Proyecto de Facilitación del Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (PROTLCUEM)

SECRETARÍA DE ECONOMÍA

PROTLCUEM

Facilitando el comercio México-UE

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA

Miguel Flores Bernés

Marzo 2009

INTRODUCCIÓN AL CÁRTEL

Miguel Flores Bernés
Marzo 2009

Generalmente, las conductas colusivas llevan a la formación de carteles, los cuales han sido definidos como un grupo de empresas que producen productos similares y se coluden para incrementar precios y restringir el abasto (González de Cossío).

No es fácil organizar un cartel, se requiere:

- Barreras a la entrada (regulación o altos costos de entrada)
- Mercado concentrado donde los miembros del cartel produzcan una porción importante del bien o servicio.

Esto es muy importante, pues si los competidores son muchos es difícil lograr acuerdos.

Es imposible establecer un umbral que nos diga cuando la colusión se volverá atractiva, según Richard Posner algunos economistas empiezan a preocuparse cuando los cuatro principales participantes en un mercado obtienen una participación total de entre 70 a 80% (Stigler, Williamson); otros economistas más aprehensivos se preocupan cuando esos mismos cuatro participantes alcanzan un 45% del mercado (Scherer y Ross). Algunos consideran que el número ideal para formar un cartel es de cuatro participantes.

- Se debe poder llegar a un acuerdo sobre el abasto.

- Identificar los incumplimientos y que éstos puedan ser castigados; asimismo, el mecanismo no debe ser tan oneroso que haga el acuerdo poco atractivo.

Todo lo anterior debe realizarse sin ser detectado por la autoridad.

Los carteles normalmente fallan debido a que los cartelistas hacen trampa, pues existe un incentivo para no cumplir el acuerdo, por ejemplo, engañar y vender más allá de la cuota asignada o a precios inferiores (con descuentos), y hacerse de las ganancias de quienes respeten el cartel.

Asimismo, ponerse de acuerdo sobre el precio no es nada fácil; lo que es un precio adecuado para una empresa podría no serlo para otra, en razón de los costos de producción de cada competidor.

Esto puede ser influenciado por diferentes participaciones en el mercado derivadas de la existencia de diferentes costos marginales (costo de producir una nueva unidad). Por ejemplo, cuando el costo marginal crece el que tiene una mayor proporción de mercado preferirá un precio más bajo; por el contario, cuando el costo marginal decrece la firma grande preferirá un precio menor para expandirse.

De igual forma, si los productos no son homogéneos (similares en aspectos físicos y subjetivos de manera que sean substitutos perfectos) las dimensiones de calidad, características del producto, u otras variables, hacen más complejo el acuerdo.

Otro aspecto que complica el acuerdo es si se trata de empresas con costos fijos altos pues en caso de recesiones hay un incentivo mayor a romper los acuerdos.

El costo de un cartel se traduce en pérdida de bienestar social que puede ser menor al monopolio debido a la dificultad de mantener el acuerdo, pero para mantener el status quo un cartel pueden llegar a desperdiciar más recursos por lo difícil de llegar a un acuerdo y vigilarlo.

Prácticas Monopólicas Absolutas

Miguel Flores Bernés
Marzo 2009

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA

Las prácticas monopólicas absolutas, también llamadas “colusivas”, requieren que se cumplan los siguientes extremos:

a) La existencia de contratos, convenios, arreglos o combinaciones. Debe entonces de existir un “acuerdo de voluntades”; es decir, debe existir consentimiento (oferta y aceptación). El origen de este texto es la Ley Sherman de Estados Unidos que ha sido interpretada usando la frase “meeting of minds” o “concerted action”.

Conforme a derecho mexicano, la conclusión es que, como mínimo, debe implicar una “acción concertada” (pacto, ajuste o un acuerdo). Es decir, algo más que una acción unilateral (Sullivan & Harrison). Siempre será difícil encontrar un acuerdo escrito, por lo que se pueden obtener pruebas indirectas que permitan inferir el acuerdo; no obstante, el acuerdo debe existir. En todo caso, se deberá comprobar la existencia de consentimiento a través de una manifestación exterior de la voluntad.

b) Los agentes económicos deben ser competidores entre si, lo que implicará cuando menos determinar el mercado en que concurren.

c) Que el objeto del acuerdo sea llevar a cabo las conductas anticompetitivas que adelante se señalan. No obstante, si ese no fuera el objeto, pero la conducta tiene tales efectos, estaremos en presencia de la práctica.

El problema más complicado para la autoridad es demostrar la existencia del cartel. En otros países estas prácticas son delitos y permiten a las autoridades usar estrategias de investigación que incluyen grabaciones e inclusive cateos, que se vuelven muy efectivos para descubrir los acuerdos entre competidores.

En México, la autoridad y los denunciantes tiene una labor más difícil para obtener pruebas, y los indicios se vuelven muy relevantes para poder armar un caso sólido. Las pruebas indirectas entonces devienen muy importantes para poder acreditar la existencia de las conductas que los cartelistas quieren ocultar a toda costa. Ahora bien, las pruebas indirectas de un acuerdo deben probar hechos que se vuelven entonces conocidos, que permitan acreditar la existencia de hechos desconocidos porque fueron ocultados.

Algunos de estos hechos que permitirían suponer la existencia de un acuerdo incluyen, entre otros:

- Comunicaciones o posibilidad de comunicación entre los implicados.
- Conductas que van en contra de la conveniencia individual y que sólo se explicarían como convenientes a una colectividad. (conductas irracionales en un mercado)
- Conductas colusivas llevadas a cabo en el pasado o en otras jurisdicciones.
- Circunstancias que facilitan la colusión como productos homogéneos, costos similares, entre otros.
- Estructura de la industria analizada que puede facilitar la colusión (p.e. concentración del 80% de la producción en cuatro participantes)
- Estabilidad de porcentajes de participación.
- Posibles precios supra competitivos en comparación con otros mercados similares.

El caso de las licitaciones públicas

Miguel Flores Bernés
Marzo 2009

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA

El efecto de esta práctica es sumamente pernicioso, especialmente tratándose de licitaciones públicas, pues permite a los agentes económicos elevar los precios que el Estado termina pagando, con los impuestos de los contribuyentes, lo que necesariamente afectará el desempeño de los servicios públicos y a la colectividad.

La conducta se puede dar mediante el acuerdo entre competidores para presentar posturas en una licitación que emita alguna entidad del gobierno federal, local o municipal. Los participantes pueden ponerse de acuerdo en lo que ofrecerán de tal manera que gane alguno de los competidores esa licitación, con la promesa de que apoyará a los otros competidores a ganar en las siguientes licitaciones. Así, esta conducta se reduce a designar al ganador y determinar los precios que ofertarán, los demás sólo tiene que ofrecer más.

Hay diferentes modalidades, una es el abstenerse de licitar, esto se da cuando uno o más competidores que se esperaría que debería concursar o que han concursado en el pasado, acuerdan no presentar una postura o retirar la presentada con el fin de que obtenga la licitación el ganador designado en el acuerdo entre competidores. Otra modalidad es la postura de acompañamiento, algunos competidores ofrecen posturas altas o con términos que saben que serán inaceptables para el comprador (o convocante), la idea es dar la apariencia de una verdadera competencia engañando al que realiza la licitación.

Otros esquemas incluyen la rotación de ganadores, los concursantes presentan sus ofertas pero toman turnos para ser el ganador, los términos de rotación pueden basarse en tamaño de la licitación, distribuyéndose cantidades equivalentes para cada cartelistas o asignándose volúmenes de conformidad con el tamaño de cada agente económico. Una variable es acordar la subcontratación una vez que se gane el concurso, alguien que presenta una oferta menos puede retirarla a favor del que presenta una oferta menos favorable y después obtener un subcontrato del ganador, repartiéndose las ganancias obtenidas con una oferta menos conveniente para el convocante.

No es fácil detectar estos acuerdos colusivos y la corrupción de las autoridades licitantes puede contribuir a esconderlos; por ejemplo, si la autoridad acepta incluir condiciones en las bases de licitación que reduzcan el número de participantes sólo a los competidores que tienen un acuerdo para coordinar posturas. Algunos signos de la existencia de acuerdos pueden ser:

- Siempre gana la misma empresa los concursos cuando otras compañías también participan.
- Cuando se aprecia que las empresas “toman su turno” para ganar los concursos. En un mercado donde existen claramente más posibles postores sólo participan algunos.
- Algunas posturas son claramente más altas que las presentadas por la misma empresa antes, sin que exista explicación por costos.
- Si los precios caen ante la entrada de un nuevo o poco frecuente concursante.
- Un ganador subcontrata a un rival que perdió el concurso.

El acuerdo para coordinar posturas se facilita cuando:

- Se trata de bienes o servicios homogéneos, pues la competencia se da por el precio y es posible que los costos sean similares entre los participantes, lo que facilita llegar a un acuerdo beneficioso para todos.

- Existe una multiplicidad de licitaciones en las que participa el mismo grupo de licitantes, éstos se llegan a conocer y permite la rotación de ganadores, el intercambio de información y el castigo a quién se desvíe del acuerdo. Los cartelistas en estos casos se pueden dividir las licitaciones por región, cliente, producto, temporalidad, entre otros factores.

- Se anuncia públicamente al ganador lo que hace más fácil detectar si uno de los competidores no cumple con su promesa de apoyar la postura que se ha considerado que debía ganar, lo que permite detectar el engaño e imponer disciplina para que se respeten los acuerdos.

- Existe asignación a dos o más postores que participan en forma individual en el mismo contrato licitado (asignación múltiple). Estas asignaciones múltiples son usadas para garantizar el abasto, pero puede ser fuente de colusión en licitaciones repetidas, lo anterior en razón de que permite dividirse el contrato y designar a diversos participantes del cartel como ganadores.

- Existen precios de referencia (precio al que se ha venido adquiriendo el bien) que pueden llegar a hacerse públicos, también permite facilitar la colusión en posturas e inclusive disfrazarla de paralelismo o seguimiento de precios.

- Por último, el anunciar con mucha anticipación los procesos de licitación también puede contribuir a que los agentes tengan tiempo de discutir estrategias y posturas entre ellos.

Ejemplos de casos en la Comisión Federal de Competencia

Miguel Flores Bernés
Marzo 2009

En 2001 la CFC determinó sancionar a GPP Mexicana, Juama, Kodak Mexicana por haber coordinado posturas en licitaciones públicas convocadas por el IMSS, PEMEX, y diversas instituciones del sector salud del gobierno federal. Las licitaciones en las que se observaron estos acuerdos fueron de los años 1998 al 2000. La participación observada representó indicios de coordinación por parte de los agentes económicos involucrados para concertar posturas y fijar precios dentro de las licitaciones para la adquisición de material radiológico, pues dichas licitaciones se estarían manipulando a través del amarre de ofertas.

En el caso de 16 licitaciones analizadas por la CFC adjudicadas a un solo proveedor, las posturas presentadas por las tres empresas fueron idénticas entre sí. En otras nueve convocatorias, principalmente de abastecimiento simultáneo, por lo menos dos de las tres empresas ofrecieron posturas idénticas. El incentivo que se presentaba para coludirse era que, en aquellas licitaciones donde resultaba un empate en las ofertas, las adjudicaciones se dividían en partes iguales.

La CFC concluyó que las empresas se habían coludido, ya que, en las convocatorias de licitación correspondientes, las convocantes no presentaron información relacionada con precios de compra, y tampoco se dieron a conocer precios de referencia o máximos, por tanto no se justificaba que las posturas fuesen en términos idénticos. Bajo esta tesitura, la CFC estimó, que aún en el caso de que las instituciones convocantes indicaran a los participantes un precio tope de compra, resultaba incongruente que un concursante ofreciera el precio máximo al cual adquiriría la convocante, pues se arriesgaría a que los otros participantes resultaran ganadores al disminuir sus posturas por debajo del precio máximo. Aunado a lo anterior, del análisis de costos realizado, se demostró que estos eran diferentes para cada una de las empresas, y por tanto la identidad de posturas no obedecía a una coincidencia o similitud en los costos.

Otros indicios paralelos que fortalecieron el ánimo de convicción en la CFC para sostener la existencia de una acción coordinada fueron los siguientes: a) que el asesor jurídico que había prestado servicios a las tres empresas en cuestión ante las instituciones convocantes y sus contralorías internas, era el mismo, y consecuentemente algunas de las inconformidades formuladas por las tres empresas se habían presentado en términos idénticos; y b) la existencia de la Asociación Nacional de Fabricantes de Material Radiológico A.C. (Anafamar), en cuya asamblea general de asociados y consejo directivo, figuraban dos representantes legales y un accionista de las empresas coludidas.