

# ¿Colusores por naturaleza?

## Sobre cómo el *Behavioral Antitrust* puede ayudar a disuadir la cartelización de los mercados



**MARIO FERNANDO DRAGO ALFARO**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Profesor de Análisis Psicológico del Derecho de la Universidad del Pacífico.

**CHIARA PESCKETTO BUSTAMANTE**

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.



### SUMARIO:

- I. ¿Somos naturalmente cooperativos colusores?
- II. Sobre por qué los carteles perjudican la libre competencia: una pequeña introducción al problema que queremos enfrentar.
- III. Situación actual en la detección de carteles.
- IV. Propuestas desde el *Behavioral Antitrust* para disuadir la formación de carteles de manera más efectiva.
  1. Somos una especie cooperadora.
  2. La paradoja de la decisión y la búsqueda de la estabilidad emocional.
    - 2.1 En búsqueda de la comodidad: evitar el estrés a través de decisiones por default.
    - 2.2 Somos colusores, no delincuentes: disonancia cognitiva y normas sociales como justificación para integrar un cartel.
    - 2.3 Nuestra necesidad por pertenecer y colaborar.
- V. A modo de conclusión: algunas aproximaciones de la Economía del Comportamiento para prevenir la formación de carteles.

**RESUMEN:**

La persecución de los cárteles se basa en las premisas de la Economía neoclásica sobre el comportamiento humano. Esto puede verse no sólo en la definición común de racionalidad (la cual asume que las empresas son maximizadoras de beneficios, capaces de realizar un análisis de costo-beneficio para calcular la utilidad esperada de la conducta dada la probabilidad de detección y sanción), sino también en las estrategias desarrolladas por las autoridades para luchar contra los cárteles. Las autoridades buscan a menudo el nivel óptimo de sanciones considerando que la violación daña a terceros. También buscan una disuasión general de cárteles en lugar de una disuasión específica.

Estableciendo una multa "óptima", la teoría neoclásica predice que también habrá un nivel óptimo de cartelización en el mercado. Sin embargo, vemos que cada año las multas y las sentencias sancionatorias aumentan, y a pesar de los esfuerzos de la autoridad (a través de programas de clemencia, por ejemplo), está aumentando el número de acuerdos ilegales, así como también son cada vez más sofisticados.

Teniendo en cuenta estos obvios problemas de aplicación, la Economía Conductual y la Psicología se destacan como los aliados futuros de las autoridades para la persecución de los cárteles. Si las autoridades pueden anticipar que la manera en que los individuos decidirán, sus emociones y prejuicios, ellos serán capaces de reconocer, en cada mercado, las estrategias más efectivas para detener las conductas ilegales y prevenir los efectos que puedan afectar el bienestar de los consumidores.

**Palabras clave:** Mario Drago; Chiara Pescetto; Economía Conductual; Derecho de la Libre Competencia; Cárteles; Cooperación; Heurísticas y Sesgos.

**ABSTRACT**

Prosecution of cartels is based on the neoclassical economics assumptions about human behavior. This can be seen not only in the common definition of rationality (which assumes that the companies are profit maximizers, capable of performing cost-benefit analysis to calculate the expected utility of the conduct given the probability of detection and sanction), but also in the strategies developed by the authorities to fight against cartels. Authorities often seek for the optimal level of punishments considering the violation's expected net harm to third parties. They also search for a general deterrence of cartels instead of specific deterrence.

By establishing an "optimal" fine, the neoclassical theory predicts that there will be also an optimal level of cartelization in the market. However, we see that every year the fines and jail sentences increase, and despite the efforts of the authority (through leniency programs, for example), the number of illegal agreements is increasing, as well as they are becoming more sophisticated.

Considering these obvious enforcement problems, Behavioral Economics and Psychology stand out to be the authorities' future allies for the prosecution of cartels. If authorities can anticipate the way individuals decide, their emotions and biases, they will be able to recognize, in each specific market, the most effective strategies to stop illegal conducts and prevent anti-competitive effects that may affect consumer welfare.

**Keywords:** Mario Drago; Chiara Pescetto; Behavioral Law and Economics; Antitrust; Cartels; Cooperation; Heuristics and Biases.

*"In retrospect, are there any aspects of your extensive scholarship about which you now have serious misgivings? If so, what are they?"*

*"Posner: Excessively conservative, and insufficiently attentive to psychology and to the politicization of much of law, and an excessive faith in the economic analysis of law, and insufficient interest in facts and the real-world context of litigation".*

Entrevista al Juez Richard Posner  
Diciembre de 2014<sup>1</sup>

Las ideas contenidas en el presente artículo pueden resultar controversiales en el marco de un Derecho de la Libre Competencia donde se presumen la racionalidad de los agentes y la existencia un objetivo claro por parte de los competidores: monopolizar el mercado.

Nuestras experiencias y las de las personas que colaboraron con nosotros en nuestra investigación sobre el comportamiento de los agentes en el mercado, no obstante, nos llevan a considerar que quizá la dificultad para combatir la formación de cárteles encuentra una de sus causas

1. Cfr.: <<http://concurringopinions.com/archives/2014/12/on-legal-education-legal-scholarship-more-questions-for-judge-posner.html>>.

en la propia aproximación que las normas y autoridades tienen respecto de cuáles son los factores que incentivan a las personas primero concertar y, más adelante, a romper (o no) los acuerdos colusorios (p.e. a través de un programa de clemencia).

El presente artículo, en ese sentido, presenta nuestra hipótesis sobre lo que creemos es el error fundamental de las agencias de competencia al momento de enfrentar los carteles: la gente no es naturalmente competitiva, sino colaborativa. Esperamos que este artículo despierte el interés por investigar aún más respecto a la razonabilidad de nuestras conclusiones y abrir un debate que genere una aproximación más efectiva a la lucha contra los carteles.

### I. ¿Somos naturalmente cooperativos colusores?

John Nash y tres amigos tomaban cervezas en un bar de Princeton cuando un grupo de chicas entró al local, destacando entre ellas una bella rubia sobre la cual todos mostraron interés. Mientras los muchachos se armaban de valor para acercarse, discutían la estrategia "económica" que utilizarían para conocerla: "Recuerda las lecciones de Adam Smith, el padre de la economía moderna: en competencia, la ambición individual sirve al bien común", señala uno de los muchachos. En el fondo, lo que el amigo de Nash estaba proponiendo era que todos compitan por la rubia.

Sin embargo, en un momento de brillantez, Nash se opuso a esa estrategia y les describió a sus amigos una idea que luego se convertiría en la teoría que le otorgaría un Premio Nobel de Economía, "el equilibrio de Nash":

*"Adam Smith fracasó (...) Si todos fuéramos por ella nos estorbaríamos y al final ninguno la tendría, entonces iríamos por sus amigas, pero nos darían la espalda, pues a nadie le gusta ser segunda opción. Pero qué tal si nadie va por la rubia. No nos estorbaríamos, no insultaríamos a las demás chicas y ganamos todos (...) Smith decía que lo más productivo es que todos en el grupo vieran por sí mismos, ¿cierto? Eso está mal. Le falta algo. Porque lo que es lo más productivo es que todos en el grupo vieran también para ellos y para el grupo".*

Esta conversación, lejos de reflejar fielmente un hecho histórico, pertenece a la película "Una Mente Brillante"<sup>2</sup>, y ciertamente, no explica de forma precisa el "equilibrio por Nash". Pero esto no es lo importante. La licencia literaria del filme nos sirve en realidad como entrada para plantear una discusión respecto a la veracidad de una de las premisas en las que se sustenta el Derecho de la Libre Competencia: la naturaleza competitiva del ser humano. ¿Es el hombre naturalmente competitivo o, por el contrario, es un ser primordialmente cooperativo?

Nuestro planteamiento (polémico y abierto a mayores estudios, ciertamente) es que, como seres eminentemente sociales, los humanos tenderemos a cooperar antes que a competir. Esta idea no entra en contradicción con la de un mercado competitivo. De hecho, coincidimos con Richman<sup>3</sup> cuando señala que "el mercado, con la especialización y la división de tareas, es el epitome de la cooperación. Una persona hace zapatos, otra hace ropa. Luego intercambian sus productos. ¿Qué puede ser más cooperativo? Las sociedades pre-industriales eran menos cooperativas en el sentido de que sus círculos de confianza

2. En inglés: *A Beautiful Mind*. 2001. Donde se narra la vida personal de Nash.

3. RICHMAN, Sheldon. "Competition Is Cooperation - Anti-Capitalism Ushers in the Law of the Jungle". Disponible en: <<http://fee.org/freeman/detail/competition-is-cooperation>>.

Traducción libre del siguiente texto: "The marketplace, with its specialization and division of labor, is the epitome of cooperation. One person makes shoes; another makes clothes. Then they exchange their products. What could be more cooperative? Pre-industrial societies were less cooperative in the sense that the circles of trust were small. With modern capitalism, they extend to distant and perfect strangers. Indeed, cooperation is global".

*eran pequeños. Con el capitalismo moderno, es posible llegar a personas extrañas y distantes. En efecto, la cooperación es global*<sup>4</sup>.

El problema es que si bien esta naturaleza cooperativa del hombre genera beneficios tales como los planteados por Richman, también puede traer como consecuencia la distorsión del mercado a través de comportamientos socialmente perjudiciales, como por ejemplo los acuerdos colusorios.

Tomando ello en cuenta, el presente artículo propone la incorporación de variables psicológicas en los modelos económicos del comportamiento humano sobre los cuales se basa la aplicación de las políticas de Libre Competencia. Así, planteamos que una prevención efectiva de formación de carteles requiere necesariamente de la adopción de una visión más realista sobre la manera de pensar de las personas.

El punto 2 de nuestro esquema de análisis muestra de forma genérica la aproximación actual que las políticas de libre competencia tienen para la disuasión de acuerdos colusorios en el mundo. En el punto 3, identificamos los resultados obtenidos como consecuencia de la ejecución de dichas políticas y el problema que aún subyace: los acuerdos colusorios no son efectivamente disuadidos. En el punto 4, desarrollamos una aproximación que explica, desde el punto de vista de la Economía del Comportamiento, las razones por las cuales los competidores tienden a coludir en el mercado. Asimismo, proponemos de forma general, una serie de potenciales aproximaciones al problema que permitan disuadir a los individuos de coludir, a partir del entendimiento de la forma de pensar de las personas. El punto 5 contiene nuestras conclusiones.

## II. SOBRE POR QUÉ LOS CARTELES PERJUDICAN LA LIBRE COMPETENCIA: UNA PEQUEÑA INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA QUE QUEREMOS ENFRENTAR

El objetivo fundamental de una política de libre competencia es proteger el proceso competitivo y, en última instancia, *“la maximización de la satisfacción que quiere el consumidor”*<sup>5</sup>. La libre competencia defiende un gran juego en el que los agentes económicos son incentivados a correr por su propio camino en beneficio de la sociedad, motivados por la obtención del premio final: monopolizar el mercado.

Es por ello que Conrath señala que *“la más grande amenaza para la competencia proviene de los acuerdos de carteles entre competidores. Si las firmas que debieran estar compitiendo unas con otras, a cambio, acuerdan no competir, tendrán la capacidad de elevar los precios a los consumidores, reducir el monto de productos que venden y ganar utilidades como si fueran un monopolio”*<sup>6</sup>.

Para procurar que los agentes no acuerden actuar como un monopolio de manera artificial, las autoridades deben ejecutar políticas de disuasión ex ante y ex post sobre la base de presupuestos respecto del comportamiento de las empresas en el mercado. Se asume, en principio, que los agentes toman decisiones racionales en el sentido clásico del término:

*“El Derecho de Libre Competencia actual – probablemente más que cualquier otra área legal– está basado en la tradicional asunción económica de que los participantes del mercado son tomadores racionales de decisiones. Las firmas productoras cuya conducta es el enfoque de campo son asumidas como competidores perfectamente racionales que toman decisiones estrictamente racionales y*

- 
4. BORK, Robert H. *“La regla de la razón y el concepto per se: la fijación de precios y el reparto de mercados”*. En: THEMIS-Revista de Derecho N° 47. Lima: 2003, p. 53.
  5. CONRATH, Craig W. *“Guía práctica para la ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición”*. Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 1998, p. 39.

*cuyas decisiones buscan siempre y solamente la maximización de sus utilidades*<sup>6</sup>.

Bajo la premisa de que las firmas son intrínsecamente maximizadoras de utilidades, las autoridades de competencia suelen asumir que la manera más efectiva de enfrentar los acuerdos colusorios es a través de la aplicación de teoría económica clásica, en donde típicamente se considera que los potenciales infractores serán disuadidos de realizar acciones ilegales si el costo esperado de sus actos excede a los beneficios esperados<sup>7</sup>:

*"Incluso alguna de la literatura de la economía del comportamiento asume que las teorías de elección racional pueden ser más apropiadas para predecir el comportamiento corporativo en el mercado, dado que las compañías irracionales (p.e. aquellas que no maximizan utilidades) presuntamente son expulsados del mercado por los competidores maximizadores de utilidades racionales*<sup>8</sup>.

Se presume que los infractores realizarán por lo menos un cálculo básico de los costos y beneficios derivados de sus acciones<sup>9</sup> y, si el

resultado neto es negativo, preferirán no realizar la actividad ilegal.

En ese sentido se pronuncia Stucke<sup>10</sup>, cuando señala que el pensamiento económico neoclásico sobre persecución de carteles se basa en tres presunciones básicas. En primer lugar, que la disuasión general de carteles es el objetivo de las autoridades de competencia. Segundo, que los agentes económicos actúan como maximizadores de utilidades. Así, estos analizan si las ganancias que les podría traer la participación en un cartel son mayores que la probabilidad de ser atrapados y la sanción correspondiente. Todo agente racional haría una ponderación de este tipo antes de tomar una decisión, una simple evaluación de pros y contras. Finalmente, se asume que para lograr una disuasión óptima de carteles se debe imponer una multa óptima, que sea igual al daño que trae la infracción a la competencia dividida entre la probabilidad de detección y prosecución exitosa.

Con esto coinciden Ginsburg y Wright al afirmar que: *«las leyes de competencia y las agencias que las aplican han seguido en gran medida el conocimiento convencional de que la principal cura*

6. TOR, Avshalom, "Understanding Behavioral Antitrust". En: Texas Law Review Vol. 92, 2010, p. 582. Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 1446. Disponible en: <<http://www.texasrev.com/wp-content/uploads/Tor.pdf>>.

Traducción libre del siguiente texto: "Present-day antitrust –perhaps more than any other legal are – is based on the traditional economic assumption that market participants are rational decision makers. The producer firms whose conduct is the focus of the field are assumed to be perfectly rational competitors that make strictly rational judgments and whose decisions seek always and only to maximize profits".

7. Ver, por ejemplo: SHAVELL, Steven. "Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent". En: Columbia Law Review N° 85. 1985, p. 1235.

8. STUCKE, Maurice E. "Behavioral Economics at the Gate: Antitrust in the Twenty-First Century". En: Loyola University Chicago Law Journal Vol. 38. Chicago: 2007, p. 515. Paper No. 12. Disponible en: <<http://www.luc.edu/media/lucedu/law/students/publications/lj/pdfs/Stucke.Offline.3.0.pdf>>.

Traducción libre del siguiente texto: "Even some of the behavioral economics literature assumes that the rational choice theories may be better suited to predict corporate behavior in the marketplace, since irrational companies (i.e., those that do not maximize profits) presumably are driven out by their rational profit-maximizing competitors".

9. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; y, Richard THALER. "A behavioral approach to Law and Economics". En: Stanford Law Review. Julio de 1998, p. 1538. Disponible en: <[http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/236.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/236.pdf)>.

10. STUCKE, Maurice E. "The Implications of Behavioral Antitrust". University of Tennessee Legal Studies Research Paper N° 192. Tennessee, 2012, p. 10. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2109713>>.

para la disuasión insuficiente de carteles, como los de concertación de precios, es la de aumentar las multas corporativas<sup>11</sup>.

Lo que se espera a partir de la aplicación de este tipo de medidas, en base a la teoría económica neoclásica, es que un agente racional sea consciente de que los riesgos que enfrenta al formar parte de un cartel son demasiado altos y decida que no es conveniente ejecutar la conducta. Si los individuos, y por consiguiente las firmas conformadas por individuos, son intrínsecamente maximizadores de utilidades, una multa demasiado alta afectaría significativamente su decisión de concertar.

La consecuencia de aplicar multas óptimas debería ser, naturalmente, una disminución del número de carteles. Es decir, a mayores multas, menos carteles. Al respecto, Ginsburg y Wright complementan su opinión de la siguiente manera:

*“Si la mejor manera de disuadir la concertación de precios es aumentar las multas, entonces deberíamos esperar que el número de casos de carteles se reduzca al aumentar*

*las multas. En este punto, sin embargo, no existe evidencia que demuestre que una multa corporativa más alta va a disuadir la concertación de precios más efectivamente<sup>12</sup>.*

A la fecha, la autoridad estadounidense de Libre Competencia ha impuesto multas de hasta US\$ 500 millones (casos AU Optronics Corporation of Taiwan – 2012; y, F. Hoffmann-La Roche, Ltd. – 1999)<sup>13</sup>, mientras que en Europa las multas han superado los € 700 millones (en contra de Saint Gobain – 2008; y, Phillips – 2012)<sup>14</sup>.

A esto se suma una figura que la DOJ de Estados Unidos ha catalogado como *“la herramienta de investigación más efectiva<sup>15</sup>”*: los programas de exoneración de sanción (*Leniency Programs*), cada vez más populares en América Latina. De acuerdo a HAMMOND, la mayoría de *“las más grandes investigaciones internacionales han avanzado debido a la cooperación de solicitantes del programa de exoneración<sup>16</sup>”*.

El problema es que pese a estos “desincentivos racionales” para coludir adoptados por la mayor parte de legislaciones del mundo (se castiga

11. GINSBURG Douglas H. y WRIGHT, Joshua D. “Antitrust Sanctions”. En: *Competition Policy International*, Vol.6, Num. 2, 2010, p. 4. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1705701>>.

Traducción libre del siguiente texto: *“Antitrust laws and enforcement agencies have largely followed the conventional wisdom that the primary cure for insufficient deterrence of hard-core cartel activity, such as price-fixing, is to increase corporate fines”*.

12. *Ibid.*, p. 12.

Traducción libre del siguiente texto: *“If the best way to deter price-fixing is to increase fines, then we should expect the number of cartel cases to decrease as fines increase. At this point, however, we do not have any evidence that a still higher corporate fine would deter price-fixing more effectively”*.

13. Cfr.: <<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/sherman10.html>>.

14. Cfr.: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>.

15. SD Hammond, Deputy Assistant Attorney General for Criminal Enforcement, US DOJ, Antitrust Division, *“Recent Developments, Trends, and Milestones in the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program”*. Speech at the ABA Section of Antitrust Law’s 56th Annual Spring Meeting (26 March 2008). Citado por STUCKE, Maurice E. *“Am I a Price Fixer? A Behavioral Economics analysis of cartels”*. En: *Criminalising cartels: a critical interdisciplinary study of an international regulatory movement*. University of Tennessee Legal Studies Research Paper N° 97. 2010, p. 264. Disponible en: <<http://www.emmanuelcombe.org/pricefixer.pdf>>.

Traducción libre del siguiente texto: *“most effective investigative tool”*.

16. *Loc. Cit.*

Traducción libre del siguiente texto: *“major international investigations have been advanced through the cooperation of a leniency applicant”*.

duramente su existencia a través de multas, sanciones penales, medidas correctivas y desprestigio público de las empresas), los carteles continúan siendo un problema significativo<sup>17</sup>.

### III. SITUACIÓN ACTUAL EN LA DETECCIÓN DE CARTELES

La mejor manera de tener una idea respecto a la efectividad de una política pública requiere de la evaluación de sus resultados. El problema es que la única data disponible es aquella que proviene de los carteles "descubiertos". En ese sentido, es imposible establecer qué tan frecuentes son los acuerdos colusorios y qué tan disuasiva es una medida en términos estadísticos<sup>18</sup>.

*"Los estudios empíricos de los carteles detectados nunca son suficientes para relevar la sofisticación de la organización de carteles dado que los más exitosos están tan bien organizados que es poco probable que sean detectados; además, debido a la política de confidencialidad, los detalles de la organización de los carteles detectados, son raramente divulgados"<sup>19</sup>.*

Lo cierto es que el número de carteles parece no disminuir pese al aumento de las sanciones. Por el contrario, los acuerdos colusorios se tornan aún más sofisticados y difíciles de detectar para la autoridad.

Como hemos mencionado, la teoría económica neoclásica sugiere que el aumento de las multas debería traer consigo una reducción paralela de la formación de los carteles:

*"La imposición de multas disuasorias que sean proporcionadas a la violación de la ley de competencia es uno de los principales objetivos los regímenes de multas para las violaciones a la ley de competencia. Para poder disuadir exitosamente las actividades ilegales, la cuantía de las multas se determinará considerando los beneficios esperados de la actividad ilegal y la probabilidad de detección"<sup>20</sup>.*

No obstante, la evidencia nos demuestra que esto no es así. Por el contrario, "a pesar de las altas y crecientes multas corporativas, los carteles –particularmente los carteles internacionales, siguen

17. Ver, por ejemplo: COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance; y, LEGAL, Renaud LEGAL. "Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union". BEER Paper N° 12. 2008. Disponible en: <<http://www.coleurope.be/content/studyprogrammes/eco/publications/BEER/BEER12.pdf>>. CONNOR, John M., y LANDE, Robert H. "Optimal Cartel Deterrence: An Empirical Comparison of Sanctions to Overcharges". 2011. Disponible en: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1917657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1917657)>. ORMOSI, Peter L. "How Big Is a Tip of the Iceberg? A Parsimonious Way to Estimate Cartel Detection Rate". CCP Working Paper N° 11-6. 2011. Disponible en: <[http://competitionpolicy.ac.uk/en\\_GB/c/document\\_library/get\\_file?uuid=186cc0ec-a536-406d-9792-603f4f6ed95c&groupId=107435](http://competitionpolicy.ac.uk/en_GB/c/document_library/get_file?uuid=186cc0ec-a536-406d-9792-603f4f6ed95c&groupId=107435)>. Citados por: SOKOL, Daniel. "Cartels, Corporate Compliance and what practitioners really think about enforcement". En: Antitrust Law Journal. Vol. 78. 2012, p. 202. Disponible en: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1307&context=facultypub>>.

18. HARRINGTON JR, Joseph E. "Optimal Corporate Leniency Programs". En: The Journal of Industrial Economics N° 56. 2008, pp. 215,238.

19. CHEN, Zhijun. "Cartel Organization and Antitrust Enforcement". CCP Working Paper N° 08-21. 2008, p. 1. Consulta 21/05/15. <<http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8256111/CCP+Working+Paper+08-21.pdf>>.

Traducción libre del siguiente texto: "Empirical studies from the cracked cartels are never sufficient to disclose the sophistication of cartel organization since the most successful cartels are so well-organized that they are unlikely to be detected; moreover, due to confidentiality policy, the details on the organizational form of cracked cartels are rarely disclosed".

20. SECRETARIADO DE LA OCDE. Sesión I: Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia. Lima. 2013, p. 36. Disponible en:

<<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF%282013%294/REV1&docLanguage=Es>>.

siendo un problema sustancial, y la reincidencia entre los fijadores de precios no es poco frecuente<sup>21</sup>.

De esta manera, la data nos está indicando dos cosas. Por un lado, que las multas a nivel global son cada vez más altas. Por el otro, que el aumento de las mismas no indica una reducción en la comisión de estas conductas.

La estadística muestra que las multas a nivel mundial superan los 64 mil millones de dólares desde 1990<sup>22</sup>. En efecto, de acuerdo a un informe realizado por la firma legal inglesa Allen y Overy<sup>23</sup>, las multas registradas por la detección

de carteles siguen yendo en aumento, llegando a cifras nunca antes alcanzadas. Ver figura al pie de la página.

Sólo en los Estados Unidos, las multas corporativas han crecido unas cien veces, desde US\$ 480 mil en promedio en la década de 1990, hasta US\$ 44 millones en la actualidad.

Lo mismo sucede en Europa, donde el monto acumulado de las multas pasó de ser de € 500 millones en los primeros años de la década de 1990, a casi € 9000 millones en los últimos cinco años<sup>24</sup>:



Fuente: Global Cartel Enforcement: 2014 Year in Review (ALLEN & OVERY)

21. GINSBURG Douglas H. y WRIGHT, Joshua D. *Op. Cit.*, p. 4.

Traducción libre del siguiente texto: "Despite the large and ever-increasing corporate fines, cartels –particularly international cartels– remain a substantial problem, and recidivism among pricefixers is not infrequent".

22. SECRETARIADO DE LA OCDE. *Op. Cit.*, p.5

"Para ilustrar la importancia financiera de las multas, las multas a los cárteles en el mundo suman alrededor de 64 mil millones de dólares desde 1990. Una de las muchas cuestiones que muchas jurisdicciones han analizado es la de cómo establecer las multas; las respuestas adoptadas tienen efectos en los incentivos para que las empresas y su personal cumplan con la ley de defensa de la competencia".

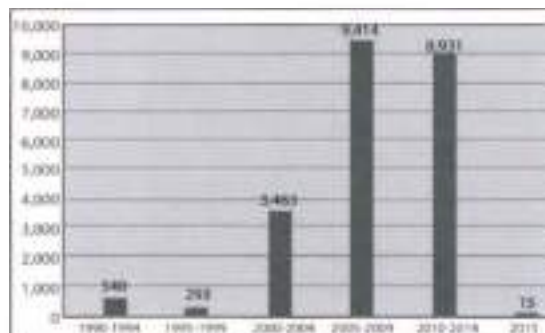
23. ALLEN & OVERY. *Global Cartel Enforcement: 2014 Year in Review*. 2014, p.3. Disponible en: <<http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/GlobalCartelEnforcement.pdf>>.

24. GINSBURG Douglas H. y WRIGHT, Joshua D. *Op. Cit.*, p. 4.

"Tanto en Estados Unidos como en la UE, la multa corporativa promedio se ha incrementado dramáticamente en los



Year	Amount in €
1990 - 1994	539 691 550
1995 - 1999	292 838 000
2000 - 2004	3 462 664 100
2005 - 2009	9 414 012 500
2010 - 2014	8 930 678 674
++2015++	14 960 000
Total	22 654 844 824



Fuente: European Commission Cartel Statistics (Disponible en: <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>)

El hecho que las multas hayan aumentado de la forma en que lo han hecho, y que los carteles continúen formándose, pone de manifiesto que la política disuasiva utilizada no está siendo lo suficientemente disuasiva.

Hay que tomar en cuenta que “en muchas jurisdicciones, las multas siguen siendo uno de los únicos instrumentos de castigo en el arsenal del organismo encargado de la competencia, porque los daños y perjuicios a terceros no son cobrados y la ejecución penal, o bien todavía no está incluida en la legislación correspondiente, o no se han tomado medidas penales”<sup>25</sup>. Este es el caso de

Latinoamérica, donde los niveles de disuasión son incluso menores a los de Estados Unidos y la Unión Europea.

Las multas en los países latinoamericanos son bajas si se les compara con los casos previamente discutidos. Sin embargo, esto no significa que las multas no hayan aumentado comparativamente.

Por ejemplo, en el caso de Brasil, el Conselho Administrativo de Defesa Económica –CADE, sancionó a empresas por US\$ 6.9 millones en el año 2000, a comparación de los US\$ 1847.8 millones en sanciones en el año 2010<sup>26</sup>.

Tabla 1: Multas a los cárteles por año país de multa, en una selección de jurisdicciones de América Latina 1999-2010 (millones de US\$)

País	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total
Argentina	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	95.6	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	95.6
Brasil	0.0	6.9	7.1	2.9	0.4	1.8	84.1	0.5	328.5	70.9	103.3	1847.8	2454.1
Chile	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	4.7	0.3	17.4	1.1	0.1	23.7
Colombia	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	1.2	2.1	2.0	7.3	12.6
Costa Rica	0.1	0.1	0.0	0.3	0.2	0.1	0.4	0.07	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	1.3
El Salvador	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	1.7	N.d.	N.d.	N.d.	1.7
Honduras	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.3	0.0	8.6	8.7
México	0.0	0.1	0.7	2.0	0.0	0.9	0.2	0.0	0.3	0.0	27.9	20.9	53.01
Perú	N.d.	N.d.	N.d.	N.d.	0.1	0.1	0.1	0.1	0.1	3.1	3.1	3.1	9.7
Total	0.1	7.1	7.8	5.2	0.7	2.9	180.4	5.3	332.1	93.8	137.4	1887.9	2660.8

Fuente: Secretariado de la OCDE. Sesión I: Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia.

últimos 15 años, la UE ha pasado de imponer multas corporativas promedio de EUR 2 millones en 1990-94, a EUR 46 millones en 2005-09; la multa corporativa promedio en EEUU ha crecido un centuplo, de \$ 480,000 durante 1990-94, a \$ 44 millones recientemente”.

Traducción libre del siguiente texto: “In both the United States and the EU, the average corporate fine has increased dramatically over the last 15 years. The EU has gone from collecting an average corporate fine of EUR 2 million in 1990-94, to EUR 46 million in 2005-09; U.S. average corporate fines have grown almost a hundredfold from \$480,000 during 1990-94, to \$44 million more recently”.

25. SECRETARIADO DE LA OCDE. Op. Cit., p. 7.  
26. *Ibid.*, p. 8.

De los datos obtenidos puede concluirse que solamente en dos años, las multas en Latinoamérica han aumentado en casi 2000 millones de dólares, pese a que los carteles descubiertos y sancionados serían realmente una minoría con respecto al universo de acuerdos anticompetitivos que continúan funcionando a las espaldas de las autoridades.

Así, la incapacidad de la política de competencia mundial para disuadir carteles pese al importante aumento en la severidad de las sanciones, indicaría presumiblemente que la aproximación al problema por parte de las autoridades no está siendo efectiva. Como explicaremos a continuación, consideramos que parte de este fracaso tiene relación con el hecho que la regulación de Libre Competencia presupone que los agentes participantes del mercado actúan de forma racional (según los estándares de la Economía tradicional), dejando de lado aspectos psicológicos que colaborarían con el entendimiento del mercado y por ende, con la proposición y ejecución de políticas más efectivas.

#### IV. PROPUESTAS DESDE EL BEHAVIORAL ANTITRUST PARA DISUADIR LA FORMACIÓN DE CARTELES DE MANERA MÁS EFECTIVA

Como bien señalan PARISI y SMITH, "los incentivos importan y conducen la conducta humana, sin embargo los incentivos son muchas veces más que una simple ganancia monetaria"<sup>27</sup>. Cuando hablamos de Derecho de la Libre Competencia, solemos identificar a las empresas como

los "agentes del mercado", con objetivos muy claros: maximizar utilidades. Así, resulta casi inconcebible, dentro de la libre competencia, presumir que a un agente podría no interesarle principalmente la generación de riqueza.

El problema es que la visión clásica del Derecho de Libre Competencia "nunca fue concebida inductivamente a través de un examen empírico riguroso (...) En cambio, las teorías de la decisión racional derivan de deducciones respecto a un hipotético mercado perfectamente competitivo, que asume transparencia de precios, curvas de demanda altamente elásticas, entradas y salidas fáciles, y productores y consumidores informados maximizadores de utilidades"<sup>28</sup>.

Así, si bien esta simplificación del mercado resulta de gran utilidad para economistas y abogados, suele llegar a un punto en el que se olvida que estas empresas están conformadas por individuos, los cuales pueden no solo tener intereses contrapuestos, sino encontrarse influenciados por preferencias endógenas, sesgos y heurísticas.

Al respecto Drago y Rojas<sup>29</sup> señalan que las heurísticas son procesos mentales que simplifican la toma de decisiones a través de atajos que ahorran los recursos mentales y permiten elegir entre alternativas complejas.

La gente se basa en un número limitado de principios heurísticos que reducen la compleja tarea de estimar probabilidades y predecir valores, permitiendo así la realización de operaciones de

27. PARISI, Francesco y Vernon SMITH, "El Derecho y la Economía de los comportamientos irracionales. Una introducción". En: IUS ET VERITAS 35. Lima, p. 18.

28. STUCKE, Maurice E. "Behavioral Economics at the Gate: Antitrust in the Twenty-First Century". Op. Cit., p. 534.

Traducción libre del siguiente texto: "(...) the Chicago School's theories were never conceived inductively through rigorous empirical testing (...) Instead, their rational choice theories were derived deductively from the hypothetical of a perfectly competitive market, which assumes transparent prices, highly elastic demand curves, easy entry and exit, and informed profitmaximizing producers and consumers".

29. DRAGO, Mario F. y ROJAS, Carlos, "Derecho y Economía Conductual en Políticas Públicas de prevención de riesgos: el caso del terremoto de Pisco". Tesis para optar por el título de abogado. PUCP. 2011, p. 57.

juicio mucho más sencillas. Por lo general, estas heurísticas son muy útiles, pero a veces llevan a errores severos y sistemáticos<sup>30</sup>.

Las personas cuentan con limitada capacidad para procesar información, por lo que al momento de tomar una decisión, tienen que descartar algunos elementos relacionados a sus alternativas, de tal manera que se quedan solamente con algunos<sup>31</sup>.

De esta forma, los juicios del ser humano no se hacen con toda la información disponible a partir de las estadísticas, sino con una data de validez limitada<sup>32</sup>, representada por lo que llega a la mente de mejor manera<sup>33</sup>.

Ahora bien, "cada heurística está asociada a un set de sesgos, que son las desviaciones de la Teoría de la Decisión Racional normativa y que sirven como punto de partida para las mencionadas

heurísticas. Los sesgos, en realidad, no son otra cosa que prejuicios, tendencias, limitaciones o predisposiciones (causados por errores de percepción, experiencia, emociones, etcétera) que afectan la visión integral del hombre acerca de la realidad, y que lo llevan a tomar decisiones que no concuerdan con el análisis "racional" de la teoría clásica<sup>34</sup>.

Si bien existe un largo número de sesgos y heurísticas descubiertos, nuestro objetivo en este trabajo no es cuestionar los conceptos tradicionales de racionalidad e individualismo que subyacen al Derecho de la Libre Competencia. Existe abundante bibliografía que defiende la racionalidad acotada del ser humano y las razones por las cuales deben incorporarse conceptos psicológicos en los modelos del comportamiento (incluso desde el punto de vista del Derecho y las políticas públicas<sup>35</sup>). De hecho, damos esta discusión por superada y nos enfocamos en hallar las posibles razones que motivan la colusión

30. TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel. "Introduction". En: *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 3. Por ejemplo, podríamos asumir que para una persona común y corriente, decidir qué carro comprar puede ser una alternativa compleja en la medida que los atributos comparables de cada autos son demasiados (color, torque, costo de combustible, km/galón, repuestos, prestigio, etcétera), por lo que la persona comúnmente elegirá sólo algunos atributos a los que les asigna mayor valor y comparará sus alternativas en base a ellos.
31. TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel. "Extensional versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment". En: GILOVICH, Thomas; Dale GRIFFIN; y, KAHNEMAN, Daniel. *Heuristics and Biases*. Cambridge: Cambridge University Press. Segunda Edición. 2003, p. 20.
32. TVERSKY, Amos; y, KAHNEMAN, Daniel. "Introduction". *Op. cit.*, p. 3.
33. JOLLS, Christine. "Behavioral Law and Economics". Massachusetts: National Bureau of Economic. Enero de 2007, p. 13.
34. DRAGO, Mario y ROJAS, Carlos. *Op. Cit.*, p. 58.
35. Ver, por ejemplo, THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R. "Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness". Nueva York: Penguin Books, 2009. EARL, Peter. "Behavioural Economics and the Economics of Regulation". Briefing paper prepared for the New Zealand Ministry of Economic Development. Diciembre del 2005. KOROBIKIN, Russell y ULEN, Thomas S. "Law and behavioral science: removing the rationality assumption from Law and Economics". En: California Law Review. Vol. 88. Num. 4. California, julio 2000. CAMERER, Colin, et. al. "Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for Asymmetric Paternalism". En: University of Pennsylvania Law Review. Vol. 151. Num. 3. Pennsylvania, enero 2003. JOLLS, Christine, et. Al. "A Behavioral Approach to Law and Economics". En: Stanford Law Review. Vol. 50. Num. 5. Stanford, mayo 1998. GREEN, Donald y SHAPIRO, Ian. "Pathologies of Rational Choice Theory: A critique of Application in Political Science". New Haven: Yale University Press, 1994.

Además, para mayores ejemplos, ver: ARIELY, Dan. "Predictably Irrational. The hidden forces that shape our decisions". Edición revisada y expandida. Nueva York: Harper Perennial, 2009. BRAFMAN, Ori y BRAFMAN, Rom. "Sway - The Irresistible pull of irrational behavior". Nueva York: Broadway Books, 2008. PARISI, Francesco y SMITH, Vernon L. (editores). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. California: Stanford Economics and Finance, 2005. DIAMOND, Peter y VARTIAINEN, Hannu (Editores). "Behavioral Economics and its applications". Princeton: Princeton University Press, 2007.

entre competidores, así como el planteamiento de propuestas de solución desde la Economía del Comportamiento que podrían servir como un marco para la generación de políticas ex ante de disuasión de carteles.

Ciertamente, no pretendemos agotar la discusión sobre todos los posibles factores psicológicos y económicos que podrían afectar la decisión de los agentes en el marco de una colusión. Nuestro objetivo es enfocarnos en la tendencia evolutiva del ser humano a cooperar con sus pares, incluso en situaciones que comúnmente son percibidas como antisociales, y cómo es que a partir de esta aproximación, pueden elaborarse políticas públicas que neutralicen nuestro deseo natural por coludir.

### 1. Somos una especie cooperadora.

El instinto más básico del ser humano es el de supervivencia, no el de la eliminación de rivales. Si bien es ampliamente aceptado que la conservación de nuestra especie es consecuencia de la selección natural, ello no es contradictorio con la idea de cooperación.

Es justamente a raíz de la selección natural que los individuos capaces de desarrollar la habilidad de aprender de los demás y adaptarse al grupo son los que lograron sobrevivir. Boyd y Richerson<sup>36</sup>, así como varios otros antropólogos, economistas y biólogos<sup>37</sup>, coinciden en la idea de una evolución no-genética, en donde la adaptación cultural rápida jugó un papel preponderante:

*"Consideramos que esta evolución cultural acumulativa crea una compensación evolutiva innovadora. El aprendizaje social permite a las poblaciones humanas acumular información adaptativa a través de varias generaciones, derivando en una evolución cultural de los muchos comportamientos y tecnologías adaptativas. Debido a que este proceso es mucho más rápido que la evolución genética, las poblaciones humanas pueden evolucionar adaptaciones culturales a sus medio ambientes locales (...)"<sup>38</sup>.*

No buscamos discutir las razones individuales que motivan la cooperación. Sea por un afán puramente egoísta (coopero para mi propio beneficio) o altruista (coopero por el bienestar de los demás), para nosotros lo interesante es que estamos evolutivamente condicionados para cooperar debido a que históricamente, en los ambientes en donde socializamos, los individuos que cooperan tienden a sobrevivir<sup>39</sup>.

Como hemos adelantado, la existencia de cooperación no es contradictoria con la de competencia. De hecho, el mercado mismo es un lugar de cooperación para el beneficio de los intereses individuales y colectivos. *"General Motors y Toyota compiten para cooperar conmigo en alcanzar mi meta de transporte. AT&T y MCI compiten para cooperar conmigo en alcanzar mi meta de comunicarme con otros (...)"<sup>40</sup>.*

36. Para más detalles, ver: BOYD, Robert y RICHERSON, Peter J. "Culture and the evolution of human cooperation". En: *Phil. Trans. R. Soc. B.* 364. 2009, p. 3281-3288.

37. Ver, por ejemplo: OSTROM, Elinor; *"El gobierno de los bienes comunes. La Evolución de las instituciones de acción colectiva"*. México: FCE-UNAM. Segunda Edición. 2011. AXELROD, Robert. *"The evolution of Cooperation"*. Nueva York: Basic Books. 1984. BOWLES, Samuel y GINTIS, Herbert. *"A Cooperative Species. Human Reciprocity and its evolution"*. Princeton University Press. 2011.

38. BOYD, Robert y RICHERSON, Peter J. *Op. Cit.*, p. 3286.

Traducción libre del siguiente texto: *"we believe that cumulative cultural evolution creates a novel evolutionary tradeoff. Social learning allows human populations to accumulate adaptive information over many generations, leading to the cultural evolution of highly adaptive behaviours and technology. Because this process is much faster than genetic evolution, human populations can evolve cultural adaptations to local environments"*.

39. BOWLES, Samuel y GINTIS, Herbert. *Op. Cit.*, p. 1.

40. BOAZ, David. *"Competition and Cooperation"*. En: *The Freeman. Ideas for Liberty*, p. 529. Disponible en: <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/articles/competition-and-cooperation.pdf>>.

El problema está en aquellos casos en que la cooperación no busca beneficiar al mercado, sino distorsionarlo. Como bien señala AAMODT, *"la mayor debilidad de los sistemas sociales cooperativos es el problema de los free-riders, los que hacen trampa pueden obtener ventajas a través del esfuerzo de otros sin realizar ninguna contribución sustancial propia"*<sup>41</sup>.

En cierta medida, esto es lo que sucede con los acuerdos colusorios. Un grupo de competidores decide dejar de lado una guerra de precios, beneficiándose del mercado sin esforzarse por otorgar mejores condiciones que beneficien al consumidor. No bajan los precios, no existen incentivos para la innovación. Simplemente, desaparece la cooperación entre vendedores y compradores y se perjudica al proceso competitivo.

El modelo económico de libre mercado, en ese sentido, se construye en cierta medida para sancionar aquellas cooperaciones que si bien tienen un fundamento psicológico y evolutivo, no se condicen con la finalidad social más importante para la supervivencia: el bienestar común.

*"Los acuerdos de fijación de precios y otros efectos económicos negativos de la colusión motivaron a Adam Smith a proponer un sistema económico competitivo bajo el cual tales formas de colusión antisocial serían excluidas"*<sup>42</sup>.

Lamentablemente, con los años el concepto de "mercado competitivo" pasó de ser visualizado como un medio para lograr la cooperación social, a ser entendido como un fin en sí mismo, enfocándose en la idea del individualismo pero desconociendo la naturaleza social del ser humano.

De esta manera, el concepto de racionalidad económica pasó de ser una herramienta para simplificar la explicación sobre el funcionamiento del mercado, a ser una "verdad de fe"; los agentes del mercado son considerados racionales por las autoridades al momento de aplicar una política pública y, bajo esta premisa, las propuestas para enfrentar la formación de carteles suelen contener soluciones que asumen dicha racionalidad. Evidentemente, el resultado no ha sido exitoso en el Derecho de la Libre Competencia.

La idea de que los individuos realizan un análisis costo-beneficio cada vez que toman una decisión empresarial, según dispone la Teoría de la Utilidad Esperada, ha demostrado ser errada, o por lo menos insuficiente, para explicar la formación de los carteles. Y ciertamente, la presunción de racionalidad como premisa para el cálculo de una "sanción óptima" como medio de disuasión de carteles, no ha tenido éxito.

Frente a ello, nosotros proponemos que las siguientes observaciones sobre el comportamiento humano, así como las soluciones que

---

Traducción libre del siguiente texto: *"General Motors and Toyota compete to cooperate with me in achieving my goal of transportation. AT&T and MCI compete to cooperate with me in achieving my goal of communication with others"*.

41. AAMODT, Sandra. "Are we cooperative or competitive?". Disponible en: <<http://www.beinghuman.org/article/are-we-cooperative-or-competitive>>.

Traducción libre del siguiente texto: *"The major weakness of cooperative social systems is the free-rider problem: cheaters can gain advantages through other people's efforts without making any substantial contribution of their own"*.

42. BOWLES, Samuel y GINTIS, Herbert. *Op. Cit.*, p. 5.

Traducción libre del siguiente texto: *"Price-fixing by cartels and other baleful economic effects of collusion motivated Adam Smith to advocate a competitive economic system under which such forms of antisocial collusion would unravel"*.

planteamos (y que ciertamente merecen ser corroboradas en la práctica) pueden coadyuvar a las autoridades a prevenir cooperaciones indeseables.

## 2. La paradoja de la decisión y la búsqueda de la estabilidad emocional.

Si bien la "competencia perfecta" es el ideal buscado por el Derecho de la Libre Competencia, lo cierto es que en la mayoría de mercados, sino en todos, es poco factible evidenciar una "guerra de precios" permanente. Creemos que esto es así porque es natural para el ser humano promedio que, en algún punto, prefiera dejar de competir o, por lo menos, prefiera una competencia menos agresiva.

La estabilización de los precios, el paralelismo de precios y la colusión tácita son claros ejemplos (unos más graves que los otros, por supuesto) de situaciones en las cuales la guerra ya no es "a matar", sino a especular y a asegurar la propia supervivencia.

Esta tendencia a cooperar, de acuerdo con Axelrod es el resultado natural de nuestro instinto de supervivencia aplicado al mercado. El deseo de cooperación puede surgir y mantenerse incluso en situaciones en las que regularmente uno no esperaría que ello sucediera, como la competencia entre rivales. Pero como demuestra Axelrod, incluso en la situación de competencia más extrema, como es la guerra, los rivales pueden encontrar espacios de cooperación:

*"Sería un juego de niños bombardear el camino que se encuentra detrás de las trincheras enemigas, llenas, como debe ser, de vehículos*

*de racionamiento y de agua, en un desierto manchado de sangre (...) pero en el lugar hay silencio. Después de todo, si tratas de prevenir que tu enemigo se provea de sus raciones, su respuesta será simple: él va a prevenir que tú te proveas de las tuyas."*

*"En un lugar, la hora entre las 8 a 9 a.m. estaba reservada para "negocios privados", y ciertos lugares señalados con una bandera eran considerados fuera de límites por los francotiradores de ambos bandos"<sup>43</sup>.*

Estos ejemplos son lo que Axelrod describe como una situación de "vivir y dejar vivir". No queremos decir con esto que la gente no compita cuando sea necesario, o que nunca prefiera competir. En realidad, una discusión sobre cuándo una persona compite y/o coopera escapa del ámbito de este artículo.

Nuestra preocupación es más práctica: ¿cómo enfrentamos aquellos casos en donde los agentes prefieren cooperar (coludir) en vez de competir? Consideramos que la cooperación en el caso de los acuerdos colusorios posee un componente emocional y uno cognitivo que explican este comportamiento. A partir de su entendimiento, creemos posible establecer propuestas de aproximación al problema que sean útiles en el marco de una política de Libre Competencia.

### 2.1. En búsqueda de la comodidad: evitar el estrés a través de decisiones por default.

Contrariamente a lo que lo que el Derecho de la Libre Competencia y la idea de "soberanía del consumidor" plantean, la libertad de elección

43. AXELROD, Robert. "The Evolution of Cooperation". Adaptación. p. 3. Disponible en:

[http://www.cultureofdoubt.net/download/docs\\_cod/evolution%20of%20cooperation,%20axelrod.pdf](http://www.cultureofdoubt.net/download/docs_cod/evolution%20of%20cooperation,%20axelrod.pdf).

Traducción libre del siguiente texto: "It would be child's play to shell the road behind the enemy's trenches, crowded as it must be with ration wagons and water carts, into a bloodstained wilderness (...) but on the whole there is silence. After all, if you prevent your enemy from drawing his rations, his remedy is simple: He will prevent you from drawing yours".

"In one section the hour of 8 to 9 a.m. was regarded as consecrated to "private business," and certain places indicated by a flag were regarded as out of bounds by the snipers on both sides".

no implica necesariamente un mayor bienestar mental para el individuo<sup>44</sup>.

Investigadores como Schwartz<sup>45</sup> y Ariely<sup>46</sup> han planteado que el ser humano, por naturaleza, preferiría no tener que decidir por sí mismo todo el tiempo. Esto no significa que no valore su libertad (o peor aún, que prefiera un régimen autoritario). Los descubrimientos de la Economía del Comportamiento son de carácter psicológico y neurológico y, por tanto, puramente técnicos: nuestros procesos mentales no están acondicionados para tomar decisiones complejas de forma constante y continua. De hecho, los autores plantean que cada toma de decisión requiere de un esfuerzo mental que agota y estresa a los agentes que participan en el mercado.

Por ello, tenemos una predisposición natural a elegir la opción más cómoda. En otras palabras, tendemos a escoger lo que se nos plantea como opción predeterminada (*default*), y cuando se nos propone elegir entre muchas opciones, muchas veces terminamos eligiendo ninguna, pues nos abruma la cantidad de información disponible que no somos capaces de procesar.

La Economía del Comportamiento plantea que los *defaults* generan inercia y procrastinación en los seres humanos pues cambiar el *status quo* de las cosas requiere de un proceso mental activo que la gente prefiere no realizar<sup>47</sup>.

Johnson y Goldstein demostraron que nuestra preferencia por no decidir y, por el contrario, "ir con la corriente", es muy común en el mercado,

especialmente para decisiones complejas. Ellos realizaron una investigación sobre el índice de donantes de órganos en Europa<sup>48</sup> y descubrieron una gran diferencia entre el número de donantes de países como Dinamarca, Holanda y Alemania (con un índice muy bajo), frente a otros como Suecia, Austria y Bélgica (con un índice muy alto).

*"Uno puede pensar que las diferencias entre (un grupo y otro) podrían sustentarse en cuestiones morales, religiosas o culturales. En realidad ello no es así, pues no explicaría por qué países que culturalmente se parecen tanto como Dinamarca y Suecia; Alemania y Austria, u Holanda y Bélgica presentan diferencias diametrales respecto a la predisposición de sus habitantes para donar órganos (...)"*

*La respuesta es mucho más simple: todo se debe al contexto dentro del cual el Estado presentó la información a los individuos. En los países con menor porcentaje de donantes, el formulario mediante el cual el ciudadano optará por donar o no sus órganos señala algo así: "Si desea participar en el programa de donación de órganos, revise la casilla de abajo". El resultado: la gente no revisa la casilla de abajo y, por tanto, no se integra al programa.*

*De otro lado, en los países en los cuales existe un mayor porcentaje de donantes, la cartilla señala algo como: "Si no desea participar en el programa de donación de órganos, revise la casilla de abajo". El resultado: la gente no revisa la casilla de abajo, pero ahora, contrariamente a lo anterior, sí se integra al programa"<sup>49</sup>.*

44. Con esto no queremos decir que deba limitarse el número de opciones que deberían ofrecerse al consumidor ni mucho menos regular la producción. Consideramos que un mayor número de opciones permite que las preferencias de más personas pueden ser cubiertas y, por tanto, un mayor número de necesidades, satisfechas.

45. SCHWARTZ, Barry. *The paradox of Choice*. Harper-Collins e-books, 2004.

46. ARIELY, Dan. *Op. Cit.*, Capítulo 2.

47. Para mayores detalles, ver, por ejemplo: SUNSTEIN, Cass. *Simpler: The Future of the Government*. Capítulo 5. Estados Unidos: Simon & Schuster, 2009.

48. JOHNSON, Eric J. y Daniel GOLDSTEIN. "Do defaults save lives?". En: *Science* N° 302, pp. 1338-1339.

49. DRAGO, Mario F. "Derecho y economía: una visión práctica a través del problema de la donación de órganos en el Perú". En: *Ius 360*. 2012. Disponible en: <<http://www.ius360.com/otro/analisis-economico-del-derecho/derecho-y-economia-una-vision-practica-a-travez-del-problema-de-la-donacion-de-organos-en-el-peru/>>.

Schwartz denomina esto como la "paradoja de la elección"<sup>50</sup>. Tener la libertad (y la carga) de decidir por nosotros mismos qué es lo más conveniente en todo momento, conlleva un costo mental que se traduce en estrés.

Dicho estrés se genera en gran medida porque la toma de decisiones implica la alteración del *status quo* del individuo. La Economía del Comportamiento ha hecho énfasis en que las personas poseen una mayor sensibilidad a cómo su situación actual difiere respecto de un punto de referencia y no respecto de un análisis absoluto de su bienestar.<sup>51</sup> Esa referencia es denominada *status quo*, que hace que "los individuos valoren más el estado actual de las cosas que otros potenciales estados, pues usualmente verán los cambios al *status quo* como pérdidas. Así, los beneficios asociados a una decisión que involucre un cambio en el *status quo* serán subvalorados, mientras que las pérdidas provenientes del mismo serán sobrevaloradas"<sup>52</sup>.

De acuerdo a Rabin, lo anterior explica por qué la mayoría de personas prefiere permanecer en su situación actual a una probabilidad 50/50 de perder 10 o ganar 11. A la gente le desagrade inclusive los riesgos en pequeña escala<sup>53</sup>.

En el caso de los agentes que participan en un mercado propenso a la existencia de acuerdos colusorios, el sesgo de *status quo* puede ser producto de un temor o rechazo por parte de los individuos a perder una cuota de mercado o ingresos económicos para la empresa, o incluso un potencial bono por desempeño.

Este sesgo no necesariamente derivará en una concertación. Evidentemente, los nuevos en-

trantes en el mercado estarán más motivados por competir y adquirir *market share*. Pero cuando la posición de cada competidor comienza a definirse y el mercado empieza a estabilizarse, existe el riesgo de que los funcionarios de las empresas internalicen la situación del mercado y se "acostumbren" a ella.

Así, se crea un estado de comodidad para los individuos que evita la realización de acciones competitivas proactivas, las cuales son reemplazadas por la especulación y la observación de los movimientos del mercado. En tanto el hombre es un ser socialmente adaptativo que prefiere evitar la toma de decisiones complejas, tenderá a aceptar las formas que observa en su sociedad (o en este caso, su mercado) como sensibles y apropiadas<sup>54</sup>, haciendo suyo el nuevo *status quo* en el que participa.

Esta disposición de las personas a evitar situaciones de estrés, ciertamente, no parece intuitivamente razonable, particularmente en un contexto de competencia en donde los actores involucrados tienen como objetivo desplazar a sus contrincantes.

Sin embargo, algo que nos enseña la práctica es que la intuición nos engaña. Nuestra experiencia en litigios de Libre Competencia nos ha mostrado que los individuos no actúan necesariamente conforme a las leyes de la oferta y la demanda. Los agentes colusorios, por lo general, suelen encontrar estabilidad no solo emocional, sino principalmente económica para sus empresas, como consecuencia de una concertación.

Pero esa estabilidad (definida por la Economía del Comportamiento como mantenimiento del

50. SCHWARTZ, Barry. *Op. Cit.*

51. DRAGO, Mario y ROJAS, Carlos. *Op. Cit.*, p. 65.

52. TRELLES, Julio Oscar. "Una mirada al conflicto minero de Tambogrande Bajo una perspectiva de la economía conductual y la psicología cognitiva". En: *Thémis-Revista de Derecho* N° 55. 2007, p. 319.

53. RABIN, Matthew. "Psychology and Economics". En: *Journal of Economic Literature*. Vol. 36. Num. 1. Marzo de 1998, p. 14.

54. BOYD, Robert y RICHERSON, Peter J. *Op. Cit.*, p. 3286.



*status quo*) no sólo se busca por razones puramente endógenas (preferencias personales), sino que también son el resultado del contexto social dentro del cual se desenvuelve el individuo, tal como explicaremos a continuación.

**2.2. Somos colusores, no delincuentes: disonancia cognitiva y normas sociales como justificación para integrar un cartel<sup>55</sup>.**

A diferencia de los delitos comunes (tales como agresiones, robos), la fijación de precios no parece evocar la figura del villano de telenovela. Para la persona promedio no es tan fácil identificar a la colusión como una conducta evidentemente negativa para la sociedad. De hecho, recordemos que se requiere de un análisis económico complejo para entender por qué los carteles son siempre perjudiciales para el proceso competitivo.

Por el contrario, cuando uno revisa los casos de concertación en el mundo, suele encontrarse una justificación moral pseudo-positiva detrás de la decisión de concertar.

En casi ningún caso uno logrará identificar una fijación de precios cuyo objetivo sea expresamente "perjudicar al consumidor". Este daño parece ser colateral, indirecto y generalmente imperceptible en el mercado porque suele estar disperso. Se trata, en realidad, de un delito sin víctima (por lo menos sin una víctima específica).

Por el contrario, cuando uno revisa los casos de concertación, suele encontrar que los integrantes del acuerdo incluso sustentan sus actos en supuestas justificaciones morales y económicas ("el precio era injusto", "la industria estaba colapsando", "queríamos mejorar la calidad"). Es común que los individuos involucrados en las

concertaciones justifiquen su conducta en el beneficio de los involucrados y de la industria. Por ejemplo, en un reciente caso peruano, uno de los implicados declaró lo siguiente:

*"Declaración de El Veloz  
Mi representada así como las diferentes empresas que prestan servicios interprovinciales, hemos acordado incrementar los pasajes, por el incremento del costo (sic) del combustible a nivel nacional, pues el mismo era justo y necesario, con la finalidad de no menoscabar nuestra economía"<sup>56</sup> (Subrayado agregado).*

En un caso similar se señaló lo siguiente:

*"En el Acta de la sesión del Directorio de la empresa Alimentos Protina S.A. del día 12 de junio de 1995, figura que:*

*"El Ing. Raúl Ramos Buzaglo, comunicó respecto al acuerdo tomado recientemente en el Comité de Productores de pollos, manifestando la inminente decisión de beneficiar y congelar pollos a fin de evitar que los precios bajen. Sostuvo finalmente que la Empresa que logre nivelar su peso promedio en 2.200 Ks. o menos, no se verá afectada con el acuerdo de beneficio y congelamiento"<sup>57</sup> (Subrayado agregado).*

Como es posible apreciar, la idea de justicia, beneficio y necesidad rodean la decisión de concertar. ¿Significa esto que los concertadores no son conscientes de la ilegalidad de sus prácticas? Al contrario. Creemos que los individuos sí conocen las potenciales consecuencias de sus actos, pero no por ello consideran que los mismos sean realmente negativos o, por lo menos, relativizan el perjuicio que generan.

La explicación, desde el punto de vista cognitivo, es mucho más compleja que el simplismo

55. Sección basada en parte en: DRAGO, Mario F. "Robo, pero hace obra" y la disonancia cognitiva". 2015. Disponible en: <<http://enfoquederecho.com/roba-pero-hace-obra-y-disonancia-cognitiva/>>.

56. Resolución 029-2014-TDC, p. 22.

57. Resolución 276-97-TDC, p. 45.

de apelar a una ponderación de valores de cada colusor, o a una distorsión de los valores entre algunos individuos. Nos parece poco acertado señalar que las personas que concertan son "malas personas". Todos, incluso el individuo más bondadoso u honorable, se encuentran ocasionalmente con estos conflictos mentales, por lo que evolutivamente hemos desarrollado mecanismos que nos permiten relativizar nuestras creencias y opiniones para aliviar la tensión que nos genera tener actitudes y realizar acciones inconsistentes. La Psicología explica esto a partir de la denominada "disonancia cognitiva"<sup>58</sup>.

Cuando se habla de música, una disonancia hace referencia a un conjunto de sonidos inestables que el oído percibe con tensión, resultando desagradables. En contraposición, una consonancia es una armonía, acorde o intervalo considerado estable y, por tanto, agradable para nuestro oído.

La cognición, en palabras sencillas, es el término científico para hacer referencia al proceso mediante el cual pensamos. Tiene relación, en ese sentido, con nuestros procesos mentales y el procesamiento de información en nuestra mente.

La teoría de la disonancia cognitiva puede ser definida como el proceso de superación de un conflicto interno. Fue propuesta por el psicólogo estadounidense Leon Festinger en la década de 1950, y busca explicar cómo es que la gente

reduce el estrés y logra un equilibrio emocional cuando enfrenta comportamientos o creencias inconsistentes.

A través de este mecanismo, las personas son capaces de racionalizar o justificar sus cambios de actitudes. Ningún ser humano es inmune a este problema, y es probable que nos termine costando tiempo, dinero y felicidad. Lo más peligroso es que la disonancia cognitiva es un proceso en gran parte inconsciente; por lo que rara vez nos damos cuenta que tenemos en conflicto dos creencias contradictorias o sistemas de valores simultáneamente. Por lo general, utilizamos cada creencia solo cuando es socialmente más conveniente hacerlo. Esta "anestesia a la moral" es lo que le permite a la mayoría de los seres humanos sobrevivir y funcionar sin llegar paralizarse y deprimirse.

La contradicción entre dos creencias crea una especie de "vacío de presión" que de forma espontánea genera una tercera creencia con el fin de llenar ese espacio. En general, esta "tercera creencia" es pura fabulación. En términos más sencillos, es "el fin que justifica nuestros medios".

La importancia de la disonancia cognitiva, dentro de una fijación de precios, por ejemplo, nos obliga a repensar si la estrategia de multar a los colusores es suficientemente efectiva como para modificar sus preferencias. Al ser una idea que ya fue internalizada y superada por el concertador, se tendrá muy pocas probabilidades de generar un cambio en sus preferencias.

58. En este punto quisiéramos hacer una precisión en la que concordamos con Mullainathan y Washington:

*"This impact of behavior on attitudes is most commonly known as cognitive dissonance, which is also how we will refer to it. Psychological research on the other hand has shown that several other mechanisms besides the one emphasized by a narrowly defined cognitive dissonance theory could produce a similar effect. For example, self perception theory (Bem, 1967) provides a second explanation for the impact of behaviors on beliefs: Individuals infer their opinions from their own actions. The publication of the 1967 article sparked great debate: "But as evidence began to accumulate that dissonance was indeed an unpleasant state of arousal, self-perception theory began to wane as an explanation for dissonance phenomena." (Hogg and Cooper, 2003). We continue to use the phrase cognitive dissonance because of its use in common parlance, and not to signify a position on which specific psychological mechanisms may be at work". Cfr.: "Sticking with your vote: cognitive dissonance and political attitudes". Disponible en:*

*<[http://scholar.harvard.edu/files/sendhil/files/sticking\\_with\\_your\\_vote\\_cognitive\\_dissonance\\_and\\_political\\_attitudes.pdf](http://scholar.harvard.edu/files/sendhil/files/sticking_with_your_vote_cognitive_dissonance_and_political_attitudes.pdf)>.*

Es el equivalente a pensar que la advertencia de "Fumar mata" en las cajetillas de cigarrillos disminuirá su consumo. El fumador ya sabe cuáles son las consecuencias de sus actos, por lo que insistir en ello generalmente no tendrá éxito. Él ya superó la disyuntiva de enfrentar su salud con su satisfacción. La mejor manera de que alguien deje de fumar es tomando conciencia de nueva información que rompa el paradigma generado por la disonancia cognitiva (por ejemplo, desde aspectos tan relevantes como un familiar con cáncer hasta temas aparentemente no relacionados como terminar una relación y decidir darle un "giro" a tu vida).

Lo mismo sucede en políticas públicas. Uno no convence a una persona para que deje de hacer algo "malo" simplemente enfatizándole lo mal que está su comportamiento. Antes de continuar con el aumento indiscriminado de

multas en todo el mundo (que ha demostrado ser ineficaz), las autoridades deben enfocarse en la presentación de nueva información que irrumpa el proceso de disonancia cognitiva y obligue al competidor a repensar nuevamente la importancia de su moral.

Esta disonancia cognitiva puede estar influenciada también por el concepto de autoridad dentro de una organización empresarial. La Psicología Social ha demostrado que una persona puede realizar actos contrarios a sus valores cuando una figura de autoridad así se lo requiere.

En la década de 1960, Stanley Milgram realizó un experimento para determinar hasta qué punto una persona común y corriente puede realizar actos de crueldad. Milgram descubrió que cualquier persona podría ser influenciada a cometer un delito si es que el contexto era propicio:

#### **"Milgram's Obedience Experiments**

*In these experiments, the test-subject and a confederate were told that the experiment tested the effects of punishment on memory. To determine their assigned roles, the confederate and test subject drew lots (which were rigged) so that the test-subject always received the teacher role. The teacher-participant then administered a test where the confederate-learner was to memorize word pairs. Each time the confederate-learner answered incorrectly, the teacher-participant was to administer an electric shock to the learner. A 'shock generator' had thirty clearly marked voltage levels ranging from 15 to 450 volts, with designations from Slight Shock to Danger: Severe Shock. Two switches after the last designation were simply marked XXX. Unbeknownst to the teacher-subject, the confederate was not actually receiving electric shocks. The confederate-learner gave standardized responses. In one variation of the experiment, the confederate-learner pounded on the wall of the room in which he was bound to the electric chair after the 300-volt shock was administered. The teacher-subject could hear the pounding. Thereafter, the learner no longer responded; the experimenter instructed the teacher-subject to treat the absence of a response as a wrong answer, and to continue with the experiment. As the experiment continued, the teacher-participant was told to administer increasingly more intense shocks to the non-responsive confederate-learner, even to the levels marked XXX. These experiments actually sought to measure at what voltage level the teacher-participant would disobey and refuse to continue with the experiment. Milgram varied the situational factors to determine the extent to which they altered the degree of obedience". MILGRAM, S. "Behavioral Study of Obedience". Journal of Abnormal & Social Psychology N° 67. 1963, p. 371.*

Los hallazgos de Milgram explican en gran medida cómo es que muchos miembros de una misma organización pueden coincidir, aceptar y ejecutar una política empresarial ilegal, así como mantenerla por muchos años sin que el mercado lo descubra. La relatividad moral de las personas (incluso de aquellas que pueden ser calificadas como "buenas personas") permite que los carteles puedan tener éxito en el tiempo.

Hay un punto, incluso, en donde la escala de valores de los individuos participantes del acuerdo (mandos altos y medios) se trastoca, llegando a valorar el acuerdo por lo que representa: seguridad, unión, confianza con tus competidores. Como señaló uno de los miembros del cartel ADM en EEUU a uno de sus más grandes competidores: *"Nuestros competidores son nuestros amigos. Nuestros clientes son el enemigo"*<sup>59</sup>.

### 2.3. Nuestra necesidad por pertenecer y colaborar.

Read Montague, Ph. D. y profesor de Neurociencias del Bayllor College of Medicine, explica nuestra necesidad por la interacción social y la cooperación de la siguiente manera:

*"La vinculación social, la interacción social (...) la cooperación está programada para ser intrínsecamente gratificante en los seres humanos. Así es como inhibimos nuestro propio interés con el fin de hacer algo con alguien. De lo contrario, no cooperarías. Serías totalmente egoísta. No nos comportamos de esa manera, somos criaturas sociables. Curiosamente, cuando la gente se encuentra en una situación de intercambio, donde se les da la oportunidad de cooperar o competir, en general la gente prefiere cooperar unos con otros. La cooperación provoca señales de dopamina que se pueden medir en el núcleo estriado tal como si estuviéramos impulsando zumo o cocaína en ellos. En otras palabras, el acto de cooperar con otras*

*personas, en las circunstancias adecuadas, hacen que te sientas tan bien como tomando un medicamento que afecta al sistema dopaminérgico"*<sup>60</sup>.

La explicación neurológica de Read Montague sobre nuestro deseo por cooperar es muy reveladora, y es especialmente relevante para el caso de los carteles latinoamericanos, pues se enmarcan en sociedades donde el componente "familia y amigos" guarda un significado cultural que influye fuertemente en la estructura de nuestras relaciones interpersonales (incluso con nuestros competidores).

Los carteles que comúnmente se forman en el Perú están conformados por empresas cuyos dueños y/o gerentes comerciales tienen una relación relativamente cercana. En mercados pequeños, suele suceder que los funcionarios de las empresas son amigos, colegas universitarios, socios del mismo gremio. En ese sentido, las interacciones cotidianas entre las personas que deciden la estrategia comercial de las empresas son regular.

Y esa predisposición a empatizar con los demás puede volver borrosa la línea que divide los aspectos personales de los objetivos comerciales de las empresas. La teoría económica sugiere que las empresas buscan acaparar el mercado, eliminando a sus competidores. Pero nadie quiere hacerle daño a un amigo o a un colega, y es prácticamente imposible mantener una relación amical por un lado mientras tratas de arruinar a tu amigo (sí, así creemos que lo ven los concertadores) por otro. No creemos que socialmente exista una división tan clara entre negocios y amistad.

En una sociedad en la que prevalece lo último (y en cualquier grupo humano en donde la gente busca ser aceptada), comportarse como un individuo altamente competitivo suele ser una estrategia contraproducente.

59. OECD. *Hard Core Cartels* 13. 2000. Disponible en: <<http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pdf>>.

60. Extracto de la entrevista publicada en el documental: "Happy. The Movie. The Movement": 2011.

Así, es claro que las agencias de competencia deben focalizar esfuerzos en ubicar y estudiar aquellos mercados consolidados, en donde los agentes, además de mantener una relación comercial como competidores, también la mantienen en un nivel de mayor confianza personal.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS APROXIMACIONES DE LA ECONOMÍA DEL COMPORTAMIENTO PARA PREVENIR LA FORMACIÓN DE CARTELES

Las razones que hemos expuesto seguramente pueden complementarse con muchos otros sesgos y heurísticas que también influyen en el proceso de decisión mental de los individuos involucrados en un cartel (optimismo irrealista, sesgo del egocentrismo, etc.).

Sin embargo, nos hemos enfocado sólo en algunos de los motivos que explican la tendencia del ser humano a cooperar (cartelizar) desde el punto de vista psicológico.

La pregunta es, entonces, ¿qué soluciones nos brinda la Economía del Comportamiento para disuadir la cooperación entre competidores?

A partir de la aproximación realizada, consideramos que la forma en que los individuos perciban un riesgo influirá directamente en qué tan dispuestos estén a asumirlo. La preocupación principal de una política pública que busque disuadir la cartelización de los mercados debe enfocarse en la percepción del riesgo por parte de los agentes involucrados. Tal como señalan Sunstein y Thaler:

*"El argumento sobre que la presentación de la información influye en la elección tiene un carácter general. En el campo de los riesgos para la salud, por ejemplo, algunas presentaciones de información precisa, en realidad, podrían ser contraproducentes, porque la gente puede*

*tratar de controlar su miedo al negarse absolutamente a pensar en el riesgo. Estudios empíricos señalan que "algunos mensajes que transmiten información idéntica parecen funcionar mejor que otros, y (...) algunos incluso parecen ser contraproducentes". Cuando fracasan las campañas de información, a menudo es porque esos esfuerzos "causan medidas defensivas contraproducentes", que se expresan en forma de esfuerzos para reducir la disonancia cognitiva, al tratar de no pensar en el correspondiente riesgo. Por lo tanto, los enfoques más efectivos van más allá de la mera divulgación y combinan "un mensaje aterrador de las consecuencias de la inacción con un mensaje optimista sobre la eficacia del programa de prevención propuesto". Hay cuestiones complejas e interesantes aquí acerca de cómo promover el bienestar. Si la información aumenta en gran medida el temor de la gente, reducirá proporcionalmente el bienestar, en parte porque el miedo es desagradable, en parte porque el temor tiene una gama de efectos dominó, produciendo una amplia gama de costos sociales. No hablamos de la cuestión del bienestar aquí. Nuestras únicas propuestas son sólo que si las personas carecen de la información, debe prestarse una gran atención al proceso de información, y que sin esa atención, la divulgación de información bien podría resultar inútil o contraproducente"<sup>61</sup>.*

En concordancia con la opinión de Thaler y Sunstein, el proceso de internalización de las normas estará íntimamente relacionado a la forma en cómo se transmita la información respecto a los riesgos, perjuicios y beneficios que afectan a los individuos. Si debido a una inadecuada transmisión de información los individuos la internalizan de forma sesgada, ello probablemente influirá en la ecuación del proceso de decisión, pues la percepción subjetiva del riesgo se verá contaminada y la repercusión del mensaje, disminuida. Como consecuencia, la sociedad

61. SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard H. "Libertarian paternalism is not an oxymoron". En: The University of Chicago Law Review. Vol. 70. Num. 4. 2003, p. 1183.

tomará decisiones ineficientes que la alejarán de una política de prevención óptima.

*"En tanto los efectos de la contextualización son inevitables, es completamente inadecuado decir que cuando la gente carece de información, la mejor respuesta es proveérsela. Para poder ser efectivos, cualquier esfuerzo por informar a las personas debe partir de un entendimiento de cómo la gente realmente piensa. La presentación hace una gran diferencia: las consecuencias en la conducta, de dos piezas de información idénticas, depende de cómo éstas son enmarcadas"*<sup>62</sup>.

Esta realidad sobre la forma cómo las personas razonan influenciados por el contexto tiene repercusiones importantes sobre la regulación. La manera en cómo se plantee una política pública dirigida a un grupo de personas fuertemente influenciado por sus emociones o sus creencias debe tomar en cuenta que la comunicación de sus metas no puede ser estrictamente objetiva, sino que debe incorporar a su análisis los elementos subjetivos que alejan a los individuos de la utilización de información objetiva.

Esto implica, para la disuasión de carteles, la generación de políticas de comunicación intensivas, que no sólo reflejen las sanciones a los implicados, sino las razones éticas por las cuales

realizar las conductas posee una connotación negativa y anti cooperativa.

Esta comunicación mitigará la posibilidad de que el ser humano se vea afectado por la heurística de disponibilidad, la cual hace que la gente tienda a pensar que los riesgos que se le vienen más rápido a la mente son más probables. La noción de la disponibilidad es potencialmente una de las ideas más importantes para ayudar a entender las distorsiones que de manera más probable pueden ocurrirle al individuo en su percepción de los riesgos asociados a la concertación. Las sanciones por concertación son conocidas, pero no son percibidas como un riesgo inminente.

Es necesario, en ese sentido, que la autoridad vele porque el individuo perciba los riesgos de cartelizarse como muy altos. Esto es aún más relevante en el caso peruano, donde no existe una sanción penal para los casos de colusión. Sin sanción penal, será aún más difícil la internalización del aspecto "negativo" de la concertación<sup>63</sup>.

Este trabajo está incompleto, pues es sólo el esbozo de nuestra hipótesis sobre el comportamiento del mercado desde un punto de vista más psicológico que económico. Esperamos que con el tiempo, nuestras afirmaciones vayan siendo revisadas a partir de estudios de campo y estadísticas que nos ayuden a robustecer la visión y propuesta que tenemos en torno a la disuasión de carteles.

62. *Ibid.*, p. 1182.

63. En efecto, como bien señalan Werden, Hammond y Barnett:

*"(...) The Division first adopted a leniency policy in 1978, but it became an effective tool only after major revisions in 1993.*

*Since 1993, avoidance of all criminal sanctions has been automatic for qualifying corporations that come forward before the Division has information indicating the existence of the cartel."*

(WERDEN, Gregory J.; HAMMOND, Scott D. y BARNETT, Belinda A. "Deterrence and detection of cartels: using all the tools and sanctions". Paper presentado en la 26th National Institute on White Collar Crime. 2012).

En el caso estadounidense, bajo el programa original de 1978, la agencia de competencia recibía, en promedio, una aplicación al programa de clemencia por año, y ninguna aplicación antes del año 1993 significó la detección y sanción de un cartel de tamaño significativo.

(HAMMOND, Scott D. "The Evolution of Criminal Enforcement Over the Last Two Decades". Discurso presentado en la 24th National Institute on White Collar Crime. 2010).

Así, tomando en consideración que el Perú ha optado por no criminalizar los acuerdos colusorios, el INDECOPI debe tomar en cuenta la experiencia estadounidense y reconocer que un simple incentivo de exoneración de multas no será suficiente para detectar carteles importantes.