

CAPÍTULO QUINTO  
REFLEXIONES SOBRE LA CARTELIZACIÓN  
EMPRESARIAL A PROPÓSITO DE SU DEFINICIÓN  
JURÍDICA Y ECONÓMICA<sup>1</sup>

ANA MARÍA PÉREZ HERRÁN<sup>2</sup>  
JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA<sup>3</sup>

RESUMEN

Este capítulo presenta algunas reflexiones relacionadas con la definición y alcance de la cartelización empresarial en Colombia y discute el papel de la evidencia circunstancial en el encuadramiento de la conducta objeto de estudio de parte de la autoridad de competencia. Así mismo, a partir de algunas referencias asociadas a la teoría microeconómica, se ilustra la relevancia que tiene para la autoridad de competencia el asignar recursos para desenmascarar este tipo de comportamientos.

**Palabras clave:** cartelización, efectos anticompetitivos, evidencia circunstancial, microeconomía, análisis de mercados.

- 
- 1 Las opiniones que aquí se expresen son personales y no representan en ningún sentido la visión de las entidades que los autores representan. Cualquier imprecisión es responsabilidad exclusiva de ellos. Para cualquier duda, sugerencia, corrección o comentario, por favor escribir a <c.amperez@sic.gov.co> o <jpherrera@sic.gov.co>.
  - 2 Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, actualmente cursando Maestría en Derecho Económico en la misma universidad. Abogada del Despacho del superintendente delegado para la Protección de la Competencia. Correo electrónico: <c.amperez@sic.gov.co>.
  - 3 Economista y Magíster en Ciencias Económicas con énfasis en Teoría y Política Económica de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de la Facultad de Economía de la Universidad Externado de Colombia y de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia. Superintendente delegado para la Protección de la Competencia. Correo electrónico: <jpherrera@sic.gov.co>.

## ABSTRACT

This chapter presents some reflections related to the definition and scope of businesses cartelization in Colombia and discusses the role of circumstantial evidence in the framing of the conduct under the study of a competition authority. Likewise, the document illustrates, from a microeconomic theory point of view, the relevance of assigning resources for the competition authority to expose this type of behavior.

**Keywords:** cartels, anticompetitive effects, circumstantial evidence, microeconomics, markets analysis.

## INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más analizados y estudiados dentro de la política de competencia, y que seguramente el lector habrá tenido oportunidad de escuchar como una de las conductas que las autoridades de competencia reprueban como comportamientos nocivos en el mercado, son los carteles. Sin duda, las referencias a un amplio número de casos en Colombia y en el mundo permiten concluir lo sensible y nociva que es esta conducta dentro de los mercados, motivo por el cual las autoridades de competencia actúan de manera contundente en su persecución. A propósito de los diez años de la Ley 1340 de 2009, no sobra dedicar algunas páginas para entender las razones por las cuales organismos de tanto prestigio como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) han llegado a calificar a este tipo de conductas anticompetitivas como las más reprochables que se puedan encontrar en los mercados (OECD, 2002).

Como se verá en este capítulo, a partir de elementos de modelación microeconómica muy sencillos es posible demostrar que los carteles empresariales son conductas anticompetitivas en los mercados que no solo tienen la posibilidad de generar efectos *explotativos* (sobre los consumidores)

y *exclusorios* (sobre las empresas competidoras, consumidores e incluso proveedores), sino que deslegitiman por completo la forma de asignación de recursos en un mercado, la cual debería darse a partir de la interacción de un número plural de agentes que actúan de manera independiente.

Por ello resulta particularmente importante aprovechar la conmemoración de la primera década de la Ley 1340 de 2009 para analizar a la luz de este concepto qué ha pasado en Colombia desde el punto de vista jurídico, cuáles han sido los aspectos más relevantes en los que ha evolucionado el país en materia normativa y cuáles son los principales espacios de mejora futura, de cara a una posible reforma del régimen de protección de la libre competencia económica.

Así pues, este capítulo se dividirá en las siguientes secciones. Además de esta introducción, la primera sección se dedicará a la definición de acuerdo anticompetitivo en Colombia, y su asociación con la noción de cartel empresarial. Una vez entendido el concepto desde el punto de vista del ordenamiento jurídico colombiano, en la segunda sección se hará una revisión desde la perspectiva del análisis económico de la figura de cartel empresarial, revisando las implicaciones reales y potenciales de la conducta de cara al correcto funcionamiento de los mercados. Después, en la tercera sección se llevará a cabo una reflexión respecto del papel de la evidencia circunstancial para avanzar en la detección de conductas de cartelización. Finalmente se proponen algunas conclusiones derivadas del capítulo.

## I. DEFINICIÓN NORMATIVA DE UN CARTEL

Algo que pudiera llamar la atención para un lector completamente desprevenido frente a los temas de competencia es que no existe ley o decreto alguno en Colombia que haga alusión expresa al concepto de carteles empresariales como conducta reprochable. No obstante, los actos administrativos mediante los cuales se toman decisiones sancionatorias

o se procede a archivar una investigación utilizan de manera reiterada tal expresión<sup>4</sup>. La razón es muy sencilla, la noción de carteles empresariales en el mundo ha sido un concepto acuñado por varias instituciones de orden transversal a muchos países, así como por diversas jurisdicciones. Basta citar la definición que ofrece el *Handbook de Carteles* de la Red Internacional de Competencia:

El cartel es la forma más seria de práctica anticompetitiva o de incumplimiento de la ley de competencia e involucra a dos o más competidores, empresas o individuos que pretenden limitar o reducir la competencia mediante:

— Fijación de precios, que ocurre cuando entre competidores se acuerda aumentar, fijar o mantener el precio de un producto o servicio. La fijación de precios puede incluir acuerdos para establecer precios mínimos, eliminar descuentos o adoptar una fórmula estándar para calcular los precios.

— Limitar la producción o las ventas, situación que se presenta en forma de acuerdos de producción o de cuotas de ventas e implica un acuerdo entre competidores para limitar el volumen de diversos bienes o servicios en el mercado.

— Repartición de mercados, que hace referencia a acuerdos entre competidores para dividir el mercado, por ejemplo, desde el punto de vista geográfico, de producto o de clientes, con el fin de que los participantes en el acuerdo estén protegidos de la competencia entre sí.

— Manipulación de licitaciones, que ocurre cuando dos o más competidores acuerdan que no competirán entre sí en licitaciones públicas o que compartirán información para presentarse en estas, lo que permite que uno de los participantes

---

4 Véanse a manera de ejemplo las siguientes resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio: 80847 del 7 de octubre de 2015, 31739 del 26 de mayo de 2016, 43218 del 28 de junio de 2016 y 54403 del 18 de agosto de 2016.

del acuerdo gane la licitación. (ICN, 2010). [Traducción libre de los autores].

Ahora bien, el régimen de libre competencia económica colombiano en el artículo 45 del Decreto Ley 2153 de 1992 define acuerdo como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

Así las cosas, en Colombia el cartel empresarial se entiende como una conducta en la modalidad de acuerdo, y está establecida en, por lo menos, los numerales 1 al 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992. Esta conducta abarca todo tipo de convenio o práctica concertada que resulte de un acuerdo de voluntades entre partes y cuyo objeto o efecto sea afectar el correcto funcionamiento del mercado. Dentro de los acuerdos restrictivos de la libre competencia económica, o carteles empresariales, es posible encontrar aquellos mediante los cuales se realizan: fijación directa o indirecta de precios, repartos geográficos de mercados, asignación de cuotas de participación y suministros, junto con aquellas ventas atadas con el ánimo de apalancar nuevos productos, cuando ello resulte de una concertación de voluntades entre agentes de mercado.

Además de las conductas señaladas, se encuentra una muy particular y sensible para cualquier economía de mercado, y es precisamente la que se relaciona con acuerdos tendientes a limitar los procesos de contratación pública como resultado del acuerdo de voluntades con la capacidad real o potencial de afectar las propuestas económicas que realizan diferentes agentes de mercado, que aparentan avanzar de forma competitiva en el respectivo proceso en el que el Estado funge como comprador o contratante del bien o servicio. Esta última conducta reviste suma gravedad, si se tiene en cuenta que en las economías emergentes las compras públicas representan en promedio el 25% del producto interno bruto (PIB), de acuerdo con estudios realizados por

el Centro de Desarrollo de la Capacidad de Adquisiciones de las Naciones Unidas (UNPCDC, por sus siglas en inglés) (UNPCDC, 2012).

Puede inferirse entonces que de acuerdo con la redacción de la normatividad colombiana todo acuerdo anti-competitivo entre competidores que se lleve a cabo en un mercado se considerará un cartel empresarial. Quizá el lector en este punto se esté preguntando si no hay algo de ligereza en esta afirmación, pero si se revisan con cuidado las líneas propuestas, se podrá reconocer que el elemento más sensible para concluir sobre la presencia de un cartel es el efecto horizontal que se deriva del acuerdo de voluntades entre competidores, entendiendo el referido efecto como el efecto que el acuerdo puede generar en el eslabón de la cadena de valor en la que participan dichos agentes de mercado. Con toda seguridad otro tipo de acuerdos anti-competitivos, como aquellos en los que los agentes de mercado involucrados no se encuentren en el mismo eslabón de la cadena, y solo existen efectos verticales, difícilmente podrían tipificarse como carteles, con las necesarias advertencias del caso derivadas del reconocimiento expreso de que este tipo de mecanismos incluso no necesariamente podrían tener efectos nocivos sobre la competencia.

Basta considerar por ejemplo un acuerdo de distribución entre una empresa productora de un bien o servicio y otro agente encargado de la actividad logística de distribución o comercialización. En ese caso, si ambas empresas son lo suficientemente irrelevantes en su respectivo mercado, el acuerdo realizado de seguro no solo no tendrá la capacidad de generar efectos anticompetitivos, sino que, por el contrario, podría entenderse como un mecanismo eficiente que reduzca los costos de transacción, y, en consecuencia, refleje lo anterior en beneficio de los consumidores y del mercado en general.

En cualquier caso, varios aspectos quedan propuestos de la aproximación al concepto de cartel empresarial esbozado:

se hace alusión a una conducta que solo puede comprobarse con elementos que 1) permitan identificar al menos un mercado afectado; 2) resulten de un acuerdo de voluntades ilegítimo en el mercado cuya intención o efecto se traduzca en una afectación potencial o real de este; y 3) en el caso particular de las compras públicas, el cartel se configura desde la colusión o acuerdo de voluntades cuyo propósito esté dirigido a distorsionar el ambiente competitivo que se espera debería imperar en los procesos de selección y contratación del Estado.

A partir de la definición de cartel empresarial anteriormente propuesta, resulta importante analizar algunos elementos de modelación económica que serán interesantes poner en consideración del lector, a efectos de entender los alcances y los límites de esta conducta.

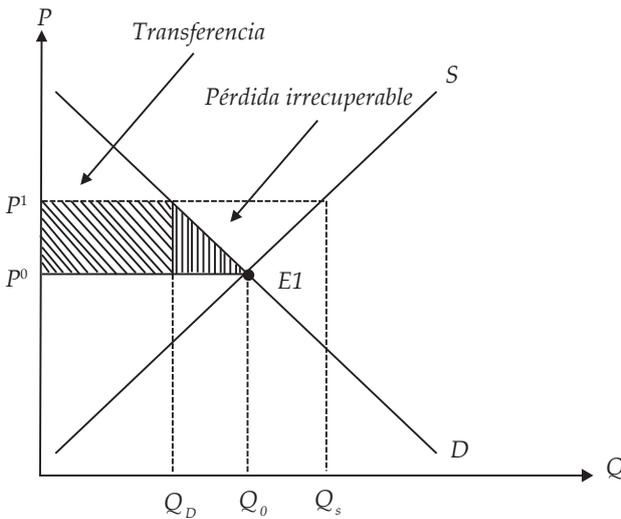
## II. ANÁLISIS ECONÓMICO DE UN CARTEL EMPRESARIAL

Supóngase que antes de la formación del cartel empresarial un mercado opera por medio del libre juego de la oferta y la demanda, de tal forma que el precio es el resultado de la interacción de las fuerzas del mercado, pero que, como es habitual, de manera aislada esta variable envía señales para que productores y consumidores decidan de forma libre e independiente cuánto elegir en el mercado, esto es, cuál es la demanda y oferta, respectivamente.

Denotemos a  $Q_s(p)$  y a  $Q_d(p)$  como la relación existente entre la cantidad del producto (bien o servicio) que se va a ofrecer ( $s$ ) y a demandar ( $d$ ), en función del precio por unidad de producto, denotado por  $p$ . En condiciones normales de mercado, lo que se esperaría es que a mayor nivel de  $p$ , menos demanda  $Q_d$  y más oferta  $Q_s$  deberían generarse. A su vez,  $p$  debería ser el resultado del proceso de interacción entre  $Q_s$  y  $Q_d$ . Esto es, a mayor nivel de  $Q_s$  frente a  $Q_d'$  el precio tenderá a bajar y cuanto más alto el valor de  $Q_d$  frente a  $Q_s'$  el precio tenderá a aumentar. No será entonces

difícil para el lector pensar que el equilibrio de mercado se alcanzará en una situación en la que el precio permita generar una situación de compatibilidad perfecta entre la oferta y la demanda, esto es, una condición de vaciamiento del mercado en la cual  $Q_s(p) = Q_d(p)$ .

GRÁFICO 1. UNA REVISIÓN DEL MODELO DE OFERTA Y DEMANDA



Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 43218 de 2016, Caso pañales.

La anterior situación se presenta en el gráfico 1, en el cual se observa que en el punto  $E1$  se encuentra el equilibrio descrito, en el cual al precio  $P^0$  se vacía el mercado, lo que ilustra una situación en la que todo el volumen de producto que en el mercado se está dispuesto a ofrecer está siendo efectivamente demandando.

Ahora bien, si existe un cartel empresarial, esto es, un acuerdo de voluntades entre agentes de mercado con la capacidad real o potencial de afectar los fundamentales de este, con toda seguridad varias cosas deberán considerarse. En primer lugar, dicha afectación se traducirá en una repercusión en la dinámica misma del mercado. Es decir, que en

la medida en que los cartelistas tengan incentivos o móviles para repartirse geográficamente los mercados, estabilizar las cuotas de participación en uno de ellos o fijar las cuotas de distribución o participación, estos comportamientos redundarán, en el corto o el largo plazo, en una afectación, que incidirá directamente sobre el precio al que se transa el bien o servicio. Basta señalar que cualquier distorsión artificialmente creada, tipificada como contracción de la oferta del producto, se traducirá en una situación deficitaria del bien o servicio, lo que a largo plazo impulsa a un alza del precio del mercado (Krugman y Wells, 2010).

Así las cosas, podría el lector considerar que en alguna medida el aumento en el nivel de precios por encima del precio de equilibrio estimula la entrada de nuevos agentes del mercado que observan en él una producción de rentas significativa y podrían estar interesados en hacerse a ellas, lo que a largo plazo terminaría convirtiéndose en un beneficio para el consumidor, pues este contaría con mayores agentes que ofertan un mismo bien o servicio, y con esto, un precio menor. No obstante, si bien esta conclusión es acertada desde el punto de vista del estudio de un mercado monopolístico, no lo es en un cartel empresarial, porque quienes acuerdan sus voluntades en este sentido tendrán todos los incentivos una vez que entran en el acuerdo para mantenerse en él, de suerte que se dificulte la entrada de cualquier potencial competidor interesado en acceder al mercado, o de llegar a entrar, pondrán todos sus esfuerzos en vincularlo al cartel.

En este punto, no debe olvidarse un aspecto crucial que el lector mal podría inferir a propósito del encuadramiento de una conducta específica en el proceso de formación de los precios en el mercado. En este sentido, no deberá confundirse lo que inicialmente se reprocha al momento de entender la acción concertada de las empresas, con el efecto que dicha acción pueda llegar a tener sobre el precio del mercado. Con ello se precisa que no toda conducta de

cartelización termina encuadrándose en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992 (fijación directa o indirecta de precios), solo porque en el corto, el medio o el largo plazo la acción concertada ocasione un efecto indirecto en el precio, como el modelado aquí.

Retomando entonces la narración, cabe reconocer que el efecto directo o indirecto de un acuerdo empresarial de este tipo, ya sea potencial o real, se traducirá en un efecto de distorsión en el precio de mercado. Muy seguramente el precio al que se transaría un bien o servicio, de llevarse a cabo el cartel, tendería a ser superior al del efectivamente observado en el mercado en ausencia de él, y con ello el gráfico ilustraría dos efectos inmediatos: una nueva situación de equilibrio en la cual 1) el precio es más alto y 2) la cantidad es menor.

En la lógica del artículo 3.º de la Ley 1340 de 2009, los propósitos del régimen de libre competencia resultan ser tres: el bienestar de los consumidores, la eficiencia económica y la libre participación de las empresas en el mercado. Estos propósitos, priorizados en este orden, supondrían que lo primero para analizar como resultado de la situación en estudio es precisamente el bienestar de los consumidores: obsérvese que al respecto el cartel generaría por lo menos dos situaciones clave: por una parte, un efecto *exclusorio* de consumidores que dejarían de acceder al mercado, lo cual estaría explicado por la diferencia de cantidades entre los dos equilibrios, y por otra parte, un sobrecosto justificado por los consumidores, que aún ante la elevación del precio generado por el cartel empresarial se ven abocados a mantenerse en el mercado, teniendo que dedicar una proporción de su ingreso mayor en la adquisición del bien o servicio.

De lo anterior podría entonces concebirse que en el corto plazo un incremento en el precio derivado de un cartel empresarial generará una pérdida irrecuperable de eficiencia en cuanto a la exclusión de agentes consumidores que al precio del cartel no están en capacidad de adquirir el bien

o servicio y un efecto *explotativo* que se traduce en transferencias de rentas de consumidores hacia productores.

Sumado a lo anterior, existe una consecuencia adicional, muy poco estudiada en la literatura económica derivada de la formación del cartel empresarial, y es que precisamente la constitución del cartel deslegitima el proceso de formación del equilibrio en el mercado en las condiciones en que este se formaría en un primer momento.

Se ha dicho que el equilibrio de mercado es el resultado de decisiones individuales independientes en función del precio de mercado. Así, la curva de oferta estaría representando cómo, a diferentes niveles de precio, estarían dispuestos nuevos agentes oferentes a participar en la medida en que el precio tienda a ser mayor. En un proceso de cartelización, tal como se ha definido, el acuerdo de voluntades limitará total o parcialmente este mecanismo hasta tal punto que, de llegarse a monopolizar el mercado, esto es, de realizarse un acuerdo de voluntades entre todos los oferentes del bien o servicio, desaparecerá la competencia y con ello dejará de tener sentido económico referirse a la curva de oferta en un mercado. Lo anterior no solo por la mera relación causal inherente a la función de oferta, sino porque el cartel terminará definiendo de manera unilateral las condiciones mismas del mercado. Es decir, que en un escenario de cartelización en el cual los cartelistas monopolizan el mercado, deja de tener sentido la definición de una curva de oferta y se procede a concebir la decisión de producción del monopolista como un único punto en un gráfico similar al que ya se presentó.

Así pues, si se trata de establecer alguna discusión de eficiencia económica, la cartelización empresarial no solo genera un cambio en materia de distribución de ganancias entre los agentes económicos involucrados en el mercado —obsérvese de qué manera existirá una transferencia de recursos de consumidores hacia productores—, sino que generará un efecto *exclusorio*, al provocar unas pérdidas

de peso muerto o costos irrecuperables de eficiencia. Se trata entonces de una situación en la cual el proceso de formación de precios y las cantidades transadas terminan siendo resultado de un mecanismo estructuralmente diferente, rompiendo cuando menos las relaciones causales inicialmente establecidas y vulnerando toda regla económica propia de la eficiencia que resultaría de un mecanismo descentralizado de decisión.

A efectos de ejemplificar lo ya planteado, y solo con fines ilustrativos, se supone en el ejercicio por presentar que en un mercado las empresas compiten a la *Cournot*<sup>5</sup>, esto es, mediante volúmenes de colocación en el mercado (Shy, 1996). Por simplicidad, se considera que cada firma enfrenta rendimientos constantes a escala, esto es, que por cada punto porcentual en que se quiera incrementar el producto la tecnología modelada induce a que los costos se incrementan en la misma magnitud porcentual. De igual manera se supone una curva de demanda estimada del mercado de tipo lineal a partir de la información de los consumidores. Se supone, y solo para fines ilustrativos de esta simulación, que el EBITDA máximo (ganancias antes de impuestos y amortización) que una empresa enfrenta en este mercado estaría alrededor del 42,8%. Lo anterior sugiere considerar, por ejemplo, un precio máximo por unidad de \$1.000 y un costo medio, esto es, un costo por unidad vendida, de \$400.

En un escenario de competencia, el precio resultante de la interacción de cada uno de los agentes de mercado se representa en la segunda columna del cuadro 1. Dicho precio sería el resultante de un proceso independiente de maximización de beneficios de parte de cada una de las firmas, bajo la hipótesis de conocimiento común de racionalidad de los agentes involucrados. En otras palabras:

---

5 El modelo fue desarrollado por AGUSTIN COURNOT en COURNOT (1838).

el precio presentado en la segunda columna del cuadro 1 correspondería al nivel de equilibrio Nash-Cournot que podría obtenerse<sup>6</sup>. Solo para efectos de exposición, se supone que en el mercado podrían existir desde una (1) hasta diez (10) acciones independientes, es decir, desde una (1) hasta diez (10) empresas en cada escenario. De llevarse a cabo un proceso de cartelización que terminara con la monopolización del respectivo mercado, el precio resultante de un problema de maximización de ganancia resultante del acuerdo de voluntades tendería a ser \$700.

La columna 3 del cuadro 1 presenta los diferentes sobrecostos de la monopolización, esto es, la diferencia entre el precio del acuerdo exitoso del cartel frente al precio que se obtendría en un escenario de competencia como el indicado en líneas anteriores. De esta manera, se estaría haciendo referencia a sobrecostos que bien podrían oscilar entre el 16,7% hasta 54%. Estos sobrecostos derivados de la monopolización producen a la par los respectivos efectos *explotativos* y *excluserios* presentados en el cuadro 1 y un efecto en el corto plazo en el bienestar del consumidor, que fácilmente estaría entre el 14,6% y el 41,9% de su gasto<sup>7</sup>, tal como se puede apreciar en los cálculos presentados en las columnas 6 a 9, donde se muestran las transferencias de consumidores a productores, la pérdida irrecuperable de eficiencia (PIE) y el cambio del excedente del consumidor en términos monetarios y como proporción del gasto (Delta EC y % Delta EC, respectivamente).

Dicho de otro modo, un sobre costo de 16,7% en este mercado simulado, generaría una reducción del 14,6% en

---

6 Para una referencia adicional a este punto, véase SHY (1996), cap. 6.

7 Es importante mencionar que en el ejercicio que se realiza aquí no se supone un nivel de elasticidad precio de la demanda dado, sino que al considerar una curva de demanda lineal con un precio de reserva como el enunciado, permite ilustrar el efecto que se produce en materia de distorsiones de precios que son consecuencia de diferentes escenarios de cartelización ante una colección no numerable de funciones de demanda que cumplen con dicha situación.

CUADRO 1. SIMULACIÓN DE SOBRECOSTOS DERIVADOS DE LA MONOPOLIZACIÓN GENERADA POR UN CARTEL EMPRESARIAL EN DIFERENTES ESTRUCTURAS OLIGOPÓLICAS

Acciones independientes	Precio estimado	Sobrecosto de monopolización (%)	Efecto marginal del sobrecosto (%)	Cantidad transada	Tr. efecto explotativo	PIE efecto exclusorio	Delta EC	% Delta EC
1	\$700			600				
2	\$600	16,7		800	\$60.000	\$10.000	\$70.000	14,6
3	\$550	27,3	38,9	900	\$90.000	\$22.500	\$112.500	22,7
4	\$520	34,6	21,2	960	\$108.000	\$32.400	\$140.400	28,1
5	\$500	40,0	13,5	1.000	\$120.000	\$40.000	\$160.000	32,0
6	\$486	44,1	9,3	1.029	\$128.571	\$45.918	\$174.490	34,9
7	\$475	47,4	6,9	1.050	\$135.000	\$50.625	\$185.625	37,2
8	\$467	50,0	5,3	1.067	\$140.000	\$54.444	\$194.444	39,1
9	\$460	52,2	4,2	1.080	\$144.000	\$57.600	\$201.600	40,6
10	\$455	54,0	3,4	1.091	\$147.273	\$60.248	\$207.521	41,9

Fuente: cálculos propios.

el excedente del consumidor como proporción del gasto en que incurre, esto en el menor de los casos. No obstante, de fraguarse el proceso de monopolización más grande posible considerado en el ejercicio, se estaría hablando de una situación en la que el sobre costo de la monopolización del 54% generaría una afectación en el gasto del consumidor del orden del 41,9%.

Así las cosas, queda ilustrado con este ejemplo la gravedad de la cartelización de los agentes en un mercado. Por supuesto, no todos los carteles terminan en una situación de total monopolización del mercado, ni existe una regla inequívoca para identificar el sobre costo generado por los carteles; sin embargo, estos resultados del ejemplo propuesto no difieren de forma sustancial de los encontrados empíricamente por Connor y Lande (2008) y Connor y Bolotova (2006), quienes en una muestra histórica de más de un siglo estiman los sobre costos de un cartel<sup>8</sup>.

Con todo, resulta por lo menos ilustrativo el ejemplo para poner de resalto cuán nocivos terminan siendo los carteles empresariales para una economía de mercado, y con ello subrayar la importancia de avanzar en la detección y sanción de este tipo de prácticas anticompetitivas, si de lo que se trata es de velar por el correcto y eficiente funcionamiento de los mercados.

### III. SOBRE EL ANÁLISIS DE LA EVIDENCIA CIRCUNSTANCIAL EN LOS CASOS DE CARTELIZACIÓN

Una vez presentado el ejercicio que ilustra las graves consecuencias de la cartelización empresarial, resulta valioso presentar el reto no menor que enfrentan las agencias de competencia al momento de detectar carteles empresaria-

---

8 Para ver otro tipo de estimaciones del efecto de los carteles, puede consultarse: BOLOTOVA, CONNOR y MILLER (2007), CLARKE y EVENETT (2003) y BOLOTOVA (2009).

les. Para hacerlo, quizá sea importante alertar al lector de la diversidad de modalidades de cartelización que pueden existir, que fácilmente podrían ir desde la fijación directa de precios, reparto de mercados y reparto de canales de comercialización hasta lo que se conoce como prácticas conscientemente paralelas.

En esta última modalidad de acuerdos, la manera de valorar la evidencia probatoria relevante de posibles comportamientos de los agentes económicos en el mercado resulta fundamental a efectos de garantizar robustez y solidez en el encuadramiento de la conducta. Un caso especial es precisamente el análisis de una situación de paralelismo de una variable o un grupo de variables económicas en el mercado, tal como precios y cuotas de mercado, por tan solo citar algunos ejemplos. Lo anterior a efectos de determinar si la conducta objeto de estudio es el resultado de una acción de concertación consciente y real entre agentes de mercado, o si, por el contrario, responde a un resultado de acciones autónomas e independientes de ellos que bien pudiera responder a un escenario de intensa competencia.

Frente al tema resulta importante tener en cuenta una primera afirmación sugerida por el exjuez y connotado académico en la materia Richard Posner, que en una sentencia del año 2010, a propósito de conspiraciones que afectan la libre competencia económica, sugirió lo siguiente: “Evidencia directa de la conspiración no es una condición *sine qua non* [...] la evidencia circunstancial puede permitir establecer dicha conspiración”. (Posner, 2010, citado en Kovacic, 2011, p. 395).

Así pues, resulta clara la importancia de valorar rigurosa y cuidadosamente cada uno de los elementos que pueden ser tipificados como evidencia circunstancial y reconocer su valor probatorio como prueba indirecta de un cartel empresarial. Al respecto, el profesor William Kovacic, experto académico y exdirector de la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés), junto con otros prestigiosos

profesores de las universidades de Pensilvania, Duke y San Diego, escribió en el año 2011 un artículo inspirador (Kovacic, 2011) en lo concerniente a los factores adicionales (*plus factors*) en situaciones de cartelización de empresas.

En este punto es relevante mencionar el trabajo señalado, puesto que reconoce que aquellos factores adicionales corresponden a la evidencia económica que puede ser calificada como evidencia circunstancial, la cual, en suma, constituye prueba indirecta de una cartelización de agentes en el mercado. De esta manera, la evidencia circunstancial que tiende a reconocer la unidad de propósito y el diseño común de una estrategia o el acuerdo de voluntades representa un elemento particularmente valioso para caracterizar el elemento consciente de este tipo de conductas.

Del mismo modo, se ha reconocido que la evidencia circunstancial que tiende a confirmar que los investigados pudieran adquirir el compromiso consciente de diseñar un esquema común para alcanzar un objetivo ilegal desde el régimen de competencia debe ser considerada como un elemento suficiente a efectos de descartar que la evidencia económica indiciaria de una posible situación de cartelización provenga de acciones independientes de quienes conforman el cartel.

Así las cosas, la tarea de toda autoridad de competencia es aproximarse a la definición de un estándar adecuado para valorar la evidencia circunstancial frente a la cual resulte suficientemente acreditado el elemento consciente de una conducta paralela. Para ello, el análisis debería contener al menos dos etapas: 1) la caracterización de las condiciones inherentes a la estructura del mercado, así como el comportamiento de las empresas en él y 2) la evaluación de todos y cada uno de los fragmentos de evidencia circunstancial obrantes en el expediente de la respectiva investigación, todo lo anterior con el ánimo de realizar una valoración de la referida evidencia de manera global e interdependiente, a fin de aproximarse a dichas piezas probatorias con una

visión holística de ellas para poder emitir una conclusión final técnicamente robusta.

Kovacic (2011) ha concluido que en lo concerniente con el tipo de conductas conscientemente paralelas, es posible señalar una serie de criterios que pueden constituir elementos indicativos de la conciencia de quienes incurrir en conductas paralelas. En particular, señala 1) acciones que van en contra del interés de cada investigado, excepto que el análisis se hiciera bajo la hipótesis de que los investigados actuaran dentro de un acuerdo de voluntades con el propósito de restringir la competencia a su favor; 2) resultados económicos cuya única explicación fuese una acción concertada en el mercado; y 3) falta de razón comercial legítima y plausible que justifique la conducta llevada a cabo, tal como ciertas comunicaciones entre rivales o mecanismos que tiendan al mantenimiento de un ambiente de permanente colaboración.

Sin obviar lo que desde el punto de vista de la organización industrial y la microeconomía aplicada se ha sugerido en cuanto a la presencia de oligopolios dinámicos que podrían explicar lo observado en el mercado (Belleflamme y Peitz, 2015), donde en un marco de interacción repetida se tienda a configurar un escenario de colusión tácita, lo cierto es que la evidencia circunstancial podría aportar importantes indicios que dan cuenta de posibles situaciones que afectan la libre competencia y que en conjunto aportan elementos valiosos para diferenciar entre el resultado de una situación de competencia oligopólica y el de un contexto de colusión o cartelización. Pero sin duda un elemento, también calificado como evidencia circunstancial, que resulta muy robusto para identificar las conductas de paralelismo consciente lo representan aquellas situaciones en las cuales existen elementos probatorios que dan cuenta del monitoreo del cartel, tal como lo constituyen el intercambio de información o la existencia de medios para dividir las ganancias derivadas de la señalada conducta, los cuales son en sí

mismos un elemento valioso y contundente a propósito del encuadramiento de la conducta anticompetitiva.

Al respecto, Kovacic (2011) sugiere hacer el siguiente ejercicio fundamentado en un razonamiento inspirado por la regla de Bayes<sup>9</sup>. Se define la probabilidad de cartelización en un mercado particular como:

$$0 \leq p(C) \leq 1 \quad (1)$$

Dicha probabilidad será el resultado de la evaluación de las características de la estructura del mercado y la conducta de los agentes que allí participan. Por su parte, se denota  $F$  como el presunto elemento consciente resultante del cúmulo de evidencia circunstancial recaudada. De esta forma, aplicando la regla de Bayes, podría afirmarse que:

$$P\left(\frac{C}{F}\right) = \frac{P\left(\frac{F}{C}\right)P(C)}{P\left(\frac{F}{C}\right)P(C) + P\left(\frac{F}{NC}\right)P(NC)} \quad (2)$$

De esta manera, en la medida en que la probabilidad de contar con la evidencia circunstancial en un caso de cartelización sea igual a la probabilidad de que dicho elemento de evidencia suceda en un contexto de no cartelización, esto es:

$$P\left(\frac{F}{C}\right) = P\left(\frac{F}{NC}\right) \quad (3)$$

Entonces, la probabilidad de cartelizarse condicionado al elemento consciente será igual a la probabilidad de cartelizarse<sup>10</sup>. Esto es:

---

<sup>9</sup> Para más detalles, véase BAYES (1763).

<sup>10</sup> Este resultado se obtiene a partir del hecho según el cual  $P(C) + P(NC) = 1$

$$P\left(\frac{C}{F}\right) = P(C) \quad (4)$$

Dicho de otra forma: si lo anterior sucediera, se estaría en un contexto en el cual la evidencia circunstancial no aportaría a determinar la ocurrencia de la conducta y por tanto no se contaría con la evidencia necesaria para que se configurara un elemento reprochable al régimen de libre competencia. En este caso se concluiría que la evidencia circunstancial no podría ser reconocida como un factor *plus* en la investigación.

Si, por el contrario, la probabilidad de que la evidencia circunstancial se diera en un ámbito de cartelización fuera mayor a que dicha evidencia se originara en una situación de no cartelización, esto es, si

$$P\left(\frac{F}{C}\right) > P\left(\frac{F}{NC}\right) \quad (5)$$

entonces se reconocería que la evidencia circunstancial efectivamente aporta al esclarecimiento de los hechos económicos observados del paralelismo del mercado a favor de una práctica restrictiva de la competencia, en su modalidad de paralelismo consciente.

Basta definir la fortaleza del factor *plus* y la razón de probabilidad de inexistencia del cartel respectivamente a partir de unas razones de probabilidad o verosimilitud como:

$$S = \frac{P\left(\frac{F}{C}\right)}{P\left(\frac{F}{NC}\right)} \quad \text{y} \quad O = \frac{P(NC)}{P(C)} \quad (6)$$

para concluir que la probabilidad de cartelizarse condicionada a la evidencia circunstancial podrá escribirse como:

$$P\left(\frac{C}{F}\right) = \frac{1}{1 + \frac{O}{S}} \quad (7)$$

Así, para un nivel dado de  $O$ , a medida en que  $S$  sea cada vez mayor, siempre por encima de la unidad, más robusto será el factor *plus* en una investigación, y en tal virtud más elementos de juicio tendrá la autoridad de competencia para calificar la evidencia económica observada como una estrategia de los diferentes agentes económicos llevada a cabo como resultado de una acción consciente y coordinada entre los investigados. El anterior análisis resulta muy útil como marco de referencia que invita a proponer un orden metodológico en la valoración de la evidencia circunstancial, el cual está precisamente fundado en la necesidad de entender las piezas probatorias y someterlas a estricto examen, a efectos de evaluar si dicho resultado observado se hace más verosímil en un entorno de cartelización frente a uno de no cartelización. De tratarse de evidencia circunstancial múltiple, según Kovacic, será preciso ordenar dicha evidencia de la más robusta a la menos robusta y mediante un mecanismo iterado ir evaluando como, marginalmente hablando, cada elemento indiciario aporta en la caracterización de una conducta restrictiva de la competencia (Kovacic, 2011).

Por tanto, el método sugerido aquí, si bien no obliga a hacer estimaciones de probabilidades, sí les permite establecer un orden claro a las autoridades de competencia en la forma de aproximarse a conductas en las cuales se hace pertinente caracterizar la relevancia de la evidencia circunstancial como prueba indirecta del elemento consciente de un presunto acuerdo anticompetitivo.

Por último, en cuanto a los factores *plus* que se han puesto de presente, es preciso señalar que si bien son una herramienta de gran utilidad de cara al estudio de acuerdos en la modalidad de práctica conscientemente paralela, también lo son respecto de acuerdos restrictivos de la competencia de los que la autoridad de competencia cuenta con pruebas directas, porque estos factores le permiten a la autoridad analizar la pensión de un determinado mercado a la

cartelización, así como la ausencia o existencia de presiones competitivas en él. Este análisis no difiere de propuestas similares desarrolladas por Harrington (2006) y Posner (2001), quienes reafirman la necesidad de caracterizar el contexto en el que se desenvuelven las empresas, su capacidad estratégica para afectar el mercado y la posibilidad de que el mismo mercado anule cualquier intento de cartelización que pueda derivarse como producto del acuerdo de voluntades referido en este capítulo.

## CONCLUSIONES

Tal como se puso de presente a lo largo del capítulo, la afectación económica que genera en los mercados la presencia de un cartel empresarial es sumamente costosa y nociva en materia de eficiencia y bienestar de los consumidores. Por una parte, se generan dos efectos nocivos en el mercado, uno *exclusorio*, con el cual algunos consumidores del mercado se verán abocados a salir de él, y otro *explotativo*, en la medida en que el cartel extrae rentas del consumidor, haciendo más costoso el bien o servicio objeto del cartel empresarial y con esto disminuyendo la disponibilidad que este tiene de acceder a otros bienes y servicios.

Por otra parte, el cartel empresarial, al mermar la dinámica de rivalidad que debe estar presente en los mercados, les asegura a los cartelistas un estado estacionario en el cual no existen mayores incentivos para innovar y mejorar las calidades del bien o servicio con el fin de hacerse a una mayor porción del mercado, generándose así una grave afectación para el consumidor en particular y el mercado en general. Este análisis ha mostrado que en ciertas condiciones de competencia un oligopolio que tiende a monopolizarse como resultado de un ejercicio masivo de cartelización tendería a generar sobre precios de hasta el 54%, lo que genera

pérdidas de excedente del consumidor que podrían alcanzar hasta el 49,2% del gasto que estos agentes estarían realizando.

Ahora bien, este capítulo ha mostrado la relevancia que pueden tener la evidencia circunstancial y los factores *plus* al momento de entender y encuadrar ciertos carteles empresariales. En particular, mediante un análisis de probabilidades, siguiendo la regla de Bayes, se ha mostrado la función que cumple una valoración cuidadosa y detallada del acervo probatorio que permita contextualizar el alcance y el entorno en el que se habría podido realizar la conducta. El reto de una autoridad de competencia entonces estará centrado en el fortalecimiento de su capacidad técnica para analizar de forma adecuada dicha evidencia en mención.

#### REFERENCIAS

- BAYES, M., y PRICE, M. (1763). An Essay towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances. By the Late Rev. Mr. Bayes, F. R. S. Communicated by Mr. Price, in a Letter to John Canton, A. M. F. R. S. *Philosophical Transactions of the Royal Society of London*, 53(0), 370-418.
- BELLEFLAMME, P., y PEITZ, M. (2015). *Industrial Organization, Markets and Strategies*. Cambridge: University Press.
- BOLOTOVA, Y. (2009). Cartel Overcharges: An empirical analysis. *Journal of Economic Behavior and Organization*, 70(1-2), 321-341.
- BOLOTOVA, Y., CONNOR, J., y MILLER, D. (2007). Factors influencing the magnitude of cartel overcharges. An empirical analysis of food industry cartels. *Agribusiness*, 23(1), 17-33.
- CLARKE, J., y EVENETT, S. (2003). The deterrent effect of national anti-cartel laws: evidence from the international vitamin cartel. *Antitrust Bulletin*, 48(3), 689-726.

- CONNOR, J., y BOLOTOVA, Y. (2006). A Meta-Analysis of Cartel Overcharges. *International Journal of Industrial Organization*, 24(6), 1109-1137.
- CONNOR, J., y LANDE, R. (2008). Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines. Disponible en <<https://ssrn.com/abstract=1285455> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1285455>>.
- COURNOT, A. (1838). *Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses* (English edition: *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*. Edited by N. Bacon). New York: Macmillan, 1897.
- HARRINGTON Jr. J. E. (2006). How Do Cartels Operate? *Foundations and Trends in Microeconomics*, 2(1), 1-105.
- International Competition Network (ICN) (2010). Anti-cartel Enforcement Manual. Disponible en <[https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG\\_ACEMCaseInitiation.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMCaseInitiation.pdf)>.
- KOVACIC, W. (2011). Plus Factor and Agreement in Antitrust Law. *Michigan Law Review*, 110(3), 393-436.
- KRUGMAN, P., y WELLS, R. (2010). *Introducción a la microeconomía*. Barcelona: Reverté.
- OECD (2002). Hard Core Cartels Harm and Effective Sanctions. Disponible en <<http://www.oecd.org/competition/cartels/1935141.pdf>>.
- POSNER, R. (2001). *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press.
- POSNER, R. (2010). Circuito 7 de Estados Unidos, Litigio de Competencia n.º 10-8037.

SHY, O. (1996). *Industrial Organization: Theory and Applications*.  
London: MIT Press.

UNPCDC. (2012). *Sustainable Public Procurement: Briefing Note*.  
Disponible en <[http://www.unpcdc.org/media/390120/spp\\_brief\\_en\\_2012-02-06.pdf](http://www.unpcdc.org/media/390120/spp_brief_en_2012-02-06.pdf)>.