

Noviembre de 2004

LA PERSECUCIÓN DE LOS CÁRTELES: LA POLÍTICA DE CLEMENCIA

PRIMER SEMINARIO DE DERECHO Y ECONOMÍA
DE LA COMPETENCIA

Fernando Jiménez Latorre

NERA

Economic Consulting



Marsh & McLennan Companies

LA PERSECUCIÓN DE LOS CÁRTELES: LA POLÍTICA DE CLEMENCIA

Fernando Jiménez Latorre¹
NERA ECONOMIC CONSULTING

PRIMER SEMINARIO DE DERECHO Y ECONOMÍA DE LA COMPETENCIA

Madrid, 30 de noviembre de 2004

¹ Director Asociado y Responsable de la Práctica de Política de Competencia de la oficina de NERA en Madrid. El autor quiere expresar su agradecimiento a la Fundación Rafael del Pino, por su invitación para participar en el Primer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, y, en especial, a Enrique Cañizares, economista en NERA, por su apoyo para la elaboración de este trabajo. Las opiniones expresadas en este trabajo son las del autor.

I. INTRODUCCIÓN

Los cárteles son acuerdos entre competidores que pretenden alcanzar unos niveles de precios por encima de los que se fijan en condiciones de competencia, mediante la simple fijación de precios, la limitación de la producción, el reparto de mercado u otras modalidades de acuerdo de efecto equivalente.

En el ámbito académico y entre las autoridades de competencia existe un amplio consenso a la hora de señalar que los cárteles constituyen la peor de las conductas restrictivas de la competencia. No tienen defensa posible ni desde la perspectiva de la eficiencia productiva ni de la del beneficio para el consumidor, ni en el corto ni en el largo plazo. La evidencia empírica confirma que comportan una pérdida neta de bienestar fruto de las ineficiencias que generan, siendo los consumidores los principales perjudicados, ya que compran una menor cantidad de producto a un mayor precio.

Por todo ello, las autoridades de competencia con mayor prestigio han situado la lucha contra los cárteles como la principal prioridad de sus estrategias de defensa de la competencia. En palabras del Comisario de Política de Competencia europeo, «la principal prioridad en materia de competencia para la Comisión Europea y el Departamento de Justicia de Estados Unidos es la persecución de los cárteles».²

No obstante, los instrumentos tradicionales de lucha contra los cárteles se han revelado ineficaces por diversos motivos: la dificultad para encontrar pruebas materiales sobre la existencia de los cárteles (lo que podríamos denominar el problema de la prueba), el carácter limitado de los recursos de las autoridades de competencia y, como consecuencia de todo ello, la limitada capacidad disuasoria del régimen sancionador. Por tanto, se estima que este tipo de práctica sigue siendo relativamente frecuente en la vida de las empresas.

En la actualidad, existe cierto consenso sobre la conveniencia de adoptar programas de clemencia (inmunidad o *leniency*). Estos programas permiten penetrar el secreto de los acuerdos recurriendo a la información desde dentro (*insider*), resolviéndose así los problemas de la identificación de la prueba inherente a este tipo de conducta.

La evidencia demuestra que los programas de clemencia, cuando se diseñan adecuadamente, son instrumentos muy eficaces para detectar cárteles. Desde su adopción, el número de cárteles sancionados y las multas impuestas por las autoridades han aumentado significativamente.

Este estudio comienza describiendo la economía del cártel, donde se incide en los efectos de los cárteles y en los principales aspectos económicos que influyen en su estabilidad. En segundo lugar, se analiza porqué los instrumentos tradicionales de lucha contra los cárteles

² MONTI (2001). Traducción del texto original en inglés.

no son efectivos. Seguidamente se presentan los programas de clemencia como mecanismo eficaz para perseguir esta práctica tan perniciosa. Por último, y en la medida en que las autoridades nacionales han anunciado su intención de realizar ciertas reformas en el sistema español de defensa de la competencia, se terminará con unas consideraciones sobre la oportunidad de adoptar un programa de clemencia en España, el tipo de programa que parece aconsejable y las medidas que deben acompañarlo.

II. LA ECONOMÍA DE LOS CÁRTELES

II.1. El efecto de los cárteles

II.1.A. El efecto de los cárteles desde la perspectiva del análisis económico

En un mercado con información perfecta y ausencia de externalidades, en el que concurren numerosos oferentes, ninguno con capacidad de comportamiento independiente, la rivalidad empresarial conduce a una asignación eficiente de los recursos. El bien se produce al menor coste y el consumidor lo compra al precio más bajo posible.

Un cártel es un acuerdo entre competidores por el que se adopta algún tipo de compromiso – ya sea de fijación directa de precios, limitación de la producción o reparto de mercados³ – para que los precios se sitúen por encima de los niveles que se alcanzarían en condiciones de competencia.

Se trata, por tanto, de un acuerdo que no comporta eficiencias productivas, sino más bien todo lo contrario.⁴ La teoría económica ha diferenciado entre las ineficiencias asignativas y productivas que la situación de poder de mercado genera en un contexto estático. En una perspectiva dinámica, y aunque existe cierto debate al respecto, puede argumentarse que el poder de mercado repercute negativamente sobre la productividad principalmente por dos motivos. En primer lugar, por los incentivos inadecuados que reciben los gestores monopolistas (ineficiencia – X). En segundo lugar, por la ausencia de procesos de selección natural a los que sólo sobreviven las empresas más eficientes. En el Anexo se explica más en detalle los efectos económicos del cártel.

³ La definición de cártel propuesta por la OCDE permite identificar las modalidades de acuerdo colusorio más habituales, en particular, fijación de precios, manipulación de pujas o concursos (*bid rigging*), establecimiento de restricciones de la producción y reparto de mercados mediante la asignación de clientes, suministradores, territorios o líneas de actividad. OCDE (2003), página 3.

⁴ KOLASKY (2004) argumenta que «los cárteles, por definición, no poseen ningún potencial en absoluto para generar eficiencias». KOLASKY (2004), página 37. Traducción del texto original en inglés.

Así, tanto en el ámbito académico como entre las autoridades de competencia se considera que los cárteles constituyen la conducta restrictiva de la competencia más perjudicial, y su persecución viene siendo la principal prioridad de las autoridades con mayor prestigio.⁵

II.1.B. Evidencia empírica

- **Efectos sobre precios y cantidades.**

La Comisión Europea ha estimado que la existencia de un cártel en una industria determinada redundaría en un incremento medio del 10% en los precios (en algunos casos, dicho incremento se sitúa en el 30%-50%) y en una reducción media de la cantidad producida del 20%.⁶

Por su parte, la OCDE, sobre la base del análisis efectuado por las autoridades nacionales de defensa de la competencia de 14 cárteles multinacionales que tuvieron lugar en el periodo 1996-2000, observa un incremento en precios entre el 5% y el 65%, con la mediana en torno al 15%-20%.⁷

- **Efectos sobre la productividad.**

BROADBERRY y CRAFTS (1996) consideran que, antes de la adopción de la legislación anti-cártel en Reino Unido, las prácticas colusorias afectaban a las tres cuartas partes de la industria británica, lo que redundaba en un descenso en el crecimiento de la productividad del trabajo de 1 punto porcentual.⁸

NICKELL (1996) analizó el comportamiento de una muestra de 700 empresas del sector industrial en el Reino Unido entre 1972 y 1986 y constató que cuanto mayor era la cuota de mercado de las empresas (variable considerada *proxy* del poder de mercado) menor era el nivel de la productividad de la empresa. Igualmente, constató que cuanto mayor era la competencia, medida en términos de menores niveles de beneficios, mayor era la productividad multifactorial.

Finalmente, NICKELL, NICOLITSAS y DRYDEN (1997) confirmaron que la competencia en el mercado de bienes y servicios mejora la productividad de la empresa. No obstante,

⁵ Así, por ejemplo, el Comisario de Política de Competencia europeo afirmaba que «[l]os cárteles son un cáncer para la economía de mercado que constituye la base de nuestra Comunidad». MONTI (2000). Por otra parte, de acuerdo con las Directrices para el cálculo de las multas de la Comisión Europea, los cárteles son considerados como una infracción muy grave. COMISIÓN EUROPEA (1998), página 1. Finalmente, la Office of Fair Trading británica afirma que «existe un amplio consenso a la hora de señalar que los cárteles constituyen la práctica más perjudicial para los consumidores y la economía en su conjunto». OFFICE OF FAIR TRADING (2001), página 2. Traducción de los textos originales en inglés.

⁶ MONTI (2000).

⁷ OCDE (2002).

⁸ Ver referencia a este estudio en KOLASKY (2004), página 37.

señalaron que el papel de la competencia para disciplinar a los gestores y mejorar la eficiencia de la empresa es menor cuando las empresas están sujetas a la disciplina de los mercados de capitales.

II.2. La estabilidad de los cárteles

Los cárteles pueden tener elementos de inestabilidad. Los incentivos para que un miembro del cártel incumpla el compromiso adquirido vienen determinados por lo que en economía industrial se ha llamado la restricción de incentivos, como se explica en el Anexo. Es posible que para algún miembro del cártel resulte atractivo incumplir el acuerdo de tal forma que, durante el tiempo que tardan el resto de los miembros del cártel en reaccionar ante su incumplimiento, obtenga un beneficio extraordinario superior al que obtiene respetando el acuerdo. Para que esto se produzca basta con que este resultado extraordinario que resulta del incumplimiento del acuerdo supere la menor ganancia futura derivada de la reacción del resto de los miembros del cártel.

Los factores que influyen en la estabilidad de un cártel son numerosos. A grandes rasgos, y atendiendo al marco conceptual propuesto por la Comisión Europea para el análisis de colusión tácita, la estabilidad de un acuerdo viene determinada por los siguientes dos elementos:^{9,10}

- **Estabilidad interna o capacidad para castigar desviaciones**, determinada por (1) la habilidad de los miembros de cártel para detectar desviaciones; y (2) la existencia de un mecanismo de sanción creíble. A su vez, estas dos variables dependen de otras muchas. Sin ánimo de ser exhaustivo se puede mencionar el número de miembros del cártel, la transparencia del mercado, la frecuencia con la que las empresas se enfrentan en el mercado, la información sobre la demanda, etc.
- **Estabilidad externa o respuesta de competidores y clientes**. De esta forma, la posibilidad de que un cártel sea estable será reducida en aquellos casos en que

⁹ COMISIÓN EUROPEA (2004a), páginas 9-11. Para un análisis económico del efecto de las principales variables que influyen sobre estos 3 elementos sobre la capacidad de un grupo de competidores para coordinar su comportamiento, ver IVALDI, JULLIEN, REY, SEABRIGHT y TIROLE (2003).

¹⁰ La Comisión Europea señala un elemento adicional: la facilidad para llegar a un acuerdo. En la medida en que depende en gran medida de los incentivos de cada uno de los miembros del cártel para formar parte del acuerdo, este elemento podría resultar relevante a la hora de evaluar la estabilidad de un cártel. De esta forma, si los incentivos de uno o varios de los miembros del cártel son débiles (en términos de la restricción de incentivos, si el beneficio de permanecer en el acuerdo es muy similar al beneficio de desviarse) cualquier cambio en las condiciones de mercado puede desencadenar desviaciones con respecto al acuerdo. Por simplicidad, hemos preferido dejar a un lado este elemento, entendiendo que influye fundamentalmente en la capacidad para llegar a un acuerdo, y no en su posterior estabilidad. En cualquier caso, algunas de las principales variables que influyen positivamente en la facilidad para llegar al acuerdo son la estabilidad y simplicidad del entorno económico (por ejemplo, en términos de demanda estable y ausencia de innovaciones), la homogeneidad del producto, la simetría en costes y cuotas de mercado, o la existencia de vínculos estructurales. COMISIÓN EUROPEA (2004a), página 10.

la reacción de los competidores (actuales o potenciales) situados fuera del acuerdo o los clientes reduzca de forma considerable las ventas totales del cártel y de cada uno de sus miembros. Algunos de las variables fundamentales a la hora de valorar la respuesta de competidores y clientes son la existencia o no de barreras a la entrada, el poder de compra de clientes y la elasticidad de la demanda.

No obstante, una vez que el acuerdo se ha incumplido y se ha vuelto a la dinámica competitiva durante un periodo de tiempo lo suficientemente prolongado como para hacer el mecanismo de castigo creíble, vuelven a surgir los incentivos para negociar un acuerdo ya que éste beneficia a todos sus miembros si es respetado.

III. INEFICACIA DE LOS MECANISMOS TRADICIONALES PARA LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES

III.1. El problema de la prueba

Este tipo de práctica es muy difícil de sancionar con los instrumentos tradicionales de defensa de la competencia, dadas las complicaciones para encontrar pruebas documentales que acrediten su existencia o para utilizar pruebas de presunciones. Veamos cada uno de estos aspectos.

- **Pruebas documentales.**

Las pruebas documentales son muy difíciles de detectar, ya que las empresas que deciden coludir toman las cautelas precisas, el número de participantes en el acuerdo es muy reducido, normalmente sólo los cargos de máxima responsabilidad de la empresa e intentan no dejar la mínima huella de los mismos, procurando no levantar actas de las reuniones, ni intercambiar correspondencia, faxes, correos electrónicos, etc.

Así, las autoridades de competencia se enfrentan con una tarea muy compleja de búsqueda de pruebas, análisis del sector, relaciones entre empresas, etc. Esta actividad consume muchos recursos humanos y es de resultados inciertos.

- **La prueba de presunciones.**

En ausencia de prueba documental las autoridades pueden ir hacia la prueba de presunciones, de forma que tras la investigación se llegue a la conclusión de que la única explicación lógica, por ejemplo, a la evolución paralela de precios observada en el mercado o la existencia de beneficios extraordinarios, sea la de la coordinación del comportamiento.

No obstante, la rivalidad competitiva puede explicar también este tipo de situaciones. La evolución paralela de los precios puede obedecer a explicaciones racionales: la transparencia y agilidad del mercado, la similitud en la estructura de costes de las empresas, la

dependencia de *inputs* semejantes, el choque común que incide fuertemente en el sector, el comportamiento de seguimiento del líder,¹¹ etc.

Las dudas pueden empezar cuando concurren el paralelismo de precios y los beneficios extraordinarios en el industria. Sin embargo, resulta muy complejo identificar cuál es el beneficio extraordinario. La referencia a costes no suele ser válida en la medida en la que la mayor parte de las empresas son multi-producto, y hay multitud de costes comunes, de forma que es muy complicado identificar el coste de producción preciso de un determinado producto.

Por estos motivos, no se ha conseguido imputar con éxito la colusión tácita ni en la Unión Europea ni en España. Por ejemplo, se pueden mencionar las investigaciones sobre los precios de las gasolinas seguidas en España y en la Comisión Europea, donde tras una larga investigación se llegó a la conclusión de que eran las propias características del mercado (total transparencia de precio, homogeneidad del producto, la repercusión del coste de la materia prima, etc.) las que provocaban el paralelismo en la evolución de los precios.

III.2. Recursos limitados de las autoridades de competencia

Si las autoridades de competencia tuvieran recursos ilimitados, fueran omnipresentes y las sanciones fueran justas, los programas de clemencia no serían necesarios. Existirían incentivos suficientes para que el cártel no se produjese y éstos serían muy poco numerosos (sólo se producirían por error de cálculo). En este contexto, el programa de clemencia sería contraproducente ya que introduciría un atractivo que antes no existía para quedar inmune de la sanción segura.

No obstante, la realidad es diferente, las autoridades no son omnipresentes, sus recursos son limitados, las pruebas de los acuerdos son muy difíciles de detectar y su búsqueda consume muchos medios administrativos, de forma que la probabilidad de descubrir acuerdos anticompetitivos no es elevada y todo hace pensar que este tipo de práctica es relativamente frecuente.¹²

¹¹ Este último comportamiento es común en aquellas industrias oligopolísticas donde existe lo que WISH (2001) denomina líder de precios barométrico: «El liderazgo de precios barométrico tiene lugar cuando una empresa incrementa sus precios porque un aumento en los costes (por ejemplo, salarios o materias primas) le fuerza a hacerlo: a renglón seguido, otras empresas que sufren este mismo aumento de los costes imitan su comportamiento. WISH (2001), página 464.

¹² En palabras del Comisario de Política de Competencia europeo: «Las actuaciones emprendidas por la Comisión Europea y otras autoridades de defensa de la competencia demuestran que, a pesar de nuestros esfuerzos, los cárteles continúan existiendo. Es más, por su propia naturaleza, los cárteles son secretos y difíciles de detectar, por lo que es probable que sólo estemos viendo la punta del iceberg». MONTI (2000). Traducción del texto original en inglés.

III.3. Limitado efecto disuasorio de la sanción

Dada la dificultad para detectar los cárteles, las sanciones, por elevadas que sean, se convierten en instrumentos ineficaces para disuadir este tipo de prácticas. Lo que realmente disuade es la sanción esperada, es decir, no sólo la magnitud de la sanción que puede llegar a aplicarse, sino también la probabilidad de que dicha sanción llegue a producirse.

Así, por ejemplo, MOTTA y POLO (2003) señalan que «si los participantes anticipan una baja probabilidad de que las autoridades detecten (y prueben) la existencia del cártel, las multas y sanciones, por sí solas, resultarán insuficientes a la hora de prevenir la formación de cárteles».¹³

Paralelamente, tampoco parece aconsejable adoptar unas sanciones sumamente elevadas, de tal forma que, incluso aunque se detecte un número muy limitado de cárteles, las multas que se le imponen sean suficientes para disuadir estas prácticas. El efecto de este tipo de sanción sería contrario al deseado.

Efectivamente, existe cierta literatura económica sobre la sanción justa que se ha venido desarrollando a raíz de la publicación de BECKER (1968). En esencia, la teoría viene a indicar que se debe equiparar el beneficio del cártel con la sanción esperada. Si la probabilidad de que la autoridad de competencia sancione el cártel es total e inmediata, bastaría con que la sanción sea igual al beneficio del cártel para que no compense coludir.

Paralelamente, a medida que la probabilidad de que se detecte el cártel disminuye, la sanción tiene que aumentar para que el equilibrio entre el beneficio extraordinario y la sanción esperada se restablezca. No obstante, no cabe recurrir a una sanción muy elevada pensando que eso no tiene más que efectos positivos al disuadir los cárteles. Si la sanción esperada supera el nivel de equilibrio puede generar unos costes mayores de los que se quieren evitar.

Estos costes provienen de la reacción preventiva de las empresas ante la desproporcionada amenaza de la sanción. Por una parte, las empresas dejarían de realizar estrategias legales. Efectivamente, en la medida en la que la frontera entre el acuerdo legítimo y el ilegítimo no siempre es meridiana, para evitar el mínimo riesgo de las elevadas sanciones, las empresas adoptarán estrategias excesivamente cautelosas.

Por otra, la empresa internaliza el coste de la sanción y toma un exceso de precauciones para asegurarse de que ésta no llegará a aplicarse. Por ejemplo, para evitar que alguna persona u órgano de la sociedad pueda realizar este tipo de acuerdos introducirá excesivos mecanismos internos de control, aumentándose los costes de producción. El aumento de

¹³ MOTTA y POLO (2003), página 2. Traducción del texto original en inglés.

costes también puede provenir del exceso de cautelas y medidas de defensa ante el temor a la sanción (abogados, consultores, etc.).

En definitiva, el riesgo de unas sanciones excesivas comporta un incremento en los costes de las empresas que acaban repercutiendo en los consumidores, es decir, perjudicando precisamente al colectivo que se pretende proteger.

IV. LAS POLÍTICAS DE CLEMENCIA COMO UN MECANISMO EFICAZ DE LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES

IV.1. La lógica que subyace a las políticas de clemencia

Ante la limitación de recursos de las autoridades de competencia, la dificultad de encontrar las pruebas que acrediten la existencia de los acuerdos y la imposibilidad de establecer una sanción que sea de tal magnitud que produzca un efecto disuasorio en un contexto de baja probabilidad de multa, sin por ello generar efectos indeseados, los programas de inmunidad se plantean como una alternativa eficaz.

El programa de clemencia es un procedimiento que permite una exoneración total o parcial de la sanción¹⁴ por acuerdo de fijación de precios, u otro de efecto equivalente, a aquel (aquellos) miembro (s) del cártel que lo delata (n), aportando pruebas relevantes sobre las que no tenía conocimiento la autoridad, a la vez que dejan de respetar el acuerdo, y colaboran durante la investigación, siempre que no fuesen inductores de la formación del cártel.

En teoría, estos programas pueden afectar de diversas maneras a los cárteles, dependiendo del grado de estabilidad de los acuerdos. Por una parte, si se trata de acuerdos inestables, en teoría el efecto del programa de inmunidad es incierto. Puede que tan sólo traduzcan la disciplina privada en pública, en la medida en la que el que decide incumplir el cártel lo denuncia a las autoridades.

Contrariamente, los cárteles estables se desestabilizan con la existencia de programas de inmunidad. Efectivamente, si el cártel es muy estable ya que sus miembros están permanentemente constatando el comportamiento de sus miembros y pueden reaccionar rápidamente sancionando al que lo incumple, la posibilidad de denuncia ante la autoridad de competencia introduce una inestabilidad que antes no existía.

Por tanto, estos programas tienen un efecto agregado de desestabilización de los cárteles y lo hacen de una forma eficaz ya que, gracias a las pruebas aportadas desde dentro y la

¹⁴ La exoneración de multas no es el único mecanismo de recompensa posible. De hecho, AUBERT, REY Y KOVACIC (2003) argumentan que el efecto desestabilizador de un programa de *leniency* basado en la concesión de recompensas positivas es mayor que el asociado a un sistema basado en la exoneración.

constante colaboración del delator, la autoridad de competencia se dirige directamente a identificar las pruebas concluyentes que imputan al resto de los miembros del cártel.

Los programas de clemencia han demostrado su eficacia cuando son debidamente diseñados y han ido acompañados de las adecuadas medidas, de forma que desde su adopción, el número de cárteles sancionados y las multas decididas por las autoridades han aumentado significativamente.

Así, por ejemplo, de las 66 decisiones sobre cárteles adoptadas por la Comisión Europea a lo largo del periodo 1969-2002, casi la mitad (29) tuvieron lugar a partir de 1998 – esto es, 2 años después de la adopción del primer programa de *leniency*.¹⁵ Consultando datos más actuales, en octubre de 2003 – esto es, 1 año de después de la introducción del programa de clemencia actual¹⁶ – entorno a 100 compañías habían presentado solicitudes para acogerse a programas de clemencia.¹⁷

De forma similar, y de acuerdo con AUBERT, REY y KOVACIC (2003), el programa de *leniency* estadounidense¹⁸ fue el principal causante de que las multas impuestas a cárteles en el año 1999 superasen la cuantía total de las multas impuestas hasta entonces por las autoridades de defensa de la competencia desde la adopción de la legislación anti-cártel estadounidense más de un siglo antes.¹⁹

En palabras del Director General de Competencia de la Comisión Europea:

«La política de clemencia ha demostrado ser un instrumento formidable a la hora de incentivar la colaboración de las empresas con las autoridades de competencia. No sólo facilita la detección de cárteles; la mera posibilidad de que un miembro acuda a las autoridades para garantizarse la inmunidad tiende a desestabilizar la actividad del propio cártel».²⁰

Esto explica la adopción de este nuevo instrumento de lucha contra los cárteles en cada vez más jurisdicciones. En Europa, por ejemplo, ya lo han adoptado 15 Estados miembros, además de la propia Comisión Europea. De acuerdo con la información facilitada por la Comisión Europea, los países europeos que en la actualidad disponen de una política de clemencia son Bélgica, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido.²¹

¹⁵ LOWE (2003), página 3.

¹⁶ COMISIÓN EUROPEA (2002).

¹⁷ LEVY y O'DONOGHUE (2004), página 76.

¹⁸ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (1993).

¹⁹ AUBERT, REY, y KOVACIC (2003), página 2.

²⁰ LOWE (2003), página 3. Traducción del texto original en inglés.

²¹ Fuente: Comisión Europea.

IV.2. Factores clave en el diseño de políticas de clemencia

1. La magnitud de la recompensa por acogerse al programa de clemencia.

Para que el programa de clemencia funcione es necesario que disponga de los equilibrios adecuados entre costes y beneficios de la delación. A este respecto, es necesario tener en cuenta que el coste derivado de la delación no radica exclusivamente en el beneficio extraordinario al que se renuncia al denunciar el acuerdo colusorio. Adicionalmente, el delator incurre en los siguientes costes:

- **Responsabilidades civiles.**

Aparte de la sanción por infracción del derecho de la competencia que se ahorra al acogerse a un programa de clemencia, el infractor puede ser objeto de una denuncia civil de responsabilidad patrimonial y, en su caso, tendrá que hacer frente a los daños y perjuicios causados por la conducta ilegal.

Así, mientras que al acogerse a un programa de clemencia uno obtiene la garantía de que no va a ser sancionado por la conducta ilegal, su capacidad de defensa en la vía civil se limita sensiblemente, especialmente si por consideraciones de justicia se obliga al confidente que reconozca su culpabilidad, como es el caso de Estados Unidos.

En dicho país, donde existe una elevada litigiosidad, este es un elemento que desincentiva las solicitudes de clemencia. Especialmente si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la legislación estadounidense, las acciones civiles contra compañías involucradas en cárteles pueden reclamar una cuantía equivalente a 3 veces el daño ocasionado en los Estados Unidos como consecuencia del cártel.²²

Para afrontar estos desincentivos se barajaron algunas fórmulas, como por ejemplo la participación del delator en parte de la recaudación derivada de la multa que paguen el resto de los miembros del cártel. Finalmente, en junio de 2004 se aprobó una reforma del sistema de defensa de la competencia penal estadounidense en la que se establecía, entre otras modificaciones, que las compañías acogidas al programa de clemencia sólo podrían ser objeto de reclamaciones por un valor equivalente al daño individual causado por su participación en el cártel.²³

Contrariamente, en Europa esta cuestión plantea menos problemas por dos motivos.²⁴ Por una parte, por la baja aplicación civil del derecho de la competencia.²⁵

²² PATE (2004a), página 9.

²³ PATE (2004b), página 3.

²⁴ Ello no significa que este factor deba ser ignorado. Así, por ejemplo, CARLE, PERVÁN LINDEBORG Y SEGENMARK señalan lo siguiente: «Los delatores no obtienen protección contra las acciones civiles de

De acuerdo con WAELBROECK, SLATER, y EVEN-SHOSHAN (2004), hasta ahora en Europa sólo se han exigido responsabilidades civiles por infracción del derecho de la competencia comunitario o nacional en 50 ocasiones – tan sólo en 28 se concedieron daños.²⁶ Pese a las intenciones de la Comisión Europea para que esto cambie y las recientes reformas, es difícil predecir si, en el medio plazo, la aplicación civil del derecho de defensa de la competencia va a ser o no un elemento que realmente desincentive la solicitud de estos programas. Por otra parte, en el programa de la Comisión Europea no hay obligación de reconocimiento de culpabilidad, de forma que el actor tiene cierto margen de defensa si surge un pleito civil.

- **Responsabilidades en otras jurisdicciones.**

Otra cuestión a tener en cuenta cuando el acuerdo tiene dimensión supranacional es el impacto que la aportación de pruebas puede tener en otras jurisdicciones donde la práctica genera efectos. Para que el programa de clemencia sea atractivo, tiene que quedar claro que en otras jurisdicciones no se pueden utilizar las pruebas aportadas por el confidente. De otra forma, los incentivos para denunciar el cártel desaparecen.

La cuestión es especialmente relevante en el contexto europeo de aplicación descentralizada del derecho de defensa de la competencia y de libertad de circulación de las pruebas y en menor medida también lo es en las relaciones transatlánticas, dada la creciente colaboración entre autoridades de competencia. Aquí se plantean los siguientes escenarios:

- Las jurisdicciones afectadas por el acuerdo tienen programas de clemencia.

Una primera posibilidad es que todas las jurisdicciones en la que el acuerdo tiene efectos dispongan de un programa de clemencia. Para que el denunciante tenga seguridad de que en ninguna de ellas se le va a abrir un expediente sancionador, deberá solicitar el programa en todas ellas. Alternativamente, debería tener garantías de que las pruebas que aportó en la jurisdicción en la que solicitó la clemencia no llegarán al resto de las jurisdicciones.

reclamación de daños iniciadas por terceras partes perjudicadas por el acuerdo colusorio. Por lo tanto, confesar ante la Comisión establece una base sólida para la reclamación de daños por la participación pasada en un cártel». Ver CARLE, PERVÁN LINDEBORG y SEGENMARK (2002), página 268. Traducción del texto original en inglés.

²⁵ Ver LEVY y O'DONOGHUE (2004), página 86.

²⁶ De los 50 casos identificados, 12 se corresponden con reclamaciones de daños por infracción de la legislación comunitaria (tan sólo en 8 se concedieron daños), 32 con reclamaciones de daños por infracción de la normativa nacional (16), y 6 con reclamaciones de daños por infracción de las legislaciones comunitaria y nacional (4). WAELBROECK, SLATER, y EVEN-SHOSHAN (2004), página 1.

- Alguna de las jurisdicciones afectadas por el acuerdo no tiene programa de clemencia.

Un escenario más difícil es aquel en el que en alguna de las jurisdicciones en las que el acuerdo tiene efectos no tiene programa de clemencia. En este caso, el confidente tiene que tener plena seguridad de que las pruebas aportadas no van a ser utilizadas en otras jurisdicciones.

La situación es especialmente relevante en el contexto europeo de aplicación descentralizada del derecho comunitario de competencia, conocido con el nombre de modernización.

Aquí, no sólo no todas las jurisdicciones tienen programa de inmunidad sino que además existe libertad de circulación de las pruebas y plena colaboración e intercambio de información entre autoridades.

El problema se plantea de la siguiente manera. En la Unión Europea conviven jurisdicciones con programa y sin programa de clemencia. Simultáneamente, como consecuencia del proceso llamado de modernización se ha creado la red de autoridades de defensa de la competencia, en virtud de la cual hay un intercambio de información entre autoridades, entre otras cosas para decidir cuál es la mejor situada para llevar cada caso.²⁷

En este contexto, bien puede suceder que a la autoridad de la jurisdicción donde no hay programa de clemencia le lleguen las pruebas sobre la existencia de un cártel con efectos en su jurisdicción y se vea en la obligación de ir contra el confidente. Si esto pudiese suceder, desaparecerían los incentivos para solicitar un programa de clemencia en los cárteles transnacionales, haciéndolos inútiles donde existen.

Para evitar este problema, las autoridades europeas han adoptado el compromiso de no utilizar la información obtenida en la red cuando ésta ha sido aportada en un programa de clemencia. En la medida en la que alguna autoridad no ha podido adoptar dicho compromiso, se la ha excluido de la red de intercambio de este tipo de información.

Alternativamente, la solución sería mucho más eficaz si todos los Estados miembros tuviesen programas de clemencia y estos fuesen similares. No obstante, esta solución es de muy difícil aplicación ya que no hay obligación jurídica para que los Estados miembros armonicen sus procedimientos y regímenes sancionadores de competencia. En todo caso, este es un buen ejemplo sobre la conveniencia de dicha armonización en el contexto de modernización.

²⁷ COMISIÓN EUROPEA (2004b). Ver también LEVY y O'DONOGHUE (2004), páginas 91-95.

- **Represalias del resto de los miembros del cártel.**

Lógicamente, el resto de los miembros del cártel intentarán tomarse la revancha con el denunciante y en la medida en la que normalmente las empresas son multi-producto, resultará relativamente fácil que el denunciante se encuentre con cierto boicot contra él en otros mercados donde coinciden.

Por otra parte, bien puede suceder que en otros mercados algún miembro del cártel sea cliente del confidente, de forma que éste lo tendrá en cuenta antes de denunciar el cártel. Este efecto negativo sobre los incentivos a denunciar el cártel se puede limitar preservando la confidencialidad de la identidad del denunciante.

- **Deterioro de la imagen.**

Existe otro tipo de sanciones que tienen un carácter más intangible. Así, en la medida en la que en la sociedad (instituciones públicas, opinión pública, etc.) rechaza los cárteles, las empresas y las personas que participaron en los mismos verán muy deteriorada su imagen cuando sean descubiertos, con los consecuentes efectos que ello tendrá.

2. Cuestiones relacionadas con el diseño de los programas

Para que estos programas sean eficaces deben diseñarse de tal forma que incorporen adecuadamente los incentivos de la delación. Los principales aspectos en los que se debe incidir son los siguientes:

- **Transparencia y certidumbre en el proceso para obtener la inmunidad.**

Es imprescindible que la entidad o la persona que quiere acogerse al programa sepa cuál es el trato que se le va a dar si aporta la información relevante. El incentivo para aportar las pruebas es nulo si uno resulta finalmente sancionado. En otras palabras, la autoinculpación no es racional si no se tienen garantías sobre las recompensas que se obtienen a cambio.

La prueba de la importancia de esta cuestión la encontramos en la relativa ineficacia de los primeros programas de *leniency* de Estados Unidos (1978) y de la Comisión Europea (1996)²⁸ donde la concesión de la inmunidad no era automática sino discrecional de las autoridades. Cuando pasó a ser automática los programas se hicieron mucho más atractivos.

²⁸ Para un análisis detallado de las ventajas de la actual política de clemencia de la Comisión Europea en términos de transparencia, ver JEPHCOTT (2002) y CARLE, PERVÁN LINDEBORG Y SEGENMARK (2002). HAMMOND (2000) analiza la importancia de la transparencia en el programa de clemencia estadounidense. HAMMOND (2002), páginas 6-9.

Por tanto, es importante que el primer denunciante sepa que si cumple unas determinadas condiciones objetivas se podrá beneficiar de la inmunidad total.

- **Número de participantes que pueden acogerse al programa de clemencia.**

Lógicamente si a todo el que solicite acogerse a un programa de clemencia se le concede, el programa no logrará sus objetivos ya que no habrá incentivo a que alguien delate el cártel. Contrariamente, si la inmunidad sólo se concede al primero en solicitarlo y el segundo no recibe el mismo trato, incluso si se trata de una diferencia de horas, como ha sucedido en ocasiones,²⁹ se provoca una fuerte inseguridad dentro del cártel y cierta carrera por denunciar en primer lugar. Por tanto, el enfoque de “el ganador se lo lleva todo” permite que el programa de clemencia sea eficaz.

- **Momento a partir del cual se deja de conceder la inmunidad.**

El incentivo a solicitar la inmunidad está en función del riesgo de ser detectado por la autoridad de competencia. Lógicamente, en el momento en el que la autoridad de competencia inicia una investigación la probabilidad de ser detectado aumenta sensiblemente. Así, si puede solicitarse la inmunidad una vez que la autoridad de competencia ha iniciado la investigación no habría incentivos a hacerlo con anterioridad y nadie lo denunciaría antes del inicio de la investigación, disminuyendo sensiblemente el deseado efecto desestabilizador del cártel.

Por tanto, una solución simple consistiría en conceder únicamente la inmunidad al primer confidente y sólo si la autoridad de competencia no hubiera iniciado la investigación. No obstante, esta solución plantea algunas debilidades. Por una parte, puede perfectamente suceder que aunque la autoridad haya iniciado la investigación no tenga pruebas suficientes para poder sancionar y le quede por delante una compleja labor de investigación, muy intensiva en el uso de recursos humanos y de resultado incierto. Por tanto, puede resultar interesante que incluso si se ha iniciado la investigación la autoridad pueda recibir alguna solicitud de programa de clemencia.

Por otra, incluso si un miembro del cártel lo ha denunciado y ha aportado evidencia de la existencia del cártel, puede ser necesaria una investigación compleja adicional para poder imputar a todos los miembros del cártel, de forma que puede seguir siendo interesante que alguno aporte pruebas adicionales y permita concluir la investigación de forma expeditiva y exitosa.

²⁹ HAMMOND (2000), página 5.

Por tanto, para aprovechar las ventajas de la información adicional que se puede obtener una vez iniciada la investigación y no por ello introducir incentivos para que nadie acuda a la autoridad hasta que la investigación se haya iniciado, resulta aconsejable introducir la posibilidad de inmunidad parcial a quien aporte información relevante adicional durante el proceso de la investigación.

3. Las políticas de clemencia son ineficaces de forma aislada.

El correcto diseño de un programa de clemencia es necesario para que funcione, pero no es suficiente. Además, es preciso que las sanciones y la probabilidad de que éstas se apliquen sean suficientemente elevadas.³⁰ Veamos cada uno de estos puntos.

- **La amenaza de fuertes sanciones.**

La sanción puede ir dirigida a la sociedad y a las personas responsables de la formalización del cártel. En ambos casos tienen que ser sustancialmente más elevadas que los beneficios obtenidos con el cártel para que la colusión sea una alternativa arriesgada.

En el caso de Estados Unidos, el punto de partida utilizado para establecer la cuantía de la sanción societaria es el 20% de las ventas afectadas por el cártel, si bien, en media, las multas se sitúan en el 25-35% de dicho valor, y en casos excepcionales llegan a alcanzar el 80%.³¹

En el caso de la Unión Europea puede alcanzar el 10% del volumen de ventas de la empresa durante el último ejercicio.³² En la medida en la que normalmente el acuerdo no afecte a la totalidad del negocio de la empresa, el 10% da margen suficiente para adoptar sanciones suficientemente elevadas. Recordemos que si el incremento medio de precios de los cárteles estaba en torno al 10%, el mencionado umbral otorga margen suficiente para imponer una sanción que supere sensiblemente los beneficios extraordinarios obtenidos con la infracción.

En el ámbito de la sanción a las personas físicas responsables de los acuerdos, las consideraciones hechas sobre el vínculo de beneficio extraordinario y sanción son igualmente aplicables. En este caso, además se pueden plantear las sanciones penales. Sin duda, la sanción dirigida a los directivos es más disuasoria que la que recae sobre la empresa, ya que en esta última el coste se diluye entre los accionistas. A su vez, la sanción penal es mucho más severa que la patrimonial. No obstante, esta

³⁰ HAMMOND (2000), páginas 4-6.

³¹ Siempre y cuando no excedan la cuantía máxima fijada para la sanción, que asciende a los 100 millones de dólares. PATE (2004a), página 6.

³² COMISIÓN EUROPEA (1998).

última es más polémica, por ejemplo se aplica en Estados Unidos y algunas otras jurisdicciones, pero no en la Unión Europea.

- **El temor a ser detectado.**

No basta con que la sanción sea elevada, además tiene que existir una alta probabilidad de que ésta llegue a aplicarse. Si las empresas perciben que el riesgo de ser sancionadas por las autoridades es muy reducido, la imposición de la sanción máxima resultará insuficiente a la hora de prevenir la actividad de los cárteles. De forma similar, si los miembros de un cártel no temen ser descubiertos, no se sentirán inclinados a confesar su delito a las autoridades a cambio de inmunidad.

El caso de la Comisión Europea constituye un buen ejemplo sobre la oportunidad de medidas que acompañen a la introducción de un programa de clemencia. Simultáneamente a la adopción del programa se creó una unidad anti-cártel, se anunció un aumento de las multas por estas infracciones y un incremento de los recursos de la autoridad dedicados a la lucha contra estas prácticas.³³

V. IMPLICACIONES PARA EL DISEÑO DEL SISTEMA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESPAÑOL

Las razones de fondo por las que se adoptaron los programas de clemencia en otras jurisdicciones son perfectamente aplicables a España. Los recursos de las autoridades de competencia son limitados, los instrumentos tradicionales de lucha contra los cárteles son ineficaces, el número de cárteles detectado es reducido y todo hace pensar que se trata de una práctica relativamente frecuente. Por tanto, la conveniencia de adoptar este nuevo instrumento de lucha contra los cárteles parece incuestionable.

Otra cuestión es la relativa a las medidas de acompañamiento. Veamos por separado cada una de ellas. Empecemos analizando la entidad de las sanciones. En lo relativo a las sanciones societarias, el marco normativo parece adecuado, si efectivamente está claro que pueden llegar a alcanzar el 10% del volumen de ventas. No obstante, más importante que el marco legal es la práctica de las autoridades, ya que las empresas considerarán que la práctica pasada se seguirá aplicando en el futuro.

A este respecto, cabe decir que en España las multas se alejan sustancialmente de los límites legales establecidos. El Cuadro 1 muestra las multas impuestas a cárteles entre 1998 y 2004 tanto en España como en la Unión Europea que en término medio se aplica a cada empresa. En ella se aprecia que las multas por cárteles que impone el Tribunal de Defensa de la

³³ De acuerdo con el Comisario Europeo de Política de Competencia, la lucha contra los cárteles se vio impulsada definitivamente en 1998, con la creación de una unidad especializada en esta materia dentro de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. MONTI (2002).

Competencia son de muy escasa cuantía, en torno al 0,4% de las impuestas por la Comisión Europea. Este porcentaje es muy inferior a la proporción que representa el PIB español con respecto al de la Europa de los 15.

Esta diferencia podría obedecer a que en España la atención se presta a los cárteles de empresas de escasa importancia y/o la sensiblemente menor proporción de las multas sobre el volumen de ventas. No obstante, por la información de casos individuales, en la Unión Europea es relativamente frecuente que las multas se aproximen al límite del 10% de la facturación de alguna empresa implicada, mientras que en España en ningún caso se ha adoptado una multa que sea próxima a dicha proporción en empresas de cierta entidad.

El bajo importe de las multas impuestas por cárteles en España limita el efecto disuasorio que tendría la simple implantación de un programa de dispensa de multas. Por ello, paralelamente a la adopción del programa de clemencia sería conveniente revisar los criterios que hasta ahora han venido siguiéndose para determinar las sanciones que deben imponerse a las empresas responsables de prácticas concertadas.

Cuadro 1 Multas por cárteles impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y por la Comisión Europea (CE), 1998-2004

		1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	1998-2004
Multas por caso (mill. €)	CE	58.3	107.1	85.6	312.5	140.7	172.3	112.4	181.5
	TDC	0.3	1.4	1.6	0.2	1.7	0.4	0.5	0.7
	CE/TDC	0.5%	1.3%	1.8%	0.1%	1.2%	0.3%	0.5%	0.4%

NOTA: Las multas impuestas por la Comisión Europea incluidas en esta tabla son las multas previas a la rebaja por *leniency*, a excepción de dos casos de 2002, un caso de 2003 y un caso de 2004, para los que sólo se disponía de información relativa a la multa final.

Fuente: Elaboración propia a partir de Tribunal de Defensa de la Competencia y Comisión Europea.

En lo relativo a las sanciones a los directivos todo hace pensar que el límite de los 30.000 € establecidos en la ley es muy reducido. Además, en muy contadas ocasiones se ha impuesto esta sanción. Por tanto, en este ámbito, debería cambiarse tanto la norma como la práctica. Mención aparte merecen las sanciones penales que, por diversas consideraciones, no se han introducido en todas las jurisdicciones.

Por último, habrá que prestar particular atención a las iniciativas precisas para aumentar la probabilidad de las multas y el temor al régimen sancionador. En este sentido deberán considerarse diversas iniciativas relativas a la dotación y capacidad de organización de los recursos destinados a la lucha contra los cárteles, así como los instrumentos de inspección.

VI. CONCLUSIONES

La colusión de precios es la práctica anticompetitiva más perjudicial y los programas de clemencia han demostrado ser mecanismos eficaces para sancionar y en consecuencia desincentivar estas perniciosas infracciones. La adopción de un programa de clemencia en

España es oportuna y está aconsejada por la relación entre recursos disponibles y medios necesarios para detectar los cárteles, tal y como sucedía en las jurisdicciones donde se han adoptado.

La importancia del diseño del programa, la eficacia probada del programa de la Comisión Europea y el contexto de modernización de la normativa europea de defensa de la competencia aconsejan optar por un sistema similar al comunitario.

Por tanto, no debe haber discreción para la concesión de la inmunidad al primer delator. La inmunidad debe ser automática si se cumplen determinadas condiciones objetivas. Sólo el primer delator debe recibir inmunidad total, con ello existe un claro incentivo tomar la iniciativa. Debe ser posible solicitar cierta inmunidad una vez iniciada la investigación, ya que ello facilita el éxito de la investigación sin consumir muchos recursos de las autoridades. El número de miembros que pueden recibir cierta inmunidad debe ser reducido y la inmunidad debe ser progresivamente menor a medida que aumenta el número de solicitudes, pues de otra forma el efecto disuasor de la sanción tiende a desaparecer.

Por otro lado, para que el programa sea eficaz no basta con que esté bien diseñado, además el régimen sancionador de este tipo de práctica debe potenciarse. Por tanto, deberían considerarse las siguientes iniciativas:

1. Reforzar la capacidad de investigación de las autoridades de competencia a través de diversas vías. Por una parte, con una mayor dotación de sus recursos hacia la detección de cárteles. Ello puede exigir una mayor remuneración a su personal, una aplicación flexible de la regla *de minimis* y unos mayores poderes de investigación, en línea con los que recientemente se han otorgado a la Comisión Europea.

Con estas medidas aumentarían las probabilidades de que las autoridades detecten los acuerdos prohibidos y, con ello, las de que el programa de clemencia se convierta en un elemento desestabilizador de los cárteles.

2. Las sanciones contra los cárteles deben aumentar y el período para que sean firmes debe reducirse, reforzando con ello su efecto disuasorio. Hasta la fecha, las sanciones adoptadas han sido pequeñas y el período necesario para hacerlas firmes ha sido excesivamente dilatado. Ahora bien, el problema no es normativo ya que el límite del 10% del volumen de ventas parece suficientemente disuasorio. No obstante, nunca se ha adoptado una multa que se aproxime a dicho límite en España.

Igualmente, podrían elevarse las multas a directivos contempladas en nuestra actual legislación a fin de situarlas en un nivel que resulte suficientemente disuasorio.

Todas estas reformas deberían venir acompañadas de una cierta actividad de divulgación pública sobre los efectos perniciosos de los cárteles y el refuerzo de los medios e instrumentos para combatirlos. Con ello se creará cierta conciencia sobre la ilegalidad de

esta conducta, se aumentarían la disuasión de los cárteles y se mejorarían los incentivos para denunciarlo.

ANEXO

EL EFECTO DE LOS CÁRTELES DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO

Para describir los efectos perniciosos de los cárteles se puede empezar asimilándolos a los del monopolio y compararlos con los que se generan en un contexto competitivo. Efectivamente, mediante el cártel las empresas llegan conjuntamente a una producción total equivalente a la de un monopolista (o una empresa con poder de mercado) y obtienen un beneficio extraordinario que se reparten entre los distintos operadores en función de sus producciones.

- **Ineficiencia asignativa**

En primer lugar, describamos gráficamente los efectos estáticos de ambas estructuras de la industria. Suponiendo, por simplificar una curva de demanda Dem y una estructura de costes constante CMg , la competencia perfecta llegará a una situación donde el precio iguala al coste marginal, alcanzándose una combinación de precios y cantidades p_1 y q_1 (figura izquierda del cuadro 2).

Contrariamente, en una situación de poder de mercado, la maximización del beneficio se alcanza cuando el precio iguala al ingreso marginal (IMg), llegándose a una combinación de precios y cantidades de p_2 y q_2 . En esta situación, la reducción del excedente del consumidor, la diferencia entre la valoración que éste hace del bien y lo que finalmente paga, se reduce por el área p_2ACp_1 . Contrariamente, el excedente del productor, beneficio extraordinario, aumenta en el área p_2ABp_1 . Dejando al margen las cuestiones distributivas, restando ambas áreas obtenemos la pérdida neta de bienestar, definida por el área ABC .

Ésta es la que normalmente se denomina ineficiencia asignativa, que viene a indicar que la peor situación de un colectivo, los consumidores, es mayor que la mejora del otro, los productores.

- **Ineficiencia productiva**

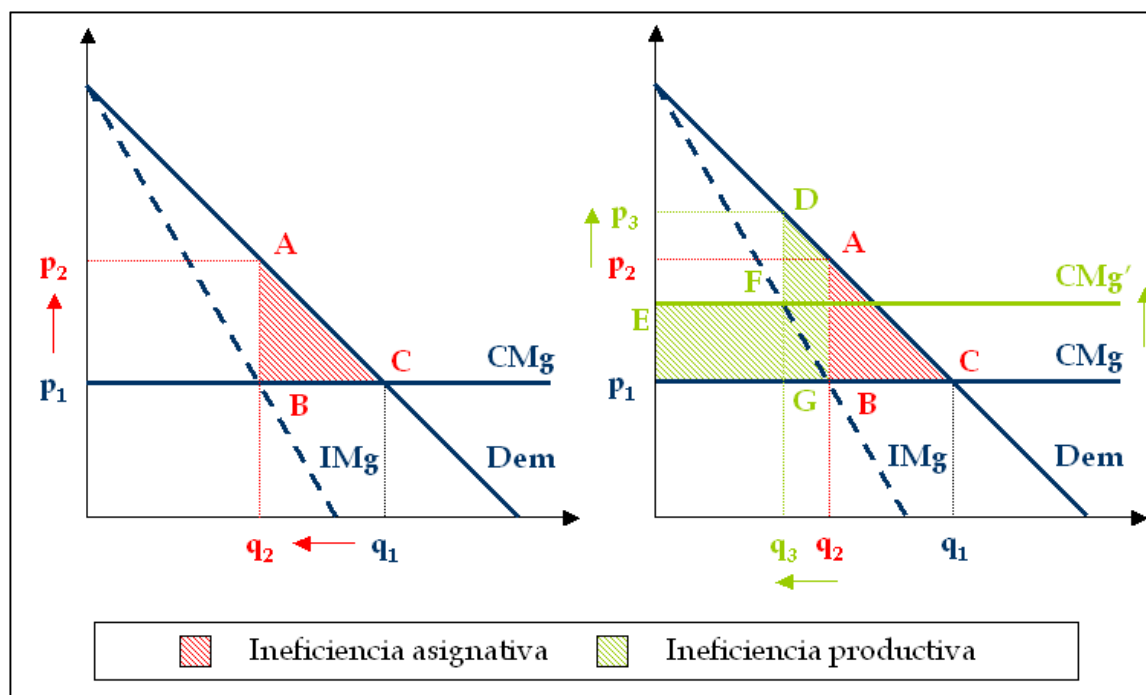
Adicionalmente, hay otro efecto perverso que se produce cuando el monopolista es más ineficiente que la empresa que se enfrenta a la competencia. En consecuencia la estructura de costes vendrá dada por CMg' (figura derecha del cuadro 2). Ahora, el equilibrio del monopolista está en la combinación de precios y cantidades p_3 , q_3 , de modo que la pérdida del excedente del consumidor sólo se ve compensada por el beneficio del extraordinario del monopolista descrito por el área p_3DEF . De modo que a la pérdida derivada de la ineficiencia asignativa (triángulo ABC) habrá que añadir la pérdida denominada de ineficiencia productiva, que viene dada por la suma de las áreas $ABDG$ y p_1EFG .

Parece lógico pensar que el monopolista será normalmente más ineficiente que la empresa que tiene que sobrevivir en un contexto competitivo. Esta mayor ineficiencia se puede defender por dos motivos. En primer lugar, por los menores incentivos que tienen los gestores de la empresa monopolista para esforzarse con las mejoras productivas, ya que en su función de utilidad están otras variables, además de la maximización del beneficio. Esto es lo que Liebenstein denominó “ineficiencia-X” del monopolista

En segundo lugar, la mayor ineficiencia de la empresa monopolista puede explicarse con un simple principio de supervivencia darwiniano. El mercado, a través de la competencia, va haciendo la selección de las mejores empresas, de forma que sólo sobreviven las más eficientes.

La evidencia empírica corrobora estas hipótesis. Se pueden citar, por ejemplo, en el estudio de NICKELL (1996) para el Reino Unido donde se observa que cuanto mayor es la competencia, medida en términos de incremento del número de empresas o menores niveles de beneficios, mayor es el crecimiento de la productividad multifactorial.

Cuadro 2 : Ineficiencias asignativa y productiva derivadas de la formación de un cártel



- **Ineficiencia dinámica**

Por último, hay que tener en cuenta los efectos dinámicos, referidos a la introducción de nuevos productos o procesos productivos en una perspectiva de medio y largo plazo. En teoría resulta sencillo defender que la empresa que opera en un contexto competitivo tiene más incentivos a innovar que la monopolista. Veámoslo en una simple ecuación matemática. Para que a la empresa monopolista le compense innovar, el mayor beneficio futuro debe

superar la inversión necesaria para incorporar la innovación (I). Es decir, la diferencia entre el beneficio esperado tras la innovación (B_i) y el beneficio actual (B_m) debe ser superior al gasto que requiere la innovación. Es decir, $B_i - B_m > I$.

Lo mismo le sucede a la empresa que se enfrenta a la competencia, con la diferencia que ésta no tiene beneficio extraordinario en el momento presente, de forma que $B_m = 0$. Así, decidirá emprender un proyecto de innovación cuando $B_i > I$. Por tanto, la empresa competitiva realizará inversiones innovadoras que la monopolista no realizará, o en otras palabras, tiene mayores incentivos a innovar que la empresa monopolista.³⁴

LA ESTABILIDAD DE LOS CÁRTELES

A diferencia del monopolio, el cártel tiene unos elementos de inestabilidad que analizamos a continuación. En efecto, una vez alcanzado el acuerdo, existen incentivos para no respetarlos, bajo el supuesto de que el resto de los miembros lo respeten. Esto es lo que se ha denominado la restricción de incentivos, que se puede enunciar de la siguiente manera:

En un contexto en el que n empresas participan en un juego de enfrentamiento con horizonte infinito, a la empresa i le compensará incumplir el acuerdo cuando se cumpla la siguiente ecuación:³⁵

$$\Pi_D + \frac{\partial}{1-\partial} \Pi_C \geq \frac{1}{1-\partial} \Pi_M$$

Siendo:

Π_M = beneficio en cada ejercicio en el caso de que todas las empresas cumplan el acuerdo colusivo.

$\frac{1}{1-\partial} \Pi_M$ = el valor actual de los beneficios de ejercicios futuros en el caso de que todas las empresas cumplan el acuerdo colusivo. Siendo ∂ el valor de descuento o preferencia intertemporal por el dinero.

Π_D = beneficio que se obtiene en el ejercicio actual si la empresa i se desvía del acuerdo en el ejercicio actual

³⁴ A pesar de que, en principio, este simple razonamiento parece corroborar que cuanto mayor sea el grado de competencia mayor será el nivel de innovación, es necesario tener en cuenta que existe un cierto debate sobre esta cuestión cuyos resultados no son concluyentes.

³⁵ Expresión de la restricción de incentivos bajo los siguientes supuestos: (1) las empresas involucradas en el cártel son capaces de detectar y sancionar la desviación a partir del periodo siguiente en que se produce; y (2) el castigo se prolonga hasta el final del juego (infinitos periodos).

$\frac{\partial}{1-\partial}\Pi_C$ = el valor actual de los beneficios futuros cuando el resto de las empresas han reaccionado para sancionar el incumplimiento de la empresa i .

Reorganizando la expresión:

$$\Pi_D - \Pi_M \geq \frac{\partial}{1-\partial}(\Pi_M - \Pi_C)$$

De forma que cuanto menor sea el beneficio derivado del incumplimiento y mayor la pérdida de beneficio consecuencia de la reacción del resto de los miembros, más estable será el cártel.

REFERENCIAS

AUBERT, C., REY, P. y KOVACIC, W. (2003), "The impact of leniency programs on cartels", Mimeo, disponible en http://idei.fr/doc/by/re/impact_leniency.pdf.

BECKER, G.S. (1968), "Crime and punishment: An economic approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, no. 2, pp. 169-217.

BROADBERRY, S. y CRAFTS, N. (1996), "British economic policy and industrial performance in early post-war period", *British History*, vol. 38, pp. 65-91.

CARLE, J., LINDEBORG, S.P. y SEGENMARK, E. (2002), "The new leniency notice", *European Competition Law Review*, vol. 23, no. 6, pp. 265-272.

COMISIÓN EUROPEA (1998), Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento No. 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA, *Diario Oficial*, C9, 14 de enero de 1998.

COMISIÓN EUROPEA (2002), Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, *Diario Oficial*, C45, 19 de febrero de 2002.

COMISIÓN EUROPEA (2004a), Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas, *Diario Oficial*, C 31, 5 de febrero de 2004.

COMISIÓN EUROPEA (2004b), Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, *Diario Oficial*, C 101, 27 de abril de 2004.

HAMMOND, S.D. (2000), "Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program", presentación para la Conferencia *International Workshop on Cartels*, Brighton - Inglaterra, 21-22 de noviembre de 2000, disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9928.pdf>.

IVALDI, M., JULLIEN, B., REY, P., SEABRIGHT, P. y TIROLE, J. (2003), *The economics of tacit collusion, Final report for DG Competition, European Commission*, disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf.

JEPHCOTT, M. (2002), "The European Commission's new leniency notice - Whistling the right tune?", *European Competition Law Review*, vol. 23, no. 8, pp. 378-385.

KOLASKY, W.J. (2004), "What is competition? A comparison of U.S. and European perspectives", *The Antitrust Bulletin*, primavera-verano 2004, pp. 29-53.

LEVY, N. y O'DONOGHUE, R. (2004), "The EU leniency programme comes of age", *World Competition*, vol. 27, no. 1, pp. 75-99.

LOWE, P. (2003), "What's the future for cartel enforcement", presentación para la Conferencia *Understanding Global Cartel Enforcement*, Bruselas – Bélgica, 11 de febrero de 2003, disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_044_en.pdf.

MONTI, M. (2000), "Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?", presentación para la Conferencia *The 3rd Nordic Competition Policy Conference on Fighting Cartels – Why and How*, Estocolmo – Suecia, 11-12 de septiembre de 2000, disponible en <http://www.kkv.se/eng/publications/pdf/3rdnordic010412.pdf>.

MONTI, M. (2001), "Antitrust in the US and Europe: a History of convergence", presentación para el *General Counsel Roundtable American Bar Association*, Washington DC – Estados Unidos, 14 de noviembre de 2001, disponible en http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.

MONTI, M. (2002), "The fight against cartels", presentación para el *European Parliament's Economic and Monetary Affairs Committee (EMAC)*, Bruselas – Bélgica, 11 de septiembre de 2002, http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html.

MOTA, M. y POLO, M. (2003), "Leniency programs and cartel prosecution", *International Journal of Industrial Organisation*, vol. 21, no. 3, pp. 347-379.

NICKELL, S. (1996), "Competition and corporate performance", *Journal of Political Economy*, vol. 104, pp. 724-746.

NICKELL, S. D., NICOLITSAS, D., y DRYDEN, N. (1997), "What makes firms perform well?" *European Economic Review*, vol. 41, no. 3, pp. 783-796.

OCDE (2002), *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/16/20/2081831.pdf>.

OCDE (2003), *Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels*, [http://www.ois.oecd.org/olis/2003doc.nsf/0/348e14fe884f67a0c1256cfc0027dacc/\\$FILE/JT00141963.DOC](http://www.ois.oecd.org/olis/2003doc.nsf/0/348e14fe884f67a0c1256cfc0027dacc/$FILE/JT00141963.DOC).

OFFICE OF FAIR TRADING (2001), *Leniency in cartel cases – A guide to the leniency programme for cartel cases under the Competition Act 1998*, disponible en <http://www.oft.gov.uk/>.

PATE, R.W. (2004a), "Securing the benefits of global competition", presentación para el *Tokyo American Center*, Tokio – Japón, 10 de septiembre de 2004, disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/205389.pdf>.

PATE, R.W. (2004b), "International anti-cartel enforcement", presentación para la Conferencia 2004 ICN Cartels Workshop, Sidney - Australia, 21 de noviembre de 2004, disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206428.pdf>.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (1993), *Corporate Leniency Policy*, disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf>.

WAELEBROECK, D., SLATER, D., y EVEN-SHOSHAN, G. (2004), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of the EC competition rules*, disponible en http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/comparative_report_clean_en.pdf.

WISH, R. (2001), *Competition Law*, Butterworths, 4ª Edición.