Antitrust, MIT Press, 1998, Second Edition, Cambridge, p. 97 Traducción libre.

2 Un ejemplo sería el siguiente:

- Dos estaciones de gasolina (A y B) se encuentran ubicadas una a cada lado de una carretera solitaria. Cada una cobra US \$ 1 por galón. Los consumidores consideran que las dos estaciones venden productos equivalentes. Con cada estación cobrando US \$ 1, cada una espera tener el 50% del negocio.
- La estación A evalúa subir su precio a US \$ 1.25 por galón. El incremento de precio será rentable para A solamente si B también sube el precio en igual medida, pues de otra forma todos los consumidores dejarán de ir a A para consumir en B.
- A primera vista, parece riesgoso para A proceder con el aumento de precio sin asegurarse antes (por ejemplo, con un acuerdo para fijar precios) que B lo seguirá, desde que si la subida del precio no es imitada, A perderá todo el negocio.
- Supóngase que A realiza el incremento de precio. Si A incrementa el precio sabrá rápidamente si B lo ha seguido – viendo el cartel de precios colocado en el exterior o si experimenta una fuerte caída en sus ventas (lo que indica que B no lo ha seguido). Si B no ha incrementado su precio, A puede reestablecer rápidamente su precio de US \$ 1 y sufrir solo una transitoria pérdida de negocios.
- Consecuentemente, A enfrenta relativamente poco riesgo al iniciar el incremento de precios.
- Considérese ahora las opciones de B. Si B decide no seguir a A en el aumento de precios, B podrá disfrutar de un periodo en el cual captará 100% de las ventas. Como se ha explicado antes, A puede saber rápidamente la decisión de B y revertir el incremento. Las ganancias de B serán entonces por poco tiempo. Alternativamente, si B opta por igualar el precio de A, cambiará el corto periodo de negocios extra por un equilibrio de largo plazo en el que comparte el mercado con A al mayor precio de US \$ 1.25.
- A menos que B descunte fuertemente ganancias futuras, tiene un incentivo unilateral para igualar el incremento de precios de A.
- Desde que A ahora espera que sea conveniente a los intereses de B el seguir el incremento, A puede iniciar el incremento con un riesgo mínimo.” Organisation for Economic Cooperation and Development. OECD. Oligopoly. DAFE/CLP (99) 25 p.228 –229 traducción libre.

se dice que el comportamiento de los oligopolistas es interdependiente.

La interdependencia es lo que distingue al oligopolio, los miembros son conscientes de esa interdependencia, saben que sus decisiones tendrán efecto considerable en sus rivales, esto es, cada uno sabe que, si realiza algún cambio de precios, éste tendrá una respuesta inmediata de los demás, la que a su vez tendrá un efecto sobre él mismo. Si un productor desea bajar precios para ganar cuota de mercado, sabe que los demás, en respuesta, también bajarán sus precios, con lo que nadie ganará y todos perderán ingresos. O puede saber que si sube sus precios, los demás lo seguirán, permitiendo que todos obtengan mayores ganancias. En cualquier caso, el resultado es que nadie bajará sus precios y la situación será la misma que si hubiera un acuerdo explícito para fijar precios. Así, cuando se dan ciertas condiciones en el mercado, la interdependencia oligopolística puede llevar a precios por encima del nivel de competencia sin que haya una concertación³.

A dicha situación se le denomina colusión tácita: cuando las empresas no compiten y se logra los mismos resultados (restricción de la producción y elevación del precio) que si mediara un acuerdo, mediante prácticas “señalizadoras” y destinadas a hacer más transparente el mercado. Ello, debido a particulares condiciones existentes en dicho mercado que lo hacen posible y que llevan a que, observando la conducta de los demás en una secuencia o “juego repetitivo”, las empresas acomodan su comportamiento de modo que se obtenga un precio uniforme para todos y superior al que se daría en plena competencia.

Un esquema frecuente es el liderazgo de precios o “seguir al líder”. En ese caso, usualmente una empresa que es reconocida como líder por los otros participantes del mercado anuncia cambios en los precios que son seguidos por los demás. Es el líder el que lleva a los demás a una situación en que se maximizan las ganancias de todos si precisamente siguen sus iniciativas. En un mercado competitivo, el “líder” no tiene la seguridad que ante un incremento de sus precios vaya a ser seguido por los demás, con lo cual, si es el único que sube sus precios, él perderá dinero y los demás no, quedando en desventaja dentro del mercado. Se dice que en un

oligopolio esta conducta sí puede tener éxito (bajo un proceso de ensayo-error a través de la repetición de conductas) con resultados desfavorables para los consumidores, es decir, generando una disminución en su bienestar.

En tanto la “colusión tácita” que puede surgir de la interdependencia en mercados oligopólicos puede llevar a situaciones similares a las que produce la concertación de precios, se discute si debe requerir de un remedio o sanción por parte del Derecho de la Competencia.

En el mercado oligopólico, por la interdependencia antes anotada, las decisiones respecto de la cuantía del precio y cantidad producida se hacen al mismo tiempo que se anticipan las reacciones de los rivales; así, la estrategia de precios de los oligopolistas no está determinada sólo por sus costos, sino por su apreciación respecto de las estrategias de sus rivales. Ello propiciaría el surgimiento de la colusión tácita. En cambio, las empresas en competencia o la empresa monopolística no consideran las reacciones de otros, puesto que el vendedor competitivo no tiene impacto en sus rivales y el monopolista no tiene rivales cercanos.

Así, se dice que esto puede ocurrir en mercados oligopólicos pues, por definición, en un mercado en “competencia perfecta” cualquier forma de cooperación sería imposible.

Como se sabe, para que exista competencia perfecta en un mercado deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. Existen muchos vendedores y compradores.
2. La cantidad comprada por cualquier comprador o vendida por cualquier vendedor es tan pequeña en relación con el total comercializado que los cambios en estas cantidades no afectan los precios.
3. El producto es homogéneo, no existe razón para que un comprador prefiera a uno u otro vendedor y viceversa.
4. Todos los vendedores y compradores tienen información perfecta sobre los precios del mercado y sobre las características de los bienes vendidos.
5. Hay completa libertad de entrada y salida al mercado.

3 “Los rasgos importantes del análisis del oligopolio se pueden ver en la siguiente ilustración sencilla: asumamos que tres empresas Able, Baker y Charlie son los únicos vendedores de administrículos. Si ellas pudieran coordinar sus decisiones de producción y precios, elevarían el precio por encima del nivel competitivo y obtendrían ganancias monopolísticas. Hacerlo, sin embargo, requiere algún entendimiento de que ninguna empresa dejará sin efecto el incremento de precio de la otra (es decir, no ofrecerá precios menores) o la ventaja se perdería para todos. Pero, la mejor decisión de cada empresa sobre precio/producción no puede ser definida por adelantado, sin algún entendimiento de qué es lo que los rivales harán. Esto es, la mejor política de Able (maximizadora de ganancia) depende de cuánto producen Baker y Charlie, y del precio que fijan para sus productos. Y bajo el mismo análisis, ni Baker ni Charlie pueden saber qué hacer hasta que conozcan cuál será la política de Able – o qué hará el otro. Esto no es el final de la cuestión, sin embargo. Porque ahora cada empresa también debe anticipar lo que sus rivales esperan que haga. Este proceso de adivinar y adelantarse en adivinar a los rivales de uno, por supuesto, puede seguir y seguir y por esta razón la estrategia de marketing del oligopolio es llamada frecuentemente un juego de adivinanza.

Dejados a sus propios recursos, Able, Baker y Charlie probablemente eliminarían mucho del trabajo de adivinar formando un cartel y actuando colectivamente como un monopolista. Sin embargo, (...) la doctrina antitrust trata estos esfuerzos de coordinación formal como per se ilegales y frecuentemente sujeta esta conducta a persecución penal bajo la sección 1 de la Sherman Act. Aún sin evidencia directa que pruebe las coordinaciones de producción o precios, las empresas pueden ser atacadas exitosamente con prueba circunstancial que establezca un acuerdo “tácito”. La cuestión, por tanto, que surge es: ¿las empresas pueden llegar a los mismos resultados sin acuerdos expresos o tácitos prohibidos por la legislación antitrust? ¿Pueden los oligopolistas usar otras estrategias para alcanzar (o aproximarse) a los resultados que la coordinación prohibida puede producir?”: En GELLHORN, Ernest y William E. KOVACIC. Antitrust Law and Economics in a nutshell. West Group. St. Paul Minnesota, 2001 p. 76 –77.

En competencia perfecta, el precio del producto se reduce hasta el costo marginal⁴ de producirlo. En ese contexto, ninguna empresa tiene poder para influir en los precios expandiendo o restringiendo su producción porque su cuota de mercado es insignificante, el precio les viene dado por el mercado, por ello se dice que las empresas son tomadoras de precios o "precio aceptantes".

Se dice que, en la medida en que un mercado se parezca más a este modelo, habrá menos posibilidades de que ocurra una colusión tácita o una concertación.

Por oposición, en el monopolio la cooperación es innecesaria. Tres factores caracterizan al monopolio:

1. Sólo existe un proveedor en el mercado.
2. El producto que vende ese proveedor es único, es decir, no existen sustitutos cercanos a los que el consumidor pueda cambiar.
3. Existen sustanciales barreras a la entrada de otras empresas y la salida es difícil.

Para maximizar sus ganancias, un monopolista reduce la cantidad ofertada. Así, en un monopolio una empresa define el precio del mercado. El poder de mercado es el poder de restringir la producción para elevar el precio.

El oligopolio es un mercado con pocos actores, cada uno de los cuales tiene, por tanto, un porcentaje importante de participación. Se dice que cuanto menos empresas existan en un mercado, más posibilidades hay de que se pueda incurrir en concertaciones o colusión tácita. Como veremos, esta lógica es propia de la teoría estructuralista, pues otras escuelas cuestionan esta correlación estructura – desempeño.

2. ¿Todos los Oligopolios son Perjudiciales?

Ciertamente que no. No existe sustento para afirmar que toda interdependencia oligopólica genera restricciones a la competencia. Por el contrario, un oligopolio puede ser competitivo y no generar preocupaciones desde el punto de vista del derecho de la competencia.

No obstante, existen razones por las que los oligopolios pueden preocupar al derecho de la competencia. Así, por ejemplo, se dice que la colusión expresa o concertación suele ser bastante improbable excepto en dichos mercados. Empero, ello no implica que en todo oligopolio se presenten casos de concertación.

Como ya se dijo, la teoría económica asume que la interdependencia oligopólica favorece un comportamiento estratégico entre las empresas, lo que puede llevar a una colusión expresa. Así, se dice

que existen mayores facilidades para llegar a acuerdos cuando existen pocas empresas en el mercado. Pero, estos incentivos para coludirse también propician que se traicione el acuerdo. Es decir, si bien puede decirse que, en principio, el oligopolio favorece la existencia de acuerdos, no es tan fácil llegar a acuerdos en todos los casos y que tales acuerdos tengan éxito⁵. Deben existir mecanismos que permitan detectar y castigar a los traidores⁶. En cualquier caso, los acuerdos para restringir la competencia están sancionados en la mayoría de legislaciones y no presentan dificultades para definir la política frente a ellos, la justificación de su represión y/o sanción es clara. No ocurre lo mismo con los casos de colusión tácita, donde los remedios propuestos son variados y no existe uniformidad respecto de cuál debe ser la política idónea frente a ella.

Como ya se ha anotado, se sostiene que también los oligopolios bajo ciertas circunstancias pueden llevar a situaciones en que sin tomar acuerdos expresos, es decir, mediante una "colusión tácita", generen resultados similares a los que arrojaría una concertación. Ello no ocurre en todos los mercados con pocas empresas sino en aquellos que presentan algunas características especiales. En tales casos, no existen acuerdos entre las empresas sino un paralelismo derivado de la particular estructura del mercado.

No obstante, el comportamiento de precios paralelo no es en sí mismo ilícito, puede presentarse por un comportamiento racional interdependiente. Esto no debe ser sancionado por un régimen de control de conductas, salvo que se pretenda que la agencia de competencia deba supervisar los precios de todos los mercados con un reducido número de empresas.

Es claro que el comportamiento racional maximizador de ganancias de los oligopolistas que simplemente toman en cuenta el comportamiento de sus rivales para fijar sus precios no puede ser considerado como una conducta sancionable. No hay un acuerdo de por medio, más bien una respuesta racional, consistente con la situación del mercado y su particular estructura.

Así, no debería condenarse esa conducta, es decir, la mera interdependencia oligopólica. Cosa distinta es que ese sea el escenario ideal. Como bien lo dice el juez Breyer: *"Ello [la falta de condena o sanción] no ocurre porque esa forma de fijar precios sea deseable (no lo es), sino porque es casi imposible diseñar un remedio exigible judicialmente para la fijación de precios "interdependiente". ¿Cómo podría ordenarse a una empresa que determine sus precios sin tomar en consideración las probables reacciones de sus competidores?"*⁷ En otras palabras, no existe forma de sancionar a las empresas por no comportarse de

4 El costo marginal es el aumento de los costos totales resultante de la producción de la última (marginal) unidad de producto.

5 Los oligopolistas pueden tener diferentes estructuras de costos y enfrentar diferentes condiciones de demanda, lo que dificulta fijar niveles de precios satisfactorios para todos.

6 Una vez que el precio es incrementado por encima del costo marginal, los oligopolistas tienen incentivos para rebajar sus precios, especialmente si creen que no serán descubiertos. Para que sea durable este esquema deben incrementar la probabilidad de detectar a los traidores y las posibilidades de castigo, además de evitar ser castigados por la agencia de competencia.

7 Citado en: Organisation for Economic Cooperation and Development. OECD. Op. cit. p. 36 traducción libre.

acuerdo al "ideal" de competencia (que en ese contexto supondría actuar irracionalmente) y actuar de acuerdo a las condiciones que el mercado les impone.

La discusión es si el Derecho de la Competencia debe hacer algo frente a determinados oligopolios (en particular, aquellos que presentan situaciones de colusión tácita) y, cuáles deben ser esos remedios. La solución no es sencilla, pues es evidente que no se puede pedir a las empresas, una vez que son conscientes de su interdependencia, que actúen como si ésta no existiera, ya que eso equivaldría a exigirles que se comporten irracionalmente. Las distintas legislaciones prevén varias posibilidades de solución. Asimismo, se han planteado remedios muy cuestionables y algunos se han dejado de lado (como la división de las empresas o el control de precios).

Actualmente, el debate se centra en definir si la colusión tácita que puede surgir en mercados oligopólicos, debe ser reprimida como una práctica concertada o como un abuso de posición de dominio conjunta.

Algunas legislaciones han tomado la opción de evitar el surgimiento de mercados con interdependencia oligopolística mediante la aplicación del régimen de control de fusiones y/o admiten la sanción mediante la aplicación del régimen de control de conductas y/o reprimen las prácticas facilitadoras de colusión tácita o concertaciones como contrarias en sí mismas a la competencia.

En el presente artículo revisaremos las normas y decisiones jurisprudenciales sobre oligopolios con colusión tácita y abuso de posición de dominio conjunta para intentar una conclusión sobre la actitud que debería tener derecho de la competencia nacional frente al "problema del oligopolio". Antes de ello nos referiremos a la evolución del tratamiento del oligopolio en los Estados Unidos, para luego referirnos a la jurisprudencia europea.

3. Evolución del Análisis Económico del Oligopolio

En la doctrina *antitrust* norteamericana⁸ se han planteado diferentes teorías o doctrinas respecto al tratamiento de los oligopolios. A continuación nos referiremos brevemente a cada una de ellas.

- Estructuralismo o Escuela de Harvard

Esta doctrina hizo énfasis en demostrar que la estructura concentrada de una industria es perjudicial para la competencia, planteando que la concentración del mercado es determinante de la conducta que despliegan los agentes económicos.

Así, los economistas en los años cincuenta se preocuparon por investigar y observar el desempeño de los mercados oligopólicos y medir sus resultados.

Joe Bain estudió las tasas de ganancia de 42 industrias de los años 1936-40. En su investigación encontró que, donde las ocho más grandes empresas controlaban el 70% o más del mercado, las ganancias promedio eran considerablemente más altas que en mercados menos concentrados. Ello sugeriría que esas industrias concentradas actuaron de manera interdependiente para restringir la producción y elevar los precios y obtener así ganancias supranormales.

"(...) el debate se centra en definir si la colusión tácita que puede surgir en mercados oligopólicos, debe ser reprimida como una práctica concertada o como un abuso de posición de dominio."

Esta relación positiva entre concentración y rentabilidad fue también encontrada y confirmada por otros académicos y dio sustento a la escuela estructuralista que, como ya se dijo, sostenía que la estructura de una industria determinaba en gran medida su conducta y desempeño.

La influencia de la escuela estructuralista llevó a algunos planteamientos muy discutibles (ordenar división de empresas) pero que en ese momento fueron vistos como la solución más viable por muchos intelectuales de prestigio. Así, usando como base modelos estructuralistas, muchos economistas impulsaron iniciativas para desconcentrar las industrias norteamericanas oligopólicas, incluyendo legislación para reestructurar monopolios y oligopolios.

Las propuestas para desconcentrar oligopolios tuvieron su origen en la obra de Carl Kaysen y Donald Turner "*Antitrust Policy*" que apareció en 1959. El libro declaraba que el principal defecto de la legislación *antitrust* en ese momento era su incapacidad de enfrentar el poder de mercado creado por el actuar conjunto de los oligopolistas. Kaysen y Turner propusieron una ley diseñada para identificar y disolver empresas que tuvieran un irrazonable poder de mercado. Así, ambos académicos pidieron una nueva legislación que reestructurara las industrias concentradas y dieron el sustento para recomendaciones similares por un conjunto de comités legislativos, grupos de trabajo de alto nivel y comentaristas individuales en las décadas del sesenta y setenta. En términos generales, de haber prosperado esta propuesta de desconcentración, se hubiera dividido a las industrias oligopólicas a menos que la concentración existente hubiere resultado únicamente de patentes legales o a menos que la disolución hubiere causado una pérdida sustancial de economías de escala.

8 En este tema nos hemos basado en GELLHORN, Ernest y William E. KOVACIC, Op. cit. pp. 74-81 y 268-285 y BORK, Robert The Antitrust Paradox. A. Policy at War with Itself. The Free Press. New York, 1993 pp. 163-197

En 1968 un comité designado por el Presidente Johnson y presidido por Phil C. Neal, el decano de la facultad de leyes de la Universidad de Chicago (la Neal Task Force) recomendó la adopción de la *“Concentrated Industries Act”* proyecto diseñado para reducir la concentración en cualquier industria en que *“cuatro o menos empresas tuvieran una participación agregada en el mercado de 70% o más durante al menos siete de diez y cuatro de los más recientes cinco años base”*⁹. Si bien se permitía una defensa de eficiencia, la legislación propuesta hubiera permitido a las cortes *“requerir a empresas oligopolistas (...) a desprenderse de activos o modificar sus relaciones contractuales y métodos de distribución, de modo que ninguna empresa tenga una cuota de mercado mayor al 12%”*¹⁰.

Las propuestas de desconcentración atrajeron fuertes críticas hacia el estructuralismo, con lo cual indirectamente ayudaron a introducir las opiniones de la Escuela de Chicago en la corriente principal del análisis *antitrust*.

- Escuela de Chicago

Esta escuela se opuso a los planteamientos estructuralistas y sostuvo que la estructura concentrada no es perjudicial para la competencia pues suele generarse por la mayor eficiencia.

Así, la Escuela de Chicago formuló fuertes críticas al trabajo de Joe Bain y otros, planteando que las propuestas de desconcentración estaban equivocadas. Las críticas se centraron en los defectos técnicos de los estudios que correlacionaban la concentración del mercado con las ganancias elevadas. También cuestionaron la persistencia en el tiempo de cualquier correlación de ese tipo. Opinaron que, aún aceptando estos estudios como un reflejo preciso de las ganancias de las industrias, la explicación sería que las empresas de eficiencia superior generalmente incrementarán sus cuotas de mercado. En tal sentido, sostuvieron que la comprobación de la concentración en aumento en un mercado abierto puede ser simplemente el resultado de la eficiencia competitiva, donde los ganadores en la lucha concurrencial obtienen una mayor proporción de las ventas.

Así, Harold Demsetz, Yale Brozen y otros cuestionaron el vínculo positivo entre concentración de la industria y rentabilidad. Su investigación demostró que no todas las empresas en mercados oligopólicos gozaban de ganancias supranormales, es decir, que no existe una necesaria relación entre oligopolio y ganancias *“supranormales”*. Los que obtienen retornos más altos y mayores cuotas de mercado simplemente tienen un desempeño superior y la presencia de tales retornos no significa que existe una coordinación a nivel de toda la industria.

Igualmente, una investigación de George Stigler sobre la colusión a mediados de los sesenta destacó las dificultades que los competidores enfrentan al formar y ejecutar

acuerdos expresos para restringir la producción. Los cartelistas no sólo deben escoger un precio común sino también detectar y castigar el engaño. Con ello, debilitó la premisa estructuralista de que el mero reconocimiento de la interdependencia llevará inexorablemente a las empresas a subir los precios en paralelo. Si los acuerdos expresos para restringir la producción son débiles por la dificultad de detectar el engaño, cuando los *“acuerdos”* no son expresos es de esperar mayor debilidad, es decir, los esfuerzos tácitos de coordinar precios tienen más probabilidades de fracasar.

Tomando la opción de prevenir el surgimiento de oligopolios, dadas las dificultades en abordar el comportamiento paralelo independiente en éstos, la política de fusiones desde la Celler – Kefauver Act de 1950, ha tenido como propósito desincentivar concentraciones que originarían nuevos oligopolios o consolidarían los sustanciales niveles de concentración existentes. Los planteamientos de la teoría del oligopolio han influido en la política de fusiones en dos formas importantes. Por un lado, el reconocimiento de la dificultad que enfrentan las empresas al tratar de coordinar su conducta sin llegar a acuerdos ha ayudado a llevar a las Cortes y agencias a tolerar una mayor concentración y fusiones horizontales más grandes de las que se hubieran considerado aceptables hace treinta o cuarenta años bajo la mayor influencia de la escuela estructuralista.

Un segundo efecto ha sido el centrar el análisis de fusiones más precisamente en la evaluación de las características de la empresa e industria que facilitan o frustran la coordinación expresa o tácita. En tal sentido, la política de fusiones norteamericana todavía descansa grandemente en el dogma estructuralista de que la mayor concentración agregada genera una mayor probabilidad de coordinación exitosa entre las empresas. Si bien esta premisa es materia de un extenso y conflictivo debate, el análisis de fusiones se ha vuelto más sofisticado al buscar explicar por qué será o no probable que determinadas transacciones faciliten un ejercicio unilateral o colectivo de poder de mercado.

- Teoría de Juegos

Desde comienzos de los ochenta se han reexaminado las premisas de la escuela de Chicago sobre la coordinación tácita entre oligopolistas. Se ha hecho notar las limitaciones de los modelos anteriores: que el modelo de Stigler estudió la coordinación de carteles en el contexto de una única interacción entre empresas. Igualmente, otros modelos anteriores, como el de Cournot, asumen que las empresas se encuentran en un único episodio. Así, el análisis del modelo citado predice una tendencia a que el precio caerá hacia el costo marginal en la medida en que el número de vendedores aumente (esto es, es más probable que industrias menos concentradas tengan precios más cercanos al nivel competitivo). Estos modelos estáticos

9 BORK, Robert, Op. Cit. p. 176 Traducción libre.

10 Ibidem p. 177

no prevén que las empresas ajustan su comportamiento de acuerdo a cómo los rivales varían sus precios y su producción a través del tiempo.

Investigaciones posteriores tratan el problema de la coordinación no como un encuentro de “un disparo”, sino como un juego repetido en el que los participantes de la industria esperan encontrarse en muchas ocasiones. El análisis del juego repetido en algunos modelos económicos hace más probable que las empresas vayan a coordinar su comportamiento sin un acuerdo expreso.

“(…) muchos modelos fallan en producir un único equilibrio y en su lugar presentan un número infinito de potenciales equilibrios o ninguno en absoluto.”

Se considera que la coordinación tácita entre empresas no ocurre en un momento determinado (episodio único), sino que es un juego repetido a lo largo del tiempo (secuencial).

Un juego es una situación donde varios agentes interactúan en un marco de interdependencia estratégica, lo que significa que los beneficios de cada uno dependen no sólo de sus propias acciones sino de las acciones de los demás y de lo que uno espera que hagan los demás.

La teoría de juegos es el estudio de la estrategia “racional” (optimizadora) en situaciones de grupos pequeños donde los rivales son mutuamente dependientes. Ello ha dado a los economistas los medios principales para examinar interacciones estratégicas, entre ellas las que ocurren en un oligopolio.

Más allá de estudiar el efecto de la estructura de mercado en las ganancias de las empresas, se ha buscado desarrollar modelos que expliquen la conducta de mercados con un reducido número de empresas que actúan independientemente (no coordinan a través de acuerdos o carteles) pero sin perjuicio de ello reconocen que las acciones de otros participantes de la industria pueden afectar sus ganancias (oligopolio no cooperativo). Así, los modelos económicos se han esforzado en identificar posibles cursos de acción alternativos y en racionalizar cómo reaccionará ante sus rivales el oligopolista en busca de maximizar sus ganancias.

Un oligopolio se presta fácilmente para ser estudiado como un juego. Los oligopolistas son jugadores en un concurso cuyo resultado depende de la capacidad de cada jugador de anticiparse a las movidas de sus rivales, de evaluar sus posibilidades y de desarrollar estrategias efectivas para debilitar o anticiparse a sus rivales. Cada empresa observa la conducta de sus rivales en el

encuentro anterior y ajusta su propia conducta para el siguiente episodio o “movida”.

La teoría de juegos usa sofisticadas técnicas matemáticas para identificar los cursos alternativos de acción que enfrentan los oligopolistas y predecir cómo las interacciones competitivas se desarrollarán a través del tiempo. Si bien captura fenómenos que los modelos de “episodio único” eluden, la teoría de juegos tiene limitaciones para el análisis de oligopolios. Así, por ejemplo, muchos modelos fallan en producir un único equilibrio y en su lugar presentan un número infinito de potenciales equilibrios o ninguno en absoluto.

Lo expuesto no implica que una escuela o teoría ha suplantado totalmente a las anteriores. De hecho, los planteamientos del estructuralismo y la escuela de Chicago todavía influyen en la política antitrust, en particular en el tratamiento de la colusión tácita en mercados oligopólicos.

4. Derecho Comunitario Europeo

En el Derecho comunitario europeo se ha desarrollado el concepto de posición de dominio conjunta, el cual ha tenido dos ámbitos de aplicación: el control de conductas y el control de estructuras.

Es pertinente mencionar brevemente la legislación y jurisprudencia de la UE en lo referente a la aplicación del concepto de posición de dominio conjunta en dichos ámbitos.

• Control de Conductas

El artículo 81 del Tratado de Roma establece: “*serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común*”.

El artículo 82 del mismo tratado establece: “*será incompatible con el mercado común y quedará prohibida (...), la explotación abusiva, por parte de una o más empresas de una posición dominante*”.

El artículo 82 al referirse a la posición de dominio de una o más empresas, en principio permitiría condenar abusos de posiciones dominantes conjuntas u “oligopólicas”. En tal sentido, la jurisprudencia europea sí admite la posibilidad de aplicar el artículo 82 a una posición de dominio ostentada por dos o más empresas que genera una situación de colusión tácita. Sin embargo, esta interpretación jurisprudencial no ha tenido un efecto práctico, pues se ha limitado a constatar la posibilidad de aplicación, pero no se ha aplicado en los hechos a ningún abuso de posición dominante conjunta u oligopólica. Cabe anotar que la jurisprudencia ha descartado la posibilidad de aplicar el artículo 81 a la “colusión tácita”, pues es una norma que se refiere claramente a “acuerdos expresos”.

Así en el caso *Wood pulp*¹¹, la Corte Europea de Justicia señaló claramente que dicha norma no se aplica al paralelismo de un oligopolio. Aclaró que la conducta paralela por sí misma no constituye una práctica concertada bajo el artículo 81 y que ese paralelismo puede ser considerado como prueba de la existencia de un acuerdo o de una práctica concertada en caso de la concertación y no la estructura oligopólica del mercado, constituya la única explicación posible para dicha conducta paralela.

En el caso *Italian Flat Glass*¹² la Comisión Europea denunció a tres empresas italianas productoras de vidrio plano por violación del artículo 81 (concertación) y por violación del artículo 82 (abuso de posición dominante) por considerar que ostentaban una posición de dominio conjunta porque "(...) dentro de un oligopolio restringido, disponían de un grado de independencia tal, respecto de las presiones competitivas, que estaban en situación de impedir la existencia de un sistema competitivo auténtico, sin que se vieran obligadas a tener en cuenta el comportamiento competitivo de otros participantes en el mercado".

El Tribunal de Primera Instancia al analizar la aplicación del artículo 82 hizo el siguiente razonamiento:

- El concepto de acuerdo o de práctica concertada entre empresas en el artículo 81 no contempla acuerdos entre empresas que pertenecen al mismo grupo económico. Cuando el artículo 81 se refiere a "empresas" se trata de empresas independientes (sin vínculos estructurales) capaces de competir entre ellas.
- No existe razón alguna, jurídica o económica, para suponer que el término empresa del artículo 82 tenga un significado distinto del artículo 81.
- Por tanto, es posible que empresas independientes ostenten conjuntamente una posición de dominio.

En tal sentido, el Tribunal de Primera Instancia señaló que "*Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiriera la posibilidad de comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores.*" (el énfasis es nuestro)

En ese pronunciamiento no se desarrolló el concepto "vínculos económicos". Más bien, el ejemplo del acuerdo o licencia hace pensar en alianzas o relaciones comerciales que sin tener una finalidad anticompetitiva, otorgan a quienes son parte de ellas una posición preeminente en el mercado que, según el razonamiento del Tribunal, les permitiría a las empresas actuar conjuntamente, con cierta independencia de los demás agentes económicos. No se refiere directamente al oligopolio interdependiente y/o la colusión tácita.

Confirmando que la norma del artículo 82 regula un supuesto diferente que las prácticas concertadas, el Tribunal hace una distinción entre abuso de posición de dominio conjunta y las prácticas del artículo del 81:

"Es necesario señalar que, a efectos de probar la existencia de una infracción del artículo [82] no basta, como pretendía el agente de la Comisión durante la vista, "reciclar" los hechos constitutivos de una infracción del artículo [81], afirmando que las partes de un acuerdo o de una práctica ilícita poseen conjuntamente una cuota de mercado importante; que, por esta única razón se hallan en una posición dominante colectiva y que su comportamiento ilícito constituye un abuso de dicha posición."

Luego, en el caso *Cie. Maritime Belge o Cewal*¹³, la Corte definió que para que exista una posición dominante colectiva las empresas deben estar vinculadas en forma tal que adopten la misma conducta en el mercado. No se necesita de un acuerdo a la manera del ejemplo incluido en el caso *Italian Flat Glass*. Con ello, se aproximó el concepto de posición de dominio conjunta al de interdependencia oligopólica o colusión tácita, que tendrá mayor desarrollo en la jurisprudencia de control de fusiones.

En tal sentido, se reconoce que no tiene que probarse la presencia de vínculos estructurales entre los miembros del oligopolio, pudiendo estos establecerse por determinadas características del mercado que llevan a una interdependencia económica.

Si bien se admite que el artículo 82 es una norma aplicable a esquemas de colusión tácita derivados de la interdependencia oligopolística, hasta la fecha no se ha aplicado a tales supuestos sino más bien a casos que podrían haberse caracterizado como abuso de posición de dominio individual o concertaciones¹⁴. No parecería existir, pues, sustento en los hechos que justifique mantener la categoría de "abuso de posición de dominio conjunta" como una práctica sancionable, menos aún como medio eficaz para combatir la colusión tácita. La falta de aplicación práctica revela

11 Ver C-85/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117-85 y C-125/85 a 129/85 *Alhstrom Osakeyhtiö y otros v. Commission* (1993) I-1307.

12 *Società Italiano Vetro and others v. Commission*. Casos T-68/89, T-77/89 y T-78/89, 1992, ECR II-1403.

13 *Compagnie Matitime Belge and others v. Commission* C-395/96 y C-396/96.

14 "(...) lo cierto es que más allá de las explicaciones teóricas contenidas en las decisiones de la Comisión Europea, así como en las sentencias del Tribunal (sic) Europeo de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, hasta ahora ninguno de los casos en que se ha aplicado el concepto de posición de dominio conjunta se ha referido a supuestos que califiquen estrictamente como esquemas de colusión tácita, sino más bien a casos en que existían vínculos contractuales o estructurales entre las empresas involucradas. (...) debe tenerse en cuenta también que las prácticas sancionadas en algunos de estos casos tampoco fueron comportamientos propios de un esquema de colusión tácita (es decir, el ajuste racional de la conducta de los agentes para adoptar una línea de acción común) sino más bien actos que podrían haberse caracterizado eventualmente, como abuso de posición de dominio individual o como prácticas concertadas". (el énfasis es nuestro) QUINTANA, Eduardo. Abuso de Posición de Dominio Conjunta y Colusión Tácita: ¿Infracciones sin Contenido Real? EN: THEMIS N° 51, p. 195-196

que el esfuerzo de construcción teórica no ha servido para lograr una solución a los problemas del oligopolio anticompetitivo.

• **Control de Estructuras**

Como se sabe, la Unión Europea tiene un régimen de evaluación previa de actos de concentración empresarial. Se busca analizar si tales actos restringen significativamente la competencia en el mercado común, en particular como consecuencia de la creación de una posición dominante en el mercado. La jurisprudencia ha considerado que esto comprende la creación de posición de dominio conjunta.

La primera vez que la Comisión Europea usó el concepto de posición de dominio conjunta en el contexto de una operación de concentración fue en el caso *Nestlé/Perrier*¹⁵ en la industria francesa de agua mineral. La Comisión autorizó (con algunas condiciones) la compra de Perrier por Nestlé y la venta por parte de Nestlé de importantes fuentes de agua mineral pertenecientes a Perrier (principalmente, Vittel) al principal rival de Nestlé, BSN. Nestlé, Perrier y BSN tenían juntas el 85% del mercado relevante, estando el resto del mercado fragmentado en varias empresas pequeñas. La industria era altamente concentrada y caracterizada por considerables barreras a la entrada. Las empresas eran capaces de monitorear los precios de las otras y las cantidades porque una asociación recolectaba y publicaba datos bastante desagregados. La venta paralela de parte de Perrier a BSN aseguraba que la simetría entre Nestlé y BSN después de la fusión se recuperaría, incrementando la probabilidad de colusión. En suma, el caso tenía todos los elementos que daban pie a sostener que la fusión hubiera dado lugar a una posición dominante colectiva, sin embargo, fue aprobado por la Comisión con algunas condiciones así que el caso nunca llegó a la Corte. Esto abrió un período de incertidumbre respecto a la posibilidad de aplicar la regulación de fusiones a la posición dominante colectiva. En la jurisprudencia posterior se aclaró que ello sí era factible y, se desarrolló los criterios económicos para determinar la existencia de posición de dominio colectiva.

Los casos más importantes sobre posición de dominio colectiva en jurisprudencia de control de fusiones de la Unión Europea son:

- *Kali y Salz*¹⁶ (1998) estableció que el concepto de posición de dominio colectiva es aplicable en el marco de la regulación de fusiones.
- *Gencor/ Lonrho*¹⁷ (1999) Fue la primera fusión prohibida por posición dominante colectiva
- *Airtours /First Choice*¹⁸ (2000-2002) El Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión de la Comisión que había prohibido la fusión.

Luego de la incertidumbre de Nestlé/Perrier, en Kali & Salz la Corte Europea de Justicia estableció que la posición de dominio colectiva está cubierta por el régimen de fusiones. Así, la CEJ señaló que la posición de dominio conjunta surgiría cuando la competencia efectiva en el mercado relevante es limitada significativamente por las empresas involucradas en la concentración y una o más empresas, las cuales en conjunto, en particular debido a factores de correlación existentes entre ellas, están en capacidad de adoptar una política común en el mercado y actuar en gran medida independientemente de sus competidores, clientes y consumidores. El caso generó gran debate respecto a lo que se entendía por tales "factores de correlación".

Gencor/Lonrho fue la primera fusión prohibida bajo alegación de creación de posición dominante colectiva. Se consideró que las características del mercado resultante de la fusión facilitaban que los proveedores incurrieran en conductas paralelas.

Así, en el caso Gencor la Corte de Primera Instancia interpretó el caso Italian Flat Glass señalando que en éste "la Corte se refirió a los vínculos de naturaleza estructural solamente en vía de ejemplo y no estableció que dichos vínculos deban existir para determinar la existencia de una posición dominante colectiva".

En tal sentido, concluye que no hay razón para excluir los vínculos que se derivan de la interdependencia de las partes en un oligopolio estrecho en el que, mediando determinadas características del mercado (concentración, transparencia y homogeneidad del producto), las empresas estén en posición de anticipar las conductas de los demás y por ello, se encuentren fuertemente incentivadas a alinear su conducta en el mercado en forma tal que maximicen las utilidades conjuntas restringiendo la producción para incrementar precios.

Como vemos, el concepto de posición de dominio conjunta evolucionó y se amplió, de ciertos vínculos o factores de correlación a oligopolios anticompetitivos. Ello proporcionaba un marco de análisis seguro para futuros casos de concentraciones, por lo que la evolución hacia este concepto fue, en general, bien recibida.

Airtours/First Choice es una fusión prohibida por la Comisión porque crearía posición dominante colectiva, decisión que fue anulada por el Tribunal de Primera Instancia. Fue la primera fusión en que la posición de dominio colectiva se aplica a más de dos oligopolistas.

Airtours/ First Choice es importante por cuanto definió los criterios económicos que determinan la existencia de posición de dominio colectiva, y que deberían ser probados por la Comisión en cualquier procedimiento de control de fusiones.

15 Caso IV/M.190 (1992 OJ L 356/1).

16 France and others v. Commission. C-68/94 y C-30/95, 1998, E.C.R. I-1375.

17 Gencor v. Commission. T-102/96, 1999, E.C.R. II-753.

18 Airtours Plc v. Commission T-342/99.

El Tribunal de Primera Instancia confirmó que se requería (i) transparencia del mercado, esto es, que todos los integrantes del oligopolio puedan conocer cómo se están comportando los demás para monitorear si están adoptando o no la política común. (ii) que la situación de coordinación tácita fuera sostenible en el tiempo (incentivos para no apartarse de la política común) y (iii) que la reacción previsible de los competidores existentes y futuros y de los consumidores no ponga en riesgo los resultados esperados de la política común.

La jurisprudencia europea considera que ciertos mercados presentan características que los hacen más susceptibles de presentar una posición de dominio conjunta. Así, al analizar los efectos de una fusión en mercados donde hay grandes niveles de concentración, la Comisión toma en cuenta la estructura de la competencia y las características generales del mercado y hace una revisión de la estructura y dinámica del mercado afectado para determinar si es propicio para el surgimiento de colusión tácita. Los elementos que se han considerado relevantes para determinar la existencia de posición de dominio conjunta son: (i) homogeneidad del producto (ii) transparencia de precios (iii) estabilidad del mercado (iv) baja elasticidad de la demanda (v) probabilidad de entrada es poca (vi) cuotas de mercado son estables (vii) los proveedores líderes tiene estructuras de costos y cuotas de mercado similares (viii) la existencia de vínculos económicos, estructurales u otros y (ix) actos colusorios en el pasado

5. Otros Planteamientos: Sanción de Prácticas Facilitadoras

Los modelos económicos de “juegos repetidos” suponen que la coordinación exitosa depende de qué tan bien las empresas realizan dos tareas básicas. La primera es identificar principios observables (*focal points*) alrededor de los cuales las empresas puedan organizar sus decisiones de precios. Por ejemplo, publicar listas de precios con sus productos y las fórmulas para calcular precios, luego anunciar incrementos en determinados porcentajes para ciertos grupos de productos. La segunda es convencer a los competidores que la empresa castigará a los rivales que no organicen su conducta de acuerdo a los puntos focales sugeridos. Por ejemplo, al poner cláusulas por las cuales igualará a la competencia en sus contratos, un proveedor puede detectar las reducciones de precios de sus rivales y responder en consecuencia.

Los referidos modelos están influenciando la política *antitrust* respecto de los oligopolios, incrementando la atención en las tácticas que las empresas pueden usar para señalar su intención de adherirse a una línea de conducta y facilitar la coordinación con otros miembros de la industria.

Se ha planteado que las prácticas facilitadoras de la colusión tácita pueden constituir actos de abuso de posición de dominio conjunta sujetos a sanción. En

ese sentido, para sancionar se requeriría constatar que existe un oligopolio en el que hay colusión tácita (que sería la posición de dominio conjunta) y la realización de prácticas que hagan viable la situación de colusión. De esta forma, se busca lograr que se sancionen aquellas prácticas que permiten a los oligopolistas hacer posible la coordinación y la detección y/o sanción de traiciones a la conducta coordinada. Ello con una finalidad preventiva y desincentivadora de colusión tácita o concertaciones.

- Prácticas Facilitadoras más Comunes

Primero hay que hacer notar que “*Casi cualquier conducta que haga más fácil a los oligopolistas cooperar podría ser, bajo las circunstancias adecuadas, una práctica facilitadora*”¹⁹ Se hace necesario, entonces, un análisis caso por caso.

Las prácticas más comunes son aquellas destinadas a hacer más transparente el mercado, por ejemplo, mejorando la posibilidad de que los actores conozcan el comportamiento de sus rivales, incluyendo los precios que cobran. También aquellas que permiten detectar traiciones a los acuerdos adoptados o a la colusión tácita.

“(…) las prácticas facilitadoras de la colusión tácita pueden constituir actos de abuso de posición de dominio conjunta sujetos a sanción (...)”

Así, se consideran casos de prácticas facilitadoras: el anuncio por adelantado de cambios en los precios, las cláusulas de “igualar a la competencia” (“*meet the competition*”) y de “empresa o nación más favorecida” (“*most favored customer*”) en los contratos, *basing point pricing*, etc. También se menciona la constitución de alianzas estratégicas, joint ventures, propiedad compartida y directorios cruzados.

En el caso de las “*meet the competition clauses*” un vendedor garantiza a los compradores potenciales que si otra empresa les ofrece un menor precio, el vendedor lo igualará o liberará al comprador del contrato. Se dice que la cláusula sirve para desincentivar la traición a la conducta acordada (o tácitamente colusoria) al disminuir el costo de monitorear los precios de los rivales, en un mercado en que hay muchos compradores (lo que puede hacer difícil detectar las reducciones de precios). De esta forma, serán los clientes quienes le darán la información al vendedor. No obstante, no siempre que se pacte esta cláusula se podrá considerar facilitadora de prácticas anticompetitivas. Una cláusula para igualar la competencia puede ser expresión de la competencia en el mercado, una previsión para evitar que otra empresa le quite el cliente.

19 En OECD. Op. cit. p. 8 Traducción libre.

Las “*most favored customer clauses*” implican que un vendedor promete dar a sus clientes el beneficio de cualquier precio más bajo que el mismo vendedor le da a otro cliente. Se dice que esta cláusula puede facilitar la colusión en la medida que (i) reduce la incertidumbre respecto de los precios de los rivales ya que permite a las empresas seguir a uno o dos compradores para monitorear todos los precios de los rivales y (ii) puede reducir el beneficio neto de desviarse del monopolio conjunto, porque la empresa no puede discriminar entre compradores para ofrecer selectivamente concesiones en precios para atraer ventas adicionales. No obstante, es claro que estas cláusulas tienen reconocidas eficiencias, como por ejemplo, permitir flexibilidad en contratos de largo plazo evitando continuas renegociaciones.

La práctica *basin point pricing* se suele dar cuando los compradores y vendedores están geográficamente dispersos, con lo cual los costos de transporte pueden ser significativos. Entonces, si los precios finales a los compradores varían considerablemente ¿cómo facilitan las empresas un “meeting of minds” del precio? El sistema de precios *basin point* involucra a vendedores que producen sus bienes en lugares alejados unos de otros en diversa magnitud, de acuerdo a un tarifario o precio común de entrega. Por ejemplo, el precio de venta al comprador incluirá el costo del transporte el cual será uniforme sin importar la real distancia existente entre el vendedor y el comprador. Generalmente, el centro de producción más grande es designado como el “punto de base” o *basin point*. Se dice que estos esquemas de precios con fórmulas fijas de antemano para el transporte, en tanto eliminan la variable del costo de transporte de la estructura de precios, facilitan la colusión tácita pues simplifican potencialmente el formato de precios de cada productor. Un rival no tiene que identificar e igualar cientos de precios definidos de acuerdo al lugar del comprador, sino que solo necesita observar e igualar el precio uniforme de entrega sin importar dónde están localizados los compradores. En la misma línea se sostiene que este esquema de precios también ayuda a monitorear desviaciones de precios, al simplificar la detección de traiciones.

No obstante, el esquema comentado es consistente con una conducta competitiva tanto como con una conducta colusoria (tácita o acordada). Por ello, su sola existencia no puede ser sancionada.

Se ha sostenido que incluso la participación en asociaciones puede ser una práctica facilitadora cuando se usa para promover o disfrazar el intercambio de información “sensible”, adoptar determinados estándares o lograr cambios en regulaciones para facilitar coordinación. Entonces, no es el hecho mismo de asociarse lo censurable sino utilizar esta asociación para propiciar intercambios de información y en general hacer transparente el mercado para facilitar acuerdos. Evidentemente, no todas las asociaciones de empresas son sospechosas. Pero, se dice que, en mercados oligopólicos deben ser vistas con especial cuidado.

También se anota como práctica facilitadora la estandarización de productos y empaques. Sin embargo, es evidente que ello puede reducir las barreras a la entrada y disminuir los costos de producción y ambientales.

- Experiencia en Estados Unidos

En los Estados Unidos para combatir las prácticas facilitadoras se ha utilizado la prohibición de la Sección 5 de la *Federal Trade Commission (FTC) Act* respecto de los métodos desleales (unfair) de competencia que permite a la FTC cuestionar la conducta que infrinja “el espíritu de la política” de la Sherman Act o constituya una violación “incipiente” de la Sherman Act²⁰.

La FTC ha intentado utilizar esta norma “elástica” para cuestionar la coordinación entre empresas que escapa a la Sherman Act, en particular, contra el comportamiento oligopólico.

Así, en los setentas la FTC inició una serie de casos para cuestionar el comportamiento oligopólico. Por ejemplo, denunció a los productores líderes de cereales listos –para– comer y a los refinadores líderes de petróleo del país por la posesión colectiva de poder monopolístico y actividad exclusoria en violación de la Sección 5.

Las denuncias en los casos de cereales y petróleo buscaban la desintegración (*divestiture*) que hubiera reestructurado las industrias afectadas en un número mayor de unidades de negocio. Ambas iniciativas fueron concebidas como esfuerzos innovadores para deshacer estructuras oligopólicas de mercado y eliminar la fijación de precios supracompetitivos. Cada una consumió gran cantidad de recursos y terminó en fracaso. En *Exxon Corp.* (1981) después de ocho años de procesos prejudiciales la FTC retiró su denuncia, en *Kellogg Co.* (1982) el juez de derecho administrativo rechazó la denuncia de la FTC después de un juicio.

Los esfuerzos de la FTC en usar la Sección 5 para atacar prácticas facilitadoras sin colusión culminaron en *Ethyl Corp.* (1983). En *Ethyl* la Comisión alegó que los cuatro productores nacionales de componentes de gasolina habían estado involucrados en varias prácticas facilitadoras incluyendo anuncios de cambios de precios con 30 días de anticipación, cláusulas de “*nación más favorecida*” en contratos de venta asegurando a los compradores el beneficio de rebajas de precios subsecuentes, y precios uniformes con entrega incluida (*basin point pricing*).

Si bien la FTC admitió que cada empresa adoptó las prácticas “independientemente y unilateralmente”, concluyó que al remover alguna incertidumbre del mercado, las prácticas habían facilitado la fijación de precios paralelos a niveles supracompetitivos. El Segundo Circuito denegó el *enforcement* de la orden de la FTC fallando que “*la conducta no colusoria, no predatoria e independiente de naturaleza no artificial*” no violaba la

Sección 5. Antes que una práctica pueda ser considerada "injusta" (unfair) conforme a la Sección 5, la FTC debía establecer que la conducta era "opresiva", condición que sólo podía inferirse de "(1) evidencia de una intención o propósito anticompetitivo de parte del productor denunciado o (2) la ausencia de una legítima razón de negocios independiente para la conducta." De esta forma, la Corte falló que "la mera existencia de una estructura de mercado oligopólica en la que un pequeño grupo de productores se involucra en fijación de precios paralelos de un mismo producto no viola las leyes antitrust."

- Ordenamiento Comunitario Europeo

La Comisión Europea ha tratado de atacar directamente las prácticas facilitadoras que hacen posible a menudo el comportamiento coordinado en mercados oligopólicos, principalmente las destinadas a hacer más transparente el mercado. Cabe anotar que, en el caso *Woodpulp* "la Corte de Justicia sostuvo que la práctica de anunciar periódicamente los precios diseñada para mejorar la transparencia del mercado no podía ser considerada anticompetitiva como tal ni constituirá suficiente evidencia de la existencia de un acuerdo de fijación de precios"²¹. Ello ocurrió en el contexto de un caso de concertación, en el que no se buscaba sancionar a las prácticas facilitadoras por sí solas.

En el caso *Fiatagri*²² se varió este criterio. La Corte de primera Instancia confirmó una decisión de la Comisión prohibiendo un sofisticado sistema de intercambio de información establecido por varios fabricantes de tractores en el Reino Unido, destinado a monitorear las ventas en el mercado con miras a prevenir importaciones paralelas. La Corte estableció que la decisión era la primera en que la Comisión ha prohibido un sistema de intercambio de información que no sustentaba ningún otro arreglo anticompetitivo.

En ese sentido, la Corte parece aceptar que esas prácticas pueden ser atacadas directamente incluso en ausencia de un acuerdo anticompetitivo entre las partes.

En cuanto a los efectos anticompetitivos de las prácticas, la Corte se refiere al hecho que "el uso general del intercambio de información sobre precios [ocurre] en un mercado oligopolístico altamente concentrado en el que la competencia ya está bastante reducida y el intercambio de información

facilitado es probable que dañe considerablemente la competencia entre los comerciantes." De esta forma, se presta atención a los potenciales efectos anticompetitivos de la práctica teniendo en cuenta las condiciones estructurales existentes en el mercado oligopólico.

- Posibilidad de Sanción en Nuestro Sistema

Se aduce que se debe sancionar las prácticas anotadas cuando se presentan en mercados oligopólicos con determinadas características que hacen presumir colusión tácita (que sería la posición de dominio conjunta, la práctica facilitadora sería el "abuso") y no en aquéllos en que simplemente se da un comportamiento racional interdependiente. Por ello, se debe hacer un análisis caso por caso. No podría sancionarse una práctica aparentemente facilitadora en mercados con reducidas o nulas barreras a la entrada y poca concentración. Lo que lleva a la discusión de qué es "poco" o "reducido"²³.

Entonces, no se podría sancionar a partir de la verificación de que existen pocas empresas y todas celebran contratos con una cláusula de "nación más favorecida" si no se comprueban otras condiciones del mercado que corroboren la existencia de colusión tácita. Como no hay acuerdos expresos, se utilizarán argumentaciones económicas y pruebas circunstanciales. Es previsible, entonces, que se de un proceso con alto grado de "especulación" como en control de fusiones, con el problema que se trata de un procedimiento de distinta naturaleza, destinado a sancionar conductas anticompetitivas.

El gran peligro es que se termine prohibiendo y sancionando prácticas que generan eficiencia y no tienen finalidad de facilitar coordinación alguna.

En el Decreto Legislativo 701 no se prevé expresamente la posibilidad sancionar este tipo de prácticas como anticompetitivas en sí mismas. ¿Podría sancionarse como abuso de posición de dominio conjunta dentro del inciso f) del artículo 5²⁴ "otros casos de efecto equivalente"?

En este caso debe definirse si estas prácticas permitirían a las empresas oligopólicas con posición de dominio (colusión tácita) obtener beneficios y causar perjuicios a otros que no serían posibles de no existir tal posición de dominio²⁵.

21 Ibidem p. 214.

22 Caso T-34/92 *Fiatagri and New Holland v. Commission* (1994) ECR II-907.

23 Por ejemplo ¿podemos aceptar cómo válidos para nuestro país, los parámetros de "alta" concentración previstos en los lineamientos norteamericanos sobre fusiones, que corresponden a otra realidad económica? Si se van a perseguir prácticas facilitadoras en nuestro país partiendo de esos parámetros, entonces, la agencia de competencia no se va a dar abasto para investigar.

24 En lo sucesivo, al referirnos a un artículo sin mencionar la ley, estaremos aludiendo al Decreto Legislativo 701.

25 Artículo 5.-Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio:

- La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.
- La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; (incisos d y e derogados)
- Otros casos de efecto equivalente.

Si bien el beneficio que se obtiene con ellas es facilitar un esquema de colusión tácita que no sería posible sin las prácticas, el efecto de éstas no es equivalente a los demás casos del artículo 5, pues el perjuicio directo que se causa no es a otros competidores sino a los consumidores: las prácticas ayudan a crear y mantener una situación que permite cobrar un precio mayor al que se daría en situaciones de plena competencia, esto es, hacen posible una explotación de la situación de oligopolio colusorio.

Así, las prácticas facilitadoras tienen como efecto hacer viable o facilitar una conducta “explotativa”, esto es, permitir a las empresas explotar la posición de dominio conjunta (situación de colusión tácita). Se plantea en este caso la discusión ya presentada con ocasión del caso de las AFP²⁶, respecto a si es sancionable el abuso de posición de dominio “explotativo”.

“(…) Es imposible prever todas las posibilidades de prácticas, con lo que tendrá que darse una enumeración no taxativa (…)”

En efecto, los otros casos del artículo 5 son actos que en sí mismos producen el efecto de restringir la competencia, con un efecto excluyente directo. Las prácticas facilitadoras no solo son accesorias de un esquema colusorio o de “fijación interdependiente de precios excesivos” (en sí mismas no son anticompetitivas), sino que no tienen por efecto directo restringir la competencia pues, como ya se dijo, sirven de mecanismo facilitador de una situación que les permite a todas cobrar precios por encima del nivel de competencia. Por ello, el uso de prácticas facilitadoras no estaría incluido en el del inciso f) citado. En consecuencia, se requeriría una norma distinta para sancionar dichas prácticas pues no tienen un efecto equivalente a los otros casos del artículo 5.

Consideramos que debería tipificarse expresamente la infracción consistente en el uso de prácticas facilitadoras, para respetar los principios del derecho administrativo sancionador²⁷. En ese caso se presenta una dificultad: es imposible prever todas las posibilidades de prácticas, con lo que tendrá que darse una enumeración no taxativa, esto es, normas de textura abierta donde existe discrecionalidad de la agencia de competencia, lo que siempre genera preocupación en un país como el nuestro, institucionalmente débil.

26 Resolución N° 0225-2004-TDC/INDECOPI.

27 Ley del Procedimiento Administrativo General, N° 27444

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(…)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

El Tratamiento de la Posición de Dominio Conjunta o Colusión Tácita en el Derecho de la Competencia Peruano

En el Perú no existe un régimen general de control de fusiones. Las siguientes conductas están prohibidas:

- Prácticas restrictivas de la libre competencia – los actos entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia, que consistan en acuerdos, decisiones, recomendaciones; actuaciones paralelas; o, prácticas concertadas. (artículo 6 del Decreto Legislativo 701)
- Abuso de posición de dominio – cuando una o más empresas que se encuentran en una posición dominante actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no encontrarse en dicha posición. (artículos 4 y 5 del Decreto Legislativo 701)

Los casos que se han pronunciado respecto de la posición de dominio conjunta son:

- Cab Cable S.A. vs Electrocentro S.A. (Exp. 006-1998-CLC)
- V.O. Cable vs Luz del Sur S.A.A. (Exp. 006-2000/OSIPTEL)
- Alfatel vs Telefónica (Exp. No. 009-2001/OSIPTEL)
- CUT y Javier Diez Canseco vs AFPs (Exp. No. 001-2003)
- Almusa vs Tramarsa y otros (Exp. No. 009-2004)

A continuación, nos referiremos a cada uno de estos casos, brevemente.

- Caso Cab Cable vs Electrocentro

En este caso se analizó la negativa de una empresa eléctrica de alquilar postes de alumbrado público a una empresa de televisión por cable. Además de la empresa eléctrica, una empresa telefónica también tenía instalados postes en el mercado relevante. Si bien en este caso no se utilizó el término “posición de dominio conjunta”, se alude a la circunstancia particular por la que dos empresas pueden actuar independientemente de sus competidores. Se aduce que, aún cuando existiera la posibilidad de que otra empresa alquile postes, la empresa Electrocentro tendría posición de dominio por la estructura particular del mercado.

La Resolución de la Comisión de Libre Competencia – CLC (confirmada por el Tribunal) estableció que:

“Aún en el supuesto que se demuestre que Telefónica puede alquilar sus postes no sería posible concluir en forma definitiva que Electrocentro carece de una posición

dominante en el mercado, toda vez que **dicha posición se originaría en el carácter especial que tiene el producto que se alquila y en la estructura particular del mercado relevante**. En efecto, el servicio relevante (alquiler de postes) involucra una infraestructura (los postes) que en la práctica es necesario alquilar para poder prestar el servicio de televisión por cable en Huancayo, ya que su instalación se dificulta por características propias de la zona, como la estrechez de las veredas y los permisos municipales, entre otros aspectos..." (el énfasis es nuestro)

Asimismo, en su resolución el Tribunal señaló que:

*"Electrocentro es una empresa con posición de dominio pues, **tanto dicha empresa, como Telefónica** (empresa que también tiene postes en Huancayo) **pueden actuar independientemente, con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores en el mercado de alquiler de postes, recurso esencial para participar en el mercado de televisión por cable.***

La circunstancia de que Telefónica tenga postes en el ámbito territorial de la ciudad de Huancayo no significa que Electrocentro deje de tener posición de dominio, toda vez que se ha acreditado en el expediente que la participación de Telefónica se encuentra restringida y en algunos casos no alcanza a las zonas que son de interés para la denunciante." (el énfasis es nuestro)

Así, las características de los postes en el mercado relevante otorgarían la posibilidad que las empresas que los tienen instalados puedan negarse a contratar y afectar la competencia, con lo que pudo hacerse un razonamiento similar al que luego hará OSIPTEL (ver casos siguientes), esto es, sostener que ambas empresas tendrían posición de dominio conjunta.

Hay un aspecto interesante: si bien en el caso de Telefónica podría alegarse que se quiere reservar un mercado potencial (para la empresa de cable de su grupo económico), en el caso de Electrocentro, no se aprecia una finalidad anticompetitiva. Es un caso de negativa arbitraria que, a nuestro entender no es sancionable, sin embargo, no fue analizado como tal por las autoridades encargadas de resolver.

- Caso VO Cable vs Luz del Sur

Este también es un caso de negativa de una empresa de distribución eléctrica a arrendar postes de alumbrado

público a una empresa de televisión por cable. El Cuerpo Colegiado Ordinario de OSIPTEL (CCO) consideró que Luz del Sur y Telefónica tenían una posición de dominio conjunta en el mercado de alquiler de postes por cuanto:

1. Tenían participación de mercado similar (59% y 41%, respectivamente)
2. La concentración era elevada.
3. Existían considerables niveles de barreras a la entrada económicas y técnicas así como factores relacionados con las características del arrendamiento de postes (diferencias entre los postes de cada una, impacto de la tecnología en la industria, existencia de capacidad ociosa).
4. Las empresas no compiten efectivamente entre sí y evidencian comportamientos similares.

El CCO declaró fundada la denuncia en contra de Luz del Sur por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, la cual fue luego revocada por el Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL. El Tribunal no cuestionó la conclusión del CCO respecto a la existencia de posición de dominio conjunta y más bien señaló que no se aportaron pruebas que desvirtuaran dicha conclusión, opinando que *"no puede afirmarse que la instalación de postes propios de VO Cable sea sustituto adecuado de los postes de la demandada, ni que la existencia de dos postes de la propiedad de la demandante en Huaycán sea evidencia de que Luz del Sur no cuenta con posición de dominio en el mercado relevante."* No obstante, consideró que la negativa estaba justificada en ese caso y por ello no sancionó a la empresa, revocando la resolución del CCO.

Se dice que las empresas evidenciaron comportamientos similares, sin embargo, cada una tenía motivos distintos para negarse a arrendar sus postes a empresas de cable.

En este caso, a deferencia de Cab Cable, el Tribunal sí analizó la conducta como una negativa arbitraria, aunque se llegó a la equivocada conclusión de que este tipo de prácticas están sancionadas. No se entiende qué beneficio²⁸ (anticompetitivo) obtendrían las empresas eléctricas de negar el alquiler a una empresa de cable, como no sea el de evitarse lo que consideraban un mal negocio, a lo cual ciertamente tenían todo el derecho²⁹.

28 Como se sabe, el abuso de posición de dominio supone que se obtengan beneficios y se causen perjuicios a otros que no serían posibles de no tenerse la posición de dominio. Para que se justifique una sanción, estos beneficios tienen que estar relacionados con alguna ventaja competitiva que la empresa dominante espera obtener. De lo contrario, si se causa un perjuicio sin tener una finalidad de afectar la competencia en beneficio propio no debería imponerse sanción alguna, lo contrario implica distorsionar toda la lógica de la legislación sancionadora de actos contrarios a la competencia.

29 En un razonamiento cuestionable, el Tribunal concluye que la sanción a las negativas arbitrarias está contenida en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, pero que no se sancionan en todos los casos sino cuando se genere el riesgo de que una tercera empresa pueda monopolizar el mercado afectado por la negativa. No obstante, esto no se desprende del texto expreso de la ley y es creación del Tribunal. El texto de la norma es el siguiente:

Decreto Legislativo 701

"Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, **que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado** o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional." (resaltado agregado)

Es claro que, para que se sancione en este caso, la negativa arbitraria tendría que constituir un abuso de posición de dominio y como tal estar incluida en el artículo 5, sin embargo, la propia resolución admite que no lo está. "(...)el artículo 5 inciso a) del Decreto Legislativo 701 no es aplicable a las negativas de trato arbitrarias."

- Caso Alfatel vs Telefónica

Este también es un caso de negativa de alquiler de postes, esta vez de parte de una empresa de telefonía. En su resolución de primera instancia, el CCO señaló que: *“debe precisarse que el control de concentraciones empresariales evalúa los efectos perjudiciales que podría tener una fusión o adquisición de empresas sobre el grado de competencia en el mercado, para así evitar infracciones futuras. En tal sentido, la metodología y criterios de evaluación utilizados en la Comunidad Europea para identificar una posición de dominio conjunta dentro de un proceso de control de concentraciones tiene una finalidad preventiva ya que supone analizar si una operación de concentración otorgará a las empresas que quedan en el mercado luego de la operación una posición de dominio conjunta, de manera que puedan dejar de competir a través de una coordinación tácita. En otras palabras, en los procesos de control de concentraciones la identificación de la posición de dominio conjunta es el objetivo del análisis.*

Por otro lado, **los procedimientos por abuso de posición de dominio conjunta tienen por finalidad determinar si se cometió efectivamente una infracción a las normas de libre competencia.** Dentro de este contexto, la identificación de la posición de dominio conjunta supone determinar si una o más empresas pueden actuar independientemente de los demás participantes en el mercado, imponiendo condiciones de venta sin que hayan empresas que puedan enfrentárseles, para luego analizar si una o más de dichas empresas cometieron actos abusivos. Es decir, **la identificación de la posición de dominio conjunta es un medio para definir posteriormente si se produjo la infracción.**

De acuerdo con lo anterior en los procedimientos por abuso de posición de dominio conjunta **no se requiere evaluar si las empresas pueden incurrir en una colusión tácita para no competir**, sino si se encuentran en capacidad de ejercer su poder de mercado para explotarlo o para excluir a los competidores. En consecuencia, la definición de una posición de dominio conjunta en un procedimiento por abuso puede tomar en cuenta la metodología y criterios de evaluación utilizados en la Comunidad Europea para el control de concentraciones pero adecuándolos en lo que sea necesario en tanto que los mismos han sido desarrollados para procesos de naturaleza distinta y asumiendo que no tienen que aplicarse necesariamente en su integridad.” (resaltado agregado).

El CCO concluyó que Telefónica y Luz del Sur contaban con posición de dominio conjunta en el mercado relevante porque:

- Luz del Sur y Telefónica, tenían igual cobertura de red por lo que la presencia de ambas en el mercado es equivalente;
- existían barreras a la entrada y salida del mercado;
- dichas empresas tenían suficiente información como para considerar que no existían incentivos para que compitieran; y,

- la capacidad de respuesta de los clientes del servicio relevante era bastante limitada.

En realidad, el CCO está planteando que el concepto de posición de dominio conjunta es distinto en cada régimen (conductas o fusiones) lo que no es correcto. Si bien es claro que la lógica del análisis es distinta en uno u otro supuesto, ello no obliga a concluir que el concepto de posición de dominio conjunta varía.

En efecto, en un régimen se analizará si el acto resultante de la fusión genera un mercado con dicha estructura, en el caso de control de conductas se analiza la estructura del mercado para determinar si presenta una posición de dominio conjunta y luego se verificaría si existió un acto de abuso. Lo que queremos destacar es que no es posible, como lo hacen los órganos de OSIPTEL, tomar del concepto de posición de dominio conjunta del control de fusiones algunos criterios y luego cambiar totalmente dicho concepto para encontrar en el caso concreto una posición de dominio y sancionar. En otras palabras, se adecúa la definición al resultado que se busca: obligar a la empresa a contratar.

Así, el Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL señaló entre las condiciones para que exista una posición de dominio conjunta o colectiva en un mercado que éste presente:

“elevadas barreras de acceso, firmas con importantes participaciones así como un alto nivel de concentración, fluidez de información entre los agentes económicos para conocer la capacidad e interés por competir de los rivales, condiciones que generen poco dinamismo en el mercado (como la existencia de bienes homogéneos o una reducida importancia de la innovación), limitada capacidad de respuesta de los clientes para trasladar su demanda a otros proveedores, entre otros elementos.”

En línea con lo establecido por el CCO, el Tribunal considera que la posición de dominio conjunta en el caso de control de conductas es distinta de la del control de estructuras y que la lógica de análisis en uno y otro caso es distinta.

*“Así, en el contexto de procesos por abuso de posición de dominio, la identificación de una posición de dominio conjunta no tiene por finalidad evaluar si las empresas podrán actuar coordinadamente a futuro, sino que su objetivo es **determinar si existen empresas que pueden actuar independientemente en el mercado** –es decir, que tienen posición de dominio conjunta– y si dichas empresas impusieron condiciones abusivas a sus clientes o restringieron la competencia.*

*En consecuencia, no se requiere determinar si Telefónica y Luz del Sur S.A.A. tienen incentivos para actuar coordinadamente –como sostuvo la recurrente– puesto que no se trata de un proceso de autorización de concentraciones empresariales. En este caso, lo que corresponde es definir, **si el mercado ofrece suficiente información a las empresas para darles cierto grado de seguridad de que no existirá***

competencia entre ellas si alguna incurre en actos abusivos; es decir, que ante una conducta abusiva no corren riesgo que otra empresa ofrezca el bien al cliente afectado. En el presente caso, el mercado tiene características que limitan los incentivos que pueden tener las empresas para competir y, adicionalmente, las dos empresas existentes han demostrado falta de interés por arrendar sus postes en Huaycán. En consecuencia, debe concluirse que en el caso bajo análisis el mercado ofrece suficiente información para dar lugar a la existencia de una posición de dominio conjunta”.

Lo que en buena cuenta sostiene el Tribunal es que, para efectos de sancionar conductas no interesa las características del mercado que llevan a la colusión tácita, es decir, en un proceso de control de conductas, el hallazgo de posición de dominio conjunta no depende de la probabilidad de colusión. No obstante, precisamente la experiencia comparada corrobora que “*joint dominance*” es un concepto que incluye la posibilidad de actuar en un mercado de manera interdependiente, actuación que, si va aunada a ciertas condiciones de mercado y determinadas prácticas facilitadoras puede originar la colusión tácita. Como ya se dijo, el que los procedimientos tengan un enfoque distinto (preventivo vs. sancionador) no impide usar en ambos el mismo concepto de posición de dominio conjunta, lo que OSIPTEL no admite.

Así, el Tribunal precisó que no se sanciona la estructura del mercado, es decir, que existan empresas con posición de dominio conjunta, sino las conductas abusivas que pueden cometer aprovechando tal situación para impedir el desarrollo de la competencia. En tal sentido, añade que “*se requieren pruebas de la realización de conductas –como una discriminación o una negativa injustificada de trato– que indiquen la intención o tengan el efecto de restringir la competencia.*” Como se puede advertir, se trata de esta forma, de construir un concepto de posición de dominio conjunta distinto del “oligopolio con colusión tácita”, alejándose de la jurisprudencia comparada predominante.

En este caso, se sancionó a la empresa por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.

Lo cierto es que, al momento de presentarse la práctica supuestamente anticompetitiva, el marco regulatorio no preveía la obligación de arrendar los postes a las empresas de cable que lo solicitaran. Ante una denuncia y teniendo OSIPTEL facultades de agencia de competencia, dió una solución al problema concreto de la falta de regulación *ex ante* en un procedimiento de sanción *ex post*. El concepto del que se sirvió fue el de posición de dominio conjunta, adaptándolo al caso para obligar a la empresa a alquilar.

- Javier Diez Canseco y CUT vs AFPs

Mediante Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI del 4 de junio de 2004, la Sala de Defensa de la Competencia confirmó la resolución emitida por la Comisión de Libre

Competencia que declaró improcedente la denuncia contra las cuatro Administradoras de Fondos de Pensiones – AFP del mercado, por abuso de posición de dominio en la modalidad de precios abusivos o excesivos. En este caso, se denunció que las AFP ostentaban posición de dominio conjunta.

Al interpretar el artículo 4 del Decreto Legislativo 701, la Sala afirma que éste contempla expresamente el supuesto en el que la posición de dominio es el resultado de la acción de varias empresas o agentes económicos. Señala que ello puede deberse a que varios agentes que actúan en un mercado son parte del mismo grupo económico (en cuyo caso no hay posición de dominio conjunta sino individual), o

“(…) sea que se trate de una posición de dominio conjunta o individual, ella debe ser el resultado de las fuerzas del mercado y no de una regulación específica.”

*“Una situación distinta es aquella en que los **varios agentes de mercado, independientes entre sí, poseen la posición de dominio como una consecuencia de la particular estructura del mercado en el cual actúan.** Esta situación, **singular y poco frecuente**, les puede permitir a todos ellos obtener una posición de dominio como consecuencia de la estructura singular del mercado en el cual participan (...) todos los agentes de mercado, en conjunto, ejercen naturalmente la posición de dominio.”*

La Sala consideró que sea que se trate de una posición de dominio conjunta o individual, ella debe ser el resultado de las fuerzas del mercado y no de una regulación específica.

*“(…) en el caso de la existencia de una posición de dominio conjunta por parte de agentes económicos independientes unos de otros, dicha posición debe ser el resultado de una acción de mercado, con intercambios intensos y competencia, que determina **un resultado estructural que hace posible la acción conjunta –no concertada de los agentes que participan del mismo** (...) la única posibilidad de que se trate de una posición de dominio ostentada conjuntamente por las empresas que participan en el mercado de las AFPs es que existan condiciones de estructura de dicho mercado que permitan a todas ellas ejercer – en simultáneo la posición de dominio”.*

En tal sentido, la Sala no sancionó a las empresas porque consideró que el artículo 4 del Decreto Legislativo 701 prevé una posición de dominio que se origina por la propia dinámica del mercado. En este caso, consideró que no existía una posición de dominio originada por las fuerzas del mercado sino por una regulación específica. La conclusión evidente es que la Sala

habría sancionado el abuso explotativo de la posición dominante colectiva si dicha posición no se hubiera originado en la regulación³⁰. Es decir, para la Sala si la posición de dominio fuere el resultado de la propia dinámica del mercado, podría sancionarse la fijación de precios "explotativa", esto es, que los oligopolistas fijen precios "muy altos" como resultado de la posición de dominio conjunta que ostentan.

- Almusa vs Tramarsa y otros

La Resolución de la CLC³¹ contiene un enfoque diferente al de OSIPTEL y la Sala. En ella, la CLC empieza su análisis con una advertencia: señala que el concepto de abuso de posición de dominio conjunta "no encaja cómodamente" en el abuso de posición de dominio ni en la norma de prácticas colusorias.

La CLC señala que la posición de dominio conjunta se refiere a la situación en que varias empresas alinean su conducta no concertadamente, implica una actuación alineada pero no acordada de las empresas. Las empresas se comportan como un cartel sin haberse puesto de acuerdo. Considera que la posición de dominio conjunta sólo puede surgir en mercados con intensa interdependencia oligopólica y que sería un caso de prácticas conscientemente paralelas incluido en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

*"Pese a la terminología empleada y a que un supuesto abuso de posición de dominio conjunta podría ser visto indistintamente como un abuso de posición de dominio (llevado a cabo por dos o más empresas independientes entre sí) o como una práctica colusoria ("colusión tácita"), esta Comisión considera que este tipo de prácticas deben ser encausadas a través del artículo 6° del Decreto Legislativo 701, es decir, dentro de las denominadas prácticas colusorias y en particular, bajo el concepto de **prácticas conscientemente paralelas**."*

Como se puede advertir, esta interpretación es contraria a las que han adoptado las autoridades de competencia en Europa donde al menos en teoría se ha preferido encausar las prácticas a través de la norma sobre abuso de posición de dominio (como ya se dijo, no ha tenido aplicación práctica), descartándose la aplicación del dispositivo sobre acuerdos entre competidores.

No existe sustento para incluir estas conductas en el artículo 6. A pesar de lo sostenido por la CLC, son los artículos 4 y 5 del Decreto Legislativo 701 los que contemplan la posibilidad de sanción de abuso de posición de dominio conjunta, esto es, no como prácticas concertadas.

Si bien la CLC cita la Resolución de la Sala en el caso AFPs (R. 0225-2004/TDC-INDECOPI) para sustentar que es competente para conocer de casos de abuso de posición de dominio conjunta, resolución que incluye a la posición de dominio conjunta dentro del artículo 4 del Decreto legislativo 701, luego considera que la conducta debe encuadrarse dentro del artículo 6, para lo cual debe hacerse un análisis que recoge algunos elementos de la jurisprudencia europea de control de fusiones.

Según la CLC, el Derecho europeo ha superado la teoría de la posición de dominio conjunta para analizar la figura bajo el concepto de colusión o coordinación tácita. Ello es parcialmente cierto. Lo ha hecho en el campo del control de fusiones, mas no en el de control de conductas en que no se considera sancionable la colusión tácita como un caso de concertación. Además, en la jurisprudencia norteamericana, extender los términos de lo que se considera "acuerdo" conforme a la sección 1 de la Sherman Act también es una opción que ha tenido poco éxito para combatir el comportamiento colusivo en oligopolios interdependientes.

La CLC señala que una investigación por colusión tácita será absolutamente excepcional, pues se investigará sólo cuando se presenten fuertes oligopolios no competitivos. Se buscará corregir deficiencias en mercados intensamente oligopólicos³².

Describe cuándo se presentan dichas situaciones de oligopolio "intensamente no competitivo" señalando las condiciones para la configuración de una posición de dominio conjunta, basándose en la jurisprudencia europea sobre fusiones: (i) que cada miembro del oligopolio pueda conocer cómo se comportan los demás, a efectos de monitorear si se apartan de la línea de conducta común (ii) deben haber mecanismos creíbles de sanción a quienes se aparten (iii) el resto de agentes no debe poder "contestar" la política común.

Añade que la estructura singular del mercado en la que puede presentarse una posición de dominio conjunta es una que determina que la acción conjunta no concertada sea posible. Indica que las características del mercado que propician la posición de dominio conjunta resultan sumamente excepcionales: (i) una especialmente alta concentración del mercado (ii) simetría de participantes en el oligopolio (iii) alta transparencia en el mercado (iv) homogeneidad del producto (v) tecnología de producción madura (vi) demanda decreciente, estática o de crecimiento moderado (vii) inelasticidad de la demanda y (viii) altas barreras de ingreso al mercado³³.

30 Queda por determinar si la Sala, con su nueva conformación, seguirá en la línea de esta posición, tanto respecto a la interpretación del artículo 4 como la posibilidad de sancionar el abuso explotativo de posición de dominio.

31 Cabe anotar que la Resolución de la CLC fue declarada nula por la Sala (Resolución N° 1046-2006/TDC-INDECOPI) por considerar que se trataba de acuerdos verticales y no cabía analizar la posibilidad de abuso de posición de dominio conjunta. No obstante, el interés de la Resolución de la CLC se mantiene por ser la primera resolución emitida por dicho órgano en que se analiza el concepto de posición de dominio conjunta.

32 No señala qué deficiencias se corregirán ni cómo. Aparentemente, sería sólo mediante abogacías de competencia, pues como se indicará luego, llega a la conclusión que no se debe sancionar este tipo de prácticas.

33 Dice la CLC que las condiciones de mercado señaladas son muy similares a las que la doctrina y jurisprudencia en materia de libre competencia suele señalar como favorables para la presencia y probabilidad de acuerdos colusorios. Para la CLC esta sería una confirmación de que es correcto aplicar el artículo 6.

A las condiciones de mercado señaladas debe añadirse evidencia suficiente de que las empresas que conforman el oligopolio están actuando de manera paralela en el mercado.

Entonces, de lo dicho por la CLC tenemos que, para que se configure el “abuso de posición dominante colectiva” o práctica conscientemente paralela, debe existir: (i) oligopolio con mecanismos de sanción, transparencia y no contestabilidad (ii) estructura singular de mercado y (iii) evidencia de actuación paralela.

Si bien sostiene que la *“persecución de las prácticas conscientemente paralelas tiene sentido en determinados mercados”*, esto es, cuando se llegue a una distorsión del proceso competitivo porque los agentes en el mercado adoptan una estrategia no competitiva; concluye que no necesariamente este tipo de conductas debe ser corregido mediante la imposición de sanciones. La CLC indica que es consciente que el problema de la interdependencia oligopólica y el surgimiento de colusiones tácitas es uno más de estructura del mercado, que de comportamiento de sus agentes. Señala que no tendría sentido sancionar a un agente por actuar del modo que racionalmente le resulte más ventajoso (respondiendo a las condiciones del mercado), porque le permite maximizar sus beneficios. Pero, en tal supuesto sí puede intervenir la agencia de competencia mediante abogacías de competencia.

No obstante, si esta conducta está tipificada en el artículo 6 como sostiene la CLC, entonces, debería sancionarse, la ley no deja alternativa³⁴. Lo cierto es que no es así, en todo caso, tendría que admitirse la aplicación del artículo 5.

Contradictoriamente, la CLC dice que la colusión tácita o prácticas conscientemente paralelas tienen su origen en una particular estructura de mercado, para luego señalar que *“la acción conjunta o paralela debe ser una que **no encuentre justificación en las condiciones de mercado, sino más bien en un oportunismo de las empresas en su condición de oligopólicas. (...) los oligopolistas deberán adoptar conscientemente una estrategia no competitiva.”***

Si bien la CLC dijo que es más un problema de estructura, luego se refiere al comportamiento (adoptar una estrategia conscientemente). Es muy difícil probar cuándo las empresas son “conscientes”. Probablemente, lo único que se tiene como evidencia es el comportamiento paralelo, porque no hay acuerdos. Pero, precisamente, como se ha dicho antes, la colusión tácita responde, entre otros, a particulares condiciones de mercado, por lo que la conducta “oportunistista” que no se explica en la estructura del mercado no podría ser la fijación de precios interdependiente, sino algo distinto.

La CLC sostiene que el comportamiento paralelo no es suficiente sino que se requiere que se “comporten igual” pero de manera oportunista. Entonces, oportunismo ¿significaría sacar ventaja de la situación de oligopolio, por ejemplo, subiendo los precios, sabiendo que los demás lo van a seguir y que en efecto lo sigan? Pero, se ha dicho que esto es racional y no sancionable.

En este punto, realmente no queda claro cuál sería la conducta reprochable según la CLC. De acuerdo a lo indicado en un cuadro resumen de la resolución, parecería ser la mera fijación de precios interdependiente, lo que no se condice con la teoría económica y doctrina sobre la colusión tácita³⁵. En efecto, la CLC anota en el cuadro donde señala las clases de prácticas colusorias que la figura de abuso de posición de dominio conjunta o colusión tácita se aplicaría preferentemente a fijación de precios. Pero, precisamente, este es el caso en que no debería aplicarse sanción alguna.

Así, si el mercado hace que los actores se comporten de modo que el precio sea mayor que el nivel de competencia y se sanciona, ello implicaría: (i) que existe la obligación de las empresas de fijar sus precios a costo marginal (precio de un mercado competitivo) lo que no ocurre y (ii) que la agencia de competencia tendría que estar monitoreando los mercados para vigilar que el precio no suba, lo que es inviable, además de ilegal. Un comportamiento racional no debe sancionarse. Si las empresas actúan racionalmente al fijar sus precios de acuerdo a las condiciones del mercado aunque la competencia no sea “perfecta” ¿qué se va a sancionar?

Si se considera una práctica incluida en los artículos 4 y 5, entonces se requiere abuso para sancionar, no la mera existencia de oligopolios interdependientes con colusión tácita. El peligro de esta interpretación consiste en que aduciendo un oligopolio o vínculos entre empresas y considerado el precio como “excesivo” se pretenda sancionar como abuso explotativo³⁶.

6. Comentarios Finales

La aplicación del concepto de abuso de posición de dominio conjunta ha dado lugar a una disparidad de opiniones en los órganos nacionales encargados del *enforcement* de la legislación de libre competencia. Así, la figura del abuso de posición de dominio conjunta no tiene un contenido claro, lo que genera inseguridad jurídica. Incluso en la jurisprudencia extranjera, se han propuesto y adoptado teorías e interpretaciones diversas para tratar de incluir la conducta de los oligopolios con colusión tácita dentro de alguna norma sancionadora o remediadora. En los casos nacionales anotados, los enfoques y el análisis

34 Tampoco podría imponerse una amonestación pues el Decreto Legislativo 701 no la contempla.

35 Según la CLC, el artículo 6 regula las prácticas colusorias que comprenden tres tipos de conductas: (i) acuerdos colusorios: acuerdos de cartelización que se desprenden de pruebas directas (ii) prácticas concertadas: acuerdos de cartelización que se desprenden de pruebas indirectas (iii) prácticas conscientemente paralelas, colusión tácita o abuso de posición de dominio conjunta (no dice cómo se prueban) sólo estarían referidas a precios.

36 Cabe anotar que, luego de la Resolución de la Sala en el caso AFPs, la CLC mediante Resolución 005-2005-INDECOPI/CLC, emitida en el Expediente N° 014-2004-CLC, ha señalado las características de los mercados en los que se podría sancionar por abuso de posición de dominio de carácter explotativo, indicando que se debería presentar en un mercado relevante en que existan altas barreras a la entrada, se presente un monopolio y no exista regulación económica. Así, en principio, no se presentaría en un oligopolio. Falta saber si la Sala con su nueva conformación, mantendrá las interpretaciones de la Sala anterior y de la resolución que se comenta.

de OSIPTEL, la CLC y la Sala son distintos. Lo cierto es que, en este momento, no existe certeza respecto a lo que se considera un abuso de posición de dominio conjunta.

Existe, pues, incertidumbre al respecto, en tanto a la fecha no se conoce cuál es el contenido claro de la prohibición y sanción de dicho "abuso", es decir, no existe una tipificación legal clara, por lo que la imposición de sanciones en base a un concepto de abuso de posición de dominio conjunta podría resultar contrario a los principios del derecho administrativo sancionador, en particular al principio de tipicidad.

En cuanto a la disparidad de tratamientos o interpretaciones, también se da a nivel de la legislación y jurisprudencia comparada, donde hemos visto que se han propuesto y/o probado todo tipo de remedios para intentar desincentivar o eliminar la colusión tácita y/o las prácticas que la permiten.

Revisando estos antecedentes, cuesta creer que aún hoy se considere la opción de ordenar a empresas "dividirse" para solucionar un problema de fijación de precios no ideal y/o de "excesivas" ganancias a nivel de la industria. Consideramos que de darse esa facultad, el riesgo de error por la agencia de competencia es mayor y generaría efectos mucho peores que, por ejemplo, en el caso de impedirse equivocadamente una fusión, por la pérdida de eficiencias ya generadas. Además, supondría que las agencias de competencia tengan que cuidar que las empresas mantengan una determinada cantidad de ganancias y un determinado tamaño, escenario que evidentemente no se condice con la libre competencia.

Vemos que el tema del adecuado tratamiento de los oligopolios, la colusión tácita y posición de dominio conjunta se ha prestado a soluciones polémicas y/o altamente riesgosas o peligrosas. Es decir, las "buenas intenciones" detrás de las medidas que se proponen para remediar, sancionar o reprimir estas situaciones pueden ser fuente de "curas milagrosas" que generen en el "enfermo" un sufrimiento y perjuicio mayores que el que ya tiene con su "dolencia".

Ello lleva a pensar que lo más coherente es prevenir el surgimiento de oligopolios interdependientes mediante el control de fusiones en los casos en que se cuenta con dicho instrumento legal. En nuestro sistema, en el que carecemos de esa legislación, puede ser más efectivo hacer "abogacías de competencia" o promover medidas que fomenten la inversión, faciliten la importación de bienes de capital, el comercio internacional en general, etc. de modo que se dinamicen mercados, eliminando barreras a la entrada y disminuyendo costos de entrar a competir³⁷.

En suma, somos de la opinión que debe limitarse la figura del abuso de posición de dominio a las conductas

individuales y dejarse de lado el concepto de abuso de posición de dominio conjunta pues esta figura (como lo ha demostrado la jurisprudencia europea) no tiene posibilidades de aplicación en el control de conductas y debe analizarse solamente cuando se trata de control de concentraciones empresariales³⁸.

En efecto, en el control de concentraciones, donde se analiza la estructura de mercado resultante del acto de concentración para determinar si se autoriza o no, sí tiene sentido determinar si se generará una situación que reduzca la competencia. Así, se puede tener como objetivo de política evitar una estructura de mercado proclive a la colusión tácita y si dicha estructura se presentará como resultado de una fusión, existen razones para negar la aprobación de la concentración. En ese contexto, tiene sentido preguntarse si las condiciones o características que tendrá el mercado resultante de la fusión serán las de uno proclive a la colusión (tácita o expresa). Como se ha señalado, los mercados con todas esas características son excepcionales. Si se cumplen todos los requisitos o particularidades del mercado con interdependencia oligopolística, entonces podría prohibirse la fusión.

De lo expuesto en este artículo se ha comprobado que existen inconsistencias y problemas que se derivan de forzar la aplicación de la figura del abuso de posición de dominio conjunta, que tiene pleno sentido en el control de estructuras, al control de conductas. La discusión de la interdependencia oligopolística y colusión tácita debe, pues, circunscribirse al control de concentraciones.

De otro lado, puede admitirse la sanción de prácticas facilitadoras como abusos de posición de dominio conjunta en sí mismos, (esto es, independientemente de que sirvan para lograr acuerdos restrictivos de la competencia) pero para ello se requeriría de una modificación de la legislación, a fin de otorgar parámetros claros a los agentes económicos. De lo contrario, es decir, de considerarse éstas como "otros casos de efecto equivalente" ello puede ser contrario al principio de tipicidad. En cualquier caso, debe considerarse que se conferirá una considerable discrecionalidad a la agencia de competencia, que puede llevar a sancionar prácticas eficientes en base a especulaciones o "teorizaciones" respecto de los mercados y los efectos de las prácticas.

Ciertamente, debe evitarse las "soluciones mágicas" como las propuestas de desconcentrar industrias y/o dividir empresas, claramente peligrosas por el alto riesgo de castigar la eficiencia y las nefastas consecuencias que ello tendría para la competencia y la economía.

En conclusión, el problema del oligopolio debe abordarse con muchísimo cuidado, no debe permitirse que el remedio sea peor que la enfermedad 

37 Así, en algunos mercados, puede ser más eficaz de cara a eliminar oligopolios, reducir aranceles o los tributos a la planilla, por ejemplo, que aplicar una norma de control de conductas. En última instancia, se pueden solucionar muchos problemas de oligopolios anticompetitivos si se reducen los costos de hacer empresa formal en el país. Lo que se debe evitar es tratar de lograr soluciones de laboratorio que pueden resultar a la larga más perniciosas para la economía y los consumidores.

38 Por lo demás, nuestra posición no es original, en la práctica la ha adoptado el ordenamiento europeo.