

¿OTRO «TIPO» DE CONDUCTAS COLUSORIAS?

Inmaculada GUTIÉRREZ CARRIZO¹
Comisión Nacional de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

Una ponencia sobre un tema en principio tan desconcertante como el que se me ha asignado (las «otras» conductas colusorias) creo que merece una reflexión introductoria sobre a qué voy a referirme.

Este Quinto Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, organizado por la **Fundación Rafael del Pino**, se dedica a los acuerdos horizontales entre empresas. Es interesante destacar que de las cuatro sesiones, las dos primeras se dedican a la descripción de los tipos de conductas horizontales susceptibles de ser objeto de persecución por la normativa de competencia (*Tipología de conductas colusorias y Tipología de las restricciones horizontales a la competencia*).

A mi modo de ver, este interés por acotar el «tipo» de conductas se debe a la amplitud con que se esboza la prohibición que se recoge en el art. 81 del Tratado de la CE y, de manera similar, aunque con ciertos matices, en el art. 1 de la Ley 15/2007.

Desde un punto de vista meramente económico es relativamente sencillo identificar qué se persigue bajo la denominación de acuerdos colu-

¹ Las opiniones recogidas en este artículo son exclusivamente atribuibles a la autora y, como es lógico, no comprometen el criterio de la CNC.

sorios: acuerdos que restringen *output* y elevan precios en detrimento del bienestar de los consumidores y, en última instancia, del bienestar general. Pero cuando el objeto de la prohibición hay que definirlo en clave de norma, la cosa indudablemente se complica. La interacción entre empresas que pueden dar lugar a restricciones de la competencia puede adoptar muchas formas y basarse en mecanismos más o menos explícitos. Ante esta variedad de posibilidades, las normativas suelen optar por un enfoque amplio: hablan de acuerdos, decisiones, recomendaciones, de prácticas,...; suelen anteponer a ello el adjetivo «todo» —todo acuerdo, que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua equivale a «cualquier tipo de acuerdo»— y se dirige la prohibición a todo aquello que pueda ser restrictivo, ya sea por objeto o por efecto.

Esta amplitud, como decíamos, genera una lógica necesidad de acotar los tipos de conductas y el tratamiento que deben recibir. En esta primera sesión se trabaja sobre varias de ellas: la colusión explícita, las prácticas concertadas, las prácticas conscientemente paralelas... Me toca a mí la cuestión de si se pueden identificar «otras».

El hecho de que la interacción entre empresas pueda adoptar formas variadas y cada vez más complejas permitiría identificar más tipos de conductas a los que poner una etiqueta y considerar desde la perspectiva de la aplicación del art. 1 en el caso de nuestra Ley de Defensa de la Competencia. Pero creo que ese enfoque no es el más relevante y eficaz. Creo que lo relevante es disponer de criterios que, en ausencia de prueba directa², nos permitan discernir cuándo estamos ante una práctica colusoria que se debe perseguir. Por supuesto, a partir de estos criterios se pueden identificar tipos de situaciones que pueden dar lugar a infracción de la norma. Podemos bautizarlos con los nombres que queramos. Puede, incluso, ser un ejercicio útil. Pero lo que no debemos hacer es que el debate semántico y el enfoque casuístico nos confundan y hagan aún más complejo discernir cuál debe ser el ámbito de aplicación de la norma.

Por ello, a lo largo de esta ponencia, analizaré cuáles deben ser en mi opinión las prácticas colusorias a tener en cuenta, incluidas por supuesto «las otras prácticas», sobre las que también me detendré y pondré algunos ejemplos.

Para abordar este tema el presente artículo se divide en una serie de apartados:

² Por prueba directa me refiero a actas, declaraciones de participantes en el acuerdo, documentos relativos al mismo, comunicaciones, etc., que revelan por sí mismas la existencia del acuerdo colusorio ilícito.

- En el apartado 2 recordamos brevemente el marco económico en el que nos desenvolvemos.
- En el apartado 3 planteamos desde una perspectiva *antitrust* cuáles deben ser los criterios que determinen cuándo las conductas colusorias deben ser perseguidas.
- En el apartado 4 analizamos un ejemplo de práctica susceptible de ser encuadrada en este tipo, las prácticas facilitadoras unilateralmente desencadenadas y multilateralmente secundadas.
- En el apartado 5, también a modo de ejemplo, observamos cómo los acuerdos verticales pueden llevar también a comportamientos de tipo colusorio.
- En el apartado 6 concluimos.

2. MARCO ECONÓMICO

Para abordar el análisis del funcionamiento de los mercados la teoría económica emplea modelos que tratan de predecir el comportamiento de estos agentes bajo condiciones diversas. Para la construcción de estos modelos se parte de un conjunto de supuestos³ que configuran el entorno que se pretende analizar y con la ayuda de las técnicas matemáticas se modeliza el comportamiento de los agentes.

Un mercado perfectamente competitivo es aquel en el que existe un gran número de empresas que fabrican un producto homogéneo, perfectamente divisible, en el que no existen barreras a la entrada ni a la salida, tanto empresas como consumidores tienen información completa, no existen costes de transacción y todos los agentes son precio-aceptantes⁴. Esto supone que cada empresa produce y cada consumidor demanda una cantidad relativamente pequeña sobre el total, de forma que sus decisiones no tienen efectos sobre el precio de equilibrio del mercado. Bajo este modelo, se alcanza una asignación de los recursos eficiente desde el punto de vista productivo, asignativo y dinámico.

En el otro extremo, un monopolio es aquella estructura de mercado en la que una sola empresa provee a todos los consumidores del mercado de un producto para el cual no existen sustitutos cercanos⁵. Al igual que ocurre en competencia perfecta, la estrategia de un monopolista es la maximización de beneficios. Sin embargo, bajo monopolio la curva de demanda a la que se enfrenta la empresa es la curva de demanda del

³ W. SHER y R. PINOLA (1985), *Teoría Microeconómica*, Alianza Universidad Textos, p. 32.

⁴ D. W. CARLTON y J. M. PERLOFF (2000), *Modern industrial organization*, Addison Wesley Longman, p. 57.

⁵ *Ibid.*, p. 87.

mercado, que tiene una pendiente decreciente. El monopolista puede ejercer su poder de mercado restringiendo el *output* y obteniendo con ello mayores precios por unidad. Los mayores precios pagados por los consumidores producen, además de una transferencia de renta hacia el monopolista, una *pérdida irrecuperable de eficiencia*.

El oligopolio es una estructura de mercado intermedia entre el monopolio y la situación de competencia perfecta, en la que compite un número reducido de empresas como consecuencia de la existencia de barreras a la entrada. Las empresas no son precio-aceptantes y pueden tomar sus decisiones teniendo en cuenta la estrategia de sus competidores, cosa que por definición no podía ocurrir bajo competencia perfecta ni en situación de monopolio.

A diferencia del monopolio y la competencia perfecta, no existe un solo modelo de oligopolio. Pueden formularse diversos modelos dependiendo del número de empresas que supongamos, sus características y la estrategia que sigan. Al menos idealmente, los agentes que operan en el mismo pueden mostrar diferentes formas de comportamiento:

1. Lo que podríamos llamar *comportamiento miope*, ignorando los unos el comportamiento de los otros. En este caso, cada agente opera como si maximizara beneficios individualmente, sin tener en cuenta la reacción del resto.
2. La mera interrelación oligopolística. Los agentes tratan de maximizar su beneficio teniendo en cuenta las reacciones del resto, lo cual no impide alcanzar una solución competitiva.
3. El *oligopolio colusivo*. Los agentes no sólo tienen en cuenta las reacciones del resto sino que para maximizar su beneficio coordinan sus comportamientos. Esta coordinación puede ser explícita o tácita dependiendo de los mecanismos que se emplean para alcanzar la misma. Las empresas pueden mantener contactos directos sobre la manera en que van a funcionar y formalizar esta cooperación de alguna forma. Estaremos entonces en presencia de colusión explícita. Por el contrario, la cooperación puede no requerir el contacto directo, sino venir propiciada por el mutuo conocimiento e interrelación de sus estrategias, sometidas a un juego repetido. La colusión será entonces tácita.

Desde la perspectiva de *antitrust*, aquello que se acerca a la competencia perfecta no genera problemas de competencia. Las situaciones de monopolio o cuasi-monopolio suelen ser objeto de regulación o nos sitúan en el ámbito de la posición de dominio, no exenta tampoco de controversia en lo que se refiere a identificar cuándo su ejercicio resulta

abusivo. El oligopolio es sin duda la situación de mercado más interesante desde el punto de vista de la competencia. En primer lugar, por ser la más frecuente, pero también porque nos enfrenta a mayores retos a la hora de su tipificación.

Esta tipificación se complica porque cuando salimos del estricto ámbito de la teoría económica nos enfrentamos a no pocas confusiones semánticas y no sólo semánticas. A continuación mostramos algunas:

- A menudo se confunde «interrelación oligopolística» con «colusión tácita». No son lo mismo. Un oligopolista sabe que las decisiones de los demás dependen de las suyas propias. Sabe, por ejemplo, que si baja sus precios para atraer clientes sus competidores pueden replicar la estrategia, de manera que en el nuevo equilibrio todos mantengan la misma demanda a precios y, por tanto, ingresos más bajos. En esa tesitura su decisión será no bajar precios. Aunque la solución resulte menos beneficiosa para los consumidores, la misma no es fruto de la cooperación y no puede considerarse colusoria.

Ahora bien, los mecanismos de mercado no suelen operar de manera tan inmediata como hemos descrito. Existen problemas de información, por lo que cada oligopolista no tiene un conocimiento perfecto de los precios de los demás ni de la elasticidad de la demanda. La sustituibilidad entre productos no suele ser tan perfecta y, por tanto, tampoco lo son las respuestas de los clientes. En presencia de imperfecciones en el mercado la mera interrelación oligopolística puede no ser bastante, por lo que las empresas pueden tener el incentivo a desarrollar mecanismos que faciliten la cooperación. Tales mecanismos suelen solucionar problemas de información y propiciar la estrategia coordinada. En su vertiente tácita estos mecanismos de cooperación suelen basarse en actos de señalización y de adhesión.

- La colusión tácita no es una versión *light* de la colusión explícita. El resultado de la colusión tácita no es necesariamente menos dañino que el de la colusión explícita. Desde el punto de vista del bienestar económico, el efecto de ambas es de la misma naturaleza: reducción de *output* y elevación de precios, con pérdida de eficiencia. Cuestión aparte es qué tipo de colusión resulta más fácil de identificar y, por tanto, de perseguir. En este sentido, también es necesario tener presente que colusión tácita no es aquella colusión explícita que no se logra acreditar. La diferencia entre ambas está en el tipo de mecanismos que las empresas emplean para reducir la competencia, no en el tipo de prueba con que se cuenta para acreditarla.

- El *antitrust* no emplea generalmente de manera explícita el término «colusión tácita». Recurre a expresiones como «todo tipo de acuerdo» o «prácticas concertadas», donde tal concepto puede quedar incluido. En el caso del art. 1 de la norma española la delimitación de las conductas prohibidas incluye las «prácticas conscientemente paralelas» que, sin duda, también hacen referencia a un tipo de colusión tácita. Como algunos autores hacen notar, puede argumentarse que este concepto queda englobado dentro de las prácticas colusorias. Esta falta de correspondencia clara entre conceptos económicos y del *antitrust* es fuente, a nuestro modo de ver, de no pocas confusiones.

3. PLANTEAMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA *ANTITRUST*

Hace más de dos décadas que el juez EASTERBROOK explicó de forma brillante en su papel «*The limits of antitrust*»⁶ que un sistema de defensa de la competencia para ser eficiente requiere de reglas de decisión claras y que el diseño de las mismas debe tener en cuenta el coste de los errores que al tratar un tipo de prácticas de una determinada manera se pueden cometer. En opinión de EASTERBROOK, el sistema debe diseñarse de tal forma que se minimice el coste total de 1) las prácticas anticompetitivas que no se sancionan; 2) las prácticas competitivas que se condenan o previenen; y 3) el sistema en sí mismo⁷. El tratamiento que se le da a un determinado tipo de prácticas debe depender de la presunción, basada en el análisis económico y la evidencia, de que con esa regla se minimiza el coste del error de decisión. Así, aquellas prácticas que por regla general son beneficiosas deben exceptuarse y declararse ilícitas aquellas otras que por regla generen un coste social alto. Debe asumirse que, aunque se adopte la regla de decisión que minimiza el error con respecto a una determinada categoría de prácticas, es inevitable que dicha regla pueda no ser óptima con respecto a un caso concreto. La única solución a ello es diseñar lo mejor posible los criterios que deben «filtrar» las prácticas sometidas a esa regla⁸.

Con respecto a los comportamientos que describimos en el apartado 2 al hablar del oligopolio, no existe demasiada controversia respecto a que

⁶ F. H. EASTERBROOK (1984), «The limits of antitrust», *Texas law Review*, vol. 63.

⁷ «The legal system should be designed to minimize de total cost of 1) anticompetitive practices that escape condemnation; 2) competitive practices that are condemned or deterged and 3) the system itself». *Ibid.*

⁸ «The task, then, is to create simple rules that filter the category of probably-beneficial practices out of the legal system, leaving to assessment under the Rule of Reason only those with significant risks of competition injury». *Ibid.*

ni el denominado «oligopolio miope» ni la mera interacción oligopolística entre agentes son conductas lícitas. Tampoco hay excesivo desacuerdo respecto a que los acuerdos colusorios, cuando son de naturaleza explícita, están prohibidos. De hecho, prácticamente todos, por no decir todos los sistemas de competencia nacionales o supranacionales, declaran ilícitos los cárteles. Ello es así porque se parte de la base de que este tipo de acuerdos restringen el *output* y elevan los precios en detrimento del bienestar social. De no perseguirlos, el coste y la probabilidad de los llamados falsos negativos (o errores tipo II)⁹ sería muy elevado.

En cambio, cuestión más controvertida es el tratamiento que debe recibir la colusión tácita desde la perspectiva *antitrust*. Hay un lógico temor a que se confunda mera interrelación oligopolística con colusión tácita y a que se etiqueten de colusivas —a la ligera o por recelo infundado— prácticas que no dejan de ser competitivas. En definitiva, hay cierta prevención hacia la denominada *inhospitalidad del anti-trust* —*inhospitality tradition*— a la que también se refirió EASTERBROOK¹⁰:

«The inescapable question is, what happens when a Judge is “not persuaded” by the explanation offered for a complex practice? The inhospitality tradition calls for the judge to condemn the practice. That is the wrong answer. A judge who is not persuaded by the explanation should not leap to the conclusion that whatever is poorly understood must be anticompetitive. The judge instead should strive to find a way to distinguish the competitive from the anticompetitive explanations of the practice».

Pero de la misma manera que no se debe concluir a la ligera que los comportamientos que observamos en el mercado son anticompetitivos, tampoco debemos dejarnos llevar por un enfoque excesivamente formalista, donde sólo se consideren prohibidas las conspiraciones de precios o los repartos de mercado que resulten documentados. Éste fue un tema ampliamente tratado en los Estados Unidos hace dos décadas, cuando diversos trabajos pusieron de manifiesto que muchos de los cárteles explícitos que el Departamento de Justicia perseguía no tenían grandes efectos¹¹, mientras se dejaban impunes otros comportamientos que resultaban realmente dañinos¹².

⁹ «Condemnation per se rests on a conclusion that all or most all examples of some category of practices are inefficient, yet we cannot reach such a judgement for any practice other than naked horizontal agreements». *Ibid.*

¹⁰ Y antes que él otros. En particular, el término se atribuye originalmente a D. TURNER de acuerdo con S. ROBINSON (1968), N.Y. State Bar Association, Antitrust Symposium, p. 29.

¹¹ H. P. MARVEL, J. M. NETTER y A. M. ROBINSON (1988), «Price fixing and civil damages: An economic analysis», 40 *Stanford Law Review*, 561.

¹² D. F. LEAN, J. D. OGAR y R. ROGERS (1985), «Does collusion pay... Does antitrust work?», 51 *Southern Journal Economics*, 828-839.

Sin duda este enfoque formalista resulta una postura más cómoda. Pero lo relevante aquí, como insinuaba EASTERBROOK, no es que la tarea sea más cómoda sino que el sistema sea más eficaz. Por ello, para determinar cuál es la regla de decisión más correcta a seguir, se deberán tener en cuenta los efectos de este tipo de prácticas, su probabilidad y el coste de las diferentes opciones. A este respecto deben realizarse una serie de consideraciones.

Primero, la teoría económica concluye que la colusión tácita y la explícita pueden llevar a resultados parecidos¹³. Puede ocurrir incluso que un acuerdo explícito de precios tenga escasos efectos, mientras que una coordinación tácita de comportamientos entre los operadores de un mercado suponga una restricción del *output* y una elevación significativa de los precios, deteriorando además la eficiencia dinámica. Desde el punto de vista de la teoría económica no habría que hacer distingo entre un tipo de colusión y otra a la hora de perseguirlas. En palabras del juez POSNER:

«If the economic evidence presented in a case warrants an inference of collusive pricing, there is neither nor legal nor practical justification for requiring evidence that will support the further inference that the collusion was explicit rather than tacit»¹⁴.

De hecho, la literatura habitualmente se refiere a la necesidad de prohibir los «*naked agreements*» porque sus efectos son claramente perjudiciales desde el punto de vista del bienestar. El término «*naked*» no hace referencia necesariamente a la colusión explícita —otra confusión semántica— sino a aquellos acuerdos cuya finalidad es puramente la de reducir la competencia. En este sentido, tan desnudo puede ser un acuerdo explícito como uno tácito. Realmente nos obcecamos en distinguir dos categorías de acuerdos cuando nos enfrentamos a un continuo de comportamientos que tienen en común su objeto o efecto anticompetitivo y en el que va variando el grado de formalidad de la cooperación, desde los que pueden ser más institucionalizados y explícitos a aquellos comportamientos paralelos que no requieren siquiera mecanismos de cooperación.

Segundo, la estructura de muchos mercados apunta a que la colusión puede no ser infrecuente. En la vieja Europa, y España en particular, son no pocos los mercados con un número reducido de competidores que se

¹³ Es interesante lo que dice el Juez POSNER a este respecto: «*I am also critical of the other branch of the conventional analysis of collusive pricing, the branch that asserts that what I have termed "tacit collusion" is fundamentally different from explicit collusion and cannot be punished as a form of price fixing*». R. A. POSNER (2001), *Antitrust Law*, The University Chicago Press, 2.^a ed., p. 55.

¹⁴ *Ibid.*

conocen bien entre sí y con elevadas barreras a la entrada. Estas características, aunque no son ni necesarias ni suficientes, suelen facilitar la colusión al reducir sus costes de transacción y de vigilancia mutua. La política de clemencia ha puesto de manifiesto que la colusión se daba en mercados donde *a priori* las autoridades no se hubieran planteado probablemente investigar. Las últimas multas impuestas por la Comisión Europea en casos de cárteles reflejan la disparidad de mercados en los que la colusión puede darse¹⁵. Observamos también que muchos acuerdos colusorios se organizan a escala nacional, sin perjuicio de que se repitan en diferentes ámbitos nacionales. Todo esto sugiere que, caso de no perseguirse algo más que la mera colusión explícita, la probabilidad de error tipo II (falsos negativos) y su coste en términos agregados puede ser no desdeñable.

Tercero, precisamente porque los acuerdos colusorios son ilegales, es de esperar que las empresas traten de no dejar rastro de ellos. De hecho, cuanto mayor sea la eficacia del sistema de defensa de la competencia en su diseño y ejecución, mayor será el interés que pongan las empresas que supuestamente coluden en que los mecanismos de coordinación aparezcan más diluidos y tácitos. Al fin y al cabo, una «aparente» disparidad de comportamientos es algo que también se puede acordar y que no resulta novedoso en determinadas prácticas, como las de «*bid rigging*». Las nuevas tecnologías y la creciente complejidad de los mercados, sobre los que sin duda los operadores involucrados tienen mayor información que los observadores externos, son un elemento que coadyuva a estas formas de coordinación de comportamientos anticompetitivos más encubiertas.

Cuarto, hay quien opina que la colusión tácita es menos estable y que, por tanto, puede no merecer la pena perseguirla. Hay que manejar este tipo de presunciones con sumo cuidado. También cabe argumentar que los mecanismos de cooperación tácitos son posibles precisamente en situaciones de mercado donde la colusión es claramente más rentable y sencilla y, por ello, las empresas pueden permitirse el lujo de cooperar sin incurrir en «contratos» más formales y completos, que sin duda conllevan más costes de transacción.

Quinto y fundamental, si se optara por considerar prohibidos exclusivamente aquellos acuerdos colusorios explícitos de los que se tiene evidencia directa se podría poner en peligro la eficacia del sistema. Eficacia del sistema entendida como que el mismo contribuya realmente a

¹⁵ Se han sancionado cárteles en mercados tan variados en cuanto a estructura de oferta y demanda como el de los plátanos, las cintas de vídeo, los servicios de mudanza, las ceras de parafina o el vidrio plano.

que los operadores actúen de manera competitiva. En general, la propensión de los operadores a cometer conductas anticompetitivas dependerá de la ganancia que esperen obtener de las mismas, del riesgo de ser sorprendidos y sancionados y del coste de cometerlas, que incluye, en su caso, el coste de la sanción. Si se optara porque el sistema de defensa de la competencia no persiguiera las conductas colusorias tácitas, el riesgo de que las empresas que las cometen sean sancionadas sería prácticamente nulo y el coste de tales prácticas se reduciría. Luego, la falta de aplicación del art. 1 a este tipo de prácticas sin duda favorecería la proliferación de las mismas elevando el riesgo y el coste de las falsos negativos, en detrimento del bienestar general. En definitiva, no se debe perder de vista que las prohibiciones de las normas de competencia buscan, ante todo, un efecto disuasorio. La no persecución de todos aquellos acuerdos que no sean explícitos abriría una vía en el sistema que pondría en peligro su eficacia.

Luego parece obvio que la prohibición del art. 1 debe incluir también aquellos acuerdos o prácticas colusorias que tengan un carácter tácito. Eso es lo que pretenden la mayor parte de las normas de competencia delimitando la prohibición de los acuerdos colusorios con un enfoque ciertamente amplio. La norma española no sólo no es una excepción, sino que parece querer subrayar la voluntad de perseguir los acuerdos tácitos al incluir en su ámbito de aplicación las denominadas conductas conscientemente paralelas¹⁶.

Sin embargo, ello no nos debe llevar a ignorar que hay problemas para la detección de tales prácticas y para su correcta identificación. Existe el riesgo de considerar como estrategias cooperativas punibles situaciones que, realmente, obedecen a un comportamiento competitivo fruto de la mera interdependencia oligopolística. Este tipo de errores evidentemente tampoco resulta deseable, en la medida en que supone penalizar estrategias competitivas que resultarían eficientes.

¹⁶ Que la norma española sea tal vez más explícita que la demás a este respecto no quiere decir que no esté en otros sistemas contemplada la persecución de la colusión tácita. Así, la página web de la autoridad holandesa, al describir las conductas que se persiguen, señala lo siguiente:

«Written but also tacit agreements

The prohibition on cartels applies to all forms of agreement that restrain competition whether they are written or verbal, horizontal or vertical. In addition, restraints on competition may occur if entrepreneurs coordinate their market behaviour without making explicit agreements in this regard. The term “agreements that restrain competition” is also used below to refer to such de facto concerted practices».

Algo similar afirma la Office of Fair Trading británica cuando, también en su página web, describe los acuerdos anticompetitivos que persigue: *«Decisions of associations of businesses are also covered, as are concerted practices (i. e., cooperation which falls short of an agreement or decision)».*

4. LAS «OTRAS» PRÁCTICAS

De lo dicho anteriormente se deduce que la cuestión a la que debemos dedicar esfuerzos no es si la colusión tácita se debe perseguir, ni tampoco a cómo etiquetar las prácticas. La cuestión relevante es cómo identificar correctamente las prácticas concertadas cuando no tenemos evidencia directa y explícita de la existencia de conspiración o coordinación de comportamientos entre competidores. Por supuesto, una vez más, nos referimos a comportamientos que articulan una reducción del *output* o un aumento de precios y no a meros acuerdos de cooperación técnica o económica que puedan resultar en mejoras de eficiencia.

Con la ayuda del análisis económico se pueden establecer una serie de filtros que nos ayuden a identificar estas prácticas. La idea es que tales filtros sean exigentes, de manera que evitemos en lo posible los errores de calificación y tratemos como colusorios comportamientos que no lo son. Es evidente que cuanto más exigentes sean los filtros que adoptemos menos serán los casos en que se logre probar la existencia de infracción del art. 1. Probablemente, con ello dejaremos de perseguir casos en los que realmente existe concertación. Pero ése es el precio a pagar por tener una regla que nos reduzca los falsos positivos¹⁷. Como es sabido, no se pueden minimizar a la vez todos los tipos de errores. Al fin y al cabo, el objetivo es preservar el efecto disuasorio del sistema, pero evitando que se penalicen situaciones en las que no existe colusión.

Para ello consideramos que deben tenerse en cuenta fundamentalmente tres tipos de filtros sucesivos. Primero, aquellos que detectan si la colusión es probable en el mercado. Segundo, los que detectan el elemento consensual característico de las conductas prohibidas por el art. 1. Tercero, el análisis de los efectos anticompetitivos, que pretende realmente que se persigan prácticas que obstaculicen la competencia y deterioren el bienestar. En ausencia de prueba directa, para concluir la existencia de prácticas o comportamientos que infrinjan el art. 1 sería aconsejable reunir todos estos elementos. Si uno de ellos de manera clara no se constata, será preferible descartar la infracción por falta de indicios dado el riesgo de error.

A) Características del mercado y de las empresas

Resulta conveniente iniciar el análisis por las características de la oferta y demanda del mercado y del comportamiento de las empresas

¹⁷ Como dice el juez EASTERBROOK, «*One cannot have the savings of decision by rule without accepting the cost of mistakes*». Vid. EASTERBROOK (1984).

que lo componen. Se trata en definitiva de valorar si tales características propician la capacidad y el incentivo a coludir.

No es éste el sitio para extenderse sobre cómo realizar el análisis propuesto. Se trata además de un ejercicio al que la doctrina ha prestado cierta atención, no sólo en lo que respecta a la aplicación del art. 1, sino también y sobre todo en el ámbito del control de concentraciones, ante la necesidad de concretar cuándo existe dominio colectivo. En todo caso, se debe tener presente que la propensión a coludir de las empresas y a comportarse de manera concertada, explícita o tácitamente, dependerá de los ingresos y costes esperados de dicho comportamiento. Por tanto, será necesario examinar en cada caso qué factores influyen sobre estas variables. Entre otras y sin ánimo de ser exhaustivos, se suelen tener en cuenta los siguientes:

- *Concentración de la oferta*: Cuanto menor es el número de oferentes, por regla general más fácil resulta alcanzar la coordinación de comportamientos y sostenerla.
- *Barreras a la entrada*: Cuanto mayor es la expugnabilidad del mercado más fácil resulta que la colusión se desestabilice.
- *Inelasticidad de la demanda*: Cuanto mayor sea la respuesta de los consumidores a los incrementos de precios más difícil resultará coludir.
- *Simetría entre los participantes*: Cuanto más desiguales sean los beneficios de coludir y los costes de oportunidad que conlleva la coordinación para cada uno de los potenciales participantes, menor será la probabilidad y estabilidad de la colusión.

No se puede enfocar este análisis como una lista de la compra en la que vamos poniendo cruces a un lado de cada elemento o tachando los que no observamos. Desgraciadamente, el análisis es más complejo. Debemos preguntarnos qué favorece o impide en ese mercado en concreto el que la colusión sea posible y rentable. Lo que en un caso es relevante, puede no tener la misma importancia o significado en otro. Por ejemplo, la existencia de barreras a la entrada puede no ser un factor determinante si, pese a ello, la elasticidad de oferta es elevada dada la capacidad de producción existente y su grado de ocupación. No valen los recetarios. Se trata de aplicar, ni más ni menos, el análisis económico.

Se podría argumentar que este primer filtro es redundante. Al fin y al cabo, poco importa si el mercado era propenso a la colusión o no, si posteriormente se logra establecer la existencia de coordinación entre competidores. De hecho, como comentábamos antes, las políticas de clemencia han revelado la existencia de cárteles en mercados donde la colu-

sión *a priori* podría no haber sido considerado como probable bajo un análisis estructural.

Sin embargo, hay razones que justifican este primer filtro. Por una parte, resulta consistente con el objetivo de reducir el riesgo de error. No nos olvidemos que una misma práctica puede ser indicativa o no de colusión dependiendo de las características del mercado. Por ejemplo, los mecanismos de intercambio de información, consensuados o no, que en mercados con tendencia a la colusión pueden resultar preocupantes, no tienen por qué serlo en otros con dinámicas claramente competitivas. Por otra, por razones de eficacia. Los recursos de las autoridades son escasos y probablemente no merece la pena expurgar en mercados donde *a priori* parece poco probable que se den las condiciones para que se produzca colusión y pueda ser estable. Dado el escaso coste que ello tiene, son no pocas las denuncias que aluden, por ejemplo, a comportamientos paralelos para argumentar la existencia de una infracción del art. 1¹⁸. Por ello, este primer filtro resulta un ejercicio aconsejable para situarse y decidir si se debe proseguir y cómo. Cuando el conjunto de los elementos que se analizan apunten que la colusión es improbable, entonces será cuando proceda descartar la práctica.

Nótese que hablamos en términos de que la colusión sea o no sea *probable* y no de que sea *posible*. Son pocos, por no decir ninguno, los casos en que se puede asegurar que una situación no es posible, al menos hipotéticamente, dada la complejidad del mundo real. Por ello, en términos de análisis suele resultar más relevante esclarecer si algo es probable que si es posible.

B) Elemento consensual

El hecho de que un mercado presente características que lleven a concluir que la coordinación es factible no quiere decir que el funcionamiento del mercado sea anticompetitivo. Incluso en esos mercados la competencia no sólo es posible, sino que debe ser a lo que el mercado tienda. Por eso se argumenta con tanta frecuencia que la colusión suele ser inestable: aunque exista una interdependencia oligopolística entre empresas, el estado natural del mercado suele ser el de rivalidad entre

¹⁸ De hecho, varias resoluciones de archivo de la Comisión Nacional de la Competencia analizan y descartan la existencia de presuntas conductas conscientemente paralelas a las que las denuncias aludían. Normalmente se argumenta la falta de paralelismo suficiente, la ausencia de elemento restrictivo de la competencia o la existencia de explicación alternativa plausible. *Vid.* a modo de ejemplo Resolución 722/07 *Video Clubs de Cataluña* o S/0001/07 *Teléfonos Móviles Roaming*.

las mismas. De hecho, lo que requiere un cierto esfuerzo es coordinarse y coludir. En palabras de HOVENKAMP:

*«Thus anticompetitive behavior is not necessarily inherent in any market structure. Even in concentrated markets firms will naturally try to find ways of competing. Avoidance of competition is what requires the special effort»*¹⁹.

Estos «esfuerzos» por evitar la competencia son los que pueden resultar ilícitos. Desde un punto de vista económico, se trata de acciones conscientes que realizan las empresas con el objeto o efecto de reducir la competencia en beneficio propio. Es a estos «esfuerzos» a lo que denominamos aquí el «elemento consensual» o la práctica facilitadora, que en cada caso se deberá identificar y que nos llevará a deducir si el comportamiento de los agentes en el mercado ha sido anticompetitivo²⁰. Al fin y al cabo, este elemento es la piedra angular para acreditar el ilícito que se persigue²¹.

Como se dijo antes, el grado de formalización de los acuerdos puede variar en un continuo. También el grado de iniciativa de los agentes que intervienen en la coordinación o las variables que se toman como referencia en la misma. Todo ello dificulta etiquetar las prácticas y establecer categorías de elementos consensuales a identificar. El art. 1 habla de prácticas concertadas o conscientemente paralelas, sin que la diferencia entre ambas sea nítida²². De hecho, hay autores que defienden que esta segunda figura realmente queda comprendida en la primera y que es, por tanto, redundante. Lo cierto es que pueden darse situacio-

¹⁹ H. HOVENKAMP (2005), *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*, Harvard University Press, p. 129.

²⁰ En línea con la jurisprudencia comunitaria, que nos indica que «la práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas». As. C-89, 104, 114, 116, 117, 125 y 129/85, *Ahlström y otros/Comisión*, Rec. 1993, p. I-1307, apdo. 63.

²¹ «So an agreement can be inferred from additional actions that firms take in order to make an oligopoly market more stable or to raise prices from the oligopoly level to the cartel, or monopoly level. Nevertheless, the fact remains that the Sherman Act requires an “agreement”, and an agreement cannot be inferred simply from pricing interdependence or prices higher than costs in concentrated markets». Vid. HOVENKAMP (2005), p. 131.

²² Vid. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en el asunto *Detergentes* (306/91): «En conclusión, se consideran “prácticas concertadas” aquellas actuaciones que, alterando o restringiendo la situación de competencia en un mercado, implican un paralelismo de conducta consciente entre agentes económicos y suponen cierta cooperación y coordinación entre ellos. Las “prácticas conscientemente paralelas” no exigen el elemento consensual, aunque, evidentemente, no podrán ser explicadas por las reacciones normales o previsibles de los agentes en el mercado. Las dificultades y dudas que plantea la aplicación de este último concepto sobre en todo en casos de mercados con productos homogéneos y de estructura oligopolística no deben ser despreciadas». Si la explicación no es el comportamiento normal, esto es, competitivo, de los agentes en el mercado, entonces debe venir dada por una adhesión mutua y consciente a la estrategia coordinada, lo cual lleva implícito un elemento consensual. De nuevo, puede que estemos ante un problema semántico.

nes en las que un operador ponga en marcha una práctica que facilita la coordinación de comportamientos. Aunque dicho operador la realice unilateralmente, el resto de operadores la secunda de manera consciente y el resultado es una reducción de la competencia en el mercado²³. También puede ocurrir que una serie de operadores actúe de una determinada manera, siendo conscientes de ello, de tal forma que la conjunción de estas actuaciones paralelas redunde en un menor grado de competencia en el mercado²⁴. Incluso en este caso, el actuar paralelamente con el objeto o efecto de obstaculizar la competencia requiere una adhesión y mutua aceptación que conlleva, en opinión de la autora, un elemento consensual.

Por ello, a la hora de analizar una supuesta conducta será necesario identificar ese elemento consensual obstaculizador de la competencia. Cómo lo etiquetemos es, hasta cierto punto, una cuestión secundaria.

Identificado el supuesto elemento consensual, un aspecto clave será verificar que no existe una explicación alternativa a dicho comportamiento que sea *plausible*. Una vez más, lo relevante no es si existe una *posible* explicación alternativa: sin duda siempre es posible idear algún tipo de explicación *ad hoc* a los elementos consensuales que se observen. Lo relevante es si la probabilidad de esa explicación alternativa es significativa, si la misma resulta plausible. Si la explicación alternativa es verosímil, entonces el riesgo de error aconsejará abandonar la tesis de que estamos ante una práctica colusoria²⁵.

Hay que tener cuidado al realizar este análisis, porque a menudo se observa que la explicación que se ofrece es que el comportamiento analizado resulta más rentable para la empresa y, por tanto, más racional.

²³ «...si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, se opondrá sin embargo *de modo riguroso* a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores que tenga por objeto o por efecto abocar a condiciones de competencia que no corresponderían a las *condiciones normales del mercado* de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas así como el volumen de dicho mercado» (la cursiva es nuestra). As. C-7/95 P, *John Deere/Comisión*, Rec. 1998, p. I-3138, apdo. 87.

²⁴ «*While a Court should not condemn firms after observing nothing more than an output reduction followed by a competitor matching, a small amount of additional evidence should be sufficient*». Vid. HOVENKAMP, cit. (2005), p. 130.

²⁵ Esto también es consistente con la jurisprudencia. Respecto a las conductas paralelas, que constituyen *a priori* el tipo donde el elemento consensual resulta más tenue, el TJCE ha dicho: «...Procede recordar que una conducta paralela sólo puede ser considerada como prueba de la existencia de una concertación si dicha concertación constituye su *única* explicación plausible» (la cursiva es nuestra). Vid. As. C-89, 104, 114, 116, 117, 125 y 129/85, *Ahlström y otros/Comisión*. Luego si existe otra explicación plausible alternativa a la colusión, la conducta paralela no puede reputarse ilícita. Pero tal explicación ha de ser, como el TJCE indica, plausible. En este sentido, se ha pronunciado también el TDC en sus resoluciones (*vid.*, por ejemplo, autoescuelas Coslada, Resolución del TDC de 25 de noviembre de 2005, Expte. 532/02).

Este tipo de explicaciones no resultan válidas. De serlo, también los cárteles explícitos deberían ser considerados lícitos, puesto que se supone que resultan más beneficiosos para las empresas que la alternativa de competir. O el abuso por parte de una empresa dominante, puesto que con ello aumenta su beneficio. Las explicaciones a este tipo de comportamientos basadas en el beneficio extraordinario de las empresas obtenido a costa del bienestar general no permiten concluir que la práctica es lícita. Los comportamientos que se identifiquen, deben ser consecuencia de otro tipo de causas que resulten consistentes con argumentos de eficiencia, fundamentalmente, de eficiencia dinámica.

C) Efecto plausible

A diferencia de lo que sucede con la colusión explícita, cuando nos enfrentamos a prácticas colusorias de carácter tácito no se va a contar con documentos u otro tipo de material probatorio que ponga de manifiesto la intencionalidad de tales prácticas. En este tipo de casos el análisis «por objeto» debe ceder protagonismo al análisis del efecto previsible o constatado de la conducta. En definitiva, se trata de reducir el riesgo de error a la hora de calificar la conducta analizando que la práctica realmente conlleva una restricción de la competencia, esto es, que nos aleja del «normal funcionamiento del mercado» al que alude el TJCE²⁶.

Hablamos de efecto plausible porque, dada la complejidad del análisis, no se puede aspirar a establecer en todos los casos de forma incontestable y cuantificada este efecto. Pero sí resulta recomendable reunir evidencia consistente con la hipótesis de que la práctica que se observa puede causar una restricción de la competencia en el mercado que afecte al *output* y/o los precios.

Es importante reparar en los elementos que lleva implícitos la anterior afirmación:

- Requiere establecer que el efecto predominante es de naturaleza restrictiva de la competencia. Esto es, supone descartar que estamos ante acuerdos cooperativos que persiguen la mejora de la producción o la comercialización de los bienes y servicios. Esto que puede parecer trivial no lo es tanto cuando se trata de determinadas prácticas como los intercambios de información entre competidores²⁷.

²⁶ Vid. *op. cit.*, As. C-7/95 P, *John Deere/Comisión*, Rec. 1998.

²⁷ Se sobreentiende que no expresos. De lo contrario, no estaríamos aplicando filtros como los propuestos.

- Se busca establecer la causalidad entre la práctica y el efecto restrictivo o, al menos, de manera consistente con el filtro anterior, que no hay elementos exógenos que puedan explicar el efecto que observamos. Lo que se trata de constatar es que, como consecuencia de la práctica, la competencia se ha visto obstaculizada, generando un perjuicio a los consumidores. En este sentido, a efectos de prueba es importante tener presente que no hay que evidenciar que la competencia se haya visto totalmente sofocada; basta con que la práctica haya tenido efecto debilitando la competencia.
- Es aconsejable verificar que la colusión tácita puede ser sostenida. Si el efecto que se aprecia en el mercado es altamente volátil e inestable puede no merecer la pena la persecución de la práctica. Al fin y al cabo, si la colusión tácita no logra sostenerse, el resultado puede ser similar al del oligopolio competitivo y desde el punto de vista de la eficacia puede ser preferible no perseguir situaciones que, por su inestabilidad, se arreglan solas. No obstante, esta afirmación debe tomarse con cautela. Si el mercado realmente es proclive a la colusión y se observa que la estrategia de los operadores lo propicia persistentemente, no debería descartarse la actuación.
- A lo hora de establecer los efectos es aconsejable recurrir al análisis económico como herramienta. Son diversas las técnicas que pueden emplearse para detectar la colusión y sus efectos en los mercados. Entre otros, se pueden analizar diferentes indicadores que faciliten evidencia sobre los efectos de la colusión: *mark-ups*, evolución de precios de las distintas empresas, evolución de su *output* u otras dimensiones diferentes al precio. Para disponer de un término de comparación se suele recurrir a contrafactuales, que reflejen la evolución de estas variables en ausencia del elemento consensual objeto de análisis. Estos contrafactuales no siempre son fáciles de encontrar, máxime en mercados muy proclives a la colusión, donde no es fácil esclarecer si el término de comparación que se pretende emplear está limpio de efectos coordinados.

Como ya se anunciaba, estos filtros propuestos para identificar las prácticas colusorias tácitas perseguibles desde la perspectiva del art. 1 de la Ley española dejan margen para la casuística. Aun insistiendo que no es el etiquetado de las posibles prácticas a perseguir el aspecto que más debe preocupar, puede resultar de interés describir ciertos «tipos» susceptibles de cumplir los filtros descritos y de despertar el interés de las autoridades. En particular, nos referiremos a las prácticas facilitadoras y a los denominados acuerdos en «t» invertida o colusión vertical.

5. PRÁCTICAS FACILITADORAS

Como se mencionó en el apartado 3, la propensión de los operadores a cometer conductas anticompetitivas dependerá de la ganancia que esperen obtener de las mismas, pero también del coste de cometerlas. Incluso en los mercados que reúnen características que propician la colusión, la coordinación entre empresas requiere un cierto esfuerzo. Por ello, pueden darse situaciones en las que un operador ponga en marcha una práctica que facilita esa coordinación de comportamientos. Aunque dicho operador la realice unilateralmente, el resto de operadores de manera consciente puede adherirse a ella y secundarla, de tal forma que el resultado sea una reducción de la competencia en el mercado.

Este tipo de prácticas pueden pasar los tres filtros que describíamos en la sección anterior, para concluir que hay práctica colusoria que infringe el art. 1 de la LDC. En particular, la acción deliberada junto con el consentimiento silencioso y consciente de resto puede representar el elemento consensual²⁸, tanto si supone acción (seguir una determinada política de precios) como incluso inacción (no actuar en un determinado territorio).

A menudo estas prácticas facilitadoras buscan señalar en el mercado la estrategia a seguir. Con ello se pueden reducir los costes de información y, por tanto, de transacción del acuerdo. De esta forma puede resultar más fácil su seguimiento y/o aumentar su sostenibilidad, al ser más fácil la detección de las desviaciones. Este tipo de prácticas facilitadoras puede adoptar diversas modalidades. El Juez POSNER, por ejemplo, nos ha ilustrado detalladamente sobre cómo los intercambios de información pueden dar lugar a este tipo de prácticas²⁹. También algunas cláusulas con las que estamos familiarizados en nuestras economías de mercado pueden implicar ese elemento facilitador. Por ejemplo, las cláusulas de cliente más favorecido, los precios mínimos garantizados o los anuncios de una determinada política comercial.

PASCUAL (2008) comentaba recientemente en un artículo sobre esta materia: «Pues bien, un acuerdo para generalizar en los contratos la obligación legal de extender las condiciones más beneficiosas que un productor pueda ofrecer a un cliente a todo el resto de clientes (cláusula de cliente más favorecido) puede estar señalando el compromiso y obliga-

²⁸ «...El derecho civil, del cual se importa el concepto de acuerdo, no tiene problemas para presumir la existencia de un acuerdo del simple comportamiento de las partes sin más requisito formal que, por ejemplo, probar la existencia de una invitación a realizar una transacción y su posterior ejecución por la parte invitada». C. PASCUAL PONS (2008), «Las prácticas facilitadoras de resultados anticompetitivos», *Gaceta Jurídica de la Unión europea y de la Competencia*, núm. 5.

²⁹ R. A. POSNER (2001), *Antitrust Law*, The University Chicago Press, 2.^a ed., capítulo 4.

ción de las empresas a responder a un movimiento de precios, por lo que hará que éstas se lo piensen pausadamente antes de iniciar una reducción de precios. También hace más caras las políticas de descuentos selectivos, que es una forma de “romper” la disciplina de un resultado colusorio. Es decir, la práctica facilitadora reduce los incentivos a la desviación y hace más sostenible y creíble la colusión»³⁰.

De manera parecida, los precios mínimos garantizados pueden «abatar» el coste de coludir. El anuncio de una política de precios mínimos garantizados por parte de una de las empresas del mercado informa al resto de sus competidores que sus bajadas serán macheadas e inefectivas. Si el mercado oligopolístico tiende a la competencia, lo más probable es que el resto de competidores «desafíen» esta política de precios y prueben cómo de lejos está dispuesta a llegar la empresa que ha realizado el anuncio o lancen otro tipo de ofertas para atraer a los clientes. Sin embargo, en mercados propensos a la colusión puede ocurrir que este tipo de políticas, realizadas por parte del líder del mercado o por la empresa que tenga la reputación de ser la más competitiva en precio, señalicen un suelo para el resto de operadores. Con ello, se puede generar una dinámica en la que se observe y se siga como referencia el precio señalado, con la consiguiente reducción de la competencia en precios.

Algo similar puede ocurrir con los anuncios públicos de elevaciones de precios. A la hora de decidir si elevar sus precios las empresas temen la pérdida de clientes si no son secundadas. Puede plantearse entonces que la colusión es una alternativa rentable y anunciar el movimiento de precios buscando el alineamiento de precios. Si la competencia se encuentra debilitada, éste puede ser el mecanismo para señalar cuál es el nuevo equilibrio supracompetitivo.

Puede ocurrir que movimientos de precios que en abstracto no serían colusorios operen como tales. Por ejemplo, no tiene por qué considerarse anticompetitivo el que las empresas eleven sus precios ante un incremento de sus costes. Sin embargo, la forma en la que se produce esta elevación puede tener su importancia. Un determinado anuncio anticipando la subida puede alinear el comportamiento de los competidores y facilitar que los precios en el nuevo equilibrio sean superiores a lo que hubieran sido en ausencia de los anuncios, porque tal vez las empresas no hubieran optado por repercutirlos de la misma manera.

Este tipo de prácticas facilitadoras no necesariamente tiene que hacer referencia a precios. Pueden referirse también a otro tipo de variables o de dimensiones de la política comercial. Por ejemplo, si en un mercado

³⁰ Vid. PASCUAL (2008).

duopolístico una empresa hace explícito qué clientes o territorios constituyen su objetivo y cuáles no lo son, puede estar señalizando un reparto de mercado. Su competidor puede deducir que con respecto a ciertos clientes o territorios no se va a enfrentar a una competencia intensa y adaptar en consecuencia su estrategia de oferta, con el consiguiente debilitamiento de la competencia con respecto a lo que sucedería en ausencia del anuncio.

Precisamente porque la eficacia de la defensa de la competencia aumenta y las empresas son conscientes de ello, resulta cada vez más improbable que la coordinación de comportamientos se produzca de manera explícita. En este contexto, cobran relevancia las prácticas facilitadoras como las descritas. Ciertamente, como venimos argumentando a lo largo de esta ponencia, su identificación puede no ser fácil y el análisis debe realizarse con el debido rigor, basándose en lo que el TJCE califica de «un conjunto de indicios serios, precisos y concordantes»³¹. Pero, tal y como razonábamos en secciones anteriores, por ardua que sea la tarea las autoridades no deben evitar acometerla por razones de eficacia del sistema.

6. ACUERDOS EN «T» INVERTIDA

A lo largo de estas páginas nos hemos referido sola y exclusivamente a acuerdos colusorios y, por tanto, de tipo horizontal. Sin embargo, hay mercados en los que determinadas relaciones verticales entre empresas pueden provocar efectos similares a los de la colusión tácita y proceder, por tanto, el enfoque que hemos enunciado.

Este tipo de fenómenos puede darse cuando nos hallamos ante mercados, como no, relativamente concentrados y con barreras a la entrada, en los que los operadores establecen relaciones verticales con otras empresas, habitualmente, para la distribución de sus productos. Estos acuerdos verticales pueden incluir cláusulas que disciplinen aguas abajo precios u otras condiciones de venta. De esta forma, al generalizarse tales acuerdos la colusión horizontal puede verse facilitada en el mercado aguas abajo, incluso si éste no era un mercado que por su grado de atomización u otras características resultara *a priori* propicio para la colusión. Los productores, aunque no están presentes en el mercado descendente, pueden desarrollar mecanismos para facilitar la obstaculización de la competencia en precios en dicho mercado que es, al fin y al cabo, donde se comercializan sus productos.

³¹ Vid. *op. cit.*, As. C-89, 104, 114, 116, 117, 125 y 129/85, *Ahlström y otros/Comisión*.

Sin duda ésta es una de las razones que explica el tratamiento que desde la perspectiva *antitrust* se ha dado tradicionalmente a los mecanismos de fijación de precios de reventa. Tales mecanismos han tenido —y tienen— la consideración de cláusulas negras y, por tanto, impiden el beneficio de la exención en el marco del Reglamento sobre restricciones verticales.

Con respecto a este tipo de cláusulas pueden preocupar principalmente dos tipos de situaciones.

Por un lado, aquellas en las que en el mercado ascendente existe un operador con un poder de mercado significativo. En estas condiciones la fijación de precios de reventa puede impedir la competencia intramarca, lo cual supondrá además un debilitamiento en general de la competencia en el mercado, tanto más significativo cuanto mayor sea el poder de mercado del fabricante. Sin menospreciar el efecto horizontal implícito en este escenario y sin perjuicio del análisis que desde el punto de vista vertical merezca, la naturaleza de este tipo de prácticas no encierra a nuestro juicio un elemento colusorio reseñable³².

Por otro, aquellas en las que en el mercado ascendente existe un cierto número de operadores a partir de los cuales se configura un conjunto de redes de distribución paralelas. En estos casos los mecanismos de fijación de precios de reventa no sólo eliminan la competencia intramarca, sino que pueden constituir una práctica facilitadora de la colusión. Por ello, además de la restricción vertical habrá que tener presente la posibilidad de que nos encontremos ante prácticas con efectos de naturaleza eminentemente horizontal instrumentadas a través de los mecanismos verticales descritos. Mediante los mismos, los operadores podrían reducir el poder negociador del cliente, facilitar la coordinación de estrategias y reducir el coste de detectar las desviaciones de comportamiento³³. Esto puede ser especialmente relevante en mercados con diferenciación de producto, donde la colusión *a priori* se suele considerar más difícil.

Esta reflexión se puede aplicar también a reglas más laxas de fijación de precios, como los precios recomendados. Imaginemos mercados de productos de consumo masivo, donde operen diferentes marcas y formatos (diferenciación horizontal de producto) e incluso exista diferenciación vertical de producto (diferencias de calidad). Puede ocurrir que

³² No obstante, cuestión aparte es si en este contexto y dadas las características del mercado descendente se puede ver además incentivada la colusión tácita o explícita en el mercado descendente.

³³ «For example, resale price maintenance (RPM) or territorial restraints can facilitate or enforce a cartel only if all firms in the industry use identical practices. If Sylvania uses RPM while GE and Sony do not, the RPM cannot facilitate anyone's cartel. Dealers that want to cheat on a dealers' cartel will sell more GE sets at reduce prices». Vid. EASTERBROOK (1984).

los fabricantes sigan una política de precios recomendados que figuran escritos en los envoltorios de los productos. La elevación del precio por parte de uno de ellos sería fácilmente detectada por los demás competidores. Caso de seguir todos ellos la estrategia, podríamos estar ante un caso de concertación tácita punible. En definitiva, el que todos sigan una regla de fijación de precios de este tipo puede constituir una práctica facilitadora que obstaculice la competencia.

Actualmente, existe un vivo debate sobre si se debe mantener la consideración de la fijación del precio de reventa como cláusula negra. Desde un punto de vista económico no procede perseguir con carácter general las reglas de fijación de precios de reventa, de la misma manera que no se prohíben en genérico los intercambios de información. Eso no impide que se deba considerar si en determinados casos estos mecanismos tienen ese efecto horizontal de debilitamiento de la competencia y si procede entonces la intervención.

7. CONCLUSIONES

La amplitud del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y también del art. 81 de Tratado de la CE es un hecho. El grado de formalización de los acuerdos restrictivos de la competencia puede variar en un continuo. También el grado de iniciativa de los agentes que intervienen en la coordinación o las variables que se toman como referencia en la misma. Todo ello dificulta etiquetar las prácticas y establecer categorías de elementos consensuales a identificar.

Cuanto menor es el grado de formalización de la cooperación mayor es el riesgo de error al calificar la conducta como colusoria. En este sentido, el tratamiento que debe recibir la colusión tácita resulta una cuestión controvertida porque existe el riesgo de que se confunda con la mera interrelación oligopolística.

Sin embargo, si consideramos que la colusión, tácita o expresa, es una práctica dañina, la solución no será dejar de perseguirla por el hecho de que sea difícil de detectar, sino establecer las debidas cautelas para reducir los errores de calificación. Esas cautelas se traducen en criterios que configuran el ámbito de lo que se consideran conductas prohibidas.

Lo importante es tener claro los elementos definitorios de las conductas restrictivas. Si se denominan práctica colusoria, conscientemente paralela, práctica facilitadora, práctica unilateralmente desencadenada o colusión tácita sólo es relevante en la medida en que permita que nos entendamos.

La Ontología del Lenguaje defiende que los humanos somos seres lingüísticos y que el lenguaje crea realidades. Sin duda hay mucho de verdad en ello. Pero en este caso, más necesarios que nombres para llamar a las conductas son los criterios para identificarlas y saber cómo proceder ante ellas, sirviendo siempre al objetivo de eficacia del sistema de defensa de la competencia.