

# CÁRTELES: OBSESIÓN SIN ANÁLISIS

Amadeo PETITBÒ

Catedrático de Economía Aplicada

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el problema de los cárteles, su especificación en la realidad española y su tratamiento por las autoridades de defensa de la competencia (ADC).

Tras unas breves referencias históricas y económicas, se ensaya una definición de cártel, pretendidamente más precisa y operativa que las definiciones utilizadas habitualmente por las ADC y se analiza una muestra de cárteles activos en los mercados españoles de bienes y servicios destacando algunas de sus características esenciales. Asimismo, se considera inapropiado limitar el análisis de los cárteles a su aptitud para dañar la competencia en los mercados prescindiendo del análisis de sus efectos reales, que es la cuestión nuclear de las conductas cartelizadas.

## 2. LOS CÁRTELES Y LOS MERCADOS

Los cárteles no siempre han sido objeto de censura o desaprobación<sup>1</sup>. Resulta de interés el libro de BERLE [(1954) 1958] —miembro del Brain Trust de Franklin Roosevelt y asesor de John F. Kennedy— sobre la sociedad anónima. BERLE sostenía que en cada uno de los grandes sectores industriales dos o tres sociedades controlaban más de la mitad de la industria. En otros términos, el coeficiente de concentración y la probabilidad de acuerdos entre las empresas eran elevados. Además, la presencia internacional de dichas empresas era destacable aunque, con frecuencia, se mantenía en secreto y resultaba afectada por el proteccionismo de muchos países.

De acuerdo con BERLE, «para la mayoría de los países europeos, la doctrina de ilimitada y libre competencia internacional es considerada como totalmente irresponsable. Para estas naciones, un “Cártel” de compañías

---

<sup>1</sup> Sobre el origen de los cárteles y su desarrollo histórico, véanse MUND (1948); PIOTROWSKI (1933).

asignando mercados, regulando la producción en mayor o menor concurrencia con la demanda presunta, etc., es el camino normal e inteligente de hacer frente a la situación; a menos que, por supuesto, los gobiernos tomen las medidas necesarias por medio de tratados directos». La referencia argumental se basaba en el hecho de que los mercados de países como Gran Bretaña, Alemania o Francia eran demasiado pequeños «para permitir la libre competencia en la mayor parte de las industrias».

El mencionado principio permitía concluir que «los Cárteles internacionales de Europa, de los que las empresas norteamericanas formaron parte, con notable frecuencia (*y así tenía que ser, si deseaban operar en gran escala en Europa*)<sup>2</sup>, eran, en realidad, toscos instrumentos de planes industriales, sin los cuales la vida industrial de Europa hubiera sido un anárquico caos».

Pero los criterios entre norteamericanos y europeos no siempre eran coincidentes. Valga un ejemplo, como referencia, referido a la aviación civil: «La pugna entre la tesis norteamericana e inglesa era, a todas luces, completa. Para un ciudadano inglés era tan natural hacer un convenio y dividir en dos porciones el mercado, como lo era para la mayoría de la industria de la Aviación Civil norteamericana insistir en una libre competencia, dentro de un cielo libre».

En el fondo, el debate se apoyaba sobre dos pilares: uno basado en la racionalidad económica y otro en el deseo de que Europa no tuviera grandes empresas o conglomerados que pudieran competir con las grandes corporaciones norteamericanas. De ahí la crítica norteamericana a Jean Monnet y al Plan Schumann en relación con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Y, también, la crítica a los soviéticos que querían desorganizar los viejos cárteles y debilitar la estructura industrial europea, «facilitando así su conquista por el comunismo». Los sindicatos, por su parte, consideraban que los cárteles enriquecían a sus grandes propietarios en detrimento de la clase trabajadora.

En relación con el mercado del petróleo, por ejemplo, BERLE sostenía que «no existe razón sólida para suponer que una competencia ilimitada en el mundo, hubiese producido resultados más satisfactorios» pues, en el fondo, subrayaba que «la competencia [...] es una cosa, cuando existe un número infinito de pequeñas unidades productoras y vendedoras; pero es cosa completamente distinta cuando unos pocos titanes combaten entre sí para conseguir el control del suministro de la apertura de mercados y del servicio al consumidor». En cualquier caso, consideraba que las grandes compañías tenían que estar sometidas a un «poder compensador», que diría GALBRAITH [(1952) 1964]<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Cursiva AP.

<sup>3</sup> La idea de GALBRAITH ya estaba en los escritos de los economistas norteamericanos de principios del siglo XX. En efecto, en CLARK y CLARK [(1912) 1971] se afirmaba que «entre los problemas prácticos que debe resolver el pueblo Americano, el mayor de ellos es el control de las grandes corporaciones, no para destruirlas sino para convertirlas en servidores de la sociedad».

Todo esto puede parecer confuso. En el debate se mezclaban ideas, objetivos y, sobre todo, intereses. El análisis microeconómico, cuyos principios fundamentales y la correspondiente plataforma teórica ya se habían desarrollado a finales del siglo XIX, brillaba por su ausencia.

Recuérdese<sup>4</sup> que la mayoría de países europeos no dispusieron de una legislación de defensa de la competencia hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En aquellas circunstancias los cárteles no eran ilegales e, incluso, se organizaban mediante acuerdos escritos.

En el año 1927, los cárteles eran legales en Suiza y no estaban prohibidos explícitamente en Bélgica, Francia, España, Italia y Holanda. En el año 1923, Alemania aprobó una ley anti-cártel para prevenir el abuso de posición de dominio de los cárteles. En 1930, Gran Bretaña consideró que los cárteles eran un hecho y les exigió transparencia, incluida la notificación de los acuerdos. Posteriormente, otros países siguieron el camino de Gran Bretaña. No fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que Francia aprobó una legislación anti-cártel.

El título del presente trabajo trae causa del art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) que reza: «1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...». El punto clave es el término «pueda producir» que deja un campo muy abierto a las interpretaciones y, sobre todo, aniquila potencialmente la posibilidad de que las resoluciones se basen en los efectos de las conductas. Con argumentos basados en la aptitud para afectar la competencia en los mercados de bienes y servicios, las ADC relegan a un segundo plano el estudio detallado de cuanto ha ocurrido en los mercados y, sobre todo, acostumbran a no estudiar los efectos reales de las conductas sobre los mercados prescindiendo de la rica capacidad explicativa del análisis económico. En este contexto, los cárteles se han convertido en una obsesión sin análisis.

No cabe duda de que los cárteles tienen efectos perversos sobre los mercados y sobre el conjunto de la economía. Este hecho debería exigir que sean objeto de sanciones severas; siempre manifiestamente superiores a los beneficios realmente obtenidos, sin límite alguno; incluso si la sanción supone la desaparición de la empresa cartelizada. Todo ello sin excluir las sanciones personales a sus instigadores y agentes necesarios, con independencia de que pertenezcan al sector privado o al sector público. Para proceder de esta forma, las conductas y sus efectos reales deben estar debidamente acreditados y analizados; sin dudas, vacilaciones ni aspectos indeterminados. Sin frases generales o afirmaciones no probadas.

Ciertamente, ha sido de gran ayuda para el tratamiento de los cárteles la figura del chivato y la consiguiente clemencia. En la página web de la

---

<sup>4</sup> SUSLOW (1991), citada por CARLTON, PERLOFF (2005).

Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) puede leerse: «Una de las novedades de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ha sido la introducción en nuestro sistema de los programas de clemencia, ya puestos en práctica con éxito en Estados Unidos y en la Unión Europea. El programa de clemencia es un poderoso instrumento en manos de las autoridades de defensa de la competencia para la detección de los cárteles, en cuanto atentados más dañinos contra la competencia.

La clemencia puede beneficiar a aquellas empresas que aporten elementos de prueba que posibiliten a la CNC la detección del cártel, siempre que no hayan sido las instigadoras del mismo y pongan fin a su participación en la conducta prohibida.

El programa de clemencia supone, para las empresas que forman parte de un cártel, una suerte de vía de salida, ya que, si cumplen determinados requisitos, podrán beneficiarse de la exención o reducción en el pago de la multa que les habría correspondido por su participación en el acuerdo prohibido».

Lógicamente, con este planteamiento se incentiva al chivato y se le perdona la sanción. De esta forma, puede suceder que un felón que obtenga toda la información de sus competidores y delate, resulte beneficiado de la situación al imponer costes a sus competidores y alcanzar ventajas competitivas. Incluso, participar en un cártel puede ser un movimiento estratégico rentable. Algo que, desde la más pura lógica, resulta difícilmente defendible<sup>5</sup>.

En cualquier caso, las delaciones son cada vez más frecuentes y la persecución de los cárteles más intensa. Este hecho contrasta con la excepcionalidad de la detección de cárteles por las ADC, con independencia de que, en muchas ocasiones, sus conductas hayan tenido reflejo en los medios de comunicación.

Sin embargo, como señala CUERDO (2014), «...los programas de *leniency* podrían estar favoreciendo solamente la denuncia de cárteles de por sí inestables, pero no de aquéllos más dañinos para el bienestar general. Es decir, aquellos que consiguen una organización y unos *mark-ups* tan importantes que no quedan afectados por los programas de clemencia y sí por un menor esfuerzo investigador por parte de la autoridad». Esta cuestión, por su relevancia, debería ser estudiada en profundidad por las ADC.

### 3. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS CÁRTELES

Pese a la posición mantenida por algunos profesionales al servicio de las ADC, una lectura atenta del contenido de las normas de defensa de la competencia revela que los principios del análisis económico tienen su re-

---

<sup>5</sup> En algún caso parece que ciertos impulsores del cártel se hayan transformado en delatores y solicitantes de clemencia.

flejo en las mismas, traduciendo el interés (más tácito que explícito) por la adecuada combinación del análisis económico con el análisis jurídico. POSNER [(1972) 1986] subrayó que «la economía es un poderoso instrumento para analizar multitud de asuntos de naturaleza jurídica y política» aunque la evidencia pone de manifiesto que «muchos juristas —incluso juristas muy brillantes— y muchos estudiantes de Derecho —incluso estudiantes muy brillantes— tienen muchas dificultades para relacionar preceptos económicos y problemas jurídicos concretos». A mi juicio, podría decirse lo mismo de muchos economistas. Incluso de personas que desarrollan su actividad en las ADE.

La LDC resume, en su Preámbulo, la plataforma económica que sustenta los principios inspiradores del Derecho de la Competencia moderno. No es muy original pero no deja lugar a las dudas, pues se apoya en premisas sencillas pero robustas que pueden encontrarse en cualquier buen manual de introducción a la economía<sup>6</sup>.

Dada la capacidad interpretativa del análisis económico, su aplicación en los asuntos examinados por las ADC arroja luz sobre multitud de aspectos que no pueden ser comprendidos en toda su extensión con el uso exclusivo del análisis jurídico. El análisis económico se convierte, en consecuencia, en un instrumento de referencia. Como ha subrayado BERENGUER (2006), el Derecho de la Competencia «es un Derecho vivo». Y sólo puede ser «vivo» si avanza continuamente en sus análisis y propuestas, lo que supone que no debe prescindir ni del análisis jurídico ni del económico.

El análisis jurídico cuenta con una larga tradición en el campo de aplicación del Derecho de la Competencia; no así el Análisis económico. Dicho análisis, como han subrayado REY *et al.* (2006), «requiere un examen minucioso de cómo funciona la competencia en cada mercado concreto, para evaluar el modo en que estrategias concretas de las empresas pueden afectar al bienestar del consumidor». Ésta es, precisamente, la tarea que deben llevar a cabo las ADC pese a que, en ocasiones, la pereza administrativa las conduzca al confortable refugio de los argumentos formales.

El uso del análisis económico debe permitir conocer con la debida precisión —condicionada por la información disponible— no solamente la forma de las conductas sino también sus efectos. Voces autorizadas han argumentado en favor de esta aproximación, particularmente potente. Por un lado, CRANDALL y WINSTON (2003) consideran necesario un análisis empírico suficientemente extenso para conocer con precisión el impacto real de la política *antitrust*. Por otra parte, de acuerdo con el trabajo citado de REY *et al.*, el enfoque de las ADC debería tomar en consideración los efectos de las conductas sometidas a escrutinio como referencia fundamental.

---

<sup>6</sup> Sobre la Economía política del *antitrust* véase ROWLEY y RATHBONE (2004). Dichos autores subrayan que, aunque la formalización de las implicaciones del poder de mercado sobre el bienestar fueron formalizadas por HARBERGER (1954), sus antecedentes pueden encontrarse en DUPUIT (1844) y MARSHALL (1890).

La lógica de la argumentación de quienes defendemos la prioridad de los efectos de las conductas como referencia fundamental es sencilla: dos conductas distintas con los mismos efectos deben tener un trato equivalente; de la misma forma que dos conductas o decisiones empresariales idénticas con efectos distintos deben tener un trato distinto<sup>7</sup>. JENNY (2007) es contundente al respecto: «El análisis económico no ofrece ninguna relación de conductas pro competitivas o anticompetitivas. La misma conducta puede, en ciertas circunstancias del mercado, tener un efecto pro competitivo (o ser pro eficiencia) y en otras circunstancias del mercado tener un efecto o no efecto anticompetitivo potencial». Los efectos, en consecuencia, se convierten en una referencia fundamental<sup>8</sup>.

Pero lo mismo sucede en el caso de las conductas de abuso de posición de dominio o de acuerdos empresariales entre empresas competidoras. La forma es el medio pero lo relevante de las conductas es su impacto real en los mercados, sus efectos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En consecuencia, tanto los profesionales como las ADC y los jueces responsables del estudio y la aplicación del Derecho de la Competencia deben disponer de un saber bastante acerca de los instrumentos que proporciona el análisis económico aplicado al conocimiento de la conducta, estructura y resultados empresariales en los mercados relevantes. Asimismo, los profesionales de la economía dedicados al análisis competitivo de los mercados reales deben tener los conocimientos jurídicos necesarios para interpretar adecuadamente la naturaleza de las conductas empresariales, de acuerdo con la legislación aplicable en cada momento y lugar. Éste no es un trabajo para aficionados.

Dicha aproximación, pese a su robustez, no es totalmente compartida; sobre todo, por los juristas. Pero en el grupo de escépticos o contrarios a la consideración de los efectos de las conductas como referencia fundamental, también pueden incluirse aquellos economistas que consideran que la forma de las conductas es relevante y debe ser la primera referencia en la aplicación del Derecho de la Competencia<sup>9</sup>.

En este punto parece relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.<sup>a</sup>) de 11 de septiembre de 2014<sup>10</sup> donde se refiere al hecho de que, en la sentencia objeto de recurso, el Tribunal General, al definir el concepto de restricción de la competencia «por el objeto», en el sentido del art. 81 CE, apartado 1, «omitió referirse a la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] sin considerar así que el criterio jurídico esencial para determinar si una coordinación entre empresas conlleva tal restricción de la competencia “por el objeto” consiste en la constatación de que esa coordinación tiene por sí misma un grado suficiente de nocividad para la competencia».

<sup>7</sup> Un ejemplo de la diversidad de efectos de una determinada conducta se encuentra en las operaciones de concentración empresarial.

<sup>8</sup> Véase PETITBÔ (2013); (2014).

<sup>9</sup> Entre quienes trabajan en las ADC hay opiniones distintas. Véase, por ejemplo, GUTIÉRREZ y COSTAS (2010).

<sup>10</sup> Asunto C-67/13 p, *Groupement des cartes bancaires*.

#### 4. LA DEFINICIÓN DE CÁRTEL

Resulta sorprendente la falta de precisión del *DRAE* a la hora de definir un cártel: «Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial». Parece como si el sector servicios no existiera amén de otras cuestiones.

Asimismo, resulta también sorprendente que el cártel, una de las restricciones más graves al funcionamiento de los mercados [art. 62.4.a) de la vigente LDC]<sup>11</sup>, no se apoye en una definición precisa y operativa, susceptible de ser tratada con los modernos instrumentos del análisis económico y de la econometría. Éste es el caso de la LDC actualmente en vigor en cuya Disposición Adicional cuarta se dice que: «Se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o exportaciones»<sup>12</sup>. Entendió la Comisión Nacional de la Competencia<sup>13</sup> que dicha definición es amplia. «Es un acuerdo entre competidores, que por la propia lógica de su carácter fraudulento para otros competidores, los consumidores y para el interés general, se hace con ocultación y que tiene por finalidad afectar al mercado de cualquiera de las formas posibles, pero siempre buscando el beneficio de los cartelistas y en detrimento del interés general». Nótese que, en este caso, la autoridad habla de «ocultación» en lugar de «secreto»<sup>14</sup>.

La noción de cártel remite al análisis económico pero las referencias al mismo están ausentes en la definición de la LDC. Dicha ausencia vacía

<sup>11</sup> Se consideran muy graves aquellas «conductas colusorias tipificadas en el art. 1 de la Ley que consisten en cárteles (subrayado AP) u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales». El caso de las conductas conscientemente paralelas debe ser analizado con tino pues tienen aptitud para restringir la competencia o pueden ser el resultado de un reflejo pro-competitivo como consecuencia de un movimiento estratégico de una empresa rival sin aptitud para afectar negativamente la competencia.

<sup>12</sup> De acuerdo con esta definición no tendría sentido un cártel compuesto por dos empresas sin mencionar las cuotas de mercado. ¿Es un cártel si entre ambas empresas tienen un 5 por 100 de cuota de mercado? ¿Lo es si el acuerdo ha tenido una vigencia de un mes? ¿Es lo mismo que haya tenido efectos relevantes, insignificantes o que no haya tenido efectos? Además, sorprende la referencia al «secreto» pues la publicidad —escasa o no— no desvirtúa la naturaleza del cártel. De hecho, la CNMC ha interpretado el «secreto» con flexibilidad. En la Resolución Peluquería Profesional se afirma que «además, no puede admitirse que cierta publicidad de las reuniones en sí quiebra su carácter secreto. Bastaría entonces para evitar la calificación de cártel que se diera publicidad de forma genérica a los encuentros entre competidores». No cabe duda de que la interpretación flexible de la Autoridad genera inseguridad jurídica.

<sup>13</sup> Resolución Peluquería Profesional.

<sup>14</sup> Ocultación es la acción de ocultar, y ocultar, según el *DRAE*, es: «Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista», «callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad». Por su parte, secreto significa «cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta, conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio, negocio muy reservado, deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión».

mucho el contenido la definición. A mi juicio, le resta operatividad. En el fondo, sobrevuela el temor a entrar en el análisis de los efectos reales de las conductas anticompetitivas. O, lo que es lo mismo, utilizar el análisis económico y discutir sobre la base de sus principios; ir al fondo de la cuestión, sin indeterminaciones y abriendo la posibilidad de análisis empírico.

No hay duda de que enjuiciar una conducta por su naturaleza es más fácil que analizarla a fondo incluyendo los efectos de la misma en el análisis. No utilizar el análisis económico es un exabrupto. En este punto cabe recordar que, en ocasiones, cuando las ADC hablan de los efectos del cártel, no se refieren precisamente al impacto de las conductas sobre el comportamiento de la competencia en los mercados y los efectos sobre las propias empresas, incluidos los beneficios extraordinarios. Hablan de otras cosas, pero no de las cosas esenciales.

En las enmiendas del Parlamento Europeo a la propuesta de Directiva de la Comisión en relación con «determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea»<sup>15</sup>, se define el cártel como «todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras cosas, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia». Aquí, la definición es más precisa y el acuerdo ya no es necesariamente secreto. Pero sigue sin entrar en el fondo del asunto.

En este punto me atrevo a sugerir una definición de cártel<sup>16</sup> que incida más en los efectos reales sobre los mercados relevantes y sobre el excedente del consumidor: un cártel consiste en una asociación —voluntaria o inducida— de empresas —compradoras o vendedoras de bienes y servicios; competidores reales o potenciales— que, explícitamente, coordina sus decisiones en relación con los precios, cantidades o cualquier otra variable, contribuyendo a alterar de forma significativa y durante un periodo de tiempo suficientemente largo el funcionamiento de la libre y leal competencia en cualquier mercado relevante en perjuicio del bienestar del consumidor.

Lógicamente, el cártel responde a un acuerdo entre empresas que, por regla general, toma como referencia el beneficio de todos sus miembros y la maximización conjunta de los beneficios. En consecuencia, sus efectos son similares a los del monopolio; de ahí el particular interés que tiene su análisis para las ADC.

<sup>15</sup> A7-0089/2014, de 9 de abril de 2014.

<sup>16</sup> Un análisis de las definiciones de «cártel» en otras jurisdicciones puede verse en RINCÓN (2013).

Un ejemplo de lo que podríamos calificar como «cártel total» se describe en el expediente *Navieras Ceuta-2* donde se declara «que los acuerdos sobre reparto de mercado, fijación de precios y cuotas de mercado, coordinación de honorarios, fijación de condiciones comerciales para las agencias, eliminación y coordinación de ofertas y mecanismos de compensación en caso de desviación de cuotas y mecanismos de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de los acuerdos en el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea que une Algeciras y Ceuta...»<sup>17</sup>. Pero no un acuerdo cualquiera. El acuerdo debe tener entidad —no sólo aptitud— para alterar de forma significativa el funcionamiento competitivo del mercado; es decir, debe tener efectos significativos sobre el mercado. En consecuencia, la cuota de mercado ostentada conjuntamente por las empresas que participan en el cártel debe ser relevante. Y, además, la conducta debe tener relevancia temporal. Es decir, no tiene sentido hablar de acuerdo de cártel si el mismo ha tenido una duración breve o no ha llegado a buen término. La ejemplaridad basada en la forma de las conductas, a mi juicio, es ajena a la racionalidad. Lo he sostenido en bastantes ocasiones. La referencia debe ser, exclusivamente, la afectación significativa del mercado relevante durante un periodo de tiempo suficientemente extenso. Además, no debe olvidarse que los cárteles acostumbra a ser inestables, en su interior hay empresas que engañan, otras quedan fuera del cártel y se aprovechan de sus decisiones y, en fin, con mucha frecuencia los cárteles se rompen.

Con la consideración de los cárteles sobre la base de una definición como la mencionada podría aligerarse la estructura de las ADC y dirigir el foco, sobre todo, a los cárteles relevantes que alteran significativamente el comportamiento de mercados importantes. Es decir, deberían investigarse más a fondo los cárteles efectivos<sup>18</sup>, determinar lo más precisamente posible los beneficios obtenidos por las conductas realmente contrarias a la competencia, los efectos reales de dichas conductas y los daños causados. Como complemento a este cambio de criterio debería modificarse la estructura de las sanciones, incluyendo las pertinentes compensaciones por daños y perjuicios causados a los particulares. Es decir, deberían considerarse las funciones punitivas y las reparadoras. Este procedimiento daría más trabajo a las ADC pero, también, sería más serio. El cambio propuesto no es sencillo y debería sortear infinidad de obstáculos pero, como sostuvo HEINE, nada es eterno excepto el cambio. En otros términos: las leyes no son eternas y pueden perfeccionarse.

---

<sup>17</sup> Una manifestación de que los cárteles pretenden beneficiar a todos sus miembros es la fijación de precios mínimos. Por ejemplo, en el caso *Coches de alquiler* se sostiene que en una reunión entre los integrantes del cártel se indica que «os sentaréis con los distintos proveedores en Barcelona para fijar un precio medio (mínimo) de mercado, aunque el acuerdo no siempre se cumple». Otros casos de fijación de precios mínimos se encuentran en los expedientes *Productores de uva y vinos de Jerez* y *Plataforma del mejillón*.

<sup>18</sup> No puede ser, como señala RINCÓN (2013) que «prácticas desarrolladas en el marco de una asociación sean vistas como una recomendación colectiva, mientras que otras prácticas similares, para haber sido investigadas a raíz de una solicitud de clemencia, son calificadas como un cártel. Asimismo, prácticas que, de acuerdo con la línea divisoria de la CNC, parecen en principio cumplir todos los requisitos establecidos por la definición de la D. A. y, al final, no son consideradas como un cártel».

## 5. EL ANÁLISIS DE LOS CÁRTELES. EVIDENCIA ESPAÑOLA<sup>19</sup>

El análisis de los cárteles es una cuestión no exenta de dificultades. La ausencia de datos en las Resoluciones de la CNMC es un problema cuya solución exige mucho trabajo. Un trabajo fino, sin duda. Pero las ADC tienen instrumentos para resolver el problema de la ausencia o escasos de datos y para tratarlos con el rigor que exige el análisis de un cártel. La pregunta es: ¿Por qué las ADC no siempre van al fondo de la cuestión y analizan los cárteles con los datos necesarios para determinar con precisión bastante su alcance y efectos?

La pereza administrativa<sup>20</sup> apoyada en considerar que el expediente se resuelve declarando que una conducta está prohibida *per se* supone no resolver totalmente el expediente. Dada la gravedad de la conducta resulta obligado estudiarla a fondo. Y el perjudicado por la conducta de los cárteles tiene derecho a conocer sus efectos, no solamente sobre el mercado relevante sino para él mismo o para su empresa. La falta de estudio o el estudio inadecuado perjudica no sólo el interés privado sino, también, el interés general.

No olvidemos que España acoge una economía cartelizada. Los acuerdos empresariales relevantes abundan por doquier; en ocasiones, fomentados por las propias administraciones públicas sin que, en estos casos, por regla general, el inductor o cooperador público sea incluido en el expediente a efectos de la pertinente y motivada sanción<sup>21</sup>.

### A. AUSENCIA DE INFORMACIÓN

Algunos ejemplos pueden ilustrar cuanto se acaba de decir. En el expediente *Plataforma del mejillón*, se afirma: «...no cabe duda de que han debido tener ciertos efectos, al menos temporales, en el sostenimiento de los precios, aunque su magnitud no se encuentra acreditada en el expediente». Por su parte, en el expediente *Peluquería profesional*, tras despreciar, sin alternativa, un estudio econométrico presentado por una de las partes, se sostiene que «una vez demostrado el objeto anticompetitivo, no es preciso constatar si la práctica tuvo o no efectos y sólo sería relevante a la hora de determinar el importe de la multa que procede en cada caso, pero no para su calificación jurídica». Es decir, sería inequívocamente relevante.

<sup>19</sup> Dos buenos trabajos sobre estas mismas cuestiones pueden verse en RINCÓN (2013) y CORTI (2013).

<sup>20</sup> No me refiero a la exhaustividad de los textos de las Resoluciones sino a la falta de análisis económico que exhiben los mismos. En relación con la reiterada costumbre de «cortar y pegar» los Informes de la Dirección de Investigación, se olvida que la Ley 30/1992 se refiere a que los actos administrativos «serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho». Es decir, de modo breve, claramente y destacando lo necesario para motivar inequívocamente la parte dispositiva.

<sup>21</sup> Como excepción puede mencionarse el asunto *Taxis de Barcelona*, tan olvidada que se ha llegado a sostener que nunca ha sido sancionado un administrador público. En dicha Resolución se sancionó al Instituto Metropolitano del Taxi, al Gremio Unión de Taxistas, al Sindicato del Taxi de Cataluña y al Sindicato de Taxistas Autónomos de Barcelona.

Con estos criterios es imposible edificar una autoridad de defensa de la competencia seria y creíble. En el expediente *Transportes Barcelona* se dice que «dada la información que se encuentra disponible, no es posible estimar, si quiera (*sic*) a la baja, el beneficio ilícito de la conducta...». En el expediente *Transitarios* se afirma que «no se ha podido obtener en la instrucción información concluyente sobre el tamaño del mercado y la cuota de las empresas», lo que no deja de ser sorprendente. En el caso *Asfaltos* se sostiene que «en cuanto a los beneficios ilícitos, si bien no hay una cuantificación, sí constan datos de que existen estos beneficios». En consecuencia, es posible estimarlos.

En el asunto *Distribuidores saneamiento*, el Consejo «considera, además su aptitud para distorsionar la competencia sobre la variable precios en una parte relevante del territorio nacional en el que las empresas implicadas en la infracción tienen un peso significativo en la distribución de determinados productos... Cuestión diferente es que tales efectos no hayan sido cuantificados». Sin embargo, no parece particularmente difícil la estimación de los efectos pues en uno de los Hechos probados se dice que uno de los interesados manifestó que «lo bueno de todo lo que hacemos es que por lo menos hemos subido de margen 4 puntos».

Tan deficiente ha sido, en ocasiones, la instrucción que la Audiencia Nacional, por ejemplo, en el expediente Gestión de residuos sanitarios, ha anulado la decisión sobre SIS por falta de argumentación, estima parcialmente el recurso de CONSENUR y reduce la sanción en un 50 por 100 por no acreditar suficientemente los efectos. En el caso de CESPAA reduce la multa y la anula en relación con el pacto de no competencia por error de cálculo de la Dirección de investigación y por no haber acreditado los efectos. Algo lamentable para la Autoridad de defensa de la competencia que, en este caso, ha dañado el interés público.

## B. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS CÁRTELES. UNA APROXIMACIÓN

La teoría sobre cárteles es compleja, sin duda. Pero a los efectos del presente artículo puede simplificarse, acaso exageradamente, a los efectos de destacar sus elementos más relevantes.

Es frecuente que el análisis económico de los cárteles empiece por la consideración de un duopolio. Se trata de un mercado sencillo, en el que sólo operan dos empresas. Sencillo pero permite intuir la esencia de problemas más complejos.

En cualquier manual riguroso de microeconomía o de Economía industrial<sup>22</sup> se hace referencia al comportamiento de los mercados competitivos y monopolísticos y se destacan los efectos fundamentales de la conducta monopolística pues los efectos existen; sólo hay que analizarlos.

<sup>22</sup> CARLTON y PERLOFF (2005); PINDYCK y RUBINFELD [(1995) 2001]; SCHERER y ROSS (1990); TIROLE [(1988) 1990], por ejemplo.

Los modelos correspondientes sirven de referencia para el estudio de los cárteles.

En el caso de un mercado duopolístico en el que ambas empresas producen bienes o servicios sustitutivos<sup>23</sup>, la lógica dice que las empresas se enfrentan a dos opciones cuyos resultados son completamente distintos: competir o cooperar. El análisis empírico de los mercados pone de manifiesto que pueden encontrarse ejemplos de ambas posibilidades.

Si las empresas compiten, los resultados son equivalentes a los de un mercado competitivo. Si cooperan, los resultados pueden ser similares a los de los mercados monopolísticos. En este caso, para que el duopolio cartelizado inicie sus actividades los precios deben cubrir los costes de la empresa menos eficiente (que incluyen los beneficios normales); es decir, el precio de la empresa menos eficiente debe ser igual o superior a su coste marginal. En este caso, ambas empresas ganan: la empresa menos eficiente puede seguir en el mercado —incluso puede obtener beneficios extraordinarios, aunque sean reducidos— y la empresa más eficiente obtiene beneficios extraordinarios. Los perjudicados son los clientes y, en última instancia, los consumidores y el conjunto de la economía. En otros términos, no se maximiza el bienestar de los consumidores y tiene lugar una pérdida neta de bienestar como sucede en el caso del monopolio. Pero, aún bajo el imperio del cártel, dado que los mercados son dinámicos, la empresa más eficiente aspira a expulsar a su competidora del mercado con el fin de maximizar sus beneficios extraordinarios.

En cualquier caso, dado el dinamismo de los mercados, lo más probable es que los beneficios extraordinarios atraigan nuevas empresas al mercado, reavivando la competencia. El primer efecto de la entrada de nuevas empresas, en ausencia de acuerdo, sería la reducción de precios y, en consecuencia, la reducción de los beneficios extraordinarios. En estas circunstancias, si la competencia se convierte en la referencia y las empresas quieren aumentar su cuota de mercado, los precios tienden a reducirse, paso a paso, hasta situarse en el nivel correspondiente a los precios de competencia. En este punto desaparecen los beneficios extraordinarios y se maximiza el bienestar del consumidor. Por esta razón, en aquellos mercados donde los precios son elevados, la probabilidad de que se organice un cártel y éste sea estable es más elevada. Pero cabe la posibilidad de que una empresa desee competir reduciendo los precios para aumentar su cuota de mercado.

Con estas referencias, dado que las empresas atienden más a sus cuentas de resultados que al bienestar del consumidor, la consideración de un mercado duopolístico permite suponer que las empresas tienen interés en no desencadenar una guerra de precios pues saben perfectamente que resultarían perjudicadas en relación con los resultados obtenidos tras un acuerdo. Los incentivos a cooperar son, en consecuencia, muy robustos. Por ello, con una elevada probabilidad, las empresas decidirán cooperar y comportarse

---

<sup>23</sup> Es decir, operan en el marco del mismo mercado relevante —y, en general, en cualquier tipo de mercado—.

en el mercado como un duopolio colusivo. En este caso, fijarán un precio ventajoso para ellas<sup>24</sup>, obtendrán beneficios extraordinarios y procederán a repartirse dichos beneficios. Las empresas saldrán ganando individual y globalmente. El consumidor resultará perjudicado.

### C. EL ENGAÑO COMO ESTRATEGIA

Pero ni los acuerdos ni la propia competencia son pacíficos. El verdadero objetivo de las empresas es la maximización de sus beneficios potenciales. Uno de los mecanismos para alcanzar este objetivo es engañar al competidor; con independencia del acuerdo de cártel alcanzado. Por ello, en el caso de que tengan margen suficiente, nada excluye que una de las empresas decida reducir los precios con el fin de aumentar la cantidad vendida y, en consecuencia, su cuota de mercado. En estas circunstancias, su competidor puede adoptar la estrategia de no reaccionar pero lo más probable es que reaccione y también reduzca precios. Si ambas empresas deciden iniciar una guerra de precios, estos se irán reduciendo hasta el límite del coste marginal y su conducta será igual a la conducta de las empresas en mercados competitivos. Los beneficios extraordinarios desaparecerán y se maximizará el bienestar del consumidor. Las empresas no estarán en la mejor de las situaciones<sup>25</sup>.

En este punto no debemos olvidar que, por regla general —no siempre—, los cárteles se rompen por sí solos. Si esto fuera siempre así, el papel de las ADC debería ser revisado. Sin embargo, en ocasiones, la pereza administrativa se traduce en la supervivencia de cárteles potentes durante muchos años.

Sara LEE, por ejemplo, «ante la pérdida de cuota reaccionó procediendo al extrallenado y reduciendo precios mientras que Puig no hizo nada y Colgate mantuvo el formato y bajó precios» (expte. *Fabricantes de Gel*). O, en el caso *Productores de la uva y vinos de Jerez*, los incumplimientos fueron una constante a lo largo de los años. En el caso *Coches de alquiler*, un interesado resume detalladamente «las dificultades que estaban teniendo todos en la aplicación del acuerdo y en como reducirlo, animando a seguir adelante a pesar de las dificultades, con una plena comunicación entre las empresas del cártel de los incumplimientos detectados para solucionar rápidamente las anomalías detectadas, descartando la mala fe y las rencillas entre ellos» y se hace referencia a un operador que «por lo menos, a primera vista, no está cumpliendo y a la mínima excusa baja el precio». En el asunto *Asfaltos*, uno de los cartelistas sostiene que otro cartelista «está mandando presupuestos a clientes antes de que el cliente los pida y con unos precios de aproximadamente 8-10 por 100 por debajo de los que estoy pasando yo».

<sup>24</sup> Precio > Coste marginal.

<sup>25</sup> También podría pensarse que una de las empresas decide reducir la cantidad ofrecida con el fin de impulsar los precios al alza y aumentar sus beneficios, ignorando la reacción de su rival (o del resto de empresas si hubiera más de dos empresas en el mercado).

El engaño, como puede comprobarse, responde a una estrategia competitiva habitual.

#### D. EL CONTROL DE LOS CÁRTELES

Los cárteles, aunque con frecuencia se rompen, no siempre lo hacen. En ocasiones, su organización es eficiente —aunque dañina—, los resultados obtenidos convenientes y el control de la conducta de los cárteles está bien organizado. Bastantes ejemplos ponen de manifiesto la larga vida de los cárteles o, lo que es lo mismo, la poca eficiencia de la administración. La tendencia se quiebra merced al sistema de clemencia que permite detectar su existencia gracias a los chivatos. Entre los cárteles de larga duración podrían mencionarse el de los Productores de uva y vinos de Jerez, que duró dieciocho años; el de la Peluquería profesional, con una duración de veinte años; el de Gestión de residuos sanitarios, cuya duración fue de doce años; o el de Envases hortofrutícolas cuya vida fue de diez años. De éstos, el de Peluquería profesional y el de Envases hortofrutícolas fueron detectados por denuncias de los chivatos. En el caso *Coches de alquiler*, uno de los denunciados manifiesta que «como os prometí, os envío un *e-mail*, desde una cuenta de correo que hemos creado especialmente para que me hagan llegar cualquier incidencia que observen, con relación a lo hablado ayer».

Los datos anteriores revelan que la vida de los cárteles no es pacífica y exige un control continuo para evitar rupturas de los acuerdos.

#### E. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Conscientes del riesgo de ruptura o de indisciplina, los cárteles, junto al acuerdo, deciden establecer un sistema de medidas disciplinarias e, incluso, un sistema de sanciones. Lógicamente, la eficiencia de estos sistemas es más elevada si el cártel se establece en mercados oligopolísticos estrechos o en mercados con barreras de entrada. En este contexto, el intercambio de información es fundamental. Dichos intercambios pueden detectarse en, prácticamente, todos los expedientes sobre cárteles. Por ejemplo, en el expediente Licitaciones de carreteras puede leerse: «Las empresas se han comunicado sus ofertas y han acordado manipular las mismas para establecer bajas más reducidas, o lo que es lo mismo, precios más altos en las licitaciones, lo que implícitamente además supone mantener una “*entente cordiale*” respecto a la identidad del vendedor de la licitación». En el expediente Plataforma del mejillón, durante las negociaciones se «intercambiaron datos de producción y ventas». En el caso *Navieras Ceuta-2*, se sostiene que ha quedado probado «la existencia de intercambios de información entre las navieras sobre variables básicas de competencia como son las tarifas, las cuotas y los horarios, que no tienen otra justificación que adoptar acuerdos anticompetitivos».

El mencionado control de la conducta del cártel exige, lógicamente, disponer de una sólida información que procede del intercambio de la misma entre sus componentes.

#### F. LOS INTRUSOS SE APROVECHAN DEL CÁRTEL

Además, no debe olvidarse que los cárteles, para ser duraderos, deben atender los intereses del cartelista menos eficiente. Este hecho no sólo incentiva su incumplimiento. También atrae intrusos que consideran que si venden sus bienes o servicios a precios inferiores a los fijados por el cártel, aumentarán sus beneficios y también su cuota de mercado. Incluso pueden seguir los acuerdos del cártel sin adherirse al mismo.

Por ejemplo, en el expediente *Fabricantes de Gel*, se dice que «...el precio de estas marcas líderes sirve para que las demás, que no están presentes en el acuerdo, tomen esos precios como referencia y fijen los suyos con la distancia relativa con la que siempre lo hacen. El resultado final es que todos los demás pueden seguir una política de incrementar precios sin riesgo de perder clientes, de forma que a nivel agregado el precio medio de todo el mercado experimentará una subida»<sup>26</sup>. En el expediente sobre *Envases hortofrutícolas*, un competidor vendía sus productos «a un precio más bajo que los precios mínimos acordados...».

En el caso de los *Almacenes de hierro*, un operador se aprovechó del cártel sin riesgo. En efecto, se dice en el expediente que «está acreditado que este nuevo sistema de facturación fue aplicado por diversas empresas asociadas y, al menos, por una no asociada».

Dado que, por regla general, el cártel fija sus precios por encima de los precios de competencia, los intrusos pueden competir en beneficio propio y sin riesgos.

#### G. SEGUIMIENTO DE LOS ACUERDOS Y MEDIDAS DISCIPLINARIAS

Conscientes de los riesgos de ruptura, los organizadores de los cárteles, junto con los acuerdos, establecen medidas disciplinarias e, incluso, sanciones. La disciplina es más sencilla en contextos en los que operan pocos operadores o existen barreras que dificultan la entrada de competidores. Lógicamente, dichas medidas, junto con el riesgo de sanción en el caso de detección del cartel, incrementan los costes de transacción que suponen el establecimiento de acuerdos para no competir. Los operadores económicos toman en consideración la probabilidad de ser detectados y sancionados a la hora de decidir si forman parte del acuerdo o no. En términos económicos, el reforzamiento de las sanciones se traduce en una reducción de los

---

<sup>26</sup> Esto es verdad siempre que un operador económico aumente los precios de los bienes o servicios que ofrece siempre que los demás no bajen los suyos.

beneficios esperados y en una menor probabilidad de formación de cárteles. Por ello, si los costes de transacción —costes de formación y de administración del cártel y riesgo de ser detectado— son elevados, será menos probable que un cártel se organice.

En el caso de las *Compañías de seguro decenal* se dice que «el cumplimiento de lo acordado fue objeto de una estrecha vigilancia». En el asunto de los *Almacenes de hierro*, «se creó un equipo de seguimiento de la UAHE para vigilar los acuerdos tomados de nueva forma de facturación». En las reuniones había un punto del orden del día con el título «Seguimiento de la implementación del nuevo sistema de facturación». En el expediente *Vinos finos de Jerez*, se afirma que «en una primera fase el seguimiento se realizaba entre todos en las reuniones que mantenían periódicamente. En la segunda fase se propone un registro de los contratos de suministro, la declaración al CR de los precios de exportación para evitar dumping y la creación de una mesa de coordinación».

En relación con las represalias, en el expediente *Plataforma de mejillón*, se dice que «el sector conservero se planteará incluso el parar de comprar mejillón de manera conjunta como sector». En el caso de *Almacenes de hierro*, se recoge que «la UAME diseñó una estrategia de seguimiento de la aplicación del acuerdo que preveía mecanismos de represalia». En el expediente *Hormigón y productos relacionados* se habla de la «existencia de posibles represalias por parte de algunas empresas participantes en los acuerdos imputados consistentes en la negativa de suministro de áridos a la denunciante». En el caso *Coches de alquiler*, puede leerse que «en algunos casos se adoptaron medidas de presión». Un operador afirmó que «no podemos aguantar más tiempo la bajada de reservas que este competidor está ocasionando al resto» y, por ello, en una reunión se acordó «manifestarse de forma periódica [...] para protestar contra las empresas que no cumplan los mínimos y pretendan bloquear tanto las actuales salidas de las campas como las plazas de parking, circulando de forma extremadamente lenta por nuestra zona».

Como puede comprobarse, en ocasiones, la disciplina del cártel exige medidas de presión que van más allá de los comportamientos empresariales estratégicos.

## H. LAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES Y LOS CÁRTELES

La existencia de asociaciones empresariales organizadas contribuye a reducir los costes de formación y administración de los cárteles. Lo mismo sucede cuando el número de operadores es reducido y, en consecuencia, el coeficiente de concentración es muy elevado.

En relación con la participación de las Asociaciones empresariales en la organización y administración de los cárteles pueden mencionarse los expedientes *Almacenes de hierro*, *Transportes Barcelona* (con relaciones verticales entre sí), *Vinos finos de Jerez*, citado, *Productores de uva y vinos de Jerez*, *Plataforma del mejillón* y *Peluquería profesional*, entre otros.

En el caso *Coches de alquiler*, se sostiene que «han sido imputados en este expediente sancionador las asociaciones AECA y AESVA por desplegar en el seno del cártel una conducta que puede ser calificada de organización y vigilancia de la ejecución de la infracción».

La frecuencia con que las organizaciones empresariales son la base sobre la que se edifican conductas cartelizadas aconseja el desarrollo de una estrategia de vigilancia sobre las mismas.

#### I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO COOPERADORA DE LOS CÁRTELES

No sólo contribuyen las asociaciones empresariales. En ocasiones, es la propia administración la que impulsa o refuerza el cártel. Esta participación puede verse en los expedientes *Vinos finos de Jerez*, *Productores de uva y vino de Jerez* y *Plataforma del mejillón*<sup>27</sup>.

Sobre esta cuestión debería aclararse la responsabilidad de los administradores públicos y dejar claro, de forma inequívoca, que las administraciones públicas no pueden ser cooperadoras necesarias de los cárteles.

#### J. UNA CUOTA DE MERCADO ELEVADA FACILITA EL CÁRTEL

Por regla general, la cuota del mercado de los cárteles es elevada. Los cárteles son potentes y se acercan a situaciones de monopolio infringiendo un daño relevante a sus clientes. No siempre hay datos al respecto por deficiencias en la instrucción pero la información contenida en los expedientes ofrece, en ocasiones, una información elocuente. Como ejemplos pueden mencionarse los siguientes expedientes: *Gestión de recursos sanitarios* (100 por 100), *Hormigón y productos relacionados* (100 por 100), *Unión de Almacenistas de hierro de España* (90 por 100), *Vinos finos de Jerez* (90 por 100), *Envases hortofrutícolas* (80 por 100), *Transportes Barcelona* (76 por 100) y *Navieras Ceuta-2* (100 por 100). En estos casos, la diferencia entre el cártel y un monopolio es tenue y el daño causado al interés general es relevante. Por esta razón, no se entiende la resistencia a evaluar los efectos reales de las conductas de los cárteles en función de dichos efectos.

#### K. LAS ÁREAS REDUCIDAS FACILITAN LA FORMACIÓN DE CÁRTELES

Tampoco es infrecuente que los cárteles se organicen sobre la base de empresas que operan en áreas reducidas. En estos casos los costes de coordinación se reducen significativamente. Pueden mencionarse, por ejemplo, los casos *Almacenes hierro*, *Transportes Barcelona*, *Hormigón y productos relacionados*, *Vinos finos de Jerez* y *Productores de uva y vinos de Jerez*,

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, véase J. COSTAS y J. HORTALÀ (2014).

*Asfaltos, Plataforma del mejillón, Coches de alquiler, Navieras Ceuta-2 y Distribuidores saneamiento.*

En el caso *Plataforma del mejillón*, la actividad del cártel era la producción y comercialización del mejillón de ámbito no superior al nacional. En el asunto *Peluquería profesional*, citado, la referencia en la fabricación y/o comercialización de productos de cuidados del cabello y, más estrictamente, el sector de peluquería profesional en el mercado geográfico español. En el expediente *Coches de alquiler* el cártel afectó «al mercado de alquiler de vehículos sin conductor a corto plazo, estrechamente ligado al turismo, afectando fundamentalmente a las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia, Andalucía y Baleares, donde ha sido especialmente dañino». En el asunto *Navieras Ceuta-2*, el mercado afectado era el de «transporte de pasajeros y vehículos en la línea marítima que une Algeciras y Ceuta». También puede mencionarse el caso *Distribuidores saneamiento* que afectó a la «venta al por mayor de materiales con los que se procede a la instalación, mantenimiento y reparación de conducciones de agua y otros fluidos, así como de otros servicios sanitarios, de calefacción y/o refrigeración en edificios».

Una de las razones esgrimidas para impulsar la creación de autoridades subcentrales de defensa de la competencia era, precisamente, la detección de estos cárteles de alcance geográfico reducido. Desde esta perspectiva, la estrategia no ha sido, precisamente, un éxito. En ocasiones, incluso, la intervención de las autoridades subcentrales no ha sido pro-competencia.

#### L. LOS CÁRTELES, CON FRECUENCIA, SE ROMPEN

Ciertamente, algunos cárteles están bien organizados y cuentan con una larga vida. Este hecho revela un fallo de la ADC pero también mucha habilidad por parte de los cartelistas. Algunos ejemplos son elocuentes. El cártel de la *Peluquería profesional* es un buen ejemplo de longevidad que ha reportado elevados beneficios extraordinarios a sus integrantes y, en consecuencia, una relevante pérdida de bienestar a los consumidores.

En el caso *Fabricantes de Gel*, «Sara Lee, ante la pérdida de cuota reaccionó procediendo al extrallenado y reduciendo precios mientras que Puig no hizo nada y Colgate mantuvo el formato y bajó precios». Además, en el expediente se acreditó que, en otras circunstancias, Puig redujo sus precios de tarifa de forma significativa mientras que Henkel y Sara Lee «optaron por denunciar la existencia del cártel el primer día de aplicación del programa de clemencia».

En el asunto *Vinos finos de Jerez*, se afirma que algunos de los miembros del cártel no estuvieron dispuestos a cumplir los acuerdos en su totalidad. En el caso *Gestión de recursos sanitarios*, uno de los denunciantes sostuvo: «No me gusta que compartamos estrategias para que luego Consenur actúe de forma independiente y unilateral». En relación con el expediente *Envases hortofrutícolas*, se dice que «los acuerdos fueron puestos en práctica, al

margen de incumplimientos más o menos puntuales». En el caso *Productores de vino y mosto de Jerez*, se afirma que «los incumplimientos fueron una constante a lo largo de los años». En el caso *Navieras Ceuta-2*, se habla de «continuos incumplimientos» que hacen que un operador dé por terminado su compromiso. En el expediente *Distribuidores saneamiento* se afirma que «es cierto que algunas empresas abandonaron el cártel». En relación con el caso *Coches de alquiler*, se sostiene que «hay brokers que empiezan a trabajar con otros proveedores (fuera de nosotros) que les dejan vender por debajo de los mínimos [...] y una medida sería bajar los PVP para competir con esta competencia».

Cabe suponer que, en muchos casos, las barreras de entrada protegen a los cárteles facilitando su supervivencia. Por esta razón, la lucha entre las barreras debería ser una de las estrategias fundamentales de las ADC.

#### M. ABOGADOS, NOTARIOS Y CENSORES JURADOS, COOPERADORES DE LOS CÁRTELES

No quiero dejar de señalar que los cárteles cuentan, en ocasiones, con el asesoramiento de abogados, notarios o censores jurados. Tal asesoramiento, no siempre eficiente, puede observarse en expedientes como *Almacenes de hierro* (asesor legal), *Hormigón y productos relacionados* (abogado), *Transitarios* (abogado) y *Peluquería profesional* (censor jurado, notario).

#### N. LA RELEVANCIA DE LAS BARRERAS DE ENTRADA

Como se ha mencionado, las barreras de entrada, en ocasiones determinantes, pueden explicarse por la propia naturaleza del mercado o pueden ser erigidas por los propios cartelistas. En el expediente *Asfaltos*, se dice que «su suministro se limita a un radio máximo de entre 80 y 100 km desde la planta asfáltica, lo que dificulta la irrupción de nuevos oferentes. En el caso *Licitaciones carreteras*, puede leerse en el expediente que «la empresa no tuvo más remedio que participar en dicho cártel dado que la existencia del mismo hacía imposible que pudiera desarrollarse y crecer geográficamente sin formar parte de él y, además, temía que la no participación en el acuerdo le dificultara su misma supervivencia, dado el número e importancia de empresas involucradas».

En estas circunstancias, el mejor remedio es la liberalización de los mercados.

## 6. CONCLUSIONES

Los cárteles no siempre han sido objeto de reprobación. La aplicación del análisis económico ha permitido poner de manifiesto sus efectos negativos sobre los consumidores y sobre el bienestar económico. En conse-

cuencia, actualmente son objeto de escrutinio por las ADC, en ocasiones de forma obsesiva y, con frecuencia, con escasa utilización del análisis económico y de la consideración de sus efectos sobre los mercados relevantes afectados por sus conductas.

Con el fin de contribuir a la racionalidad de la lucha contra los cárteles se ofrece una definición más precisa que la utilizada habitualmente por las ADC que traduce una frecuente obsesión que luego no se ve refrendada por un análisis rigurosos apoyado en los instrumentos que ofrece el análisis económico.

La obsesión, en ocasiones, conduce a calificar como acuerdos de cártel a conductas que no merecen tal calificativo. La despreocupación se traduce en un abandono frecuente del análisis económico de los efectos de las conductas y, en consecuencia, una insuficiente justificación de las sanciones y, en particular, de su cuantía.

Dada la proliferación de los cárteles se sugiere desarrollar una estrategia intencionada con el fin de: *a)* destruir barreras de entrada; *b)* impedir que las Administraciones públicas sean cooperadoras necesarias de los cárteles, y *c)* imponer fuertes costes de transacción a cualquier intento de cartelizar la economía, incluyendo a sus colaboradores o impulsores.

## RESOLUCIONES MENCIONADAS

- *Taxis Barcelona*: expediente 452/99, de 29 de mayo de 2000.
- *Transportes Barcelona*: expediente 623/07, de 1 de abril de 2008.
- *Compañías de seguro decenal*: expediente S/0037/08, de 12 de noviembre de 2009.
- *Gestión de residuos sanitarios*: expediente S/0014/07, de 18 de enero de 2010.
- *Fabricantes de Gel*: expediente S/0084/08, de 21 de enero de 2010.
- *Almacenes hierro*: expediente S/0106/08, de 17 de mayo de 2010.
- *Vinos finos de Jerez*: expediente S/0091/08, de 28 de junio de 2010.
- *Transitarios*: expediente S/0120/08, de 31 de julio de 2010.
- *Peluquería Profesional*: expediente S/0086/08, de 2 de marzo de 2011.
- *Plataforma del mejillón*: expediente S/0107/08, de 26 de abril de 2011.
- *Productores de uva y vinos de Jerez*: expediente S/0167/09, de 6 de octubre de 2011.
- *Licitaciones de carreteras*: expediente S/0226/10, de 19 de octubre de 2011.
- *Asfaltos*: expediente S/0192/09, de 26 de octubre de 2011.
- *Navieras Ceuta-2*: expediente S/024/10, de 10 de noviembre de 2011.
- *Envases hortofrutícolas*: expediente S/0251/10, de 2 de diciembre de 2011.

- *Hormigón y productos relacionados*: expediente S/0179/09, de 12 de enero de 2012.
- *Distribuidores saneamiento*: expediente S/0303/10, de 23 de mayo de 2013.
- *Coches de alquiler*: expediente S/0380/11, de 30 de julio de 2013.

## REFERENCIAS

- BERLE, A. A. [(1954) 1958]: *La revolución capitalista del siglo xx*, Vergara editorial.
- BERENGUER, L. (2006): *Prólogo*, en CREUS (2006).
- CARLTON, D. W., y PERLOFF, J. M. (2005): *Modern Industrial Organization*, 4.ª ed., Pearson.
- CASES, LI. (2010) (dir): *Anuario de la Competencia 2009*, Fundación ICO, Universidad Autónoma de Barcelona.
- (2014) (dir.): *Anuario de la Competencia 2013*, Fundación ICO, Marcial Pons.
- CLARK, J. B., y CLARK, J. M. [(1912) 1971]: *The Control of Trusts*, A. M. Kelley.
- CORTI, J. (2013): *Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC*, Documento de trabajo. Serie Política de la Competencia, núm. 33/2013, CEU instituto Universitario de Estudios Europeos.
- COSTAS, J., y HORTALÀ, J. (2014): «La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles», en CASES (2014).
- CRANDALL, R. W., y WINSTON, C. (2003): «Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence», *Journal of Economic Perspectives*, 17.
- CREUS, A. (2006): *Código de la competencia*, La Ley.
- CUERDO, M. (2014): «Políticas de competencia y programas de clemencia: una revisión desde la economía del Derecho», en CASES (2014).
- DUPUIT, A. J. E. [(1844) 1995]: «De la mesure de l'utilité des travaux publics», *Annales des ponts et chaussées, Revue Française d'Économie*.
- GALBRAITH, J. K. [(1952) 1964]: *Capitalismo americano. El concepto del poder compensador*, 3.ª ed., Ariel.
- GUTIÉRREZ, I., y COSTAS, J. E. (2010): «Justificación jurídico-económica de las conductas por objeto», en CASES (2010).
- HARBERGER, A. C. (1954): «Monopoly and resource allocation», *American Economic Review*, 44:2.
- JENNY, F. (2007): «Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence», *Concurrences*, 4.
- MARSHALL, A. [(1890) 2005]: *Principios de Economía*, Fundación ICO.
- MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ, A. (2006): *El abuso de posición de dominio*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.
- MUND, V. A. (1948): *Open Markets*, Harper & Brothers.
- NEUMANN, M., y WEIGAND, J. (2004) (eds.): *The International Handbook of Competition*, Edward Elgar.
- PEDRAZ, M., y ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2014) (coord.): *El Derecho europeo de la Competencia y su aplicación en España*, Fundación Wolters Kluwer.
- PETITBÒ, A. (2013): «La defensa de la competencia. Derecho y economía», en RUIZ OJEDA (dir.) (2013).
- (2014): «Los cárteles y la ruptura de la competencia. La utilidad del análisis económico. Un ejemplo de monosopnio», en PEDRAZ, M., y ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2014).

- PINDYCK, R. S., y RUBINFELD, D. L. [(1995) 2001]: *Microeconomics*, 5.ª ed., Prentice Hall.
- PIOTROWSKI, R. (1933): *Cartels and Trusts: Their Origin and Historical Development from the Economic and Legal Aspects*, George Allen & Unwin.
- POSNER, R. A. [(1972) 1986]: *Economic Analysis of Law*, 3.ª ed., Little, Brown and Co.
- REY, P. *et al.* (2006): «Un enfoque económico del art. 82», en MARTÍNEZ LAGE y PETITBÒ (2006).
- RINCÓN, A. (2013): *¿Qué es un cártel para la CNC?*, Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia, núm. 32/2013, CEU Instituto Universitario de Estudios Europeos.
- ROWLEY, Ch., y RATHBONE, A. (2004): «Political Economy of antitrust», en *Neumann, Weigand* (2004).
- RUIZ OJEDA, A. (dir.) (2013): *Fundamentos de regulación y Competencia. El Diálogo entre Derecho y Economía para el Análisis de las Políticas Públicas*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Iustel.
- SCHERER, F. M., y ROSS, D. (1990): *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd. ed., Houghton Mifflin Co.
- SUSLOW, V. Y. (2001): «Cartel contract deviation: empirical evidence from international cartels», *Working Paper*, No. E-88-7, Hoover Institution, October.
- TIROLE, J. [(1988) 1990]: *La teoría de la organización industrial*, Ariel Economía.