

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE  
MÉXICO.**

**FACULTAD DE DERECHO.**

**SEMINARIO DE ESTUDIOS JURIDICO-  
ECONOMICOS.**

**TEMA: “DERECHO DE LA COMPETENCIA  
ECONÓMICA EN NORTEAMÉRICA. UN  
ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS  
LEGISLACIONES DE ESTADOS UNIDOS,  
MEXICO Y CANADA.”**

Tesis que para obtener el título de Licenciado en Derecho, presenta la postulante: Jesica Gómez Cortés.

Asesor: Doctor Jorge Alberto Witker Velázquez.

Ciudad Universitaria

Año 2009.



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## AGRADECIMIENTOS:

A mis hermanos Karla, Eduardo y Raúl:  
por ser las líneas de mis manos y enseñarme  
el significado de la palabra "hogar".

A mi abuelo Manuel por la palabra "educación".

A mis padres Rosita y Raúl  
por siempre estar ahí.

A la familia Goyenechea- Jaramillo  
especialmente a mi tía Eva y tío Alfonso por  
siempre abrirme la puerta de su casa.

A Paulo por hacer que el regreso valiera la pena.

A la Universidad Nacional Autónoma de México por formar mi espíritu.

A Paola, Gerardo y Charly por la mano  
amiga y oportuna.

A Alma y a Bere por todo el confeti de estos años.

Al "Grupo cultural Apocalipsis" por el fin del mundo.

A Guadalupe Barrena, Arturo Díaz y Rafael García  
por ser siempre mi equipo, aún en la hora del duende.  
*"Draco dormiens nunquam titillandus"*  
(Jessup 2002).

A los Catedráticos Jorge Witker, Laura Hernández, Martha Rabago  
y Máximo Carbajal por inspirar con su cátedra toda mi carrera.

A todos mis profesores de la Facultad de Derecho  
por lo enseñado y lo aprendido.

A Ricardo Ahumada, Jorge Witker,  
Jorge Nacif, Laura Hernández y Oscar Esquivel,  
por el tiempo y la confianza invertidos.

A Ingrid, Elena, Erick, Sandy, Gaby y Alfredo  
por escuchar.

"La puerta del abogado debe permanecer siempre abierta para aquel que atraviere su camino  
y la del sacerdote jamás debe cerrarse".

Victor Hugo.  
Los Miserables.

<b>CONTENIDO</b>	<b>PAGINA</b>
CAPITULO I Antecedentes e importancia de la legislación de competencia en América Del Norte.	1
Antecedentes de la legislación de competencia en América del Norte.	1
1.1 Historia del derecho de la competencia en Estados Unidos.	1
1.2.-Los mercados atomizados y la época de la pequeña y mediana industria (pensar en pequeño).	3
1.3.- La primera oleada monopólica en los Estados Unidos.	5
1.4 Las grandes empresas, la escuela de Chicago o neoclacisismo y la teoría de la destrucción creative.	15
1.5 -La teoría de los mercados contestatarios o escuela de Nueva Jersey una teoría sobre la concurrencia.	22
1.6- Escuela de los Estructuralistas	23
1.7.- Post Chicago o la preocupación sobre comportamiento estratégico (Teoría Courtnot Bertrand)	23
2.1. Historia del derecho de la competencia en México.	25
3.1. Historia del derecho de la competencia en Canadá	35
3.2 Cuadro de legislación y organismos vigentes.	44
II. Conceptos relevantes al derecho de la competencia y su uso en los tres países	48
1 Acuerdo	48
2 Agente Económico	51
3 Cártel	55
4 Ententes de exportación	58
5 Colusión	59
6 Competencia horizontal y vertical	61
7 Comportamiento estratégico	62

8 Consumidor	63
9 Proceso competitivo	66
10 Derecho a la concurrencia	67
11 Derecho a la competencia económica.	69
12 Eficiencia económica	71
13 Eficiencia distributiva	72
14 Eficiencia productiva	73
15 Eficiencia asignativa	75
16 Eficiencias dinámicas	76
17 Elasticidad cruzada precio- demanda	77
18 Empresas relacionadas	79
19 Mercado	80
20 Mercado relevante.	81
21 Mercado geográfico desde el punto de vista de la oferta y la demanda.	82
22 Producto relevante.	84
23 Producto sustituto	87
24 Producto directamente competidor	90
25 Producto similar	94
26 Producto idéntico	95
27 Producto nacional y sustitución por importaciones	96
28 Mercado internacional	96
29 Mercado nacional	97
30 Mercado regional	98
31 Monopolio	99
32 Monopsonio	101
33 Oligopolio	104
34 Oligopsonio	105
35 Poder de mercado o poder económico	105
36 Posición relevante	109
37 Prácticas horizontales	110
38 Prácticas verticales	111
39 Prácticas relativas y prácticas absolutas	112
40 Prácticas anticoncurrentes	115
41 Presencia comercial	116
42 Precio de reserva	117
43 Regla de la razón	116
44 Sujetos afectados por prácticas anticompetitivas	119
45 Mercados de factores	120
46 Concepto de trato exclusivo en Canadá	121
III Diferencia entre prácticas y conductas anticompetitivas y prácticas desleales de comercio exterior.	121

CAPÍTULO II Formas de legislar en cuanto al derecho de la competencia	128
1.1 ¿Que se considera una ley efectiva y cuales de las legislaciones de los tres países cumplen con tal parámetro?	128
1.2 Características de la legislación de Estados Unidos, Canadá y México.	133
1.3 Enfoques en cuanto a los bienes primordialmente tutelados en la legislación de competencia de los tres países.	139
1.4 Principios de jurisdicción y aplicación de las leyes usadas en cada país para perseguir las prácticas anticompetitivas.	153
1.5 El papel de las jurisdicciones locales o estatales	199
1.6 Formas de sancionar las prácticas en los tres países:	209
A) Sanciones administrativas	
B) Sanciones penales	
C) Sanciones comerciales	
2.1 Diferencia entre legislación de competencia y legislación de protección al consumidor, sujetos, finalidades, objeto y bienes jurídicamente tutelados.	226
CAPÍTULO III.- Conductas anticompetitivas sancionadas en los tres países y conducta empresarial frecuente en ellos. Fusiones y su parámetro de evaluación.	235
1.1 La conducta industrial en México y la posición de la Comisión y de la Suprema Corte sobre ellas.	238
1.2 Los problemas y conductas frecuentes observadas en el mercado mexicano.	244
1.3 Características del mercado mexicano, las industrias más concentrada y el por que de dicha concentración.	269

1.4 Problemas de competencia que le fueron planteados al legislador mexicano a raíz de diversas privatizaciones.	275
1.5 Las conductas recurrentes en el mercado mexicano: a) Contratos de Exclusividad b) Precios predatorios c) Monopsonios d) Ventas atadas e) Boicots	312
1.6 Criterios para revisión de fusiones en México	359
1.7 Interés jurídico en el derecho mexicano de la competencia económica	371
2.1 Las Prácticas industriales en Estados Unidos a la luz de sus criterios judiciales	372
2.2 Características del mercado estadounidense y sus concentraciones históricas	379
2.3 Los problemas y conductas frecuentes observadas en el mercado estadounidense.	385
2.4 El desarrollo de la jurisprudencia antimonopolio en Estados Unidos	433
2.5. Criterios para revisión de fusiones en Estados Unidos	434
2.6. Interés jurídico en el derecho antimonopolio estadounidense.	439
3.1 Las Prácticas industriales en el Canadá a la luz de la casuística	443
3.2 Características del mercado canadiense y sus concentraciones históricas.	445
3.3.- Los problemas y conductas frecuentes observadas en el mercado canadiense	453
3.4- Los objetivos del antitrust canadiense y su medición del poder de mercado	470

3.5- Revisión de fusiones en Canadá	473
3.6.- Interés jurídico en el derecho de la competencia económica canadiense.	476
4.1- Esquema de autoridades de competencia, su naturaleza y sus facultades en los tres países.	477
CAPÍTULO IV.- Régimen jurídico aplicable a las prácticas en contra de la libre competencia en América del Norte	481
1.1 Aplicación de las leyes de competencia canadienses, la naturaleza de sus sanciones aplicables y principios desarrollados.	495
2.1 Aplicación de los principios de la regla de la razón, de minimis y mejor información disponible.	497
2.2 Tratamiento de eficiencias en el antimonopolio canadiense	500
2.3 Tratamiento de los índices de medición	504
2.4 Excepciones a la aplicación de la legislación de competencia en Canadá.	505
2.5 Política de competencia en Canadá	509
2.6 Naturaleza de las sanciones aplicables por la violación de la legislación de competencia en Canadá	511
3.1 Aplicación de la Legislación de competencia en Estados Unidos, la naturaleza de sus sanciones aplicables y principios desarrollados.	512
3.2 Aplicación de los principios de la regla de la razón, de minimis y mejor información disponible	514
3.3 Tratamiento de eficiencias en el antimonopolio estadounidense.	522
3.4 Tratamiento de los índices de medición en Estados Unidos	535



3.5 Excepciones a la aplicación de la legislación de competencia en Estados Unidos	539
3.6 Política de competencia en Estados Unidos	552
3.7 Naturaleza de las sanciones aplicables por la violación de la legislación de competencia en Estados Unidos	560
4.1 Aplicación de la Legislación de competencia en México , la naturaleza de sus sanciones aplicables y principios desarrollados.	562
4.2 Los primeros criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de competencia económica	566
4.3 Aplicación de los principios de la regla de la razón, de minimis y mejor información disponible.	568
4.4 Índices de medición usados en el derecho mexicano	569
4.5 Excepciones a la aplicación de la legislación de competencia mexicana	576
4.6 Política de competencia en México	584
4.7 Naturaleza de las sanciones aplicables por la violación de la legislación de competencia en México	591
4.8 La necesaria judicialización del procedimiento de competencia económica en México	594
CAPÍTULO V.- El estatus del derecho interno sobre el derecho internacional en materia de competencia y su efecto sobre el cumplimiento de obligaciones internacionales en materia económica	601
1.1.- Tratamiento que da el TLCAN a la competencia Económica.	611

1.2- La política industrial en el mercado TLCAN:	614
<ul style="list-style-type: none"> <li>· La política de competencia en el TLCAN vs. la unificación de la política industrial en Asia y la Comunidad económica europea</li> <li>· El monopsonio y el oligopsonio en países en vías de desarrollo , subdesarrollados e industrializados</li> <li>· El monopsonio y el oligopsonio vistos por las instituciones económico internacionales</li> </ul>	
1.3 Avances, estudios, obligaciones, naturaleza y rationale del grupo creado por el TLCAN para el estudio de la política de competencia económica de los tres países	625
1.3.1 Canadá y México y su política acerca de los acuerdos comerciales internacionales. La política de acuerdos comerciales estadounidense	628
1.3.2 Aportaciones del <i>comity</i> al derecho de la competencia en Norteamérica.	631
2.1 Elementos de la legislación de competencia mexicana contrarios a los compromisos económicos internacionales suscritos por México.	633
2.2 Elementos de la legislación de competencia canadienses contrarios a los compromisos económicos internacionales suscritos por Canadá.	635
2.3 Elementos de la legislación de competencia estadounidense contrarios a los compromisos económicos internacionales suscritos por Estados Unidos	636
2.4 Monopsonios presentes en América del Norte	638
CAPÍTULO VI La legislación de competencia y la regulación del mercado en el sector servicios de cada país	644
1.1 Importancia del Sector servicios para cada país	645
1.2 Aspectos y procedimientos en el sector servicios de cada país en cuanto a competencia económica	648
614	

1.3 Prácticas anticompetitivas más comunes en servicios,  
su penalidad y tratamiento en los tres países. 654

Conclusiones y propuestas 658

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como objetivo, llamar la atención a los vacíos, inexactitudes y oportunidades de desarrollo del marco jurídico mexicano en materia de competencia económica, analizando la estructura, antecedentes y problemas más comunes enfrentados por la jurisdicción de la cual México se influenció de manera más directa, como lo es Estados Unidos, y aprovechar el ejemplo de un enfoque menos positivista como es el presentado por el Canadá, el cual a consideración de la postulante, ofrece oportunidades más tangibles al modelo mexicano, al tratarse de una nación hermana, con discontinuidades de desarrollo importantes y atendidas diligentemente, en la cual la eficiencia económica se considera una herramienta y no un fin tautológico en si mismo, como lo hacen Estados Unidos y Canadá al considerar a la competencia como fin, medio y justificación por si misma.

Como se podrá apreciar en el apartado de antecedentes de esta tesis, las concentraciones de poder económico nocivas a economías nacionales como la mexicana y la estadounidense, no son cosa nueva, ni siquiera en los sectores que se presentan, hoy, en presencia de la primera crisis mundial del nuevo milenio, observamos que el fallo se da en los mercados de siempre, en los mercados de liquidez y divisas directas, problemas que, al menos en Estados Unidos, ya preocupaban al legislador que creó la *Sherman Act*, y que se discutían en el Congreso de aquel país al menos desde 1906, la diferencia es que a través del modelo económico adoptado por la región desde 1970 se dejó de lado el considerar la eficiencia distributiva como un fin de la actividad económica nacional y se dejaron de tomar medidas que mejoraran y mantuvieran el poder adquisitivo de los trabajadores, rompiéndose los incentivos que provocan la movilidad del círculo virtuoso, salario-beneficio- inversión.

Con la nueva corriente neo positivista, contrariamente al enfoque estructuralista, se dio una tácita percepción de que el tamaño y la dominancia excesiva de una firma no era elemento suficiente para monitorear su conducta anticompetitiva, dejando al consumidor, una contraparte de mucho menor impacto, la labor de a través de sus decisiones, regular la conducta de la empresa, considerándose que, aún cuando las mismas mega empresas dieran muestras de comportamiento riesgoso, un escenario catastrófico provocado por su conducta era poco factible al ser “demasiado grandes para quebrar”, hoy la evidente quiebra de mega bancas múltiples, de las automotrices y de consorcios completos desmienten esta pseudo presunción a favor de lo grande, grande no significa racional, eficiente o seguro.

La consecución de ciertas economías de escala no asegura la racionalidad de condiciones competitivas del futuro, mucho menos la racionalidad de precios ofrecidos al consumidor, no prescribe la posibilidad de discriminación y los vacíos legales en jurisdicciones incipientes como la mexicana, permiten recovecos a través de los cuales mantener cautivos sectores de consumo o de producción, tal es el caso de la falacia del celofán, respecto de la cual nuestro país se ha ocupado muy poco.

Por otra parte, las actuales condiciones, desmienten el postulado positivista de que el mercado se corrige solo a través de las elecciones de los consumidores, queda de manifiesto

que, el consumidor no puede ejercer coerción suficiente, como para provocar una reflexión de costo beneficio para el productor o para el orquestador de una práctica anticompetitiva, queda de manifiesto que el propiciar una disminución en las discontinuidades de desarrollo regionales de determinadas naciones y el fomentar la eficiencia distributiva, pueden ser consideradas razones suficientes para permitir una intervención estatal, oportuna, delimitada y temporal del Estado en el mercado, al menos para sondear las conductas de las empresas, dar mayor posibilidad de acción a los particulares y asegurar el resarcimiento de los daños tanto al proceso competitivo como a los sujetos afectados por la conducta.

El derecho de la competencia mexicano, en contraposición al de nuestras contrapartes estadounidenses y canadienses, presenta pocas oportunidades de acción privada, lo cual demuestra la insipiente de la rama en nuestro país, ya que ha sido muchas veces, uniendo la posibilidad de acciones de clase, con la actuación del Estado, como se han contenido oportunamente cárteles internacionales y una forma a través de la cual países como Estados Unidos han prevenido la erosión del poder adquisitivo de su población por parte de grandes transnacionales coludidas.

Los Estados como México y Estados Unidos han perdido de vista que, la realización de una práctica competitiva en un eslabón de la cadena productiva, se transmite y repercute en el resto de la cadena y por tanto en el poder adquisitivo de su sociedad.

Muchos sectores empresariales como el caso del transporte en Estados Unidos, o de las telecomunicaciones en México han sido exitosos no solo en coludir y cerrar sus mercados sino en desincentivar la entrada de competencia extranjera, un presupuesto que resulta tautológico si consideramos que, el Estado muchas veces no actúa contra estos entes anticompetitivos, bajo el argumento de que si elevan lo suficiente sus condiciones monopólicas atraerán competidores, aunque no se vea alguno viable a primer plano, principalmente del extranjero, el cual, como un salvador metafísico vendrá a romper el monopolio, muchas veces no consideran que el mismo hecho de desplegar prácticas depredatorias constantes, provoca temor reverencial entre competidores potenciales, los cuales no se arriesgarán a invertir en un mercado dominado por una empresa, que no será perseguida ya que muchas veces, como en el caso de depredación de precios se hace caer la carga de la prueba incluso de los beneficios del depredador, sobre el depredado.

El problema se gesta muchas veces, desde las definiciones vitales de la materia, desde el restringir la definición de agente económico a particulares que se involucran en el comercio directo y libre de bienes, retirando del alcance de la figura a los concesionados y al mismo Estado, hasta el crear leyes enteras preservando a la competencia como un fin y no como un medio.

Figuras atípicas como el monopsonio han sido solapadas por los Estados durante años, propiciando la depreciación y el cautiverio de insumos de producción, hoy veos economías plagadas de competencia imperfecta, bienes que afrontan baja rivalidad, factores fuera de control de agentes económicos individuales, presunciones de legalidad *per se* para prácticas ineficiente, información asimétrica que permite el atrincheramiento de poder de mercado, poca intercambiabilidad en materia de servicios y menor interconexión aún, perturbaciones distributivas y una fe a ultranza de que el mercado se corrige solo considerando como regla

casi natural e incontrovertible que, ante un cambio desfavorable en las condiciones competitivas de mercado, la legislación y el Estado deben permanecer silenciosos, mientras el consumidor disciplinara dicho mercado, sin considerar que los únicos consumidores con el poder para disciplinar a los grandes corporativos trasnacionales, son otras trasnacionales, el consumidor de a pie pocas veces tiene posibilidad de ejercer tal disciplina y de significarse en factor para la toma de decisiones en materia de competencia para las empresas, mucho menos en jurisdicciones donde las acciones de clase no son contempladas.

En el caso mexicano la Ley Federal de Competencia Económica ha restringido innecesariamente su ámbito de aplicación y su objetivo, declarando erróneamente que la legislación tiene por objeto, *per se*, la protección del proceso competitivo, desobedeciendo el mandato del artículo 28 Constitucional, que la constriñe a regular el comercio con la finalidad de beneficiar a la colectividad.

Por otra parte México en una mirada obtusa, evalúa la eficiencia de los mercados atendiendo únicamente a la teoría del equilibrio parcial y haciendo eje de dicha medición, el precio en numerario de las mercancías, sin considerar que el proceso competitivo debe de evaluarse en función de las condiciones en las que se realiza, esto es condiciones de distribución, venta, promociones, contenidos, acceso etcétera, muchas veces un precio numerario bajo no refleja un mercado competitivo, así mismo considera que un peso de ganancia para el consumidor es lo mismo que un peso de ganancia del productor o del proveedor de materias primas, sin importar las condiciones del sector industrial o del sector de consumo en las que se encuentren, lo cual nos da una visión irreal del proceso competitivo nacional que lleva a las autoridades a suponer que de manera automática, un peso de ahorro del productor se trasladará al consumidor y al proveedor de materias primas, sin que se inviertan recursos ni tiempo en investigar que dichas eficiencias especulativas, se deriven en el mundo fáctico, mucho menos han considerado nuestros legisladores, tribunales ni funcionarios que, el beneficio de una conducta anticompetitiva puede reportarse en factores diversos a la ganancia en numerario o en cantidades directas de dinero

Esta tesis propone el cambio de enfoque para México con base en la experiencia de Canadá de empezar a variar desde el objetivo de la legislación económica y ver a la competencia económica como herramienta y no como fin, propone la posibilidad de organizar la acción de clase en la materia para hacerla una alternativa viable para la investigación de conductas anticompetitivas y anticoncurrenentes, propone una revalorización del derecho a la concurrencia al mercado y un análisis más atento a las prácticas depredatorias, busca incentivar la investigación respecto a los monopsonios y recordar que los mismos no son una mera teoría especulativa, propone volver a considerar a la estructura no como eje de la investigación antimonopolio, sino como un elemento merecedor de consideración en la evaluación, así mismo, proponemos la reevaluación de la importancia de las prácticas relativas, considerando que muchas veces estas prácticas consideradas de gravedad leve a moderada constituyen los preparativos iniciales para un atrincheramiento considerable de poder de mercado, para una coordinación tácita de conducta o para sellar y mantener indebidamente un poder de mercado como impasible a las condiciones del mismo.

A través del presente trabajo se busca hacer énfasis en la necesaria judicialización del procedimiento de competencia económica, en la necesidad de crear jurisprudencia que estudie el fondo de las figuras de la materia, la necesidad de evaluar el impacto de teorías como la del levantamiento del velo corporativo en la aplicación de responsabilidades derivadas de conductas anticompetitivas, la necesidad de evaluar las eficiencias económicas argumentadas para la consecución de exclusividades y fusiones, a través del enfoque de teorías de equilibrio total que analicen no solo las posibles eficiencias derivadas de estas figuras, sino que evalúe su factibilidad, su impacto para la sociedad y la pérdida inicial que representan, así como el permitirse trazar una temporalidad tentativa durante la cual debieran manifestarse en el mundo fáctico dichas eficiencias y su derrame hacia otras cadenas productivas.

En el apartado de conclusiones se analizan varios de estos escenarios y se proponen diversas soluciones que la tesista ha considerado como viables, sin embargo la principal contribución requerida en la materia es la de su estudio, difusión y expansión, contribución en la que las Universidades, los docentes, investigadores, jueces, legisladores y funcionarios tienen un papel fundamental, al cual al final del día, la presente tesis pretende contribuir

## **CAPÍTULO I ANTECEDENTES E IMPORTANCIA DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA EN AMÉRICA DEL NORTE.**

### **1.1 HISTORIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ESTADOS UNIDOS**

El derecho antimonopolio (en su acepción inglesa) surge formalmente en Estados Unidos, como herramienta jurídica sin embargo, existen antecedentes de legislaciones encaminadas a regular el poder empresarial dentro del orden del *common law*, específicamente en Inglaterra desde 1621 con el "Estatuto de monopolios". En los tiempos de Jaime I, se revocan mediante este Estatuto de Monopolios todas las patentes concedidas con anterioridad por tiempo indefinido, y el Parlamento limitó el poder del Rey para expedir patentes a inventores o creadores originales por catorce años, siempre y cuando dichos derechos no quebrantaran otros derechos fundamentales, y no dañaran en demasía el comercio o fueran generalmente inconvenientes para la economía doméstica.

En el caso de los Estados Unidos resulta relevante resaltar que, su historia está íntimamente ligada con el ejercicio y el desarrollo del poder económico, el flujo del comercio y la intervención gubernamental. Desde que se conformaban por colonias inglesas, el pensamiento económico estuvo presente siendo un factor detonante de la Fiesta del Té de 1773, dejando en la conciencia de los primeros norteamericanos la incipiente idea de establecer reglas que fomentaran el comercio y regularan el mercado con ciertos objetivos tanto económicos como sociales.

El pueblo estadounidense y sus instituciones reflejan un antiguo síndrome cultural económico, que abarca la creencia de que las políticas públicas y las instituciones deben organizarse de tal modo que, aseguren el acceso a un capital mínimo y a su vez fomenten la innovación industrial, esta mancuerna nacida después de la guerra civil estadounidense, se traduce en el semillero de un proceso auto regenerativo de crecimiento, base de la economía americana, cuyos ejes se traducen en la noción de la propiedad privada y la empresa, motivada por fines de beneficio de principios de siglo, principio este último aparentemente en desuso el día de hoy. Estas nociones nacen para apoyar el crecimiento del entonces pequeño negocio de la época Jeffersoniana, núcleo y corazón de la economía de los Estados Unidos de América, cuya incipiente estabilidad no hubiese soportado económicamente actores de gran tamaño, con poder suficiente como el de hoy en día para acorralar mercados y provocar cárteles.

Así mismo, tenemos antecedentes de conductas políticas organizadas en contra de abusos del poder económico desde épocas tempranas, éste fue el caso del Movimiento Granger en 1867 fundado por Oliver Kelley, el cual estuvo activo desde sus inicios, alcanza su punto álgido en 1875.<sup>1</sup> El movimiento se convirtió en un foro que permitía a los granjeros

---

<sup>1</sup> Granger Movement, [enciclopedia Columbia en línea], Columbia, Estados Unidos, Columbia University Press, 2005, 30/06/2005, 6ª edición, Formato HTML. Disponible en Internet: <http://factmonster.com/ce6/history/A0821549.html>. ISBN 967-38-6534-9.



actuar contra los abusos económicos de la época, y organizarse en empresas colectivas. Al ir ganando poder, aseguraron la aprobación de diversas leyes rurales, que establecían y autorizaban tasas máximas para servicios como ferrocarriles, almacenes generales de depósito, elevadores, grúas; así mismo, crearon comisiones para la administración de dichas regulaciones.

Lo anterior debido a que las grandes empresas especialmente en los sectores de trenes, manipularon los precios de los servicios; al principio, se buscaba contrarrestar dicho poder económico y lograr que los servicios se mantuvieran en un umbral alcanzable. Las regulaciones impulsadas por el movimiento *Granger* y tildadas de populistas, fueron combatidas de constitucionalidad por los afectados. En concordancia, el caso **Munn vs. Illinois de 1876**, estableció como constitucional el principio de control de facilidades privadas relacionadas a uso público. En otras palabras, mediante el caso, la Corte apoyó la legislación estatal que regulaba y limitaba tarifas y condiciones para negocios que afectaran al interés público. Al criterio **Munn** se le enfrentó el criterio del caso **Wabash de 1886**, dando como resultado la necesidad de definir parámetros en una ley para mayor seguridad jurídica.<sup>2</sup>

A partir de entonces y hasta principios del siglo pasado, la regulación de precios y las tasas máximas se volvió predominante en mercados donde las condiciones de competencia fueron consideradas insostenibles o inalcanzables, en dichos mercados intervinieron los reguladores estimando tasas, simulando el precio que alcanzarían en mercados competidores.

El derecho antimonopolio legislativamente hablando como un cuerpo propio, surge en el siglo XIX como un medio para prohibir la cartelización y diversas combinaciones empresariales ("*trust*" como eran conocidos en dichas épocas). Estos cárteles reunían en la misma organización, el poder de tomar las decisiones de precio y producción para industrias enteras, así como la habilidad de elevar los precios **y excluir a los rivales que se negaran a cooperar en sus acuerdos**, provocando una alta concentración del poder económico en la industria estadounidense, una depresión de la capacidad adquisitiva para el consumidor y una baja concurrencia en los sectores cautivos. El derecho antimonopolio como herramienta contra estos entes, surgió en Estados Unidos por primera vez en **1890, a través de la Sherman Act**.

Uno de los avances más importantes que significó la creación de la *Sherman Act* en 1890, fue el remplazar un mecanismo de política de competencia pasiva en el cual el papel de las cortes americanas se reducía a negarse a reconocer legalidad a acuerdos encaminados a suprimir la competencia, con un sistema de aplicación positiva, ejecutable y accesible a través de actividad gubernamental o privada. William Baxter, Asistente del Abogado General de la División antimonopolio para el periodo 1981-1984 comentó<sup>3</sup>, a casi un

<sup>2</sup> *Munn vs. Illinois* [94. U.S. 113,126]. Diez años después de la decisión *Munn*, el Congreso Estadounidense promulgó la *Interstate Commerce Commission Act*, marcando así su entrada al campo de regulación de tarifas.

<sup>3</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker. **Antitrust Law in perspective, cases: concepts and**

siglo de la promulgación de la Ley:

"Sus provisiones contienen el espíritu del derecho antimonopolio, estas son establecidas de manera amplia y general y casi tan conocidas como los de calidad constitucional, abarcando conceptos fundamentales con una **simplicidad** virtualmente desconocida en las promulgaciones legislativas modernas. Al hablar de su falta al proveer mayor guía los diseñadores de nuestras leyes antimonopolio no abolieron su responsabilidad más de lo que lo hicieron los diseñadores de la Constitución. **Las leyes antimonopolio fueron escritas con la conciencia de la diversidad de la conducta de negocios y con la certeza de que los estatutos detallados que pudieran prohibir conducta socialmente indeseable carecerían de la flexibilidad necesaria para alentar o al menos permitir conductas deseables.**

Para proveer dicha flexibilidad el Congreso adoptó lo que es en esencia una legislación permisiva, la cual permite su refinamiento y la definición de la ley antimonopolio en un sistema de common law mediante la evolución guiada solamente por las directrices estatutarias más generales"

La evolución y refinamiento de la *Sherman Act*, se ha dado a través del ejercicio judicial y el precedente, cosa que en México al inhibirse la creación de jurisprudencia al no ser judicial la materia y su fondo, produce una operación jurídicamente deficiente del sistema. Esta discrecionalidad otorgada por la Ley a las cortes debido a la redacción general de términos en la ley, ha sido reconocida plenamente en los fallos de la Suprema Corte y dicha facultad fue refrendada en el **State Oil Co vs. Khan de 1997**, dicha discrecionalidad ha facilitado la flexibilidad y adaptabilidad de la política de competencia a las condiciones del mercado nacional americano, flexibilidad que ha sido ampliamente aprovechada a través del tiempo por las agencias federales de investigación antimonopolio y por las Cortes en la aplicación de los estatutos de la materia.

Los últimos avances en legislación antimonopolio estadounidense, los constituyen los Lineamientos para la evaluación de fusiones, siendo los primeros publicados los "**Antitrust Guidelines for International Operations**" de Noviembre 1998.

### **1.2 Los mercados atomizados y la época de la pequeña y mediana industria (pensar en pequeño).**

Durante la preguerra civil, se consideraba que la ganancia de un individuo no necesariamente debe obtenerse a expensas de otros, siendo el trabajo el que tiene que servir al cumplimiento de la promesa de la abundancia, pensando que todos tienen una oportunidad de obtener una tajada del gran pastel y que este crecimiento económico era la base de lanzamiento para mejoras culturales y morales entre la sociedad. Se confió en el sistema judicial como moderador del crecimiento dándole a este poder una parte vital en la política económica del Estado, al juzgar las conductas y las leyes en relación con los objetivos de la política económica imperante.

En esta época, se estudiaron las visiones de Hamilton y Jefferson; el primero planeaba organizar las fuerzas económicas para promover el crecimiento macro económico, mientras que Jefferson estaba dispuesto a sacrificar las eficiencias productivas para alcanzar valores políticos, sociales y culturales. Irónicamente fueron los esfuerzos *Jeffersonianos* de compra y distribución de tierras baratas para una República principalmente rural, los que sentaron la base de la vida urbano industrial, ya que la tierra barata en el sur creó incentivos para el desarrollo industrial del norte donde las tierras no eran tan fértiles, se favoreció la expansión industrial, salarios altos disponibles e incentivos para los empleadores para acrecentar la inversión de capital, conforme mejoraban las condiciones económicas había más posibilidad de adquirir tierra barata que se destinaba a medios distintos de los agrícolas. El panorama de preguerra era el de un desorganizado crecimiento de la población, volatilidad de la demanda en los mercados internacionales y sobre expansión de los productos agrícolas.

Mientras en la América de la Penguerra, los costos decadentes eran resultado de los subsidios a la pequeña y mediana empresa especialmente en los sectores de transporte y comunicaciones para favorecer el comercio agrícola. **En 1820, durante la guerra civil Norteamericana el costo de vida decayó entre un 61 y 65%, las inversiones de las ganancias se dieron de tal manera que impactaron el poder adquisitivo de los trabajadores aumentando su capacidad de compra y manteniendo el círculo virtuoso que dio a Estados Unidos su primer poder económico.**

Después de la guerra civil (1865, en adelante), se enfatizó la gran transformación de los Estados Unidos de una sociedad agraria *jeffersoniana* a una sociedad industrial, hubo gran demanda tanto de productos agrícolas como industriales, al cubrirse las necesidades básicas se dio el auge de bienes no agrícolas, gracias a estas empresas crecidas con subsidio empezó el desarrollo de los negocios industrializados de mano de obra intensiva en grandes empresas, y se dio mucha importancia a la interpretación de la cláusula de comercio en la Constitución de los Estados Unidos de América para mantener el equilibrio entre los distintos tamaños de la industria americana. Para estos fines se confió en la trilogía **precio- salario-beneficio**, ante la evidencia de que sin salario no hay compra, se trataba de convertir a la fuerza de trabajo norteamericana en una fuente boyante de demanda, especialmente para los **artículos manufactureros**.

Así mismo, los empresarios respondieron a este crecimiento de la manufacturera americana, la caída de precios a favor de la demanda después de la guerra civil y, el crecimiento en la producción en general, creando nuevas formas de organización

empresarial para capitalizar mayores beneficios; nacieron así a principios del siglo XX, el *trust*, el *holding*, el *joint venture*, obra de los abogados financieros que encontraban nuevos instrumentos para combinar y ordenar capitales a través de los mercados financieros.

### **1.3 La primera oleada monopólica en los Estados Unidos; la era de los *trust*<sup>4</sup>.**

Dentro de estas nuevas formas de acomodar capitales encontramos a los “*trust*” o conglomerados, los cuales consistían en que los accionistas de varias empresas transferían sus títulos de acciones a un cierto número de personas encargadas de la administración del conglomerado, la cual estaba encomendada a un reducido número de ejecutivos, dicha transferencia de acciones se daba a cambio de un título que les daba derecho de participar en las ganancias obtenidas por todas las empresas participantes en el fondo común. Esta figura dio como resultado que la participación de mercado de los conglomerados siguió creciendo, lo que les permitió adoptar tácticas depredatorias que los consolidaron y sellaron el mercado, a muchos inversionistas de los conglomerados se les fue diluyendo su participación y los trabajadores fueron objeto de despidos masivos ocasionados por el cierre de plantas.

Durante los primeros años del siglo XX, se hace patente la necesidad de nuevas medidas que controlaran a favor del Estado las nuevas fuerzas de mercado liberadas en la economía Norteamericana, se comenzó instruyendo detalladas regulaciones de precios dentro de mercados tendientes a la concentración. Las nuevas industrias tendientes a la concentración fueron principalmente, las del acero, azúcar, hidrocarburos, industrias pesadas y las que derivaban su demanda de los servicios públicos, comunicaciones, equipo eléctrico, constructoras, manufacturas. El nuevo consumidor de gran poder que entraba en la ecuación eran los municipios y su contratación masiva de servicios públicos.

A su vez, previo y durante la Primera Guerra Mundial, las empresas públicas y de flujo masivo se convierten en consumidores de carbón, cobre, estaño, maquinaria eléctrica terminada y en partes, vagones de carga, trenes de acero, asfalto, aluminio, concreto y mano de obra, también las empresas urbanas ante el crecimiento de las ciudades y de las necesidades de sus compradores principales, los municipios, resultaron altamente rentables y al ser bienes de relación demanda-precio inelástica, se dieron los primeros abusos de concentración de poder.

Las firmas de capital intensivo ganaron eficiencias de escala y por tanto teóricamente fueron capaces de abaratar costos a grado tal que la pequeña industria no podía costear, teóricamente dichos costos reducidos beneficiarían al consumidor, pero no se dio esta transferencia de bienestar, entonces surgió la siguiente pregunta en la práctica ¿Que hay del poder que la organización a larga escala confiera a un gigante corporativo, quizás

---

<sup>4</sup> El término deviene de un tipo de combinación que los abogados de Rockefeller idearon para controlar el mercado del petróleo, el término *trust* se utilizó desde entonces para designar a diversas formas de concentración industrial.

hasta el punto de darle una total predominancia en el mercado?, sin reglas que normaran su conducta ni competidores que influyeran en sus decisiones, estas firmas empezaron a derivar beneficios recalcitrantes controlando los niveles de producción, de adquisición de materia prima y de mano de obra rompiendo el trinomio precio- beneficio-salario, hasta el día de hoy.

Los primeros *trust* que golpearon el poder adquisitivo de los norteamericanos fueron los de los empacadores de carne, aceiteros, azucareros, aceros y tabacaleros. El mercado estaba plagado de arreglos desde el empacamiento del cartón hasta la reventa de víveres, no existía transferencia de los ahorros que las economías de escala hacían posible para las empresas hacia los consumidores o los mercados de factores, y sí hubo una pérdida en la diversidad de opciones de consumo al quebrar las pequeñas y medianas empresas locales y familiares de los americanos.

En los bienes de consumo básico resalta el caso de la *American Sugar Refining* en Nueva York, desde 1887 esta empresa buscaba fijar precios con todas las refinadoras de Brooklyn hasta que las absorbió. Cuando el cártel fue declarado ilegal en 1891 por la Suprema Corte Estatal, la organización se limitó a reincorporarse en Nueva Jersey, para 1900 habían eliminado a toda la competencia restante en la región formando la *National Sugar Refining Company of New Jersey*, para 1907 había monopsonizado y consumía el 98% de la producción azucarera nacional, controlando también el mercado de trabajo de la industria y fijando los salarios así como el precio de compra del insumo principal.

Gracias a la activa persecución del cártel por el gobierno estadounidense éste fue perdiendo poder monopólico y monopsonico, sin embargo, esta cruzada y sus efectos abarcaron casi 30 años, hasta 1922, cuando, a pesar de permitirle permanecer como una firma integrada, sus actividades fueron atentamente vigiladas para prevenir prácticas restrictivas y como resultado de las nuevas tecnologías y del resurgimiento competitivo en la industria, su compra de la producción de caña de azúcar cayó al 32%, reactivándose de esta forma la competencia en los precios del azúcar<sup>5</sup>.

El establecimiento administrativo de tarifas, fue la primera respuesta del gobierno, sin embargo, requería otro brazo, la creación de un derecho contra los monopolios que azotaban el poder adquisitivo de los norteamericanos, así se trazó un sistema de relaciones económicas para establecer relaciones **precio-beneficio-salario**, el equilibrio de estos tres principios constituirían la base para la economía americana y el nacimiento del derecho antimonopolio en sí. Así esta nueva rama del derecho económico a su vez deriva en dos vertientes, el derecho de la competencia económica encaminado a normar la conducta de las empresas, su efecto sobre el proceso de competencia, la legalidad de la adquisición de su poder de mercado y su ejercicio, y el derecho del consumidor encaminado a regular la relación entre el poder adquisitivo de un particular y el precio de los bienes, y cuya herramienta principal sería la regulación de tarifas.

---

<sup>5</sup> Bradely, James, "Sugar". [en línea], Nueva York, Sociedad Histórica de Nueva York, [fecha de publicación desconocida], [citado 15/08/07], formato Html. Disponible en internet: <http://www.nyfoodmuseum.org/sugar.htm>

La *Sherman Act* nace el **2 de Julio de 1890**, toma su nombre del senador John Sherman de Ohio y nace durante una época reconocida por la historia económica americana como populista con su prolongación, el neo populismo, que va de 1940 a 1970. Esta corriente prefería los mercados atomizados aún a costa de la eficiencia productiva, transaccional o asignativa económica, para favorecer una sinergia distributiva. Según el Juez Learned Hand, uno de los propósitos de la *Sherman Act* había sido:

"Perpetuar y preservar por su propio bienestar y a pesar de posibles costos una organización de industrias de pequeño tamaño que pudieran efectivamente competir unas con otras"<sup>6</sup>.

En el caso de la *Sherman Act*, existe evidencia de un arduo debate para su creación que pasó desde las doctrinas económicas surgidas a partir del Darwinismo hasta teorías microeconómicas y la consideración de los efectos del *trust* en los trabajos del mantenimiento del mecanismo de precios para considerar una combinación aceptable o inaceptable. El senador John Sherman durante el debate de la ley declaró que los conglomerados estaban gobernados únicamente por la ley del egoísmo, el cual las llevaba a perder de vista el interés del consumidor, los conglomerados dictaban los términos a las compañías de transporte, dominaban el precio del trabajo sin miedo a huelgas; colocar un poder tan concentrado en las manos de unos pocos hombres era una prerrogativa peligrosa, inconsistente con la forma de gobierno de los Estados Unidos y debía ser evitada por las autoridades nacionales. Si los americanos no habían tolerado a un rey como poder político, no debían soportar un rey sobre la producción, el transporte o la venta de artículos necesarios para la vida. Si no se habían sometido a un emperador, no debían someterse a un autócrata del comercio<sup>7</sup>.

Posteriormente nace la **Ley Clayton en 1914**, motivada por miedo de que la regla de la razón anunciada por la Suprema Corte en el caso **Standard Oil**, dejara a la *Sherman Act* incierta e incoercible. La nueva ley buscaba clarificar ciertas prohibiciones de la *Sherman Act* y, junto con el Acta de la Comisión Federal de Comercio, introdujo un estándar de insipiencia que prohibía cualquier conducta que tendiera a la violación de la *Sherman Act*.

La siguiente legislación nace en la era de Roosevelt, fue la *Robinson Patman Act*, de 19 de Junio de 1936, la cual introdujo la figura de **discriminación de precios y la prohibición de concentración de ciertas industrias**. Para proteger de la nueva legislación antimonopolio a ciertas industrias principalmente exportadoras existió la *Miller-Tydings Act* de 1937, que exceptuaba a ciertos arreglos de reventa entre productores y distribuidores de la *Sherman Act*.

Para 1938, los problemas económicos de Estados Unidos incluían desempleo,

<sup>6</sup> GARVEY Gerald J y Garvey George E. **Economic Law And Economic Growth. Antitrust, Regulation, and the American Growth System.** Nueva York, Praeger, 1990, p.63.

<sup>7</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *Ibidem*, p.60.

concentración de la riqueza y del poder económico y poca libertad industrial, el equilibrio salario-precio-beneficio se rompía irremediablemente, al perder sus empleos varios consumidores bajaba la demanda de productos al bajar la demanda de productos, bajaba su precio iniciando guerras de costo bajo que sacaron del camino a muchas pequeñas y medianas empresas significando que sólo las empresas más grandes, que podían soportar vender a precios por debajo del costo de producción estándar sobrevivirían, perdiéndose más empleos y agudizándose la guerra de precios, siendo las empresas grandes suficientemente fuertes para resistir la debacle pero no para absorber la mano de obra arrojada al desempleo. El gobierno ante la pérdida del necesario poder de consumo pensó en intervenir estabilizando precios y fomentando la coordinación entre las medianas y pequeñas empresas para mantener los precios y mantenerlas en el mercado. Fue la entrada de los Estados Unidos a la Segunda Guerra Mundial bajo el ataque a Pearl Harbour, la que restableció la demanda de productos estadounidenses principalmente en los mercados extranjeros y la que mitigó temporalmente el problema gracias a la economía de guerra, sin embargo, había que hacer los ajustes económicos mientras contaran con el consumo bélico.

El 29 de abril de 1938, Roosevelt pidió al Congreso realizar un estudio de la concentración del poder económico en la industria americana y poner especial atención en los efectos de dicha concentración en la baja competencia y la escasez de opciones para el consumidor. El presidente estableció que la concentración latente de las grandes empresas atentaba contra la libertad de las instituciones democráticas ya que obtenían poder, propiciando la guerra de precios bajos que sacaba a su competencia del mercado provocando desempleo y pérdida de opciones y poder adquisitivo en la sociedad americana. A su inquietud sobre la concentración de poder y la libertad de las instituciones, el presidente de la Cámara de Comercio de los Estados Unidos respondió:

"La pequeña y mediana industria constituyen la base de nuestro capitalismo, debemos hacer posible su existencia y crecimiento. Estas no pueden sobrevivir si el peso y la carga de los Grandes Negocios pueden ser usados para frenar o aplastar a los pequeños competidores...

....Debemos demostrar nuestra fe en la libre economía haciéndola confiablemente libre y liberando el camino para pequeñas empresas en aras de dicha libertad, **instintivamente los Americanos saben que la caída de los pequeños negocios significaría la caída de la libre economía.** En un capitalismo popular de la clase del capitalismo Americano, el monopolio no es un vicio sino **una tendencia anticapitalista.** Esta atenta contra las ideas e intereses de una economía democrática y competitiva<sup>8</sup>."

<sup>8</sup> U.S. Department of Commerce ,390 bills, a digest in behalf of small business 1933-1942, p.1

Se llegó a la conclusión de que, poco se había hecho para alterar el complejo patrón de fuerzas prácticas e instituciones, lo cual dio como origen el colapso de 1922 y el largo periodo de desempleo, crisis interrumpida y amortiguada por las actividades bélicas. Con el retorno a la paz, muchos aspectos de este patrón de conducta sobreviven, sin embargo, los desajustes resultantes de la concentración de poder económico podían agravarse por nuevas dislocaciones creadas por la misma guerra propiciando futuras concentraciones económicas.

A su vez y a nivel estatal en la década de los 50's se aprobaron varias leyes antimonopolios y para el sector específico de concentración bancaria se introdujo la *Bank Holding Company Act* de 1956. Cabe mencionar que el Acta Federal de la Comisión y el **Acta de la Comisión de Comercio Interestatal**, contienen prohibiciones de lo que se considera conducta empresarial desleal, la cual abarcaba todas las actividades prohibidas por otros estatutos teniendo como efecto la extensión en las facultades de la Comisión para perseguir prácticas depredadoras de mercado, esto es, con estos estatutos se marcó la política antimonopolio estadounidense la cual no persigue en sí al monopolio, sino busca evitar la monopolización de los factores de la producción en esta época, así mismo, se dio pie a la regulación de precios en favor del consumidor simulando escenarios competitivos. Los neo populistas buscaban a través del pensamiento económico balancear las sinergias sociales y no necesariamente un mecanismo de precios, el precio no era el objetivo sino la organización económica óptima de la industria americana que favoreciera la sinergia social, ofreciendo una protección especial a través de las leyes antimonopolio a los pequeños comerciantes y hombres de negocios de la localidad.

Uno de sus propósitos era avanzar una agenda de fines no económicos, sociales y políticos, a través de la habilidad de los americanos para resolver problemas de economía básica, así como la posibilidad de producir un superávit que pudiera ser usado en programas distributivos de la riqueza.

Si bien los neopopulistas no podían frenar el crecimiento empresarial, sí podían monitorear las fuerzas que posteriormente “provocarían el gigantismo corporativo”, así frenaron las fusiones horizontales, para mantener mercados un poco más fragmentados, promoviendo el bienestar de los pequeños productores. Sin embargo, no todas las combinaciones empresariales resultarían prohibidas, se creó una regla de la razón para evaluar la conducta empresarial a la luz de las eficiencias que acarrearía esta regla de la razón fundamental en el derecho de la competencia económica de hoy día, dicha regla empieza a formularse desde la segunda década del siglo XIX pero propiamente nace en 1931 derivada del caso **Standar Oil Co Inc vs United States**, la misma fue desarrollada por el albedrío del Juez White, quien esgrimió un parámetro vital para la política económica estadounidense que la arrojó a buscar sancionar la monopolización más que el monopolio:

"Si las combinaciones pudieran prevenirse, el monopolio surgiría solo si las circunstancias económicas en la industria tendieran naturalmente a



soportar la emergencia de un productor o vendedor único"<sup>9</sup>.

Bajo el parámetro de la Standard Oil se determinó que el crecimiento interno de una empresa no siempre implica abuso de poder económico, sin embargo, se siguió condenando la consolidación de empresas como presuntamente ilegales.

En el caso del acero US Steel, la Corte permitió bajo la regla de la razón, que un gigante del acero mantuviera una posición dominante adquirida a través de fusiones, en 1902 cuando JP Morgan presidió la fusión de los activos de Andrew Carnegie's con compañías que concentraban más de 150 productos del acero para formar US Steel, y ante una época que buscaba manufacturas de guerra basadas en el acero a bajo costo para los gobiernos federales, entonces nace la más grande compañía americana en la historia de lo Estados Unidos o de cualquier otra nación en su tiempo dentro de la bélica industria acerera. En este tipo de fusión, la regla de la razón funcionó más como una Ley de la buena alianza, se atendió sólo a la manifestación precio de la competencia, resolución controvertida en la época neo populista, sin embargo, no es de sorprenderse que se diera en época de los albores de la Primera Guerra Mundial, en una industria vital para la seguridad de los Estados Unidos de América, entonces se adujo una conciliación entre el *antitrust* y el crecimiento económico.

En el campo de fusiones aún había varios estándares que desarrollar buscando fortalecer las economías de escala, pero a su vez tomando en cuenta que las empresas norteamericanas ya estaban consolidadas y ahora buscaban la expansión continental, se consolidaron en la época del "*think small*" y necesitaban una variación de pensamiento hacia la expansión como promoción al crecimiento interno del nuevo ente de derechos llamado industria. Se estudiarían las eficiencias frente a la pérdida vitalidad competitiva que resultaría de la salida de las empresas fusionadas. A la larga esta decisión tuvo resultados adversos sobre la competencia y la innovación<sup>10</sup>.

Sin embargo, durante la gran depresión los consejeros de Roosevelt imaginaron que una variedad de organizaciones que actuaran como cárteles representaban mayor riesgo que la guerra misma, idearon entonces la *National Recovery Administration Act*, para promover la estabilización de precios y de la industria. Esta organización en un principio fue tachada de inconstitucional, sin embargo, la tendencia de la administración Roosevelt inspiró a varios productores de carbón para realizar una empresa común para la venta y así proteger de la depresión las condiciones de venta del carbón, esta asociación pretendía controlar la producción y asignar órdenes entre los productores, estableciendo participaciones de mercado y precios.

En atención a la crisis sufrida, el Departamento de Justicia y sus abogados buscaron

---

<sup>9</sup> **Standard Oil Co. vs. United States**, 283 U.S. 163, 51 S.Ct. 421, 75 L.Ed.926 ( 1931).

<sup>10</sup> Después de algunas décadas la empresa parecía incipiente en el mercado internacional al caer ante la innovadora industria alemana de amplia competencia que perforo el mercado americano antes de la Segunda Guerra Mundial.

revocar el arreglo alegando que era meramente una forma de estabilizar precios, dividir y asignar órdenes de compra, que elevaría los precios más allá del nivel competitivo, sin embargo, en 1933 y como veremos después la Suprema Corte sostuvo su legalidad<sup>11</sup>, atendiendo la necesidad esgrimida de racionalizar la producción en las industrias a pique y de estabilizar los precios de venta del carbón para evitar más pérdidas en la industria, calificó el acuerdo como racional de acuerdo a las condiciones de la industria del carbón en ese momento. De manera contrastante en el mismo año se aprobó una Ley que establecía un impuesto contra las cadenas de tiendas, al analizarlo el Juez Brandeis, en el caso **Liggett de 1933**, estableció:

“La concentración de poder industrial atenta contra los costos sociales y políticos que alejan los beneficios económicos, la concentración de poder amenaza con poner en jaque las libertades y oportunidades de los individuos, de volverse independientes en el comercio y con apagar el vigor y la esperanza de las pequeñas poblaciones”<sup>12</sup>.

En 1940, saliendo ya de la depresión se fijaría la regla *per se* en contra de la fijación de precios a través del caso **Socony Vacuum**, iniciando un periodo de desarrollo de las conductas *per se*, reglas esgrimidas para promover la certidumbre y desincentivar las conductas en las Cortes librando a la Corte del punto del análisis económico a favor de la legalidad y la certidumbre jurídica, estas reglas comenzaron en la década de los 40's.

En el periodo entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial la gran preocupación era mantener un mercado atomizado, ya que en este periodo los cárteles se convirtieron en casi poderes coordinados junto con los gobiernos imperiales, Estados Unidos mantenía una postura aislada de autosuficiencia .

Un importante ejemplo de que aún con la regla de la razón, la visión era analizar el impacto de la conducta comercial en el mercado, lo proporciona el caso **Wilkard vs. Filburn**<sup>13</sup> de 1942, dicho caso dio una interpretación clave a la cláusula de comercio observada bajo los resquicios del *New Deal*, siendo un caso básico donde se impone una multa a un agricultor por cultivar mayor cantidad de metros cúbicos de trigo de la que tenía autorizados, derivó un análisis importante, ya que Filburn alegaba que dicho trigo sólo se usaría para consumo personal, sin entrar en el comercio, sin embargo, la Suprema Corte excesivamente en dicho caso pero con un criterio que puesto en perspectiva hoy día resulta interesante, determinó que el alcance de la cláusula de comercio era determinar si, la actividad reglamentada **tenía efectos en el comercio interestatal aunque la misma no**

<sup>11</sup> **Appalachian Coals vs. United States** , 288 U.S. 344, 53 S.Ct. 471, 77. L. Ed. 825 (1933), p.61

<sup>12</sup> GARVEY Gerald J. y Garvey George E. *Ibid.*, p. 65.

<sup>13</sup> FEINMAN M. Jay. **Introducción al derecho de Estados Unidos de América. Todo lo que debe saber acerca del sistema jurídico estadounidense.** [Trad. Mercado González Enrique Cruz], México, Oxford University Press, 2004, (s.p.i.),p.38.

correspondiera originalmente al comercio, es decir, determinó que la actividad podría entrañar perjuicio al comercio si muchos otros pequeños agricultores consumían su propio trigo y dejaban de acudir al mercado, o si como práctica comercial se inundaba el mercado de trigo propiciando su baja excesiva de precio desde la oferta. Al final, la Corte determinó que, esta ausencia del consumidor al mercado por la autogeneración dañaba al comercio interestatal. Hoy en día, esta cláusula resulta de especial interés ante la epidemia de integraciones verticales que permiten los regímenes jurídicos y su efecto en los mercados de materias primas y bienes semi-terminados al reducir el número de empresas que acuden a los mercados de factores e insumos.

A su vez en esta decisión extiende el escrutinio antimonopolio a la amenaza que representa una conducta originalmente no comercial, hacia el mercado al configurar efectos indirectos sea en la industria principal o en las relacionadas y los mercados de factores. Hoy se ha minimizado de facto el efecto de la conducta empresarial en los mercados de factores y demás relacionados, haciéndose los juzgadores ignorantes de dichos factores en sus análisis jurídico-económicos.

Así mismo, durante la década de los 40's y 50's las empresas de servicios urbanos se consolidaron a través del apoyo a la mediana empresa de principios de siglo, y para esta época ya tenían una amplia capacidad, aunque las facilidades eléctricas, construcciones, carreteras y telefónicas necesitaron mayores instalaciones antes de que pudieran distribuir y operar, requirieron fuertes inversiones iniciales que permitieron la concentración en los primeros años y los subsidios estatales, los precios en un principio fueron prohibitivamente altos, conforme creció la demanda decreció el costo marginal de la producción del servicio. Aquí nace una nueva disyuntiva, la medición de la competencia y la conducta empresarial en el sector servicios.

Nacen las industrias de costo decreciente con necesidad de altas inversiones iniciales que por su parte crean mercados concentrados naturalmente. Se regularon sus costos a través del establecimiento de la regulación de precios, se les declaró industrias afectas al interés nacional y por tanto sujetas a revisión de precios oficiales.

En 1945 una decisión evidencia el apoyo de las Cortes al mercado atomizado, el caso Alcoa donde una empresa dedicada a los productos de aluminio detentaba tal poder de mercado que marcaba las decisiones de la industria tendiendo a la monopolización, implícitamente Alcoa era un monopsonio al acaparar la materia prima, ya que poseía el 90% del Aluminio virgen de América y, amenazaba el régimen de precio competitivo tanto para productos finales como para la materia prima. El Juez Hand definió en este caso lo que la política económica americana buscaba:

“Es posible debido a su efecto social indirecto y moral el preferir un sistema de pequeños productores cada uno dependiente de su propio éxito basado en sus habilidades y características que en uno de grandes masas donde los más deberán aceptar las condiciones

impuestas por unos pocos<sup>14</sup>.”

Esta decisión esta tomada en relación con la importancia del factor diversidad en el mercado contra la producción sistematizada. Parecía inútil sancionar la fijación de precios como per se y no sancionar la monopolización.

Después de la Segunda Guerra Mundial, pasada la Gran depresión, las cruzadas comerciales permitieron la expansión de la economía americana, con altos salarios y fuertes inversiones a nombre de la eficiencia, se buscó que las industrias prosperas siguieran prosperando, se dio una relativa reducción de costos para impulsar el ciclo económico, algunas de ellas artificiales, se dio una desaceleración en la demanda de servicios y bienes urbanos como resultado de la baja natalidad, la mortandad de la guerra y el cierre de la vieja frontera se incrementó la necesidad de la expansión, la cual sólo se lograría desde el extranjero, esta se concibió como la clave de la prosperidad de la época de post guerra. La conferencia monetaria de Bretton Woods, en New Hampshire de 1944, reveló el nuevo patrón de demanda recíproca internacional al crear nueva demanda de bienes a través de los programas de ayuda al extranjero.

Siguiendo el Plan Marshall, los Estados Unidos inyectaron dólares a la economía mundial, los beneficiarios de dichos dólares como estaba planeado, los usaban comprando productos agrícolas americanos para alimentar a sus poblaciones, esto sumado a los créditos concedidos para la compra de equipos de capital americano para reconstruir economías .Se generó entonces la demanda de exportaciones americanas con dólares financiados que permitió mantener el nivel de empleo y un consumo estable, generándose así un crecimiento económico que mantuvo altos los salarios de los trabajadores locales resultando en un poder económico boyante alentado desde el exterior.

Así mismo, la sana balanza comercial permitía pagar los productos extranjeros que consumían los americanos. Henry Lee anunciaba la determinación total de la política americana no sólo para reconstruir el mundo de la post guerra y recabar las ganancias que de ello derivarían, teniendo la oportunidad de hacerlo a la imagen de los valores económicos americanos, capitalismo, mercados libres en el discurso, competencia entre los independientes y la empresa americana que con este panorama de mercado se convertiría en trasnacional. Resulta interesante contemplar que mientras el discurso hablaba de un mercado libre se aprobaron miles de subsidios a los productos agrícolas americanos a través de la *Agricultural Act*.

Se exportó la idea de un derecho antimonopolio y de la necesidad de competencia internacional, considerando que, **el descomunal poder de las empresas de bienes pesados en Japón y Alemania habían contribuido a la consolidación de control de Hitler y Tojo**, cuyas compras de armamento dieron las bases de las alianzas político industriales de la guerra que transmutaron al imperialismo alemán y japonés al plano internacional, se enfocaron a la sanción del monopolio y los mercados concentrados a nivel global más que el nacional, esto bajo la batuta de Thrumán Arnold y la ley

<sup>14</sup> **United States vs. Aluminum Co. of America**, 148, F.2d, 416 (2nd Cir. 1945), p.32.

antimonopolio americana; creando en esta época la división de persecución antimonopolio del Departamento de Justicia para apoyar a las agencias existentes en la erradicación de cárteles internacionales.

La economía americana entonces comenzó su periodo de expansión internacional con un país capaz de producir, al no haber sido tan dañado físicamente por la guerra y ser capaz de inyectar capitales, lo que requerían era la apertura de los mercados globales para sus suministradores de capital, bienes y servicios.

Las empresas americanas crecieron y se expandieron y el comportamiento oligopólico empezó a concebirse como inevitable. John Clark aporta su concepto de “competencia manejable” estableciendo que la competencia perfecta resulta inalcanzable, y algunos oligopolios son inevitables, planteándose la pregunta de cómo debían crecer las empresas para estar dentro del margen; haciendo estructuras con menos firmas pero más grandes o hacia patrones atomizados con muchas pequeñas empresas. De estas dos vertientes salieron dos disyuntivas: los economistas que creían que los mercados atomizados automáticamente proveen de competencia a un mercado, estos primeros buscarían las formas de seguir rompiendo oligopolios, y los que se inclinaban por los grandes negocios quienes tenían el problema ante ellos de hacer posible y manejable la competencia dentro del oligopolio inminente. El único punto común de ambas visiones era que existe una correlación marcada entre las estructuras del mercado y su desempeño. Era la diferencia entre investigar el cómo se obtuvo un poder de mercado y la de valorar solamente sus efectos.

John Bain en esta bifurcación hizo un aporte esencial, hoy en día casi olvidado, basándose en el caso **US Steel**. Demostró que la permanencia del gigante del acero sólo había provocado ineficiencia, sus economías de escala agotaron en un principio la competencia y después estancaron totalmente a la industria llevándola a la flacidez, ya que mientras al principio se encontraron eficiencias, al no haber competencia ya legalizado el monopolio la empresa dejó de interesarse en innovar dedicándose sólo a explotar el 2% de la capacidad de mercado nacional, entonces era una evidencia de que lo grande también fracasa. **El alcance de economías de escala de una firma dominante con un mercado particular a la larga deriva en ineficiencia presagiada, dejando este pensamiento poco margen para las eficiencias de las concentraciones de poder.**

En vista de que la fusión no había sido la respuesta para el gigante del acero y de sus efectos adversos, el Congreso en 1950 aprobó la *Celler Kefauver Act*, que constituía una enmienda a la sección 7 de la *Clayton Act*, se le conoció como la ley antifusiones, estaba diseñada para extender el alcance de la *Clayton Act* sobre las combinaciones anticompetitivas a **nivel vertical** y sobre conglomerados. En 1962, se vio una clara aplicación de esta óptica en el caso **Brown Shoe**, donde se prohibían fusiones que dejarían sin distribuidores independientes a los competidores de la empresa.

A su vez, las decisiones de la Corte y sus interpretaciones sobre la *Sherman Act* han ido dándole forma dinámica al estatuto y lo han ido puliendo, delimitando sus conceptos

como fue el caso de la *Sherman Act vs. Trans Missouri Freight Association*<sup>15</sup> de 1966, el cual abordó una perspectiva diferente, los precios bajos como dañinos, el Juez Rufus Peckman se refirió al problema de los pequeños vendedores y la burguesía quienes podían ser dañados si las Cortes permitían combinaciones que resultaran en precios tan bajos que pudieran ser destructivos, Peckham establecía que los pequeños productores debían ser protegidos en algunas instancias aún a costa del consumidor, para que adquirieran una fuerza capaz de balancear los monopolios.

Las Cortes dentro del derecho contractual apoyaron la libertad de competencia, excepto cuando los contratos limitasen la subsiguiente habilidad de los compradores y vendedores de acordar competencia agresiva entre todos, lo cual limitó las exclusividades y los cierres de distribución.

El enaltecido uso del poder público encaminado a valores sociales, morales y culturales a través de la política económica, probablemente hubiese sido insostenible de no haberse dado en una época de oportunidades para la bonanza económica, que dirigió el superávit americano a beneficiar al pequeño comerciante y al agricultor para industrializarlo, fortalecerlo y hacerlo crecer. Durante la década de los 60's, el 10% del Producto Interno Bruto americano lo producían empresas sujetas a precios regulados, eran suministradores de servicios vitales, sus tarifas bajas sentaron las bases para el crecimiento de la industria privada, al producir con precios subsidiados de energía y transporte principalmente, acelerando la interdependencia entre la utilidad pública y las industrias pesadas nacionales.

#### 1.4 Las grandes empresas, la escuela de Chicago o neoclasicismo y la teoría de la destrucción creativa.

El neo populismo generaba costos, era costoso privilegiar a las pequeñas firmas sólo por que eran pequeñas, fueran eficientes o no, durante dicho periodo la única forma válida de alcanzar un gran tamaño era si éste derivaba de habilidades superiores, visión e industria.

Surge un grupo de economistas que basan la política económica en la eficiencia de la actividad, específicamente en dos tipos de eficiencia, la productiva y la transaccional asignativa, dejando de lado la distributiva. A ellos se les conoce como los *Chicagonitas*, tomaron un argumento principalmente pro consumo y pro consumidor, descuidado el verdadero objetivo del derecho antimonopolio y el derecho de la competencia, el proceso competitivo, soslayaron todo principio a la obtención de eficiencia productiva y asignativa. Su argumento hacia estas dos eficiencias descartando todas las demás no constituyó un salto hacia una política más neutral de la teoría económica, sino el salto de un grupo favorecido de empresas pequeñas a otro, el de los gigantes corporativos, siempre y cuando su beneficio no dañara el excedente del consumidor, no importando el daño distributivo y regenerativo al proceso competitivo, es decir, se favorece a los productores que puedan estimular más el consumo con márgenes más bajos de costos de producción, sin importar de donde se obtienen dichos márgenes más bajos. Enzarzaban los resultados

<sup>15</sup> También conocido como *U.S.A vs. Trans Missouri Freight Association*. (1966)

de una mega economía despreciando la forma de organización industrial como la preservación de mercados atomizados, o el estudio de la estructura económica.

Los neo-clasicistas sugirieron que el neo populismo había debilitado el funcionamiento de los mercados y la productividad de las compañías americanas, nacieron términos como des industrialización y política industrial, argumentaban que era tiempo de volver al puritanismo capitalista de Adam Smith, propulsados y encabezados por el binomio precio-beneficio llevado al límite. Esta escuela desconoce el principio de utilidad pública en el derecho económico y propone un análisis económico de la regla jurídica y de la administración de justicia: ¿cuánto cuesta cumplir con la regulación?, Este es uno de sus paradigmas, así mismo, cambia el concepto de ciudadano por el de consumidor, propone a la empresa como el nuevo ente de derechos.

Para esta escuela, lo importante en el estudio de la norma jurídica es el resultado matemáticamente medido de la existencia de la norma y de su aplicación judicial. Posner define el estudio económico de la norma jurídica indebidamente englobándolo en el derecho económico como:

“El conjunto de estudios económicos que se fincan en un conocimiento detallado de alguna área del derecho; sea que el estudio lo haga un abogado, un economista, alguien que tenga ambos títulos o un equipo formado por un abogado y un economista, ello tiene poca importancia”.<sup>16</sup>

Como se desprende del concepto anterior, para ellos la técnica, la axiología y la hermenéutica jurídica tienen poca importancia

Cabe mencionar que durante su auge a finales de los 70's y 80's, las empresas americanas protegidas por los mercados atomizados ya habían alcanzado una gran fortaleza interna y buscaban mercados en expansión, así que esta teoría permitió justificar dicha búsqueda despojándola de objetivos de distribución de la riqueza justificando la concentración de poder ante la eficiencia productiva y transaccional como panacea, utilizando como punta de lanza los mercados libres como escaparate del beneficio al consumidor. Para lograr la eficiencia transaccional se apoyó un movimiento de desregulación de la conducta empresarial y como elemento de control de mercado o planeación económica, ya que esta sancionaba algunas eficiencias productivas a cambio de eficiencias distributivas que sólo las economías integradas de larga escala en la organización industrial podrían garantizar, eficiencias tales como la innovación basaron su teoría en un consumo beneficiado.

Las prodigas políticas fiscales del gobierno de Reagan y las fluctuaciones en la entrada y salida de capital extranjero ampliaron las deudas del Estado Benefactor americano, evidenciando la necesidad de un cambio en la política económica gubernamental

<sup>16</sup> POSNER, Richard A. **Antitrust Law. An economic perspective**, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1976. p3.

Alfred Kahn y William Amount<sup>17</sup>, a través de sus libros hicieron coloquial su mensaje económico logrando gran penetración e influencia, enfocaron sus esfuerzos hacia una eficiencia transaccional impulsando una reorganización administrativa, armonizando la política económica de la administración Reagan hacia los postulados de la escuela de Chicago, buscando menos regulación para las ahora mega industrias americanas y minando el apoyo a la mediana industria, basando el supuesto bienestar del consumidor en la política única del precio, todos estos postulados marcados en su libro "Economías de la Regulación: sobre el costo económico de las leyes" de 1971. La desregulación originó a su vez una serie de preocupaciones por parte de los estudiantes de la administración pública que fueron descalificadas por el pensamiento de que a la larga, traerían eficiencia distributiva y asignación de recursos a través del bienestar del consumidor, menospreciando la concentración del poder de consumo cautivo en algunos consumidores y confiando ingenuamente en la creatividad individual trabajando dentro del marco establecido por el neopositivismo.

Arremetieron también contra el Estado Benefactor aduciendo que, los programas para proteger grupos vulnerables comúnmente se mantenían a costa de un uso más productivo que podría dársele a dichos recursos a través de inversiones inteligentes aunque riesgosas. Bajo esta óptica el derecho antimonopolio se convirtió en un problema económico central de la nación, al hacer endeble la productividad industrial y hacer a la industria incapaz de competir con firmas extranjeras, al esparcir el miedo a la innovación en la combinación industrial. El pobre y el ineficiente junto con el mediano y pequeño sólo aspirarían a una mayor rebanada de pastel si contaba ya con recursos para expandirse.

El alza del petróleo árabe y la dificultad de pagos de la economía americana elevaron las deudas de Estados Unidos. La medida de bienestar lo constituyó el óptimo paretiano, se adoptó indebidamente el concepto de consumo como único criterio de la política pública y como el único parámetro para ver si la conducta de un productor beneficiaba o dañaba a la sociedad. El aspecto distributivo de los beneficios económicos no les preocupaba, ni el costo de los riesgos a través de los intangibles, particularmente consideraban que la eficiencia distributiva, se daría en automático ya que una sociedad eficiente exprimiría frutos útiles de la inversión, no consideraban que dicha inversión podía ser fluctuante y especuladora, automáticamente la sociedad sería capaz de distribuir más eficientemente las rebanadas de un pastel económico más grande y, dejaron así sin abordar la eficiencia distributiva, el gran fracaso del sistema .

Basaron la planeación de mercado en la elección del consumidor sacando la planeación económica de los entes gubernamentales, empujaron los presupuestos gubernamentales al punto en el cual éste tendría que dejar de comprar una unidad adicional de un bien para adquirir su complemento segmentando más la producción y creando nuevas necesidades más sofisticadas y con ella una fiebre de consumo de complementos. El bienestar del consumidor dependería solamente del excedente del consumidor, producto de la baja de precios de las industrias de precio decreciente, planteando que los precios decrecientes

<sup>17</sup> GARVEY Gerald J. y Garvey George E, *Ibid.*, p.81.



siempre pasarían al consumidor automáticamente y maximizarían el bienestar. Así, la sociedad derivaría el bienestar social de la empresa privada generando presiones para consumir a precios más bajos, sin considerar las consecuencias de las guerras de precios artificiales.

Redujeron el trinomio salario-beneficio-precio, al trinomio inversión-precio-eficiencia asignativa; contrastaba su teoría con el concepto de competencia perfecta el cual es un ilusorio, para juzgar las eficiencias y el bienestar obtenido. En los últimos años, el trinomio se redujo a un binomio inversión-eficiencia, donde no se consideraba ni el costo de la inversión ni de sus riesgos, los cuales se pasan directamente al Estado para que los absorba como pérdida social.

Se pensaba que, cuando los costos se llevaran al mínimo y se manejaran a su punto más bajo para el estado de cada industria entonces el productor sería compensado por su inversión con el tiempo que ha permanecido en el negocio, sin embargo, las empresas no dejaran que baje el precio a tal punto, estancándose la ganancia, hay que tomar en cuenta que si se lleva el costo al punto más bajo y se saca a los demás competidores, llegando a la depredación del precio hasta el punto de crear un único participante el cual a su albedrío planteara las condiciones de venta y precio; sin embargo, a este grado de compensación se le denominó como beneficio contable, el darle al productor ganancias por el tiempo de permanencia en el mercado mientras el precio llega al cero beneficio económico manteniéndose con un peso muerto estable, llegando a cero el costo marginal.

El problema del empleo lo veían solucionado con la eficiencia asignativa, el consumidor desearía más de un bien eficientemente producido, al requerir más producción el productor crearía más empleo y la mano de obra desplazada de los productores menos eficientes encontraría reacomodo, reacomodo que sería pagado por el albedrío del consumidor quien pagaría más por una unidad extra producida del bien.

Sin embargo, aún el poder económico debía calificarse ya sea su ejercicio o la legalidad de su medio de obtención, con esta nueva regla de la razón los jueces podían entrar en la búsqueda de lo que se llamaría una "conducta razonable". Sin embargo, los jueces se limitaron simplemente a la aplicación abstracta de la teoría de la escuela de Chicago perdiendo de vista este estándar de la conducta razonable ante las alegadas eficiencias productivas, sin calificar su trascendencia o permeabilidad al proceso económico, calificando meramente efectos en el consumo de la conducta empresarial, desnudando a la política económica de sus objetivos sociales. Se minó entonces el impacto del derecho antimonopolio en la evaluación de la conducta empresarial calificándose sus efectos sobre el mero concepto eficiencia, dejando un amplio margen para los medios de obtención de dicho poder de mercado.

Se llegó al extremo opuesto, al neo populismo, afirmando que si el comportamiento monopolístico o concentrado de poder en algunos mercados podría contribuir al alcance de metas macroeconómicas entonces debía optarse por permitir dicho poder hasta ciertos límites aún a costa de varios tipos de eficiencia y del carácter retroalimentador de mercado, dentro de ciertos límites de precio competitivo.

Los chicagonitas formulaban tal o cual regla, dependiendo de las circunstancias del caso y dándole un gran peso a la concepción de los hombres de negocios hacia la regulación, creándose así un nuevo reto, el regulador cautivo del poder económico, se cayó en el error del concepto pleno de competencia perfecta, que abordaremos más adelante.

El nuevo papel asignado al derecho era aquel que le asignó en su momento Adam Smith siglos atrás, la Ley y su utilidad debían limitarse a no estorbar el desarrollo del poder empresarial y a proveer las bases para los libres mercados asegurando la propiedad privada y el mero cumplimiento de contratos, los legisladores no hicieron esfuerzo alguno para asegurar ningún resultado en particular, confundieron el resultado con método y se conformaron con hacer viable el método de recuperación macroeconómica sin tener claro un bien jurídico tutelado como fin más allá de la eficiencia a corto plazo como la productiva, asignativa y transaccional.

Se favoreció la integración de empresas sin importar si éstas dejaban de acudir al mercado como compradores concentrándose más aún el poder de compra industrial. Se enfocaron en la necesidad de la existencia física de medios para vender y distribuir los frutos de trabajo y expandir los mercados de bienes finales, las legislaturas aprobaron leyes que facilitarían las vías para la distribución y para asegurar beneficios monopolistas a aquellos que ayudaran a la innovación tecnológica y empresarial de franquicias nacionales estadounidenses, un mercado común americano para bienes finales de dimensiones continentales fue el nuevo objetivo de la política económica, empezando el auge de las integraciones verticales y descuidando la cantidad de productores que acudían a mercados de actividad semi intensiva y bienes primarios y semi terminados, bajo la idea de crecimiento a través de destrucción creativa, pensando que las nuevas formas de negocios desplazarían a las anteriores y re-utilizarían el mercado y el trabajo que se perdía con la desaparición de empresas pequeñas y medianas.

Estas ideas remplazaron la panacea neo populista de que la riqueza de unos no debe ser obtenida de la exclusión, de oportunidades de otros, así no todos podían obtener una tajada del pastel americano, sólo los que crearan mayor eficiencia productiva, los que produjeran más y lo más nuevo a un menor costo transaccional.

Esta nueva panorámica enfrentaba a la teoría económica con los propósitos de la política pública, aunque no era la primera vez que se daba este enfrentamiento, ya en 1837, en el caso **Charles River Bridge**<sup>18</sup>, el régimen del Juez Taney que quería apartarse de la sombra del gran Juez Marshall, decidió a favor de destruir ciertos derechos monopólicos en pos de la competencia, sin embargo, en adelante las decisiones de la Corte fluctuarían de un lado a otro entre el interés público y la teoría económica dependiendo del momento político del país. Los demandantes en el caso mencionado habían disfrutado de lo que

---

<sup>18</sup> KONKOLI, Tony. "**Supreme Court history, law, power and personality, famous dissents, Charles River Bridge vs. Warren Bridge 1837**".[en línea], Nueva York, Thirteen /WNET, 2007, "[citado 03-08-2007], The Supreme Court, Formato HTML. Disponible en:[http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/personality/landmark\\_charles.html](http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/personality/landmark_charles.html)

ellos pensaban era un monopolio legislativamente otorgado para proveer servicios de mantenimiento a un puente entre Boston y los suburbios de Charleston, a una segunda compañía se le dio una concesión para mejorar la red de transportes de Nueva Inglaterra.

Sin embargo, esto destruiría el monopolio de la Charles River Bridge Company, en este caso se apoyo la concesión de permiso a la segunda compañía Warren Bridge, aunque destruyese el monopolio de la Charles River, sobre todo por ser de interés público la mejora de vías de comunicación estatales, sin embargo, los neo-positivistas de hoy han criticado duramente esta decisión bajo el argumento de que, carece de incentivo para una compañía privada invertir en un puente si no se tienen ciertos derechos monopólicos en su administración, así dieron una de las primeras justificaciones a favor del monopolio tolerado. Los resultados de favorecer la creatividad a base de la destrucción de otros competidores con menos medios a un extremo casi fanático han sido la turbulencia y volatilidad económica.

Se cambió la visión original del círculo virtuoso del crecimiento, ya que se creía que mientras más producto pueda colocar un proveedor con un mayor excedente para el productor derivado de eficiencias productivas, sería mayor su intención en innovar el bien y en invertir para incrementar su producción, y entonces se llevaría mayor cantidad de un producto mejor a un mercado de pleno empleo por la producción intensiva, sin embargo, el sistema no generó un mayor poder adquisitivo para los trabajadores, que a su vez son consumidores, ya que los empleos perdidos fueron sustituidos por subempleos y, permitió la reducción de opciones en el mercado, y muchas veces este excedente del productor no se ve invertido en mejoras dinámicas, menos aún cuando éste se encuentra en un mercado cercado por barreras a la entrada de competencia coordinada y de poca elasticidad precio-demanda.

Resulta paradójico que mientras los historiadores económicos de esta época hasta nuestros días han enfatizado la importancia de la contribución gubernamental a la reducción de costos a través de la eficiencia transaccional, muchas de las nuevas formas innovadoras de producción fueron alcanzadas a través de subsidios, los cuales afectan directamente al derecho de la competencia, ya que no pueden lograrse resultados del libre mercado mientras no todos los productores inicien desde el mismo punto sus inversiones y se vean algunos, principalmente establecidos en las economías más fuertes, favorecidos con los subsidios de sus gobiernos, mientras estos últimos a su vez, presionan a economías menos desarrolladas a dejar de subsidiar medianas y pequeñas empresas. Un ejemplo claro de esto es el subsidio constante de los Estados Unidos en todas sus épocas al sector transporte y carretero, ya que estas vías se han constituido en la base de los norteamericanos para la reducción de costos desde tiempos de preguerra, mientras que la base para alcanzar precios competitivos bajo el esquema Chicago por parte de las economías de tercer mundo fue el recorte de costos en la mano de obra, la desregulación y la baja en costos de materia prima, provocándose acaparamiento de insumos. Resulta interesante recordar que en un principio, del derecho antimonopolio se llegó al extremo de considerar por algunos economistas extremistas al monopolio como consecuencia natural del mercado en constante evolución adoptando de manera recalcitrante la teoría Darwiniana, en algunas ocasiones algunos postulados de la escuela de Chicago parecen

tener este mismo toque de ultranza, ya que plantean al precio como su piedra angular y establecen que el derecho antimonopolio se aplique solamente ante la elevación de precios en numerario.

Cabe anotar a su vez que mientras la potencias invertían en sus sistemas de transporte inter comercial, la mayor parte de las hoy economías menos desarrolladas se encontraban en caras reestructuraciones políticas donde las discusiones comerciales no eran consideradas prioridad; por ejemplo, México estaba en plena invasión Norteamericana en 1856, mientras los americanos discutían en su país una mejora en sus sistemas de transporte para favorecer la venta de productos entre estados y abatimiento de costos, incluyendo esta mejora en que el productor de manzanas de Washington tuviera que destinar menos inversión al transporte y más a acrecentar su producción para surtir a los demás estados, resultando así que para principios del siglo XIX la preocupación de los Estados Unidos era incrementar la especialización productiva y una vez liberalizado el comercio interestatal, expandir su presencia al resto de América, como vendedor y como adquirente de las materias primas que escaseaban en su país como lo marca el informe Palay de 1952<sup>19</sup>.

A su vez la escuela de Chicago cae en el mismo error que la política económica norteamericana de principios de 1900's, al pensar que los beneficios obtenidos de los ahorros a escala pasaran mágicamente al consumidor sin necesidad de más reglas que las marcadas por la teoría económica y sin estudiar a costa de qué principios se saca dicho ahorro, nuevamente se rompe el equilibrio del trinomio- salario-beneficio-precio. Otro error notable es que plantea aplicar el derecho antimonopolio sólo a las empresas que muestran costos crecientes dejando en duda aquellas cuya estrategias es obtener costos decrecientes, nuevamente sin investigar si dicho costo decreciente se da a costillas de uno de los principios del trinomio, ya que al medrar uno de estos tres principios estaremos viendo una constante auto depredación del mercado que no podría sobrevivir, sin poder de consumo, beneficio esperado de la actividad empresarial o un precio razonable. (Esto sin considerar el especial caso de las industrias de elasticidad precio- demanda inflexible).

Una de las omisiones más notables y que arroja mayor peso a las economías de países productores de materias primas y bienes semi-terminados es que, la escuela de Chicago sataniza el estudio de los efectos de las conductas empresariales de los productores de bienes y servicios finales cuando dicho estudio se extiende a analizar si las eficiencias alegadas en la conducta o los efectos de la misma repercuten prohibitivamente en la existencia de sus competidores ya sea en la industria principal en los mercados de factores o en la relacionada, tomando dichos efectos a la ligera como consecuencia de la competencia y aplicándoles a ultranza la teoría de la destrucción creativa, que podría verse como una eugenesia corporativa.

---

<sup>19</sup> GÚTIERREZ H. Teresa y, Vereá C., Mónica [coord.]. **Canadá en Transición**, México, UNAM, 1994 pp.344-345.

### **1.5 La teoría de los mercados contestatarios o escuela de Nueva Jersey: una teoría sobre la concurrencia.**

Se referían a la premisa de que un mercado contestatario es un mercado competido. Esta teoría nace principalmente en la Universidad de Princeton en conexión a los Laboratorios Bell de Nueva Jersey, sus partidarios mantenían un entendible interés en las industrias reguladas. A la cabeza de la escuela encontramos a la Doctora Elizabeth Bailey, quien probó sus teorías principalmente aplicadas a la industria aeronáutica.

La teoría de la contestabilidad ofrecía una revisión de la teoría neoclásica en los 70's, argumentaban que muchos monopolios naturales habían empezado a tomar aspectos de una industria contestataria.

Definían la contestabilidad como la posibilidad de que los monopolios naturales pudieran desarrollar los frutos de la competencia sin regulación.

La característica definitoria de un mercado contestatario era la existencia de competidores potenciales que esperan para entrar en el mercado, por tanto los que estaban ya dentro de él no podían sobre preciar sus bienes o servicios, si se mantenían condiciones razonables de fácil entrada y salida del mercado. Un mercado contestatario podía ser capaz de asegurar bajos precios, **aunque el mercado fuera o no competitivo**, mientras que, la presencia de varios vendedores actuales no asegura la competencia ya que puede ser que ninguno de ellos ni su suma posea la fuerza como para afectar los precios en el sector.

El confiar la competencia a la mera amenaza de nuevos entrantes al segmento resulta también una óptica poco realista como lo vemos hoy en día, ya que no sólo se necesita alguien dispuesto a entrar, sino estimar cuándo realizaría esa entrada, a qué escala, con cuántos recursos y qué cobertura presentaría, esto es, habría que analizar y dar peso a la factibilidad, viabilidad y trascendencia de dicha entrada, más que como una mera posibilidad como una hipótesis viable y realizable, en todo caso para considerar que el mercado permanece contestatario, así como ver si el nuevo entrante en algún momento poseerá la fuerza necesaria para afectar los precios y las condiciones del sector, so pena de caer en una falacia.

En principio, la teoría de la contestabilidad podía usarse en cualquier mercado de entrada fácil y salida de bajo costo, el problema es que cada vez hay menos mercados de este tipo, los entrantes podían ser vendedores de cualquier servicio similar al de los involucrados o sustitutos razonables. Cuando fuese posible se trataría de sustituir la regulación por contestabilidad. Sin embargo, reconocían la importancia de las restricciones antimonopolio en ciertos puntos de la competencia de precios, por ejemplo frenando a un interesado de intentar sacar a un nuevo entrante al terreno por miedo a ser perseguido por depredación de precios bajo la *Clayton Act* o la *Robinson Patman*. **El tamaño de la firma no importaba, sin embargo la estructura de la industria condicionaba el**

### comportamiento.

La escuela de Chicago adoptó esta teoría haciéndola más extrema y descalificando las consideraciones positivas que, sobre la existencia de la legislación antimonopolio hacía originalmente. Sin embargo, la unión de estas dos teorías en 1982 dio origen al criterio incipiente de sustituibilidad de productos en la evaluación de las conductas, el cual en algunas economías aún no es aplicado con toda propiedad al no analizarse a fondo las características de un bien sustituto y lo que se considera un bien directamente competidor, pero que, a pesar de ello representa otra óptica mucho más realista del poder de mercado del productor de un bien contra bienes competidores o sustitutos cuando el análisis se hace de manera correcta.

### 1.6 Escuela de los Estructuralistas.<sup>20</sup>

Desde los 60's, los economistas de la organización industrial enfocaron sus esfuerzos en tres características fundamentales de los mercados, las cuales ellos creían estaban relacionadas, éste fue el trinomio estructura- conducta- desenvolvimiento.

Estos economistas enfatizaban la estructura de los mercados, dentro de ésta como factor determinante el número de compradores y vendedores así como las condiciones de entrada, estas condiciones debían valorarse al predecir problemáticas de competencia. Eran escépticos sobre la habilidad de los mercados altamente concentrados para generar competencia, presumían que los mercados concentrados necesariamente desarrollarían conductas anticompetitivas, lo cual en su momento llevaría a una sinergia de mercados anticompetitivos. Las Cortes en un principio apoyaron estas teorías sobre la concentración e índices de concentración, lo suficiente para figurar presunciones *prima facie* para prohibir las fusiones bajo la sección 7 de la *Clayton Act*, casos ilustrativos de esta tendencia son United States vs. Philadelphia National Bank, Brown Shoe Co. vs. United States y United States vs. Pabst Brewing Co.

Estas tendencias fueron olvidadas y poco aplicadas después de la entrada de las teorías de la Escuela de Chicago.

### 1.7 Post Chicago o la preocupación sobre comportamiento estratégico (Teoría Cournot Bertrand).

A mediados de los 80's y principios de los 90's, una nueva escuela comenzó a debatir los postulados de los Chicagonitas, su principal objetivo era lidiar con la preocupación del comportamiento estratégico.

Esta preocupación fue retomada de los trabajos del economista A. Michael Spence y, tiene sus raíces en los trabajos de Bertrand y Cournot, que ya en el siglo XIX habían desarrollado modelos de conducta industrial que reconocían que los oligopolios tomarían en consideración las respuestas de sus rivales para la toma de decisiones.

<sup>20</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic, y Baker, *Ibidem*, pp.62.

El comportamiento estratégico sólo había sido considerado por los chicagonitas en dos casos, en el alza de precios más allá del nivel competitivo para bienes no perecederos cuando el monopolista pudiera mantener el precio sin bajarlo, ya que estimaban que si se preveía que tendrían que bajar el precio los consumidores retardarían la compra hasta el momento en que el precio cayera; y para descalificar la posibilidad de precios depredatorios, ya que estimaban que pocas veces el depredador podría esperar recuperar los beneficios perdidos por la depredación a través del posterior ejercicio monopólico de poder de mercado, sin considerar el apalancamiento.

Sin embargo, estos economistas post chicagonitas desarrollaron la "teoría de los juegos" particularmente adecuada para analizar la conducta de oligopolios, considerando especialmente mercados donde las firmas enfrentan un número limitado de rivales significativos en intensidad de competencia. Aquí introdujeron un estándar importante, no sólo era necesario evaluar la cantidad de competencia existente sino lo significativa que era. Buscaban explicar cómo ciertos agentes económicos interactúan cuando intrínsecamente reconocían su interdependencia para las decisiones de negocios.

El enfoque ejemplificado es más o menos el siguiente, un competidor atomizado, pongamos un agricultor cuyo producto principal es el sorgo, en el Medio oeste tal vez sepa que su resultado y decisiones de precio no, tendrían efecto en las decisiones de otros vendedores en el mercado, como consecuencia, éste maximiza sus utilidades produciendo y vendiendo su producto hasta el punto en el que el mercado excede el costo de llevar al mismo la última unidad, es decir, atendiendo al costo marginal. Sin embargo, las decisiones de mercado no son tan simples para firmas grandes las cuales reconocen intrínsecamente su interdependencia, consideran las actividades de otras firmas al tomar sus decisiones de negocios, por ejemplo Coca Cola al igual que el productor de sorgo debe considerar reducir sus precios lo más cercano a sus costos como un método de incrementar sus ventas, pero a diferencia del agricultor, Coca-Cola podría abstenerse de reducir el costo y de pasar las eficiencias al consumidor ante el miedo de iniciar una guerra de precios con Pepsi, así mismo, podría confiar en reducir sus costos marginales para maximizar sus ganancias sin reducir precios o pasar eficiencias al consumidor sin temor a perder preferencias en su nicho de mercado debido a la construcción de marca de años que lleva atrás y a la penetración de mercado que sus contratos de exclusividad le han garantizado, entonces se puede iniciar la guerra en otros frentes como el de inversión publicitaria o utilizar coordinadamente este excedente para elevar barreras a la entrada de nuevos competidores.

La "teoría de los juegos" provee herramientas matemáticas para analizar este tipo de comportamiento estratégico y es ampliamente empleada en el análisis industrial económico estadounidense, sin embargo, esta teoría y sus aplicaciones no han permeado todos los sistemas de competencia como lo hizo la escuela de Chicago.

En atención a los resultados de la conducta coordinada y su evaluación matemática los post chicagonitas suelen ser más intervencionistas que los chicagonitas, esto debido a que los nuevos modelos económicos derivados de la teoría de los juegos e investigaciones

empíricas, constantemente identifican circunstancias bajo las cuales las prácticas de negocios benefician firmas lesionando a la competencia, mientras los chicagonitas enfocaron su atención en buscar explicaciones del por qué las prácticas de negocios observadas pudieran resultar eficientes, una regla de la eficiencia *per se* o de todo es justificable, nuevos modelos de comportamiento estratégico tienden a rebatir las interpretaciones pro-eficiencia a ultranza, aunque su propósito no es demostrar las falacias lógicas de la escuela de Chicago, la microeconomía ha rebatido el enfoque.

En su aplicación antimonopolio esta observación empírica ha tenido particular influencia en el análisis de fusiones entre vendedores de productos diferenciados y en productos de consumo con amplias tendencias de marca, ya que estos modelos permiten a los economistas evaluar si las marcas de las firmas fusionadas afrontarían competencia significativa de productos que podrían considerarse o no sustitutos cercanos.

El mayor logro de esta escuela post chicagonita parece ser hasta la fecha el cambiar la visión de las agencias de investigación antimonopolio en Estados Unidos, en el tema de la exclusión de competidores haciéndolas reconocer la posibilidad de su existencia, mientras los chicagonitas menospreciaban la posibilidad argumentando que la repercusión ante la exclusión de competidores de mercado era consecuencia natural bajo la teoría de la destrucción creativa, archivaron esta posibilidad como un mero tecnicismo teórico.

El trabajo del profesor Steven Salop y sus coautores demostró que es una posibilidad real que se lleva a cabo a diario, que limita las opciones y la innovación y que se da principalmente a través de prácticas verticales, bajo este nuevo enfoque las agencias federales de los Estados Unidos han sancionado la conducta exclusionaria de corporaciones como Microsoft, Intel, Visa, Mastercard y Toys R-Us.

Así mismo, la influencia de estos economistas parece estar entrando en la regulación antimonopolio, en los Lineamientos para la revisión de fusiones horizontales de 1992 parecen haber incluido la preocupación sobre los efectos competitivos de comportamiento unilateral y su impacto en las posibilidades de entrada, siendo la cristalización de este criterio los casos: **Federal Trade Commission vs. Staples Inc. e Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.**, casos cuyos méritos abordaremos más adelante.

## **2.1 Historia del derecho de la competencia económica en México.**

Desde la época posterior a la conquista de México y aún antes de que se institucionalizara el orden de la corona española en el territorio, la agricultura y el comercio cayeron en manos de unos cuantos pocos conquistadores, por lo mismo su productividad era limitada y a veces estaban en manos muertas, para estimularla la Corona Española insertó en las Leyes de Indias disposiciones que buscaban desconcentrar el poder económico y fomentar la productividad; las sanciones iban desde simples multas hasta la confiscación de los bienes y el destierro de los culpables de improductividad de sus títulos correspondientes. La administración de estas disposiciones estuvo en manos de los Alcaldes, Ordinarios, Regidores y Fieles ejecutores, teniendo éstos facultades para fijar los precios de los



artículos de primera necesidad considerando la ganancia del comerciante.<sup>21</sup>

Para vigilar el abasto de productos escasos y de alta necesidad principalmente el caso de los cereales, se creó el sistema de alhóndigas para almacenamiento, venta y expedición de grano, la corona tenía amplio poder sobre los productos almacenados, se concedía sólo un plazo máximo de 20 días de almacenamiento para evitar la especulación, después de esos 20 días la autoridad podía sacarlos de bodega y venderlos a precio de mercado.<sup>22</sup>

Asimismo estaba prohibido realizar transacciones sobre los productos en lugares no autorizados.

Las importaciones no constituían respuesta alguna al acaparamiento y escasez reinante en la época ya que todo el comercio entre la Nueva España y España se daba a través de la Casa de Contratación de Sevilla, y la de Cádiz. Los cargamentos eran consolidados y eran anuales, en cuanto llegaban a Veracruz, un pequeño grupo de comerciantes privilegiados del puerto lo adquirían completo y lo revendían a precios inflados, se trataba de bienes como la seda, vinos, telas, aceites, papel, hierro, especias, lo mismo sucedía con las mercaderías de la Nao de China.

Nacieron entonces los estancos que eran monopolios a favor de la Corona, por diversas razones principalmente de orden público, social y de recaudación, se consideraba que eran bienes que no implicaban primera ni segunda necesidad, por tanto la Corona los monopolizaba para el fisco, por ejemplo había un estanco en pólvora y el privilegio exclusivo a favor del rey en la Constitución de Cádiz donde se le confía la supervisión de la producción de la moneda sin poder otorgar en esta materia privilegio exclusivo alguno a cualquier individuo. El estanco del tabaco era el más oneroso y fue el más duradero ya que se prolongó hasta 1856, años en los cuales se gestó paralelamente un mercado negro del tabaco. Con los estancos del cobre, alumbre, nieves, cordobanes y salinas, se pagaba la administración americana. No siempre el estanco lo administraba el gobierno, de vez en cuando lo arrendaba a particulares por un cierto precio, entonces la situación se agravaba pues se comprende que el contratista procuraba una mayor elevación del precio del artículo.

En medio de la guerra de independencia en 1812 se expidió un decreto por el que se declaraban extinguidos los estancos menores, los de cordobanes, alumbre y estaño; sin embargo, esto no aminoró la ira en la Nueva España ni devolvió la paz. Cabe señalar que históricamente cuando no ha existido un precio competitivo de una mercancía, en el mercado se desarrolla un mercado “negro” paralelo para su adquisición, lo cual implica lugares no autorizados para su venta a menor precio, la venta en presentaciones distintas o de un producto con características similares<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> ROBINSON, Eag. **Monopolio**. 2a ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1942, pp. 279-296.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ De Cossío, Francisco. **Competencia Económica. Aspectos Jurídicos y Económicos**. México, Porrúa, 2005, p.8.

<sup>23</sup> ROBINSON Eag, *vid supra* n.21, p,281

Después de la guerra de independencia, Octaviano Muñoz Ledo y Juan José Espinoza de los Monteros hacían énfasis en el hecho de que las actividades redituables y productivas estaban concentradas en pocas manos y no había distribución en las oportunidades, proponían la abolición de monopolios en la enseñanza, en el ejercicio de profesiones, servicios postales y de correo, proponían la revisión de la facultad del Congreso a emitir leyes relacionadas con los privilegios exclusivos otorgados a innovaciones, y otorgar mayores facultades al Congreso para corregir la situación del comercio extranjero e interestatal. Jacinto Pallares declararía que:

“Al emanciparse México de la dominación española en 1821 heredó sus preocupaciones económicas y sus tradiciones de monopolio y restricción<sup>24</sup>.”

La independencia no significó la abolición automática de los estancos, prevalecieron los del tabaco, azufre, salitre y otros, debido a las cambiantes administraciones a que se veía sujeta la República y las disputas intestinas, los gobiernos se veían en constante quiebra, había un desequilibrio económico tremendo

Durante el México independiente, ya en 1842, Mariano Otero hacía referencia a la concentración de poder económico durante el régimen colonial organizado como un monopolio, evidenciaba que la colonia había recibido todo tipo de bienes extranjeros de manos de pocos mercaderes locales del territorio que controlaban la producción y obtención de dichos bienes, los cuales evitaron la rivalidad para obtener el beneficio de el Rey dividiéndose los mercados<sup>25</sup>.

No era raro que, para aumentar los ingresos necesarios para fortalecer las instituciones del México independiente se impusieran al particular préstamos forzosos o se llegara hasta la confiscación de sus bienes, las consecuencias de este trato fue que se apartó al mexicano que, con más certera visión que el resto de sus compatriotas, deseaba explotar las fuentes de riqueza que se iban abriendo, dejando el campo abierto al extranjero, primero los españoles, luego los ingleses, franceses y alemanes, dedicaron sus esfuerzos a ocupar las fábricas ya en producción y a aumentar en su provecho el número de ellas<sup>26</sup>. Su posición ante los problemas y administraciones del país era privilegiada, ya que gozaban del recurso de acudir a sus gobiernos para que presionaran diplomática, jurídica o militarmente al régimen naciente si éste se atrevía a intervenir en sus propiedades o trastocar sus ganancias. Sobre este punto, las empresas norteamericanas y el gobierno mexicano tienen una larga y triste historia, esto les daba la habilidad necesaria para concentrar importaciones e imponer precios, este fue uno de los detonantes de la Revolución de Ayutla que se vio cristalizado institucionalmente en la Constitución de 1857.

<sup>24</sup> PALLARES, Jacinto. **Derecho mercantil mexicano**. Edición Facsimilar. México, UNAM, 1987, p. 81.

<sup>25</sup> ROBINSON, Eag, *Ibidem*, p.283.

<sup>26</sup> Idem.

Se trazan los antecedentes sobre el control legal de los monopolios al artículo 28 de la Constitución de 1857, la inclusión de dicho artículo obedecía al intento de atomizar el poder que detentaban las corporaciones, gremios y clases altas de la época. La prohibición de la concentración de poder obedecía más a los efectos que el acaparamiento de tierras, medios de producción, bienes de necesidad primaria, había tenido desde la llegada de los españoles hasta la época post independiente en las poblaciones con menos medios económicos, sometidas por las deudas heredadas por generaciones, los estancos coloniales, la especulación que de los bienes de primera necesidad se hacía y por tanto el empobrecimiento paulatino de la mayoría de la población.

En ese entonces, cuando aún no se conocía el potencial energético mexicano los únicos monopolios legales fueron los correos, la acuñación de moneda y algunas patentes y marcas.

La reserva para el Estado de la acuñación de moneda siempre fue y ha sido un medio de control para el cumplimiento de obligaciones y la preservación del orden social, posteriormente dicho control se rompería en la Revolución Mexicana donde cada caudillo acuñaba su moneda en su territorio, la cual no era válida en otros territorios y esto frenó el intercambio comercial interestatal.

La Constitución de 1857 establecía textualmente:

"No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que por tiempo limitado conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora."<sup>27</sup>

Para el Dr. Jacinto Pallares, el espíritu de esta prohibición se dirigía más a prohibir los monopolios y la preservación de poder establecidos por la autoridad que a perseguir aquellos derivados del poder privado adquirido a través del ejercicio mismo de la libertad comercial. En ese entonces el Estado era el rector de la economía y rector del mercado, siendo él quien marcaba sus condiciones y sus decisiones tenían un gran impacto en las participaciones de mercado y la intensidad de la competencia entre las empresas presentes en México en ese entonces<sup>28</sup>.

En sus debates el Constituyente tomó en cuenta dos supuestos, los monopolios de hecho o por derecho. En el caso del monopolio de hecho, cuando una persona o empresa lograra

<sup>27</sup> Constitución Política de la República Mexicana de 1857. [En línea], versión pdf, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, "fecha de publicación desconocida", [citado 13/08/07], número 4888, formato PDF. Disponible en internet: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>, ISSN 968-36-3754-4.

<sup>28</sup> SERRA Rojas, Andrés. **Derecho administrativo**. Primer curso, 27° ed., México, Porrúa, 2007, biblioteca jurídica, p. 669.

destruir o nulificar a sus competidores en un ramo de la industria del comercio, poco pensaban hacer los liberales, evidenciando que en México nunca hubo una época de protección a la pequeña y mediana industria como en Estados Unidos; esta visión directa de la teoría de la destrucción creativa fue avalada por la Suprema Corte en sus ejecutorias, reafirmaba que los monopolios de hecho no debían ser tocados sin embargo se adopta esta visión liberal directa y de impacto sin tomar en cuenta qué tipo de empresas existían entonces en el país y, las dimensiones del capital privado mexicano.

Durante 1865, Maximiliano de Habsburgo emitió el **Estatuto Provisional del Imperio Mexicano** donde vagamente se habla de la prohibición de los estancos y de la especulación con artículos de primera necesidad. En 1908 se da el primer juicio relacionado a la materia; la **Cía. de Transmisión Eléctrica del Estado de Hidalgo S.A.**, gozaba de una exclusividad para transmitir electricidad contra un derecho de servidumbre, ganando prioridad el derecho de servidumbre. El Constituyente de 1857 consideró a los monopolios como contrarios a la libertad individual dentro del área económica de la vida social.

En la época porfiriana y durante la gestión hacendaria de Limantour se permitieron monopolios de hecho de capital europeo principalmente, se exageraron las franquicias a la industria y al comercio. Estos monopolios causaron más dificultades al Estado que al consumidor, ya que ejercían gran presión sobre las políticas porfirianas, se volvió al acaparamiento de cosechas agrícolas en Morelos, el Bajío y el Estado de México, se encareció artificialmente al maíz, el frijol, arroz, etc. Esta circunstancia enalteció los ánimos de entrada a la Revolución Mexicana.

La Revolución Mexicana por parte de los Carrancistas fue financiada por los altos precios de los bienes de primera necesidad, en parte por que la agricultura decayó al no contar con manos que trabajaran debidamente los campos y, en parte, debido al control sobre las tierras, la producción y la comercialización de ciertos productos como el henequén, el azúcar, el algodón, el café, arroz y garbanzo por comerciantes de clase media partidarios del propio Venustiano Carranza. El comercio interestatal era costoso e inseguro agravándose la escasez de productos en los territorios donde escaseaban las buenas tierras.

El debate sobre el artículo 28 Constitucional, que originalmente era el artículo 20, incluyó consideraciones sobre la situación de diversas industrias específicas como era el caso de la algodonera y del henequén, así como la historia de sus permisos, latifundios y desarrollo, José María Mata guió el sentido del Congreso invitándolos a enfocarse tanto en los monopolios de *iure* como en los de facto, en dicha época existía clara duda sobre incluir los asuntos de regulación y competencia económica en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo, se concluyó que los asuntos económicos siempre se han representado como detonadores importantes de los cambios políticos de las naciones<sup>29</sup>.

Ya en la Constitución de 1917 se agregaron actividades a cargo del Estado a las que por

<sup>29</sup> GONZÁLEZ de Cossio, Francisco, *vid supra* n. 22, p. 11.

texto de ley no podían considerarse monopolios; estas fueron principalmente cuatro, en ese entonces, la acuñación de moneda por el banco central se reafirmo enérgicamente, se exento a las asociaciones de productores de bienes que fueran fuente vital de ingreso de una región cuando la venta sea de exportación, por último, se exento a las cooperativas laborales en busca de defender sus intereses y a los trabajadores en consecuencia. El Constituyente del 17 consideró el monopolio como un ataque a los bienes de la colectividad, en concordancia con el punto de vista de la relación económico-social de su época y la consagró como una garantía Constitucional, específicamente en lo que respecta a la libre concurrencia.

La reafirmación de la acuñación de moneda por un solo banco central se dio para garantizar que se centralizaran los créditos, permitiendo una respuesta rápida para abordar cualquier saldo negativo en la balanza comercial, para que el gobierno federal pudiese utilizar y aplicar sus valores al mercado y regular el flujo de capitales, asegurarse que la emisión de moneda estuviese debidamente respaldada por las reservas correspondientes y para dar certidumbre jurídica al intercambio de valores en el comercio interestatal, certidumbre perdida durante el conflicto armado debido a la emisión de billetes y monedas de cada caudillo en los Estados que controlaba. La exención a los productores de bienes cuya actividad fuera fuente de ingreso indispensable en una región cuando los bienes se vendieran en el extranjero, se diseñó específicamente para Yucatán y la industria del Henequén cuyos productos alcanzaban altos precios en el extranjero, sin embargo, en el texto constitucional se aclara que, para esta excepción, será el gobierno federal quien acreditaría si se reunían los requisitos de la hipótesis jurídica ya que, hubiera resultado poco deseable dejar esta facultad en manos de los Estados, y se agrega el requisito de que la pertenencia al grupo de productores sea voluntaria.

Desde su promulgación hasta 1982, permaneció el artículo intacto. **De este artículo 28 derivan tres leyes reglamentarias:**

- La de mayo de 1926.
- La de el 24 de agosto de 1931 y;
- La del 25 de agosto de 1934.

En estas primeras leyes se destaca el costo social del proceso económico violentado en años posteriores a la Revolución Mexicana que, si bien había políticamente triunfado, económicamente había dejado empobrecido al país e interrumpido los ciclos económicos.

Así destacan disposiciones de la ley de 1926 encaminadas a evitar la escasez de víveres como fue en el caso de los cereales donde se prohíbe utilizar cereales, harinas, y forrajes para la producción de bebidas alcohólicas con excepción del caso de la cebada, esto atendiendo a su naturaleza de productos alimenticios de consumo necesario y, a la escasez en la época de estos debido a la poca cosecha levantada a nivel nacional después de la Revolución y a la especulación con bienes de primera necesidad<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Artículo 9, Ley Reglamentaria del artículo 28 Constitucional de 1926.

La ley de 1931, ya diversificaba varias conductas como anticompetitivas *per se*, como la fijación de precios, división de mercados, depredación de precios y otras que otorgaran ventajas indebidas a favor de ciertos individuos con un enfoque pro consumidor, además de aportar la definición institucional de estanco y monopolio.

Existió una ley antimonopolios de 1934 conocida como "**Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios**", buscaba preservar ciertos intereses sociales sobre los particulares dándole facultades al Estado para que éste interviniera y ordenara el mercado y la conducta entre fabricantes, comerciantes y consumidores para paliar la desigualdad económica en el país; el legislador a través de este control estatal de mercados y de la regulación de precios podía asegurar salarios y proteger el poder adquisitivo de la población. Su aplicación era más que complicada y prácticamente nula y politizaba ampliamente el desarrollo, contemplaba sanciones penales, el Ejecutivo tenía facultades altamente intervencionistas, incluyendo la de restringir la producción de determinados artículos cuando hubiera exceso de estos con relación a la demanda, y pudiera derivarse una crisis de sobreproducción que dañase a cualquier clase social, es decir, que provocara la caída de los precios<sup>31</sup>; además de esto, el tratamiento al monopolio era violatorio de la garantía de audiencia ya que no permitía que el agente económico aportara pruebas en su defensa. Esto provocó una conducta intrínsecamente coordinada de los productores, quienes al no poder aumentar los precios libremente y tener restringida la producción comenzaron a dividir mercados y ajustaban las cantidades producidas a los precios indicados sacando el excedente del productor, de producir con materia prima de menor calidad y sin incentivos para invertir en innovación, lo más importante era construir un nicho de mercado que abarcar mayor demanda para ajustar la producción y los precios, sin importar la calidad ya que tampoco había muchas opciones para la sustitución de bienes y servicios. A ésta le siguió la "**Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus productos**" de 1937.

En 1941 nace la "**Ley de Industrias de Transformación**", mediante estas leyes la visión del Estado ante el monopolio parece cambiar, no se busca que no se establezcan monopolios sino que no se establezcan fuera de la vigilancia de la administración pública y en perjuicio de la sociedad o de alguna de sus clases, ya no garantizaban que el Estado lucharía por la libre competencia, sino que podría cuando lo considerase necesario para la economía del país autorizar asociaciones francamente monopólicas. El artículo 4° de dicha ley establecía la sanción para aquellos acuerdos de productores, industriales, comerciantes o empresarios realizados sin autorización y regulación del Estado que permitieran imponer precios de los artículos o servicios, lo que nos indica que el elemento de mayor peso en la valoración era el permiso del Estado para ser un monopolio. La Secretaría de Economía Nacional tenía entonces la facultad de conceder dichos permisos y se los otorgó a varias asociaciones de productores, entre ellas, la Sociedad Nacional de Productores de Alcohol, la Unión Nacional de Productores de Azúcar y otros monopolios, así mismo, la Secretaría requería a diversos agentes económicos que le manifestasen las cantidades que tenían en su poder de artículos de consumo necesario, a fin de que el organismo fijara los precios a que se venderían

<sup>31</sup> Véase artículo 12 de la Ley Reglamentaria de 1934.

Después se aprobó la Ley Sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica de 1950, cuyo enfoque vital era la intervención directa del gobierno en las decisiones de negocios y conductas empresariales.

Posteriormente, en el siglo XX, debido al auge petrolero de la década de los 40's y la adhesión de México al modelo de sustitución de importaciones en economías cerradas, el modelo económico propició la protección de industrias nacionales incipientes y se buscó alcanzar altos niveles de autoabastecimiento en base a producción nacional de baja calidad, pues se pensaba que de esta manera las industrias nacionales podrían competir contra las extranjeras posteriormente, para así ganar eficiencia y esta eficiencia se resentiría en el mercado nacional. Sin embargo, esto no se dio así, al no tener competencia la industria nacional tuvo pocos incentivos para innovar y prefirió proveer el mercado nacional con productos de baja calidad y precios poco competitivos, el costo operativo administrativo que llevaba la gestión de negocios tampoco era motivador, la regulación de tarifas era prioritaria y aunque se establecían en condiciones de simulación de competencia, el mecanismo de establecimiento no era claro y si bien las tarifas estaban reguladas, no así otras condiciones de venta que cerraban el mercado. Este control de precios y producción se dio principalmente a través de la "Ley sobre atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica" publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1950 y terminó su vigencia al aprobarse la Ley Federal de Competencia Económica.

El modelo económico de sustitución de importaciones, vio su caída en México debido a las crisis económicas y al endeudamiento externo, a partir de 1976 hasta 1982. La importación de bienes de capital necesarios para levantar la producción cedió ante la crisis, aún cuando se contara con el financiamiento para hacer frente a dichas importaciones, la escasez de divisas y los precios internacionales hicieron difícil acudir al mercado internacional sumando las tasas arancelarias aún vigentes y la negativa de México cuando fue invitado en 1978 bajo el gobierno de José López Portillo a unirse al GATT, dejaron en desventaja a las pocas empresas mexicanas sobrevivientes, esto planteó la reevaluación de los costos de la regulación de la economía.

La primera reforma del artículo 28 Constitucional desde 1917, fue el 17 de noviembre de 1982 y, se dio para exceptuar de su aplicación al servicio bancario recientemente nacionalizado.

El 3 de febrero de 1983, como resultado de la política proteccionista de Miguel de la Madrid se estableció en dicho artículo que las leyes debían ser las que sentaran las bases para los precios máximos, e impusieran modalidades a la distribución de productos para evitar la especulación.

Se incrementó el número de áreas estratégicas exceptuadas a cargo del Estado, se consignó la figura de la concesión, el principio de protección al consumo y se abrieron las posibilidades para otorgar subsidios a la exportación y a ciertas actividades. Cabe señalar además que, durante el modelo de sustitución de importaciones, México se dedicó a

producir bienes semi terminados y no duraderos, y seguía importando bienes finales y el desequilibrio derivado de dichas importaciones en la balanza de pagos ante la inexistencia de otras exportaciones fue cubierto con los excedentes petroleros, junto con deuda externa, refirió la aplicación del artículo 28 a la figura del monopolio y la conducta desplegada por éste y no a las conductas realizadas para alcanzar la monopolización. Entre las nuevas áreas prioritarias del Estado se incluyó la comunicación vía satélite, como estratégica además del petróleo, la electricidad, la energía nuclear, los minerales radioactivos, los ferrocarriles y demás actividades que señalara el Congreso, se adicionó también el fundamento constitucional para concesionar a los particulares la prestación de algún servicio público, la explotación, uso o aprovechamiento de bienes del dominio de la Federación.

De 1986 a la década de los noventa, se busca una política de apertura de mercado, se da la adhesión de México al GATT, ante la inminente necesidad de inyectar capital extranjero a nuestra economía.

Presenciamos una ola de privatizaciones, ante la inminente crisis económica, la falta de inversiones fijas y el alto costo presupuestal de manutención de ciertas empresas estatales, comienza la ola privatizadora en la década de los noventa. Lo que el gobierno federal busca a través de la venta de diversas empresas estatales integradas (ferrocarriles, teléfonos, ingenios azucareros, el sistema bancario mexicano, sistemas de transporte terrestre, telecomunicaciones, sistemas carreteros), es ingresar recursos a las arcas federales, adelgazar el costo que significaba mantener dichas empresas incluyendo sus gastos de seguridad social y promover la competencia, la innovación la entrada de inversiones y la diversidad en los diversos sectores.

El fracaso de dichas privatizaciones, ha sido marcado por su indebida realización al hacerlas sin el marco legal adecuado y la falta de reformas de segunda mano. Desde un principio, al vender dichas entidades integradas, se gestó un grave problema ya que simplemente era el paso de un monopolio estatal a uno privado dueño de las facilidades, derechos y presencia de mercado que el monopolio con activos públicos había logrado, posteriormente el haber enajenado dichas empresas sobre base de deuda pagadera a largo plazo (con saliva como en el caso de los bancos), hizo al adquirente menos consciente del valor de los activos de lo adquirido y para solventar la deuda tomó altos riesgos como fue en el caso bancario. Por último, los errores catastróficos en materia de títulos de concesión para la interconexión de bienes y servicios privatizados y el fracaso para llegar a acuerdos de cooperación entre la industria, han tenido altos costos, que han llevado a ramas industriales enteras a fuertes crisis de las cuales las ha rescatado el gobierno Federal, significando dichos rescates montos catastróficamente mayores a los recibidos por la venta original de las empresas, pérdidas de bienestar social o han terminado en litigios costosos e interminables por los derechos de interconexión, relación y uso de las facilidades otrora públicas, que no han logrado abrir los caminos hacia la competencia y sí han inhabilitado algunas inversiones.

Estas privatizaciones mal realizadas no ayudaron a desconcentrar el mercado mexicano, ni a diversificarlo; en el mejor de los casos, se pasó de monopolios públicos a oligopolios



coordinados, de capital privado y se agravó el monopsonio sobre insumos y materias primas.

Como resultado de los cambios en el sector bancario, una vez más el 27 de junio de 1990 se derogó el párrafo V del artículo 28 Constitucional, sobre la nacionalización de la banca abriéndola al capital privado. El 20 de agosto de 1993, se vuelve a modificar el artículo 28 Constitucional para consignar la autonomía del Banco de México, en marzo de 1995 se vuelve a reformar el artículo para excluir a la comunicación satelital y ferrocarriles de las áreas estratégicas y quedando reguladas simplemente como áreas prioritarias, conservando el Estado la rectoría en dichas actividades.

Las leyes de 1934, 1941 y 1950, fueron abolidas en diciembre de 1992, cuando el Congreso Mexicano aprobó la Ley Federal de Competencia Económica. Esta Ley entró en vigor el **22 de junio de 1993** y respondió a la necesidad de modernizar la rama legislativamente haciéndola aplicable en el contexto de la modernidad y del nuevo TLCAN el cual también exigía su existencia para el capítulo XV. México era el único de los tres socios que no contaba con un marco legal de competencia económica firme y es el más incipiente en historia de la regulación de competencia económica de la región. Así mismo en el régimen mexicano se separó y especializó el área de Protección a la Propiedad Intelectual con la entonces Ley de Fomento a la Propiedad Industrial y la inclusión de México en el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio o ADPIC.

Esta ley de competencia es la primera ley realmente aplicable en la época moderna, reconoce principios económicos fundamentales como "**los efectos de las prácticas anticompetitivas se transmiten a lo largo de la cadena productiva**", sin embargo, su perspectiva es principalmente horizontal ahondando poco en las prácticas verticales. La misma exposición de motivos sigue señalando que la ley fue motivada por preocupaciones de eficiencia distributiva, que posteriormente no se vieron reflejadas en el cuerpo legal aprobado; de hecho, habla del impacto de la competencia económica sobre el nivel de empleo como la distribución de ingresos y, sin embargo, al evaluar las prácticas anticompetitivas al texto de la Ley hoy vigente poco se repara en la pérdida de empleos o de eficiencia distributiva.

Para la creación de esta ley fueron tomados principios expresados por las legislaciones de países de primer mundo, sin embargo, se le dio poco peso comparativo a la realidad productiva de nuestro país, siendo que México es y fue principalmente productor de bienes semi terminados, y las otras jurisdicciones basan su economía en la producción de bienes finales y tecnología de punta. Para la creación de la Ley Federal de Competencia Económica fueron tomados algunos aspectos de la legislación inglesa, estadounidense, sueca, canadiense y alemana, sin embargo, el criterio que se tomó para el análisis de eficiencias contra conductas restrictivas relativas proviene del derecho estadounidense, criterio que para las medianas y pequeñas economías no suele ser el más favorecedor debido al tamaño de la industria americana para el que fue diseñado. **Otro criterio que adoptó la nueva ley fue el olvidar su acción preventiva a la tentativa de monopolización enfocándose a la investigación de conductas con posterioridad a su**

**realización**, omitiendo sancionar actos tendientes a facilitar la colusión.

Mediante esta nueva visión económica, México intenta luchar contra la concentración del poder económico en algunas manos, abriendo las fronteras y favoreciendo la entrada de capitales extranjeros, sin embargo, la concentración de la producción de bienes finales en las empresas transnacionales ha dificultado tal apertura, constituyéndose dichas empresas en nuevos nichos de poder que, presionan a su favor para obtener menos regulación a su actividad y mayores barreras legislativas a la entrada de nuevos participantes, usando su poder económico como factor ante el legislador.

Bajo esta nueva legislación, se crea la Comisión Federal de Competencia Económica, organismo desconcentrado de la Secretaría de Economía, encargado de la aplicación administrativa de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE, por sus siglas de aquí en adelante), que reúne indebidamente en un solo organismo la facultad de investigar, ejercer acción y sancionar las conductas anticompetitivas en el mercado mexicano. Comisión cuya naturaleza es formalmente administrativa y materialmente jurisdiccional, sin ser un tribunal administrativo.

Finalmente, en el año 2006, se dan diversas reformas a la Ley Federal de Competencia Económica, modificándose también su Reglamento, el cual se publicó el 12 de Octubre de 2007. Hasta la fecha, los avances de estas reformas parecen aún parciales y muy apegadas a la antigua escuela chicagonita, no habiendo grandes avances en cuanto al problema de monopolización y girando aún la legislación mexicana en torno al concepto de monopolio, poniendo poco énfasis a la conducta coordinada tipo oligopolio *Cournot*, que hoy por hoy es la preocupación principal en los regímenes de competencia de nuestros socios comerciales.

### **3.1 Historia del derecho de la competencia en Canadá.**

La historia del comportamiento corporativo en el Canadá resulta complicada de configurar, principalmente debido a la naturaleza del mismo Estado y su conformación como por las confrontaciones político-culturales que han marcado su evolución.

Debemos considerar las dos potencias que, en el siglo XVIII, gobernaban la vida económica en los territorios que posteriormente configurarían el Canadá, el Imperio Británico y la Corona Francesa, quienes iniciaron la colonización desde 1670, sin perder de vista las formas económicas de la población nativa asentada en lo que hoy principalmente se conoce como Manitoba, y la participación territorial de la *Hudson's Bay Company*. A su vez, tiene un papel determinante en la historia económica canadiense el desarrollo de las trece colonias inglesas, que posteriormente formarían Estados Unidos de América. A partir de la derrota francesa en la guerra de los siete años ante los ingleses (1756-1763), la Corona Británica, mediante el Tratado de París se adjudica las viejas colonias francesas, quedando Quebec, Montreal, Fort Carillon, Front Frontenac, Fort Niagara y otras principales provincias bajo la dominación británica. Desde entonces y debido al desarrollo posterior de la economía de las provincias que formarían el Canadá, los historiadores económicos de dicha nación han determinado que el Canadá es una

especie de satélite económico de dos poderes en distintas épocas, de la Corona Inglesa y de los Estados Unidos de América. De hecho, a partir de 1763 y por trece años más, Norteamérica quedaría unida por la bandera británica.

La nación que hoy conocemos como Canadá data únicamente del 1° de julio 1867, constituyéndose como una monarquía parlamentaria, debido a los cambios en extensión de territorio, anexiones, separaciones y modificaciones en su Constitución, sin contar con las anexiones de Alberta en 1905 y de Terranova que data de 1949.

Contrario a la vocación *Laisser Faire* de los Estados Unidos posterior a 1840, los canadienses ponían todo el peso del crecimiento económico en las decisiones gubernamentales, haciendo de la tarea de promover el crecimiento económico, una obligación compartida entre la economía y la política; debido a sus propias diferencias culturales y económicas se buscaba un sistema distributivo, que lograra la mayor igualdad económica posible entre todas las provincias que configuraban Canadá. Las provincias enfrentaban un gasto público creciente a causa de la construcción de vías de comunicación y mercados limitados, pues el imperio británico concedió trato comercial preferente a sus propios productos.

La *Hudson's Bay Company* marca la historia corporativa canadiense, es la corporación más vieja de la historia y constituía un gobierno de facto en la región antes de que se establecieran los poderes del imperio británico y convivía con las colonias del imperio francés. La corporación inglesa poseedora de tierras en el mundo, promovía la exploración y explotación temprana de los territorios del noreste canadiense y tenía el monopolio de la venta de pieles procedentes del Nuevo Mundo, exclusividad en el comercio de pieles concedida por la Corona Británica desde 1670 hasta 1821; sus travesías les hicieron nexos de importancia con varias comunidades nativas norteamericanas y sus incipientes redes de tráfico comercial formaron los núcleos de intercomunicación para los posteriores asentamientos de gobiernos oficiales en el Oeste Canadiense. Al declinar el comercio de pieles debido al descubrimiento de oro en la región, cedió paulatinamente su poder aunque siguió como factor de representación de los intereses del gobierno británico y se retiró a Vancouver donde el gobernador de la Isla y el Presidente de la Hudson Company eran la misma persona y, sus empleados eran la población; gracias a las exclusividades nuevamente concedidas a ella por la misma corona a través de la *West Indian Company*, se dedicó a la venta de bienes de consumo necesario para los nuevos pobladores del Canadá.

Su sola existencia en la época del monopolio de pieles tuvo marcado impacto en el desarrollo del oeste canadiense, ya que utilizaba su poder económico para atacar y evitar el asentamiento de poblaciones agrícolas cercanas a sus zonas de influencia, ya que la caza de pieles no podía llevarse a cabo con el mismo éxito en tierras agrícolas o donde pudieran enfrentar conflictos por tenencia de la tierra y propiedad de los semovientes. Así mismo, al reafirmar su presencia en dichas áreas y con el comercio de pieles como actividad única, en detrimento de la agricultura, reforzaba la dependencia de dichas poblaciones a la *Hudson's Bay* y evitaba que desarrollaran amplias relaciones comerciales con los Estados Unidos; esta última finalidad en convergencia con el imperio británico,

quien no deseaba que los ánimos independentistas se siguieran expandiendo, sin embargo, la Hudson no podría frenar los ánimos de autogobierno por mucho tiempo y en 1818 tanto Estados Unidos como el imperio británico accedieron a compartir comercialmente territorios, específicamente el caso de Oregón que al final se anexaría a la Unión Americana.

En las zonas pesqueras habían constantes conflictos por la exclusividad de la actividad en las provincias británicas, de las cuales quedaron excluidos los norteamericanos hasta 1856, y en la zona central, Quebec, se dividía en dos provincias unidas solo por Montreal como puerto, peleando la hegemonía económica e intentando apoderarse del paso de mercancías del nuevo mundo hacia el imperio británico. La parte alta de Quebec se esforzaba por conseguir capital británico a invertir en la provincia.

La clave para el desarrollo de la parte central del país se centró en el comercio más que en la producción, en atraer las exportaciones del centro canadiense y el medio oeste americano.

Antes de 1867, nos encontramos con una serie de economías regionales muy distintas, cuya diversidad no permitía una regulación económica uniforme sin provocar distorsiones sociales, así mismo, ante un mercado tan diverso y atomizado y la inminente expansión norteamericana, la única forma de evitar la anexión y lograr una economía con cara nacional y trascendencia transcontinental era la unión entre las remanentes colonias inglesas. La idea de comercio recíproco con Estados Unidos parecía ser una buena opción para evitar la anexión, sin embargo, esta reciprocidad terminaría en 1866 con el triunfo de los confederados en la guerra civil americana y su visión proteccionista.

Incapaz de lograr reciprocidad comercial con los americanos y habiendo perdido el apoyo comercial de los ingleses, se optó por reforzar el comercio entre las provincias canadienses y buscar fortalecer a la confederación para la época de aislamiento, se dictaron las primeras medidas proteccionistas de cobertura nacional en 1878, se buscó promover la expansión agrícola y se invirtió en ferrocarriles para interconectar el comercio, aunque el desarrollo en esta área resultó complicado debido a que se pretendía que el ferrocarril fuera construido y administrado en base a inversiones canadienses y no estadounidenses; buscaron sectorializar la producción asentando en el Canadá central la manufactura y los servicios financieros, las praderas proveerían los bienes agrícolas y se podrían distribuir gracias a los ferrocarriles y, en algunos casos, hasta exportar. El producto que determinó un marcado éxito agrícola permanente hasta hoy fue el trigo.

Sin embargo, la falta de capitales en Canadá provocó concentraciones naturales, la *Canadian Pacific Railroad* tuvo la concesión monopólica de los ferrocarriles construidos por 20 años, de 1885 a 1915, incurriendo en abusos tarifarios. La política económica Canadiense de 1880 a 1930, se dedicó a fortalecer la manufactura y a aplicar estándares proteccionistas que desalentaran los fines expansivos estadounidenses, así mismo, se impulsó la producción de papel y pulpa siendo hasta hoy una de las industrias líderes en exportación del Canadá, se enfocaron a la producción del papel como bien final de valor agregado, poniendo tasas a la exportación de la materia prima para desincentivar su venta

como bien no terminado y, bajando las tarifas cuando la manufactura del papel se llevara en su totalidad a cabo en determinadas provincias cuya economía se buscaba fomentar. El papel manufacturado resulto ser un bien de demanda inelástica para la industria editorial estadounidense así que, mientras el gobierno buscaba imponer barreras arancelarias altas al papel canadiense, los periódicos presionaban para que bajara la cuota, en 1913, la industria editorial estadounidense presionó tanto a su gobierno que finalmente el papel canadiense entró libre a Estados Unidos sin tener que remover sus tasas a la exportación de materias primas para la producción de papel. Es decir, logró una victoria como bien final y reforzó el poder de mercado de los canadienses en un producto básico para la industria americana, poder que se volvió posteriormente oligopolio en la región.

Asimismo, desarrolló una industria eléctrica que generaría grandes ganancias económicas y sus descubrimientos de yacimientos de acero que serían explotados con posterioridad, afianzaron la industrialización del Canadá.

Las leyes antimonopolio en el sistema jurídico canadiense han estado presentes desde 1889, la Ley para la Supresión y Prevención de Combinaciones en detrimento del comercio (*Combines Investigations Act*), es un año más vieja que la *Sherman Act*. Esta primera ley marcaba principalmente sanciones penales a las combinaciones empresariales y a todo acuerdo que tuviese como efecto elevar los precios, disminuir la competencia, afectar el suministro o impedir el comercio ya sea en la producción de bienes, distribución, transporte o comercialización. Sin embargo, los términos fusión y monopolio fueron incorporados al texto de la ley hasta 1910 y en 1919, se sentenció que se sancionarían las combinaciones que fueran contrarias al interés público. Un error fundamental en esta ley se cometió mediante las reformas de 1935 cuando se definió de la misma manera al monopolio y a las fusiones, error que fue subsanado hasta 1960, sin embargo, el término interés público persistió adherido a ambas definiciones, ser parte de una fusión ilegal o de un monopolio era causa penal y no existía el sistema de notificación de fusiones.

Varias de las conductas prohibidas y sancionadas penalmente fueron incluidas posteriormente en el Código Penal Canadiense de 1892. Nunca se ejecutó una condena penal por participar en una fusión controvertida, el requisito de probar que se había dañado sustancialmente la competencia o de presentar evidencia específica sobre daño al interés público era demasiado complicado para el Estado. Así mismo, el registro de sanciones criminales por monopolio era bajo, la necesidad de probar poder de mercado y daño al interés público era abrumador, no bastaba con tener un monopolio o mantenerlo, el acusado debía desplegar conductas tendientes a desplazar efectivamente a su competencia.

Originalmente esta Ley, no señaló ningún procedimiento ni mucho menos organismos de investigación sobre estas conductas. En 1923, se creó una agencia especial administrativa, para la aplicación de la ley, dicha agencia era formalmente administrativa, sin embargo tenía facultades para la persecución y sanción de las conductas. Dicho ente se componía de un Director de Investigaciones y una Comisión de Investigación de las Prácticas Restrictivas al comercio.

En 1930, Canadá se hallaba sumida en depresión, con agudo desempleo y nuevos movimientos sociales de protesta ante los precios, como respuesta en 1935 se da un cambio en la óptica económica de la agencia y se promueve hasta lograrse. La despenalización de ciertas conductas como la discriminación de precios y los precios depredatorios, la ley fue sucesivamente enmendada en 1951, 1960 y 1971.

Así mismo, a finales de los treinta se concede a las provincias la facultad de regular las políticas económicas, de bienestar social y fiscales.

Después de la Segunda Guerra Mundial, Canadá se avoca a la construcción de un Estado Keynesiano, que aportó un nivel de vida elevado durante tres décadas, la riqueza que lo alimentó se derivó de una serie de industrias orientadas a la exportación de productos primarios de altos volúmenes y bajo valor agregado cuyos principales clientes eran los productores de bienes finales estadounidenses. Las rentas derivadas de estos recursos generalmente no renovables, era redistribuidas por el Estado, para crear un grado considerable de justicia social para las regiones menos desarrolladas del país y para sostener el modelo de sustitución de importaciones. Se buscaba de una manera más incipiente el equilibrio del eje estadounidense salario-precio-beneficio, además eran la primera casa de las sucursales de las primeras trasnacionales estadounidenses.

Bajo estas condiciones los nuevos sectores de la economía política canadiense se tornaron continentalmente integrados, la producción independiente de sistemas completos de aviones de guerra se suspendió en 1958, y el complejo industrial militar del país se integró formalmente al de la industria bélica estadounidense, es decir, se convirtió Canadá en un cliente más del armamento estadounidense al coordinarse la producción de artículos de guerra mediante el **Arreglo de producción de defensa compartida de 1959**. Esto absorbió la defensa aérea del Canadá dentro de la cartera de clientes de la Boeing y las empresas estadounidenses como la Lockheed, siendo este un paso importante para los Estados Unidos ya que, en ese entonces la flota canadiense era la tercera potencia aérea en el mundo. Por otra parte, la producción automotriz controlada en ese entonces por cuatro compañías estadounidenses se racionalizó a nivel continental con posterioridad a la firma del Pacto Automotriz, impactando sus disposiciones principalmente a Ontario, quien dependía de la industria automotriz americana.

Sin embargo, a finales de los sesenta el modelo de sector dual de Canadá se encontraba en problemas, las condiciones del comercio resultaron adversas para las materias primas en el sector de productos no terminados y su explotación era cada vez más ruinoso, los suministros de recursos disminuían, había grandes extensiones de propiedad en manos extranjeras en los sectores manufactureros y de servicios. A medida que han descendido los niveles de protección arancelaria típicos de la época post Keynesiana, el sector manufacturero nacional iba perdiendo terreno y no aumentaba ganancias en el exterior.

En el gobierno de Trudeau no se dio gran énfasis a la planeación económica regulativa, se confiaba en la educación pública y la persuasión moral para convencer al sector empresarial sobre la conveniencia de crear más empleos y, la necesidad de que las

utilidades estén acompañadas por precios bajos, sin embargo, se estudiaron nuevas formas de permitir la formación de conglomerados económicos y consorcios para la producción de ciertos bienes con el propósito de racionalizar la competitividad industrial con miras a la exportación. La nueva legislación propuesta ponía menor énfasis en la competencia de ciertos productos y permitía acuerdos entre empresas para la formación de consorcios de exportación al tipo de la *Webb Pomerene Act* de los Estados Unidos, se detuvieron las importaciones en empresas como la textil para darle tiempo a la industria nacional de cambiar hacia líneas más productivas. Así mismo, se instituyó un Consejo Económico, organismo de investigación de nivel industrial para valorar la situación de diversos monopolios y, en general una revisión de la política de competencia. En Canadá, en 1966, se hicieron varias propuestas de reforma por este organismo; entre ellas, la de sacar varias conductas del ámbito penal para introducirlas a un ámbito civil, además de un organismo especializado para la impartición de justicia en materia de competencia económica<sup>32</sup>.

En 1971 se introdujo la enmienda C-256 en la Cámara de Representantes, la reforma proponía la notificación de las fusiones en que estuviesen involucrados accionistas extranjeros o que excedieran los cinco millones de dólares canadienses ante un tribunal propuesto en la misma reforma, introducía la idea de aprobar las fusiones cuando éstas propiciaran eficiencia, siempre y cuando dicha eficiencia trascendiera al público a corto plazo. La comunidad de negocios se opuso a estos dos últimos requisitos de la eficiencia.

En 1973 el gobierno de Trudeau propuso afrontar la reforma de la ley en dos etapas, la primera enfocada a hacer la legislación totalmente aplicable e incluir al sector servicios en ella, explorar la mayoría de las conductas en el ámbito civil y darle mayor peso al elemento conspiración sobre la necesidad de probar acuerdos. Estas enmiendas se hicieron efectivas el 1º de enero de 1976.

A las voces que clamaban por la instauración de un tribunal especializado y de una nueva forma de revisar las fusiones, se unió el Reporte del Cambio Dinámico de la Economía de Mercado Canadiense de 1976. Este reporte propició una nueva propuesta de reforma presentada en marzo de 1977 denominada la propuesta C-42, esta iniciativa también buscaba sancionar las prácticas anticoncurrentes, el acaparamiento de fuentes de suministro, el disciplinar competidores y, en resumen, se enfocaba más a sancionar la monopolización que el monopolio en sí, así como la tentativa a monopolizar. Esta propuesta también fue altamente satanizada por la comunidad de negocios, el gobierno de Trudeau la retiró y en su lugar introdujo una propuesta menos agresiva, la llamada propuesta C-13, ésta abarcaba al monopolio no sólo como conducta horizontal sino vertical cuando el poder de mercado adquirido se buscara ejercer en los mercados relacionados, visualizando la posibilidad de aplicar este poder monopólico o un poder concentrado en los mercados de factores, sancionaría el apalancamiento de poder de mercado obtenido en una actividad económica para afectar otras actividades, sin embargo,

---

<sup>32</sup> SMITH, Margaret. **Mergers and abuse of dominant position: legal aspects.** [en línea], versión 9.13, Toronto, Canadá Site, enero 1991, 03/06/2002, [citado 20-08-2007], Formato Html. Disponible en internet: <http://http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/913-e.htm>

seguía delegando la aplicación de la ley en entes administrativos y no en Cortes, daba poca acción para poder apelar los resultados de la aplicación administrativa de la ley ante los organismos jurisdiccionales y amplias herramientas de investigación a la agencia administrativa que se encargaría de la persecución de las conductas, por estas razones la propuesta fue retirada en 1979.<sup>33</sup>

El último error del Estado Keynesiano intervencionista en Canadá, fue el desplazar la propiedad extranjera del sector del petróleo y el gas con propiedad e inversión nacional, fue un error de tiempo ya que la estrategia se implementó en 1981, cuando toma el poder en Washington Ronald Reagan y se da el tremendo derrumbe petrolero. En ese mismo año, el Ministro de Consumo y Asuntos Corporativos del Canadá, inició una extensa consulta con la clase empresarial, los académicos, abogados y el público en general para enmendar la *Combines Investigations Act*. Como resultado de dichas consultas, en 1984 se presentó la iniciativa C-29, esta propuesta contemplaba cambiar el término monopolio por el de abuso de posición dominante, proponía un examen de doce factores a considerar en caso de fusiones y en el caso de que éstas derivaran eficiencias se tenía que comprobar que las mismas no podrían ser alcanzadas de otra manera diversa a las fusiones. Sin embargo, el proceso electoral de 1984 retrasó su discusión y fue finalmente archivada.

En 1986 surge la Ley de Competencia, esta (*Competition Act*) fue creada para hacer el derecho de la competencia canadiense efectivo y aplicable, fortaleció la postura gubernamental frente a los cárteles, incluyó a las corporaciones estatales y bancos en el ámbito de aplicación de la ley, daba al gobierno la autorización para racionalizar las líneas de producción, hizo la mayor parte de las prácticas un asunto revisable en materia civil y no penal y estableció los umbrales de concentración para la revisión de fusiones dentro del Canadá.

Desde 1985 el nuevo Ministro del Consumo y Asuntos Corporativos del Canadá inicia una nueva serie de consultas para reformar los temas de fusiones y monopolios en la *Combines Investigation Act*. Las nuevas preocupaciones eran: la proliferación de *joint ventures* o co inversiones, el uso de las defensas de eficiencia, la aptitud de los adquirentes en caso de fusiones, el parámetro para determinar el daño a la competencia, y el alcance que tendría el parámetro de dominancia. De estas inquietudes nace la propuesta C-91; su mayor aportación era la creación de un tribunal especializado en materia de competencia económica, se componía la iniciativa de enmiendas a la *Combines Investigations Act* y de la *Competition Tribunal Act*. Sin embargo, al ser un cambio profundo en la legislación canadiense se determinó crear una nueva legislación, la *Competition Act* y la *Competition Tribunal Act*, las cuales entraron en vigor en junio de 1986. Esta también es la fecha de nacimiento del Tribunal de la Competencia Económica, se separaba así la investigación de las conductas de su sanción, este tribunal lidiaría tanto con prácticas engañosas de comercialización para la protección al consumidor como con la conducta empresarial para la protección del proceso competitivo.

En marzo de 1991 el Buró Canadiense de la Competencia publicó sus *Merger*

---

<sup>33</sup> Idem.



*Enforcement Guidelines* o Lineamientos para la evaluación de fusiones. En 1992 el Buró Canadiense de la Competencia expidió sus **Lineamientos Sobre la Aplicación de Precios Predatorios**, y sus **Lineamientos Sobre Discriminación de precios**, siendo estos Lineamientos material y formalmente ejecutivos más no legislativos.

La política de competencia actual en Canadá, vigila que exista un mínimo de competencia distributiva sin dañar la eficiencia productiva y asignativa.

La importancia del Canadá para la política económica norteamericana es evidente, con un millón de dólares en exportaciones por minuto este rubro significa una tercera parte de su Producto Interno Bruto. Cuando la economía americana entra en recesión, en el Canadá se encarecen los recursos también, debido a esta interdependencia sus investigaciones sobre transnacionales y sus ejecuciones por conducta anticompetitiva criminal se ha reforzado en los últimos años, poniendo énfasis en la fijación de precios y la asignación de mercados de las transnacionales con presencia en Canadá. El Buró de la Competencia, organismo administrativo encargado de la investigación de conductas restrictivas cuenta con un amplio rango de herramientas para realizar sus investigaciones incluyendo recientemente el permiso de intervenir comunicaciones privadas.

Desde principios de los 90's, se le definió como una economía líder en el tratamiento de servicios, sector que emplea tres cuartas partes de los trabajadores canadienses, (especialmente en el sector de ventas), por tanto, sus leyes han ido evolucionando hacia dicho sector, representando las más avanzadas para lidiar en materia de competencia de servicios de la región.

En el sector manufacturero su principal preocupación es el mercado automotriz, producción de papel y petróleo. Su criterio en materia de competencia económica es un poco más regulado a nivel estatal que el de los Estados Unidos pero menos intervencionista que el de la Comunidad Europea; un factor determinante para este enfoque es la asimetría en el federalismo canadiense, que se vería agravado ante fuertes disparidades de eficiencia distributiva de recursos federales. Actualmente es el líder en la producción de recursos obtenidos mediante tecnologías limpias y sus industrias empiezan a ser redituables en la investigación y creación de la nueva maquinaria verde, se estima que, en los próximos años a través de los compromisos internacionales pro ecológicos como el protocolo de Tokio, el mercado de las tecnologías verdes canadienses tendrá una importante expansión, al crecer la demanda de dichas tecnologías y maquinarias para cumplir con los compromisos internacionalmente adquiridos por otros países menos avanzados en la tecnología verde.

Sin embargo, sigue siendo un país de economías regionales, cuya prosperidad es inestable, razón por la cual el gobierno se ve obligado a intervenir ante una industria no estandarizada a nivel nacional para proteger del daño social derivado de las inestabilidades regionales de ciertas industrias a determinadas regiones. Históricamente ha sido el sector bancario el que mayor escrutinio y regulación ha recibido debido a la conducta coordinada que presentaron hasta finales de los años ochenta. Otro sector de recurrente preocupación es el de los medios de comunicación, específicamente los

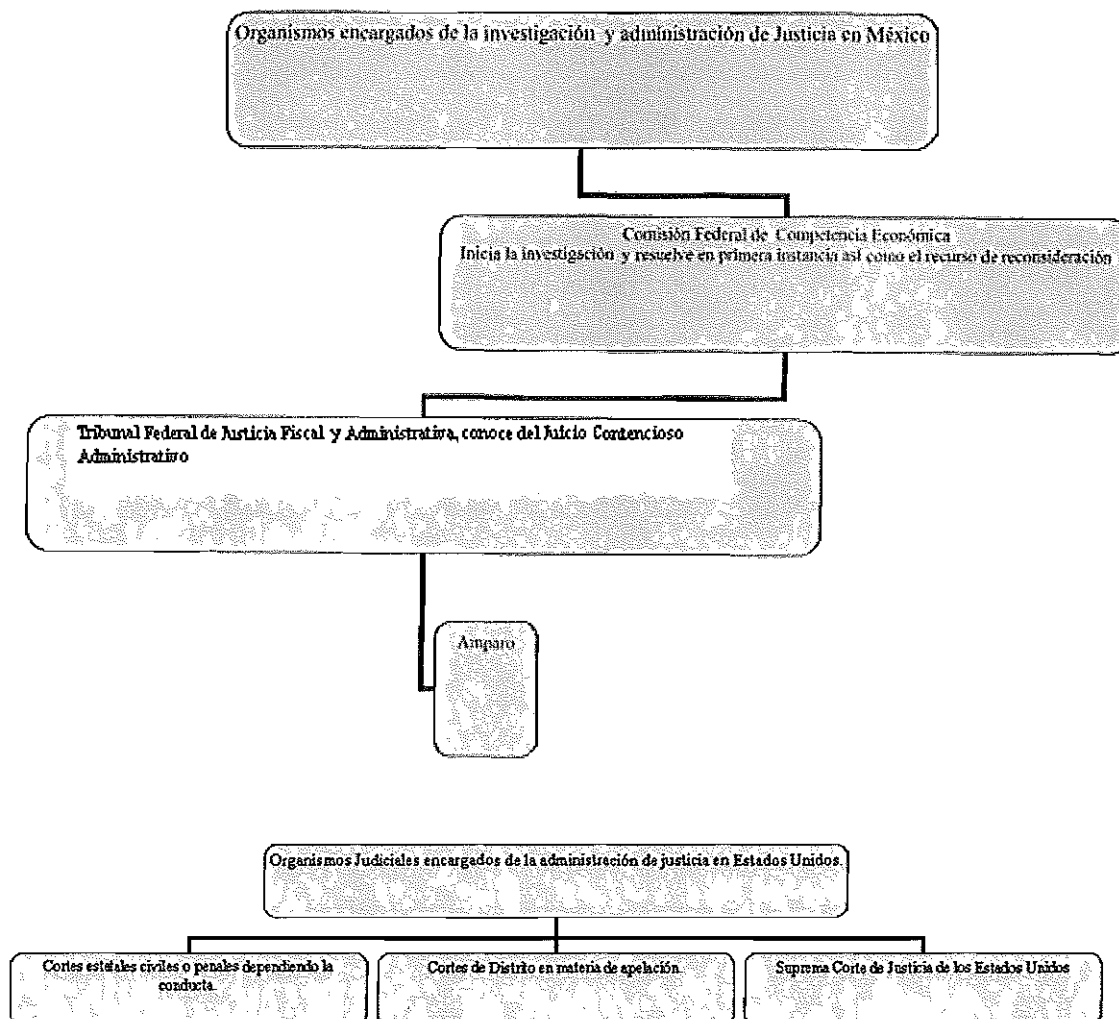
periódicos dominados por dos firmas preponderantes a nivel nacional y en promedio una por región dependiendo del habla local, los cuales han llevado a los canadienses a dudar de la veracidad de la información y de la libertad democrática que en la misma se involucra; específicamente en la industria editorial, en los noventa se caracterizaba por estar atomizada en medianas editoriales principalmente regionales, después y debido a la apertura comercial entró *Chapters*, una cadena americana con gran cobertura la cual no obstante generar eficiencias productivas, no reflejaba dichas eficiencias en precios y opciones, limitando la cantidad y tipo de libros de venta nacional, sacando a las pequeñas editoriales locales del negocio y monopolizando precios, esto dio como resultado la decisión del gobierno canadiense de limitar la propiedad de librerías como medios de difusión y promoción cultural de sus regiones a ciudadanos canadienses.

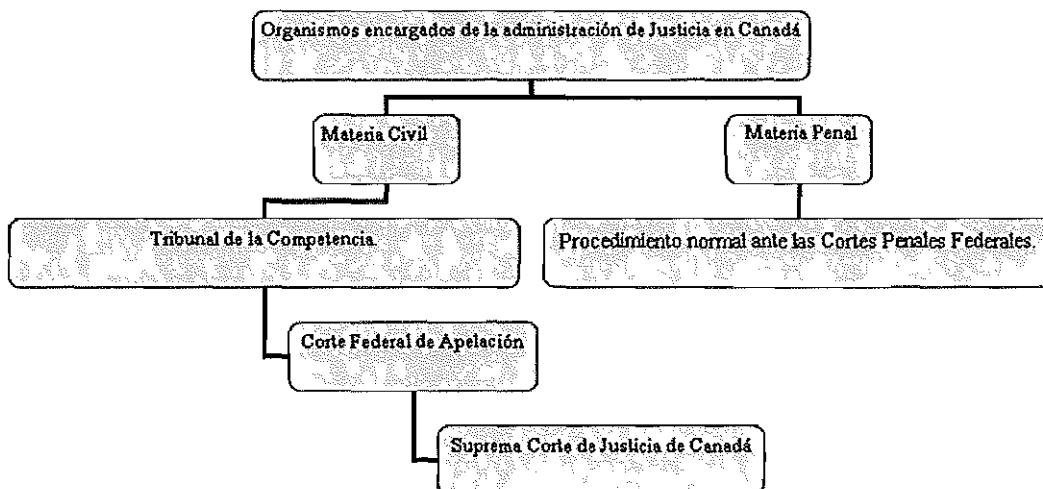
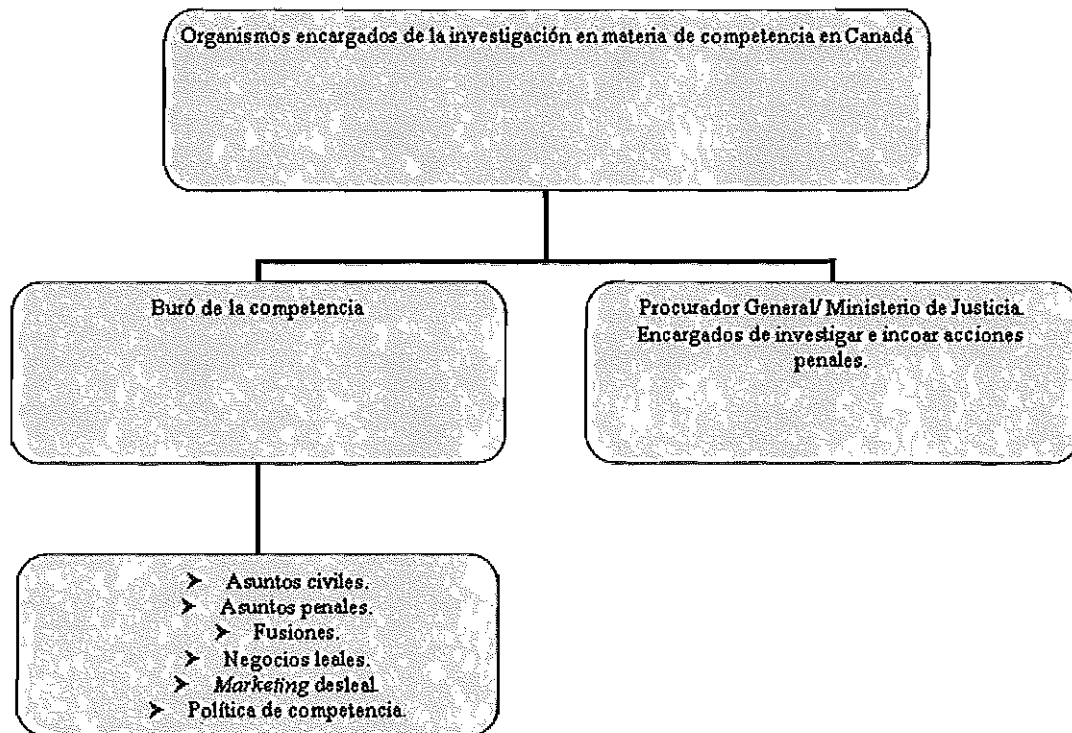
Los últimos avances en la legislación Canadiense se contienen en las enmiendas permitidas a la *Competition Act* mediante la *Bill C-23*, la cual entró en vigor el 21 de Junio de 2002. Entre sus innovaciones incluyó:

- ⇒ Un marco de cooperación judicial para asistencia legal, en asuntos de competencia que no enfrenten pena criminal.
- ⇒ Le permite al Tribunal emitir órdenes incidentales en asuntos civiles revisables, exceptuando fusiones, en casos donde el daño a la competencia no podría ser remediado adecuadamente por la sentencia del Tribunal; en casos específicos como cuando se éste a punto de eliminar a un competidor o una persona podría sufrir pérdida significativa de su participación de mercado, pérdidas económicas significativas u otros casos en que no se pudiera restablecer el *status quo ante* a la violación
- ⇒ Permitiendo la acción privada para demandar ante el Tribunal en asuntos como la denegación de venta, ventas atadas, trato exclusivo y restricciones de mercado.
- ⇒ Medidas específicas para proteger la competencia en la industria aeronáutica canadiense.

### **3.2 LEGISLACIÓN Y ORGANISMOS VIGENTES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN AMÉRICA DEL NORTE**

\*Esquemas de desarrollo propio





### **LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA VIGENTE EN LOS ESTADOS UNIDOS**

- ⇒ Sherman Act 1890.
- ⇒ Clayton Act 1914.
- ⇒ Acta de la Comisión Federal de Comercio 1914.
- ⇒ Robinson Patman Act 1936.
- ⇒ Acta de la Comisión de Comercio Interestatal 1887.
- ⇒ Celler Kefauver Act 1950.
- ⇒ Bank Holding Company Act 1956.
- ⇒ Webb Pomerenne Act 1918.
- ⇒ Wilson Tariff Act 1894.
- ⇒ Hart- Scott Rodino Antitrust Improvements Act 1976.
- ⇒ Leyes Estatales.

#### **Poder Ejecutivo:**

- ⇒ Lineamientos Federales sobre Fusiones de 1994.
- ⇒ Lineamientos Antimonopolio en transacciones internacionales.1988.
- ⇒ Lineamientos para colaboraciones entre empresas del 2000

### **LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA VIGENTE EN CANADÁ**

- ⇒ Competition Act 1986.
- ⇒ Competition Tribunal Act 1986
- ⇒ Foreign Extraterritorial Measures Act 1985.

#### **Poder Ejecutivo:**

- ⇒ Lineamientos sobre la consecución de fusiones
- ⇒ Lineamientos sobre la aplicación de precios predatorios
- ⇒ Lineamientos sobre discriminación de precios.
- ⇒ Lineamientos sobre abuso de posición dominante de 2001 y los boletines especiales sobre su aplicación a ciertas industrias

### **LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA VIGENTE EN MÉXICO**

- ⇒ Constitución de 1917. Artículo 28
- ⇒ Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica de 2006
- ⇒ Código Penal Federal. Artículo 235
- ⇒ Ley Federal de Competencia Económica de 1993.
- ⇒ Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica

⇒ del 12 de Octubre de 2007

⇒ Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia del 28 de agosto de 1998.

## II CONCEPTOS RELEVANTES AL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU USO EN LOS TRES PAÍSES.

En el derecho de la competencia económica existen diversos conceptos en torno a los cuales gira la evaluación de las autoridades de competencia, para sancionar o no una conducta, diversos parámetros y puntos de partida que se valoran al iniciar la investigación. Sin embargo dichos parámetros, su importancia y uso pueden variar de una legislación a otra. A continuación estudiaremos algunos de estos conceptos y a lo largo de la presente tesis iremos verificando la forma en que se reconocen y usan, en las tres jurisdicciones que hoy nos ocupan.

### Acuerdo:

La consecución de poder de mercado por uno o varios agentes económicos inicialmente requería la prueba de la existencia de un acuerdo, de una convergencia de voluntades de los actores responsables de la oferta de bienes y servicios que permitiera afectar las condiciones del mercado. De hecho, en las legislaciones de Canadá y Estados Unidos se menciona la figura acuerdo.

Para la OCDE, el Acuerdo con objeto de falsear o restringir la competencia se refiere a: "la convergencia de voluntades expresas o tácitas de dos empresas normalmente competidoras, los cuales pueden referirse a los precios, la producción, los mercados y la clientela".<sup>34</sup>

En Estados Unidos el término acuerdo se contiene en el Código Mercantil Uniforme y se refiere a:

"El trato objetivo pactado entre las partes en sus propios términos o por implicación de otras circunstancias, como el curso de negocios, los usos comerciales o el curso de cumplimiento"<sup>35</sup>

Sin embargo, el término acuerdo en el terreno *antitrust* tiene mucha más amplitud.

Esta visión nos parece sesgada, ya que como apoyo a una posición dominante de mercado se dan abundantes casos de acuerdos verticales entre empresas no competidoras directamente, y no solamente versan sobre precios, producción o mercados, también existen acuerdos entre empresas competidoras y no competidoras sobre la compra de materias primas, distribución de mercancías, servicios alternos, etcétera. Por esta razón las definiciones contenidas en Ley tanto en México como en Estados Unidos y Canadá así como los criterios judiciales dictados sobre las mismas, han ampliado la posibilidad de

<sup>34</sup> OCDE. Glosario de economía industrial y derecho de la competencia económica. Centro para la cooperación con las economías europeas en transición. Madrid, Mundi-Prensa, 1995, p.11

<sup>35</sup> FEINMAN, Jay. *Vid supra n. 13*.p.176.

sancionar una conducta colusiva sin necesidad de acuerdos formales.

Sin embargo, cuando se logra la evidencia de un acuerdo formal, la carga de la prueba de su licitud recae en los infractores.

La *Sherman Act* en su artículo 1º, sanciona la formación de acuerdos entre competidores para restringir el abasto, incrementar el precio, dividir mercados o encaminado a cualquier otra forma de excluir competidores, sanciona con mayor énfasis el efecto que la forma. Sin embargo, en un principio el elemento acuerdo, dio verdaderos problemas a las agencias de investigación, hasta que se implementó el término colusión.

En México, los acuerdos quedan englobados en las definiciones de prácticas monopólicas absolutas y relativas, quedando enmarcadas las absolutas en el artículo 9 de la Ley Federal de Competencia Económica. Así, se da más bien un listado de conductas que implican la voluntad de los agentes económicos para fijar, elevar o manipular precios de venta, producción, comercialización y distribución de bienes, sin exigir formalidades a dicho acuerdo de voluntades y agregando la palabra actos, la cual permite sancionar la modalidad de facto de las conductas sin necesidad de probar el acuerdo en sí.

Por su parte, la legislación canadiense desde la *Combines Investigations Act*, exigía la prueba recalcitrante del elemento acuerdo. En 1977 y 1980 respectivamente, en los casos *Aetna Insurance* y *Atlantic Sugar*, se le exigió a la Corona que probara que los alegados conspiradores habían realizado un acuerdo con sus respectivos competidores para desincentivar la competencia.

El elemento acuerdo en Estados Unidos y Canadá dificultaban enormemente la actividad de los investigadores, adicionalmente Canadá exigía que se probara que el daño provocado por el acuerdo era excesivo. Actualmente la *Competition Act* en su sección 45, sanciona la colusión; su redacción es lo suficientemente amplia para capturar muchos tipos de acuerdos o arreglos que restringen la competencia y su existencia formal no es un elemento vital para la sanción, no se requiere que el acuerdo o arreglo se implemente, se puede sancionar una conducta sin atender a si se llevaron a cabo acciones para llegar a un acuerdo o arreglo. En Canadá se considera que la mejor evidencia de la existencia de un acuerdo o arreglo se encuentra en la conducta desplegada por sus participantes, por tanto, las Cortes están autorizadas a considerar evidencia circunstancial y no se necesita probar la existencia directa de comunicación entre las partes. Otra figura que ha dinamizado la actividad de las autoridades cuando de probar comportamiento colusivo se trata, es el abuso de posición dominante, en el caso de las conductas unilaterales que dañan a la competencia. Cabe mencionar que, la mayor parte de los acuerdos que involucran prácticas anticompetitivas son generalmente ocultos y no son fáciles de descubrir por parte de las autoridades de competencia, ante esta dificultad los jueces tanto canadienses como estadounidenses desarrollaron criterios encaminados a sancionar las conductas sin exigir la prueba de un acuerdo formal. En Estados Unidos esta postura se fijó en el caso *Standard Oil* y se reforzó tras la decisión del Juez Learned Hand en el caso *Alcoa*, después de que en varios casos, la prueba del acuerdo obstaculizaba la persecución de conductas anticompetitivas y comportamiento colusivo.



En el caso Alcoa se determinó que no era necesario probar un acuerdo entre competidores y que la conducta unilateral que evidenciara desempeño económico indeseable debía ser sancionada sin necesidad de estricto apego al elemento acuerdo de voluntades entre dos competidores; bastaba con que la conducta excluyera competidores potenciales del mercado mediante prácticas ilícitas, hubiera evidencia de desempeño económico indeseable o ineficiencia productiva derivada de la presencia monopólica. En este caso lo que llamó la atención del Departamento de Justicia de los Estados Unidos fueron los contratos de Alcoa con las compañías eléctricas, siendo que la manufactura de aluminio requiere el uso de grandes cantidades de energía eléctrica, Alcoa había prohibido a sus compañías eléctricas proveedoras, el suministro de electricidad a otros productores de aluminio bloqueándole el acceso a un insumo básico a la competencia a través del poder económico que su consumo de electricidad significaba para las compañías eléctricas, Alcoa alcanzó un poder de mercado monopólico a través de el bloqueo al acceso de un insumo clave. Para 1945, año en que Alcoa fue llevada a juicio, la compañía ya se había convertido en el único productor de aluminio virgen, el monopolio se había logrado a través de las patentes con que gozaba Alcoa para la producción de láminas de aluminio y la conducta restrictiva desplegada por la compañía para evitar el acceso de sus competidores a fuentes de insumo. La evaluación versaba sobre la base de que existiera o no acuerdo entre los competidores de Alcoa, sino en saber si durante un periodo determinado Alcoa había aplicado constantemente prácticas exclusionarias a sus competidores, tanto de manera unilateral como de manera coercitiva hacia sus suministradores; así mismo, se consideró que Alcoa había limitado su producción de aluminio para elevar el precio del aluminio virgen y evitar que el aluminio reciclado hecho de su aluminio virgen, le restara mercado a sus manufacturas. Así mediante la escasez, manejaba el precio del aluminio virgen al alza y el nivel de abasto de aluminio que sacaba al mercado, que posteriormente podría ser reciclado por otras 17 empresas. Se consideró que esta racionalización de la producción era una conducta especulativa unilateral en la que no era necesario un acuerdo para afectar el abasto y el precio en el mercado, así mismo, se entiende que Alcoa había reprimido una alza excesiva del precio ante el temor a la competencia extranjera, manteniendo el precio hasta el punto máximo anticompetitivo que el consumidor hubiese estado dispuesto a pagar antes de cambiar de material o antes de invitar a la competencia extranjera a entrar en el mercado americano.

Lo que se sanciona mediante la figura del acuerdo es la convergencia de voluntades, para la actuación coordinada de los entes cuyo propósito es adquirir por medios ilegales mayor participación de mercado y poder en éste para controlar las condiciones de venta, producción y restricción de la competencia. Sin embargo, la condición de acuerdo omite la conducta unilateral desplegada cuando se trata de un solo actor, cuando de manera fáctica, se ha alcanzado un monopolio lo que se estudia y se sanciona es la conducta de este ente unilateral para afectar el proceso de competencia. La tendencia actual se inclina más a sancionar la conducta coordinada entre entes con amplio poder de mercado que derive en lesiones al proceso competitivo o a la libre competencia sin necesidad de acuerdos formales y contemplando la conducta unilateral; de ahí, la creación de la figura de abuso de posición dominante en Canadá.

Como lo demostró el caso **Socony Vacuum**, la evidencia para probar una conspiración sin sujetarse al término acuerdo es más fácil de obtener y resulta más práctico adaptar las reglas de interpretación a la conspiración que a la figura del acuerdo formal.

En base a jurisprudencia, el requisito de probar el acuerdo de voluntades en Canadá y Estados Unidos se ha suavizado, esto aunado a las facultades de investigación que tanto las agencias como los órganos judiciales han recibido en materia *antitrust*. En Estados Unidos inclusive se pueden conseguir con celeridad órdenes judiciales interlocutorias para intervenir comunicaciones privadas que podrían ser mostradas en juicio; este elemento fue de vital importancia en la detección del cártel internacional de la lisina.

En México, se le sigue dificultando a CFCE la prueba de colusión en ausencia de comunicaciones debido a su carencia de herramientas para la investigación de las conductas y a la falta de acción privada en contra de los cárteles; así mismo, la inexistencia de presunción *iuris tantum* en la ley como herramienta cuando se pruebe comportamiento colusivo aunque no se tenga prueba de acuerdo formal han dificultado el trabajo de la Comisión. En el caso **American Tobacco Co. vs. United States**, los Estados Unidos por vía de precedente judicial establecieron que, cuando en los casos en los que las circunstancias sean tales que garanticen al jurado haber encontrado que los acusados tenían un fin o entendimiento común para alcanzar un acuerdo ilegal, la conclusión, de que se ha encontrado un acuerdo se justifica, dejando el estándar en la obligación de acreditar que existe un compromiso consciente encaminado a lograr un fin común e ilegal. Este criterio *iuris tantum* no se ha cristalizado ni siquiera bosquejado en la legislación o en la jurisprudencia mexicana. Como muestra del cambio de criterio sobre la prueba del acuerdo, baste decir que en Canadá de 1980 al año 2000 en veinte casos sobre conspiración, sólo seis fueron desechados por la falta de prueba del elemento acuerdo, sin evidencia circunstancial de apoyo de conducta coordinada.<sup>36</sup>

**Agente económico:** El agente económico es un concepto fundamental para el derecho de la competencia económica, especialmente en el sistema mexicano se encuentra contenido en el artículo 3 de la Ley Federal de Competencia económica y textualmente establece:

"Están sujetos a lo dispuesto por esta Ley todos **los agentes económicos** sea que se trate de personas físicas o morales con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionales, fideicomisos o cualquier

<sup>36</sup> CHANDEL, Harry, "**Beyond Merriment and Diversiture: The treatment of Conspiracies Under Canada's Competition Act**" [en línea], Toronto, Ontario, Competition Bureau, 25 /05/ 2000, 06/09/2005, [citado 20-08-2007], Roundtable on *Competition Act* Amendments Insight Conferences, Formato Html, disponible en internet:

otra forma de participación en la actividad económica.

Serán responsables solidarios los agentes económicos que hayan adoptado la decisión y el directamente involucrado en la conducta prohibida por esta ley".

Esta disposición fue reformada el pasado 28 de junio de 2006, después de la decisión de la Suprema Corte y su jurisprudencia en el caso de los Corredores Públicos del Distrito Federal vs. Notarios Públicos<sup>37</sup>, donde los segundos presionaron al Director de Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal, para no inscribir los actos fedados por los Corredores Públicos. Aquí se hizo un análisis indebido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre quiénes se consideraban agentes económicos, llegando a la conclusión de que la Ley Federal de Competencia Económica, en la redacción de su artículo 3º anterior, no le era aplicable a los Notarios Públicos al no tener éstos una finalidad de lucro, sin embargo, con dicha decisión quedaban fuera varias instituciones que sí participan en la economía nacional, como lo era el caso de las Sociedades Civiles, las cámaras empresariales, etc. Esta decisión atentaba con dejar inoperante la responsabilidad derivada de la infracción a la Ley Federal de Competencia Económica para los entes nombrados anteriormente, al confundir el término agente económico con el de comerciante.

Esta misma amenaza la libró Estados Unidos en la década de los treinta, cuando la Corte interpretó el caso United States vs. E.C. Knight, limitando la aplicación de la *Sherman Act* a actos de comercio e interpretando al comercio como sólo el tráfico de mercancías y servicios dejando fuera no sólo a las actividades sin finalidad de lucro sino a los monopolios industriales, llegando a interpretar que los artículos producidos para exportación no estaban dentro del tráfico comercial. Fue el caso Gibson vs. Ogden, el cual determinó qué se consideraba actividad comercial y el caso Wickard vs. Filburn, se determinó la aplicación de las leyes *antitrust* a todo aquel que tuviera participación en la actividad económica por sus efectos en el proceso competitivo, a un solo agricultor que planeaba el autoconsumo se le consideró agente económico siempre que sus actividades se reflejaran como relevantes al proceso de competencia, sin que sea actualmente necesario en la jurisdicción estadounidense que el agente tenga presencia en el ámbito económico nacional, sólo que sus acciones tengan efecto en la economía estadounidense o sus intereses, esto es, lo único que se requiere es que tenga alguna forma de participación en el comercio sea esta directa o indirecta, dirigiéndose a los obligados como personas. A este respecto la *Clayton Act* en su numeral 1 declara:

“Deberá considerarse que la palabra persona o personas utilizada en esta ley abarca a las corporaciones y a las asociaciones existentes o autorizadas por las leyes de Estados Unidos, las leyes de cualquiera de sus territorios, las leyes de cualquiera de sus estados o las

<sup>37</sup> Amparo en revisión 761/99, XV de abril de 2002, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Abril de 2002, Tesis 1a XXXI/2002, pp.466

leyes de cualquier país extranjero.”

Siendo que varias de las conductas sancionadas explícitamente en el estatuto, comienzan su cita legal con la frase “Queda prohibido para toda persona que participe en el comercio”, por lo tanto el agente económico obligado en la legislación estadounidense es toda persona que participe directa o indirectamente en el comercio, realice o no actos de comercio, sin embargo, se encuentra presente o influye de manera alguna en él, incluso regulándolo.

Con la reforma queda claro que la intención de la LFCE es regular agentes económicos y no restringirse al ámbito de comerciantes. Al tratar la Corte en el caso de notarios, el punto de la definición de agentes económicos, indebidamente determinó que estos eran los entes que:

- a) Persiguen un fin de lucro o hacen del comercio su actividad principal.
- b) Que agente económico es aquel que participa de manera directa en la actividad económica del país.
- c) Que dicha participación se realiza cuando este agente produce, distribuye, intercambia o propicia el consumo de artículos necesarios que inciden directamente en la estructura económica de un Estado.

Sobre el primer punto ya nos hemos pronunciado y ha quedado específicamente salvado con las reformas. En atención al punto b, **resulta equívoco el criterio de considerar solamente como agentes económicos a aquellos que participan de manera directa en la actividad económica, este punto no se abordó en las reformas.** Tanto la Corte en su tesis como la ley reformada omiten señalar qué se entiende por participación directa en la economía, aun contando con la existencia del término "cualquier forma de participación en la actividad económica", esta sentencia ya estaba en el artículo 3° anterior y dio lugar a una indebida interpretación de grado extensiva realizada por la Corte sobre qué tan involucrado debe estar en una actividad productiva un agente económico para ser calificado como tal. Obviamente al sancionar el texto de ley cualquier forma de participación económica trata de encuadrar a la hipótesis todas las actividades que tienen incidencia en el proceso económico sin importar su grado de involucramiento ni la modalidad directa o indirecta de la conducta, sin embargo, al no hacer pronunciamiento expreso sobre este punto se da pie a que dicho análisis de grado se repita en casos posteriores. A su vez considerando la tesis en comento, se levanta un punto de inseguridad jurídica ya que, de ninguna forma se explica qué se entiende por participación directa en la actividad económica del Estado. Se debió incluir expresamente la sentencia "cualquier participación en la actividad económica sin importar su grado" o "cualquier participación ya sea directa o indirecta en la actividad económica".

Por lo que respecta al punto c de la tesis en comento, que motivó la reforma del artículo 3° de la LFCE, se refiere al criterio de la Corte de calificar como agentes económicos sólo a aquellos entes relacionados con "artículos necesarios que inciden directamente en la estructura económica de un Estado", nos encontramos otra vez ante una interpretación extensiva a la letra de la ley que acota el alcance del término agente económico y que

tampoco ha sido abordada en la presente reforma, ya que circunscribe el criterio del máximo tribunal a considerar agentes económicos solamente a aquellos involucrados en el mercado de los artículos necesarios. Se puede aducir que al no pronunciarse la ley sobre qué tipo de actividad productiva debe realizar el ente para ser calificado como agente económico, intentó abarcar toda la actividad económica presente en nuestro país, sin embargo, el artículo 3° en su texto anterior tampoco requería que la actividad versara sobre artículos de consumo necesario, este criterio lo aumentó de manera interpretativa la SCJN, e indebidamente, y al no haber pronunciamiento claro en la ley sobre esto, dicha determinación cualitativa podría repetirse en otros fallos al amparo del artículo 3° actual. Con esta indebida interpretación de la Corte el término quedó circunscrito a aquellos entes, cuya actividad se relaciona con artículos necesarios, siendo que la práctica restrictiva se debe sancionar sin importar si inciden en artículos o servicios necesarios, accesorios o suntuosos, esta parte debió ser aclarada también en texto de Ley y sin embargo quedó al amparo de la sentencia que ya contenía el texto anterior del artículo 3°, que también rezaba "cualquier otra forma de participación en la actividad económica". En este punto no hay avance, ya que la Corte no sólo interpretó la finalidad que debía perseguir la actividad económica (lucro), sino el grado de dicha actividad (directo) y los bienes sobre los que debiera incidir (artículos de consumo necesario); siendo que no se definió ninguno de los dos últimos elementos y, la Ley vuelve a ser omisa sobre ellos, podría repetirse un análisis de grado y de cualidad que tomara como base los parámetros dictados en esta tesis, en cuanto al pronunciamiento cualitativo sobre la necesidad de los bienes en los que recae la actividad económica, deja de facto de fuera al sector servicios que no produce artículos y a los suntuarios y accesorios mencionados anteriormente, sin especificar ni en la Ley, ni en la jurisprudencia citada qué se entiende por artículo de consumo necesario. Esta óptica de nuestros tribunales sobre los artículos de consumo necesario es un elemento que se arrastra desde la época colonial. Esta omisión aunada con el criterio de la Corte, dan al traste con la intención de la LFCE de proteger a todos los bienes y servicios presentes en la economía Mexicana, cuando éstos no sean de los exceptuados por el artículo 28 Constitucional o 5 y 6 de la LFCE.

Aunque siempre se ha puesto énfasis en la protección a los bienes de consumo necesario, dicha protección es y debe ser extensiva a los servicios, bienes y servicios accesorios, suntuarios, los cuales en materia de criterio parece que la Corte deja desprotegidos y en la inseguridad jurídica, resulta paradójico que este elemento de artículos necesarios, se haya incluido en un criterio que se pronuncia sobre la prestación de un servicio, que a su vez podría interpretarse como un servicio necesario ya que sin la fe pública muchos actos no pueden surtir efectos jurídicos necesarios para las partes ejecutantes del acto. El notario no vende artículo alguno, es un prestador de servicios y sobre su naturaleza como prestador de servicios omitió la Corte entrar en detalle.

En realidad lo que propició la equívoca interpretación del artículo 3° de la LFCE bajo su texto anterior fue la sentencia "cualquier forma de participación en la actividad económica", sentencia respecto de la cual el legislador en el texto reformado se limita a señalar que no es necesario para el agente económico tener finalidad de lucro y, se limita a repetir la fórmula dejando subsistente la inseguridad jurídica respecto a la interpretación de la Corte en cuanto al grado de la actividad económica y sobre el carácter necesario de

los artículos sobre los cuales recae la conducta, aunque esta aseveración siempre ha buscado atender al efecto y no al método de participación la intención de la misma se ve trastornada con este tipo de criterios que ante estas dos omisiones podrían repetirse.

Convendría al efecto considerar otras definiciones de agente económico como es la esgrimida por la Comunidad Europea:

"Toda entidad que ejerce una actividad económica, independientemente del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiamiento y, constituye una actividad económica toda la actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado"<sup>38</sup>.

**Cártel:** Esta figura nos habla de la centralización y coordinación de las decisiones de mercado de varios entes competidores o complementarios entre sí, que dañan el proceso de competencia, que en una lógica natural, debería darse entre ellos para obtener lícitamente una mayor participación de mercado.

"Acuerdo formal entre empresas que actúan en un mercado de oligopolio, dicho acuerdo puede referirse a los precios, la producción total del sector de actividad, las cuotas de mercado, el reparto de la clientela, la distribución geográfica de mercado, agencias de ventas, distribución de beneficios o una combinación de estas prácticas."<sup>39</sup>

"Aunque algunas veces el término cártel se usa para referirse a cualquier acuerdo colusivo, es frecuentemente limitado al tipo de acuerdos formales ilimitados entre firmas para limitar la competencia entre ellas"<sup>40</sup>.

"Un grupo de corporaciones industriales independientes, usualmente en una escala internacional las cuales acuerdan restringir el comercio para su beneficio mutuo. Aunque prevalecen afuera de Estados Unidos dichos grupos son generalmente perseguidos por violaciones de las leyes antimonopolio en dicho país"<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ de Cossio, Francisco, *Vid supra* n.22, p.61

<sup>39</sup> WITKER, Jorge. Derecho de la competencia económica en el TLCAN., México, Porrúa-UNAM, 2003, p.35.

<sup>40</sup> POSNER, Richard. *Vid supra* n.15., p.39.

<sup>41</sup> GARVEY ,Gerald J.y Garvey, George E. *Vid supra* n.6. p 37

"Una asociación de firmas que cooperan entre sí para fijar un precio u otras condiciones comerciales<sup>42</sup>."

Un cártel se realiza cuando existe un acuerdo entre varios productores quienes transfieren a una autoridad colectiva sus decisiones económicas individuales, el cártel permite a los participantes acercar sus beneficios al nivel de monopolista, reduce las incertidumbres derivadas de la competencia y facilita la constitución de barreras para la entrada de nuevos competidores en el mercado de referencia, por lo que la mayoría de las legislaciones antimonopolios las prohíben. Esta figura implica una transmisión de participación en las decisiones de varias sociedades, ya sea a través de acciones, concertaciones o simples decisiones coordinadas tomadas en votaciones informales como lo fueron en el cártel de la lisina, implica una coordinación voluntaria de las decisiones ejecutivas en una empresa que inhiben la competencia entre varios entes. Esta figura es distinta a la del monopolio, ya que no es un solo ente sino varios coordinados para concentrar el poder económico en una rama de la industria y, dichas colusiones con toma de decisiones son mucho más difíciles de detectar debido a las estrategias que los empresarios han desarrollado para hacer sus encuentros mucho menos detectables y sus comunicaciones mucho más privadas, el costo social de un cartel generalmente es mayor que el del monopolio por que rara vez deriva una eficiencia de su operación, la cual en su mayoría es clandestina, entre dichas pérdidas se encuentran <sup>43</sup>:

a) Pérdida de rentas: los recursos que se aplican para constituir y monitorear un cartel y coordinarlo son altos y son desviados de las ganancias de las empresas que podrían invertirlos en fines pro competitivos. Así mismo, encaminan recursos a disciplinar a las firmas disidentes y si dicha disciplina involucra conductas exclusionarias contra los entes no participantes se reduce la capacidad de mercado aumentándose el costo social del cártel, muchas prácticas disciplinarias desembocan en boicots y cierre de fuentes de insumo al separatista o al ente no alineado.

b) Estancamiento de la innovación: no hay incentivos para innovar, ya que a todos les convendrá mantener condiciones estándar en sus productos para no destacar uno sobre otro.

c) Pérdida del beneficio del consumidor: mientras más difícil sea mantener el cártel y su monitoreo, más capacidad tendrá para rastrear el techo del excedente del consumidor y facilidad para apropiárselo.

d) Prácticas anti concurrentes: muchas veces en orden de atender la estabilidad del cártel este se protege ante la entrada de nuevos competidores, si este cártel no es atacado a tiempo y logra gran poder económico puede transformarlo en poder político, el cual le servirá para presionar a las legislaturas para crear barreras a la entrada de nuevos

<sup>42</sup> PEREDO, Rivera Amílcar. **Competencia Económica. Teoría y Práctica**, México, Porrúa, 2004, p.91.

<sup>43</sup> OCDE. **Glosario de economía industrial y derecho de la competencia**. *vid supra* n. 34, p. 45.

competidores, o para presionar a otros mercados de factores al ser su mayor comprador, obligándolos a no venderles insumos a los nuevos entrantes los cuales tendrían que resolver esta falta de insumos y probablemente entrar a más de uno de los eslabones relevantes apuntalando economías de escala en orden de tener abasto, lo cual encarecería su entrada, operación y por tanto producto. Otro punto que favorece la creación de cárteles y concentraciones de poder en general es el poco acceso al crédito bancario para iniciar negociaciones, ya que limita la posibilidad de nuevos entrantes en mercados concentrados con altos costos hundidos de inversión.

Aunque en la legislación de los tres países no se hace alusión al concepto de cártel, estas combinaciones al ser altamente dañinas quedan tipificadas en las prácticas restrictivas de la competencia horizontales. En Estados Unidos, el artículo 1° de la *Sherman Act* las prohíbe; en México, el artículo 9° de la Ley Federal de Competencia Económica, y en Canadá, la *Competition Act* en varias secciones, especialmente la 45.

Formalmente la palabra cártel, al inicio, significaba transferencia de poder y toma de decisiones de varias empresas o entidades económicas a través de un consejo que planearía la estrategia para todas ellas en conjunto e implicaba la transmisión de facto de poder sobre decisiones administrativas y comerciales, no siempre tomaban esta forma las colusiones empresariales. Las legislaciones extranjeras posteriores a la *Sherman Act* estadounidense evitaron la literalidad del término cártel (*trust*) empleando en su lugar el de colusiones y la distinción entre prácticas monopólicas absolutas y relativas o prácticas horizontales y verticales. Los requisitos más comunes para la instalación de un cártel parecen ser los siguientes:

- 1.- Los costos de organizar el cártel deben ser bajos.
- 2.- El número de agentes a controlar debe ser limitado para llegar a acuerdos y restringir la posibilidad de ser detectados o denunciados.
- 3.- Es mucho más factible cartelizar cuando se trata de productos heterogéneos con pocos sustitutos perfectos o ninguno.
- 4.- El producto debe tener una baja flexibilidad precio- demanda.
- 5.- Debe estructurarse de manera tal que logre una duración suficiente para derivar dividendos.
- 6.- La creación de métodos de sanción y detección para cualquiera de los integrantes que no siguiera los Lineamientos del cártel, entre estos métodos de detección encontramos el establecimiento de cláusulas de mejora de precios bajos que permiten al cártel sondear los precios que ofrecen sus integrantes y, hasta los que hubieren quedado fuera del cártel para detectar el cumplimiento en el establecimiento de precios. Estas cláusulas se encuentran en una zona gris en el derecho de la competencia ya que, mientras para las autoridades en este caso de Estados Unidos son simplemente un llamado de atención o un indicio que pudiera hablarnos de un cártel o del inicio de una guerra de precios, en la legislación mexicana ni siquiera se les menciona y en la jurisdicción canadiense la existencia de esta cláusula de igualación de términos fue ampliamente analizada para evaluar el abuso de posición dominante de Nutra Sweet en 1990.

### **Ententes de exportación:**



"Acuerdo entre empresas que tiene como objetivo fijar un precio a la exportación y/o repartirse el mercado de exportación"<sup>44</sup>.

Es decir, son instituciones que fijan las condiciones ya sea de venta, precio, distribución, producción de determinados bienes o servicios que serán consumidos en otro mercado diverso al del país de origen y cuyos efectos se tiene contemplado, impacten solamente en el país o el territorio al que ingresará el bien o servicio de referencia.

Las tres jurisdicciones en estudio tienen una figura de entente de exportación consagrada como excepción para la aplicación de las disposiciones antitrust.

En el caso de México dicha excepción se contempla desde el artículo 28 Constitucional, nace como excepción de la legislación contra monopolios y estancos para la industria henequenera de Yucatán, que contaba con alto prestigio internacional y buscaba manejar precios estables de su producto sin depender de la demanda, ya que esta industria representaba gran parte del Producto Interno Bruto estatal. La excepción esgrimida se contiene en el artículo 8° de la LFCE, y dice textualmente:

"No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales, que sean la principal fuente de riqueza de la región que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo la vigilancia del gobierno federal o de los Estados y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas, en cada caso, las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata."

En el caso de los Estados Unidos, las ententes de exportación se encuentran exentas de la legislación de competencia en virtud de la *Web Pomerene Act* de 1918, de ella se desprenden posteriormente legislaciones en subsidios y excepciones a las leyes de competencia especializadas por sectores protegidos. La *Web Pomerene* en su texto original y vigente establece:

---

<sup>44</sup> *Ídem*

"Nada de lo previsto en la *Sherman Act* deberá interpretarse de manera que se considere ilegal una asociación consensuada con el único propósito de unirse respecto al comercio de exportación, siempre que esta asociación se encuentre implicada sola y únicamente con el comercio de exportación, o un acuerdo o acciones realizados en aras de dicha exportación por dicha asociación, siempre que dichos actos o acuerdos no se den en perjuicio del comercio de los Estados Unidos ni signifiquen menoscabo del comercio de exportación de algún competidor local de dicha asociación: Considerando que dicha asociación, ya sea en los Estados Unidos o en el extranjero, no participará en ningún acuerdo, negociación, conspiración o conducta que artificial o intencionalmente mejore o deprima los precios dentro de los Estados Unidos de **insumos**, del tipo de los exportados por dicha asociación, o que reduzcan sustancialmente la competencia dentro de los Estados Unidos u obstaculice el comercio dentro del país."

En 1976 la *Hart Scott Rodino Act* delimitó legalmente la obligación de obtener la aprobación del gobierno federal para considerarse una entente de exportación exceptuada de la aplicación de la legislación de competencia.

En el caso de Canadá, estas ententes se comprenden en la *Competition Tribunal Act*, Sección I, numeral 4 y están enfocadas sobre todo a exceptuar de la aplicación de los preceptos antitrust las actividades de las provincias pesqueras, sin embargo, el caso canadiense es distinto al mexicano y al estadounidense ya que para muchas de estas excepciones no exige que los productos sean destinados únicamente a la exportación, exceptúa también a algunos servicios específicos, e incluye por partes actividades de una misma industria que se encuentran exentas y otras que sí están bajo vigilancia, razón por la cual abordaremos este tema en el capítulo IV, en el punto destinado a excepciones dentro de la presente tesis.

**Colusión:** La doctrina nos explica lo que las cortes han entendido tradicionalmente por colusión.

"Se entiende por Colusión cualquier coalición, asociación fraudulenta o acuerdo entre vendedores cuyo objetivo sea subir los precios o imponerlos y reducir la producción para acrecentar los beneficios. A diferencia del cártel, la colusión no exige necesariamente un acuerdo formal ya sea declarado u oculto entre los

miembros.”<sup>45</sup>

Para llegar a una colusión efectiva se tienen que superar tres obstáculos principales:

- a) llegar a un consenso,
- b) evitar desviaciones de los participantes,
- c) cerrar la entrada a nuevos competidores.

Los Lineamientos Federales en Materia de Fusiones de 1992, en Estados Unidos aunque no definen directamente la colusión, la consideran; la interacción coordinada de dos o más agentes económicos que puede ser tácita o expresa y puede ser legal o no en sí misma dependiendo de las eficiencias y/o los daños que genere al proceso competitivo, sin embargo, estas no se refieren limitativamente a los efectos de la colusión, aunque en las tres legislaciones indebidamente se ha interpretado la colusión con el efecto primordial de encarecer los productos, cuando pueda esta realizarse para depredar competidores o alcanzar mayor poder de mercado en base a otros elementos distintos al precio.

Debido a la redacción de las leyes de competencia mexicanas, a su aplicación y alcance se puede apreciar que México centra la investigación de las conductas en la persecución de monopolios típicos y conductas que elevan los precios de manera expresa y obvia, mientras que Estados Unidos y Canadá están más enfocados a buscar las posibilidades de colusión y de conducta paralela para evitar la concentración de sus mercados.

Tanto en Canadá como en Estados Unidos la evolución del término colusión ha llevado al desarrollo de la teoría de la conducta paralela, la cual contempla que para acreditar si se ha logrado alcanzar un acuerdo se atenderá a la interdependencia de los miembros participantes más ciertos factores adicionales como cambios radicales en la conducta de la empresa, si había conocimiento de cierta manera de la actuación de sus competidores, si hay indicio de invitación a coordinar su conducta, si existe motivación económica suficiente para participar en la conducta, interdependencia suficiente de los implicados para el éxito de la conducta, etc; estos elementos adicionales se han desarrollado junto con la teoría, a partir del criterio de las Cortes que en Canadá y Estados Unidos sientan precedente. En México no ha habido gran estudio por parte de la Comisión sobre esta teoría, pocos y vagos pronunciamientos y mucha más escueta su aplicación aunado a que las reformas legislativas recientes siguen siendo omisas en cuanto a la tendencia de sancionar conductas paralelas, limitándose a valorar precios idénticos, lo cual hace prácticamente insignificante la aplicación de esta teoría en nuestra legislación.

Lo complicado o sencillo en la concertación, el monitoreo y soporte de una colusión depende de varios factores muy parecidos a los expuestos para la figura del cártel, haciéndose un mayor énfasis hoy en día en las características del producto y su naturaleza homogénea o heterogénea, se considera que se consigue más fácil la colusión entre productos no diferenciados, sin embargo, existen colusiones en productos diferenciados, como en el caso de la industria eléctrica en Estados Unidos durante los 60's donde la

---

<sup>45</sup> OCDE. Glosario de economía industrial y derecho de la competencia. *Vid Supra n.34*, p. 20.

colusión se dio entre 29 sociedades que venden productos diversos con un solo punto en común, la industria eléctrica.<sup>46</sup>

**Competencia horizontal y vertical:** Se refiere al ámbito en el cual se desenvuelve la actividad empresarial y el grado en el cual se realiza la conducta.

En la competencia horizontal se evalúan e incluyen únicamente a los productores, distribuidores, prestadores de servicio que compiten con el mismo producto, bien, insumo o servicio; así mismo, se considera a los competidores que se involucran con productos o servicios similares o directamente competidores, los cuales podrían servir como sustitutos. Sobre la viabilidad de la sustitución y el grado de elasticidad en la misma hablaremos posteriormente.

La competencia horizontal busca tipificar aquella situación de mercado en la que agentes económicos realizan su actividad con total independencia del resto de agentes económicos que ofrecen, fabrican, distribuyen los mismos bienes o prestan los mismos servicios, es decir, que se encuentran en el mismo grado de la cadena productiva y, en base a dicha actividad independiente obtienen cierto poder de mercado derivado de su funcionamiento más eficiente. Este tipo de competencia puede verse atacada por la proliferación de concentraciones y por las prácticas restrictivas a nivel horizontal.

Competencia vertical, se refiere a la situación de mercado en la que los agentes económicos y participantes en la producción de un bien o servicio interactúan en el mercado desde el mercado de factores hasta la obtención del bien o servicio final de manera independiente, donde sus decisiones de mercado son tomadas con base a los parámetros económicos que dicta el mercado en dichos momentos y sin la sujeción a una voluntad ajena a dichos agentes económicos, y como resultado de tal independencia obtienen presencia en el mercado y significan opciones para la producción de un bien o servicio final o para su distribución etcétera; esta competencia puede verse afectada de dos maneras, ya sea por la integración vertical predominante en un mercado final que provoca pocas opciones para los insumos o por la comisión de prácticas restrictivas a nivel vertical. Tanto a nivel horizontal como vertical puede presentarse un mercado de competencia monopólica, oligopólica, monopsónica u oligopsónica, y las teorías para analizar la intensidad de la competencia de los últimos años nacen del concepto competencia perfecta, el cual en la realidad no se materializa ya que la premisa principal de dicho concepto es que ningún agente económico específicamente los oferentes de bienes y servicios tienen la capacidad de influir de manera significativa en los precios de un mercado donde los consumidores son tomadores de precios. Sin embargo, en pocos mercados los consumidores son reales tomadores de precios ya que, influyen muchas otras aristas como la calidad, la homogeneidad o heterogeneidad del bien o servicio, su especialidad, su disponibilidad y diversidad en opciones, la flexibilidad en su demanda, integración de mercados, etc.

**Comportamiento estratégico:** Este concepto se encuentra mucho más presente y

---

<sup>46</sup> POSNER, Richard, *vid supra n. 15*, p.35.

desarrollado en las legislaciones de Estados Unidos y Canadá, aunque en México se ha mencionado en una o dos decisiones de la Comisión. Al no estar contemplado en la ley su aplicación es casi nula ya que las decisiones administrativas tampoco sientan ninguna clase de precedente para la autoridad que las emite, además que el único criterio atendido para juzgar dicho comportamiento estratégico fue el estudio de precios paralelos idénticos, mientras que esta conducta generalmente versa en condiciones diversas al precio.

Este término designa las acciones por las cuales ciertas empresas tratan de influir sobre su entorno de competencia. Estas acciones pueden tener como objeto, incitar a las empresas competidoras a cooperar entre sí, de manera que se maximizan conjuntamente los beneficios. O bien, llevando a cabo acciones estratégicas, las empresas pueden tratar de aumentar su beneficio a expensas de sus competidores, es una especie de la figura de colusión.

Formas de comportamiento estratégico comunes son el acaparamiento de medios de producción, y las prácticas de exclusión, la creación de barreras de entrada y los boicots. Es el seguimiento de un código no escrito, la coordinación de posturas para maximizar ganancias en la que se nota una pasividad de las empresas coludidas ya que si bien, no hace falta probar un acuerdo hay una ausencia de competencia entre ellas acordada y silenciosa; ninguno rompe la situación de suspensión de competencia en la que se encuentran por que esto les garantiza su cuota en un mercado cambiante o, por que así se maximiza la ganancia. Este concepto se desarrolla en Estados Unidos a través de varios casos como el **American Tobacco Interstate Circuit y Theatre Enterprises**, los cuales trataremos a profundidad en el punto de enfoque de la legislación de competencia <sup>47</sup>; baste mencionar que en **Theatre Enterprises** se dieron negaciones de trato consecutivas que fueron interpretadas como paralelas sin necesidad de acuerdos y fueron tratados bajo el **estándar de conspiración mas no de colusión**, se dio el comportamiento paralelo y la discusión se centró sobre la conciencia del mismo. El estándar mínimo fue fijado por **American Tobacco**, al establecer que el comportamiento paralelo constituye “una convergencia tácita de las conductas”, la contra cara de la moneda es evaluar si el actuar distinto a sus competidores implicaría una conducta irracional para el agente económico. Sin embargo, se justifica la inferencia de un acuerdo cuando se reúnan circunstancias y evidencias tales, que demuestren que los acusados tenían un fino entendimiento en común para actuar de determinada manera, presentándose evidencia que excluya la posibilidad de actuación independiente, además de derivar la posibilidad de un beneficio económico perseguido por la conducta conforme lo estableció el caso **Matsuhita Electric Industrial Co vs. Zenith Radio Co.**

Lo que importa en esta conducta es determinar la interdependencia consciente de los competidores, en este tipo de conductas vale la pena analizar el intercambio de información que se da entre competidores ya sea directamente o a través de cámaras empresariales y el efecto de dicho intercambio de información, ya que este comportamiento estratégico puede derivar en oligopolios Cournot. Se considera que esta

<sup>47</sup> PEREDO Rivera, Amílcar. *Vid supra* n42., p.98.

conducta es previsible de aparecer en industrias donde hay pocos competidores en sí y de gran tamaño. En la *Competition Act*, dependiendo de la forma que tome la coordinación de conductas y el grado de interdependencia que se pueda probar, se sanciona bajo la sección 45 o 79 de la *Competition Act*.

La diferencia con la colusión es que no se requiere una intencionalidad de arreglar condiciones de mercado entre agentes económicos, simplemente las empresas se ven en una interdependencia y coordinan todas sus acciones para maximizar ganancias y cerrar el mercado manteniendo la interdependencia y evitando las decisiones que provocarían una competencia entre ellas; es más una pasividad y resistencia a competir, permite un comportamiento de omisión que maximiza utilidades; su característica principal es la pasividad en la situación. Así mismo, cuando se aduce una colusión tácita o conducta paralela la carga de la prueba sobre la ilicitud del comportamiento, recae en el denunciante o en la autoridad investigadora según sea el caso.

**Consumidor:** Irónicamente, aunque el consumidor no es un concepto del derecho de la competencia en su vertiente primordial sino del derecho del consumidor como rama, muchas legislaciones han centrado en él su enfoque dándole un mayor peso al bienestar del consumidor que a la protección del proceso competitivo, razón por la cual vale hacer la aclaración del concepto.

El glosario económico denomina consumidor:

"Al individuo que hace uso final de los bienes y servicios que produce la economía de un país para la satisfacción de sus necesidades".<sup>48</sup>

"Agente económico tomado como típico promedio representativo, generalmente se le toma como demandante de los bienes o servicios y ofreciendo servicios factoriales de trabajo"<sup>49</sup>.

"Sujeto económico que efectúa el acto de consumo para obtener bienes que satisfagan sus distintas necesidades"<sup>50</sup>.

Es indebido considerar consumidores solamente aquellos que hacen uso final de los bienes, ya que las empresas en etapa de producción intermedia y aún los mercados de factores son consumidores de insumos al tener que acudir al mercado para conseguir lo básico de su producción, bajo esta perspectiva podemos medir la actividad y frecuencia

<sup>48</sup> OCDE. **Glosario de economía industrial y derecho de la competencia**, *Vid supra n.34*, p. 28.

<sup>49</sup> AHIJADO, Manuel. **Diccionario de teoría económica**. Barcelona, Pirámide, 1985, p. 63

<sup>50</sup> GRECO, Orlando. **Diccionario de economía**, 2a ed, Buenos Aires, Valleta Ediciones, (s.a.), p.301.

con la cual una empresa acude a un mercado de factores catalogándola como auto-consumidora o consumidora recurrente del mercado, teniendo en mente que aún hoy resulta contraproducente la proliferación de integraciones verticales en los escaños de la producción al reducirse el número de opciones de las cuales se puede obtener un insumo, la independencia en la actividad de los sectores intermedios de producción y el arista pocas veces contemplado en México, (que es un mercado de bienes semi terminados y no finales), del impacto que produce en el mercado intermedio o de factores el que un productor de bienes finales deje de acudir a dichos mercados para buscar sus insumos, decayendo por tanto la competencia en los niveles básicos e intermedios de producción. Lo que resulta aplicable en ambos casos es que, en un mercado de competencia libre es un consumidor el que decide cuánto comprar y qué precio pagar y muchas veces en atención a su volumen de compra puede tener el poder para afectar el precio del insumo o servicio adquirido, existe la posibilidad, aunque no contemplada en las legislaciones de México y Estados Unidos, de coordinar el poder de compra para deprimir o levantar el precio de los insumos, así como para restringir la oferta de los mismos, siendo estas herramientas bastante comunes para cerrar, abrir o invadir mercados.

Equívocamente muchas legislaciones equiparan la eficiencia de una conducta con el impacto que la misma tiene primordialmente en el excedente del consumidor, entendiéndose por excedente del consumidor; el beneficio obtenido por los consumidores del intercambio comercial, materializándose como la diferencia del límite máximo que voluntariamente pagaría un consumidor por una unidad extra del producto adquirido o del servicio prestado, frente al precio realmente pagado por dicho bien o servicio; cualquier cantidad restante entre estos dos factores cuando no se equipara este límite máximo de la voluntad de pago del consumidor, se considera un excedente de bienestar a favor del mismo <sup>51</sup>.

Así mismo, cabe resaltar la poca importancia que legislaciones como la mexicana le dan al problema de la discriminación en el consumo, este puede tener varias formas no solamente la discriminación de precios entre diferentes consumidores, sino la discriminación de uso; mientras podemos tomar un producto genérico, este puede ser orientado a diversos consumidores con diferentes necesidades para los cuales se establecen distintas condiciones de venta y, entonces una práctica anticompetitiva podría enfocarse a uno de estos consumidores con características de consumo específicas, pongamos dos ejemplos, el de las botellas de vidrio y la salsa catsup. En el caso del vidrio tenemos que son consumidores industriales de botellas de vidrio la industria alimenticia y la industria de bebidas alcohólicas, mientras que, ante un alza de precios si definimos el mercado relevante de manera general como "botellas de vidrio" veremos que existe una gran elasticidad cruzada precio demanda y muchos consumidores se mudaran del uso de botellas de vidrio ante el alza sustituyéndolas por tal vez plástico; sin embargo, si ahondamos en esta supuesta y engañosa elasticidad veremos que los que pudieron cambiarse, son aquellos consumidores industriales a los cuales el cambio de botella de vidrio a plástico no afecta en la imagen y venta de su producto, en este caso los

---

<sup>51</sup> PÉREZNIETO Castro, Leonel y, Guerrero Serreau, Renato Roberto. Derecho de la competencia económica. México, Oxford University Press, 2002, p. 65.

pertenecientes a la industria alimenticia, mientras que, para el mercado de bebidas alcohólicas la demanda seguirá siendo inestable debido a la presentación del producto. De hecho, podría ser que la empresa hubiera planeado el alza de precios arriesgándose a perder algunos clientes en la industria alimenticia y pasando todo el peso de la operación a sus clientes productores de bebidas alcohólicas, los cuales se encuentran cautivos.

Lo mismo pasa con el caso de la catsup que veremos más adelante, cuando dos productoras de salsa catsup se fusionan, estas alegan que existen sustitutos viables para su producto salsa catsup, como lo son otros aderezos y la producción casera de salsa catsup, mientras que los otros aderezos no son sustitutos convincentes de la catsup por su diferencia en características físicas queda la hipótesis de la elaboración de salsa catsup casera que, mientras es ambiguo el número de consumidores caseros que estarían dispuestos a elaborar su propia catsup, para el caso de la industria restaurantera, específicamente de comida rápida esta alternativa no es viable, haciéndolos consumidores cautivos en base a discriminación del volumen de producto y la presentación en raciones individuales que requieren para su operación.

En el comentado modelo teórico de competencia perfecta el excedente del consumidor es óptimo en relación al excedente del productor quien vende el producto a su costo mínimo de producción más una utilidad sin generarse pérdida de bienestar, sin embargo, cabe recordar que, en el mundo del ser este modelo no se materializa, y sin embargo se sigue midiendo la pérdida de bienestar en el intercambio de bienes y el proceso económico en atención al impacto de estos en el excedente del consumidor; sin embargo, se pierde de vista que el excedente del bienestar del productor puede obtenerse a costa del bienestar de otros productores relacionados o de condiciones distintas al precio de los productos finales que impacten el excedente del consumidor. Más grave aún, se pierde de vista que se puede incrementar dicho excedente manteniendo o incluso mejorando el del consumidor temporalmente a costa del proceso competitivo como veremos más adelante. A su vez cuando un productor logra calcular cuál es ese límite máximo que estaría dispuesto a pagar el consumidor por su producto, sin cambiarse a otro producto y aumenta manteniendo el precio en este límite apropiándose de cualquier excedente del consumidor, se dice que se ha llegado al precio monopólico y muchos agentes económicos se mantienen dentro de este límite donde no se dará la sustitución de bienes o servicios, si la legislación y los organismos de competencia como es el caso de México no calculan esta variable probablemente calificarán de competitiva la conducta debido a la dogmática preeminencia que se le da al aumento de precios por arriba de este límite como elemento *sine qua non*, para la existencia de un monopolio; ya que no ha llegado al extremo de suscitar la sustituibilidad se podría concebir que no existe práctica anticompetitiva basándose puramente en la elasticidad precio demanda, sin embargo, esto resulta en una falacia ya que sí se está generando pérdida de bienestar y no existe un precio competitivo, manteniendo cautivo al consumidor en una zona gris límite donde ya no es un tomador de precios. Esta premisa de la falacia del celofán y el límite de precio monopólico la abordaremos y ejemplificaremos más adelante.

**Proceso competitivo:** El proceso competitivo se ha concebido como el objeto jurídicamente tutelado por el derecho de la competencia económica. En Estados Unidos y



México para entender dicho concepto se ha partido de la teoría de la competencia perfecta, anteriormente mencionada, y la teoría de la competencia monopolística la cual se da cuando los vendedores individuales tienen alguna medida de control sobre el precio de su abasto, esto es cuando una firma puede fijar precios dentro de su margen. Sin embargo, ambas legislaciones son omisas respecto a la cuestión de qué debe entenderse por proceso competitivo.

En Estados Unidos es el caso **Utah Pie vs. Continental Baking Co.**,<sup>52</sup> el que determinó que las leyes de competencia fueron creadas para proteger el proceso de competencia económica y no a los competidores. Se trata de un proceso generador de bienestar social, epítome del óptimo paretiano generador de las directrices anteriormente vistas, costo-salario-beneficio, se trata de la protección de los círculos virtuosos de crecimiento económico más que de los sujetos participantes; sin embargo, para que se genere dicho proceso los economistas estadounidenses de antaño tenían claro que los pilares eran, el poder de consumo, el acceso a los medios de producción y la generación de un beneficio superior que ofrecer al mercado que los diferenciara de sus agentes competidores.

Es el conjunto de actos mediante el cual, los agentes económicos buscan maximizar su bienestar e incrementar su participación y presencia en los mercados mediante prácticas eficientes, que a su vez generan una mejora tal en un agente económico que resulta imposible mejorar tal situación bajo conductas de negocios normales sin menoscabo del beneficio de otros agentes económicos, al incentivar el intercambio de productos y servicios. El glosario de la economía industrial y derecho de la competencia, se refiere al proceso competitivo como:

“Un proceso clave que obliga a las empresas a dar pruebas de eficiencia y a comercializar a menor precio un más amplio abanico de productos y servicios. Se refleja en un aumento del bienestar para el consumidor y de eficiencia asignativa y dinámica al favorecer la innovación, el cambio tecnológico y el progreso técnico.”

Así mismo, el Doctor Jorge Witker en su obra nos habla del proceso de competencia económica como:

“Una rivalidad consistente en actos jurídicos entre dos o más sujetos con relación a una misma clientela que buscan un beneficio económico producto de una actividad comercial similar, aunque existen casos en que se presenta entre sujetos con actividades comerciales distintas según una hipótesis de la teoría económica moderna”.

<sup>52</sup> **Utah Pie vs. Continental Baking Co.**, 386 U.S. 685, 87 S. Ct. 1326, 18 L.Ed.2d, 406, (1967), 605

El Juez Robert Bork, al referirse a los resultados que se buscan del proceso competitivo, apunta que el proceso económico ha derivado en competencia cuando nos lleva a:

"Cualquier estado de negocios en el cual el bienestar de consumidores no puede ser incrementado mudándose a un alternativo estado de negocios."<sup>53</sup>

Indebidamente define los resultados del proceso económico únicamente utilizando el estándar del bienestar del consumidor.

Como veremos, los objetivos sociales que puede derivar la política de competencia económica y la eficiencia distributiva no forman parte de esta definición de origen chicagonita, estos puntos se abordarán en el capítulo II de esta tesis. Resulta oportuno señalar que, para proteger al proceso competitivo se utilizan dos herramientas fundamentales; la protección al derecho a la libre competencia y a la libre concurrencia.

**Derecho a la concurrencia:** De los pocos autores que hacen una correcta digresión teórica entre derecho de la competencia y derecho de la concurrencia encontramos al Doctor Jorge Witker, quien define al derecho de la concurrencia como:

“La situación específica en que se halla un mercado, en el cual los agentes económicos tienen plena libertad de acceso sin barreras ni restricción alguna. El derecho de ingreso a un mercado, la posibilidad real que la política económica de un país le da a un productor para incursionar en nuevos mercados, cambiar de giro, ampliar su giro o abandonarlo, no existe libre competencia sin libre concurrencia.”

Como podemos observar, este es un concepto de política económica básica, que nos habla de las posibilidades reales de participar de un mercado, atañe directamente a la libertad existente ya sea de facto o *de iure* para participar en determinada actividad económica, para entrar o salir del mercado siendo que, las prácticas que obstaculizan la entrada a un mercado ya sea como conducta accesorio o principal para la concentración de poder económico serían prácticas anticoncurrentes.

Otros autores limitan el concepto de concurrencia simplemente a la falta de barreras o restricciones para el ingreso de un nuevo agente económico del mercado preexistente y determinado.

Resulta vital separar teóricamente y estudiar el derecho a la libre concurrencia como ente específico ya que si bien muchas veces las barreras a la concurrencia se dan de manera accesorio para reforzar un comportamiento monopólico u oligopólico, también es cierto

<sup>53</sup> BORK, Robert. **The Antitrust Paradox**, 2da Ed., New York, The Free Press, 1978, p. 61.

que en cuanto a la manifestación *de iure* de las conductas, las empresas con gran poder económico en jurisdicciones con regulador atrapado como es el caso de México, suelen presionar a los factores de poder para crear legislaciones que dificulten la entrada a los mercados de nuevos competidores, esto para preservar y acrecentar sus participaciones de mercado ante la ausencia de nuevos oferentes y muchas veces para continuar el comportamiento estratégico ya perfeccionado entre los agentes económicos existentes. Sin que se evidencie una conducta formalmente monopólica y haciendo parecer que únicamente se trata de un mercado cerrado, en un mercado cerrado las posibilidades de conductas paralelas son mucho más grandes y en un país donde no existen medidas idóneas ni recursos para sondear dicha conducta paralela o comportamiento estratégico, la sola imposición de barreras a la entrada puede volverse altamente rentable. Así mismo, la proliferación de integraciones verticales se significa en obstáculos a la concurrencia, al exigir a los nuevos entrantes el invertir en dos mercados para tener oportunidad de competir.

Sin embargo, equívocamente varios autores utilizan la libre concurrencia como sinónimo de la libre competencia tal es el caso de José Aguilar Álvarez de Alba, Ex-Comisionado integrante del Pleno de la Comisión Federal de Competencia, quien determina simplemente que “la libre concurrencia es la competencia de diversas personas en la vida económica del país.”<sup>54</sup>

En el caso de México y Estados Unidos podemos decir que la libre concurrencia a nivel constitucional se encuentra consagrada por la garantía de libertad de comercio y profesión. En el caso mexicano deriva del ya citado artículo 28 Constitucional, y se encuentra a su vez íntimamente ligada a la libertad de trabajo consagrada en el artículo 5º Constitucional, los cuales uno sin la existencia del otro serían nugatorios en su carácter de garantía fundamental; así mismo, ambas libertades y el derecho a la concurrencia en sí, puede verse relacionado a la libertad de asociación.

El Doctor Ignacio Burgoa Orihuela solía referirse a la libre concurrencia en su carácter de garantía constitucional como:

“Un hecho cuya realización trae como consecuencia el estímulo, el afán de superación y el mejoramiento por parte de los individuos que compiten, puesto que, se basa en la potestad que todo hombre tiene para dedicarse a la ocupación lícita que más le agrade. Coloca a todo sujeto en la posibilidad de desempeñar la misma función que otro”<sup>55</sup>

En el caso de los Estados Unidos, deriva directamente de la llamada cláusula de comercio contenida en la cláusula 3 de la sección 8 del artículo I Constitucional, que fue

<sup>54</sup> AGUILAR Álvarez de Alba, Javier. La libre competencia en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Comisión Federal de Competencia, (s.a.),p. 7.

<sup>55</sup> BURGOA Orihuela, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, México, 1976, p.406.

interpretada por la Corte en el caso **Gibbons vs. Ogden**, donde se ratifica la facultad del Congreso de reglamentar el comercio y de ahí la facultad para regular la conducta de los entes capaces de afectar dicha libertad de comercio, puesto que judicialmente se reconoce que la facultad de emitir leyes para regular la concurrencia y competencia económica emanan de este precepto y su interpretación judicial.

### **Derecho de la competencia económica:**

“El derecho de la competencia es una rama del derecho económico, que regula y ordena los mercados, sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y concurrencia, premisas básicas de las economías de mercados. Es una reglamentación específica que recae sobre ciertos comportamientos de los agentes económicos. El derecho de la competencia puede conceptualizarse como aquella rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, mediante la tutela de la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores consumidores y del interés público.”<sup>56</sup>

En el caso de los Estados Unidos como derecho antimonopolio tenemos que:

“Se entiende por *antitrust*, la rama de la política económica y del derecho económico que se refiere a los monopolios y a las prácticas de monopolios, se apoya en la parte de la organización industrial que tiene relación con el comportamiento de las empresas en presencia de diversas estructuras de mercado y en las consecuencias que de ello pueden resultar por los resultados económicos. La mayor parte de las reglamentaciones antitrust o de las reglamentaciones de la competencia incluyen disposiciones que apuntan por una parte a elementos de naturaleza estructural y, por otra parte a elementos que son muestra del comportamiento de los agentes económicos.”<sup>57</sup>

"Rama del derecho económico que se refiere a condiciones de competencia que pretende promover, así como a las condiciones competitivas actuales que son observadas tradicionalmente en la promoción de la

<sup>56</sup> WITKER, Jorge. **Derecho de la competencia económica en el TLCAN.** *Ibidem*, p. 11.

<sup>57</sup> OCDE. **Glosario de economía industrial y derecho de la competencia,** *Ibidem*, p.13.

actividad de los agentes económicos.”<sup>58</sup>

“Conjunto de normas e instituciones que se aplican a la conducta de los agentes económicos mediante una intervención mínima y eficaz por parte del Estado que garantice el cumplimiento de estándares mínimos para cosechar el fruto del esfuerzo productivo privado.”<sup>59</sup>

Para el Doctor Alfonso Miranda Londoño:

"El derecho a la Libre Competencia Económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de la otra implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia".<sup>60</sup>

El derecho antimonopolio existe para hacer prevalecer la competencia como condición en el mercado, si ésta no hubiera fallado ya, no existiría esta rama del derecho económico. La definición sobre el derecho económico y el punto de vista, desde el cual se estudia varía dependiendo de quién realice el estudio de la rama y bajo qué óptica; así por ejemplo para la Escuela de Chicago no se trata de la regulación jurídica de la actividad económica sino del costo económico de la regulación, oponiendo una carga negativa de entrada a la actividad jurídica. Al respecto Posner, conceptualiza al derecho económico en sí como

“El conjunto de estudios económicos que se fincan en un conocimiento detallado de alguna área del derecho; sea que el estudio lo haga un abogado, un economista, alguien que tenga ambos títulos o un equipo formado por un abogado y un economista, ello tiene poca importancia”.

Para los Chicagonitas la hermenéutica jurídica y el objetivo intrínseco de las leyes tiene poca importancia, toda su importancia radica en el costo que la interpretación y la aplicación de las leyes significa para la actividad económica. Así en el análisis del derecho de la competencia existen dos aristas principales polarizados, el eje que gira en torno a la regulación de la actividad económica y el que gira en torno al análisis económico del peso de la regulación.

<sup>58</sup> GARVEY, Gerald J. y GARVEY, George E. *vid supra n.6.* p.4

<sup>59</sup> Comisión Federal de Competencia. **Competencia económica en México**, México, Porrúa-Comisión Federal de Competencia, 2004, p. 109.

<sup>60</sup> Conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Doctrina de Dr. Alfonso Miranda Londoño, publicada por el centro de derecho de la competencia de la Universidad Javeriana de Bogotá.

**Eficiencia económica:** Las tres legislaciones son omisas sobre el concepto de eficiencia y sus clases, la valoración de las eficiencias y el tipo que persigue una política de competencia, son constantes puntos de debate en el derecho de la competencia económica, sin embargo, es un concepto económico ampliamente difundido. La legislación mexicana y estadounidense se enfoca principal y casi exclusivamente a la eficiencia asignativa y productiva, dejando un campo pendiente para la eficiencia distributiva que es mucho más valorada en el sistema canadiense como veremos más adelante.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico se refiere a ella como "la forma de utilización óptima de recursos escasos", al centrarse en la utilización de recursos se está ocupando, solamente de la eficiencia productiva y de manera accesoria la asignativa, sin mencionar siquiera la distributiva. Para esta organización:

"Una empresa resulta económicamente eficiente cuando pone en práctica sus factores de producción, de tal manera que consiga una cierta escala de producción al menor costo posible, se trata de producir a un menor costo un mismo volumen de producción o un volumen superior".

El autor Amílcar Peredo afirma que, la eficiencia económica "es un evento que incrementa el valor de todos los activos cuantificables de una sociedad". Esta definición parece ser más inclusiva y no sólo se limita a la eficiencia productiva o asignativa, sino al carácter maximizado de valor que debe significar la eficiencia para los activos sociales envueltos en una transacción económica. Sin embargo resulta demasiado vaga, pero deja en claro que la eficiencia resulta del aprovechamiento óptimo que hagan los agentes económicos de los recursos disponibles durante los procesos económicos que llevan a cabo, para derivar diversos beneficios de su operación.

El Doctor Péreznieto nuevamente enfoca el concepto eficiencia económica atendiendo a su arista asignativa y nos dice:

"Por eficiencia económica debemos entender la mejor asignación de los recursos que se emplean para producir cierta cantidad o volumen de bienes o servicios al costo más bajo posible. Una empresa será más eficiente tecnológicamente si produce la misma cantidad de productos utilizando menos recursos. A su vez esa empresa será más eficiente económicamente cuando es capaz de producir esa misma cantidad de productos al menor costo posible"<sup>61</sup>

Resulta apabullante la incidencia de las aristas de asignación y producción en las

---

<sup>61</sup> PÉREZNIETO, Leonel, *vid supra* n.51.,p. 101.

definiciones teóricas de eficiencia de hoy en día, dejando comúnmente de lado el concepto de eficiencias dinámicas, distributivas y transaccionales. Este enfoque nace de la Escuela de Chicago, la cual fundamentaba la defensa de las conductas en la producción aunque fuera relativa de eficiencias productivas y asignativas relegando, sus efectos distributivos y suponiendo que éstos se derivarían por sí mismos, de un mercado de competencia, donde el poder económico se ganaría a través de la innovación y las mejoras de la producción, cuando se llegara al supuesto de la competencia perfecta, sin embargo; tal pensamiento ha fracasado en la mayoría de los países.

Es decir, la eficiencia no sólo debe buscar la manera más barata de producir un bien o la mejor asignación del mismo, debe buscar también traspasar el beneficio derivado de su operación al proceso económico haciéndolo cíclico, constante y envolvente, los ahorros derivados de ella deberían significarse en inversiones y no en especulaciones, en regeneración que promueva poder de consumo, para mantener el proceso competitivo a largo plazo. Recordemos que los cárteles del siglo pasado ya habían argumentado que su tamaño y su conducto eran resultado de economías de escala y ahorros en costos de producción, sin embargo, ello no garantiza que dichas economías y reducciones de costo se permeen en beneficio de la sociedad.

Las eficiencias parecen ser las defensas idóneas ante una conducta que se encuadra dentro de las prácticas anticompetitivas para calificar la licitud en la conducta. Como lo diría el Juez William H Taft en el caso **Addyston Pipe** de 1898, las eficiencias son el corazón de aquellas conductas cuyo objetivo principal no es restringir el comercio, sino que persiguen un objetivo legítimo siendo la restricción un daño secundario y colateral al fin obtenido; al tener este carácter el punto focal de las eficiencias son los parámetros que las jurisdicciones utilizan para su evaluación. En el caso de la legislación mexicana, ésta enumera no limitativamente las eficiencias que pueden considerarse para calificar como lícita esa conducta, mas no los parámetros de viabilidad, permanencia, trascendencia y necesidad a los que se sujetarían las eficiencias aducidas haciéndose un análisis superficial de las mismas. En el caso de Estados Unidos, estos parámetros (especialmente el de su veracidad y especificidad) han sido establecidos mediante criterios judiciales especialmente en el caso **Broadcast Music Inc.**, y, en el caso de Canadá, su legislación pone énfasis en la viabilidad y trascendencia de las mismas, al referirse al abuso de posición dominante específicamente. Es decir, no basta con alegar eficiencias sino que deberá evaluarse la calidad de éstas, evitando contemplar para la validez de las conductas eficiencias injustificables o sobre estimadas. Dicha evaluación y sus riesgos los abordaremos en el apartado correspondiente al análisis de las eficiencias de cada jurisdicción de la presente tesis, sin embargo, desde ahora podemos concluir que no obstante el término eficiencia económica ha ganado peso en las últimas décadas en todas las jurisdicciones del orbe, aún existe una considerable discusión y discrepancia respecto a su significado y a la imposibilidad de algunas de sus aristas de lograr un equilibrio económico.

**Eficiencia distributiva:** Resulta el paradigma del enfoque neoclásico del derecho de la competencia económica, y su más grande derrota. Se trata de la mejor distribución de los resultados del proceso económico, según Joseph E Stiglitz la eficiencia distributiva mide:

"No solo los resultados del proceso económico, sino la eficiencia con que estos resultados se distribuyen en la comunidad."<sup>62</sup>

"La eficiencia distributiva hace referencia al uso más eficiente de los recursos disponibles y afecta a los niveles de renta y al crecimiento económico. Las preferencias distributivas hacen referencia a la distribución de la renta y de la riqueza."<sup>63</sup>

Para Stiglitz, la falta de eficiencia distributiva es una de las seis razones que justifican la intervención estatal en el mercado, dichas razones son: competencia imperfecta, referida principalmente a la presencia de monopsonios ya que se refiere al poder de mercado ejercido por las empresas en los mercados de factores, la existencia de bienes públicos de baja rivalidad, factores fuera del control del agente económico individual, información asimétrica, perturbaciones macroeconómicas y perturbaciones distributivas.

Aunque el peso de la eficiencia distributiva generalmente se vierte en la rama fiscal del derecho, resulta necesario reivindicar la importancia de este concepto en el derecho de la competencia económica, ya que hoy más que nunca ha sido evidente que los mercados no regulados, no producen dicha eficiencia distributiva de manera automática como lo aducen Posner o Bork, es decir, han fallado en producir la distribución de la riqueza producto de la actividad económica y la diversificación de la actividad, concentrándola más; por tanto, tampoco han logrado que las rentas derivadas de la actividad económica que ahora se concentra en unas pocas manos mal reguladas se distribuya, esto debido a tres factores principales; la desregulación, el énfasis excesivo en la eficiencia productiva y asignativa como única finalidad del proceso económico competitivo y la teoría de la destrucción creativa irrestricta, dando como resultado el uso de los recursos disponibles por menos agentes económicos en cada mercado, haciendo por tanto más limitada y centralizada la distribución de los beneficios derivados de la actividad económica.

### **Eficiencia productiva:** Según Bork:

"La eficiencia productiva es un concepto sencillo,

<sup>62</sup> Instituciones Económicas. **La eficiencia de las instituciones.** [En línea], Málaga, Universidad de Málaga, fecha de publicación desconocida, [citado 26/08/2007], Manual básico de economía EMVI, Formato HTML. Disponible en internet:

<http://www.euned.net/cusecon/1/insteficadap.htm>.

<sup>63</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. **La prestación de servicios al sector ganadero.** [ En línea], Winnipeg, Grupo intergubernamental sobre la carne y los productos lácteos, 20/06/2004, [citado 06/08/2007], Comité de problemas de productos básicos, Formato HTML. Disponible en internet:

<http://www.fao.org/DOCREP/MEETING/008/J2142S.HTM#P549697>



imprescindible y profundamente malentendido, ni uno entre diez abogados de competencia tiene una idea remotamente satisfactoria de su significado y la proporción de economistas que la tienen es, aunque seguramente es mayor, no significa una diferencia dramática".

Sin embargo, varios autores han definido acertadamente este concepto ya que es la modalidad de eficiencia más tangible dentro del proceso.

Hovenkamp la define simplemente como: "la proporción existente entre el beneficio del productor y la inversión requerida para producir la unidad vendida, es decir la define con base en el excedente del productor".

Para la Comisión Federal de Competencia Económica, un proceso es eficiente productivamente, "cuando genera la mayor cantidad de producto al menor costo posible y la magnitud de la eficiencia corresponde al ahorro logrado al cambiar a la mejor alternativa de producción."<sup>64</sup>

Para el Doctor Francisco González De Cossio:

"La eficiencia productiva se refiere a que todos los productos son elaborados con el mínimo costo posible, es decir, con la menor erogación de recursos, no es posible reorganizar los insumos de una manera que se incremente el abasto sin también reducir el abasto de por lo menos otro producto"<sup>65</sup>.

Para Leonel Péreznieto :

"Una empresa será más eficiente tecnológicamente si produce la misma cantidad de productos utilizando menos recursos."<sup>66</sup>

Así nos resulta claro que la eficiencia productiva es el punto del proceso que da origen al excedente del productor, se refiere a la obtención de más unidades de un artículo o a la mayor prestación de servicios al menor costo de producción de los mismos. Cabe resaltar que en el concepto escasamente se contempla al sector servicios y se hace caso omiso de la manera en la cual se logra dicha eficiencia, ya sea de una menor utilización de insumos, de un mejor uso de los mismos o a costa del abaratamiento del mercado de factores. El caso típico de esta falta de observación en el cómo de la obtención de eficiencia productiva es la dramática caída del costo de la mano de obra y de las materias primas a

<sup>64</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. *vid supra* n.59., p.61.

<sup>65</sup> GONZÁLEZ de Cossio, Francisco, *Ibidem.*, p.25.

<sup>66</sup> PÉREZNIETO, Leonel, *ídem supra* n.51.

manos de transnacionales, bajo el ideal de este concepto los precios se fijarían como resultado de la intersección de la curva de demanda y la curva de oferta.

**Eficiencia asignativa** : Frecuentemente para describir este tipo de eficiencia se utiliza el óptimo paretiano anteriormente descrito, derivado del enfoque de una situación óptima en la que un cambio en la asignación de recursos en poder de una persona no puede ser mejorada sin que el cambio perjudique necesariamente a otra. Claro ejemplo de lo anterior es el concepto del Dr. González de Cossio sobre eficiencia asignativa:

"Eficiencia asignativa se logra cuando no es posible reorganizar o producir de una manera tal que, alguien este mejor sin que alguien salga perdiendo."<sup>67</sup>

Hovenkamp, por su parte, aduce que el estándar paretiano es demasiado rígido y propone un estándar paretiano potencial, el cual enuncia de la siguiente manera:

"Un cambio es eficiente bajo la medida paretiana, si los ganadores del cambio, ganan lo suficiente como para compensar completamente a todos los perdedores de sus ganancias, esto es si la ganancia total del cambio sobre pasa las pérdidas producidas por el mismo"<sup>68</sup>.

Esto es, la eficiencia asignativa se refiere a la colocación de la producción y los recursos, a su disponibilidad y circulación. A este respecto, Leonel Péreznieto nos dice:

"La eficiencia en la asignación de recursos significa que, los oferentes y demandantes de bienes y servicios explotan por completo las posibilidades de obtener ganancias mutuas mediante el intercambio sobre el mercado."

Sin embargo, los conceptos anteriores versan solamente sobre una faceta de la eficiencia asignativa, la eficiencia asignativa consuntiva. En realidad, en el concepto de eficiencia asignativa podemos encontrar dos facetas, la consuntiva y la asignativa en oportunidades<sup>69</sup>:

1.- Eficiencia para cubrir la demanda del mercado o consuntiva; es cuando la entidad productiva proporciona los bienes o servicios a los consumidores que más lo demandan. La ineficiencia consuntiva se da por ejemplo, en energéticos cuando escasean y se vuelven bienes de difícil obtención o en servicios *intuitu personae*. La ineficiencia para cubrir la demanda en el mercado provoca la reventa y por ende pulveriza el beneficio del

<sup>67</sup> GONZÁLEZ de Cossio, Francisco, *Ibidem.*, p.26.

<sup>68</sup> HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice.** 3era Ed. Estados Unidos, Thomson West, 2005, p. 75.

<sup>69</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. *vid supra n.59.*, p.62.

consumidor, al lucrar con el binomio escasez-poder adquisitivo, (esta es la eficiencia que se ha buscado promover los últimos años para evitar el último binomio). Esta ineficiencia se presenta principalmente en productos y servicios diferenciados o con baja elasticidad demanda- precio, así como servicios con bajos volúmenes de producción, naturalmente escasos e individualizados o individualizables.

2.- Eficiencia asignativa en oportunidades; se da cuando los niveles de producción son óptimos desde el punto de vista económico, maximizando el bienestar del consumidor y del productor. En este caso existe la oportunidad latente de producir bienes adicionales con un costo menor al que el consumidor está tradicionalmente dispuesto a pagar. Produciendo estos bienes con un ahorro marginal en otras áreas de la producción, como los derechos de propiedad intelectual o prestando los servicios en su forma más básica, se aumenta tanto el excedente de bienestar del consumidor como el excedente el productor, sin embargo, generalmente se trata de explotar las oportunidades derivadas de mercados relacionados entrando en ellos y asignando el producto de esta entrada entre los consumidores que así lo demandan (un ejemplo son los productores de medicamentos de patente y medicamentos similares y los transgénicos), estos son ejemplo de eficiencia, en el aprovechamiento de oportunidades. Cuando esas oportunidades se desperdician y sólo se produce el número de unidades que el consumidor con mayor poder adquisitivo puede pagar en su versión más sofisticada o principal, se produce una pérdida neta de bienestar y una escasez en el mercado relacionado, que incrementa el precio al producir unidades exactas sin número de error o hasta un pequeño margen inferior por temporadas para hacer más deseable el producto y así, minar el exceso de bienestar el consumidor, es decir, incrementar el costo que éste está dispuesto a pagar por un bien necesario en un mercado relacionado; esta ineficiencia se presenta principalmente cuando se es competidor potencial de un mercado y no se entra en él.

Pocas veces los organismos encargados de la aplicación de la legislación de competencia evalúan la eficiencia o la ineficiencia asignativa de oportunidades, incurriendo recurrentemente en falacias al no considerar esta posibilidad cuando se evalúa la posible entrada de competidores capaces de romper el poder de mercado de ciertas empresas, es decir, se da por hecho la inexistencia de esta ineficiencia, como si por el solo hecho de tener la oportunidad teórica de entrar en el mercado dicha entrada y el aprovechamiento óptimo de oportunidades se diera en el mundo fáctico. En el caso mexicano y canadiense no existen ni siquiera criterios que se refieran a esta forma de pérdida de bienestar social.

**Eficiencias dinámicas:** Se trata de eficiencias especulativas en su tiempo de realización. Esta arista del concepto eficiencia pocas veces contemplada se refiere al conflicto que plantea una eficiencia aducida en el presente y su peso en el bienestar social futuro. Evalúa tres escenarios<sup>70</sup>:

- 1.- La factibilidad de que una eficiencia presente sea significativa en el futuro.
- 2.- La posibilidad de que una eficiencia presente vaya en detrimento del bienestar futuro.
- 3.-La posibilidad de que una alegada eficiencia aún no materializada ni materializable en

---

<sup>70</sup> *Ídem*

el presente se manifieste en el futuro intermedio o a largo plazo.

Evalúa el peso de permitir ineficiencias en el presente para lograr un bienestar en el futuro, casos típicos son el combate al *free riding*, el uso explotativo que consiste en cobrar altos precios y restringir la oferta momentáneamente para sobrellevar una condición de crisis en los mercados, se usa el poder de mercado presente para sacar una crisis y propiciar un mercado competitivo en un futuro, esta figura del abuso explotativo como legal se ha estudiado en Estados Unidos. Las perspectivas de control de ganancias en el futuro pueden estimular políticas de precios poco agresivas y la colusión tácita en el presente.

**Elasticidad cruzada precio-demanda:** Se trata del parámetro utilizado por las tres legislaciones para medir cuánto varía la cantidad demandada de un bien ante un alza hipotética de precios, que generalmente oscila entre un 5 y un 10%, así se determina la elasticidad en la demanda en el bien o servicio evaluado, dando como resultado la existencia de bienes y servicios de elasticidad cruzada precio-demanda elásticos o inelásticos. La pregunta que claramente plantea puede enunciarse de la siguiente forma:

"¿Si los precios de determinado producto o servicio se elevan, los compradores tienden a seguir adquiriendo el producto (haciendo la demanda relativamente inelástica) o tienden a reducir sus compras (haciendo la elasticidad de la demanda directamente proporcional al precio)?<sup>71</sup>"

Para Leonel Péreznieto técnicamente elasticidad es:

"El cambio porcentual de la cantidad ofrecida o demandada de productos y servicios dividido entre el cambio porcentual del precio del bien o servicio.<sup>72</sup>"

El Glosario de economía industrial de la OCDE nos dice que este parámetro:

"mide la intensidad de la reacción de la demanda a las variaciones de precios.<sup>73</sup>"

Se trata del método por el cual se evalúan las variaciones del precio en cuanto a la demanda del bien, es decir, si ante el aumento hipotético del precio baja la demanda del bien se dice que dicho bien o servicio es elástico ya que el grado de su demanda se ve afectado por su precio, y ante el alza los consumidores dejarán de adquirirlo, lo adquirirán en menor grado o lo sustituirán por sustitutos perfectos o bienes directamente

<sup>71</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *Ibidem.*, p.471.

<sup>72</sup> PÉREZNIETO Leonel, *vid supra n.51.*, p.65.

<sup>73</sup> OCDE. **Glosario de economía industrial y derecho de la competencia** . *vid supra n. 33*, p.43.

competidores. Cuando ante la hipotética alza de precios no se presentan variaciones en el grado de la demanda hablamos de un bien inelástico, dicha falta de elasticidad puede ocurrir debido a que no existan sustitutos perfectos o directamente competidores, los consumidores no identifiquen otros bienes como sustitutos viables, se trata de bienes o servicios heterogéneos altamente diferenciados o de bienes o servicios de consumo necesario.

Uno de los problemas más graves que enfrenta este parámetro y que en la legislación mexicana se han hecho pocos estudios sobre el mismo, es la llamada falacia del celofán, llamada de esta manera por haberse estudiado el fenómeno por primera vez en el caso **United States V. E.I. Du Pont, de Nemours & CO.**, el cual abordaremos en la definición de mercado relevante por la incidencia de la falacia en dicho concepto, sin embargo, para los fines del parámetro elasticidad cruzada precio demanda, con posterioridad a dicho fallo se evidenció la posibilidad de que un producto o servicio se volviera insensible a la elasticidad precio-demanda cuando el aumento de precios se mantiene dentro de una zona gris del límite de precio monopolístico, el grado máximo de precio al que se puede llegar antes de que los consumidores busquen sustitutos, el cual tampoco es un precio competitivo y causa daño progresivo al excedente del consumidor, sobre todo si el agente económico logra calcular el límite promedio de la disponibilidad de pago del consumidor; mantener el precio en este umbral plantea una cuestión delicada para las autoridades de competencia en mercados con sustitutos no perfectos como en el caso del celofán, ya que la empresa puede realizar sin miedo a perder demanda variadas alzas de precio alejándose del precio competitivo mientras estas alzas no lleguen al punto en que el consumidor tendrá que prescindir del bien, jugando así especulativamente con el parámetro en cita.

Otro parámetro paralelo al presente pocas veces utilizado y no contemplado expresamente por las legislaciones en estudio debido a su relación con la eficiencia distributiva, es el de la elasticidad de la demanda de productos y servicios en relación a la renta, parámetro fundamental ya que permite clasificar un producto o servicio como de consumo necesario, accesorio o suntuario. Este parámetro está relacionado con la eficiencia distributiva, ya que de la derrama económica resultante de un proceso competitivo y su distribución, depende en gran parte el poder de consumo de los compradores, esto es, la renta que perciben los individuos por su actividad productiva. Así tenemos que:

"La elasticidad de la demanda en relación a la renta mide la variación en porcentaje de la cantidad solicitada de un determinado producto bajo el efecto de una cierta variación en porcentaje de la renta. <sup>74</sup>"

Ante dicha variación en la renta el consumidor preferiría seguir adquiriendo los artículos que considera necesarios para su subsistencia mientras que, si la variación en la renta es a la alza adquirirá artículos o servicios accesorios que se considerarán suntuarios, esta variación debe estar siempre presente en la evaluación del mercado relevante al analizar una conducta. En México es de especial relevancia el estudio de este concepto paralelo ya

<sup>74</sup> OCDE. **Glosario de economía industrial y derecho de la competencia** . *Ibidem.*, p. 42.

que de manera frecuente cuando se dan abusos, excesos y variaciones en los bienes de consumo necesario y demanda inelástica, no se procede a la investigación de prácticas anticompetitivas sino a la regulación tarifaria sin mayor estudio de la conducta de los agentes económicos implicados, como fue el caso reciente de la tortilla y casos anteriores como el gas doméstico cuya concentración a nivel distribución es evidente y escasamente estudiado.

Además debe estudiarse que ni estos parámetros ni los índices de concentración existentes, nos sirven en su momento para evaluar la intensidad de la competencia en un mercado, únicamente miden la sensibilidad de la demanda de productos y servicios a las fluctuaciones de precio y renta.

**Empresas relacionadas:** De las tres legislaciones sólo la canadiense expresa directamente qué se considera una empresa relacionada. Este concepto nos es útil sobre todo para evaluar las eficiencias alegadas de restricciones intra marca y evaluar la conducta de los conglomerados empresariales.

Para efectos del derecho de la competencia en Estados Unidos, restringiremos el término empresas relacionadas a la figura del *holding*. Esta figura trata de una compañía o compañías controladas por una matriz para propósitos generales, dicho control se establece cuando la compañía madre tiene una parte o la mayoría en los derechos de voto inherentes a sus acciones, ya sea por ser propietaria de dichas acciones o por acuerdo con otros accionistas; la subsidiaria, no necesita ser directamente incorporada y el control puede ejercerse de manera subsidiaria.<sup>75</sup>

En México, para efectos de competencia también se refiere a una empresa que tiene control efectivo sobre otro grupo de empresas cuya actividad económica es afín o se encuentra relacionada.

Para Canadá, en el artículo 2 de la Parte I de la *Competition Act*, una empresa relacionada para fines del derecho de la competencia es:

- "a) una corporación se considera afiliada a otra corporación si una de ellas es subsidiaria de la otra o ambas son subsidiarias de la misma corporación, o la corporación o cada una de ellas por separado es controlada por la misma persona.
- b) Si dos corporaciones están afiliadas a la misma corporación en un mismo tiempo o se estima se encuentran relacionadas.
- c) Cuando una de las asociaciones o su único propietario esta afiliado a otra asociación o propietario único y ambas asociaciones son controladas por el mismo dueño."<sup>76</sup>

Como podemos ver se trata del elemento control en las tres jurisdicciones, la presencia de estos conglomerados y su actuación sobre el proceso competitivo puede tener efectos intra

<sup>75</sup> MARTIN, Elizabeth [edit.], **Oxford Dictionary of law**, 4a Ed., Oxford, Oxford University Press, 1997, p.450.

<sup>76</sup> *Competition Act*, artículo 2, sección I

## **CAPÍTULO II.- Formas de legislar en cuanto al derecho de la competencia.**

### **1.1 ¿Que se considera una ley efectiva y cuales de las legislaciones de los tres países cumplen con tal parámetro?**

Atendiendo al derecho de la competencia económica en América del Norte, nos encontramos elementos convergentes de las tres legislaciones y elementos diametralmente opuestos. En general, se asume que el derecho económico como disciplina jurídica se encarga de la regulación de la conducta de agentes cuya actuación incide en el proceso económico, en vías de preservar una ideología de mercados libres, exentos de conductas anticompetitivas, en las tres jurisdicciones se realiza la regulación de dichas conductas bajo los baluartes de la libre competencia y concurrencia, se entiende al derecho de la competencia como el encargado de evaluar la licitud de la conducta de los agentes dentro del proceso económico. Sin embargo, hay diferencias que conceden caracteres distintivos a la regulación de competencia en cada país; mientras que, el litigio en materia de competencia económica en Canadá y México es por excelencia de índole Federal, así como sus legislaciones vértice, en Estados Unidos nos encontramos con la particularidad de que algunos Estados cuentan con legislaciones antimonopolio, la manera de tratar las prácticas anticoncurrentes también difiere, en México tanto el procedimiento para investigarlas y sancionarlas como la sanción en sí tienen un carácter intrínsecamente administrativos, en Estados Unidos y Canadá la sanción y el proceso enfrentan una naturaleza dual, tanto civil como penal, mientras que la investigación de las conductas recae en entes administrativos.

Tanto la legislación mexicana como la estadounidense se ubican dentro del ala más liberal del derecho antimonopolio, la desregulación ha impactado seriamente sus directrices y provocado varias reformas; la legislación canadiense resulta más equilibrada y la intervención estatal es más frecuente, de hecho en esta última se antepone el concepto de interés público a la libertad contractual irrestricta mientras que, las legislaciones de sus contrapartes hacen de dicha libertad contractual su punto focal, resulta interesante recordar la reticencia de los canadienses a considerar el concepto competencia perfecta como eje irreductible de su legislación de competencia a diferencia del criterio desplegado por el legislativo y el ejecutivo en México y Estados Unidos; así mismo difieren en sus preocupaciones más inmediatas, la legislación mexicana se enfoca al problema del monopolio de facto, y tiene pocas herramientas de prevención y ataque al comportamiento estructural mientras que, las últimas tendencias en la legislación canadiense y estadounidense se inclinan por perseguir la monopolización como tendencia, las tentativas y la conducta coordinada. Difieren en el objeto de su legislación y, las mismas facultades de sus poderes legislativos para crear leyes en materia antimonopolio se ubican en diferentes raíces y esto da un grado distinto a la protección de la competencia económica en sus regímenes y un tratamiento distinto a la política de competencia de cada país.

La forma de probar una coordinación de conducta con efectos anticompetitivos ha variado, mientras en México se le sigue dando gran peso al elemento acuerdo, en Estados Unidos y Canadá basta con acreditar los elementos que calificarían a una conducta anormal como conspiración para presumir su ilegalidad.

Existen diversas maneras de abordar el análisis de una legislación de competencia; por su eficiencia práctica, por su eficacia para detectar conductas anticompetitivas, por el grado de intervención que significa en la libertad contractual de las partes, por su ámbito de aplicación, por lo certero y detallado de su análisis jurídico-económico, por la modernidad y adaptabilidad de sus preceptos, por los bienes jurídicamente tutelados, el objetivo a largo plazo de dicha tutela y la eficiencia en dicha protección, la claridad en su redacción, los elementos con los que reviste a los organismos investigadores para la realización de su trabajo, por la eficacia de sus sanciones, etc.

Consideramos conveniente analizar el sistema de sanciones propuesto en cada legislación comparando el contenido y la aplicación de la norma, con cuatro de las siete reglas mayores que FOUCAULT usa para reglamentar la facultad de sancionar de un Estado. No hemos ignorado el punto de que FOUCAULT en su estudio primigenio, se refiere a la sanción penal, sin embargo no olvidemos que los orígenes del derecho antimonopolio se encuentran precisamente en el derecho penal; ambas ramas se revisten con la facultad del Estado de sancionar conductas, el derecho penal fue la primera herramienta usada por el Estado para evitar las conductas anticompetitivas, es esta variante de la facultad de sancionar las conductas la que más desarrollo ha presentado en la vida estatal; se trata de estándares mínimos que nos permiten observar de que manera se administra una sanción a través su teoría FOUCAULT, buscaba reducir la posibilidad de ilegalidad que pudiera acarrear un castigo cuando en él iba intrínseca la posibilidad de perder la libertad, posibilidad que tanto en Estados Unidos y Canadá sigue vigente cuando se sujeta la conducta anticompetitiva al escrutinio de los Tribunales penales, y, aunque en México la materia es administrativa, una indebida aplicación de sanciones acarrea el peligro de arriesgar el patrimonio de los agentes económicos y de violar garantías individuales, la aplicación de multas resulta una expresión más de la facultad de sancionar expresada pecuniariamente, una aplicación laxa de las leyes redundante en impunidad que hace inviable la libertad económica.

Tanto la sanción penal, como la administrativa, buscan desincentivar una conducta contraria a los intereses sociales, la tendencia a despenalizar la conducta antimonopolio obedece a objetivos distintos de la legitimación de las conductas, trata de evitar que, una conducta que pudiera acarrear mayores resultados productivos se vea desincentivada por la posibilidad de desencadenar un procedimiento penal para su evaluación, sin embargo tanto las sanciones penales como las administrativas y civiles buscan el establecimiento de un orden social justo desincentivando conductas nocivas que implican una pérdida de bienestar social, es decir buscan la correcta ordenación de la actividad social y la certidumbre jurídica para el ciudadano, aunque algunos tipos de conducta se han despenalizado y otros están en vías de despenalización esto no implica que ciertas conductas queden sin castigo, generalmente como en el caso de Canadá cuando se despenaliza una conducta, se deja abierta la posibilidad de investigarla administrativamente y se deja a disposición de los particulares la acción civil para deslindar responsabilidades personales que se traducen en importantes y desincentivantes montos pecuniarios a favor del particular perjudicado por la conducta.



Tanto en el derecho penal, como en el derecho antimonopolio de la primera época, el concepto interés público era y debería seguir siendo eje vital de las legislaturas. Cabe destacar que, tanto la rama del derecho penal como del derecho de la competencia son interdisciplinarias y se nutren de elementos comunes que las hacen evolucionar para después especializarse.

Foucault esboza sus reglas más allá de los elementos que constituyen el castigo penal, se trata de parámetros que pueden servir para analizar el poder de sancionar del Estado sobre cualquiera de las facetas de la conducta humana, sirviendo para evaluar más que la sanción penal el ejercicio del *imperium* incluyendo su variante administrativa, sin que dichas disertaciones estén constreñidas a la naturaleza corporal del castigo, se trata de comprender la técnica de la sanción, sus objetivos, la eficacia y los efectos de las mismas, no se trata de forma alguna bajo el siguiente análisis de apoyar la naturaleza penal de la sanción de ciertas conductas antimonopolio, sino de usar un análisis de la facultad de castigar bien fundamentado para estudiar el ejercicio de dicha facultad por el Estado en el terreno del derecho de la competencia.

Para Foucault en su obra "Vigilar y Castigar"<sup>1</sup>, el poder y efectividad del castigo reposa sobre siete reglas angulares, de las cuales cuatro son susceptibles de aplicarse a otras formas de castigo distintas a las corporales, hemos agregado un quinto parámetro para evaluar la eficacia en el ejercicio de la facultad de castigar del Estado emanada del texto de la norma sustantiva misma, el cual resulta aplicable en materia de derecho de la competencia económica.

Así proponemos la evaluación de las sanciones en materia de competencia económica a la luz de las siguientes reglas:

**1.- Regla de la cantidad mínima:** La infracción de la ley esta sujeta a la posibilidad de obtener beneficios con esta conducta. Cuando se vincula a la mentalización de la infracción, la lógica de una desventaja derivada de la infracción, mayor a su beneficio, deja de ser deseable la conducta violatoria. Se requiere que, en la representación mental hecha por el individuo promedio al valorar el costo de infringir la ley se materialice como efecto lógico, la consecuencia de que el daño excederá el beneficio que el infractor obtendría de la violación, este debe ser un proceso mental cercano al nivel de equivalencia lógica.

Se debe crear en los individuos más interés en evitar la pena que en infringir la ley.

En la evaluación mínima *a priori* que realice el gobernado sobre los beneficios de violar la ley en contra balance con la pena que de ello derivaría, debe tener mayor peso la pena para convencer al individuo del beneficio que le acarrea el cumplir con la normatividad en materia de competencia

---

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michael. **Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión**, México, siglo veintiuno editores, 1998, 27a. Ed., pp. 98-107.

**2.- Regla de la idealidad suficiente** Se presupone que el motivo de la infracción a la ley es la ventaja, en el caso de la competencia económica, la ventaja en los mercados que se obtiene de la violación de la ley. La eficacia en la sanción a las prácticas contrarias a la competencia económica radica en la desventaja que de la violación de la norma pueda esperar el infractor, el punto vital del probable castigo a una conducta anticompetitiva es la idea de los inconvenientes que de la violación en los casos intencionales derivan. El infractor en todo el proceso de maquinación de una conducta violatoria deberá tener claro que de ella, derivara un **inconveniente certero** y, dicho recuerdo de inconveniente deberá ser de tal magnitud que impida para la mayoría de los gobernados materializar la conducta, es decir que la idea del inconveniente se asocie directamente a la conducta desplegada por el gobernado.

**3.- Regla de los efectos laterales.-** Esta regla evidencia que la sanción obtiene efectos de dos sujetos, los que han violentado la ley y los que están a punto de violentarla, Foucault nos indica textualmente:

"La pena debe obtener sus efectos más intensos de aquellos que no han cometido la falta en el límite, si se pudiera estar seguro de que el culpable es incapaz de reincidir bastaría con hacer creer a los demás que ha sido castigado"<sup>2</sup>

Se evalúa la eficiencia de la legislación y el poder de sancionar contenido en ella, por la capacidad que tiene de desincentivar de su violación a los gobernados que aún no han cometido falta, pero están evaluando las ventajas y desventajas de fracturar la ley. A su vez se evalúa la capacidad del ordenamiento jurídico de evitar la reincidencia en el sujeto que ya ha infringido la Ley.

**4.- Regla de la certidumbre absoluta.-** Se manejan dos aristas dentro de esta misma regla, la certidumbre absoluta sobre los elementos constitutivos que presentan las prácticas restrictivas de la competencia consideradas ilícitas, así como la certidumbre en su antijuridicidad y, la certidumbre de castigo para el infractor de la legislación de competencia económica.

Este punto en su primera vertiente, resulta variable para cada una de las legislaciones, ya que la manera en que codifican, encuadran, tipifican y juzgan los elementos que se van haciendo comunes a una infracción en materia de competencia y los elementos novedosos de la conducta empresarial son altamente cambiantes y se ven afectados por la familia jurídica a la que pertenecen. Mientras que, en la familia del *Common Law* esta evolución ha sido cubierta a través del precedente y la interpretación judicial, derivada de la flexible redacción de las leyes de competencia. En las familias romano germánicas, como la mexicana, la codificación supone un punto de conflicto, la legislación siempre esta un paso atrás de la conducta modificada de los individuos y, en materia de competencia económica ha existido un lento desarrollo de jurisprudencia que ha desembocado en

---

<sup>2</sup> Vid supra n.125. p.99.

vacíos sobre el tratamiento de algunos elementos constitutivos de la norma jurídico-económica.

Es difícil evitar que el silencio de las leyes derive en impunidad, por tanto, se deben clarificar los parámetros con base en los cuales un organismo investigador conduce su investigación y un organismo sancionador emite resolución (índices, elementos de la conducta, excepciones, eficiencias, alcances, adjudicación de daños, etc.).

En cuanto a la certidumbre en la aplicación del castigo, el nivel de aplicación de las leyes varía en cada legislación como veremos posteriormente, esto depende en gran medida del prestigio y naturaleza de la autoridad embestida con la facultad de sancionar, de los elementos que tenga a su disposición la autoridad encargada de la investigación de competencia considerando que, estamos ante una materia donde generalmente las pruebas del quebrantamiento de la Ley están en manos del violador, de la política de competencia económica del país, de la armonía del marco normativo en materia económica, el nivel de cooperación que las entidades federativas tienen en la investigación en materia de competencia económica, la preparación de los funcionarios públicos y del poder judicial, la celeridad de los procesos, el nivel de independencia económica y política de los organismos involucrados en la investigación y sanción, la autonomía y libertad de los reguladores, la forma en que entienden el alcance de su jurisdicción y, la cultura sobre el cumplimiento de la legislación que ha logrado permearse desde el gobierno hacia la clase empresarial y los consumidores de bienes y servicios derivando en institucionalidad. Esto es, para que la ley en estudio tenga efecto disuasivos, la ganancia que obtendría un agente económico deberá ser menor a la sanción y tener certeza tanto de que su conducta es ilegal como de que será sancionada, así se logra que los agentes económicos participantes en el proceso no desarrollen indiferencia ante el cumplimiento de la ley. La sanción también debe ser mayor en la medida en que se trate de conductas más difíciles de detectar y que requieran una mayor inversión del Estado en recursos para su descubrimiento e investigación.

**5.- Precisión de la norma jurídica.-** No se debe perder de vista que el hecho de reglamentar estrictamente puede darnos como resultado el restringir innecesariamente la expresión jurídica de conductas en materias especialmente dinámicas, como ésta. Este parámetro está mostrando dos facetas interesantes especialmente en los Estados Unidos<sup>3</sup>.

La primera consiste en la evaluación del contenido y la motivación de la conducta anticompetitiva que, pueden ser diversos al del beneficio económico. Este parámetro lo veremos claramente especificado al evaluar en este mismo capítulo la legislación de Estados Unidos a la luz del caso **Federal Trade Commission vs. Superior Court Trial Lawyers Association**, de 1990.<sup>4</sup> Este criterio abunda sobre el contenido de una práctica que resulta restrictiva de la competencia y el contenido de la expresión en la conducta.

El segundo parámetro nos indica que, mientras una legislación de competencia económica

<sup>3</sup> FEINMAN. *Vid supra* n.13, p. 62.

<sup>4</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, et al. *Ob cit* n.30, p. 138-145.

requiere de amplio grado de flexibilidad para adaptarse a las cambiantes condiciones del proceso económico, dicha flexibilidad no debe llevarla a ser vaga en sus elementos constitutivos, ya que dicha vaguedad aumenta la discrecionalidad de los funcionarios públicos en detrimento del gobernado, cuando dicha discrecionalidad es ejercida por organismos poco preparados o sin autonomía real se pone en juego la certidumbre jurídica.

En las jurisdicciones de tradición civilista como México este elemento exige un alto nivel de detalle en el desarrollo de la legislación.

Estos cinco parámetros, nos permitirán evaluar una faceta vital en las leyes, la eficiencia de las sanciones que consignan y su traducción al mundo del ser. El uso más latente que real de esta facultad de castigar y de la aplicación de las leyes, es la herramienta fundamental con que cuentan los gobiernos para contener la Comisión de conductas anticompetitivas. Sólo gobiernos con una gran autoridad y legitimidad logran el funcionamiento eficaz de economías en las cuales los factores principales de la producción son manejados por la iniciativa privada.

## **1.2 Características de la legislación de Estados Unidos, Canadá y México.**

Para entrar al estudio de las legislaciones en cada uno de los tres países resulta necesario conocer sus mercados, en el caso mexicano, éste se define como evidentemente oligopólico, es la economía 140 de 180 en materia de competitividad según la OCDE; la versión oficial desde hace diez años, culpa de dicha falta de competencia a cuatro sectores oligopólicos evidentes, en tres de los cuales, el ejecutivo impulsó sendas reformas para profundizar su privatización con resultados poco halagüeños, dichos sectores son; telecomunicaciones, transportes, energéticos y servicios bancarios, dos de estos sectores contienen las dos privatizaciones a nivel nacional más frustrantes en la historia económica del país.

La poca competitividad tiene mucho más que ver con la difusa política de competencia, y la poca institucionalidad relacionada con la materia, la falta de una legislación eficaz que logre derivar efectos colaterales, desincentivando la conducta de agentes económicos que aún no se coluden y la carencia de una impartición de justicia que de certidumbre al cumplimiento de la ley así como la falta de desarrollo jurisprudencial. La política de competencia reflejada en la ley mexicana evidencia poco interés en el estudio de la estructura del mercado enfocando su estudio a la competencia inter marcas.

En el caso de Estados Unidos estamos ante una economía basada en la producción de bienes finales y el Canadá es uno de los países más competitivos en cuanto a la comercialización de servicios, respecto a manufacturas produce bienes semiterminados y la producción de bienes finales esta en un 60% en manos de estadounidenses, a su vez el 80% de la producción de bienes de manufactura diversificados se realiza en Ontario, otras regiones sustentan su actividad económica en sus recursos energéticos como Alberta o

sus recursos naturales, en su caso las provincias Atlánticas y parte de Canadá del oeste <sup>5</sup>.

En México no existe la suficiente representación mental de un perjuicio asociado con la Comisión de prácticas monopólicas, esto debido a que existe poca posibilidad de ser detectado y, poca certidumbre de ser castigado. El gobernado percibe a las autoridades encargadas de aplicar la legislación como entes débiles sujetos a fuertes presiones por parte de agentes económicos con gran poder esto es, al regulador como un regulador atrapado y, por último como autoridades de investigación a una Comisión con elementos de investigación limitados, a esto se le suma la poca posibilidad de coadyuvar con dichas investigaciones por parte de los sectores privados en la investigación de competencia, lo discrecional del procedimiento y de los criterios aplicados por la Comisión, la cual se convierte en Juez y parte al ser ella la encargada de investigar las conductas y ella misma la encargada de dictar resoluciones, como resultado, existe poca confianza en los mecanismos institucionales encargados de la competencia económica en México.

Cuando se dan estas condiciones en países en desarrollo se beneficia la posibilidad de que proliferen todo tipo de prácticas anticompetitivas, aunque se considera en la doctrina neo positivista que las realizadas entre competidores del mismo bien o servicio son más devastadoras, el efecto de la concentración de poder en cualquiera de sus variantes, es más avasallador en las economías menos desarrolladas, menos diversificadas y, con menor cultura de competencia ya que, les afecta la concentración de mercado local, las pocas posibilidades de desarrollar alternativas nacionales de diversificación y, los pocos elementos con que cuentan para protegerse de los oligopolios internacionales, enfocan su esfuerzo en niveles domésticos descuidando el impacto proveniente del exterior, se convierten en las sedes más atractivas para la consolidación de carteles internacionales. El infractor las percibe como jurisdicciones débiles, donde hay menos probabilidad de ser detectado y en caso de ser detectado la regla de la cantidad mínima no surte efectos ya que generalmente el castigo es menos significativo, más rebatible, no se concibe como reflejo irremisible de la conducta ilegal y, se puede retardar o anular ante cortes no especializadas en derecho económico. Como lo comentamos en el capítulo anterior hay mayor probabilidad de llegar a un acuerdo o coordinar conducta entre productos homogéneos o servicios que presentan externalidades o redes, y se facilita el intercambio de información que configura la colusión o exclusión a través de asociaciones.

Como punto convergente para el análisis de las legislaciones en estudio, consideramos que, tanto la doctrina estadounidense como la canadiense reconocen cinco tipos de conducta, aunque sus leyes no hagan esta distinción expresa; acuerdos horizontales, reconocidos como aquellos que propician la coordinación de un mismo nivel de la competencia, acuerdos verticales que propician la falta de competencia en cuanto a suministro y distribución e indirectamente precios, conductas coordinadas aún en ausencia de poder monopólico, conducta unilateral y conductas tendientes a facilitar colusiones. Ambas legislaciones dan gran peso a las medidas relativas a impedir el abuso de posición dominante, encaminadas a impedir la formación de monopolios, y fusiones, independientemente de la licitud de sus conductas, por medio de estas medidas realizan el

---

<sup>5</sup> GUTIERREZ H, Teresa, et al. *Vid supra* n.18, p.344.

diseño de mercados y dictan disposiciones para impedir monopolios y oligopolios estructurales.

Específicamente la *Sherman Act*, en su sección primera trata de conductas donde se requiere la intervención de más de una voluntad, la sección segunda se refiere a conducta unilateral y la sección quinta presenta una amplia gama de posibilidades para evitar conductas de abuso de posición dominante, conductas anticompetitivas no estrechamente descritas y actos tendientes a facilitar colusiones, tentativas y conspiraciones a través de conducta coordinada no configurable bajo las secciones 1 y 2.

Después la doctrina americana suele separar las conductas en razón de las eficiencias a que dan lugar fijando así las prácticas *per se* o relativas, atendiendo a la posibilidad de que redunden en eficiencias rentables y permeables al proceso competitivo y finalmente las considera como horizontales y verticales. Una crítica bastante lógica a esta tendencia a cimentar la aplicación de una legislación en torno a un concepto altamente especulativo como lo es el de las eficiencias económicas derivables especulativamente, la realizó a temprana época la escuela de Friburgo,<sup>6</sup> la cual determina que, al no existir en el mundo del ser una condición de competencia perfecta, de esta no pueden preverse efectos concretos, indubitables e inalterables, por tanto resulta incorrecto determinar finalidades tajantes mucho menos subordinar a objetivos hipotéticos como la eficiencia económica futura, la totalidad de la creación y aplicación de las leyes que debieran gobernar la conducta empresarial.

A diferencia de la legislación mexicana esta caracterización de grado o de nivel de las conductas en el derecho americano, no depende estrictamente del eslabón de la cadena productiva donde se encuentren los productores, sino de una amalgama entre dicho eslabón en el que se encuentran los infractores y el grado de la cadena donde se resienten los efectos de la conducta como se verá, un suministrador puede orquestar conducta coludida entre sus distribuidores para sacar de la jugada a otros suministradores como fue en el caso **Socony Vacuum**<sup>7</sup>, o un distribuidor lo suficientemente importante puede presionar a sus suministradores para conspirar en contra de otros distribuidores, como las tiendas de descuento y excluirlos de determinados sectores de mercado como en el caso **Toys R'Us**<sup>8</sup>, en ambos casos el efecto es horizontal aunque la práctica se perpetua en modalidad vertical, por sus efectos, las Cortes estadounidenses las condenaron en modalidad horizontal.

El caso mexicano califica el grado de las conductas atendiendo a que se coordinen dos sujetos presentes en el mismo eslabón de la cadena productiva como horizontales o que, dicha coordinación se de entre dos agentes económicos de distinto grado, como verticales,

<sup>6</sup> Escuela de Friburgo. [enciclopedia en línea], S/L, Portal Británica Salvat, Gran Enciclopedia Salvat, 2008, 16/03/2008, [citado 17/03/2008], formato Html. Disponible en internet en:

<sup>7</sup> **UNITED STATES VS. SOCONY VACUUM OIL CO.** [310 U.S. 150, 60 S Ct. 811,84L.Ed. 1129], (1940)

<sup>8</sup> **TOYS "R" U.S. INC. VS. F.T.C.** ,[221 F. 3d 928221 F. 3d 928], Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito, (2000).

dejando de lado la posibilidad de que mediante el uso de prácticas verticales en atención del nivel de los infractores se deriven efectos horizontales u absolutos, es decir califica por la naturaleza de los infractores concurrentes, perdiendo de vista el efecto de las conductas. Tal enfoque resulta altamente deficiente erosionando la regla de la cantidad mínima; las disposiciones relevantes del artículo 9 y 10 de la Ley Federal de Competencia económica, establecen respectivamente de manera directa o por eliminación, la condición *sine qua non* de que, para alcanzar el estatus de prácticas absolutas los perpetradores sean competidores directos entre sí, sin atender a la posibilidad de que aunque no se reuniera la calidad de competidores directos se pueden derivar efectos absolutos de la coordinación de dos entes no presentes en la misma actividad económica, la letra de la hipótesis hace imposible desvincular el grado de participación en la cadena productiva de los sujetos de los efectos de su conducta, estrechando innecesariamente la hipótesis normativa, atenuando directamente la sanción cuando dichos perpetradores no cumplen con la condición de ser competidores directos, tampoco evalúa el impacto de prácticas absolutas en otros eslabones de la cadena como es el caso de las fusiones verticales, que si bien producen economías de escala, también se traducen en menos compradores para insumos y materias primas, si la concentración de poder de compra se da en grado excesivo se puede condenar a determinados mercados de factores a la extinción, limitándose el número de opciones sobre a quien venderle un insumo. Así, el artículo 9 de la LFCE en su parte relevante expresa:

"Artículo 9.- Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:"

En el caso mexicano, la posibilidad de concentrar con efectos horizontales mercados de distribución a través de prácticas verticales se ha cristalizado con las ventas atadas de PEMEX del lubricante Mexlub, mientras PEMEX es un monopolio estatal natural a nivel gasolinas, es solo un participante más en cuanto a la producción y venta de productos secundarios como los lubricantes, sin embargo PEMEX presionaba a los franquiciatarios de la gasolina para que vendieran junto con la gasolina los lubricantes Mexlub como exclusivo en la franquicia, cerrando un canal de distribución vital para los lubricantes competidores, indebidamente dicha conducta fue valorada como vertical por el grado de participación en la cadena productiva de los perpetradores y no se atendió la posibilidad de que la concentración vertical tenía efectos absolutos en el mercado del bien intermedio denominado lubricante.<sup>9</sup>

En Canadá no hay una separación en texto de ley, entre prácticas horizontales y verticales como grupo, el criterio preponderante lo da el efecto de la conducta destinándose una hipótesis detallada para cada una de las conductas estipuladas por la *Competition Act* agrupadas en atención a la probabilidad de los efectos dañinos que pueden tener en la competencia.

<sup>9</sup> PEREDO Rivera Amílcar., *Vid supra n.41*, p.192.

En Estados Unidos y Canadá el tratamiento del derecho de la competencia y su legislación implican figuras civiles, penales y administrativas dependiendo de las conductas y la naturaleza de sus sanciones. En México el tratamiento es meramente administrativo.

Resulta interesante notar que, la génesis histórica de la legislación canadiense y estadounidense es diferente a la mexicana, en México las primeras leyes reglamentarias del artículo 28 Constitucional y el artículo mismo iban encaminadas a normar conducta gubernamental, tendiente a impedir los monopolios autorizados por el gobierno a través de alcabalas privadas, mientras que la *Sherman Act* y la *Combines Investigations Act*, centraron su atención desde su génesis en la conducta de los particulares y, la forma de estos de conseguir poder de mercado siendo, la conducta gubernamental secundaria o de plano excluida de la materia

La Ley Federal de Competencia Económica en México, entró en vigor a partir del 22 de junio de 1993, derivado del paquete de reformas que se realizaron al marco jurídico económico de la nación, a la luz de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y, de la presión de los nuevos socios comerciales para que en México hubiese un marco de competencia favorable a la inversión extranjera, que asegurara la fácil entrada y salida de capitales, el resultado fue una Ley Federal copia incompleta de muchas figuras del derecho estadounidense que suprimía figuras que en dicha jurisdicción habían sido constantemente debatidas por las transnacionales y, sobre las que estas se habían pronunciado constantemente en contra, como lo son la indemnización de daños triples y las acciones de clase, o las órdenes de conducta como medida provisional. Se siguió tendencia de beneficiar exclusivamente las eficiencias asignativas, transaccionales y productivas dejando de lado la eficiencia distributiva.

El marco TLCAN exigía una legislación que limitara la intervención gubernamental en las decisiones empresariales y, tuviera pocas facultades discrecionales que incidieran en los procesos productivos y decisiones económicas de las empresas norteamericanas entrantes, la hasta entonces vigente Ley Sobre Atribuciones del Ejecutivo en Materia Económica era una herramienta creada en la época de sustitución de importaciones para regular las fuerzas de mercado en función de objetivos sociales. De 1993 a 1998 se vivió el auge de la desregulación, limitando al Estado a supervisar el cumplimiento de contratos privados, proveer la atención de contingencias y dar curso a inconformidades, se soslayó la importancia de la función gubernamental, para hacer la participación privada ordenada y viable, calificándose toda actividad estatal fuera de la vigilancia del cumplimiento de contratos como un intervencionismo, se creía que el mercado se regularía solo y se presionaba a los gobiernos para que se adoptara a la competencia como fin último para el cual legislar y no como medio, despojando a la actividad económica de objetivos sociales.

Las reformas no se limitaron a sacar al Estado del proceso productivo de bienes y servicios, se extrapolaron hasta intentar sacar al Estado de la regulación de la conducta de los agentes económicos privados.



Los jueces Bork<sup>10</sup> y Posner, marcaron los Lineamientos para analizar las legislaciones de países en desarrollo indicando que, estas debían tener una actitud permisiva ante las fallas de mercado y las discontinuidades distributivas, considerando que, las fallas derivadas de la no intervención del Estado en la conducta de agentes privados cuando se requiriese serían menos costosas y dañinas que la vigilancia cercana del Estado de la conducta de los agentes económicos, casos como Enron nos hacen hoy en día plantearnos la vigencia de este planteamiento.

En el caso mexicano se llegó al extremo de olvidar que, una regulación no sólo se refiere a la adopción de reglas básicas sino al proceso de hacer efectivas al menos esas pocas reglas. Las conductas se analizan desde el punto de vista de los precios a corto plazo al consumidor final y la eficiencia productiva asignativa, negando teóricamente la existencia de monopsonios apegándose al credo de Posner, quien a pesar de que en su carácter de Presidente de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito en Estados Unidos, ha enfrentado esta figura; se niega a pronunciarse sobre su existencia<sup>11</sup>, como consecuencia, el derecho mexicano tampoco contempla la figura del monopsonio, cuajando un marco jurídico a modo para grandes empresas sin que el país hubiese pasado por una efectiva etapa de incubación para la pequeña y mediana empresa, cuyo trabajo e insumos se adquiere a precio distorsionado.

México presenta un mercado oligopólico y oligopsónico con poca intervención productiva del Estado, quien sólo presta ciertos servicios fundamentales como luz, agua y petroquímica básica y, realiza la vigilancia de ciertos servicios privatizados o concesionados como la distribución de gas propano, transportes, etcétera. En cuanto al papel productivo del Estado en Estados Unidos, ni siquiera este país ha renunciado totalmente a la prestación directa de servicios a favor de la subcontratación, y ha evidenciado que, cuando se beneficia la entrada de la iniciativa privada a costa de menos regulación los resultados de la actividad económica pueden ser nocivos para la sociedad.

Para México se hizo realidad la aseveración de Stiglitz<sup>12</sup>, quien apuntaba que la parte más complicada de las privatizaciones, era hacer que los gobiernos asumieran un papel efectivo como reguladores de la conducta privada, combatiendo actos colusivos y exclusionarios, reto en el que la legislación mexicana ha fallado en la mayoría de las áreas privatizadas, ni siquiera existen pronunciamientos a nivel legislación o desarrollo de jurisprudencia, sobre la naturaleza y las implicaciones colusivas o exclusionarias de ciertas conductas.

<sup>10</sup> BORK Robert. *Vid supra* n.52

<sup>11</sup> **JTC PETROLEUM CO. Vs. PIASA MOTOR FUELS, INC.,** [190 F.3d. 775] (7º Circuito Corte de apelaciones 1999).

<sup>12</sup> STIGLITZ Joseph E. y Charlton Andrew. **Comercio justo para todos, como el comercio puede promover el desarrollo,** España, Taurus, 2007, P.36.

### 1.3 ENFOQUES EN CUANTO A LOS BIENES PRIMORDIALMENTE TUTELADOS EN LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA DE LOS TRES PAÍSES

En cuanto al objeto jurídicamente tutelado, la LFCE siguiendo textualmente a la *Sherman Act* sufre de una confusión básica, mientras el artículo 28 Constitucional párrafo 5°, determina que el objeto de la persecución de los monopolios es el bienestar social, tomando a la competencia económica como instrumento para derivar tal bienestar social, la Ley en su artículo 2° lo limita a la protección del proceso competitivo, perdiendo de vista que la libre competencia es un medio para lograr resultados deseables del mercado y no un fin en si mismo y haciendo del fin de la LFCE una tautología patente. El artículo 2° de la LFCE establece:

"Esta Ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de los monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios".

El artículo 28 concede a la persecución de monopolios, un objeto mucho más amplio como lo refleja la siguiente tesis de octubre de 1971:

**"La libertad de comercio contenida en el artículo 4° de la Constitución y la prohibición de monopolios, relacionada con esta, comprendida en el artículo 28 tiene por objeto regular el comercio en función de la sociedad en que se practica para beneficio de toda la colectividad, y no únicamente de los comerciantes en perjuicio de ella. De esta manera nuestra Máxima Ley entiende la libertad de comercio en función de la sociedad pues, autoriza que se límite en beneficio de la colectividad y, así cuando esta se pueda perjudicar con su uso indebido la misma debe restringirse hasta que cese el perjuicio, y la restricción puede realizarse no únicamente prohibiendo monopolios sino de cualquier forma<sup>13</sup>"**

Este error axiológico de la LFCE, es consecuencia directa de ser una copia de la *Sherman Act* y, el sistema que la interpreta, sin embargo las decisiones de las Cortes americanas son ambiguas y cambian conforme a la etapa industrial del país, abandonando precedentes y creando nuevos *ad hoc*, al tamaño de las nuevas empresas teniendo amplia

<sup>13</sup> "Comercio Libertad de. La Constitución autoriza su restricción en beneficio de la colectividad". Amparo en revisión 2990/56. Manuel Parsa, 13 de octubre de 1971. Unanimidad de 17 votos.

discrecionalidad respecto al principio *stare decisis*<sup>14</sup>, pudiendo cambiar el criterio caso por caso.

Esta interpretación que restringe a la ley mexicana a perseguir a las prácticas monopólicas y no en sí al monopolio tuvo su auge con Miguel de la Madrid, quien reformó el artículo 28 Constitucional cambiando su redacción y adicionando el concepto práctica monopólica, refiriendo la aplicación del derecho de la competencia económica a la conducta externa manifestada por un ente y no necesariamente a la concentración de poder económico alcanzada por el mismo. Así varios doctrinarios han planteado la pregunta sobre si la LFCE prohíbe a los monopolios o sólo los persigue cuando utilizan su poder de mercado para prácticas restrictivas, tolerando la concentración de poder económico en sí.

La respuesta parece residir en el hecho de que la concentración de poder de mercado debe atacarse desde la óptica preventiva de la legislación, desde la política de competencia y las medidas conductuales para su disgregación y las prácticas deben sancionarse como ejercicio de la actividad de procuración de justicia.

Las Cortes Americanas se pronunciaron sobre el objeto de la *Sherman Act* en el caso **Utah Pie. Vs. Continental Baking Co. (1967)**<sup>15</sup>, interpretando que, el objeto de las leyes de competencia es el proteger al proceso competitivo, y no en sí a los competidores o los consumidores, incluyendo en la definición lo definido, haciendo inteligible el objeto y despojando de objetivos sociales a la rama de competencia económica. Sin embargo, la legislación Mexicana incurre en un error doble; el considerar al igual que la Americana a la competencia no como un medio sino como un fin y al considerar como parámetro de la intensidad de dicho proceso el precio inmediato al consumidor. Aquí ambas legislaciones difieren, la estadounidense evita el doble error al señalar la Suprema Corte de Justicia Estadounidense, en el caso antes mencionado que, el beneficio del consumidor solo es un elemento colateral al proceso competitivo y no un eje o parámetro en sí<sup>16</sup>, esta visión del derecho americano resulta un eje flexible a la aplicación extraterritorial de su política de competencia el cual le permite aplicarla para proteger ciertos competidores a nivel internacional, con independencia de los efectos de su conducta sobre consumidores extranjeros o a conveniencia, para proteger a los consumidores norteamericanos.

Canadá fue mucho más acertado al esbozar el propósito de su marco jurídico de competencia económica, dejando un atisbo para permitir la intervención estatal en las fallas de mercado que pudieran lesionar a su pequeña y mediana empresa, siendo consciente de su calidad de productor de bienes semiterminados y agrícolas, centrada en empresas de mediano tamaño y consciente de ser parte de un convenio regional, donde si no se asegura la oportunidad de supervivencia a estas empresas se cae en mercados controlados por los

<sup>14</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, Et al. *Ob cit n.3* p. 387.

<sup>15</sup> *Vid supra n.51*

<sup>16</sup> FERNANDEZ De Castro, Rafael, VERA Campos Mónica y Weintraub Sidney. **TLC Los impactos laborales en sectores clave de las economías.** México, UNAM, 1993, p.117.

grandes capitales<sup>17</sup>.

Canadá, atendiendo a lo especificado en el modelo Bertrand Bellan y consciente de que su vecino comercial Estados Unidos se encontraba en una etapa de desarrollo económica distinta respecto de su derecho de la competencia, utilizó a la regulación económica como un medio de incubación para la pequeña y mediana empresa, al ser Canadá un país, que ha tenido que crear su propio mercado nacional a base de procesos desde 1879<sup>18</sup>, protegiendo su mercado por etapas de la influencia norteamericana europea y los bemoles separatistas, fomentando el consumo e interacción de las provincias a través de la sustitución de importaciones con base en aranceles comunes acordados con las provincias para el resto del mundo entonces, se inició el proceso de incubación de lo que se pretendía fuera la industria canadiense.

Debido a su historia económica nacional y en aras de no perder el fomento del auto consumo entre provincias que, desde el siglo pasado había emprendido, al momento de abrirse al libre comercio acertadamente, ubico a su derecho de la competencia dentro de las dos primeras etapas del citado modelo Bertrand, las cuales le asignan a la materia la misión de incubar el mercado para la pequeña y mediana industria, atendiendo a fines de distribución de las dotaciones iniciales de mercado, y no se lanzo de lleno a la quinta etapa donde se encuentra el derecho estadounidense que trata de un derecho enfocado a abrir mercados accesorios para las que, durante las primeras etapas fueron pequeñas y medianas empresas y ahora producto de la incubación se vuelven empresas con necesidad de colocar sus excedentes productivos en otros mercados, girando el eje de la legislación de competencia al parámetro eficiencia productiva y asignativa, paso que de realizarse sin la etapa de incubación que tiene como eje la eficiencia distributiva, perpetua concentraciones económicas y discontinuidades en los desarrollos regionales.

La legislación canadiense cuenta con una redacción más afortunada, en cuanto a técnica jurídica al enfatizar el carácter de la competencia económica como un método para de derivar otros resultados deseables del Mercado y no como un fin, fundamenta su objetivo en hacer equitativas las dotaciones iniciales de mercado, así la sección 1.1 de la *Competition Act* prescribe:

"El propósito de esta Ley, es mantener e impulsar la competencia en el Canadá, con la intención de promover la eficiencia y adaptabilidad de la economía Canadiense, con miras a expandir las oportunidades de la participación canadiense en los mercados mundiales, reconociendo al mismo tiempo el papel de la competencia extranjera en el Canadá, para asegurar que, la pequeña y la mediana empresa tengan una oportunidad equitativa de participar en la economía

<sup>17</sup> GUTIERREZ H, Teresa, et al. *Vid supra n.18*, p.447.

<sup>18</sup> DÁVALOS, Elisa. **Las relaciones económicas interprovinciales en Canadá**, México, UNAM-CISAN, 2005, p.45.

Canadiense y en orden de proveer a los consumidores con precios competitivos y variedad de opciones de compra."

Las disposiciones en la *Competition Act* sección 50(1) (a), tendientes a sancionar la discriminación no solo de precios, sino de términos comerciales, están encaminadas a proteger a los pequeños negocios en sus relaciones con suministradores o distribuidores de mayor tamaño, cuando se da este escenario de discriminación no hay necesidad de probar daño a la competencia existente ni defensas sobre justificaciones de precio que valgan, en este mismo tenor de ideas se agravan estas conductas y, no se permiten justificaciones de costos cuando se esta ante una depredación o una asignación discriminada de fondos y esfuerzos de publicidad, siempre que estas conductas se encaminen a excluir competidores del mercado o dañen a la pequeña industria. Este tipo de conducta agravada de la sección 50 del ordenamiento puede llegar a sancionarse con hasta dos años de prisión, sin embargo en los ordenamientos penales para estas conductas leves, se permite la conmutación de la pena de prisión por el pago de multas.

Estados Unidos por su parte, ya ha pasado la faceta de incubación de sus industrias nacionales y ahora centra su legislación en la búsqueda de eficiencias relativas especulativas que, buscan preservar el poder de mercado de las transnacionales americanas asignando los excedentes de producción de dichas empresas en mercados foráneos, en el caso ***Brown Shoe Co. vs. United States***<sup>19</sup>, se hace una breve descripción de la historia legislativa del derecho de la competencia estadounidense aceptando abiertamente que, en sus etapas embrionarias y de acuerdo al tamaño inicial de su industria tuvo fines proteccionistas, funcionando como incubadora de la pequeña y mediana a industria americana y bloqueando a los participantes de gran tamaño ya fueran nacionales o extranjeros, oponiéndose a fusiones que significasen un peligro a la economía americana en forma de una ola de fusiones que inhibieran el desarrollo de la economía, optando por desincentivar conductas de empresas de mayor tamaño en una etapa incipiente del mercado americano.

En México, se confunde en el concepto bienestar social con una sola de sus manifestaciones, que es el excedente del consumidor, descuidando la mejora del poder adquisitivo de la población, la asignación de recursos, la lucha contra la discontinuidad de desarrollo, la eficiencia distributiva, la existencia de opciones, la estructura de los mercados y la intensidad de competencia deseable dentro de ellos se considera que, la competencia económica ha derivado en bienestar social con la posibilidad de existencia de eficiencias relativas y tentativas derivadas de la conducta para unos cuantos individuos presentes en el mercado, sin considerar la posibilidad real de que dichas eficiencias se trasladen a la sociedad por un largo plazo, el momentáneo incremento del bienestar del consumidor no implica que existan eficiencias sociales a largo plazo, se pierde de vista que, la generación de altos montos de riqueza no siempre se traducen en altos márgenes

---

<sup>19</sup> ***BROWN SHOE CO. VS. UNITED STATES***, [370 U.S., 294,82, S.Ct. 1502,8 L. Ed. 2d, 510], (1962).

de ingreso para la población<sup>20</sup>.

Para determinar que se produce un bienestar social la Comisión se limita a sumar el excedente del productor y el excedente del consumidor derivado del incremento de volumen de operaciones realizadas en el mercado, sin embargo estos parámetros no reflejan la intensidad de la competencia ni la distribución de los ingresos obtenidos de una conducta, tampoco reflejan si el excedente del consumidor o del productor se ha obtenido a través de una operación eficiente o a costa del bienestar de otros agentes, no solo competidores, sino distribuidores, suministradores o empleados.

Limitar así el estudio de las conductas a índices macro económicos circunscribe la evaluación a la premisa de saber si generan o disminuyen el número de operaciones realizadas en un mercado de consumo final. Se utiliza el concepto bienestar social como sinónimo de precio de los bienes, si el precio no ha alcanzado un índice monopólico que reduzca el número de operaciones realizadas se presume indebidamente una competencia perfecta y un falso óptimo paretiano. Se cae en la ya mencionada y definida falacia del celofán, falacia contra la cuál nuestra Ley Federal de Competencia Económica omite pronunciarse, la Ley no contiene siquiera un parámetro para evaluar si un precio es competitivo o no, por cuanto tiempo se considera que una permanencia es determinante, ni en cuanto tiempo tendría que producirse, no existen medidas para romper precios que permanecen en zonas grises de poca reacción, y mucho menos encaminadas a medir la intensidad de la competencia en ciertos mercados.

Se despoja a la legislación de objetivos sociales, económicos y éticos limitándola al parámetro precio inmediato relativo, se nulifican los conceptos poder adquisitivo y empleo pleno. Riesgo más profundo en las legislaciones Napoleónicas donde, si la ley no contiene objetivos sociales las Cortes tienen serios problemas para derivar resultados sociales deseables de dichos ordenamientos legales sin violar la garantía de legalidad.

Consideremos los mercados de profesionistas, que son generalmente mercados de reputación cuya actividad no solo impacta en el bolsillo de quien los contrata sino en la sociedad entera y, hay una permanente preocupación por la calidad de los servicios, el beneficiar el factor precio sobre el factor calidad de los servicios es peligroso para la actividad social, piénsese en las consecuencias de beneficiar únicamente el parámetro precio sobre calidad en los servicios legales, médicos o de ingeniería, se lograría un bienestar económico temporal analizando solo una de sus facetas pero la erosión de códigos de calidad y ética en dichos mercados suponen un costo social demasiado alto, dando como resultado el sacrificio del bienestar social por el bienestar económico temporal.

En el caso de México, la Ley Federal de Competencia Económica reconoce solo dos categorías de conductas, sin pronunciarse sobre la naturaleza de las mismas practicas absolutas en el artículo 9 y, relativas en el 10; así como un apartado especial para el estudio de fusiones y la facultad del Ejecutivo de establecer tarifas máximas, sin hacer

<sup>20</sup> DÁVALOS, Elisa. *Vid supra n.141*, p.29.

mención de medidas relativas a frenar los abusos de posición dominante, prácticas que concentran el mercado artificialmente sin llegar a un poder monopolístico y haciendo indebidamente equivalentes los términos acuerdos horizontales, prácticas absolutas, práctica *per se* y monopolio, a su vez la Ley contiene pocas provisiones encaminadas a atacar la posibilidad de ejercer indebidamente poder económico, por parte de un ente dominante, volviéndose sustancialmente una legislación más permisiva, que no contempla elementos para luchar contra conductas de carácter estructural.

Así mismo, nos menciona cuales considera prácticas absolutas y relativas y señala indebidamente que solo las prácticas absolutas no producirán efectos; cuando la nulidad de un acuerdo o acto solo puede ser declarada por tribunales y dejando que las relativas produzcan consecuencias fruto de actos viciados, dando un trato poco consistente a las conductas a su vez, falla en mencionar si considera las prácticas absolutas como *per se*, o si admitirá eficiencias y las estudiara al amparo de la regla de la razón, solo utiliza textualmente en la Ley esta distinción para imponer multas más severas a las prácticas consideradas absolutas, pero no nos aclara directamente si el caso de las absolutas se consideran prácticas *per se* o analizables al amparo de alguna de las versiones de la regla de la razón, no estipula quien llevará en su caso la carga de la prueba y si son estas candidatas a un estudio económico menos exhaustivo debido a sus resultados típicamente anticompetitivos no aclara que, este tipo de prácticas no requerirán del estudio de poder de mercado entre los participantes y al no haber jurisprudencia desarrollada en este punto, se da un indebido tratamiento en ambas categorías, por lo que no puede asegurarse a ciencia cierta que en México exista un parámetro tal como el de las prácticas *per se*, como veremos en el capítulo III de la presente tesis, como resultado se erosiona seriamente el principio de certidumbre absoluta.

La legislación mexicana confía a ultranza en la teoría del equilibrio parcial, la cual atiende a un solo punto de eficiencia<sup>21</sup>, en nuestro caso la preeminencia del parámetro precio relativo al consumidor, esta teoría tiene una visión sesgada del óptimo paretiano donde se considera que una sola ganancia en la eficiencia asignativa o productiva justifica una conducta, considerándose que mediante ella se esta ante un proceso eficiente que ha maximizado el bienestar social, toda vez que no es posible modificar la situación sin afectar a otro ente, o en caso de modificarla supone que, dicho ente beneficiado y su ganancia compensarán automáticamente y sin necesidad de intervención o vigilancia, la pérdida de bienestar sufrida por la sociedad. Es decir evalúa parcialmente las eficiencias probables como suficientes para justificar una conducta y no compara su peso con la pérdida de bienestar total que acarrea la conducta.

A su vez este parámetro determina que, un elemento esencial de una práctica anticompetitiva es el incremento en numerario del excedente del productor, sin embargo y como veremos a detalle en el capítulo III el hecho que, de una conducta no se deriven ganancias monetarias para el violador no excluye la posibilidad de estar ante una práctica anticompetitiva, la LFCE no considera estas posibilidades al estar totalmente volcada en el parámetro precio, sin embargo tanto en Estados Unidos como en Canadá, ya se ha

<sup>21</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. *Op cit n.58*, p. 77.

determinado que **"el beneficio de una conducta anticompetitiva puede diferir de la ganancia en numerario o en cantidades directas de dinero"**<sup>22</sup>. En cuanto a prácticas exclusionarias, lo que se gana es el mantenimiento de un nicho de mercado, la penetración de un producto o la creación de tendencias, que no necesariamente se reflejan de manera directa en numerario, para la sociedad consiste principalmente en la pérdida de opciones aunque dicha pérdida no se traduzca de manera inmediata en precios más altos.

Para atender estas conductas que no se traducen en precio y reconociendo el mismo principio que los Estados Unidos esgrimieron en el caso **In Re Brand Name Prescription**<sup>23</sup>, Canadá utiliza la figura de abuso de posición dominante expresada en las secciones 78 y 79 de la *Competition Act* y, estas conductas no se limitan al simple ejercicio de poder de mercado caracterizado por el alza de precios o el control del abasto, Canadá no considera que estas conductas sean la manifestación *sine qua non* de un abuso del mercado, más bien identifica al abuso como una conducta que tiende a mejorar o atenuar el poder de mercado adquirido simplemente, bajo este esquema también se sancionan conductas unilaterales encaminadas a facilitar el ejercicio de dicho poder de mercado ya sea mediante la exclusión, depredación o disciplinando a competidores; respecto a esta provisión se requiere para hacer procedente la investigación, únicamente la existencia de un daño sustancial a la competencia sin atenerse al poder de mercado del infractor<sup>24</sup>, de hecho la ventaja que representa para el Buró de la Competencia el presentar un caso bajo la figura de abuso de posición dominante, en contraste con presentarlo ante las hipótesis de prácticas anticompetitivas relativas, es que no tiene que acreditarse que el agente económico bajo investigación tenga un poder sustancial de mercado por encima del 35%, basta con acreditar que este agente tiene la capacidad de sustraerse a la disciplina normal que representa la fluctuación de la oferta y la demanda o de actuar independientemente de dichas circunstancias, siendo el mercado incapaz de disciplinar o desincentivar la conducta del infractor, esta última premisa depende directamente no de la cantidad de competidores presentes o posibles en un mercado, sino de la intensidad de competencia presente en el mismo capaz de sujetar a los participantes a las leyes de la oferta y la demanda. Actualmente se estudia el poder iniciar investigaciones en materia de abuso de posición dominante respecto a conductas que, se manifiestan en denegaciones de trato, discriminación de precios, restricciones verticales de mercado, trato exclusivo y ventas atadas<sup>25</sup>

<sup>22</sup> *Idem* p.8.

<sup>23</sup> **BRAND NAME PRESCRIPTION DRUGS ANTITRUST LITIGATION, IN RE**, [123, F., 3d, 599], (7° Circuito, 1997).

<sup>24</sup> MC ALLISTER, David, **An overview of the abuse of dominance provisions of the Competition Act**, [En línea], Canadá, Buró de la Competencia, 2001, 20/09/2001, [citado 16-03-2008], Canadian Bar Association's Annual Fall Conference on Competition Law, Formato Html.

Disponible en internet:

<http://www.stratdemo.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/01165.html>

<sup>25</sup> OCDE. **Canadá: Report on Competition Law and institutions** [En línea], actualización 2004, Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 2004, [citado 02-02-2008], Estudios por país, Formato PDF.

Disponible en:

<http://www.oecd.org/dataoecd/51/17/34425393.pdf>



En un país con la desigualdad económica como la existente en México y, la concentración oligopólica del mercado, resultaría mas eficiente el uso de la teoría del equilibrio total, la cual evalúa la eficiencia a nivel global y su peso dentro del proceso económico evitando maximizar una sola fuente de eficiencia, viendo a esta última como un conjunto de situaciones imposible de mejorar sin menoscabar el conjunto de eficiencias del otro agente.

La Comisión Federal de Competencia Económica, al evaluar las posibles eficiencias contenidas en una conducta relativa o la tipificación de conductas absolutas da un excesivo peso al factor precio y, sin embargo no existe mención alguna en la LFCE sobre algún concepto de precio anticompetitivo o precio abusivo. Este sondeo de precios en lugar de sondeo de intensidad de competencia, se ve claramente en los artículos de primera necesidad y sin embargo en lugar de sancionar al que finca precios anticompetitivos en mercados de demanda inflexible, se buscan acuerdos rápidos que no desincentivan las conductas, por tanto las fijaciones de precio aún en artículos necesarios son estérilmente investigadas.

El considerar que, el bienestar es meramente, la satisfacción que los productores y consumidores obtienen con el intercambio de bienes y servicios no garantiza bienestar social, resulta altamente especulativo aplicar la teoría del equilibrio parcial al concepto bienestar social con eje en el factor precio o excedentes; sobre todo en mercados de demanda inflexible, con consumidores diferenciados que, se caracterizan por presentar asimetría de la información hay que considerar que, muchas veces el productor con poder de mercado mantiene el precio en la zona gris, es decir precios por encima de un valor competitivo pero por debajo del máximo que estarían sus consumidores dispuestos a pagar por el bien antes de sustituirlo, no rompiendo con el tope monopólico del precio industrial, pero provocando también que los precios finales del producto sean anticompetitivos, por estas razones además del precio habría que estudiar otros parámetros como la estructura de un mercado, para ver si un precio calificado inicialmente como no monopólico realmente significa alguna eficiencia y, el peso real de esa eficiencia a nivel global, para entonces declarar que dicha eficiencia promueve el bienestar social.

La teoría del equilibrio parcial atiende a un solo punto de eficiencia, es decir basta un nivel de producción óptimo, una mejora en la asignación de productos o servicios a los consumidores, para considerar que se esta ante un proceso económicamente eficiente y que el bienestar social ha adquirido su nivel máximo. Esta teoría vino a desplazar la del equilibrio general o total, la cual atendía a multiplicad de puntos de eficiencia, se tomaba la eficiencia a nivel global por los resultados derivados de la competencia, se evaluaban los resultados bajo el estándar paretiano como un conjunto de beneficios que no se puede mejorar sin empeorar el conjunto de beneficios globales de otro agente. En contraste la legislación Mexicana aplica la teoría del equilibrio parcial junto con el Teorema de Coase<sup>26</sup>, el cual planteaba que la eficiencia transaccional por si sola llevaría a la eficiencia

<sup>26</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. *Op cit. n.58*, pp. 17, 18.

productiva, descalificando la posibilidad de fallas de mercado, este teorema se enuncia de la siguiente manera:

"En ausencia de costos de transacción, la operación del mercado lleva a negociaciones entre los agentes económicos involucrados con el resultado de eliminar externalidades y por tanto se restablece el nivel óptimo de eficiencia económica<sup>27</sup>"

La aplicación a ultranza a nivel legislativo, de las teorías del equilibrio parcial y el teorema de Coase a través de la desregulación; dieron como resultado fáctico la separación teórica de la materia competencia económica del concepto eficiencia distributiva. Las preguntas ¿que conducta promueve más la eficiencia distributiva como un parámetro del bienestar social y a que costos?, y la abolición de discontinuidades de desarrollo como resultado deseable del proceso competitivo no tienen cabida bajo dicho modelo.

Desplazando en la evaluación de las conductas los elementos estructurales como instrumentos de diseño de mercados, se dificulta la posibilidad de concurrencia que rompa colusiones; al no haber redistribución de la riqueza hay menos pequeñas industrias, no se evalúa si los beneficios resultantes de economías de escala se trasladan por tiempo significativo y constante a los consumidores o solo reditúan en bienestar de los accionistas, al salir activos productivos del mercado pertenecientes a la pequeña y mediana empresa se concentra el poder de mercado, esta concentración contribuye a la desigualdad en las dotaciones iniciales haciendo más difícil romper colusiones, se concentran los recursos y la producción en pocos agentes y baja la demanda de mano de obra así como su costo al haber exceso de oferta, al haber exceso de mano de obra sin ocupar, disminuyen los ingresos y disminuye el poder de consumo. Los productores concentrados presentes en el mercado asumen el papel de organizadores del proceso productivo marcando tendencia sobre los recursos sociales y materiales.

Resulta preocupante la ausencia en la legislación mexicana de conceptos como; agentes económicos de factores y mercados de factores que en general suelen distinguir a los proveedores de insumos y materias primas, a los cuales tampoco se les confiere interés jurídico ni personalidad jurídica al amparo de la LFCE, dejándolos en incertidumbre jurídica sobre si pueden considerarse entes afectados ante ciertas prácticas realizadas en etapas o mercados distintos a los suyos, pero que tienen repercusiones indirectamente en su actividad industrial, tal como sería la depredación de otro agente económico situado en otro escaño de la cadena productiva que, al desaparecer significa un cliente importante menos al cual venderle materias primas, o conductas exclusionarias que al cerrar el mercado concentran el poder de compra en pocas empresas creando monopsonios y oligopsonios, los cuales como veremos más adelante también se encuentran en una zona gris, en la inexistencia jurídica.

---

<sup>27</sup> *Idem.*

En este mismo mal entendido se señalan como logros inequívocos de la competencia desreglada indicadores macroeconómicos como el control del gasto público y la inflación, sin embargo estos factores generalmente son resultado de políticas de estabilización de cambio y ahorro, no necesariamente de la existencia de mercados de competencia intensiva.

Aún organizaciones pro mercado como la OCDE, cuestionan la ausencia de disposiciones relativas a equidad en las dotaciones iniciales del mercado mexicano y, la omisión de políticas de competencia leal que protejan los intereses de pequeñas y medianas industrias de conductas anticompetitivas<sup>28</sup>. La Comisión argumenta que, estas disposiciones no son viables ya que la LFCE protege al proceso competitivo y no a competidores, ya evidenciamos lo equívoca de esta apreciación, además la Ley no contiene concepto o parámetro alguno para determinar cuando se esta ante un proceso lo suficientemente competitivo, ni que se considera un mercado eficiente o de competencia intensiva, que se considerará una ganancia en eficiencia significativa, etc., omisión de origen ya que estos parámetros ni siquiera se discutieron en la aprobación de la Ley en noviembre de 1992, durante los primeros años de la ley, esta se aplicó contra pequeñas y medianas empresas<sup>29</sup> acusadas de colusión, generalmente al amparo de acuerdos propiciados por sus cámaras empresariales; entonces había un desconocimiento de la Ley dado el poco trabajo realizado en materia de promoción de la competencia.

La misma Ley dejó muchas cuestiones por resolver a su Reglamento el cual se publicó hasta 1998; dejaba a este la evaluación de eficiencias, no se tenían las herramientas adecuadas para evaluar si la conducta conjunta de varias pequeñas empresas se justificaba a la luz de alguna eficiencia o de la derivación de resultados deseables como la incubación de empresas, este último criterio se aplicó en los casos Topco, Apalachian Coals y Chicago Board de Estados Unidos, donde debido a la época y naturaleza de las industrias, estas enfrentaron una regla de la razón favorecedora en relación a su tamaño cuyos efectos son comparables a una acción afirmativa a favor de las pequeñas y medianas industrias.

Las investigaciones anteriores a la existencia del Reglamento, sufrieron gran incertidumbre jurídica. La Comisión Juez y parte no contaba con los elementos para evaluar debidamente el poder de mercado, tampoco existía la disposición sobre determinación de mercado relevante para el caso de conductas consideradas relativas así que la resolución fue discrecional y jurídicamente ambigua, para las pequeñas y medianas industrias nacionales no hubo eficiencia evaluada a su favor, y frecuentemente su actuación fue categorizada como conducta absoluta sin el beneficio de la aplicación de la teoría de la restricción accesoria o de algún tipo de regla de la razón adaptada.

Se denota la influencia totalitaria de doctrinarios como el Juez Bork y el Juez Posner,

<sup>28</sup> OCDE. **Las Políticas y la Ley de competencia económica en México, examen interpartes.**, [En línea], 2003, Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo/ Banco Interamericano para el Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 2003, [citado 15-01-2008], p.13, Formato PDF. Disponible en:

<sup>29</sup> *Idem*, p.23.

autores del uso del concepto competencia económica como fin más que como medio y, quienes satanizaban cualquier legislación que tuviese como objeto indirecto la protección de algún tipo de participante y, sin embargo hacían eje de la legislación un efecto lateral de un mercado competitivo, el precio bajo que se traduce en beneficio momentáneo para el consumidor, llegando al extremo de desconocer algunas prácticas exclusionarias como las exclusividades, depredaciones y boicots o colusivas verticales como el monopsonio cuando estas no se traducen en precios a la alza evidentes.

De manera contradictoria, Posner acepta que a nivel sectorial ciertas empresas del mercado americano se beneficien de barreras legislativas para mantener mercados cerrados y favorecer su incubación y crecimiento<sup>30</sup>. Bajo estas teorías se asume que, es menos costosa económicamente la desaparición de pequeñas empresas que la aplicación de una legislación económica matizada con propósitos sociales que dificulten el logro de objetivos puramente económicos, o bien hacer prevalecer la multiplicidad de oferentes y productores sobre algunas eficiencias distributivas, inovativas y asignativas que se asocian como resultado teóricamente directo del libre actuar de las fuerzas de mercado.

Se pierde de vista el enfoque histórico, durante décadas anteriores a los 70's Estados Unidos aplicaba la ley de competencia a la protección de sus pequeñas y medianas industrias como una especie de incubadora encaminada a propiciar su crecimiento, se dio una acción afirmativa encaminada a equilibrar las desigualdades entre empresas y las dotaciones iniciales en las industrias hasta que las empresas tomaran tamaños adecuados para competir internacionalmente beneficiándose del proteccionismo<sup>31</sup>. Así hoy en día con mayoría de empresas de gran tamaño y el pastel rebanado, se beneficia la eficiencia transnacional (desregulación) sobre la protección de algunos intereses (por ejemplo se levanta la obligación del encaje legal a los bancos, dejando endeble su capitalización y dar carta abierta a su contratación de riesgos), se privilegia el cumplimiento del derecho privado sobre el orden público y, al sacar participantes a partir de la teoría de la contestabilidad o destrucción creativa se limita el número de transacciones que realizan los mercados de factores condenándolos a su integración o desaparición, integración que de darse, puede significar en un cierre en alguno de los mercados, tanto por que se puede traducir en la obligación para nuevos entrantes de competir en dos mercados simultáneamente en lugar de uno, como en la esterilidad de entrada al mercado más primitivo relacionado al limitarse el número de compradores de insumos o bienes y

<sup>30</sup> POSNER Richard. *Vid Supra n.15*, p.19.

<sup>31</sup> **City of Richmond vs. J.A. Croson Co.** (1989). Este caso sirve como ejemplo para evidenciar la acción afirmativa del Estado Norteamericano para equiparar dotaciones iniciales de mercado, estudiado por las cortes y resuelto como el reconocimiento de una acción afirmativa para propiciar igualdad sienta el precedente de una ordenanza sostenida como legal aún con sus efectos anticompetitivos promulgada por la ciudad de Richmond en 1989, mediante la cual se exigía a los contratistas generales en proyectos de construcción un requisito de desempeño consistente el reservar al menos un 30% del valor de subcontratación a empresas propiedad de minorías, aquí se benefició la equidad en las dotaciones iniciales de mercados obre posibles eficiencias productivas y asignativas sacrificándola a un valor social de largo plazo y al interés público. Véase también *National Collegiate Athletic Association vs Board of Regents of the University of Oklahoma*

servicios semi terminados.

En Estados Unidos se ha dado tal preeminencia al derecho contractual sobre el derecho antimonopolio en cuanto a cláusulas convencionales que restringen la competencia sin impactar directamente en precios que, hoy en día muchas conductas de efecto excluyentes derivadas de cláusulas contenidas en contratos entre agentes relacionados o suministradores, productores y distribuidores, son más bien sometidas al arbitraje comercial que al estudio de los Tribunales, limitando su estudio al daño causado entre las partes y al incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, y no repara en el daño que dicho contrato significa a la competencia económica, en la reducción de opciones debido a la proliferación de dichas cláusulas de exclusividad contractuales, no se estudia que el cumplimiento de dichas relaciones contractuales imponen a la sociedad un costo económico social acumulativo ante la desaparición de opciones y, la limitante en la libertad de la actividad comercial y su contenido, el daño al proceso económico pasa a segundo plano y se evalúan dichas cláusulas especialmente de exclusividad atendiendo únicamente al marco de obligaciones y derechos otorgados entre particulares y sus efectos sobre ellos, aunque los efectos del contrato sobrepasen la esfera de estos últimos, erosionando el carácter de derecho público de la material en tal país.

Los efectos de exclusividades y restricciones a la competencia no pueden evaluarse solamente bajo la luz de los derechos y obligaciones otorgados por las partes contratantes y dejar de lado el efecto de estas cláusulas en el comercio de ciertas ramas industriales ya que de proliferar estas cláusulas, en contratos privados pueden provocar atrincheramiento del poder de mercado, así como estancamiento y estrangulamiento de opciones en el mismo ya sea dificultando el acceso a materias primas o, a distribuidores ideales del producto, este punto lo veremos con mayor profundidad en el siguiente capítulo de la presente tesis.

Cuando se presume la existencia de competencia perfecta, usando solamente el parámetro precio al consumidor final, se pierde de vista el parámetro de poder adquisitivo y la capacidad del proceso económico de generar dicho poder adquisitivo, se limita al consumidor al papel de un tomador de precios, sin importar si estos precios son competitivos, se pierde de vista la posibilidad de provocar ineficiencia asignativa en oportunidades, se limita el concepto oferta a su concepción en numerario, al estancarse el poder adquisitivo de los consumidores, los productores se ven poco interesados en mejorar productos o entrar en nuevos mercados ante una demanda deprimida; se pierde de vista el concepto excedente de los mercados de factores, descalificando la posibilidad de perseguir monopsonios. El enfoque moderno de competencia perfecta eje piramidal de la legislación mexicana, parte de la premisa de que:

"En el mercado ningún demandante u oferente de bienes o servicios tiene la capacidad de influir de manera significativa sobre los precios<sup>32</sup>"

<sup>32</sup> PÉREZNIETO, Leonel. *Op cit n.50*. p 67

Más grave aún, resulta cuando en un sistema jurídico económico como el mexicano, se evalúa la eficacia de una Ley sobre el parámetro económico del excedente de mercado que propicia, midiendo y calificando una reforma legislativa únicamente por el impacto en el excedente del consumidor que refleja, sumando o manteniendo un excedente para los productores, más el del gobierno, este excedente del gobierno se mide como el impacto sobre los impuestos y los subsidios<sup>33</sup>. El parámetro resulta engañoso ya que, se evalúa la legislación por su costo en la conducta del regulado y no por la manera en que delimita dicha conducta, además se comete el error al evaluar el costo de la legislación, de dar el mismo valor a un peso de ganancia del productor que a un peso de "ahorro" del consumidor, en legislaciones que no contemplan la importancia del parámetro poder adquisitivo, ni inflación, impuestos y subsidios, en el caso de mercados un peso de ganancia de un productor no significa un peso menos de subsidio del gobierno como se debiera, una medida tan ambigua no puede reflejar si se ha efectuado alguna aportación trascendente al bienestar económico de la sociedad.

Resulta engañoso que se pretenda medir la efectividad de una ley por su efecto económico a corto plazo, y no por el grado de orden, desarrollo, o evolución que promueve en la vida social, a través de desincentivar conductas económicas contraproducentes al bienestar social, se pierde de vista que la mera implantación de reformas no es la finalidad de los procesos ni instaura mágicamente la competencia intensiva en los mercados.

El desarrollo económico de las sociedades, depende en gran medida del tipo y la aplicación de la regulación del mercado adoptada y, de los pilares socio-económicos de esta regulación, el mercado como institución social tiene grandes fallas y sin reglas es una institución inviable, de no existir marco jurídico para la evaluación tanto interna como externa del quehacer económico de los agentes económicos, no habría directrices para actuar en caso de fallas de mercado, dejando el manejo de estas a las concentraciones de poder preexistentes a la falla. En conclusión el mercado como medio para derivar bienestar social es inexistente sin la interacción con un gobierno activo y capaz en la materia, un gobierno excesivamente permisivo lleva a los entes económicos a su auto depredación

La eficaz regulación de los mercados no implica la multiplicación de trámites, sino la aplicación eficaz de las reglas básicas para producir efectos sociales deseables de la dinámica del mercado, la adaptabilidad de las reglas a las cambiantes conductas empresariales, el estudio de fondo de los mercados, el reconocimiento de situaciones estructurales y la evaluación de la efectividad de la legislación como herramienta que preserve el orden, la institucionalidad y la libertad en la actividad económica de la sociedad a través de la efectiva sanción de prácticas nocivas y de la aplicación de remedios eficaces a situaciones potencialmente anómalas del mercado aunque no lleguen a ser ilícitas, utilizar con eficacia al Estado como diseñador de condiciones mínimas de mercado y de mercados, así como sacarlo de su papel minimalista de mero vigilante y administrador de justicia en las relaciones entre particulares, son acciones necesarias para derivar bienestar social del flujo de libre mercado.

---

<sup>33</sup> Comisión Federal de Competencia económica, *vid supra* n.58., p.56.

La CFCE frecuentemente dicta resoluciones que evidencian su intención de intervenir lo menos posible con los derechos privados de las partes, favoreciendo el derecho contractual sobre el interés público. Al favorecer desmedidamente el derecho contractual en las relaciones de competencia, se olvidan de que muchas formas de derecho contractual, como las prohibiciones de tratar con competidores, requerir niveles mínimos de compra y venta, compensaciones no lineales, exclusividades, acuerdos de estabilización de precio, premios de desempeño, tienen efectos latentes adversos a la competencia y, cuando estas figuras se favorecen bajo el argumento de eficiencias pasajeras, se favorece su proliferación, creando un bloque de mercados en base a contratos privados con restricciones accesorias tan proliferantes que, la restricción se vuelve el objeto de la conducta en sí y una tendencia en la forma de comercialización de la rama industrial.

En cuanto a la LFCE y la Comisión, como diseñadores de mercado cabe recordar que, las nuevas legislaciones de competencia del tercer mundo, se estructuraron pensando que los mercados libres y desreglados serían el instrumento más poderoso de la sociedad y el Estado para impulsar la democracia. Esta óptica y su respectiva falla resulta evidente el área de privatizaciones, específicamente la mala regulación que ha tenido el Estado Mexicano al privatizar sobre los mercados de redes; al privatizar las empresas no se garantizó su acceso en tiempo a las redes necesarias en industrias como los transportes, servicios bancarios, telecomunicaciones etcétera, la pésima regulación sobre acceso a redes resultó lo suficientemente ambigua, inaplicable y tardía como para garantizar el paso de un monopolio público a la figura aún más temible el monopolio privado; la poca regulación en la materia que quedó firme después de superar las presiones de los grandes capitales ha resultado inaplicable, ya sea por su ambigüedad o por que es rebatida ante los tribunales.

Nuestro país se dedicó a privatizar sin verificar la estructura de los mercados, sin diseñar normas que permitieran la competencia efectiva, a través del acceso a redes. Estos mercados se caracterizan por sus grandes externalidades de estructura, dependen de una sola infraestructura que beneficie a todos y de la que no pueden prescindir sin hacerse inoperantes, el mercado sin regulación oportuna y dejado a su libre acción siempre producirá condiciones de acceso deficiente a las redes en detrimento de los nuevos entrantes, por tanto son mercados en los que el Estado debe establecer reglas y parámetros claros de operación

La legislación mexicana presenta pocas disposiciones tendientes a resolver fallas de mercado, entendidas como situaciones en las que el mercado libre no produce los resultados de eficiencia esperados, y que requieren la intervención estatal para corregir la conducta.

Esta debilidad se atribuye especialmente a la falta de disposiciones relativas, al abuso de poder de mercado que en legislaciones vecinas permiten atacar los monopolios y oligopolios estructurales, es decir mediante estas medidas se pueden investigar las concentraciones de poder que se dan en una industria, sin que necesariamente el

comportamiento de la empresa configure una de las hipótesis de conducta monopólica pero cuya inercia provoca resultados indeseables para el proceso competitivo.

Ante estas lagunas y, en un sistema estricto como el civilista la actividad estatal en materia de competencia se ve limitada legalmente a atacar aquellas conductas tipificadas, cuya ilicitud pueda ser probada más allá de dudas razonables, dejando de lado la conducta estructural de los mercados que, no obstante no ser ilícita produce resultados indeseables a largo plazo; dicha concentración de poder puede derivar de condiciones naturales de la industrias, malas privatizaciones, poca vigilancia de los mercados o la obtención de ciertas ventajas por determinados, así de como la estipulación de la competencia económica como un bien jurídicamente tutelado y no como un medio para derivar objetivos sociales, como resultado se sobrevaloraron eficiencias especulativas frente al bienestar social.

#### **1.4. PRINCIPIOS DE JURISDICCIÓN Y APLICACIÓN DE LAS LEYES USADAS EN CADA PAÍS PARA PERSEGUIR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS.**

El carácter Federal de la materia de competencia Económica en México deriva de la fracción V, del artículo 117 Constitucional, del artículo 73 fracción IX y X, esta última faculta exclusivamente al Congreso para regular el comercio como actividad general independientemente de su calidad interestatal o intra estatal, concediendo solamente facultades extraordinarias para el Ejecutivo Federal. A su vez el carácter federal de la LFCE a la luz del artículo 133 Constitucional da prelación a esta sobre las Constituciones estatales

Al reservar la materia a la esfera Federal se buscó evitar los cortes al comercio interestatal por motivo de discrepancias en la existencia de leyes locales, más no se pretendía hacer nugatoria como hasta hoy día es, la participación de los Estados en la materia. Aunque la LFCE esta por encima de cualquier disposición local que la contraviniese su letra, tal contradicción tendría que ser resuelta por los tribunales a través de la acción de inconstitucionalidad.

La LFCE es disposición reglamentaria del artículo 28 Constitucional, disposición que faculta al Estado a nivel Constitucional para el combate de monopolios y la fijación de precios máximos en el caso de artículos y servicios de primera necesidad; este precepto prohíbe la existencia de monopolios llanamente, independientemente de la manera en que se haya alcanzado tal concentración de poder o la ilicitud de la conducta que este despliegue, mucho menos se sujeta la prohibición a la justicia o injusticia de los precios que un monopolio carga al consumidor. La naturaleza reglamentaria de la Ley se confirma en el artículo 1º, en dicha ley se debieran consignar los mecanismos necesarios para garantizar la libre competencia y concurrencia con disposiciones detalladas y no limitadas a sancionar el monopolio de facto, su manifestación bajo la única modalidad de precios excesivos y escasez, siendo sobre todo una herramienta para proteger los derechos económicos fundamentales para el desarrollo social, la tutela deficiente de estos derechos se traduce en la imposibilidad de una vida democrática ya que, en una sociedad sin viabilidad económica no existe incentivo para evolucionar.



La garantía de libre concurrencia en México esta vista como garantía social y económica protegida por los artículos 5° y 28 Constitucionales; a través de la prohibición del monopolio, se contiene la obligación a contrario sensu de competir, el Constituyente de 1917 prohibió los monopolios tanto por sus evidentes efectos adversos a la libertad de comercio industria y **contratación**, como por el peligro que representan sobre bienes requeridos por la colectividad para su desarrollo<sup>34</sup>.

El mencionado artículo 5° constitucional, contempla la libertad de concurrencia y de trabajo, busca garantizar la oportunidad de cada hombre de concurrir a la actividad económica mediante su esfuerzo, estimulando así el progreso económico, su vez engloba una garantía de igualdad al asegurar a cada sujeto la posibilidad de concurrir, el ilustre Juventino Castro al respecto opinaba:

"La libre concurrencia es el efecto natural de la libertad de trabajo, puesto que esta estriba en la potestad que todo hombre tiene para dedicarse a la ocupación lícita que más le agrada. Coloca a todo sujeto en la situación de poder desempeñar la misma función que otro u otros. Si se vetara la libre concurrencia en el sentido de prohibir a una persona que asumiese una actividad económica, ejecutado por un grupo privilegiado se haría nugatoria la libertad de trabajo, debido a que se impediría que esta se desplegara por aquellas personas que no tuvieran prerrogativas exclusivistas."<sup>35</sup>

En México un 62% de los sujetos que se han visto envueltos en alguna controversia en materia de competencia económica, perciben que no se respeta esta garantía de igualdad ante la Ley, consideran que tanto en la creación de leyes de la materia como en la aplicación del marco normativo, existe una fuerte influencia política de poderes económicos sobre los reguladores, resultando evidente la influencia de grandes empresas sobre el regulador a la hora de crear y aplicar leyes en materia económica<sup>36</sup>.

En su carácter de garantías constitucionales obligan no a los particulares sino al Estado y a sus autoridades a encaminar esfuerzos para su preservación y vigilancia, constituyen el mandato al gobierno de favorecer las libertades anteriormente mencionadas obligando a este a dictar y ejecutar las medidas necesarias para asegurar tanto la libre concurrencia

<sup>34</sup> SÁNCHEZ CORDERO, De García Villegas Olga. **La libertad competencial como garantía. Algunos apuntes sobre la libertad económica, el Estado y el bienestar social.** [En línea], México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001, [citado 07/03/08], Formato PDF, Disponible en:

<http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Public/LA%20LIBERTAD%20COMPETENCIAL%20COMO%20GARANT%C3%8DA.pdf>

<sup>35</sup> CASTRO V. Juventino. **Lecciones de Garantías y amparo.** México, Porrúa, 2004, 13a ed., p.43.

<sup>36</sup> OCDE. *Vid supra*, n.151, p.66.

como la libre competencia. Al trastocar garantías individuales en el derecho mexicano, la materia de competencia económica se convierte en materia de interés público y se reconoce que su vigilancia abarca más allá de la revisión de derechos privados.

En el caso de los Estados Unidos, la regulación del comercio también esta otorgada al Congreso Federal, sin embargo es Federal solo respecto al comercio inter estatal e internacional, dejando a los Estados la regulación de las conductas comerciales que tienen efectos dentro de su territorio, como lo expresa el artículo I en la sección 8 cláusula 3 de su Constitución.

La amplitud de esta facultad y su aplicación al comercio exterior dependieron de la interpretación judicial que a la misma se dio en el caso **Gibbons vs. Ogden**<sup>37</sup> de 1824, donde el Ministro Marshall Presidente de la Suprema Corte estableció que, la facultad de regular el comercio para el congreso se integraba por tres elementos; el primero se refería al significado y contenido de la actividad comercio, para Marshall el comercio implicaba no solo el tráfico, sino toda relación mercantil entre naciones y segmentos de naciones en todas sus variables, el segundo elemento se refería a la aplicación especial de las facultades para regular el comercio y estableció que, el comercio entre los estados de la unión o entre las naciones no podía detenerse en la línea fronteriza externa de cada uno, sino que se introducía en el territorio, se establecía que la total ocurrencia de una actividad al interior de una región estaba determinada más por sus efectos que por su presencia física, sentando así la base para la aplicación extraterritorial y preventiva, de las leyes estadounidenses ya que esta interpretación permitiría al Congreso monitorear el comercio ejercido entre estados y naciones sin necesidad de presencia física en sí, siempre que derivase efectos en el comercio interestatal o en los intereses de los Estados Unidos, aunque la actividad se desarrollara por entero dentro de las fronteras de otro Estado, sería facultad congresional y federal si afectaba el comercio en perjuicio de la Unión, el tercer elemento a definir fue el de reglamentar; facultad sobre la cual Marshall se pronunció declarándola una facultad completa en sí, y sin limitantes mayores que, las prescritas en la Constitución. En este caso la Corte sentó el precedente con el cual concluía que el Congreso podía reglamentar actividades comerciales con efectos en la Unión aún cuando esta se realizara fuera de las fronteras nacionales.

En algunas decisiones evidentemente equívocas y que no han logrado erosionar los principios esgrimidos por Marshall, durante el New Deal y, en el caso E.C. Knight se fomentó en un principio el gigantismo de ciertas industrias monopólicas como la mencionada American Sugar Refining la cual se benefició de la resolución del caso **United States vs E.C. Knight**<sup>38</sup>, donde erróneamente y en una decisión temporal que hoy ya no tiene cabida, la Corte implicó que el comercio era únicamente tráfico, concluía que el comercio era únicamente la actividad posterior a la manufactura por tanto mientras la American Sugar no desplazara su producción de un estado a otro para venderla, no se daba el acto comercial federal limitándose a ser un monopolio industrial regional y que la *Sherman Act* solo era aplicable a los monopolios comerciales que dañasen el comercio inter estatal y no a los susodichos monopolios industriales con efectos intraestatales.

<sup>37</sup> FEINMAN. *Vid supra n.13*, p.35.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p.36.

Cuando los "monopolios regionales industriales", hundieron en la depresión a los Estados Unidos, el pensamiento de Roosevelt y su New Deal propició el abandono de esta óptica sesgada de la actividad comercial y refrendó la facultad Congressional de regular los actos comerciales en los términos del Juez Marshall esto es, más allá de fronteras y presencias físicas y del elemento tráfico<sup>39</sup>, decisión última que forma la base para la aplicación de jurisdicción extraterritorial que realiza Estados Unidos hasta nuestros días de su legislación *antitrust* al amparo de la teoría de los efectos. Hoy en día, Estados Unidos sigue penalizando gravemente la conducta y prácticas de entes empresariales que tal vez no se gestaron dentro de su territorio pero tienen efectos en la actividad comercial de la Unión, tal es el caso del cártel de ácido cítrico, vitaminas y ADM<sup>40</sup>, cuya conducta no se orquestó directamente en el mercado americano, sino en otros países para intentar escapar de jurisdicciones de estricta aplicación de derecho de la competencia, sin embargo al tener dichas conductas efectos en el mercado estadounidense aunque las empresas no tuvieran presencia física en él se impusieron sendas multas y se siguieron procedimientos penales. Esta aplicación resulta contrastante con México donde se evitó sancionar a empresas que orquestaron el cartel en nuestro territorio, argumentando que algunas no tenían presencia física nuestro mercado.

Esta aplicación extraterritorial y apegada a la teoría de la jurisdicción por los efectos en el derecho norteamericano se vería refrendada en el caso **Timber Lane Lumber Co. vs United States of America.**<sup>41</sup> Este caso marcó parámetros vitales respecto a la aplicación de las leyes antitrust americanas a actividades de los agentes económicos en otros países e incluye también puntos relacionados con las actuaciones de servidores de gobiernos extranjeros.

La litis se centraba en una conspiración por el Banco de América para impedir que Timber Lane a través de sus subsidiarias en Honduras prensara madera y la exportara a los Estados Unidos, tratando de mantener el control de la exportación de madera hondureña en las manos de agentes económicos financiados y controlados por el Banco.

Según Timberlane el intento y el resultado de la conspiración interfería con el comercio de los Estados Unidos y Puerto Rico, al obstaculizar para el demandante la venta o disposición de madera, se interfería con el comercio exterior de la Unión. El caso fue tratado en primera instancia a la luz de la teoría de los actos de Estado la cual determina que no podrían examinarse actos realizados en atención al mandato dictado por otros Estados soberanos, a la luz de esta teoría no existía posibilidad de ejercer jurisdicción, en principio los actos que conformaban la conspiración fueron varios desde negación de liberaciones de hipoteca hasta el traspaso de deudas de Timber a sus competidores. Dichos competidores, empezaron una litigiosidad constante que afectó la operación de la

<sup>39</sup> *Idem*

<sup>40</sup> **UNITED STATES VS. ANDREAS.**, [216. f 3D.645] Corte de Federal de Apelaciones del 7° Circuito, (2000).

<sup>41</sup> **TIMBER LANE LUMBER CO. VS. UNITED STATES OF AMERICA.**, [549 , F2d, 597] (9° Circuito, 1976).

empresa, dichos litigios comenzaron con sendos embargos (los actos de Estado) sobre los activos de la Timber, además de campañas de desprestigio contra la empresa y sus funcionarios. Aparte del punto de jurisdicción; este caso resulta relevante ya que el perjuicio sufrido por la Timber Lane se evaluó en primera instancia como resultante de actos de Estado supuestamente concertados con los competidores de la empresa, de ahí que, en un principio la defensa hiciera viable la aplicación de la doctrina de los actos de Estado, al amparo de esta teoría los actos no resultarían revisables en las cortes americanas.

En la apelación del asunto se dio un cambio a la teoría de los actos de Estado; esta sería aplicable solamente dependiendo del impacto que la revisión de ciertos actos colaterales de un Estado, pudieran tener en las relaciones internacionales de los Estados Unidos de América<sup>42</sup>, si el efecto en las relaciones era menor al daño comercial no se justificaba aplicar la teoría de los actos de Estado, ni desechar las acciones en base al principio de inconveniencia de foro y se empezaba el estudio mediante los efectos de dichos actos en los intereses de EE.UU., siendo posible aplicar extraterritorialmente la *Sherman Act* sobre dichos actos. En atención a los argumentos anteriores, se dejó sin efectos el desechamiento y se reconoció la acción de Timberlake, por tanto el caso fue reenviado a la Corte Distrital para una nueva sentencia de conformidad con lo dictado por la Corte de Apelación.

Anteriormente había empezado a debilitarse la doctrina de los actos de Estado como barrera al ejercicio extraterritorial de jurisdicción en las cortes americanas, debido a las expropiaciones en Cuba, actos de gobierno que las cortes Estadounidenses se negarían a reconocer como actos de un Estado soberano. La preeminencia de la doctrina de los efectos para ejercer jurisdicción sobre la doctrina de los actos de Estado aún tratándose de conductas de entes gubernamentales, la sufrió también respecto a derecho de la competencia económica Canadá, al aducido esta doctrina para defender los actos de un ente gubernamental formado por el gobierno Canadiense para la compra de vanadio el cual al parecer se alió con un productor americano para excluir del negocio a otro competidor americano.<sup>43</sup> Al ente gubernamental canadiense se le negó el trato bajo la doctrina de los actos de Estado, aplicándose la teoría de los efectos y extraterritorialmente la Ley. En el capítulo VI, abordaremos la problemática contraria de cuando una conducta desplegada en su totalidad por un agente económico es resultado de un acto de Estado y el tratamiento que diversas jurisdicciones han dado a este punto. Basta decir que, la amplia discrecionalidad de la Corte al aplicar la teoría de los efectos a actos de Estado y la aplicación de la doctrina de los actos de Estado a algunas conductas desplegadas por agentes económicos en cumplimiento a ciertas normas, desencadena una alarmante incertidumbre jurídica al conjuntar para su evaluación efectos políticos y económicos y no establecer una obligación de interpretación clara y consistente, debilitando los límites jurisdiccionales a discreción.

<sup>42</sup> **BANCO NACIONAL DE CUBA VS. SABBATTINO**, [376 U.S. 398], (1964).

<sup>43</sup> **CONTINENTAL ORE CO. VS. UNION CARBIDE & CARBON CORP.**, [370 US. 690,8.Ct. 1404,8 ,L.Ed.2d],(1962).

México también ha sufrido la aplicación extraterritorial de la *Sherman Act*, un ejemplo fue el caso United States vs. Sissal Sales Corp.<sup>44</sup>.

En cuanto a conducta anticompetitiva realizada fuera de los Estados Unidos y estudiada por sus Cortes bajo la teoría de los efectos, es muy poco común que una Corte estadounidense declare no tener jurisdicción en la materia, el desechamiento de la acción extraterritorial es también poco frecuente. La base de la aplicación extraterritorial de la *Sherman Act* suele identificarse con las Secciones 1 y 2 del ordenamiento el cual solo requiere la concertación de voluntades para llevar a cabo una conducta anticompetitiva o los actos unilaterales tendientes a este fin, sin importar donde se materialicen dichos actos. Además la Sección 2 condena todo intento de monopolizar el comercio entre los Estados o entre las naciones. El requisito primordial para esta aplicación es que, la conducta implique algún efecto real o factible sobre el comercio de Estados Unidos. Ya en el caso Alcoa el Juez Hand reclamaba la posibilidad de la aplicación extraterritorial de las leyes antitrust al amparo de la teoría de la jurisdicción territorial objetiva por los efectos al declarar:

“Es de sabido derecho que cualquier estado puede fincar responsabilidades, aún sobre personas que no se encuentran dentro de su circunscripción, por conductas ocurridas fuera de sus fronteras que acarrear consecuencias dentro del Estado que busca la jurisdicción, y dichas responsabilidades son comúnmente reconocidas por los demás Estados<sup>45</sup>”

Esta aplicación extraterritorial de las leyes antimonopolio Estadounidenses, ha sido interpretada por otros países como contraria al derecho internacional, al *comity*, y aunque la existencia de efectos en los intereses estadounidenses satisfacen el prerrequisito para que se aplique extraterritorialmente su ley, a decir de sus Cortes nada impide que dicha jurisdicción pueda basarse también en otras consideraciones, más subjetivas que efectos físicos en el territorio como lo serían efectos en la actividad comercial de los Estados Unidos o en sus intereses, traspolando el principio de jurisdicción por los efectos al principio de jurisdicción extraterritorial preventiva, como estudiaremos en capítulos posteriores de la presente tesis.

En la misma tesitura el Canadá, suele aplicar extraterritorialmente la *Competition Act* a conductas que tengan efectos directos y significativos en el Canadá así como a boicots contra compañías canadienses<sup>46</sup>, así mismo rehúsa la aplicación extraterritorial de las leyes de otros países cuando esta representa conflictos con la Ley o la política canadienses, llega a tal grado la preeminencia de los intereses tutelados por la ley canadiense que en la *Competition Tribunal Act* secciones 82 y 83, en concordancia con la "Foreign extraterritorial measures Act", se faculta al Tribunal de la Competencia para negar el

<sup>44</sup> UNITED STATES VS. SISSAL SALES CORP. [274 U.S. 268], ( 1927).

<sup>45</sup> UNITED STATES VS. ALUMINIUM CO. OF AMERICA, [148, F.2d, 416], (2nd Cir. 1945).

<sup>46</sup> OCDE. *Vid supra*, n.148.

cumplimiento de una orden, decretos o sentencias dictadas por organismos de gobiernos extranjeros si dicho cumplimiento obstaculiza la competitividad, el comercio exterior o la eficiencia de la economía canadiense, este umbral pone serias y subjetivas limitantes a las obligaciones que por *comity* contrae Canadá como veremos en el Capítulo V y, la pone en directo conflicto en sus obligaciones bajo la Convención n de Viena de 1969.

En este orden de ideas cabe mencionar que es la "*Foreign extraterritorial measures Act*", la Ley que permite al Procurador General emitir órdenes encaminadas a bloquear el ejercicio de jurisdicción de otras naciones sobre significativos intereses canadienses, cuando dicho ejercicio de jurisdicción, pueda afectar significativamente dichos intereses o lesione la soberanía nacional del Canadá, disposición que, constituye una respuesta al ejercicio de jurisdicción extraterritorial de la *Sherman Act* sobre intereses canadienses, con miras a proteger a las inversiones canadienses de la aplicación extraterritorial del derecho del vecino del sur y bloquear la ejecución de la sanción de daños triples impuesta por una Corte estadounidense. Este bloqueo incluye la posibilidad de negar las solicitudes de revelación de información relacionadas con una investigación de competencia, en poder de un agente canadiense o presente en el Canadá<sup>47</sup>, otra forma de ejercicio de jurisdicción extraterritorial preventiva en la región.

En cuanto a jurisdicción territorial de la Ley mexicana, esta no se pronuncia directamente sobre la posibilidad de aplicarla extraterritorialmente, indebidamente sesga sus esfuerzos a practicas localistas descuidando el impacto de cárteles internacionales, o los efectos de conducta desplegada fuera del territorio en el mercado y los intereses nacionales, el criterio de la Comisión ha sido aplicarla solamente a agentes económicos presentes físicamente o participantes directos en sociedades mexicanas, ejemplo de ello fue el caso del cártel de la lisina y las vitaminas, donde se sujeto la sanción al requisito de que las empresas que violaron la ley tuvieran negocios sustanciales en México o filiales al momento de la violación, aún teniendo jurisdicción sobre aquellos agentes económicos siu inversiones directas en México, omitiendo la posibilidad de aplicar la ley sobre todos los participantes presentes o no directamente en el Mercado mexicano, posibilidad viable en virtud de que dicho cártel se orquesto parcialmente en México y aún la conducta de empresas no presentes directamente en México, afectaron las condiciones del mercado relevante en nuestro país a través de una fijación de precios internacional, ya que ante esta colusión se hacía inviable someter a la disciplina de la oferta y la demanda a las empresas presentes en México, bajo la amenaza de sustituir sus productos con nuevos entrantes o, con importaciones, viendo el caso solamente desde la perspectiva de la colusión y evitando evaluar su impacto sobre la exclusión de opciones que sustituyeran los productos de los agentes coludidos, ya que de haberse estudiado la faceta excluyente se hubiera sancionado a todos los entes presentes o no en el mercado, por los simples efectos de su conducta. Esta falta de sanción rompió con la regla de la idealidad suficiente y sentó un antecedente peligroso para las sociedades que buscan orquestar conductas colusivas y no tengan presencia en México, ya que podrían venir a orquestar cárteles en México ante la pasividad de las autoridades, y ante la falta de reflejo inmediato sobre la conducta ilegal y su inminente acarreo de consecuencias adversas

---

<sup>47</sup> *Idem*.

En este mismo caso, aún sobre los agentes físicamente presentes en México participantes en este cartel se dio una sanción débil a su conducta al permitirles llegar a arreglo extrajudiciales aún cuando su conducta configuraba una práctica absoluta de fijación de precios y no obstante ninguno de los participantes aportó elementos a la Comisión que permitieran detectar el cartel antes de que esta iniciara sus facultades de investigación.

Otro ejemplo sobre esta jurisdicción personal atendida al elemento presencia física, se da en materia de fusiones al exentar de notificación a aquellas fusiones que, no implican adquisición de partes sociales de empresas mexicanas ya que no tienen efecto en el número de competidores del mercado, sin embargo si pueden tenerlo en el nivel de poder de mercado que concentran ya que podrían restringir el número de distribuidores independientes, desalentar la entrada de nuevos competidores en el caso de fusiones verticales al obligarlos a ingresar a dos mercados al mismo tiempo y elevar sus costos hundidos o impactar el precio a nivel internacional de insumos lo cual encarecerá los precios locales, dichas transacciones aunque, no ameriten una declaratoria por parte de la Comisión son de conocimiento necesario para el diseño de mercados de distribución.

En cuanto a la jurisdicción personal, esta se centra en el agente económico denominado empresa y se limita por Ley la responsabilidad personal a una responsabilidad solidaria pocas veces ejercitada esto es, en caso de no responder la empresa por las multas impuestas por la LFCE se le podría exigir el cumplimiento a las personas físicas involucradas en la conducta, sin embargo en México realmente no se sanciona al individuo encargado de la toma de decisiones en la dirección de la empresa, con independencia a la conducta desplegada por la empresa en virtud de tales decisiones, como sucede en Canadá y Estados Unidos, más bien se enfoca a lograr que uno u otro empresa o persona física paguen la multa sin atender al fin de castigar la participación en la conducta de dos entes con personalidad jurídica separada esto es, a uno por la toma de decisiones y al otro por la conducta desplegada y sus efectos.

La jurisdicción en el derecho mexicano, sobre los agentes económicos resulta independiente de la nacionalidad de los mismos, como lo demarca el artículo 3° de la LFCE, en el capítulo anterior analizamos el alcance del concepto agente económico y, debe abarcar la actuación de las autoridades locales o federales, para así poder sancionar los actos anticompetitivos realizados en atención a los intereses de algunos grupos de poder económicos y tolerados o alentados por autoridades fuera del ejercicio de sus atribuciones. En cuanto a la jurisdicción personal canadiense cabe mencionar que, también hace mención expresa de considerar dentro de su ámbito a todos los agentes económicos independientemente de su nacionalidad como lo expresa el artículo 1.1 Sección 1 de la *Competition Act*.

B) Aplicación de las leyes usadas en cada país para perseguir prácticas anticompetitivas

En México tenemos una laguna sobre disposiciones tendientes a investigar monopolios u oligopolios estructurales, tentativas de monopolización y prácticas unilaterales que constituyen un abuso de posición dominante. Si no están tipificadas como un acuerdo

vertical u horizontal ilícito, las anteriores conductas no se persiguen y sin embargo, si provocan daños en el proceso competitivo. El no contar con medidas tendientes a sancionar el abuso de poder, la conducta unilateral y las practicas tendientes a facilitar la colusión nos priva de la existencia de preceptos flexibles que sancionarían las conductas sin importar el número de voluntades concurrentes en ellas, o su materialización fáctica cubriendo así una gama más amplia de manifestaciones del abuso del poder de mercado

Esta ausencia de medidas es también resultado de la ausencia de una definición de poder de mercado adecuada al mercado mexicano, el legislador y algunos doctrinarios han considerado que, la determinación de poder de mercado es una cuestión matemática meramente de grado y que esgrimir una definición legal de dicho poder de mercado será solo una cuestión de opinión o juicio, la ausencia o presencia de dicha definición se convierte en una cuestión fáctica que permite o restringe el poder de la autoridad para estudiar la estructura de los mercados, para su determinación se enumeran simplemente una serie de parámetros que, lo que en realidad evidencian es el porcentaje de participación en las ventas de mercado del agente económico en cuestión cuando muchas veces el poder de mercado no se refleja en un porcentaje directo; se puede ejercer poder de mercado a través de empresas cruzadas, una empresa sin poder de mercado en un eslabón de suministro o producción de la cadena puede coordinar presionando económicamente a sus suministradores para aplicar determinadas políticas tendientes a excluir competidores, como fue en el caso Toys “R” Us, sin que su poder de mercado en ese eslabón intermedio o superior sea significativo en porcentajes y sin embargo su conducta no podría dejar de entenderse como un abuso de cierto poder de mercado o posición dominante.

El artículo 13 de la Ley Federal de Competencia Económica, tampoco contempla como parte de la determinación de poder de mercado, las posibilidades de acceso del agente económico a canales de distribución limitándose a sus posibilidades de acceso respecto a fuentes de insumo, además de no preocuparse demasiado de la conducta de los entes si estos no poseen en el mercado donde se realiza la conducta una participación mayor al 35% en las ventas, al aplicar el IHH.

En México y Estados Unidos lo que se mide bajo los parámetros de poder de mercado es "la capacidad sustancial de afectar el precio de un producto en un mercado. Ello puede lograrse ya sea fijando precios o alterando el abasto, sin que otro competidor pueda alterar dicha habilidad<sup>48</sup>", como vemos nuevamente se centra la expresión "poder de mercado", únicamente e indebidamente en el factor precio al consumo, el artículo 13 de la LFCE y los artículos 11 a 14 del Reglamento reformado, son criterios que únicamente se enfocan en determinar si un agente podría fijar mediante su conducta precios, siempre que se este investigando si este agente llegaría a dicha fijación de precios mediante alguna de las conductas ilegales descritas por la LFCE en sus artículos 9 o 10. Cabe mencionar que no siempre el objetivo de una conducta es fijar o afectar el precio del bien o servicio, puede dirigirse a otras facetas es decir, a modificar la estructura de un mercado para hacerlo más fácilmente coordinable aún sin necesidad de acuerdos, esto es; puede buscar

<sup>48</sup> GONZALEZ De Cossio, Francisco. *Vid supra* n.21., p. 85.



homogeneizar la producción para posteriormente coordinar los precios de los bienes de una manera más sencilla, coordinarse para racionar o estabilizar la producción de determinados bienes y servicios para así manipular las condiciones de mercado, dividir mercados en situaciones de crisis sin aumentar precios para mantener la pauta de mercado de algunas empresas, la proliferación de ciertos contratos particulares que restringen el mercado como ciertos tipos de arrendamientos y exclusividades, buscar emparejar cierta situación temporal de los competidores para hacer factible que todos adopten una conducta en común, por ejemplo si en un mercado determinado el agente con mayor participación de mercado quiere subir los precios sin perder clientela y conseguir que otros agentes le sigan en el aumento de precio deberá considerar las condiciones de sus competidores, si ellos por ejemplo cuentan con gran cantidad de inventario no vendido, no estarán dispuestos a incrementar el precio, por tanto la compañía líder de mercado podría bajar su producción de bienes o servicios y comprar el inventario excedente de las otras compañías para ponerlas en condición de elevar precios. Es decir la conducta de monopolio u oligopolio estructural se refiere a esos actos encaminados a modificar la estructura de una rama industrial para concentrarla, llevados a cabo por uno o varios productores, conductas que deben ser rastreadas y desincentivadas sin esperar necesariamente a que se traduzcan en alguna de las hipótesis de letra estricta, del artículo 9 o 10 de la LFCE.

Considerar el poder de mercado como la posibilidad de afectar el único factor precio de una industria sin que otros competidores se interpongan estamos atacando solamente la manifestación evidente de la conducta dada ya la concentración de poder y su ejercicio ilegal, no estamos atacando realmente al monopolio sino la conducta desplegada posteriormente por este la cual se manifestó en el factor precio.

Cuando tomamos en cuenta la definición canadiense de poder de mercado como; "la posibilidad de actuar independientemente de las condiciones normales de mercado", encontramos la posibilidad de investigar la conducta de monopolio u oligopolio estructural, esto es, en los mercados oligopólicos como el mexicano y en cierto grado el canadiense, existe un grado normal de interdependencia de precios entre los competidores presentes, y esta siempre será su defensa sin embargo, esta interdependencia no suponen en sí un acuerdo para cometer una conducta tipificada como económicamente anormal, y no siempre las colusiones van encaminadas a afectar los precios de los bienes o servicios en sí. Cuando el oligopolio al tomar sus decisiones actúa en condiciones que, la lógica económica y jurídica perciben como irracionales o poco coherentes con las condiciones de mercado, es decir anormales, merecen ser estudiadas por que, seguramente producirán resultados a largo plazo que afectarán la estructura del mercado, cuando un agente económico en un mercado oligopólico toma decisiones que pareciesen irracionales, esta conducta debe ser estudiada, por que apunta a eliminar ciertas condiciones de mercado que dificultan una coordinación.

Bajo el parámetro de poder de mercado, como la facultad de afectar el precio de bienes o servicios sin que intervenga significativamente otro competidor, el investigar conductas anormales de mercado cuando estas no afectan como objetivo inmediato el precio de los bienes resulta imposible. Si tomamos como poder de mercado la facultad de comportarse

independientemente de las condiciones de este, podemos investigar conductas anormales que aún no se traducen como ilícitas; cuyo objetivo es modificar a favor de unos cuantos competidores la estructura de un mercado, de esta facultad al menos derivaría una posibilidad real de evaluar la existencia e intensidad de competencia en determinado ramo industrial y la persuasión a los agentes económicos de que su conducta anormal estará bajo escrutinio, la Comisión en ausencia de eficiencias significativas resultantes de estas conductas y ante la presencia de altas probabilidades de afectar la estructura del mercado para hacerlo más concentrado, podría prohibir dichas actividades.

Esta conducta irracional se da comúnmente en los hechos; Coca Cola a su entrada al mercado mexicano desplegó este tipo de conducta para sacar a los refresqueros locales del mercado, compraba a los tenderos los envases de las marcas competidoras para hacerlas incurrir en gastos mayores de embotellamiento y así a la larga esta práctica logró que su competencia elevara costos, perdiera demanda y finalmente saliera del mercado, Coca Cola mientras tanto nunca elevó precios, los mantuvo pero modificó la estructura del mercado.

A esta falta de herramientas en la LFCE para atender las conductas estructurales debemos sumarle la falta de rentabilidad de la acción privada en este sentido, ya que al no ser redituable, ni en tiempo ni en ganancia jurídica los particulares que pudieran tener información relevante no se interesan en entablar acción privada en cuanto a conductas que ni siquiera están contempladas por la LFCE.

Estados Unidos ataca los monopolios estructurales a través de medidas específicas en las Secciones 2 y 5 de la *Sherman Act*, medidas denominadas respectivamente "tentativa de monopolización" y "actos unilaterales encaminados a facilitar colusiones", los cuales no obstante ser un elemento para probar conducta coordinada, también son sancionables por si mismos aunque no lleguen a tener éxito en producir efectos anticompetitivos, cuando la conducta no pudiera entenderse de otra forma que no fuese el intentar una conducta ilícita.

Se entiende que, tentativa será cuando se lleven a cabo actos encaminados a lograr una práctica anticompetitiva *per se* y, dicha conducta no se materialice por causas ajenas a la voluntad del infractor (p.e. que alguien rompa el acuerdo y no se pueda sostener el cártel hasta que derive efectos tangibles, o una colusión que no se materialice ya que se ha descubierto antes de su implementación), en este caso se sanciona la mera intencionalidad de conseguir, mantener, atrincherar o alterar el poder de mercado detentado por los infractores mediante métodos ilegales. La tentativa solamente puede aplicarse en cuanto a conductas *per se* ya que son estas para las cuales las Cortes americanas han establecido una presunción de ilegalidad absoluta basándose en la preeminencia de sus efectos indeseables sobre las pocas eficiencias relativas que a su favor pudieren alegarse, para su aplicación en prácticas relativas debiera probarse que los actos inacabados tenían como intención irrefutable restringir la competencia.

Bajo este mismo parámetro ataca la figura de la tentativa, como cualquier conducta encaminada a facilitar colusiones cabe anotar que en México, no existe la figura de la tentativa ni de prácticas tendientes a facilitar colusiones tácitas o coordinaciones de

conducta.

Se puede argumentar que, al ser el derecho de la competencia económica en México una rama administrativa la implantación de una figura como la tentativa de raíces penales no tendría lugar, sin embargo cabe hacer notar que dicha figura se ha implementado para sanciones administrativas derivadas de otras ramas del derecho como lo es el derecho aduanero y su respectiva Ley Aduanera, a su vez resulta pertinente notar que la misma LFCE cuenta ya con conceptos que toma prestados del derecho penal, como lo es la figura de la reincidencia contemplada en el artículo 35 de la Ley y que, en el caso de preferir un criterio más purista de esta figura no es necesario que se sancione bajo el nombre estricto de tentativa, pudiéndose imponer a los actos inacabados encaminados a realizar prácticas anticompetitivas sanciones bajo el rubro de actos tendientes a facilitar la colusión de agentes económicos en un mercado o, actos tendientes a facilitar la exclusión de un competidor en determinados mercados.

En Estados Unidos se cuenta con dos vías para sancionar la tentativa, cuando se atiende a la práctica anticompetitiva como una analogía de la conducta conspiración (prácticas tendientes a facilitar la colusión) y, en su naturaleza económica de práctica anticompetitiva (tentativa de una figura en sí). Dentro de esta última vertiente hay dos modalidades que pueden configurar una tentativa:

1.- La mera invitación a coludirse en industrias con pocos competidores y altamente concentradas resulta sancionable independientemente de la posibilidad de utilizar dicha invitación también como indicio de coordinación de conducta, el mero acto unilateral de invitar tácita o expresamente a la colusión o provocar una actuación coordinada es sancionable sin importar que se hubiera o no aceptado la invitación

2.- La posibilidad de sancionar cada una de las prácticas unilaterales aisladas en si mismas que buscarían facilitar la colusión, cuando dichas practicas reúnan los requisitos de intencionalidad y factibilidad de dichos actos de provocar colusiones. Resulta esta también una manera doble de sancionar dichos actos mediante la tentativa si es que alguna o varias de las conductas esbozadas cumplen con los parámetros de la sección 2 de la *Sherman Act* o bajo el rubro de los simples actos unilaterales que facilitan la colusión en sí, al amparo de la sección 5 de la *Sherman Act*<sup>49</sup>.

Las Cortes generalmente han utilizado esta sección 5 de la *Sherman Act* para sancionar

<sup>49</sup> **DU PONT DE NEMOURS & CO VS. FEDERAL TRADE COMMISSION.** (Caso ETHYL), [Corte de Apelaciones de los Estados Unidos 2º S.Ct., 729 F.2d. 128], (1984).

conductas cambiantes que violan el "espíritu y los valores públicos", de la *Clayton y la Sherman Act*, constituyéndose esta sección en una herramienta discrecional y flexible del Estado para atacar conducta estructural y novedosa no expresada directamente en una ley escrita en 1890.

La hipótesis número uno se encuentra expresamente comprendida como monopolización intentada y, dentro de este elemento conductual se sanciona por sí misma como una conducta, tal es el caso del anuncio de precios a competidores "*open pricing*" por su acepción inglesa, de hecho la conducta consistente en anunciar aumentos o ajustes de precios primeramente a los competidores y no a los consumidores en sí, es sancionable si se prueba la intencionalidad y la factibilidad, no importando que seguido a dicho anuncio abierto de precios no exista reacción de los competidores en un mercado concentrado<sup>50</sup>. Para sancionar estas conductas como tentativas basta con probar la intencionalidad inequívoca de la conducta y la factibilidad de la misma, Canadá lidia con estas mismas conductas inacabadas sancionándoles como abuso de posición dominante e intento de monopolización respectivamente, con elementos parecidos a los de la legislación estadounidense<sup>51</sup>.

Como mencionamos en el régimen de competencia económica mexicano, carecemos de sanción para las tentativas de monopolización limitándose esta figura a la tentativa de realizar fusiones de las notificables sin aviso a la autoridad. Tampoco se sanciona la conducta unilateral tendiente a facilitar colusiones, mucho menos la intencionalidad de actos inacabados, ni siquiera en cuanto a prácticas absolutas dejando impunes las meras invitaciones para coordinarse, aunque el artículo 9 del Reglamento de la LFCE contempla la invitación a coludirse, esta figura solo será tratada como un indicio de coordinación de conducta y no se sancionara su intencionalidad en sí, para ser sancionable se necesitará que se transforme en una conducta tipificada y esta tenga éxito, dañando el carácter preventivo que debe tener toda legislación de competencia. Por otro lado el Reglamento, sujeta la misma hipótesis de la invitación a coludirse para ser tomada en cuenta como un factor más de inferencia de acuerdos, a que la invitación provenga de cámaras y asociaciones empresariales dejando en el vacío legal la invitación proveniente de competidores en sí o, de entes no asociados a cámaras ni asociaciones.

La diferencia entre estas dos posibilidades para desincentivar a la larga conductas anticompetitivas, estriba en que la tentativa buscará sancionar una serie de actos tendientes a configurar una de las conductas ilícitas *per se*, ya que estas, no están sujetas al estudio de eficiencias, pero dicha conducta no logra configurarse por causas ajenas a la voluntad del actor, por tanto tenemos una tentativa, una conducta que encierra una voluntad de infringir la ley que no se concreta por causas ajenas al actor y que puede presentarse con la intención de lograr una variedad diversa de conductas que no admiten eficiencias. La sanción de esta mera intencionalidad reforzaría en el sistema mexicano, las

<sup>50</sup> **IN RE STONE CONTAINER CORP.** Consent Order, [FTC, Docket C-3806, Exp. 9510006], (1998, Febrero).

<sup>51</sup> OCDE. **Glosario de economía industrial y derecho de la competencia económica.** *Ob cit.* n.33., p.69.

reglas de la cantidad mínima y de la idealidad suficiente anteriormente expresadas y sería especialmente eficaz para desalentar la Comisión de prácticas anticompetitivas en mercados que tienden a paralelismos y concentraciones. Bajo el derecho estadounidense la Sección 2 de la *Sherman Act* permite sancionar la mera tentativa al establecer, que:

"Cualquier persona que monopolice o intente monopolizar o se combine o conspire con otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del tráfico o el comercio entre los Estados o entre las naciones será acreedor a una sanción del rango de la felonía".

Al interpretar este precepto, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos, en un caso que fue un parte aguas en la materia **United States vs. American Airlines, Inc** en 1984 determinó que, una solicitud de cooperación, acompañada por la intencionalidad de cometer una práctica anticoncurrente constituirían una tentativa, este criterio ha sido seguido por varias Cortes Federales en dicho país, a su vez en este mismo caso se determinó que, para sancionar la tentativa no se requiere probar la existencia de un acuerdo, basta probar que existía por sí misma una ofensa denominada intento de monopolización, y que dicho intento, más que considerarse una simple solicitud se equipara a la invitación a cometer un crimen<sup>52</sup>.

La intención de sancionar medidas estructurales, sería castigar a través de multas conductas que no conllevan eficiencia significativa alguna, pero que tampoco se encuadran estrictamente en las hipótesis de los artículos LFCE 9 y 10, cuyo efecto sea distorsionar la estructura de los mercados para provocar o mantener su concentración, tal es el caso de invitaciones a la colusión emitidas por un agente económico a sus competidores, la mera emisión de la invitación sin importar si esta se acepta o no, es meritoria de sanción para el emisor independientemente de que logre o no configurar el acuerdo de voluntades entre los agentes económicos, así mismo otras medidas que bien pueden ser unilaterales como el dar a conocer precios presentes o futuros por un agente económico en un mercado concentrado a sus competidores, sin presentarla también a los consumidores, consiste en una conducta anormal que, al configurarse redundante en remotas eficiencias y su explicación más factible es la de facilitar información a sus competidores para distorsionar la operación del mercado. Se trata de sancionar la intención individual de aquel que siquiera invita a una coordinación antes de que esta se materialice, las sanciones no deben sujetarse a la consecución del efecto ilícito pretendido. Así se reforzaría la regla de la cantidad mínima que repasamos en el esquema de FOUCAULT y se conseguirían efectos laterales profundos de aquellos que aún no han materializado la conducta.

Recordemos que las legislaciones codificadas tienen el inconveniente de que, las conductas anticompetitivas no se conocen de antemano y evolucionan con el ingenio humano por tanto, siempre existe un margen estadístico alto en el cual la conducta no se

<sup>52</sup> **UNITED STATES VS. AMERICAN AIRLINES, INC.**, [Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 4º S.Ct., Sección 1], (1984).

detecta o si es detectada, se requiere tipificación para cumplir con el parámetro de legalidad, una conducta no puede ser sancionada a falta de letra de ley expresa que califique su ilicitud. Esto impone a las agencias investigadoras la carga de recaudar los elementos probatorios suficientes para adjudicar una violación a la ley, pruebas que frecuentemente están en manos del infractor, carga que como vimos sufrieron en su momento las agencias investigadoras de Estados Unidos y Canadá y que, fue abolida con la adopción de medidas tocantes al abuso de posición dominante, al combate de oligopolios estructurales y coordinación de conducta, donde no se requiere un daño en precio, abasto o producción en sí, tampoco requiere esperar a que se materialicen los efectos de una conducta ilícita, basta con que el ente adquiera la fuerza suficiente para comportarse de manera independiente a las fuerzas de mercado, comportamiento que a la larga resultara lesivo a la sociedad, y que mediante estas figuras permite a las jurisdicciones actuar antes de que dicho daño se materialice meramente al detectar una conducta económicamente anormal.

Este problema de la falta de combate al monopolio estructural y al monopolio en sí, se evidencia en la manera en que la legislación trata desde su conformación la acumulación de poder de mercado, la Legislación Federal a diferencia de la Constitución omite prohibir los monopolios de manera expresa y mucho menos los define, la Ley se limita a sancionar la manifestación de ejercicio de poder monopólico, es decir las prácticas anticompetitivas que realiza, el monopolio es tolerable mientras no materialice dichas prácticas y no provoque efectos en el consumidor final.

La legislación mexicana omite formular conceptos claros sobre figuras determinantes como el poder de mercado, mercado relevante, monopolio, oligopolio y monopsonio, en el mejor de los casos se limita a citar una serie de factores que determinaran que estamos en presencia de algunos de los conceptos que omite formular, dicha suplencia no resulta satisfactoria traducándose en un catálogo de índices econométricos que dificultan la comprensión de la letra simple y llana de la ley y violentan la regla de precisión de la norma, dificultando que el ciudadano común se familiarice con la materia y con sus derechos como consumidor o agente económico, obstaculizando al final la interacción entre gobierno y particulares para la creación de medidas de equidad que transparenten la actuación de los agentes económicos.

El Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia al pronunciar su voto particular sobre el amparo 2617/96 promovido por Warner Lambert, refirió que en dicho caso se negó el amparo a la quejosa al arbitrio de criterios legales laxos e indeterminados que violentaron la seguridad jurídica del gobernado al tenor de los artículos 14 y 16 Constitucionales; la oscuridad de conceptos como agente económico, poder sustancial de mercado, mercado relevante y concentración, propician alta discrecionalidad en el actuar de la autoridad<sup>53</sup>. La Comisión descarta esta apreciación declarando que:

“Todos los hombres de empresa o negocios saben que es el mercado relevante. No es un concepto inaccesible

<sup>53</sup> AGUILAR Álvarez de Alba, Javier. *Vid supra* n.53.,p.28.

para ellos como tampoco desconocen que la autoridad lo puede definir<sup>54</sup>”

Aún pasando por alto que, en el texto anterior la misma CFCE le da la razón de la discrecionalidad de la definición al Ministro al declarar simple y llanamente que “la autoridad lo puede definir”, el decir que todos los hombres de empresa o negocios saben que es el mercado relevante resulta una verdadera falacia, cuya aplicación terminó con la pequeña y mediana empresa mexicana ya que como refiere la OCDE, los primeros juicios de la materia fueron entablados contra las PYMES, las cuales generalmente fueron sancionadas debido al desconocimiento de los conceptos fundamentales de la materia de competencia económica, a esto sumemos que, la CFCE, no da mayor importancia al desarrollo de herramientas idóneas que le permitan difundir una política de competencia congruente sobre los elementos constitutivos de estos conceptos entre los gobernados; quienes sin ser hombres de negocios se significan inconscientemente como agentes económicos respecto al artículo 3° de la Ley, (recordemos que, la Comisión ha buscado constantemente que, el concepto agente económico no se limite a la empresa con finalidad de lucro o a los actos de comercio o al tamaño de los participantes), lo informados que estén respecto a estos conceptos normará su conducta y facilitará el cumplimiento de la legislación; permitirá asociar los efectos de su conducta con las reglas de la cantidad mínima e idealidad suficiente, debido a esta falta de difusión es muy probable que de preguntarle a los agentes económicos independientes y a los titulares de la pequeña empresa mexicana cual es su mercado relevante y como determinarlo no tuvieran una respuesta acertada. Considerando el hecho de que tanto los investigados como la Comisión, siempre buscarán distintas definiciones de mercado relevante como concepto global incluyendo producto relevante, el investigado siempre buscará que se defina un mercado amplio para poder acreditar el mayor número de sustitutos y competidores de su producto y minimizar el impacto de sus actos en la economía, mientras que la definición de mercado relevante que la Comisión buscará imponer, será siempre mucho más estrecha para graficar los efectos, como vemos en esto influye una cuestión de perspectiva de escala que se agrava cuando no se le da al gobernado una idea clara de sobre la figura legal que quiere aplicársele.

Como ejemplo tenemos el uso del sistema de elasticidad precio cruzado demanda, el cual solo sirve para medir que tan reactivo o flexible es el precio de un producto ante la alza o baja de precios siempre que se rompa el excedente del consumidor. Este sistema no mide por sí mismo el poder de mercado de una empresa, en ciertos puntos este esquema puede considerar que se esta ante un precio competitivo cuando no existe detrimento de la demanda del producto ante una alza sostenida de precios, pero dicha falta de variación de la demanda puede ser por que el precio se mantenga en la zona gris, por encima de un precio competitivo pero aún sin romper su tope monopolístico, además resulta indebido no restringir en la Ley la aplicación de este parámetro solo a productos de demanda flexible y no necesarios ya que, en productos de consumo necesario no importa cuanto suba el precio o si se mantiene en la zona gris o se rompe el techo monopolístico no habrá baja en la demanda que lo haga retornar a condiciones competitivas. El éxito de la objetividad del

---

<sup>54</sup> Idem.

uso de un parámetro como el ejemplificado para medir aún la flexibilidad de precios, depende de que tan amplia o que tan estrecha sea la definición de producto relevante empleada para el análisis de la conducta, si se tienen elementos para deducir que esta amplitud o estrechez de la definición de producto relevante esta viciada, los vicios que dicha definición padezca anularán los resultados del esquema de la elasticidad precio demanda cruzada, viciando de nulidad la resolución, por estar dictada en torno a parámetros subjetivos y, en su caso erróneamente determinados.

De la determinación del parámetro mercado relevante dependerá la estimación de la Comisión de cuantos agentes económicos están presentes en dicho mercado, generalmente para dicha determinación solo considera parámetros cuantitativos, se conforma con saber que existen otros competidores potenciales o presentes sin pronunciarse sobre la viabilidad de la entrada de dichos competidores potenciales o la intensidad de la competencia entre los competidores ya existentes en dicho mercado así como su efectividad para mantenerse como una opción independiente en dicho mercado.

Respecto a la falta de definición del término monopolio en la LFCE es necesario remontarnos al diario de debates sobre la LFCE, ya entonces se discutía la omisión del término monopolio en el cuerpo de la nueva Ley, esta omisión ha dado como resultado una controversia legal sobre la intencionalidad de la ley hacia la prohibición del monopolio como figura en sí, o la postura que permite sancionarlos solo cuando materializan alguna de las conductas tipificadas como ilegales, a veces parece deducirse que la LFCE permite la existencia de monopolios siempre que no realicen las conductas determinadas en los artículos 9 y 10 de la LFCE. La misma OCDE interpreta que la legislación mexicana no prohíbe ni combate los monopolios sino que simplemente sanciona una serie de conductas que estos pueden presentar<sup>55</sup>. Esta visión se reafirma en la siguiente expresión de Pascual García Iduñate, ex Comisionado quien se refiere a los monopolios naturales como:

"Una característica de la función de costos, presunción de que solo existe la falla cuando hay un monopolio físicamente en la realidad, pueden haber condiciones en un mercado además en donde haya monopolio sin que se trate de un monopolio natural"<sup>56</sup>

Cabe mencionar que el término oligopolio tampoco esta definido en la Ley, ya que con una errónea técnica jurídica se esperaba que este, se cubriera con el término acuerdo del artículo 9º, sin embargo se pierde de vista que el oligopolio puede alcanzarse por conductas coordinadas sin acuerdo expreso, que el elemento acuerdo es altamente complicado de probar cuando la colusión no se equipara a figuras suplementarias como la conspiración en Estados Unidos y Canadá, que pueden realizarse conductas unilaterales para facilitar su consecución y que el oligopolio puede realizar conductas relativas, tener presunciones para deducir conducta oligopólica definiendo la figura oligopolio sería

<sup>55</sup> OCDE. *Vid supra*, n.151, p. 21.

<sup>56</sup> Comisión Federal de Competencia económica, *op cit* n.58, p.111.



benéfico para el país.

Aunque la presencia de un monopolio o en su caso un oligopolio, sea patente y su conducta sea lesiva, si dicha conducta no coincide con alguna de las prácticas tipificadas en los artículos mencionados, la Comisión no ejercerá acción alguna y muy pocas veces investigará la estructura del mercado, mucho menos cuenta con herramientas encaminadas a romper la concentración del poder de mercado ya que ni siquiera tiene herramientas tendientes a examinar aquellos actos unilaterales que podrían facilitar una colusión y que resultarían económicamente anormales. Así resulta imposible realizar investigaciones para conocer como se maneja el poder de mercado de ciertas empresas en sectores altamente concentrados y, se dificulta tomar acciones en caso de industrias afectadas por la presencia de monopolios u oligopolios estructurales.

A estas carencias debe sumarse la decisión de la SCJN, del pasado 10 de mayo de 2007<sup>57</sup>, la cuál al declarar los artículos 24 fracción II y 31 fracciones I, II, III y IV de la LFCE, como violatorios de los artículos 16 y 49 Constitucionales, dejó a la Comisión sin facultades de realizar visitas de verificación, una herramienta con la que trabajan normalmente la mayoría de los organismos investigadores a nivel mundial, sin embargo dicha facultad reviste una faceta especial cuando se le otorga a un ente que es a la vez Juez y parte, si bien en Estados Unidos y Canadá estas visitas forman parte integral de las herramientas de las autoridades investigadoras de competencia, cabe anotar que en ninguno de estos dos países la entidad investigadora es la entidad encargada de sancionar la conducta en sí, por tanto se beneficia la especialización de funciones de la autoridad delimitando perfectamente su función a la de investigar y revistiéndola de facultades y herramientas exclusivas para dichos fines.

En el caso de los monopolios naturales, aunque su poder de mercado fuese conseguido o ejercido sin incurrir en conductas tipificadas como ilícitas, no significa que su conducta no necesite ser monitoreada, sobre todo en el caso de monopolios con curvas de demanda inelástica ya que estos generalmente cargan precios altos que dañan la economía de otros agentes de mercado y se producen situaciones adversas que, muchas veces se consienten bajo la premisa de que un solo agente es suficientemente eficiente para satisfacer la demanda en un mercado. Al pasar los monopolios naturales a manos privadas, se les despoja de sus finalidades sociales y entonces la situación se agrava, sobre todo en aquellos campos donde el monopolio incluye economías de redes y plantea dudas sobre el uso y la titularidad de dichas redes. Los dos casos típicos de esta materia se conocen en México bajo las privatizaciones de Telmex y ferrocarriles, en estos casos se vendieron empresas integradas para hacer más redituable la enajenación para el fisco sin embargo los derechos de redes quedaron difusos en el mejor de los casos y en el peor se definieron a favor del nuevo monopolio privado, dotándolo entonces de un poder exclusionarios sobre la competencia.

---

<sup>57</sup> Véase la sentencia y el voto particular formulado por la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, relativos a la Acción de Inconstitucionalidad 33/2006, promovida por el Procurador General de la República, en contra del Presidente de la República y de las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión. Ambos de fecha 10 de mayo de 2007.

Estas lecciones evidencian el fracaso de la política de competencia mexicana en cuanto a la definición de los derechos de acceso a redes, la regulación de dicho acceso obligatorio en condiciones equitativas, y que en caso de ser entes privados los que desarrollan las redes (cajeros automáticos, por ejemplo), regular la retribución que el desarrollador obtendría, a manera que le permita recuperar costos y no resulte exclusionarias. En los países donde se definieron las redes como derechos accesorios a la venta de un monopolio, esas redes caen en el rezago tecnológico ya que el monopolista invierte poco en su desarrollo. La deficiente regulación del mercado de redes en México hizo pasar a dichas redes de públicas a un sistema de redes privadas, de las cuales ha sido imposible destilar ahorros de las interconexiones de servicios por parte de varios agentes económicos que pudieran competir entre sí, al carecer de un acceso equitativo y no discriminatorio a la red, el asegurar los derechos de interconexión sobre intereses privados ha significado una larga batalla.

Al menos debieron fijarse límites a la propiedad de las redes, o hasta crear empresas distintas a las privatizadas encargadas de administrar las redes; una de ellas titular de las redes en la cual participen como accionistas, tanto el gobierno como los agentes económicos presentes en el mercado, restringir la propiedad en las redes crea a la larga incentivos en los mismos mercados que se traducen en innovación, se evita la existencia de un dueño único de la red y se incentiva a los participantes a invertir en ella. El funcionamiento eficiente de los mercados de redes no puede darse sin la intervención del Estado en su papel de diseñador de mercados, especialmente respecto al diseño de mercados privatizados, diseño que deberá hacerse en tiempo y forma, antes de vender las empresas estatales ya que, cuando la empresa pase a propiedad privada se resistirá a las medidas que busquen introducir competencia usando el poder de mercado adquirido contra los reguladores, siendo ahora el proveedor de un insumo básico o estratégico, por tanto se debe preferir disgregar áreas de valor agregado que, en conjunto pudieran dar lugar a monopolios privados. Una empresa integrada privatizada en un marco desarticulado respecto a sus obligaciones y objetivos sociales no llevará a resultados eficientes; sino a mercados concentrados y desordenados, si sumado a esto las pocas normas que le son aplicables, se administran de manera ineficiente el escenario es un desastre. Establecer interconexiones en el mercado telefónico ha tomado más de 10 años y como veremos para el caso de las tarifas de interconexión en ferrocarriles no se divisa solución pronta. Las regulaciones sectoriales en los mercados de redes no han impulsado la competencia, en estos mercados aún así, el agente sectorial ha determinado que existe competencia efectiva:

"Cuando haya por lo menos dos prestadores de servicios  
o dos alternativas para la prestación del servicio"<sup>58</sup>

Indebidamente confunde la intensidad de la competencia con la cantidad de participantes en un mercado o peor aún, el mismo precepto puede inferir que existe competencia en un mercado donde hay un solo competidor pero este mismo se presenta en dos alternativas o

---

<sup>58</sup> Comisión Federal de Competencia económica, *op cit* n.58, p.534.

modalidades, para la prestación del servicio, generalmente los entes sectoriales tienen preeminencia para hacer ajustes en el mercado sectorial sobre la Comisión y no cooperan con esta, limitando sus aportaciones a meras sugerencias. En este tipo de mercados es indispensable estudiar el marco jurídico del sector para evaluar la claridad de las reglas, derechos y condiciones que determinan el acceso y la interacción de las empresas respecto a las redes, así como las barreras o facilidades de integración a la red, que las leyes contemplan, estas disposiciones son la base de la intensidad de la competencia sectorial y no el número de agentes participantes como parece interpretarse en el marco jurídico mexicano.

En cuanto a la acción privada, la legislación mexicana muestra deficiencias importantes en cuanto a instrumentos encaminados a una adjudicación de daños y perjuicios efectiva a favor de los particulares, perjudicados por prácticas anticompetitivas, todas las multas impuestas por la Comisión Federal de Competencia Económica tienen como último destino la tesorería federal, existen pocos incentivos para la acción privada en materia de competencia económica y pocas posibilidades de restablecer el estatus quo ante o indemnizar a las víctimas de la conducta ilegal.

Nuestra legislación presenta tres puntos que, desincentivan la participación privada en los asuntos de competencia económica:

- I. Limita el interés jurídico de los particulares en materia de prácticas relativas circunscribiéndolo a los afectados en primera línea por la conducta, sin dar un parámetro de que se entenderá por "afectado":
  
- II. En la práctica solo reconoce una primera línea de daño generada por la conducta anticompetitiva reconociendo como el afectado generalmente al competidor horizontal del agente investigado, sin considerar a los consumidores finales y suministradores que serían una segunda y tercera línea de daño a la que ni siquiera se le da aviso de que cierta investigación esta en curso, y los que podrían aportar algunos elementos a la misma
  
- III. No cuenta con un sistema de reparación del daño convincente e independiente del monopolio de la acción que detenta la Comisión

La vía doble para defenderse de una conducta anticompetitiva presente en Canadá y Estados Unidos es inexistente en México, al evaluar el denunciante privado el dinero, esfuerzo y tiempo que tendría que invertir para denunciar una practica, su nula

participación en el proceso y la escasa probabilidad de obtener reparación del daño a través de la acción civil que la ley de competencia le deja como remedio se percata de que, cuenta con recursos limitados y de que muchas veces este procedimiento sobrepasa en tiempo y dinero las ganancias derivadas de la denuncia considera que en el caso de prácticas depredatorias, ya no existirá reparación posible para cuando se resuelva el asunto, de no obtener una suspensión a tiempo de la conducta de su rival, considerando que no existen remedios de conducta como en el caso del Canadá que prevengan a una entidad de desarrollar determinada conducta como remedio preventivo. Cabe señalar que, el enfoque preventivo de la legislación canadiense aunque, de primera mano pudiera parecer tibio al imponer solo remedios de conducta para ciertas violaciones en su primera Comisión resulta benéfico ya que permite al ente privado, corregir su conducta cuando esta se considera relativa y en caso de no hacerlo entonces se encontrara ante la violación de una orden judicial perseguible criminalmente.

En el caso mexicano, el daño se evalúa solo en cuanto a la primera línea de impacto, ignorando la segunda línea de daño, que si concede la legislación Estadounidense o en el caso de Canadá, donde se permite la restitución del daño hasta la tercera línea como lo marcan la sección 36 de la *Competition Act* y la sección 103.1 del mismo ordenamiento, los cuales extienden la posibilidad de exigir reparación a cualquier persona que sufra ya sea pérdida o daño<sup>59</sup> por la conducta, sin exigir consideraciones de grado o modalidad. El señalado artículo 36 de la *Competition Act* en su parte relevante expresa:

“Cualquier persona que hubiere sufrido pérdida o daño como resultado de:

- a) Conductas contrarias a las prescripciones contenidas en la Parte IV de la Ley o;
- b) De el incumplimiento de órdenes del Tribuna de la Competencia u otras cortes cuando se pronuncian sobre esta materia”

Los particulares, en el caso de Canadá en la mayoría de las conductas perseguibles civilmente, pueden deducir acción para solicitar el inicio de una investigación en materia de competencia y para reclamar daños y perjuicios de la sola existencia de un agente económico dañado por la conducta, no es necesario que exista previamente una sentencia condenatoria obtenida por otro particular o el gobierno para que un demandante ejerza acción privada bajo la sección 36 en relación a la parte VI de la Ley, sin embargo de existir sentencia aunque no fuere el perjudicado el denunciante inicial de la conducta puede, deducir directamente acción de daños y perjuicios ante el Tribunal, esta acción también puede derivarse de sentencias extranjeras como veremos en el Capítulo V de la presente tesis

---

<sup>59</sup> Noción diferenciada que solo encuentra equivalente en el derecho mexicano en las figuras de daños y perjuicios respectivamente, haciendo notar que la LFCE se limita a restitución de daños como consecuencia directa de la acción y es omisa en cuanto a la figura perjuicio como menoscabo patrimonial indirecto.

La Parte IV del estatuto, se refiere expresamente a los remedios especiales que prevé el régimen canadiense, ante la Comisión de prácticas anticompetitivas y no limita esta aplicación de grado de daño a las prácticas absolutas o relativas, más bien regula el tipo de remedio a la posibilidad de restituir o no el *status quo ante* a la violación, sin limitar el interés jurídico o la línea de daño de la que deriva la acción, así mismo contiene la figura vital para la prevención de daños irreversibles denominada "*interim injunction*" o remedios intermedios o interlocutorios meramente conductuales "*interim relief*", los cuales pueden consistir ya sea en mandatos temporales concedidos por el Juez al demandante de una práctica anticompetitiva, aún cuando el juicio se encuentra pendiente de resolución, encaminados a evitar que se materialice un daño irreversible al demandante producto de la infracción de las leyes de competencia, estos mandatos pueden contener desde la prohibición de continuar una práctica de negocios o la obligación temporal de continuar el suministro de bienes y servicios o las relaciones comerciales con el demandante mientras se sustancia el juicio para asegurar que, al final del mismo sea posible restituir el *status quo ante* a la violación, también se contempla el depósito de cantidades en efectivo para asegurar la restitución de ciertos daños económicos, causados a los particulares y así asegurar el interés del demandante cuando se estime que el demandado pudiera refugiarse en insolvencia u ocultar fondos, estos remedios están disponibles y pueden solicitarse a las cortes mientras se realiza la investigación administrativa por parte de los Comisionados, cuando se demuestre que la conducta es susceptible de dañar significativamente a competidores, el no acatamiento de estos mandatos temporales puede ser sancionada según la sección 33 de la *Competition Act* ya sea con multas o con prisión de hasta cinco años para las conductas de la sección 77, o ambas<sup>60</sup>.

Estados Unidos también contempla las líneas de daño que pueden impactar una conducta anticompetitiva y de ahí hacer nacer una acción civil para perseguir la conducta a favor del particular, reconociendo al menos el daño de primera y segunda línea de manera expresa en relación a conductas como la depredación de precios, identificando como la primera línea de daño a los competidores directa o indirectamente afectados por la conducta y como segunda línea de daño, el perjuicio causado al consumidor, exceptuando para el ejercicio de acciones de clase donde no entra el consumidor final sino el intermediario, aún así se discute entre la doctrina la existencia de la tercera y cuarta línea de daño coincidente con la lesión a los excedentes de los escaños inferiores de la cadena productiva o mercado de factores, líneas que ya han sido abordadas por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos<sup>61</sup>, para ello se aplica la evaluación propuesta por Areeda y Turner y no tanto por la escuela de Chicago, evaluando la pérdida de bienestar social, de particulares afectados y la supuesta ganancia en eficiencias. Cabe recordar que, la *Robinson Patman Act*, es la única ley en Estados Unidos que centra sus objetivos en la eficiencia distributiva por encima de la productiva o asignativa, también es un ordenamiento que se ha utilizado generalmente en épocas de recesión de la economía americana cuando mantener precios altos aún a costa de un mayor desgaste del excedente

<sup>60</sup> OCDE. *Vid supra* n.148. p. 13.

<sup>61</sup> **PERKINS VS. STANDARD OIL CO. DE CALIFORNIA**, [395 U.S. 642, 89 S.Ct.], (1969).

del consumidor es preferible a la desaparición de pequeñas y medianas industrias, lo que obliga a los ciudadanos a absorber el costo social del desempleo, sin embargo el estatuto no se aplica consistentemente desde 1977<sup>62</sup>

Las legislaciones civilistas tienden a ser menos eficaces que las legislaciones consuetudinarias para asignar eficientemente las responsabilidades individuales, si los preceptos en materia de entuertos no son exhaustivos, de vanguardia y eficaces este resultado se agrava.

Nuestra legislación de competencia solamente toca este punto de manera superficial y las últimas reformas han complicado más el asunto al proteger al infractor que haya obtenido inmunidad por una práctica absoluta de las reclamaciones en materia de daños y perjuicios expresamente y al no establecer claramente los derechos de los afectados por un agente que consigue un acuerdo extrajudicial para reclamar daños y perjuicios derivables directamente de la aceptación de culpabilidad encerrada en dicho acuerdo, cabe anotar además que, la legislación mexicana como única aportación a la posibilidad de exigir daños y perjuicios prevé en el artículo 38 que, cuando una resolución de la Comisión haya causado estado, esto es tal vez en dos o tres años y, dependiendo de que la misma no se revoque ya sea por cuestiones de fondo o de forma, se permite al actor deducir su acción para exigir daños y perjuicios. En caso de que la resolución se revocara por cuestiones de forma se esta dejando también al afectado sin su acción civil para demandar daños y perjuicios, la actuación de la Comisión se limita a realizar la estimación de los daños y perjuicios sobre base simple, en relación a los cuales el actor podrá ejercitar su acción.

Hasta el año 2005 no se había registrado demanda alguna de restitución de daños y perjuicios por particulares<sup>63</sup>, en relación con la materia.

En el caso de las inmunidades, expresamente el artículo 33 bis 3 reformado, exime indebidamente al infractor, cuando incurre en prácticas absolutas de la acción de daños y perjuicios al no salvaguardar el derecho a exigir dichos daños y estipular que:

“No procederá resolución judicial ni administrativa con base en la resolución que emita la Comisión en términos de este párrafo.”

Esto es incorrecto ya que le exime de una responsabilidad derivada del daño al particular, extendiendo el alcance de la inmunidad en materia de competencia, la cual solo debiera exentarlo de responder por los daños causados al proceso competitivo y no a los particulares, además a los denunciante de una práctica absoluta no se les da acción alguna para pronunciarse sobre la inmunidad, ni a los denunciante de una relativa sobre la legalidad y alcance del acuerdo extrajudicial. Tomando en cuenta que, la posibilidad de deducir daños y perjuicios prevista en el artículo 38 de la Ley, nace con base en las resoluciones firmes de la Comisión, su deducción a partir de estos nuevos preceptos queda

<sup>62</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Ob cit n.67.*, p. 581.

<sup>63</sup> OCDE. *Vid supra n.151.* p.29.

realmente en duda perdiendo de vista que una faceta es el daño al proceso competitivo y otra es el daño a otro particular derivado de una conducta ilícita, daño cuya posibilidad de restitución no debiera poder ser anulada por las autoridades de competencia, la inmunidad debiera ser solo respecto a las sanciones por el daño causado al proceso competitivo y no por los daños accesorios causados a un particular.

Aún cuando, para las prácticas relativas, el artículo 32 bis 2 estipula que se podrá concluir el procedimiento de manera extrajudicial sin dictar resolución final, imponiendo solamente un salario mínimo de multa “sin perjuicio de que se le reclamen daños y perjuicios”. Sin embargo la reclamación de daños y perjuicios del artículo 38, sigue sujetándose a la existencia de una resolución definitiva dictada por la Comisión, el nuevo artículo no establece que, con base a la aceptación de responsabilidad del agente económico contenida en el arreglo extrajudicial puede nacer también acción para exigir daños y perjuicios, la existencia de la acción en prácticas relativas queda en incertidumbre jurídica.

En el caso de la reparación del daño en Estados Unidos la acción civil, derivada de la *Clayton Act* en su sección 4º, permite obtener indemnización hasta por el triple de los daños causados, resultando en montos desincentivantes, una de sus virtudes centrales es que es una acción por cuerda separada a la ejercitada por el Estado, el particular puede tanto denunciar para que el gobierno inicie su propia investigación como entablar su juicio civil y proporcionar en este juicio civil las pruebas que el mismo obtenga. Una sanción tan fuerte y una motivación clara para los particulares, ha provocado que la sociedad norteamericana se vuelva vigilante de la conducta de los monopolios y el remedio de triples daños deriva sus efectos no solo desincentivando la conducta conforme a las reglas de la cantidad mínima e idealidad suficiente, sino que, cumple cabalmente con la regla de los efectos laterales.

En la actualidad los tribunales civiles federales mexicanos no abarcan las disputas de derecho económico, la participación de los particulares es escueta y se centra ante organismos administrativos, no ha habido ningún esfuerzo por parte de la Comisión, del Ejecutivo ni del Legislativo, para mejorar la situación de los particulares dañados por una práctica anticompetitiva, por el contrario cuando se presentó el proyecto original de ley Federal de Competencia Económica, la acción de daños y perjuicios para el particular estaba expresada como la posibilidad de exigir hasta el doble de dichos daños<sup>64</sup>, sin embargo el legislativo en una actitud altamente temerosa ante la posibilidad de asustar a las grandes transnacionales, cuya queja más frecuente sobre el sistema norteamericano es la acción de triples daños, decidieron dejar la estimación de daños sobre base simple para no fomentar la litigiosidad, con esta débil aplicación de sanciones por daños y perjuicios, se ha propiciado la nula participación de los particulares en la investigación de competencia,

<sup>64</sup> Iniciativa de Ley Federal de Competencia, artículo 38, 26 de noviembre de 1992, año II, número 11. La modificación que redujo la reparación del daño a daños simples, fue combatida en el discurso por el Diputado Emilio Becerra González con argumentos válidos y mencionando de paso la omisión de la legislación mexicana en cuanto a acciones de clase, sin embargo ante la mayoría presente del Partido Revolucionario Institucional, la modificación se aprobó. Véase Diario de Debates, Cámara de Diputados, 14 de diciembre de 1992, año II número 19, pp.2075-2077.

se hizo remoto y escabroso el camino para obtener alguna clase de reparación del daño, haciendo más redituables las coordinaciones de conducta y presiones a los competidores para coordinarse y seguir el juego de los líderes de mercado, que el hecho de denunciarlos por sus prácticas colusivas y presiones a la libertad de empresa, erosionando la regla de la cantidad mínima.

Otro punto que afecta la acción privada es que, el artículo 31 del reglamento, donde se manifiestan las causales de improcedencia de las denuncias que los particulares pudieran presentar, permite amplia discrecionalidad al ejecutivo para desechar denuncias sobre elementos subjetivos y, en el caso de las fracciones III, IV y VI, tienen como efecto colateral desconocer la personalidad del denunciante quien, no podrá interponer reconsideración a la resolución recaída al asunto al no ser reconocido como parte en la controversia quedándole solamente el amparo indirecto.

Por su importancia estos preceptos merecieran estar en la Ley y no en el reglamento, para dar mayor certeza jurídica a la acción de competencia.

Habiendo tocado el artículo 32 de la LFCE valdría también señalar que, en el mismo se consigna el concepto de interés jurídico para interponer denuncia o querrela tanto en prácticas absolutas como en relativas, sin embargo mientras en las prácticas absolutas pueden ser denunciada por cualquier persona, limita la personalidad para denunciar en materia de prácticas relativas a los "afectados"; dejando este criterio de afectación a la discrecionalidad de la Comisión al no prever mecanismos que permitan inferir o evaluar el supuesto daño a terceros por la práctica, tampoco da estándares sobre que grado de daño satisface el requisito de presentar a alguien como afectado, ni define que entiende por el término afectado o si la afectación debe ser directa o permite afectación indirecta, indebidamente, la Comisión suele en la práctica considerar únicamente el daño en primera línea derivado directamente de las conductas anticompetitivas, dejando desprotegidos a los particulares dañados en segunda y tercera línea, cuyo daño sea indirecto o no evidentemente monetario; como serían los consumidores como clase general y sus suministradores como agentes relacionados que pudieran sufrir un daño indirecto como la extinción de un comprador de sus insumos, lo cual concentra en su contra el poder de compra dentro del ramo industrial. El precepto mucho menos contempla a consumidores dañados, el simple término afectado resulta altamente subjetivo y violatorio de seguridad jurídica.

En cuanto a la figura de la reincidencia en el caso del derecho mexicano esta se contempla tanto en el artículo 35, 36 y 37 de la Ley Federal de Competencia Económica. En sus partes conducentes dichos preceptos detallan:

"Artículo 35.- La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones:

En caso de reincidencia se podrá imponer una multa hasta por el doble de la que corresponda o, hasta por el diez por ciento de las ventas anuales obtenidas por el



infractor durante el ejercicio fiscal anterior, o hasta por el diez por ciento del valor de los activos del infractor cualquiera que resulte más alta

Se considerará reincidente al que habiendo incurrido en una infracción que haya sido sancionada cometa otra del mismo tipo o naturaleza."

"Artículo 36.- La Comisión en la imposición de multas deberá considerar la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del infractor así como su capacidad económica."

"Artículo 37.- Cuando la infracción sea cometida por quien haya sido sancionado dos veces o más en términos del artículo 35 de esta Ley, la Comisión considerará los elementos a que hace referencia esta Ley, y en lugar de la sanción que corresponda podrá resolver la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones, por la parte que sea necesaria para que el agente económico no tenga poder sustancial en el mercado relevante.

Esta resolución solo podrá ser ejecutada por orden de la autoridad judicial competente:

Para efectos del párrafo anterior se entenderá que el infractor ha sido sancionado dos veces:

I. Cuando las resoluciones que impongan sanciones hayan causado estado.

II. Que al inicio del segundo o ulterior procedimiento exista resolución previa y que entre el inicio del procedimiento y la resolución que haya causado estado no hayan transcurrido más de diez años

III. Las sanciones por las prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas se hayan realizado en el mismo mercado relevante

Para efectos de este artículo las sanciones impuestas por una pluralidad de prácticas monopólicas o

concentraciones prohibidas por esta Ley en un mismo procedimiento se entenderán como una sola sanción

**No se considerará como sanción, para efectos de este artículo la resolución emitida por la Comisión conforme a lo dispuesto por el artículo 32 bis 2 de esta Ley**

Los agentes económicos tendrán derecho a presentar programas alternativos de desincorporación en el recurso de reconsideración previsto en esta Ley.

La Comisión acudirá ante la autoridad judicial competente para solicitarle que ejecute la resolución."

Cabe señalar que, por decisión expresa de la Suprema Corte, la Comisión no tiene facultades para exigir la desincorporación de lo fusionado, siendo esta sanción solamente imponible por los Tribunales Federales. Simplificando los elementos que se desprenden de los preceptos anteriores tenemos que:

- a) La reincidencia permite incrementar la sanción de la conducta hasta por el doble de la multa que corresponde a la primera Comisión o interponer las sanciones más radicales que contempla la Ley.
- b) La primera sanción debió haber sido dictada mediante resolución o sentencia que haya causado estado.
- c) Entiende como reincidencia únicamente la reiteración de conductas que se califiquen como iguales, sin detallar si la calificación de igualdad atenderá a la naturaleza o tipo de las conductas.
- d) Se le considera como agravante de las conductas previstas en la legislación.
- e) La aplicación del artículo 37 esta sujeta a que se conjuguen los elementos descritos por el artículo 35 esto es que, la primera conducta como sus subsecuentes se den en igualdad de modalidad, grado, tipos y naturaleza, adicionando los siguientes elementos:
  1. Que no hubieren pasado más de diez años entre la resolución firme de la primera infracción y la detección de la segunda infracción.
  2. Que la reiteración de conductas se de solamente respecto al mismo mercado relevante. A contrario *sensu* se interpreta que, si la nueva conducta se realiza por el mismo ente aunque cumpla con el elemento de ser del mismo "grado o naturaleza" pero tiene como objetivo o efectos en otro mercado relevante no se considerará reincidencia.
  3. Indebidamente exime de la reincidencia a las conductas que hayan concluido la

investigación mediante acuerdo extrajudicial. Siendo que, el acuerdo extrajudicial en sí debe entrañar en algún grado, una aceptación expresa de la Comisión de la infracción por el infractor, y la nueva Comisión de una conducta que cumpliera con el elemento igualdad implicaría en sí una violación al acuerdo mismo *per se*, resulta indebido que dicha violación al acuerdo no se considere un agravante, ya que se da al amparo de una conducta que no fue sancionada con el rigor completo de la Ley en aras de un beneficio concedido por la autoridad al infractor, violando así la garantía de igualdad jurídica entre los sancionados mediante acuerdo extrajudicial y los sancionados por resolución.

A este tipo le encontramos tres elementos desafortunados consistentes en limitar la aplicación de la reincidencia a conductas de la misma naturaleza o tipo cuando, la Ley nunca se pronuncia ni sugiere estudio alguno sobre la naturaleza de las conductas o sus efectos; el limitar la reincidencia a conductas acaecidas, dirigidas o con efectos en el mismo mercado relevante que la primera conducta sancionada y; el exentar del alcance de la reincidencia a las conductas anticompetitivas aceptadas por el infractor, cuya investigación concluyó con acuerdo extrajudicial, uniendo a este elemento que la ley no limita el beneficio de acogerse a los acuerdos extrajudiciales a la primera violación de la LFCE, solamente prevé la posibilidad de acogerse a este beneficio cada cinco años, sin considerar la violación de un acuerdo como una agravante y ni siquiera sanciona el rompimiento de dicho acuerdo *per se*.

La doctrina generalmente al referirse a la naturaleza de la conducta la califica por la naturaleza de los efectos que esta encaminada a producir y no por el nivel de participación en la cadena productiva de los infractores, así tenemos la división entre conductas excluyentes y colusivas, disertación sobre la cuál tanto la LFCE, su reglamento, las Cortes y la doctrina mexicana son omisas.

El no reparar sobre esta naturaleza de las conductas, hace más endeble la aplicación de la figura de la reincidencia ya que, la limita a elementos de grado y hechos materiales perdiendo de vista que, mientras la manifestación de la conducta puede tener múltiples variables el contenido y efecto puede ser el mismo, además de poderse lograr el mismo resultado a través de distintas formas de conducta, por tanto le sería en otro contexto aplicable la figura de la reincidencia auxiliando esta a desincentivar la Comisión de infracciones que aunque se manifiesten en distintas modalidades tuviesen el mismo fin, coludirse para conseguir, atrincherar o ejercer poder de mercado, en contra de las fuerzas económicas naturales o excluir a la competencia, objetivos comunes que pueden alcanzarse tras varios intentos variando la modalidad que reviste la conducta y el nivel de participación en el proceso productivo de los agentes involucrados; ya hemos hablado de como a través de una coordinación vertical pueden lograrse efectos colusivos o excluyentes horizontales, y sin embargo la conducta al ser calificada solamente en atención al nivel de participación de los infractores adquiriría una sanción al tenor del artículo 9 o 10 de la LFCE sin agravarse por reincidencia, si el infractor tiene el cuidado de variar sus acciones, provocando incertidumbre jurídica latente.

Se pierde de vista la función de la figura reincidencia<sup>65</sup>, mediante este elemento se pretende sancionar la reiteración y multiplicidad de actos independientemente de la forma de manifestación que estos tomen pero, encaminados a producir la misma lesión jurídica, realizados para dañar el mismo bien tutelado, en este caso la interacción independiente de los mercados o la posibilidad de concurrir a ellos es decir, cuando concurren una pluralidad de actos encaminados a la misma intención delictuosa, una lesión aunque fuere en distintas modalidades, del mismo bien jurídico tutelado debe calificarse como reincidencia. Se deben sancionar las conductas por la unidad que ellas representan hacia el propósito de violentar la Ley, aunque se realice la infracción a través de diversas modalidades, siempre y cuando este encaminada a lesionar reiteradamente el mismo bien jurídico.

En cuanto a la naturaleza colusiva o excluyente de las conductas, esta es independiente del grado o de la modalidad de la conducta por ejemplo, se puede discernir entre un boicot con fines excluyentes y un boicot con fines colusivo, lo mismo otras figuras como la división de territorios que pueden no influir en el precio pero si dispersar los esfuerzos de los competidores en mercados asignados para impedir la entrada de nuevos competidores o, ser un esfuerzo concertado para impedir la entrada entre competidores ya existentes y así mantener colusivamente condiciones de mercado favorables para ellos. El caso de los boicots en Estados Unidos estudiados en atención a su naturaleza resulta ampliamente ejemplificativo ya que, de dicha naturaleza las Cortes americanas han derivado el tratamiento *per se* o bajo la regla de la razón que a los mismos se les da, en el caso de un boicot con fines colusivos encontramos la acción concertada entre varios participantes para disciplinar a sus suministradores de insumos y fijar precios de materias primas (monopsónico), el boicot para restringir y fijar las condiciones para la distribución de un producto también se califica bajo la modalidad colusiva, en cambio el boicot encaminado a desprestigiar a un competidor hasta que salga del mercado, a litigar intensamente contra un suministrador que no se disciplina a los fines de la entente o, a condicionar el trato con determinados suministradores, distribuidores o competidores a fin de sacarlos del mercado independientemente de los entes que participen en el boicot que pueden ser o no del mismo grado de la cadena productiva tiene una naturaleza excluyente. Un caso muy ilustrativo de este tipo de prácticas de modalidad diversa, entre participantes de diversos eslabones de la cadena productiva pero con un fin excluyente absoluto, es el caso de **Toys U "R" S**, donde independientemente de la verticalidad de la conducta y su modalidad se sanciono su naturaleza excluyente al estar encaminada a expulsar del mercado a las tiendas de clubes de descuentos, al ejercer poder monopsónico para bloquearles el acceso a los juguetes de creación más reciente por parte de Toys U"R"S; implementando una coordinación con sus suministradores, aquí la finalidad no era lograr coordinar alguna condición de precios directamente sino excluir competencia a través de un cartel vertical, de esta manera podemos observar que, las conductas excluyentes afectan directamente la conducta independiente entre los participantes de un mercado abstrayéndolos de los efectos naturales del mercado sobre su actividad, su finalidad es homologar la conducta de los participantes para atrincherar poder de mercado, las prácticas excluyentes tienden a afectar indirectamente las condiciones de mercado, concentrando y restringiendo las

<sup>65</sup> CARBAJAL Contreras, Máximo. **Derecho Aduanero**. México, Porrúa, 2007 14a. Ed., p. 475.

opciones presentes en el mismo, la finalidad es restringir el número de participantes, para de dicha escasez de opciones derivar dividendos.<sup>66</sup>

Otra diferencia latente de la naturaleza colusiva o exclusiva de las conductas parte de los sujetos a los que estas conductas afectan como grupo en general, tenemos que las conductas colusivas al pretender uniformar la conducta de los agentes económicos se asocian generalmente con el daño a los consumidores, mientras que la conducta excluyente se relaciona con el daño principal al competidor y secundario al consumidor al limitarse sus opciones de compra. En México además de existir poco reparo por parte de las autoridades sobre la naturaleza de las conductas existe mucho menos preocupación por los efectos excluyentes de las mismas que por sus efectos colusivos. Esta ambigüedad al hablar de la naturaleza de las conductas cuando la ley nunca se refiere a las conductas por su naturaleza como tal sino por grado, violenta la reglas de la cantidad mínima y precisión de la norma, al enumerarla como elemento de valoración para la figura reincidencia.

En segundo lugar, tenemos el elemento derivado del artículo 37 fracción III en comento que, limita la reincidencia a que las conductas se lleven a cabo en el mismo mercado relevante.

Como se comentó en este mismo capítulo la legislación mexicana carece de definición de mercado relevante, contando solo con los parámetros econométricos considerados para su determinación y suponiendo nuestras cortes que todos los "hombres de negocios" están familiarizados con dicho concepto, sin embargo y, aunado a la ambigüedad del termino del que se hace depender la reincidencia se requiere para su conformación que las conductas se den en el mismo mercado, por tanto aún cuando se cometan diversas prácticas idénticas en naturaleza pero buscando afectar diferentes mercados relevantes o a través de distintas formas de conducta o en épocas diversas, el constante desacato a diversos preceptos legales no será considerado como reincidencia, para escapar de la reincidencia basta con variar la forma de las conductas en la jurisdicción mexicana.

Bajo el precepto actual no puede considerarse reincidencia cuando, para lograr efectos en un mercado de bienes finales se realizan conductas ilícitas a través de un mercado relacionado o de factores que será el que sufra el efecto directo pero que, como efecto indirecto afiance el poder de mercado en bienes finales de un agente económico. El limitar la reincidencia a que las conductas se repitan en el mercado relevante pierde el objetivo de sancionar la reiteración de un ente en una conducta ilegal no importando la forma que revista y, parece más bien una carta abierta a experimentar diversas conductas en diversos mercados, hasta ver si estas pueden dar indirectamente el efecto deseado por el infractor, sin agravar la conducta de un ente que constantemente infringe la ley y cuya conducta en diversos mercados resulta consistentemente nociva.

En cuanto al tercer elemento contenido en la parte final del artículo 37 de la LFCE y que exime a los acuerdos extrajudiciales de ser tomados en cuenta para la reincidencia al no considerar como sanción la resolución que a estos acuerdos recaiga, a título personal me

---

<sup>66</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *vid Supra*, n.3., p.217.

parece alarmantemente desafortunada, el artículo 33 bis 2 contiene un beneficio establecido por la Ley para un agente económico que acepte su responsabilidad en la Comisión de prácticas relativas, el que su conducta desemboque en un acuerdo extrajudicial no lo exime del elemento culpabilidad, el acuerdo extrajudicial no elimina la antijuridicidad de las conductas sobre las que recae, al infractor que se atiene al beneficio no tendría por que eximirse de la aplicación de la figura reincidencia.

La reiteración de la conducta supone de facto el rompimiento del acuerdo extrajudicial, sin embargo por la redacción del artículo correspondiente en la LFCE dicho rompimiento solo será tomado en cuenta cuando se de dentro de los cinco años siguientes al alcance del acuerdo extrajudicial y su efecto se limita a negar al infractor reiterativo la posibilidad de alcanzar un nuevo acuerdo sobre la nueva conducta y a la multa aplicable por la violación del acuerdo, la nueva conducta se sancionara sin tomarla como el refrendo de una tendencia a la ilicitud, sin que sobre él infractor pese la figura de la reincidencia o siquiera de un desacato judicial (al no revisarse los acuerdos judicialmente), su único efecto será el pago de multa del artículo 35 fracción XI y, a que el nuevo acto sea juzgado sin beneficios. De considerarse el acuerdo como una aceptación de culpabilidad computable para efectos de reincidencia estaríamos ante una conducta agravada que, derivaría en la mayor sanción contemplada por la LFCE consistente en el 10% de las ventas anuales del infractor o el 10% del valor de sus activos.

Contrariamente al criterio mexicano tanto Estados Unidos como Canadá sancionan gravemente el rompimiento de un acuerdo extrajudicial y la reiteración de la conducta, en el momento en que se rompe el acuerdo este queda sin efectos, se presume un desacato en el caso de Canadá donde dichos acuerdos son registrados judicialmente por el Tribunal de la Competencia, dándole a dicho registro un carácter similar al de una sentencia de conformidad, por tanto se les aplica la figura de la reincidencia, mediante la cual se puede agravar la sanción con hasta cinco años de prisión o multas de hasta diez millones de dólares, como sanción por haberse atenido al beneficio que el gobierno les extendía por la aceptación de la culpabilidad y servirse de él para repetir la conducta, se presume que la sanción anterior no fue lo suficientemente fuerte y no cumplió con el objetivo de desincentivar la conducta por tanto se sanciona con mayor severidad agravándose con la figura de reincidencia o desacato.

Cabe mencionar que, para proteger el interés privado que se hubiese visto afectado por una conducta anticompetitiva resuelta mediante acuerdo extrajudicial, la sección 106(2) de la *Competition Act* le permite aplicar al afectado ante el Tribunal dentro de los 60 días siguientes al registro, para rescindir uno o más términos del acuerdo o variarlos, aunque las inmunidades son concedidas en materia penal por el Procurador General de Canadá y en materia civil por el Buró, al poder revisar el acuerdo el Tribunal y pronunciarse sobre él se denota una amplia interacción en la aplicación de las leyes de competencia por parte del poder ejecutivo y judicial del Canadá.

La posibilidad para el particular de pronunciarse como tercero perjudicado del acuerdo extrajudicial es un beneficio que, en la figura del artículo 33 bis 2 de la legislación mexicana no existe y que provoca inseguridad jurídica sobre la protección de los derechos

de particulares afectados por la conducta a la que se sanciona mediante el acuerdo extrajudicial, condenándolo solamente al pago de la multa de un salario mínimo, además de significarse nuevamente en una acción unívoca del poder ejecutivo en materia de competencia, ya que la legalidad del acuerdo no será estudiada por las autoridades judiciales y sus términos no podrán ser modificados por esta.

La reincidencia contemplada por la *Competition Act* en sus artículos 34 a 36, no solo se aplica a la reiteración de conductas acabadas también sanciona bajo esta la reiteración de una conducta que no hubiere terminado en primera instancia de conformarse y, se hubiese quedado como tentativa o la reanudación de una conducta que hubiere cesado mediante acuerdo extrajudicial, la sanción varía tratándose de conductas penales, o administrativas.

La LFCE tampoco permite la supletoriedad de la Comisión para corregir omisiones o tipificaciones incorrectas en la figuras denunciadas por los particulares obligando a estos a invertir más recursos en asesoría privada en materia de competencia, para poder iniciar un procedimiento contra la conducta anticompetitiva de otra empresa y lograr una denuncia procedente, la Comisión ofrece escaso apoyo a los afectados que en su mayoría desconocen los elementos de la Ley, así mismo aún cuando la conducta denunciada se halla indebidamente tipificada pero cumple con elementos suficientes para configurar otra conducta tipificada en los artículos 9 y 10 de la Ley, generalmente se cierra la investigación sin fincar responsabilidad y pocas veces hace uso de su discrecionalidad para investigar de oficio la otra conducta posiblemente configurada e indebidamente tipificada por el denunciante.

La Ley mexicana omite el tratamiento de figuras como los *joint ventures* o co-inversiones, como formas de colaboración empresarial, respecto a las co-inversiones no tenemos definición en texto de Ley sobre ellas, sin embargo desde el punto de vista formal mercantil sí podemos decir, por eliminación, que no son las co-inversiones para el derecho mexicano.

A estas figuras, no puede considerárseles sociedades mercantiles al no reunir los requisitos de los artículos 1 y 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, por tanto no puede conferírseles la personalidad jurídica que estas ostentan, tampoco pueden considerarse sociedades irregulares. En el de caso colaboraciones vinculadas a actividades comerciales o con fines de lucro, este mismo fin impide que se les considere ontológicamente como sociedades civiles. Por tanto, la mayor parte del marco jurídico de sus actuaciones queda dentro del campo de la responsabilidad aquilina básica sin existir reglas aplicables a las actividades, relaciones, obligaciones y participación en la toma de decisiones de dichos entes, especialmente en el intercambio de información, esfuerzos y coordinaciones de conductas que de ellos en sus diversas modalidades derivan. Así, el *joint venture* es una clara manifestación de la interacción comercial nacida de contratos privados poco vigilados en México, relaciones que producen consecuencias jurídicas y tienen efectos en los mercados sin estar debidamente regulados y formalizados tampoco se vigila que, las co-inversiones que se traducen con el tiempo en una sociedad distinta se limiten al objeto válido del acuerdo de coinversión que les dio origen y, no se signifiquen en una restricción de la competencia.

La preocupación sobre los *joint ventures* nace a partir de que, implican un grado de colaboración entre competidores, que elimina cierto grado de competencia e independencia, entraña la posibilidad de que estos se usen para facilitar colusiones y exclusiones.

Resulta necesario atender a las diversas clases que, la co-inversión puede revestir, al evaluar los diversos tipos de *joint venture* conviene atender a tres elementos, intencionalidad, eficiencia resultados y contagio de las conductas a otros competidores. La doctrina estadounidense reconoce tres tipos de co inversiones<sup>67</sup>:

a) Co-inversiones para la investigación y el desarrollo. En ellas se unifican recursos intelectuales y financieros de dos firmas rivales, para lograr el desarrollo de nuevos productos, procesos o conocimientos técnico-científicos, implica el compartir instalaciones y la creación de nuevos bienes servicios o desarrollos enteros de nuevas redes, frecuentemente se dan para abatir costos ya que, una sola firma puede carecer de la metodología o los recursos para realizar la investigación, implican el cruce de licenciamientos de propiedad intelectual, patentes y marcas y derivan en la creación de nueva propiedad intelectual y, llevan a significativos avances tecnológicos. En orden de incentivar este tipo de conversiones el Congreso Estadounidense ha reconocido excepciones para protegerlas de la aplicación del derecho antimonopolio a través de la *National Cooperative Research and Production Act* de 1993, como veremos en el capítulo IV de esta tesis.

b) Co-inversiones de producción. Se trata de esfuerzos conjuntos para crear nuevos productos o servicios, estos pueden implicar el compartir facilidades de construcción y técnicas de producción, para el desarrollo de nuevos bienes, servicios y metodologías, implican la transmisión de información financiera y de procesos altamente sensible. El problema con las co-inversiones que crean nuevos productos es que, invariablemente representan una concentración de la oferta y la demanda ya que, generalmente el nuevo producto no cuenta con un sustituto cercano en manos de un competidor que discipline su precio.

c) Co-inversiones para la distribución. Combinan la capacidad de las firmas para llevar productos o servicios al mercado, estas co-inversiones pueden crear, combinar mejorar, expandir o limitar canales de distribución, implica el flujo de comunicación constante sobre métodos y costos de comercialización entre los inversionistas, flujo que deberá ser analizado por las autoridades de competencia

A pesar de contadas excepciones, las Cortes estadounidenses han advertido a las firmas involucradas en una co-inversión que, la etiqueta de co inversión no les otorga inmunidad ante el escrutinio antimonopolio, sin embargo para darles certeza jurídica han implantado mecanismos de prenotificación de estas conductas que protegen de la acción privada al *venture* notificado, mientras se estudian sus implicaciones y dan certeza sobre la conducta

<sup>67</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *Vid Supra*, n.3, p.206.



que les esta permitida a las partes. Además de que las reformas a la *National Cooperative Research and Production Act*, han extendido el alcance de las excepciones contempladas por este ordenamiento

La simple formación de una co-inversión puede tener efectos colusivos o exclusionarios ya que, al combinar las capacidades de las firmas que colectivamente detentarían significativo poder de mercado, la co-inversión se significa en una sustitución de los esfuerzos individuales que sobre la producción desarrollo o investigación de la materia podrían hacer los entes competidores, por la cooperación para la obtención de un resultado común con el flujo de información, técnica y recursos que ello requiere y que, en cualquier momento puede traducirse en un vehículo de practicas anticompetitivas y paralelismos que concentran mercados, sobre todo si los co inversionistas tienen la capacidad por separado de comportarse de manera independiente de las condiciones de mercado. El no regular específicamente las colaboraciones creadas bajo el marco de la co-inversión deja de lado la posibilidad del Estado de conocer la formación y operación del *joint venture*, lo cual a la larga puede traducirse en efectos colusivos y exclusionarios, las reglas operativas pueden significarse en denegaciones de trato, ventas atadas, exclusividades, ventas condicionadas, que no serían necesariamente proporcionales al grado de restricción necesario, para la creación del nuevo producto, el aumento de cobertura o la innovación en la producción y comercialización para la que se ha creado la co-inversión.

Para evitar esto se pueden dictar medidas como, el limitar la participación en el panel directivo de la *joint venture*, limitar los intercambios de información al objeto originalmente presentado a las autoridades de la co-inversión y asegurar la autonomía de los directivos de la co-inversión para tomar decisiones sobre precios y producción.

Las Cortes deben ponderar, los alcances de la co-inversión, mientras más competidores sean incluidos en la co-inversión mayor es la posibilidad de que esta alcance poder de mercado, habrá que estudiar sus efectos exclusionarios, para determinar si dicha exclusión es un objetivo principal o simplemente un efecto accesorio de la cooperación para alcanzar fines trascendentes .

Para evaluar todos estos parámetros Estados Unidos publico sus *Guidelines for collaborations among competitors 2000*, en las que busca estudiar los alcances económicos de las *joint ventures*, confiriéndoles a estas la naturaleza de acuerdos para fines antimonopolio o de fusiones, cuando concentran la adquisición de activos. Por medio de las disposiciones correspondientes, el gobierno puede supervisar si la co-inversión contempla restricciones accesorias proporcionales a un objeto lícito y vigilar que, la co-inversión no se traduzca en división y discriminación de mercados o consumidores, hasta que grado y bajo que condiciones se contempla el trato entre competidores, la licencia y comercialización de los productos obtenidos, si se trata de una co-inversión de acceso exclusivo, si existen medidas en la constitución de la misma que prevengan la coordinación excesiva de conductas más allá de los fines y productos abarcados por la co-inversión, etc.

En el caso Estados Unidos vs. Penn Olin Chemical Co.,<sup>68</sup> la Corte esgrimió un parámetro para analizar las coinversiones:

- a) Se deberá evaluar el número y el poder de los co- inversores
- b) La relación entre sus líneas de comercio.
- c) La competencia existente entre ellos y, el poder de cada uno al lidiar con los competidores.
- d) Los parámetros en atención a los cuales se crea el *joint venture*.
- e) Las razones y la necesidad de su existencia.
- f) La línea de comercialización de la co-inversión y su relación con la actividad de los inversionistas.
- g) La sensibilidad de su línea de comercio a las prácticas anticompetitivas.
- h) El poder potencial de la co-inversión en el mercado relevante.
- i) El efecto de la co inversión en sus competidores.
- j) Un estimado de que efectos se tendrían si los co-inversionistas hubieran decidido actuar individualmente. Esto incluye la obligación de determinar si, había posibilidades reales de que la mejora o la investigación fuera realizada por los co-inversionistas de manera independiente.
- k) Otros factores que evidencien riesgo potencial a la competencia en el mercado relevante.

En el caso de Canadá, la sección 45(3) de la *Competition Act* prevé un beneficio para los co-inversionistas que notifican su *joint venture*, si el acuerdo se relaciona única y específicamente con puntos como estándares de calidad, cooperación para investigación y desarrollo y restricciones en publicidad o promoción, siempre que el acuerdo no tenga probabilidades de manejar la competencia a través de estas conductas al trastocar precios, cantidades de producción, cualidades, mercados de clientes, métodos de distribución o tienda a limitar las opciones de consumo, se justifica la operación a criterio del Tribunal. La co-inversión, cuando esta plantea restricciones al mercado, solo encontrará una defensa si la restricción es accesoria y suficiente para provocar una mejora principal que deberá ser perdurable y transferible en beneficios más allá del productor. Se ha propuesto ampliar la *Competition Act* para facultar al tribunal para pronunciarse sobre los efectos anticompetitivos de determinados acuerdos de co-inversión, se esta desarrollando una lista de factores a considerar al revisar acuerdos, para que con base en ella esta pueda ordenar la suspensión de los efectos del acuerdo o, de considerarlo concordante emitir un certificado a las partes donde asegure que no seguirá procedimiento alguno sobre la actividad certificada del *joint venture*.

A su vez, se deberá evaluar si la co-inversión implica el intercambio de información; intercambio que, en materia de competencia no solo trata sobre datos económicos sensibles entre competidores, sino de información puede llevar a crear o consolidar mercados de reputación, sobre los cuales en sí ha existido poco estudio a nivel legal en México.

<sup>68</sup> ESTADOS UNIDOS VS. PENN OLIN CHEMICAL CO., [378 U.S. 177].

Cuando se habla de asimetría en la información, se refiere este concepto a la información sobre un bien o servicio disponible para competidores, relacionados y consumidores. De acuerdo con la información disponible los economistas califican los bienes o servicios en tres categorías: bienes o servicios búsqueda, bienes o servicios experiencia y bienes o servicios creencia<sup>69</sup>. El bien o servicio búsqueda es aquel cuyas características son bien conocidas, hay suficiente información disponible sobre el mismo y se pueden tomar decisiones acertadas en base a esa información, la información disponible sobre una gama de bienes o servicios también afecta la elasticidad precio de manda del mismo y la independencia de sus productores de las condiciones de mercado, al crear un nicho aislado de competencia. En los bienes experiencia, no se conocen sus características hasta que se experimenta con ellos ya sea en un primer uso o usos subsecuentes, se obtiene la información básica después de la experiencia.

Los bienes y servicios creencia son aquellos con los que, no se cuentan características tangibles que nos den información sobre ellos, se consume con una frecuencia no uniforme y no permiten que una experiencia constante nos de información sobre ellos, es el caso de servicios profesionales. En los bienes experiencia y los bienes creencia se da la creación de mercados de reputación a través de los sistemas de certificación, en ellos abundan prácticas excluyentes; plantean a las legislaciones el dilema de ¿que tanto la certificación sirve para obtener información sobre la calidad de un bien y que tanto se significa como una barrera de entrada? ¿Que tanto peligro significan para que se de una colusión a través de figuras como códigos de ética y de calidad mínima? Tenemos el caso de los ingenieros donde algunas asociaciones promueven el establecimiento de precios mínimos buscando evitar que se dé una guerra de precios entre ingenieros que pudiera poner en jaque la calidad de los materiales empleados so pena de perder el aval de la asociación; la legislación mexicana no hace ninguna mención al tratamiento que debiera darse a este dilema.

En los servicios profesionales, se favorece la integración de profesionistas en asociaciones civiles, donde se fijan condiciones de prestación de servicios y se da intercambio de información sensible con una escasa vigilancia de la Comisión, como si los servicios profesionales no tuvieran características especiales que, requieren ciertos criterios a nivel legislativo, esta faceta resulta más clara cuando se estudia a la luz de la tradición Estadounidense ya que en México, no existen aún pronunciamientos sobre el contenido de una conducta, frente a la libertad de competencia a nivel servicios profesionales como las que se han presentado en Estados Unidos, resulta vital estudiar las externalidades presentadas en estos mercados de reputación marcada como es el caso frecuente de asociaciones de médicos ingenieros y abogados, quienes incurren en acuerdos colusivos argumentando que acuerdan con sus miembros limitar su competencia en función de valores más importantes presentes en su actividad como lo es, la seguridad de los usuarios, especialización de los servicios o derechos laborales de los prestadores de servicios, además hay que considerar que, en estos mercados los costos de búsqueda, problemas de agente principal y el rango de íter cambiabilidad representan barreras a la competencia y competencia. El usuario compra un servicio profesional bajo condiciones

<sup>69</sup> Comisión Federal de Competencia económica, *Vid supra*, n.58., p.116.

en las cuales la información disponible sobre el producto comprado y su calidad, es sumamente limitada, los costos varían en función de la reputación y muchas asociaciones de profesionales exigen a sus miembros limitar las promociones y descuentos en la prestación de sus servicios en aras supuestamente de no poner en entredicho la calidad de los servicios prestados, sin embargo dichas asociaciones, fallan en dar información pertinente a los usuarios sobre la calidad certificada de los mismos, aprovechándose de la asimetría de información propia de estos mercados de experiencia y más aún los mercados creencia. En este tipo de mercados es donde más impacto tiene la facultad de entablar acciones privadas en contra de prácticas tanto absolutas como relativas, ya que es el particular el que puede dar conocimiento a la Comisión de la intensidad de competencia en tarifas, promociones y servicios existente en entre los agremiados a determinadas asociaciones y así, disminuir la asimetría de la información, facilitando las investigaciones; la acción particular permitiría que otros consumidores contarán con más elementos para evaluar el servicio que están contratando y las condiciones pactadas.

Sumado a lo anterior, habrá que considerar que, varios sectores de la economía mexicana presentan el dilema del regulador atrapado, esto es la presión de grupos con gran presencia económica sobre la agenda legislativa y ejecutiva.

La libertad económica desreglada crea poder económico en mercados concentrados, favorece el desorden y el abuso de los grandes agentes económicos, estos grupos suelen manejarse de diversas formas ante las agendas gubernamentales y legislativas, ya sea presionando para la creación de nuevas barreras a la entrada, imponiendo normas sanitarias, de seguridad, barreras a la inversión extranjera, licencias limitantes, requisitos técnicos y de inversión mínima, argumentando derechos adquiridos y derechos exclusivos, o presionando para aligerar sus obligaciones ante la sociedad, (eliminación de encajes legales, garantías otorgadas sobre su gestión, boicoteando medidas de vigilancia, etc). Se oponen a una mínima intervención de la Ley en las decisiones empresariales y al otorgamiento de mayores instrumentos de inspección de la conducta empresarial a la autoridad.

En Estados Unidos también es latente la presión económica de ciertas empresas sobre las decisiones de competencia, ejemplos claros de este tipo de presiones lo constituyen la postura del ramo transportista de carga pesada en aquel país, que ha truncado la entrada de los transportistas mexicanos creando normas discriminatorias de seguridad en carreteras y certificaciones excesivas apoyadas por el gobierno, el caso del cadalso de la industria energética que mantuvo como rehén económico de unas cuantas empresas a todo el Estado de California, traducido en el caso Enron la cual adquirió suficiente poder económico y político, como para oponerse en su momento a las reglas que auditarían a profundidad su conducta, provocó escasez ficticia de energéticos en California para encarecer la energía eléctrica y elevar sus ganancias y finalmente, obtuvo tanto poder político y económico que olvido cualquier comportamiento ético incidiendo en conductas fraudulentas, ya no solo contra el consumidor y sus competidores, sino contra sus propios accionistas. En el caso mexicano la "Ley de Comunicaciones", hizo notable la presión económica de los dos empresarios mas grandes del ramo de la telecomunicación sobre los legisladores en épocas electorales, para asegurarse de que los intereses de sus negocios,

fuesen favorecidos aún a costa de la ya de por sí escasa competencia en el ramo, en este caso se presionó por una legislación técnicamente excluyente, estos intereses, se impusieron a la demanda de las mayorías que exigen que se regule y se rompa la concentración de poder evidente en el ramo. La presión a los reguladores contrasta con el nulo monitoreo de conducta empresarial en México y, con la nula actividad de abogacía por la competencia en nuestro país. Cuando se ha capturado al regulador por intereses económicos se desvía el propósito de las mejores legislaciones, erosionando la generalidad de las leyes.

El poder económico, permite a los regulados contar con recursos para financiar campañas en contra de quienes intenten legislar en contra de sus intereses. A su vez muchas comisiones sectoriales están integradas por ex trabajadores de los oligopolios que pretenden regular.

Respecto a la aplicación general y equitativa de la Ley, esta se ve seriamente cuestionada al tener entes reguladores de la competencia atrapados por el poder económico de los oligopolios, estos no solo despliegan conducta anticompetitiva, su poder económico les permite tejer una trama de intereses con diversas fuerzas políticas y económicas presentes en otros sectores e incluso en otras naciones, a esto debemos sumarle que, en estos casos cada país solo percibe un fragmento de la conducta haciendo más complicada su persecución, mediante el uso de medios de comunicación pueden atrapar a la opinión pública y usar dicho poder en intereses políticos, inhibiendo la creación y reforma de leyes que permitirían limitar su poder de mercado. El uso de los medios, especialmente en materia de telecomunicaciones para inhibir reformas competitivas que desgastan el poder oligopólico de empresas de gran poder es comúnmente visto en México, en ocasiones se valen de la difusión para apuntalar con ataques personales a los reguladores, inhibiendo su conducta y su participación en los procesos de reforma y no existe tipo que sancione eficazmente el uso infundado de medios contra el regulador o el investigador, esta situación se agrava cuando el encargado de resolver la controversia es un ente administrativo dependiente del poder más político de los tres, el Ejecutivo, la agencia ejecutiva encargada de la investigación y aplicación de la ley de competencia, es meramente un descentralizado administrativo sin autonomía presupuestal y cuyos principales funcionarios son designados por el Presidente sin participación de cualquier otro poder.

La participación del poder legislativo en el proceso de nombramiento de los comisionados, en particular la ratificación del encargo conferido a estos por el Senado, ha sido fuente de constantes controversias, la más reciente resuelta el pasado 10 de mayo de 2007 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomando una decisión a todas luces incorrecta, declaró inconstitucional el artículo 26 reformado de la Ley Federal de Competencia Económica<sup>70</sup>, dejando de nuevo la Comisión en manos totales del Poder Ejecutivo, el artículo 26 reformado en la parte relevante que suscitó la controversia rezaba:

---

<sup>70</sup> *Vid supra*, n.180.

"Artículo 26. Los comisionados serán designados por el Titular del Ejecutivo Federal. La Cámara de Senadores podrá objetar dichas designaciones por mayoría, y cuando se encuentre en receso por la Comisión Permanente, con la misma votación. En todo caso, la instancia legislativa tendrá treinta días para resolver, vencido este plazo sin que se emita resolución al respecto, se entenderá como no objetado el nombramiento".

Este dispositivo legal respondía a las inquietudes fundadas de que, todas las decisiones en materia de competencia y la investigación de prácticas anticoncurrentes fueran realizadas por personas bajo el control del poder Ejecutivo, sin intervención de otros poderes de la Unión, como se da en la mayor parte de las legislaturas del mundo, con la finalidad de que la división de poderes diese mayor seguridad a la política y aplicación de la Ley de competencia.

Se buscaba involucrar al legislativo en esta materia y lograr que, la ratificación de comisionados por parte del Senado transparentara la actuación de este organismo. Sin embargo la Corte; al tratar el artículo 26 de la Ley Federal de Competencia Económica, consideró que el texto transgredía los artículos 49, 89 fracción II y 90 de la Constitución, señalando que la facultad de objetar los nombramientos de comisionados en la CFC llegaba al grado que el Congreso se arrogara facultades del Ejecutivo, visión por demás obtusa.

De la mano con este criterio, resolvió declarar la invalidez del artículo 28 en su fracción III declarando que, también era violatorio del principio de división de poderes obligar al presidente de la COFECO a presentar un informe ante el Congreso sobre el desempeño de la Comisión así, se le exime de la presentación de información al Congreso que ilustraría sobre la concentración de poder en el mercado mexicano, cerrando la puerta a la posibilidad de cuestionar al ejecutivo sobre las medidas tomadas contra concentraciones de poder y su trabajo en cuanto al diseño de mercados.

Como vemos estos criterios promueven un presidencialismo en materia de competencia económica y, cierran el paso a una de las pocas soluciones que podrían tomarse para evitar que el regulador quedase atrapado por el poder económico de los oligopolios, al intervenir más de un poder en la materia, disminuiría la posibilidad de atrapar a todos los reguladores, erróneamente se impide al Congreso involucrarse en la creación de la política de competencia nacional, evita el cuestionamiento al ejecutivo sobre la aplicación de las leyes de la materia, e inhabilita la presentación ante los representantes de la sociedad de informes que evidencien la composición estructural del mercado mexicano y sus concentraciones.

Estos criterios reafirman, en el 62% de los gobernados<sup>71</sup>; la impresión de que la materia

<sup>71</sup> OCDE. *Vid supra*, n.151.

de competencia no se conduce con la transparencia debida y que, algunas decisiones y la actuación en sí de la Comisión han sido acompañadas de la protección de intereses particulares contrarios a la competencia, uniendo esta falta de transparencia, con los pocos resultados difundidos y tangibles derivados de la actuación de la CFCE, se refrenda la impresión de gobernados y sector empresarial de que la CFCE es un organismo carente de vigor, donde la visión presidencial es todopoderosa. Tanto el Congreso como el Ejecutivo son blancos constantes de presiones de agentes económicos para crear o eludir la aplicación de leyes que mermen su poder económico, otro ejemplo de tal presión se da en el área de la aviación donde, por años se ha presionado al Congreso para crear legislación donde se exima a los servicios de las aerolíneas comerciales de la aplicación de la LFCE, estos entes logran saltar la aplicación de las leyes de competencia aprobadas en contra de sus intereses, a través de la presión que ejercen sobre sus comisiones sectoriales dependientes del ejecutivo, cuestión que solo podrá frenarse y transparentarse, de permitir la interacción de poderes en esta materia .

Actualmente, el único control de independencia sobre los Comisionados deriva de la duración de sus cargos por periodos de diez años, removibles solo por causas graves, cuestión que fue ampliamente controvertida durante el debate de la Ley original, como consta en la exposición de motivos de la LFCE<sup>72</sup>.

Los perjudicados por la inhibición del regulador o del investigador son en general los consumidores, las empresas pequeñas y medianas competidoras y, los suministradores con menor poder económico, sufren de primera mano la cortapisa a la libertad económica que significa el comportamiento oligopólico o monopolístico estructural de estas empresas, finalmente, dicha conducta repercute en el factor trabajo ya que, al quebrar las pequeñas y medianas empresas se concentrara la demanda de mano de obra en las pocas empresas restantes.

Por otro lado, la LFCE no contiene medidas, encaminadas a sancionar coordinación de conducta cuando, conductas anormales económicamente, se despliegan por agentes económicos. La única hipótesis prevista en el Reglamento que sanciona en sí conducta interna de agentes económicos singulares, versa sobre un solo indicio de conducta coordinada, el paralelismo de precios exigiendo más allá del comportamiento paralelo, la igualdad de los mismos haciendo la hipótesis innecesariamente estrecha, donde únicamente dicha igualdad de precios se equipara limitativamente a la fijación de precios de conformidad con el artículo 9º del Reglamento, estableciendo a través de ella una presunción *iuris tantum* que, sin más elementos la asimila a la fijación de precios y restringe el uso de este elemento únicamente para dicha conducta de nivel horizontal.

Trataremos esta conducta para su comparación internacional bajo un parámetro todavía más funcional y versátil, del que se desprende de la letra de la Ley asimilándola al paralelismo en precios, aunque no perdemos de vista que más bien la hipótesis en comento exige una igualdad en numerario de los mismos.

---

<sup>72</sup> Diario de Debates, Cámara de Diputados, 14 de diciembre de 1992, año II número 19, p.2080.

El paralelismo en precios por si solo, no es evidencia suficiente de conductas ilegales sin embargo, presumiendo sin conceder que lo fuera, esta conducta ilícita puede tomar no solo la forma de la fijación de precios, también puede ser resultado de una conducta vertical u horizontal diversa a dicha fijación. Indebidamente restringe la evidencia circunstancial para la existencia de un acuerdo al paralelismo de precios y restringe esa evidencia únicamente en cuanto a la conducta fijación de precios dejando para todas las demás la carga de demostrar un acuerdo, cuando como ya lo mencionamos generalmente, las evidencias de conducta indebida se quedan en manos del infractor a su vez, evita pronunciarse sobre otros elementos circunstanciales que, sumados pueden derivar en la presunción de un acuerdo. Haría falta en la LFCE a nivel de Ley para mayor seguridad jurídica, un capítulo sobre el tratamiento, naturaleza y clases de evidencia circunstancial que, sumada puede evidenciar una conducta económicamente anormal y permita presumir la existencia de un acuerdo.

El limitar la inferencia de acuerdos al único criterio de precios iguales o paralelos demuestra un grave desconocimiento de la posibilidad de conductas coordinadas, no siempre la existencia de precios paralelos es producto de prácticas anticompetitivas, ni todas las prácticas se coordinan igualando precios en numerario, a veces la coordinación puede versar sobre estandarización de la producción, división de mercados, ventas por temporadas, porcentajes de alzas o bajas de precios, evitar descuentos, estabilizar precios sin igualarlos, incrementar o deprimir el precio mediante porcentajes equivalentes aunque no iguales y que no reflejen un mismo precio en numerario y por temporadas escalonadas, igualar condiciones de venta distintas al precio como sería atar productos, entrar en un comportamiento como el contemplado en la teoría de los juegos, producción escalonada o racionalizada, etcétera, tampoco todos los paralelismos derivan en conductas similares equivalentes o siquiera parecidas en objeto intención y forma a las fijaciones de precios, como indebidamente lo marca el artículo 9º del Reglamento.

Consideramos que, la nueva disposición reglamentaria solo abarca un factor que pudiera evidenciar una faceta de conducta coordinada, restringiendo su aplicación a precios exactamente iguales en numerario bajo su letra, ni siquiera cabría el investigar alzas o bajas de precios correlacionadas a nivel porcentual y su única utilidad será el que mediante el mismo podría presumirse la existencia de un acuerdo únicamente para la figura de fijación de precios, sin embargo si no se cumplen además los elementos exactos de la hipótesis de la fracción I del artículo 9 de la Ley la presunción queda inoperante, ya que no se aplicará como una posibilidad en si misma la conducta coordinada sino solamente como un elemento más y solamente cuando este se encamine a configurar una fijación de precios, la hipótesis no da mayores parámetros que permitan delimitar si los agentes económicos demuestran o no conducta independiente, ni toma en cuenta la estructura de mercado para fortalecer o desvirtuar la presunción. En resumen establecer una conducta como único elemento para presumir conducta coordinada, solamente para la modalidad fijación de precios pierde de vista los siguientes elementos:

- 1.- Un precio igual no siempre es producto de una coordinación.
- 2.- Una coordinación de conducta no siempre se refleja en precios iguales en numerario o en el factor precio.



3.- Una coordinación también puede darse para atrincherar poder de mercado y, estabilizar precios o condiciones de participación en el mercado sin que como resultado los precios sean iguales en numerario estos pueden subirse bajarse o estabilizarse mediante porcentajes o temporadas, la hipótesis del artículo 9 solo estudia la conducta "alza de precios" y no la depresión de los mismos ni su estancamiento o sostenimiento artificial.

4.- Al aplicarse solo a la fijación de precios en su variante horizontal contenida en la fracción I del artículo 9 de la LFCE, se pierden de vista otras modalidades que puede revestir la conducta coordinada y, se sujeta su viabilidad a que se traduzca en conductas ya estrictamente tipificadas, por tanto ni siquiera resulta aplicable a conductas como la fijación de precios verticales, al orquestar un cartel a través de conducta vertical o la coordinación tácita para el trato exclusivo y la coordinación de territorios.

5.- Al sujetar la presunción a la presentación de precios que reflejen igualdad en numerario se descarta el poder aplicarla a conductas coordinadas que elevan deprimen o sostienen artificialmente precios en porcentaje, la redacción de la hipótesis legal exige que, los precios sean sustancialmente iguales dejando de lado, el poder coordinar un alza de precios en porcentaje, donde los precios no son en numerario iguales pero todos están un porcentaje arriba o abajo del precio competitivo en relación con su costo marginal.

6.- En cuanto a la invitación a coludirse como factor circunstancial esta indebidamente limitado a las instrucciones emitidas por las cámaras y no a las invitaciones de cualquier agente económico en sí como conducta factor que pudiere facilitar una colusión. Entonces, de no ser una cámara empresarial la mera invitación de una gente económico a coordinarse, no será factor de presunción en sí

Finalmente, de lo que se trata en una coordinación de conducta no es probar que existe en sí un acuerdo entre agentes económicos para realizar prácticas ilícitas sino de descartar comportamiento independiente que evita, la existencia real de competencia y disminuye su intensidad

El incluir al paralelismo como presunción para la figura fijación de precios, a través del Reglamento, provoca que dicha disposición pueda ser anulada en los tribunales ya que de considerarse que, mediante esta presunción se crean nuevos tipos de conducta sancionable o se extiende mucho más de la letra de la Ley, se fincan serias dudas sobre la legalidad de la disposición. Resulta notable la inclusión de la fracción II del artículo 9º del Reglamento, la cual está específicamente diseñada para el caso del cemento mexicano, cuyos precios de exportación, fueron por mucho tiempo, más bajos que el precio interno, sin embargo resultaría interesante ver la aplicación de este mismo precepto en el apartado combustibles. El hecho de que la presunción de paralelismo se asome por el reglamento y que la Comisión no cuente con herramientas de investigación como las visitas domiciliarias o el registro de archivos deja casi inoperante la presunción ya que, no se tiene un tipo en la Ley para que la conducta coordinada más allá del paralelismo en precios, sea considerado como una conducta ilegal, la definición de coordinación de conducta va más allá de los precios en sí, como lo demuestra el caso **American Tobacco** de Estados Unidos, donde se define a la coordinación de conducta como:

"Cuando las circunstancias son tales que evidencien para el jurado más allá de duda razonable que, los conspiradores tendrían unidad en sus propósitos, o un diseño y entendimiento en común o una convergencia mental para alcanzar resultados ilegales, entonces la inferencia de que una conspiración se ha establecido es justificada.<sup>73</sup>"

Por su parte la *Competition Act* establece en su sección 45 (I) (c) que:

"Toda persona es culpable de una conducta sancionable jurídicamente cuando conspire, se combine, convenga o acuerde con otra persona para prevenir o dañar indebidamente la competencia en la producción, manufactura, compra, intercambio, venta, almacenamiento, acumulación, renta, transporte o suministro de un producto".

Aún las tendencias más liberales comercialmente en Estados Unidos han admitido la necesidad de la presunción del elemento acuerdo, aunque adicionándole elementos a los supuestos de convicción, así el caso **Monsanto Co. Vs. Spray Rite Service Corp**<sup>74</sup>, declara que, para demostrar la existencia de un acuerdo tácito se debe demostrar la existencia de un acto consciente, un compromiso, encaminado a lograr un fin común e ilegal, presentándose evidencia para estos fines que tienda a excluir la posibilidad de actuación independiente, bastando probar que, la acción coordinada dio frutos benéficos para los participantes a costa de romper con el óptimo paretiano, o que la conducta coordinada dio como resultado el perjuicio constante de un competidor de ambos que de manera independiente no hubiera existido.

La carencia de herramientas de investigación impide a la Comisión obtener evidencia circunstancial suficiente contra conductas coordinadas, para sostener sus fallos ante los tribunales tampoco cuenta con medios para romper la interdependencia de los agentes económicos cuando esta no es producto del curso normal del mercado<sup>75</sup>. El criterio aplicado por esta parece ignorar que la conducta oligopólica de Cournot no solo se refleja en el factor precios mucho menos se limita a igualdad de precios máximos, estándar al que se limita la fracción II del artículo 9 del Reglamento al declarar:

"Artículo 9.- Son indicios de la existencia de una práctica monopólica absoluta:

II Dos o más competidores establezcan los mismos

<sup>73</sup> **AMERICAN TOBACCO CO. VS. UNITED STATES.** [328 U.S.781,66 S.Ct.1125, 90 L. Ed1575] (1946).

<sup>74</sup> **MONSANTO CO. VS. SPRAY RITE SERVICE CORP.** [465 U.S. 752, 82 S. Ct. 82-914] (1984)

<sup>75</sup> GONZÁLEZ de Cossio, Francisco., *Vid supra n. 21.*, p.36

precios máximos para un bien o servicio o se adhieran a los precios de venta o compra de un bien o servicio que emita una asociación o cámara empresarial o cualquier competidor"

En el caso del derecho Estadounidense, la presunción de conducta limitada o la inferencia de un acuerdo no se limita al paralelismo en precios, se deben tomar en cuenta muchos otros elementos que evidencien la ausencia de conducta independiente entre los entes participantes en el mercado y no lo limitar a una sola expresión de la conducta ni a los efectos horizontales de la misma, la carga de la prueba varía si estamos ante un caso en materia de competencia económica o si el caso ya fue llevado a jurisdicciones penales, cuando el caso pasa a la jurisdicción penal se le pedirá a un denunciante que basa su caso en evidencia de conducta coordinada circunstancial que, descarte la posibilidad de actividad independiente más allá de duda razonable, cuando la denuncia se da bajo las leyes antimonopolio basta con que dicha posibilidad de acción independiente sea menos plausible que la actuación coordinada de los agentes económicos, posibilidad demostrable a través de una suma de factores circunstanciales que permitirán evidenciar, la reunión de propósitos, pensamientos o intenciones de los agentes económicos para concentrar el mercado<sup>76</sup>, muchas veces cuando se reúnen varios factores circunstanciales resulta innecesario contar con evidencia directa para iniciar la acción legal, estos factores no solo se aplican para saber si llevan a una conducta coordinada, sino para determinar si los mismos fueron usados para facilitar una colusión en progreso, estos factores, se han venido esgrimiendo a través de varios casos como los mencionados American Tobacco, Monsanto, Interstate Circuit y, Theatre Enterprises, enunciativamente mencionamos los más comunes<sup>77</sup>:

- Motivo y oportunidad de conspirar (ausencia o debilidad de las reglas de cantidad mínima e idealidad suficiente).
- Precios sustancialmente paralelos en comportamiento.
- Estructura y cambios de comportamiento en el mercado.
- Momento económico de la industria (boyante, en crisis o estable).
- Cambios súbitos en políticas de venta incluyendo políticas de precios.
- Invitaciones a la colusión.
- Revelación voluntaria de información sobre precios y ventas así como su intercambio.
- Comunicación entre rivales.
- Programas de rastreo o de castigo de conducta independiente (cláusula de igualación del precio más bajo).
- Actuación anormal en parámetros económicos en ausencia de acuerdos o de seguridad de que los rivales imitaran la conducta, (como la compra de inventarios de rivales

<sup>76</sup> IN RE BRAND NAME PRESCRIPTIONS DRUGS ANTITRUST LITIGATION, [186 F.3d. 781-187, 7th Circuit 1999] (1999), (Opinión del Juez Posner).

<sup>77</sup> UNITED STATES VS. FOLEY, [Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 4º Circuito, 8598, F2d.1323], (1979) y; BLOOMKEST FERTILIZER INC VS, POTASH CORP OF SASKATCHEWAN INC., [203, F.3d.,1028 8º Circuito], (2000), (opiniones disidentes de los Jueces; John R Gibson, Heaney, Mc Millian, Richard S. Arnold y Murphy).

- cuando se tiene suficiente producción).
- Conducta en el mercado que pareciera irracional en ausencia de acuerdo.
  - Presencia de conductas que tienden a facilitar acuerdos o uniformar políticas de venta.
  - Conocimiento previo de ajustes de precio y cambio en políticas y condiciones de venta.
  - Testimonio de expertos que valoren y determinen que los precios están por encima del parámetro competitivo.
  - Expectativa o existencia de ganancias económicas sustanciales que no hubieran sido posibles de comportarse independientemente cada participante en el mercado.
  - Interdependencia evidenciada por la toma de decisiones o la realización de conductas anormales donde el cumplimiento de las mismas no sería redituable de no estar seguro o suficientemente convencido de que la competencia también realizará el cambio de conducta.

El resultado de esta suma de factores es la posibilidad de presentar un caso de conspiración *prima facie*, mostrando una suma de factores más allá del simple paralelismo en precios numerarios, sin la obligación de evidencia directa y sin limitar dicha posibilidad a una sola conducta previamente estructurada, lo cual incrementa la posibilidad de sancionar conspiraciones en formas incipientes y novedosas. Dicha coordinación de conducta se estudia para una diversidad de conductas no necesariamente reflejadas en precios paralelos como la división de territorios, donde las firmas actúen coordinadamente y de manera tácita para no entrar en el territorio de competencia de otra firma, cuando dicha entrada sería una condición normal de su expansión económica y, de no efectuarse redunde en el respeto de un nicho territorial de competencia entre competidores que, se esperaría tuvieran una competencia territorial intensiva<sup>78</sup>.

En casos como **In Re Brand Baby Food**<sup>79</sup>, se ha considerado que, el paralelismo por sí mismo no es prueba ni inferencia suficiente para considerar que precios paralelos sean producto de conductas coordinadas

En cuanto a, las disposiciones procesales en materia de competencia económica en México vale la pena recordar que, mientras la LFCE esta en vigor desde junio de 1993, el Reglamento tardó cinco años más en promulgarse; indebidamente se relegaron al Reglamento diversas figuras procedimentales, aún con la reciente reforma de dicho Reglamento en octubre de 2007, se siguen conteniendo en él medidas subjetivas que van más allá de la letra de la Ley tal es el caso de la mencionada presunción de acuerdo. Resulta incomprensible como en este Reglamento se contienen figuras adicionadas o presunciones de conducta y sin embargo no se incluyan en él los Lineamientos completos para la evaluación de fusiones, así como la evaluación de los efectos de la fusiones y eficiencias para conocer sus efectos sobre la competencia, a su vez resulta especialmente perjudicial que dicho Reglamento, no contenga la descripción de los índices que la Comisión utiliza para evaluar la concentración de poder de mercado usados por esta institución, estos índices se encuentran descritos única y brevemente en circulares administrativas, para el caso la "**Resolución por la que se da a conocer el método para**

<sup>78</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker. *Ob cit*, n.3, p. 308.

<sup>79</sup> **IN RE BABY FOOD ANTITRUST LITIGATION**, [166 F.3d-135, 3er Circuito].

**el cálculo de índices para determinar el grado de concentración que existe en el mercado relevante y los criterios para su aplicación " de 24 de julio de 1998,** el no contenerse estos parámetros al menos, en el Reglamento de la Ley provoca una mayor inseguridad jurídica y el desconocimiento del gobernado sobre dichos parámetros.

Tampoco existen en la LFCE o su reglamento disposiciones para la recusación y revocación de comisionados que pudieran estar involucrados con el caso que deben estudiar, la única forma de combatir a un miembro de la Comisión con opinión viciada resulta una denuncia administrativa ante Función Pública siendo este recurso poco práctico.

En cuanto a la fijación de precios gubernamentales, este sigue siendo un control de la economía vigente en manos del gobierno sobre artículos necesarios, de demanda inelástica y con imperfecciones de mercado que provocan consumidores cautivos del poder desplegado en ciertas actividades por entes privados. Sin embargo, muchos precios aparentemente regulados en la época de sustitución de importaciones, eran el resultado de acuerdos de fijación de precios gestados dentro de las cámaras, cuya afiliación era obligatoria, se adoptaban por el gobierno a través de SECOFI, pese a que hoy la afiliación a dichas cámaras es libre y se prohíbe la fijación de precios por agentes económicos y las conductas colusivas a través de las cámaras, la colusión a través de dichos organismos se sigue dando especialmente en los sectores de servicios profesionales.

La fijación de precios es una facultad concedida al Ejecutivo Federal, por el Congreso a través del artículo 28 Constitucional y, ratificada en el artículo 7º, de la Ley Federal de Competencia Económica, generalmente la fijación de precios ocurre en mercados donde no existe competencia eficaz y se requiere simular el precio como se daría en un mercado competido o con fallas latentes como la existencia de pocos agentes económicos que poseen considerable poder de mercado, muchas veces se prefiere volver a la regulación de precios que buscar herramientas para desconcentrar el poder que detentan unos pocos agentes o sancionar ciertas conductas abusivas tradicionales y recurrentes en ciertos mercados como el del maíz, la distribución de medicinas y la tortilla que dan constantes problemas de conducta colusiva, coordinada a través de la reducción de producción y segmentación de mercados son un ejemplo de esta falla, en estos casos se ha preferido regular el precio que sancionar y escarmentar a los grupos implicados en la conducta como los de distribuidores de masa para tortilla que, detentan un gran poder de mercado que no solo se evidencia en un poder de fijar precios por encima del nivel competitivo, sino de excluir competencia, deprimir precios en los mercados de factores y dividir mercados en la distribución de harina de cada grupo harinero.

Aunque el ejecutivo con base en el artículo 7º, puede decretar la regulación tarifaria de un sector, esto no garantiza que la CFC participe en los estudios que llevan a la determinación de esta regulación tarifaria ya que esta puede darse, mediante reglamentos sectoriales sin la participación de la Comisión, así sucedió en la regulación tarifaria de los aeropuertos y la prestación de servicios auxiliares, así como en la regulación de tarifas para operaciones portuarias y en varias de las regulaciones de precios del gas licuado de petróleo.

En condiciones de apremio el gobierno se ha reservado, el derecho de utilizar la política de precios y tarifas con propósitos diversos por ejemplo: objetivos antiinflacionarios o subsidios a diversos usuarios.

No siempre se han adoptado las mejores formas de regulación de precios, por ejemplo el gas LP sigue considerando un margen de ganancia para el distribuidor más el costo que cobraba PEMEX al distribuidor por el traslado del cilindro desde sus terminales a la planta distribuidora, sin embargo desde 2001 estas ventas se realizan LAB<sup>80</sup> en Pemex, pudiendo el distribuidor trasladar sus propios tanques hasta su planta, lo cual se tradujo en ahorro de costo marginal que nunca fue traspasado al consumidor y solo incremento el excedente del productor, este caso nos evidencia que, una menor vigilancia de las empresas no implica la posibilidad de que los ahorros derivados de las sinergias económicas se traduzcan en beneficios para agentes económicos distintos al productor final.

Una encuesta sobre los factores críticos para el éxito de las inversiones en sectores sujetos a regulación tarifaria reveló que, la mitad de las empresas consultadas todavía se interesa en invertir en un sector regulado, siempre y cuando se cumplan las condiciones siguientes:

- 1.- Un marco jurídico estable y un sistema judicial eficaz.
- 2.- Tarifas apropiadas y un proceso de cobranza ordenado.
- 3.- Independencia de las autoridades regulatorias.
- 4.- Un gobierno que no interfiera en el control operativo ni en las decisiones de negocios.

Las últimas mercancías sujetas a controles tarifarios liberalizadas, fueron la hatina y la tortilla de maíz en 1998, sin embargo su conducta empresarial ha sido poco independiente e irregular por ello vuelven regularse precios mediante acuerdos con la PROFECO, celebrados y renovados constantemente en la última década, sin que se sancione firmemente la conducta anticompetitiva que provocó la coordinación de precios y condiciones de venta.

### **1.5. El papel de las jurisdicciones locales y estatales**

El artículo 15 de la Ley Federal de Competencia Económica, solía facultar a la Comisión para actuar contra normativas gubernamentales que resultasen en perjuicio para la competencia, cuando entidades estatales o locales adoptasen alguna medida que restringiera el comercio interestatal o extranjero ya que, como lo estipula el artículo 117 de la Constitución Mexicana, la reglamentación de ese comercio es potestad del Gobierno Federal, de facto el artículo 14 de la LFCE permitía a la Comisión declarar dichas disposiciones como barrera al comercio interestatal y por ello declarar su ineficacia jurídica, dicha disposición fue declarada inválida desde 2004, debido a que la nulidad de

---

<sup>80</sup> Acróstico utilizado para determinar el termino de compra venta internacional "Libre a bordo" el cual determina que, el vendedor únicamente corre con los gastos de la operación para poner a disposición del comprador el bien, libre a bordo en la cubierta del buque en el puerto acordado.

los actos, sobre todo en el caso de leyes estatales, solo puede ser declarada por los Tribunales, la disposición en sí era contraria al orden Constitucional y violatoria de la soberanía estatal. Es decir la declaratoria de ineficacia jurídica respecto a medidas que, de conformidad al artículo 117 Constitucional fracción V, tuvieren como objeto prohibir la entrada o salida de mercancías o servicios del territorio de un Estado a otro deberá realizarse por los Tribunales del orbe Federal los encargados de resolver las resultantes controversias constitucionales, y los únicos facultados para dar interpretación a la Constitución Federal.

Al amparo de la vigencia de este artículo en su momento, la Comisión se pronunció sobre 11 casos, estos pronunciamientos recayeron sobre requisitos sanitarios impuestos por los estados a la importación de alimentos perecederos y, la aplicación por parte de las localidades del principio comercial de trato nacional a las importaciones fue ampliamente controvertida, en la práctica ciertas medidas estatales cortaban el flujo comercial de productos extranjeros entre los Estados de la Republica al exigir diferentes requisitos accesorios a la regulación Federal.

La invalidez del artículo 15, provocó también la reforma del artículo 14, así en lugar de la declaratoria de ineficacia jurídica anteriormente contemplada por la LFCE, se implantó la creación de un dictamen no vinculante en relación al cual el Ejecutivo Federal de considerarlo conducente ejercitaría discrecionalmente la acción constitucional, para dejar sin efecto ante los tribunales las disposiciones locales incompatibles con el artículo 117 Constitucional. El ejercicio de esta facultad queda al arbitrio del ejecutivo sin que se pueda interponer recurso alguno ante su inactividad, debilitando así la capacidad de actuación de la Comisión a nivel estatal y la acción de las autoridades estatales afectadas.

Antes de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 de la LFCE, la Comisión para evitar impugnaciones, hacía recomendaciones no vinculantes a los gobiernos estatales locales en lo relacionado a normas que afectan el comercio interestatal, así realizó recomendaciones sobre sectores como farmacéuticos, servicios de transporte, cerveza, servicios funerarios y tortillas.

Hoy existe poca injerencia directa de la Comisión en la investigación de prácticas que dañan la competencia interestatal debido a la confusión de figuras, es cierto que el encargo de regular el comercio recae originariamente en el Congreso de la Unión y extraordinariamente en el Ejecutivo, como facultad no delegable y esta facultad se confundió con la asignación de la Comisión para vigilar la debida competencia entre los mercados estatales, extrapolándola violatoriamente a la posibilidad de declarar la ineficacia jurídica de las leyes estatales, se confundió la facultad de regular y normar el comercio que recae en el Poder Legislativo Federal y de pronunciarse sobre la validez de las normas estatales que recae en los Tribunales Federales, con las actividades ejecutivas de defensa de la competencia entre las entidades federativas, dejando entonces endeble a la Comisión para actuar respecto a dicha defensa, debido a la falta de herramientas administrativas y la poca presencia de la Comisión a nivel estatal. Estas lagunas provocan que cuando una entidad pública estatal actúa ya sea en uso de su *imperium*, como órgano de gobierno o como agente económico la CFCE tenga poca injerencia sobre su actuación,

limitándose a la emisión de opiniones no vinculantes.

En cuanto a las legislaciones a nivel estatal que buscan, normar el comercio dentro de un estado observamos que, en su mayoría las Constituciones estatales que se pronuncian sobre el monopolio se limitan a reproducir los parámetros esgrimidos por el artículo 28 Constitucional y el 253 del Código Penal de la Federación enfocando su aplicación principalmente a artículos de consumo básico, destaca de manera particular a nivel local la Ley Orgánica Municipal Reglamentaria del Título Quinto de la Constitución Política del Estado de Jalisco, el cual obliga a los ayuntamientos a colaborar con las autoridades federales y estatales en las acciones necesarias para la planeación económica y combate de monopolios en virtud e los artículos 26 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Distrito Federal y el Estado de México cuentan con disposiciones especiales en casos de licitación y concesiones para cada una. En el caso del Distrito Federal en la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio público mediante el artículo 77 especifica que, cuando el otorgamiento de una concesión pueda dar lugar a monopolios privados se puede dispensar la licitación y contratarse mediante adjudicación directa dicha concesión. El Estado de México en el caso específico del sector transporte limita el otorgamiento de concesiones a dos por persona física no importando la modalidad del servicio y aclara que las concesiones no pueden otorgar exclusividad o monopolio en la prestación del servicio, por lo que cuando se considere que, pueden derivar en contravenciones al artículo 28 Constitucional se podrá negar dicha concesión o los permisos correspondientes.<sup>81</sup>

La LFCE no prevé excepción ni protección para la conducta de una parte privada bajo la teoría de los actos de Estado para actos de las entidades federativas, fuera de los monopolios reconocidos mediante Ley, al parecer en estos casos impone una sanción reducida al infractor.

En el caso de Estados Unidos la aplicación de la teoría de la jurisdicción territorial por los efectos también se aplica en el ámbito estatal, así las conductas cuyos efectos se resiente solamente en la actividad comercial de un estado sin efectos directos o sustanciales en el comercio entre los Estados, a nivel Federal o con otras naciones, recaen dentro de la jurisdicción de las cortes civiles estatales<sup>82</sup>, ya que la facultad Federal de regular el comercio, se refiere a las relaciones comerciales entre estados dejando a la jurisdicción local las conductas que solo tienen efecto dentro de la circunscripción de un Estado.

En el caso de Estados Unidos y más aún en el escenario canadiense la jurisdicción estatal toma aspectos verdaderamente relevantes.

Por parte de los Estados Unidos, la facultad de regular la actividad comercial en la esfera Federal se restringe al comercio entre Estados, dejando la regulación de la actividad

<sup>81</sup> AGUILAR Álvarez de Alba. *Vid supra* n.54.p. 344-345.

<sup>82</sup> **TIMBERLANE LUMBER CO. VS. BANK OF AMERICA N.T. AND S.A.**, [549 F.2d., 597, 9º Circuito] (1976).



económica con efectos intraestatales a las autoridades locales, razón por la cuál varios Estados de la Unión cuentan con leyes antimonopolio propias; administran justicia a nivel local en materia de competencia económica a través de sus cortes civiles y sus procuradores generales estatales, pueden ejercitar acciones en materia de competencia bajo sus leyes locales o solicitar el inicio de acciones bajo las leyes federales. Sin embargo la mayoría de los estados siguen Lineamientos más o menos uniformes, que permiten a los abogados evaluar la conveniencia de los foros locales donde inician sus casos, eligen jurados, sustancian el procedimiento o certifican clases.

Cuando se trata de casos de gran interés para la Federación, la Comisión Federal de Comercio puede acudir ante las Cortes locales al igual que los procuradores estatales para iniciar acciones bajo la ley estatal cuestionando los efectos económicos dentro del Estado, de ciertas conductas aunque no tengan alcance Federal.

El escenario Canadiense es verdaderamente complejo en materia de relaciones económicas interprovinciales, los gobiernos locales gozan de amplia soberanía en materias como leyes civiles incluyendo las disposiciones relativas a la propiedad, leyes sobre recursos naturales que impactan su comercio y la distribución de la riqueza a nivel Federal, salud y cultura, lo anterior provoca un alto impacto en la política, creación y aplicación de leyes de competencia económica ya que, muchas veces el ejercicio de la materia se subordina a intereses culturales, sanitarios, de preservación, y comercio restringido de recursos naturales locales específicos, a ello debemos sumar las facultades concurrentes de las provincias en materia de agricultura, protección al medio ambiente e inmigración que afectan la movilidad en la prestación de servicios y el intercambio comercial de bienes agrícolas, aunque el gobierno Federal conserva la regulación del comercio inter estatal estas facultades provinciales cuartan el intercambio comercial entre las provincias <sup>83</sup>, significándose en sendas barreras no arancelarias al intercambio comercial y minando la competencia económica en el mercado común canadiense

A nivel Federal, las preocupaciones de las provincias tienen un amplio impacto en la política de competencia económica ya que se considera que la discontinuidad de desarrollo económico entre provincias es una de las fuentes de descontento que debilitan el pacto Federal, se da una importancia primordial al impacto de las políticas y leyes de competencia económica sobre la eficiencia distributiva de la riqueza entre provincias con gran cantidad de recursos naturales y provincias con escasez, para provocar una circulación de bienestar económico más uniforme a nivel provincial se creo el Programa de Pagos de Nivelación, sobre el que abundaremos en futuros capítulos de la presente tesis.

Aunque el Parlamento tiene facultad exclusiva para regular el comercio federal e internacional. La soberanía de las provincias sobre las leyes civiles, patrimonio cultural y educación, recursos naturales, planeación económica de la provincia, protección al consumidor y condiciones laborales, no son de menor impacto sobre la capacidad

---

<sup>83</sup> Secciones 121 y 122 ,Constitución de 1867, cláusula del mercado común, así como el Acta de la América del Norte Británica.

competitiva de la Federación, ya que el ejercicio de su derecho soberano sobre los recursos naturales no solo impacta sus intercambios comerciales y competitividad en el extranjero sino se significa en condiciones de comercio de dichos bienes con las otras provincias canadienses, significándose estos recursos en grandes ingresos para unas provincias y, en una alza de los costos hundidos de producción para otras provincias dentro del mismo Canadá.

Resulta ilustrativo el ejemplo proporcionado por Elisa Dávalos, “imaginemos que el Estado de Tabasco y no el gobierno Federal tuviera el control sobre el petróleo en el caso de México”<sup>84</sup>.

Estos distintos órdenes y la amplia autonomía de las provincias frecuentemente se traducen en barreras locales sanitarias, de seguridad, sobre la propiedad, sobre la movilidad de activos y personas, compras gubernamentales marcadas por el provincialismo, subsidios interprovinciales, el comercio de bienes culturales y recursos naturales restringido no solo en el comercio internacional del Canadá sino en el comercio interprovincial. Ejemplos básicos de esta segmentación, son los requisitos de desempeño y producción presentes en varias provincias, los requerimientos de empaquetado, contenido y comercialización de productos como lo es la margarina sin colorantes en Quebec que obliga a empresas productoras a crear un producto específico para la región ya que la típica margarina amarilla no entraría, la prohibición de vender lácteos sin soya en Ontario que, en el caso mexicano obligaría a empresas como Yakult a no vender su producto en una región como esta, requisitos de empaquetado para frutas y legumbres, reglamentos de seguridad que impiden la entrada de camiones de determinadas dimensiones, lo que obliga a los comerciantes de otras provincias que quisieran llevar su producto a Ontario a contratar en el límite provincial otro transportista, a su vez existen fuertes restricciones para la compra de energéticos fuera de la provincia donde se tiene la planta productiva y, la exigencia en algunas municipalidades de solo adquirir en licitaciones productos regionales, o licitaciones realizadas sin mayor transparencia a favor de proveedores regionales, así como algunas restricciones removidas no hace mucho para industrias como la de bebidas alcohólicas que les impedían vender su producto en provincias donde no tuvieran una fábrica establecida, al ser estas restricciones regionales generales para los no originarios las importaciones también se enfrentan con estas barreras así como la inversión extranjera directa.<sup>85</sup>

Cada provincia tiene una posición distinta en el mercado nacional y por tanto persigue derivar objetivos distintos de la competencia económica como medio, lo cual provoca una amplia disparidad en materia de leyes, abogacía y política de competencia. A su vez cada región presenta un desarrollo distinto y prefiere comerciar con vecinos que se encuentran en el mismo grado de desarrollo, así por ejemplo para el caso de compras gubernamentales las provincias del oeste intentan no discriminarse y han llegado a un acuerdo<sup>86</sup>, para participar entre ellas en las licitaciones de sus gobiernos provinciales,

<sup>84</sup> DÁVALOS, Elisa. *Vid supra*, n.141,p.18.

<sup>85</sup> *Idem*, p.73.

<sup>86</sup> Intergovernmental Agreement on Goods Procurement.

obviamente estos beneficios no se extienden a las provincias del Canadá central, este o a las provincias del Atlántico. Los acuerdos sobre los mecanismos de abastecimiento de los gobiernos provinciales a nivel Federal han fracasado ante preferencias localistas no arancelarias. A su vez las provincias presentan diversos niveles de dependencia e intensidad de participación en el mercado común nacional y el internacional, además de un arraigado pensamiento regionalista en el consumidor regional. Por ejemplo la provincia más ligada al mercado nacional Ontario es la encargada de generar el 40% del PIB canadiense y es el proveedor nacional más importante, a su vez es una de las economías provinciales punta en el comercio internacional.

En Canadá, no solo las provincias gozan de amplia soberanía en determinadas materias, sino que son altamente activas en la procuración de justicia en materia de competencia, además nos encontramos con un país que alberga dos tradiciones jurídicas distintas; la familia del *common law* para las provincias de origen británico y la del derecho románico para las provincias franco parlantes, las cuales se traducen en procedimientos distintos para perseguir prácticas anticompetitivas.

Como resultado de esta dualidad se tienen dos opciones de procedimiento; el local cuando se busca solo sancionar los efectos de la conducta dentro de los límites estatales o un proceso federal cuando se busca comprobar los efectos adversos de la práctica anticompetitiva en distintas provincias de Canadá, cuando se persigue localmente puede dar como resultado una multiplicidad de procesos en distintas provincias bajo distintos preceptos legales y parámetros, lo que dificulta la defensa simultánea en los diversos foros para el presunto responsable, tomando en cuenta que, las localidades pueden imponer diversos y contrastantes requisitos ya sea para conceder interés jurídico, certificar una acción de clase o probar el daño. Esta dualidad de procedimientos también se presenta en los Estados Unidos.

Las jurisdicciones estatales otorgan gran poder al impacto cultural de una conducta económica en una u otra región de un país.

Aún cuando ciertas conductas podrían no tener un efecto económico significativo a nivel de patrimonio cultural, pueden representar una amenaza para la pluralidad de las raíces de las provincias canadienses, se privilegia entonces la preservación de la identidad y del patrimonio cultural sobre las eficiencias económicas que por ejemplo una fusión o una co-inversión podrían significar, si esta conducta significa un impacto adverso en los derechos culturales de las provincias canadienses, restringiéndose en aras de proteger el patrimonio cultural, la inversión extranjera en este tipo de empresas.

En estos casos, los procuradores generales de las provincias canadienses podrán objetar la transacción económica, por sus impactos sobre objetivos distintos a la eficiencia logrando ordenes que prohíban ciertas conductas que, aunque redunden en eficiencia económica se traduzcan en alguna forma de pérdida del patrimonio cultural regional, como lo fue el caso de adquisición de editoriales francófonas por las cadenas Borders, de habla inglesa que se tradujeron en una menor disponibilidad de libros en francés en provincias como Montreal o Quebec, las medidas emprendidas sobre este caso redundaron en restricciones

a la propiedad extranjera en editoriales además de, subsidios a la industria los cuales buscan evitar que se disminuya el nivel de contenido francés en los medios. La participación extranjera en dichos casos deberá ser aprobada por la, Oficina de Patrimonio Cultural, se limita acciones sin voto o hasta un 20% de participación extranjera, dependiendo la provincia. Una medida adicional con miras a evitar la piratería y el mercado negro de libros impide a los vendedores de libros ordenar material de fuentes distintas a sus distribuidores autorizados. La restricción sustantiva a la inversión extranjera en las industrias culturales obedece a que el traer capital extranjero implica atraer influencia, cultura e ideas financieras extranjeras.

Estos recursos fortifican las facultades de regulación de mercado de las provincias canadienses, ejercida con miras a preservar las firmas regionales, cuando bajo la finalidad un interés cultural, o controlar recursos naturales, el gobierno autoriza que una entidad concentre poder de mercado en determinadas provincias, se considera que dicha conducta recae en la defensa de la conducta regulada, excepción mediante la cual se protegen ciertas conductas vistas como necesarias de la aplicación de las leyes antimonopolio, entre los programas de protección exentos se incluye a aquellos administrados por comisiones estatales que establecen precios por provincia a determinados bienes cuando, se considera que dichas comisiones están actuando en aras del interés público ya que su conducta se prevé en alguna regulación específica expresión de la soberanía estatal, así mediante la soberanía de las provincias canadienses y la convergencia de poderes federales y estatales, se crean a nivel local leyes que distorsionan la competencia en mercados locales y que inhiben el comercio a nivel federal en aras de objetivos sociales que constituyen el interés público.

Muchas veces las figuras regulatorias que limitan las negociaciones internacionales resultan menos complicadas que, las que afectan el comercio interprovincial en el Canadá, debido a estas observaciones el 1° de julio de 1995 entro en vigor el Acuerdo sobre Comercio Interno, con miras promover un mercado interno congruente, abierto y eficiente al obligar a las provincias a tratar los productos y servicios de otras provincias de manera no menos favorable a los productos regionales, una especie de trato nacional a nivel provincial, permitiendo así el movimiento de bienes y servicios interestatales, buscando que las medidas regulatorias locales tengan propósitos de interés público legítimo y restrinjan el comercio hasta la medida necesaria para preservar el interés público sin embargo, el acuerdo no ha sido exitoso para atacar restricciones intra estado, lidiar con las inquietudes multiculturales de Canadá ni para limitar los sistemas de control de precios, normas de etiquetado, empaçado, contenido, suministros y subsidios regionales. El acuerdo tiene limitada coercibilidad, basándose principalmente en negociaciones y significándose en un tortuoso camino para establecer un panel federal, los particulares tienen derechos limitados para quejarse y no poseen acción directa para llevar su caso ante el panel siendo la única sanción al incumplimiento del acuerdo la mala fama para la provincia o la suspensión de beneficios de efectos equivalentes entre provincias bajo la letra del artículo 1710 del Acuerdo, sin embargo cuando el resultado del panel es la imposición de restricciones recíprocas y no la eliminación de barreras, el objetivo de abrir y uniformar el comercio interprovincial se pierde, las quejas más formales entre las provincias se relacionan respecto a la procuración y aplicación de justicia en sus entidades

respecto a las prácticas comerciales.

Cuando las barreras a la competencia interestatal se interponen con base en alguna de las materias facultad exclusiva de las provincias; el Tribunal de la Competencia no cuenta con autoridad para declararlas contrarias a la legislación de competencia federal, ante la posibilidad de infringir la soberanía estatal por tanto, se tiene que llevar en el mejor de los casos negociaciones bajo el pacto para lograr de buena fe la remoción de las barreras.

En materia de recursos naturales, energía, uniformidad en cuanto a procuración de justicia, y la eliminación de políticas de residencia que permitan mayor movilidad ocupacional especialmente para el factor trabajo y el sector servicios encontramos rezago, así como en la reexaminación de subsidios locales, estos rezagos y la falta de interés de las provincias para aplicar el ACI puede hablarnos en cierta medida de reguladores y procuradores provinciales atrapados por los poderes económicos locales y, de una economía centralizada donde es más fácil concentrar el poder económico y convertirlo en poder político, aunque las mismas barreras han protegido la existencia de pequeñas y medianas empresas canadienses y por tanto fuentes de empleo, nos encontramos ante un panorama complicado, donde la desregulación solo agravaría el problema a largo plazo. En el sector servicios profesionales es realmente complicado conseguir extender la cobertura de oferta en determinadas áreas a un nivel Federal, variadas actividades económicas y profesionales se ven fuertemente restringidas por la regulación local constriñendo el comercio de servicios tanto a nivel cobertura como a nivel competencia de precios, ya que muchas asociaciones profesionales restringen precios y concertan a nivel asociación, condiciones de venta de los servicios, a muchos proveedores regionales se les permite homogeneizar métodos de comercialización con miras a protegerlos de nueva competencia. La abogacía por la competencia en esta materia ha dado pobres resultados, sin embargo este camino de abogacía debe ser encabezado por el Buró Federal de la Competencia para permitir la viabilidad del acuerdo emprendido en base a, la alta conciencia de la institucionalidad que poseen los canadienses y que les permite resolver sus diferencias a través de mecanismos de política y derecho.

A nivel procesal existen también diferencias sustantivas, un caso altamente ilustrativo resulta el procedimiento de certificación de clase en Quebec, el cual a diferencia de otras jurisdicciones tiene un estándar más flexible para juzgar y determinar si miembros distintos tienen intereses comunes suficientes para ser certificados como clase independientemente del grado de daño en el que se encuentren, razón por la cual, los abogados buscarán que la certificación de clase se de bajo la jurisdicción quebequense y tal vez llevarán el fondo del asunto a otras jurisdicciones más convenientes<sup>87</sup>.

Los procuradores provinciales también tienen facultades para actuar bajo los preceptos

---

<sup>87</sup> KENT David, Low Martin. **Private Antitrust Litigation in Canada** p.2[en línea], Ontario, Canadá, The Antitrust Review or the Americas 2007,2007, [citado 12-12-2007], Formato PDF. Disponible en internet: [http://www.mcmillan.ca/Upload/Publication/DKent\\_DMLow\\_PrivateAntitrustLitigationInCanada\\_GC\\_R\\_2007.pdf](http://www.mcmillan.ca/Upload/Publication/DKent_DMLow_PrivateAntitrustLitigationInCanada_GC_R_2007.pdf)

criminales contenidos en la *Competition Act*, y se han avocado a perseguir prácticas fraudulentas que distorsionan los mercados, las autoridades estatales tienen un papel destacado en la protección al consumidor, en la persecución de comercialización fraudulenta como un factor de distorsión de mercado y la investigación de prácticas injustas de negocios aprovechando su proximidad con el agente económico local, traduciéndose en amplia participación de dichas autoridades en el análisis de los términos de contratos, garantías condiciones de ventas y otorgamiento de licencias de negocios, donde muchas veces se requiere solamente que un consumidor o agente económico presente un daño sustancial, bajo la propuesta de la sección 81 de la *Competition Act*.

El contenido ideológico de una conducta económica en los Estados Unidos resulta también de importancia, una conducta puede tener impacto patente en el ámbito del derecho antimonopolio y sin embargo su sanción puede significarse en la restricción del ejercicio de un derecho constitucional preeminente, este es el caso de los boicots de contenido ideológico para los cuales se ha establecido que:

"El derecho de un Estado a regular la actividad económica no justifica su intervención contra un boicot no violento, políticamente motivado y diseñado para provocar cambios económicos y políticos y para ejercer derechos garantizados por la Constitución en sí"<sup>88</sup>.

El caso más reciente, lo planteo el boicot realizado por la asociación de abogados de la Corte Superior contra el Departamento de Justicia para el incremento de honorarios derivados de ciertas actividades al servicio del Estado, este caso provocó una discusión renovadora sobre el contenido de las conductas económicas, básicamente planteó la pregunta sobre si un boicot de esta naturaleza se trata de una conducta económica o un ejercicio de derechos legítimos protegidos bajo la Primera Enmienda, con efectos económicos accesorios.

Este caso se dio bajo las leyes del Distrito de Columbia, bajo las cuales abogados privados pueden registrarse para recibir asignaciones de defensa de oficio contra el pago de una compensación de honorarios por hora, esto con miras a bajar la carga de trabajo de los defensores de oficio pagados por el Departamento de Justicia, garantizando a su vez la posibilidad de tener una defensa efectiva y eficiente para los implicados sin capacidades económicas. Cerca de 100 abogados son considerados como asignados privados frecuentes bajo la Ley de Justicia Criminal del Distrito de Columbia y, estos derivan la mayor parte de sus ingresos de estas asignaciones. La misma Ley se encarga de establecer las tarifas de compensación por el tiempo de los abogados privados, ante Corte y fuera de Corte, desde 1975 se busco incrementar las compensaciones sin embargo esto no era posible sin una reforma de legal.

---

<sup>88</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION VS. SUPERIOR COURT TRIAL LAWYERS ASSOCIATION, [493 U.S. 411, 110 SCT 768, 107. L. Ed. 2d 851, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos], (1990).

La asociación de abogados en el verano de 1983, decidió formar un contingente de huelga y su primera medida consistió en dejar de tomar nuevas asignaciones de defensa del Distrito de Columbia, hasta que el gobierno promoviera cambios legislativos tendientes a elevar las compensaciones a ciertos márgenes mínimos. Como resultado, el 90% de los abogados privados se negaron a aceptar cualquier asignación bajo la Ley Criminal de Justicia de Columbia. A su vez la Comisión de Comercio inició acciones contra la Asociación de Abogados de la Corte Suprema bajo la premisa de haber conspirado para restringir el comercio y elevar las tarifas de las asignaciones, acusándolos de boicot y fijación de precios en violación a la *Sherman Act* y la sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio.

La asociación alegó en su defensa que, el boicot era meramente un método para provocar un cambio legislativo, estando por tanto exento de las leyes antimonopolio al ser una acción políticamente protegida por la Primera Enmienda, se procedió a estudiar el poder de mercado de los demandados, y se determinó que, de no ser por la Primera enmienda el boicot constituiría una restricción clásica de comercio dentro de los parámetros de la sección I de la *Sherman Act*, sin embargo se consideró que el boicot contenía un elemento de expresión susceptible de protección bajo la primera enmienda ya que los boicots han sido históricamente usados como medios dramáticos de expresión para llevar un mensaje político al público, sin embargo una medida de este tipo no puede justificarse cuando no se considere esencial para perseguir un interés legítimo.

Este caso provocó cuestionamientos sobre la interpretación de las violaciones a la *Sherman Act* como accesorias a la expresión de la Primera Enmienda Constitucional, cuando el boicot es solamente el medio por el cual un demandante busca obtener legislación favorable, en este caso el cambio legislativo implicaba el cambio de condiciones económicas, la fijación de un precio mayor y hasta la posibilidad de presión por parte de poderes económicos para atrapar un regulador, por lo que el carácter accesorio de la violación quedaba en duda, el lograr el cambio legislativo no pondría un final a la fijación de precios sino que la legitimaría, permitiendo usar el boicot económico contra el gobierno como un medio de presión para modificar los precios y las condiciones de venta de un servicio regulado mediante tarifas estatales, cuando el propósito innegable del boicot era una ventaja económica para aquellos involucrados en el mismo y no la consecución de una ventaja impersonal o general; el boicot no solo era una expresión sino que tendía a beneficiar económicamente de una restricción en la competencia en el mercado boicoteado a los participantes directos.

El parámetro de contenido de expresión en el boicot, obligó a las Cortes estatales y federales a aplicar la legislación antimonopolio de una manera prudente y sensible, levantando la presunción per se de la figura cuando la conducta de boicot o fijación de precios llevara implícita un contenido ideológico protegido por la primera enmienda.

Dicho contenido sacó de la esfera local el caso, para ventilarlo en las Cortes federales y desde ahí se dictó un parámetro para las Cortes locales en cuanto a la aplicación del derecho antimonopolio cuando en la conducta estuvieren involucrados puntos de ejercicio de derechos constitucionales de primer rango, acotando el marco de aplicación de las

leyes estatales y la interpretación de sus cortes a nivel local, subordinadas al contenido ideológico de una conducta.

En conclusión, podemos encontrar a lo largo de la Unión Americana, leyes antimonopolio con mayor o menor grado de restricción, más o menos proteccionistas, sin embargo el límite para aplicar dichas leyes es que no obstaculicen el ejercicio de derechos fundamentales.

Tanto en Estados Unidos como en Canadá resulta evidente el alto nivel de conciencia, interacción, institucionalidad e involucramiento del poder ejecutivo, legislativo y judicial en la esfera estatal respecto a los temas de competencia económica que dañan la actividad de las diversas y pluriculturales provincias que constituyen la Federación; a diferencia de México donde la materia es significativamente desconocida para las autoridades locales, desconocimiento grave si se considera que es el gobierno estatal aquel con el que el gobernado tiene el contacto más inmediato y, el que pudiera sondear el comportamiento de los agentes económicos dentro de su jurisdicción contemplando su impacto sobre los objetivos de desarrollo económico de los estados, lo que le permitiría utilizar la competencia económica como un medio más para lograr los objetivos de desarrollo e interés público estatales específicos, y que permitiría volver al análisis sobre la necesidad de la eficiencia distributiva de los beneficios a nivel federal en contraste con la sobrevaloración de eficiencias productivas o asignativas herramientas para disminuir la discontinuidad del desarrollo entre entidades estatales. Así mismo este desconocimiento provoca que exista poca confianza y un ínfimo desarrollo de los mecanismos institucionales al servicio de la competencia económica así como poca participación ciudadana en la materia.

#### **1.6. FORMAS DE SANCIONAR LAS PRÁCTICAS EN LOS TRES PAÍSES.**

Las sanciones tienen como prioridad la consecución de al menos tres objetivos; a) provocar una tendencia a favor del respeto a la norma (aquí se engloban la regla de la cantidad mínima y la idealidad), b) represión de la conducta (regla de la certidumbre absoluta, de los efectos laterales), c) resarcimiento de los daños o restablecimiento del estatus quo ante (precisión de la norma y certidumbre absoluta).

En la legislación mexicana las sanciones en materia de competencia económica son primordialmente de naturaleza administrativa. Así mismo, al amparo de las últimas reformas se consignan en la Ley las facultades de la Comisión para llegar a acuerdos extrajudiciales en el caso de prácticas relativas e inmunidades especialmente tratándose de prácticas absolutas. El monto máximo de las multas esta ajustado al índice de medida de salarios mínimos vigentes en el Distrito Federal con el fin de que reflejen los cambios inflacionarios de la economía. El artículo 35 de la LFCE no provee un monto mínimo de multas solo el tope máximo, dejando entonces las infracciones leves o con atenuantes del artículo 36, sin un monto mínimo aplicable y dejando este límite inferior de sanción a la discrecionalidad de la autoridad, lo cual a título personal considero contrario al espíritu del artículo 22 Constitucional, al no existir monto mínimo del cual partir para la sanción de las conductas, y violando a través de esta omisión sendos criterios jurisprudenciales en



la materia

En cuanto a las medidas correctivas anteriormente mencionadas, la decisión de la corte de 10 de mayo de 2007 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de julio de 2007, declara inválido el artículo 37, que permitía a la Comisión en caso de fusiones, ordenar la desconcentración de lo concentrado, la Corte consideró que dicha determinación debiera ser ejecutada por la autoridad judicial, y aunque, este criterio es concordante con la letra de nuestra Constitución y los principios de legalidad consagrados por ella en los artículos 16, 21 y 49, dejando técnicamente insubsistente la pena de desincorporación de activos hasta que se realice nueva reforma donde el texto de ley faculte a la Comisión para solicitar la desincorporación de activos ante el Poder Judicial<sup>89</sup>.

La facultad de ejercitar sanciones por parte de la CFCE, se ve diezmada debido a las escasas herramientas que posee para obtener las pruebas necesarias de la existencia de prácticas anticompetitivas, no cuenta con facultades vitales como el secuestro de archivos; la recientemente otorgada facultad para realizar visitas domiciliarias bajo orden judicial ha sido declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia

La sanción máxima en nuestra legislación es el equivalente de a (78,885,000.00 \$ M.N.), que corresponde a la sanción de prácticas absolutas o al incumplimiento de acuerdos extrajudiciales. El mismo artículo 35 de la Ley, permite a la Comisión imponer en casos agravados una multa equivalente al diez por ciento de las ventas anuales del infractor o al diez por ciento, de sus activos aplicándose la suma que fuere mayor, esta sanción nunca se ha aplicado, pero podría ser viable para sancionar la reincidencia.

El artículo 36 de la LFCE, anteriormente transcrito además de fundamentar y motivar la resolución que da lugar a la multa, obliga a la Comisión a considerar diversos criterios para sustentar la legalidad de la determinación de multas. De este precepto se desprenden varios elementos:

- 1.-Gravedad de la conducta.
- 2.- Daño causado (sin especificar si este es solamente respecto al proceso competitivo o a los demás agentes afectados).
- 3.- Intencionalidad
- 4.- Participación del infractor en los mercados (sin especificar si se refiere a presencia comercial, grado de participación, porcentaje de mercado, extensión geográfica o todos los anteriores).
- 5.- Tamaño del mercado afectado, (sin contar si es un nuevo mercado, mercado en expansión o inhibido por la conducta de él o los infractores).
- 6.- Duración de la práctica, donde se deberá considerar si esta es de tracto sucesivo,

---

<sup>89</sup> Véase la tesis de jurisprudencia número 1a./J. 51/2003, publicada en el semanario judicial de la federación y su gaceta en septiembre de 2003 página 186, dictada por la Primera sala en la Novena época cuyo rubro es "Multas fiscales, el artículo 77, fracción I, inciso c), del Código Fiscal de la Federación, al no fijar los márgenes mínimo y máximo en su determinación, viola el artículo 22 de la Constitución Federal (Legislación vigente hasta el 31 de diciembre de 2000)."

constante, por temporadas o esporádicamente.

7.- Reincidencia.

8.- Antecedentes del infractor.

9.- Capacidad económica del mismo.

El elemento de evaluación de la capacidad económica del infractor, es altamente subjetivo dando lugar a impunidades y deficiencias, el agente económico especialmente tratándose de un holding o grupo empresarial puede desviar los recursos obtenidos de la práctica a otros destinos o, utilizar empresas con diferente personalidad para apalancar prácticas anticompetitivas de tal forma que, en el momento en que la autoridad evalúe la ganancia o aplique la sanción, la situación económica del infractor no reflejará la ganancia obtenida por el grupo empresarial, tampoco es posible determinar esta capacidad económica en relación con la participación de mercado o de su tamaño ya que tal vez hablamos de una industria de bajos réditos, donde por mucha participación que tuviere el agente su capacidad económica no es necesariamente extraordinaria, o de una industria altamente rentable donde hasta los pequeños participantes están en la bonanza, además la capacidad económica del infractor y su participación de mercado no son, de ninguna manera indicios objetivos del daño que sus conductas pueden causar.

Estos parámetros desvían la imposición de las multas, del daño causado al proceso de competencia y a la sociedad, además de perder de vista de nueva cuenta el punto anteriormente tratado sobre el hecho de que, no todas las ganancias derivadas de prácticas anticompetitivas se cuentan en numerario y resulta altamente paradójico el encontrar que la capacidad económica del infractor, se considerará para la imposición de multas de conformidad con el texto de la Ley cuando, la misma no considera dicha situación económica en la evaluación de fusiones de firmas en crisis financiera.

En la última reforma a la LFCE, se aumentaron sustancialmente los montos de las multas contempladas por el ordenamiento, sin embargo más que, el aumento en el monto de sanciones urge impulsar la cobranza efectiva de las mismas, el sistema mexicano de cobro de multas es altamente ineficiente provocando impunidad, solo un porcentaje muy bajo de sanciones quedan firmes y de las pocas que quedan firmes es aún menor el monto de las multas recaudadas, la ineficacia en el rubro de cobro de las multas pasa desde las autoridades municipales hasta las federales. Los Estados y los municipios ponen poco empeño en el cobro ya, que todo lo recaudado termina en la tesorería federal sin que los entes encargados del cobro tengan participación directa de lo recaudado, y si embargo se solicita a las tesorerías locales desplegar recursos para realizar dicho cobro, existe una falta absoluta de incentivo, cooperación y coordinación, lo cual provoca una nugatoria aplicación de la Legislación de competencia; para 2004 del 72% de las multas que habían quedado firmes después de diversas instancias de impugnación solo se llevó a cobro efectivo el diez por ciento. Esta situación se agrava por la poca presencia de la CFCE en las entidades regionales, con lo que se centraliza administración de la política de competencia.

Resulta además relevante la poca permeabilidad del conocimiento de la legislación de competencia, hasta 1998, era frecuente la detección de cárteles flagrantes cuyos

participantes alegaban el desconocimiento de la LFCE, especialmente en casos de fijación de precios y coordinaciones de posturas, aún hoy en día quedan sendas dudas sobre la disposición inequívoca de la Comisión Federal de Competencia Económica de aplicar la Ley.

En la legislación mexicana, no se explica con claridad cuales son las diferencias entre las prácticas absolutas y las relativas, hay pocos pronunciamientos sobre su naturaleza en sí, como veremos el artículo 9 de la Ley, se refiere solamente a acciones colusivas, acciones que requieren un acuerdo de voluntades o una interacción entre dos agentes económicos distintos, requiere la convergencia de al menos dos sujetos, una conducta colusiva, sin embargo en ningún punto se determina que estas conductas no requieren ser sometidas al análisis, que sus efectos son tan inmanifiestamente nocivos que difícilmente el alegato de eficiencias se sobrepondrá al daño a la competencia que significan, no se aclara que en el caso de estas conductas para alegar algún tipo de eficiencia la carga de la prueba de eficiencia recae sobre el demandado ni se abunda sobre la naturaleza exclusionaria o colusiva que pueden presentar diversas facetas de las mismas. Por si fuera poco, la misma ley omite cualquier parámetro o mención de que debe considerarse como un agente económico independiente, cuestión vital para la materia, ya que la colusión sancionable solo podría darse entre dos agentes con capacidad de adoptar decisiones y comportamientos independientes, que a la letra del artículo 9 de la Ley, llegasen a un acuerdo, solo ellos podrían ser culpables de una coordinación contraria a las condiciones de mercado, al alinear sus voluntades independientes, diversas conductas ilícitas pueden actualizarse, sin que intervenga la voluntad independiente de dos agentes, puede tratarse de la conducta diseñada por un solo agente económico y llevada a cabo como decisión ejecutiva por sus filiales o permear la conducta de las co-inversiones, o demás empresas de un holding en los que participe, puede asignar entre ellas licitaciones, coordinar estándares de calidad o comercialización que distorsionen el mercado, etc. Este parámetro ya fue meritorio de pronunciamiento en las cortes estadounidenses en el caso Coperweld Corp. vs. Independence Tube Corp<sup>90</sup>, en el caso del derecho mexicano no se ha considerado si una filial tendría posibilidades de demandar a sus matrices al obligarla a no competir en ciertos mercados, cuestión relevante si la contrastamos con la posibilidad de restringir la actividad no solo de una filial sino de una co-inversión.

El citado artículo se limita a determinar que los actos a los que se refiere el artículo 9 no producirán efectos jurídicos sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudieran resultar y por su redacción este artículo 9 resulta meramente aplicable a colusiones y no a conducta unilateral en sí o a conductas cuyos efectos puedan ser absolutos aunque se coordinen verticalmente

Además recordemos que, la Comisión Federal de Competencia Económica no puede declarar la nulidad de acto jurídico alguno ya que esto es tarea de los tribunales.

Cabe resaltar que, el análisis de conducta unilateral, de tentativas y conductas tendientes a facilitar colusiones o prácticas relativas en la legislación mexicana, es ineficiente, y en su

<sup>90</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *Idem*, p.214.

caso inexistente algunas manifestaciones de conducta unilateral podrían ser encuadradas en el artículo 10 de la LFCE sin embargo, hasta este mismo está diseñado para acciones de más de un agente económico ya que, trata de combinaciones, acuerdos, convenios, y procedimientos, pudiéndose solo encuadrar conducta unilateral bajo la denominación actos, delatando la mala técnica jurídica con la que la ley fue redactada y su poca atención a la monopolización. Las hipótesis del artículo 10 de la LFCE, para su sanción están sujetas a la definición de mercado relevante y poder de mercado, sin embargo existen conductas unilaterales tanto verticales como horizontales que por su sola génesis son dañinas, sin necesidad de demostrar los dos supuestos anteriores.

En cuanto a las prácticas monopólicas absolutas contenidas en el artículo 9 de la Ley, demuestran una clara deficiencia en su redacción, al requerir el elemento de actuación concertada entre dos o más agentes ya que determina que:

"Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones, entre agentes económicos competidores entre sí."

Requiriendo que, la acción se realice por más de un agente económico y omitiendo los actos tendientes a monopolizar independientemente del número de realizadores, varios de los supuestos contenidos en el precepto pueden llevarse a cabo por un solo agente como lo es la fijación de precios, establecer boicots como barreras a entrada, un solo monopolio puede dividir y asignar mercados entre dos filiales propiedad suya.

La Comisión tampoco tiene a su disposición el dictado de medidas cautelares efectivas para lograr la cesación de conductas, y las pocas medidas cautelares que esta facultada a dictar se ven rebatidas en los Tribunales frecuentemente.

Existe entre los profesionales un alto grado de escepticismo sobre la fuerza con la que la Comisión ha investigado ciertas prácticas anticompetitivas evidentes en la economía mexicana. Así mismo la eficiencia de la Comisión en su faceta de investigación se ve seriamente coartada por deficiencias en cuanto a sus atributos establecidos en la Ley y, las diferentes instancias administrativas y judiciales que puede afrontar una resolución para quedar firme, estos elementos provocan poco respaldo a los criterios de aplicación de la Ley por la Comisión de parte de los gobernados, y pone en tela de juicio el vigor de su aplicación, por tanto no se producen los efectos laterales deseables.

En las legislaciones con nivel más desarrollado de jurisprudencia, como la estadounidense, se considera que solo uno de cada diez cárteles se detecta y de ellos pocos llegan a sanción efectiva.<sup>91</sup>

La responsabilidad del artículo 253 del Código Penal Federal, se limita a prácticas centradas en el precio y concertadas entre productores entre sí con el fin de obtener un alza de precios o restringir abastos de productos necesarios.

<sup>91</sup> PEREDO Rivera Amílcar. *Vid supra*, n.41.

El reporte de la OCDE aconseja afianzar la participación de la LFCE con la Procuraduría General de la República en conductas que pudieran actualizar el 253 del Código Penal Federal y preparar tipos penales de responsabilidad individual derivado de la toma de decisiones, actualmente la responsabilidad individual se considera solo de manera solidaria en el ramo administrativo; la sanción penal es mucho más disuasiva para la conducta de los individuos y se diferencia de la sanción al ente corporativo. En muchas legislaciones se sanciona vía administrativa el despliegue de recursos por un agente económico para llevar a cabo una conducta anticompetitiva, mientras que, la sanción penal va encaminada a persuadir a las personas físicas que tienen la facultad de realizar decisiones de negocios de dirigir la conducta de un agente económico de tal forma. Estas penas tienen efectos demostrativos importantes y evitarlas constituye el incentivo principal en algunas jurisdicciones para apegarse a un programa de inmunidad.

Como se manifestó, la LFCE limita la responsabilidad individual a una de tipo solidaria no obstante en su artículo 35 fracción IX, hable de multas administrativas para los individuos que participen por cuenta propia o en representación, en la Comisión de conductas anticompetitivas, esta disposición deberá interpretarse en armonía con el artículo 3° de la LFCE, que limita esta posibilidad a la variable de responsabilidad solidaria así, en la fracción X reitera que la multa por participación en prácticas anticompetitivas puede imponerse de manera optativa más no independiente, ya sea al agente económico o a la persona física. Al no crearse tipos específicos aplicables a las personas físicas con sanciones distintas a las de naturaleza administrativa el imponer dos veces una multa a dos personas distintas, por la Comisión de la misma conducta bajo los mismos hechos se incurre en riesgo de desvirtuar la resolución al amparo del artículo 23 Constitucional, que contiene el mandato del *non bis in idem* que ha sido ya aplicado a sanciones administrativas, específicamente hablando a las multas derivadas en materia económica como es el caso de la Ley Aduanera<sup>92</sup>.

Riesgo que no se correría de existir como en el caso de nuestros socios comerciales, una multa que sancione la infracción administrativa y un tipo penal que sancione la conducta del individuo, su toma de decisiones o su participación en la violación de la Ley cuando, para estos efectos se constituye un tipo penal aunque ambas sanciones deriven de los mismos hechos pero por vías de responsabilidad distinta y tutelando bienes jurídicos distintos, en el caso de la infracción administrativa el daño al proceso económico, de aceptarse la redacción del artículo 2 de la LFCE, y en el caso del tipo penal la responsabilidad subjetiva derivada de la Comisión de actos que violan las leyes y constituyen delitos contra la economía pública, no se violenta el principio *non bis in idem*, al considerarse que la Comisión se pronunciará solamente sobre la vertiente de las conductas que configuran una infracción administrativa con sus elementos de prueba y efecto y los tribunales del orden penal se pronunciarán sobre la vertiente de las conductas que constituyen la figura del tipo conspiración, como lo mencionamos, la sanción administrativa se dirige generalmente al agente económico y la variante delito puede ser el elemento que desincentive la toma de decisiones y se pronuncie sobre la

<sup>92</sup> CARBAJAL Contreras, Máximo. *Vid supra*, n.188, p.482.

responsabilidad individual de los participantes en el mercado, incluyendo a funcionarios públicos que con prebendas lesionen la posibilidad de libre concurrencia o competencia real en los mercados es decir, ambas figuras perseguirían fines distintos y protegen bienes jurídicamente tutelados distintos, fincando responsabilidades de distinta naturaleza.

Lo que prescribe el artículo 23 Constitucional al parecer de nuestras Cortes es fincar dos veces responsabilidad de la misma naturaleza por un mismo acto o dicho de otra forma, evita que se sancione dos veces la misma conducta desde la misma perspectiva del derecho, el principio no impide ser sancionado una sola vez, tanto por la vertiente administrativa de la conducta como por la responsabilidad individual al infringir las leyes penales y configurar un delito.

En algunos casos de violaciones específicas ala CFC que actualicen el artículo 253 del Código Penal Federal, la Comisión puede discrecionalmente, solicitar a la Procuraduría General de la República que estudie la posibilidad de entablar acción penal contra los responsables, el ejercicio de esta facultad se ve altamente fracturado por la poca interacción entre CFCE y PROFECO.

La posibilidad de ejercicio de la acción penal se da en tres supuestos dos de los cuales no tienen que ver directamente con la conducta económica del agente involucrado:

- 1) Prácticas que afectan severamente el mercado de **bienes y servicios** esenciales esgrimidas en el artículo 253.
- 2) La presentación de información falsa ante autoridad distinta de la judicial.
- 3) El incumplimiento de una resolución firme de la CFC.

El citado artículo 253 del Código Penal Federal a la letra reza:

**"Artículo 253.-** Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancionarán con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa, los siguientes:

**I.-** Los relacionados **con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos**, (*calificación de grado de necesidad*) así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consistan en:

**a).-** El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto a los consumidores. (*Matiz colusivo*)

**b).-** Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o

se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio. (*Exclusivo*)

c).- La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de mantener las mercancías en **injusto precio**. (*Colusivo*)

d).- Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para evitar la competencia entre sí y traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios **paguen precios exagerados**. (*Colusivo*)

e).- La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un alza en los precios o se afecte el abasto de los consumidores. (*Colusivo*)

Si se depone la conducta ilícita dentro de los dos días hábiles siguientes al momento en que la autoridad administrativa competente lo requiera, la sanción aplicable será de seis meses a tres años de prisión, o de cien a quinientos días multa;

f).- La exportación, sin permiso de la autoridad competente cuando éste sea necesario de acuerdo con las disposiciones legales aplicables. (*Escasez*)

g).- La venta con inmoderado lucro, por los productores, distribuidores o comerciantes en general. En los casos de que el lucro indebido sea inferior al equivalente a sesenta días del salario mínimo general vigente en la región y en el momento donde se consuma el delito, se sancionará con prisión de dos a seis años y de sesenta a trescientos días multa. (*Colusivo y sanciona indebidamente por el monto del beneficio y no por la conducta*);

h).- Distraer, para usos distintos mercancías que hayan sido surtidas para un fin determinado, por una entidad pública o por sus distribuidores, cuando el precio a que se hubiese entregado la mercancía sea inferior al que tenga si se destina a otros usos.

i).- Impedir o tratar de impedir la generación, conducción, transformación, distribución o venta de energía eléctrica de servicio público (exclusivo).

j).- Interrumpir o interferir intencionalmente la producción, o el servicio de almacenamiento o distribución de gas natural, artificial o licuado de petróleo. (*Colusivo o exclusivo*)

II.- Envasar o empaçar las mercancías destinadas para la venta, en cantidad inferior a la indicada como contenido neto y fuera de la respectiva tolerancia o sin indicar en los envases o empaques el precio máximo oficial de venta al público, cuando se tenga la obligación de hacerlo.

III.- Entregar dolosa y repetidamente, cuando la medición se haga en el momento de la transacción, mercancías en cantidades menores a las convenidas.

IV.- Alterar o reducir por cualquier medio las propiedades que las mercancías o productos debieran tener.

V.- Revender a un organismo público, a precios mínimos de garantía o a los autorizados por la Secretaría de Comercio, productos agropecuarios, marítimos, fluviales y lacustres adquiridos a un precio menor. Se aplicará la misma sanción al empleado o funcionario del organismo público que los compre a sabiendas de esa situación propicie que el productor se vea obligado a vender a precios más bajos a terceras personas.

En cualquiera de los casos señalados en las fracciones anteriores, el Juez podrá ordenar, además, la suspensión hasta por un año o la disolución de la empresa de la que el delincuente sea miembro o representante, si concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 11 de este Código.

En los casos de los incisos a), f) y h), de la fracción I y de la IV de este artículo, la autoridad que tenga conocimiento de los hechos procederá de inmediato a depositar los artículos de consumo necesario o generalizado, las materias primas para elaborarlos o las materias primas esenciales para la actividad industrial



nacional. El depósito se efectuará en un almacén general de depósito que sea organización nacional auxiliar de crédito y los bienes serán genéricamente designados, en los términos del artículo 281 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; cuando se trate de bienes cuya especial naturaleza no permita el depósito genérico, se constituirá el específico, señalando asimismo, el plazo y condiciones en que habrá de procederse a su venta o destrucción conforme a lo que establece el artículo 282 de la misma Ley. El certificado de depósito que se expida tendrá el carácter de no negociable y será remitido al Ministerio Público o, en su caso, al Juez que conozca del proceso, para los efectos que procedan.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las medidas y sanciones administrativas que establezcan las leyes correspondientes."

*Cursivas y énfasis añadido.*

Estas conductas se consideran delitos contra la economía pública, el bien jurídicamente tutelado es el consumo y la riqueza nacional ya que, la realización de dichas conductas daña el patrimonio de los mexicanos en su faceta colusiva y obstaculiza la realización de una actividad económica libre y lícita en el caso de su faceta exclusiva.

Cabe hacer notar que dicho artículo, es únicamente aplicable a los bienes y servicios que cumplan con la calificación de grado de ser bienes o servicios necesarios, materias primas de los mismos o materias primas necesarias para la industria nacional, describe en su mayoría conductas de efecto colusivo descuidando las exclusionarias, en la mayor parte de sus variantes, siendo el acceso a, y la posibilidad de permanencia en los mercados, parte del respeto a los derechos de propiedad y libre empresa cuyo aseguramiento provoca el interés de los ciudadanos por crear riqueza. Indebidamente señala en variadas ocasiones como elemento vital para la sanción, que las conductas tengan como fin o efecto el mantener mercancías a precios injustos o exagerados, provocar la escasez y utiliza como elemento el beneficio obtenido de las conductas, limitando nuevamente los efectos de las prácticas anticompetitivas a los beneficios monetarios directos que el infractor obtiene de ellas, y sin sancionar debidamente la pérdida de opciones del consumidor, además omite señalar que se debe entender por un precio injusto o excesivo.

Uno de los parámetros contenidos en el artículo 253, echa mano del concepto precios injustos y exagerados sin que repare que ni en dicho precepto, ni en las leyes específicas existe disertación alguna sobre que se entiende por precio de cualquier naturaleza.

Pocas veces la Comisión de conformidad con el artículo 24 fracción IV de la LFCE, solicita la aplicación de este precepto. El ejercicio de la acción penal aún debe pasar por la

discrecionalidad del Procurador General de la República, el cual pocas veces inicia la acción, prueba de ello fue, su negativa a interponer acción judicial en un caso de fijación de precios en el año 2000<sup>93</sup> en el mercado de la tortilla, la Procuraduría no ejerció acción penal contra miembros que habían fijado precios ya que, en el caso de algunos subgrupos carecía de elementos para probar el elemento acuerdo, sin embargo en una decisión a todas luces equivocada decidió no ejercer acción contra ninguno de los involucrados ni siquiera contra aquellos contra los que tenía elementos de prueba suficiente. Las sanciones impuestas a base de multas por la CFCE no resultaron lo suficientemente desincentivadoras ya que en 2004 y 2006 se volvió a observar una alza de precios coludida ente los fabricantes de tortilla y su conducta sigue siendo altamente irregular. Existe una falta de vigor para denunciar ante el Ministerio Público las conductas delictivas en materia de competencia y libre concurrencia y hay poca comunicación entre Ministerio Público y Comisión, sin proyectos que revisen los criterios para los tipos de conductas que podrían también ser revisadas penalmente, y para los criterios de presentación de querrelas en la materia. La falta de medidas en cuanto a conducta unilateral, estructural y abuso de posición dominante también llega a nulificar el ejercicio de la acción penal en la materia, debido a la deficiente redacción de la norma y su limitado alcance, no se puede tomar a esta como una fuente de sanción de la responsabilidad individual cuando se realizan prácticas anticompetitivas diversas.

En Estados Unidos y en parte en Canadá, la responsabilidad individual de los ejecutivos de empresa que tomaron la decisión de realizar la práctica anticompetitiva, se expresa penalmente por cargos de la naturaleza de la felonía como en el caso de ADM<sup>94</sup>, es decir el acuerdo de voluntades para cometer una práctica anticompetitiva se equipara a la conspiración y la acción unilateral a la felonía y de ahí nace la acción penal sobre estas conductas en aquel país, no importando la naturaleza, categoría, cobertura de los bienes y servicios y los fines de la conducta pueden ser colusivos o exclusivos, no limitándose a la obtención de un lucro directo en monetario bajo el concepto precio, resulta tan latente la influencia de la sanción penal sobre el derecho antimonopolio americano que el estándar para evaluar el elemento acuerdo al crear la regla de la razón que permitiera su inferencia se basó en los elementos requeridos para probar una conspiración, dejándolo simplemente en la necesidad de probar "la convergencia de pensamientos hacia ciertos efectos"<sup>95</sup>, ya que es más fácil adaptar los elementos de la regla de la conspiración al paso del tiempo que los elementos del derecho civil que rigen el término acuerdo como fue expresado en la sección 1 de la *Sherman Act* desde su creación y en la *Competition Act* sección 45(I) (c).

Aún cuando, se llegue a detectar en México a nivel administrativo la Comisión de una práctica anticompetitiva, no existe certeza de que esta será debidamente sancionada ni que la sanción cumpla con las reglas de la cantidad mínima, de la idealidad suficiente, de los efectos laterales o de la certidumbre absoluta, esto debido a la frecuencia con que la Comisión recurre a los acuerdos extrajudiciales para la cesación de conductas relativas y

<sup>93</sup> OCDE .*Vid supra*, n.151. p 23.

<sup>94</sup> *Idem* n, 163.

<sup>95</sup> OCDE. *Vid supra*, n, 151.

concentraciones prohibidas, en virtud del artículo 33 bis 2, de la Ley Federal de Competencia Económica, siendo México un país que no tiene una cultura de la competencia económica arraigada. Aunque en muchas jurisdicciones estos acuerdos, son herramientas muy útiles en un país de aplicación incipiente en la materia como México, dan la imagen de una débil aplicación de la ley y, no contribuyen a crear la política de cumplimiento de las leyes de competencia, ya que resultan meros paliativos ante conductas consideradas expresamente contrarias a la Ley y que merecerían una sanción que cumpliera con las cuatro reglas anteriormente mencionadas para producir efectos sociales deseables. La única limitante respecto a estos acuerdos contemplada en la ley es que solo se puede acudir a este recurso cada cinco años y, el quebrantamiento del acuerdo no se ve agravado por la aplicación de la figura de reincidencia, así mismo cuando la conducta se agrave por alguna de las hipótesis concebida en el artículo 36, ya sea la reincidencia, extensa duración de la práctica, etc., no debiera permitirse que la disputa se resolviera mediante acuerdo extrajudicial ya que, las conductas reiteradas requieren castigos y sentencias firmes para ser eliminadas.

No se da una imagen de firme aplicación de la Ley para, romper con la concentración estructural, más bien se da una imagen de continuidad al solapamiento de dichas conductas con sanciones, tal vez de seguirse el procedimiento se tardara en frenar la conducta y se llevara un proceso largo sin embargo se materializara en la psique del agente económico la regla de la idealidad suficiente, de la cantidad mínima consiguiéndose la asociación mental a favor del cumplimiento de las leyes y se lograra la represión de conductas derivando de dicha actuación los efectos laterales necesarios, si a esto le unimos una mayor precisión de las normas, se aumenta la certidumbre jurídica lo cual permitiría resarcir los daños causados al proceso competitivo, resarcimiento que resulta fuera de tiempo y por tanto injusto cuando se deja al albedrío del infractor el término en el cuál cesara la conducta y este puede obtener una sanción irrisoria por cesar una conducta a plazos y no de inmediato, los afectados siguen sufriendo los efectos de la conducta por un plazo más y no cuentan con una resolución condenatoria para el infractor que evidencie los elementos de la violación a su favor para la deducción de la acción de daños y perjuicios, reparación del daño que no es expedita no resulta ideal. A su vez, la Ley es omisa respecto a la posibilidad de la Comisión de hacer modificaciones al compromiso presentado por el infractor.

El convenio se traduce en un condicionamiento a la aplicación de la ley cuando se recurre a él de manera frecuente, sus términos espaciales y de cumplimiento, quedan a libertad del infractor, existen convenios donde se ha permitido seguir con la conducta desplegada al ente por una cantidad determinada de tiempo, cuando las conductas debieron cesar en el acto, tal es el caso de **Grupo Cuauhtémoc en el municipio de Santiago Ixcuintla Nayarit (expedientes IO-46-97 y RA-34-98)**<sup>96</sup>. Este era un caso de división de mercados de distribución y contratos de exclusividad como veremos en el capítulo III de esta tesis y, que bajo la ley de nuestros socios comerciales hubiese merecido una sanción directa buscando al menos la cesación inmediata de la conducta y la reparación de daños causados al proceso competitivo y a los particulares afectados; sin embargo en México se

<sup>96</sup> PEREDO Rivera Amílcar, *Vid supra n.41*, p.208.

resolvió suscribiendo un acuerdo donde el infractor se compromete a cesar la conducta en cómodos plazos, permitiendo a la entidad seguir obteniendo frutos de una conducta ilegal de efectos horizontales, por un tiempo más, a costa del perjuicio que seguirán sufriendo otros agentes económicos, el acuerdo extrajudicial alcanzado en este caso, específica que, la empresa culpable cesará la conducta dentro de los próximos seis meses permitiéndole obtener más ganancias de una conducta viciada de nulidad. Dejó además la fijación del plazo en el cuál podrá verificarse la cesación de la práctica o conducta a la estimación del infractor, no siendo la Comisión quien, le ordene cesarla en determinado tiempo de manera imperativa y heterónoma.

Indebidamente se permite obtener este acuerdo extrajudicial aún a infractores que realizan conductas que se han perpetrado por años, creando tendencias irreversibles en los mercados, los cuales podrán salir del proceso con todas sus ganancias y pagando solamente a la Comisión una multa irrisoria de máximo un salario mínimo, tampoco exceptúa de alcanzar los beneficios de estos acuerdos a los agentes que hubieren incidido ya en otras conductas anticompetitivas y, que con anterioridad hubiesen obtenido sanción por ellas, estos últimos no se encuentran sujetos a la limitación temporal de apearse al beneficio de acuerdos extrajudiciales hasta cinco años después de haber quedado firme su resolución condenatoria, por el contrario, aunque contaren con dichas resoluciones condenatorias firmes respecto a una conducta al día siguiente pueden obtener acuerdos extrajudiciales respecto a otras conductas relativas o concentraciones que este llevando a cabo.

La limitante de cinco años por acuerdo, no desincentiva las conductas, por el contrario si unimos esto con el criterio de reincidencia que requiere que para que se declare reincidente la practica vuelva a desarrollarse en el mismo mercado relevante, y sobre conductas de la misma naturaleza y, al hecho de que las conductas prescriben en cinco años a partir de que su realización, sin considerar que muchas de ellas son de tracto sucesivo, resulta un paliativo que menoscaba el elemento persuasivo de la Ley .

El problema no estriba, solamente en la proliferación de arreglos extrajudiciales en comparación a las resoluciones administrativas que se han dictado sino que, en ejercicio de dicha facultad la Comisión no toma en cuenta la posibilidad de al menos condenarla a pagar simplemente los daños económicamente causados al momento de suscribir el convenio, sin multas adicionales, además de que, no limita el beneficio a la primera infracción del agente económico en materia de competencia y apercibirlo que de repetir esta u otras conductas claramente anticompetitivas se le aplicaría la figura de la reincidencia.

En el caso de Canadá, no basta con llegar al acuerdo extrajudicial,<sup>97</sup> además del acuerdo extrajudicial que exige el cese inmediato y no a plazos de la conducta requiere que el Tribunal de la Competencia revise el acuerdo al que han llegado el Buró de la Competencia y el infractor para revisar su legalidad e impacto y controlar que el mismo acuerdo no se traduzca en una medida excesivamente benevolente para el infractor, en

<sup>97</sup> OCDE. *Vid supra*, n. 148, p.7.

México los acuerdos alcanzados por la CFCE y los infractores resultan excesivamente benevolentes al ni siquiera exigir el cese inmediato de las conductas permitiéndoles, establecer plazos, esta excesiva benevolencia y discrecionalidad de la aplicación de la Ley se vería subsanada si los acuerdos requirieran la opinión favorable de las cortes, sin que esto implique que la Corte les obligue a dirimir la controversia por un medio distinto al acuerdo, anulando el beneficio que se ha concedido al particular. Dicha opinión favorable podría obtenerse mediante procedimientos de jurisdicción voluntaria en la materia simplemente, para la revisión judicial de estos acuerdos.

Estas conductas en muchas ocasiones no son llevadas a juicios por la incapacidad de la CFCE de invertir recursos para recabar pruebas, más aún en mercados con tradición de violación de las leyes de competencia y oligopólicos.

Hasta 2004, la Comisión había optado por aplicar este tipo de acuerdos a casi el 17% de las prácticas relativas que había investigado y sobre las que ya había encontrado elementos de violación a la LFCE. Si lo vemos por el lado de las investigaciones de oficio iniciadas en el mismo periodo el 38% de dichas prácticas recibió resolución condenatoria y el 21.9% de investigaciones donde encontró elementos de violación, vieron fin por medio de estos arreglos extrajudiciales. Mientras estos arreglos son en otras jurisdicciones formas valiosas de terminar con conductas anticompetitivas, en México no se ordena la cesación inmediata de la conducta sino que se la refiere a plazos, esto aunado a la amplia posibilidad de que el agente económico involucrado en una practica relativa o una fusión prohibida pueda apegarse a estos arreglos y recibir únicamente como sanción un salario mínimo federal y que podrá acogerse a dicha solución cada cinco años, sin ser considerado reincidente y sin un numero límite de acuerdos, resulta en un método pobre de sancionar, ya que no hay la representación mental de que la sanción será mayor al beneficio obtenido por la conducta de ser descubierta, no hay grandes posibilidades de ser descubierto ante la falta de herramientas de investigación de la Comisión y tampoco existe certeza de ser castigado en caso de ser detectado, haciendo redituable la hipótesis de, intentar las conductas anticompetitivas y en caso de ser descubiertos, resguardarse bajo estas soluciones extrajudiciales.

En cuanto a las prácticas absolutas, el precepto equivalente sería el de inmunidad del artículo 33 bis 3, se trata de dos instrumentos distintos con finalidades diversas, razón por la cuál abundaremos respecto a inmunidades en el capítulo IV de esta tesis.

Respecto al vigor con el cual la Comisión persigue las conductas, podemos citar algunas estadísticas de la OCDE para 1993-2002, de las cuales se desprende que de 565 casos conocidos solo 119 terminaron con sanciones o recomendaciones, 179 de 291 denuncias fueron rechazadas, desestimadas o consideradas como no presentadas. Cabe señalar que una deficiente aplicación de la regulación de competencia evidentemente tiene efectos en la inversión directa que recibe un país, nadie quiere arriesgarse en un mercado sin reglas con altos costos de entrada, poca posibilidad de salida y poca vigilancia sobre el comportamiento empresarial de los rivales, si a esto sumamos criterios de aplicación discrecionales y directrices de política de competencia poco claras en un mercado concentrado de por sí, como el Mexicano, dos resultados resultan evidentes, la poca

inversión directa en tal mercado donde se corre el riesgo de ser víctima de prácticas que no serán vigorosamente investigadas y el desarrollo por conveniencia de mercados negros y de inversión flotante. En gran medida el tener mercados concentrados donde no se cuenta con herramientas legislativas para romper la concentración, el abuso de posición dominante, las tentativas de monopolización, las prácticas tendientes a facilitar colusiones, los oligopolios y las coordinaciones anormales de conducta influyen en la creación de mercados negros a través de conductas ilícitas, los cuales con la menor inversión posible buscarán entrar y tomar una rebanada mínima de pastel del monopolio o de los oligopolios, así la impunidad favorece la piratería, el ambulante, el contrabando y desincentiva la creación de pequeños y medianos negocios que se verán impunemente aplastados por los oligopolios y sus conductas exclusionarias o colusivas, sumémosle que, para estos pequeños y medianos comercios, el costo de entrar o salir del mercado muchas veces es inconmensurable haciendo imposible el "hit and run" presente en las legislaciones de Estados Unidos y Canadá.

A su vez la legislación mexicana, carece de medidas para dar seguimiento a la conducta de entes cuyo comportamiento anticompetitivo ha sido una constante en sí. En Canadá la Corte puede otorgar una orden para controlar la conducta futura de una empresa por hasta 10 años de conformidad con la sección 34 de la *Competition Act*, además de permitirse imponer remedios conductuales que, de ser violados se castigan con sendas multas y prisión de hasta dos años, las sanciones en el Canadá van desde una multa administrativa de hasta 10 millones de dólares o prisión de hasta cinco años, en su caso pueden imponerse ambas sanciones. El problema de las ordenes conductuales en el Canadá es su aplicación como sanción principal y no meramente accesoria, ya que hacen improbable que una compañía sea sancionada administrativamente, más no por la vía privada, antes de tener una oportunidad de modificar los aspectos cuestionables de su conducta, sin embargo estos remedios como medidas interlocutorias antes de llegar a la terminación de un procedimiento ante el Tribunal han ayudado a que las conductas no se perpetúen mientras dura el juicio minimizándolos daños a la competencia y facilitando que los remedios dictados mediante sentencia sean remedios oportunos. En Canadá el costo del litigio y sus consecuencias permean las conductas de los agentes económicos disuadiéndolos de perpetrar violaciones a la ley, a través de sanciones que cumplen con la regla de la cantidad mínima, aplicando el principio de certidumbre absoluta y buscando derivar efectos colaterales de las sanciones.

En México actualmente se discute un proyecto de reforma al artículo 35 de la LFCE, que redundaría en multas mayores a las conductas anticompetitivas, aplicadas con base en porcentajes determinables sobre las ganancias del ente violador, sin embargo esta propuesta pierde de vista que no basta aumentar los montos de multas, mientras tal aumento ayudaría a la configuración de la regla de la cantidad mínima, sus resultados resultan poco relevantes si no se acompaña de medidas que den certidumbre absoluta del castigo de las conductas, tales como medidas que incentiven la participación privada en la materia, que mejoren la recaudación de multas en los Estados, amplifiquen debidamente los supuestos en los cuales se considera a un ente como reincidente, que doten a la ley con remedios conductuales interlocutorios que favorezcan la oportunidad de las sanciones, doten a los consumidores con mayores acciones para entablar denuncias en la materia,

establezcan medidas para los terceros perjudicados por el alcance de un acuerdo extrajudicial, medidas que sancionen el comportamiento económico anormal de entes que atrincheran el poder de mercado, sin que estrictamente configuren de la manera clásica conductas que se cubren bajo los artículos 9 y 10 de la Ley y, medidas que favorezcan la transparencia en la letra de la Ley.

Resulta repetitivo intentar afianzar el derecho de la competencia económica subiendo solamente los montos de las sanciones sin dotar de mayores herramientas de sanción e investigación a los organismos de la materia, mientras en otros países miembros del TLCAN, se estudia la manera de ampliar la acción privada en cuanto a litigios de competencia económica para que el particular sea un elemento auxiliar de consideración en la persecución de los objetivos de la materia, en México esta opción ha merecido poco y superficial estudio.

Lo destacable del proyecto anterior es que, hace énfasis en lo poco proporcional de las mayores sanciones contempladas en la LFCE respecto a las ganancias de entes con conducta anticompetitiva reiterativa esto sin, contemplar además el beneficio concedido por el artículo 33 bis 2, que deja la sanción en un salario mínimo cuando se llegue al arreglo extrajudicial, y sin considerar que, de llegarse a dicho acuerdo será el infractor el que proponga en que tiempo y bajo que condiciones cesará la conducta. Así, en el proyecto de reforma destaca la desproporcionalidad de las sanciones que sufren varios oligopolios presentes en el mercado nacional cuando su conducta es detectada, con las ganancias por año de los mismos, así el proyecto demuestra de manera contundente que, muchos de estos oligopolios como lo veremos en el capítulo III de la presente tesis, cubren las multas más altas contempladas en la Ley con tan solo cuatro o en el mejor de los casos veinte horas de operación en el mercado. Las sanciones a las empresas tomadas como ejemplo, por los diputados en ningún caso representan más del 1.5% de las ventas netas anuales de los agentes económicos, esto sin tomar en cuenta que, las prácticas pueden ser de tracto sucesivo y haberse perpetrado por años sin ser detectada, para una práctica constante de años de colusión o exclusión, una sanción que implica solo 4 o 20 horas de la actividad comercial de la empresa resulta a todas luces poco proporcional y desincentivante, sin embargo, aún con multas propias que cumplieren con la regla de la cantidad mínima, si no existe certeza del castigo de la actividad, y del cobro de dichas multas serán pocos los efectos laterales de la reforma y si aún dichas multas pueden rebatirse con litigiosidad constante ante Tribunales poco preparados en materia económica los resultados serán mucho menos relevantes<sup>98</sup>.

Cabe resaltar que, la propuesta reitera elementos que ya han sido tomados en cuenta en la reforma de 2006 y, que fueron declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como lo es la fracción VII del texto propuesto para el artículo 35

---

<sup>98</sup> SÁNCHEZ Camacho Alejandro. **Proyecto que reforma el artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica a cargo del Diputado Alejandro Sánchez Camacho, del Grupo Parlamentario del PRD**, [en línea], México, [citado 15-03-2008], Formato HTML.

Disponible en internet en:

[http://prdelg.diputados.gob.mx/diputado/alejandro\\_sanchez/intervenciones/ver2403.html](http://prdelg.diputados.gob.mx/diputado/alejandro_sanchez/intervenciones/ver2403.html)

que contempla la posibilidad de ordenar la desconcentración de activos, posibilidad que como lo acotó la Corte se encuentra fuera las facultades de la CFCE, y en manos de los Tribunales en sí, la propuesta no resulta congruente con varios criterios jurisprudenciales cayendo en incongruencias con el marco normativo que la harían excesivamente endeble de aprobarse, vale la pena empezar por dar coherencia a la LFCE con las últimas decisiones de la Corte, considerando por ejemplo, posibilitar a la CFC para solicitar dicha desincorporación de activos ante los Tribunales conducentes. Nuestros legisladores tienen que ocuparse no solo de montos desincentivantes, sino de legislar para provocar la viabilidad de las sanciones, investigaciones y actuaciones de la Comisión.

Cabe resaltar el papel de la concentración de poder en ciertas industrias creando, mercados negros. Cuando hay un producto con precios estancados a nivel monopolístico y, se trata de productos homogéneos resulta más fácil atraer agentes interesados solamente en revender los productos, que el provocar la entrada de competidores en regla dispuestos a invertir directamente en un mercado poco vigilado y que les da pocas posibilidades de supervivencia, resulta más rentable vender sin arriesgarse a invertir directamente.

Resulta además alarmante el poco éxito de la Comisión en el combate de las prácticas absolutas, hasta 2002 el monto promedio de sanción por dichas prácticas era de 175,000 dólares, un monto risible para los beneficios monetarios y no económicos directos que con ellas pueden alcanzarse, aunque en junio de 2008 se incrementaron los montos de las multas contempladas en la Ley, esto no basta para obtener sanciones efectivas, se requiere su recaudación efectiva, su resolución pronta, la certeza en la aplicación de las sanciones de las cuales se derivaran efectos laterales, la congruencia en los criterios de la Ley, mayores herramientas destinadas a la investigación de las conductas y obtención de pruebas de las mismas, coordinación con otras entidades como la Procuraduría General de la República y la PROFECO, la posibilidad de realizar acciones conjuntas con la primera respecto a denuncias que permitan la sanción penal de las conductas contenidas en el artículo 253 del Código Penal Federal y, mayor difusión de las conductas sancionadas hacia la sociedad para crear una cultura de respeto en la materia.



## **2.1 Diferencia entre legislación de competencia y legislación de protección al consumidor, sujetos, finalidades, objeto y bienes jurídicamente tutelados.**

La legislación de protección al consumidor es la encargada de tutelar al tercer factor económico del bienestar, el poder de consumo y la protección del ingreso.

En el sistema legal mexicano la aplicación de las leyes de protección al consumidor y las leyes de competencia corresponden a dos organismos administrativos distintos aunque desconcentrados ambos de la misma Secretaría. Resulta interesante señalar que las iniciativas de Ley Federal de Competencia Económica y Ley Federal de Protección al Consumidor en México, fueron proyectos presentados al legislativo por el ejecutivo como parte del mismo paquete de reformas económicas en noviembre de 1992, fueron debatidas y estudiadas simultáneamente, por lo que se esperaba que en técnica legislativa al menos hubiese cierta congruencia y complementariedad de las dos legislaciones.

En la legislación mexicana existe una falta de incentivos para la acción coordinada del consumidor final, para presentar y tramitar una denuncia, así como la falta de información que caracteriza ciertos tipos de consumo, es decir cada consumidor resiente una x parte del costo ocasionado por una conducta anticompetitiva y, solo se beneficia una x parte de lo que resulte del combate de la conducta. En países como México donde los afectados no ven frecuentemente la restitución del daño y solo se paga la multa a la Tesorería Federal y en varias conductas se ve dificultad para deducir una acción que da lugar a interponer un incidente de daños y perjuicios, en el cual solo estaría interesado un consumidor de grandes volúmenes o varios consumidores coordinados, figura esta última inexistente en el derecho mexicano. Los costos en tiempo y gasto procesal resultan prohibitivos para este esfuerzo, lo que deja incompleta la sanción de las conductas anticompetitivas al no haber un medio para restituir el *status quo ante* o indemnizar a todos los agentes afectados en diversas líneas de daño, es el caso del consumidor. En la psique individual un consumidor final afectado estará dispuesto a invertir recursos para combatir una conducta anti competitiva solo por un costo menor al beneficio probable obtenido de la cesación de la conducta y, la probable indemnización, individualmente sus recursos se encuentran limitados, no así los recursos del industrial que despliega al conducta ilícita, (por eso en EU se da el *trebble damages* para motivar la acción de particulares).

Además en el sistema legal mexicano, se tratan por cuerda separada las conductas que dañan el consumo y las prácticas anticompetitivas, cuando al final una conducta que daña el consumo puede perfectamente a través de publicidad engañosa y demás fraudes distorsionar el curso natural del mercado y los precios competitivos para un producto.

Aún en legislaciones como la estadounidense, donde existe la acción de clase de los consumidores en materia económica se da el efecto gorrón, donde un consumidores que podría sumarse a la acción no lo hace y espera a que los demás lo hagan e inviertan sus recursos, sin embargo este efecto es mucho menos significativo que la aportación traducida de la acción colectiva de los consumidores en la persecución de conductas anticompetitivas.

Durante el debate de la Ley Federal de Competencia Económica en noviembre de 1992, se mencionó por parte de un diputado del Partido de la Revolución Democrática, la ausencia de acciones de clase dentro de la regulación mexicana<sup>99</sup>.

Otro punto relevante del seguimiento de la legislación a cargo de los consumidores en Estados Unidos, consiste en la rendición de cuentas a representantes de grupos amplios de la sociedad, en especial a asociaciones de consumidores que aseguran a este una información más completa sobre los bienes y servicios disponibles en el mercado.

Las leyes de protección al consumidor persiguen la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores, así como el cumplimiento de estándares de calidad mínima de los productos, el riesgo que enfrentan por ejemplo, los depositantes en el caso de la banca es un atributo de calidad del servicio bancario que debe vigilarse de manera estricta.

Otro punto de convergencia importante de las materias en cuestión, es que es la PROFECO quien vela por la aplicación efectiva de los controles de precios establecidos sobre artículos de consumo necesarios aunque, la facultad para establecer estos controles tarifarios se ha reglamentado en el artículo 7 de la LFCE.

La poca colaboración de la Comisión Federal de Competencia con otras instituciones como la Procuraduría Federal del Consumidor, que pudieren aportar información de mercado relevante para las actividades de la Comisión misma, reducen su eficiencia como organismo defensor de la competencia. Así mismo, estas dependencias podrían interactuar y complementarse para la presentación de denuncias sobre conductas contempladas en el artículo 253 del Código Penal Federal.

La CFCE indebidamente considera que existe muy poca relación entre su actuación respecto a política de competencia<sup>100</sup> y, la política de consumo administrada por PROFECO, se consideran materias totalmente apartadas cuando en realidad son dos ramas del mismo tronco común, esta visión ha frenado la comunicación efectiva entre ambos organismos de la cual, se podría derivar un ejercicio de facultades mucho más fructífero para ambos y una serie de investigaciones que pudieran desconcentrar mercados de manera más efectiva si se reconociera a la PROFECO como posible coadyuvante de la Comisión y, como ente capaz de denunciar prácticas anticompetitivas absolutas o relativas ante la Comisión.

Resulta evidente que, conductas como la publicidad engañosa conllevan efectos anticompetitivos, ya que, la competencia como hemos establecido no solo se debe centrar en la obtención de ganancias monetarias con precios por encima del nivel competitivo, también puede reflejarse en guerras publicitarias, creación de tendencias, encarecimiento de bienes, guerras de precio y baja de calidad en los productos ofrecidos, con tal de

---

<sup>99</sup> Idem.

<sup>100</sup> OCDE. *Vid supra n. 151*, p.91.

desviar las ganancias en eficiencia productiva para fondos en materia de publicidad, además de que la publicidad engañosa crea mercados de reputación falsos los cuales se benefician de la asimetría de la información y son proclives a practicas exclusionarias.

Ni siquiera existe la obligación por parte de la Comisión, en caso de encontrar conductas de publicidad engañosa en la actividad económica de un agente, de denunciar dicha publicidad a PROFECO, el obtener poder de mercado o penetración en un mercado de reputación por medio de publicidad engañosa es visto como una practica capaz de distorsionar mercados y patrones de consumo en Canadá y Estados Unidos y, en el caso canadiense no es necesario contar con poder de mercado para considerar la publicidad engañosa como una practica anticompetitiva ya que, muchas veces esta publicidad se utiliza para crear reputación y entrar en mercados altamente estigmatizados, por tanto si la publicidad se utiliza a para entrar al mercado o para fines exclusionarios, el requisito de poder de mercado se obvia en la jurisdicción canadiense.

La CFCE podría beneficiarse de la base de datos de PROFECO para identificar conductas coordinadas y mercados con oligopolios estructurales, ver las fluctuaciones de precios, determinar si una alza o baja de precios es normal, derivada de las relaciones históricas de precios, si el precio sube o baja en determinada época independientemente de la voluntad de los agentes económicos y, aprovechar los canales de comunicación que tiene PROFECO con el consumidor para difundir los logros, derechos y las políticas de competencia económica a la población, así como combatir prácticas de mercadeo que pueden derivar en la concentración u obtención de manera indebida de poder económico, alza de precios o sobre valoración de nichos de mercado.

A su vez, podrían trabajar en conjunto para promover los beneficios de las organizaciones colectivas de consumidores, estos pueden ser un elemento significativo en las investigaciones en materia de competencia y podrían estar dispuestos, si el esfuerzo colectivo funciona y se ve apoyado, a dar mayor información sobre las prácticas de algunas empresas sirviendo como monitores a nivel consumo, así se vigilaría no solo la transferencia de bienestar económico que significa una practica anticompetitiva sino los riesgos que las prácticas contra el consumo significan al ingreso de la población, a raíz de la conjunción de esfuerzos y recursos podrían ejercitarse por los consumidores, acciones en materia de competencia, al menos contra prácticas monopólicas absolutas, y estudiar la posibilidad de que se les diera acción en las prácticas relativas, cuando acompañasen sus denuncias de las pruebas conducentes, estas prácticas afectan significativamente el poder de consumo, afianzan monopolios y, atrincheran poder de mercado, prueba de ello es Telmex cuyas multas y sanciones han sido en un 86% por conductas que, configuran practicas relativas pero que sustentan un monopolio estructural <sup>101</sup> cuyo impacto se da, en el consumidor. Se enfatizaría la sanción moral, el desprestigio ante los ojos del consumidor debido a la difusión de la conducta anticompetitiva de algunos agentes económicos como en Canadá y Estados Unidos.

En cuanto a la interacción de la Comisión con otros organismos, destaca su trabajo con la

---

<sup>101</sup> *Idem.*

Comisión Intersecretarial de Desincorporación, esta exige la aprobación de la CFCE para participar en la compra de activos de empresas privatizadas, sin embargo dicha calificación resulta urgente extenderla a las licitaciones de suministro de bienes o servicios a gobiernos, la coordinación de posturas en estas últimas licitaciones también deben ser sancionadas, suspendiendo al menos por seis meses, la participación de entes encontrados culpables de coordinación de conductas o de prácticas anticompetitivas, al menos para los reincidentes, cuando su culpabilidad o la reincidencia se establezca mediante sentencia firme. Actualmente solo se castiga la coordinación de posturas en licitaciones cuando esta se refiere a la adquisición de activos de empresas o futuras concesiones, sin perseguirse el daño al gobierno como consumidor en las licitaciones de suministro, ejemplos claros lo constituyen los sectores de telecomunicaciones, transportes y gas natural, donde se sanciona la conducta anticompetitiva en licitaciones solo cuando estas versan sobre adquisición de activos o nuevas concesiones.

Resalta la incongruencia entre la legislación de competencia y regulaciones sectoriales respecto a una falta de coordinación para el ejercicio de las atribuciones generales de la Comisión, aunque la colaboración con COFEMER es estrecha se requiere, una mayor participación de la Comisión en las discusiones sobre los nuevos reglamentos de los sectores regulados, así como la posibilidad para la Comisión con base en investigaciones sobre concentración de mercados e intensidad de la competencia, de sugerir cambios administrativos y legislativos necesarios para la conducción del sector sugerencias que, al menos deberían ser discutidas y contestadas, además de poder subsidiario para investigar conductas que los organismos sectoriales omitiesen investigar.

Como se mencionó anteriormente, tanto los Estados Unidos como Canadá conciben el derecho al consumidor íntimamente ligado al derecho de la competencia económica a tal grado que, la *Competition Act* trata ambas ramas del derecho y el Tribunal de la Competencia puede emitir sentencias y medidas temporales en relación a casos de derecho del consumidor, como serían diversas modalidades de fraude al consumo, fraude en publicidad de productos de venta intensiva, etcétera. La *rationale* a través de la cual el mismo organismo y el mismo ordenamiento legal sancionan las prácticas que, atentan contra la competencia y las prácticas que dañan el consumo es el hecho de que a través de prácticas fraudulentas de consumo puede crearse una demanda falsa que distorsiona las condiciones del mercado y la intensidad de competencia es decir, los productos maravilla distorsionan la demanda, confiriendo poder de mercado a ciertas empresas con base en publicidad y no en calidad del producto y, significando transferencias de bienestar del consumidor al productor, por bienes o servicios que no cumplen con las especificaciones que prometen o que se comercializan de manera engañosa y, con esquemas lesivos para el consumo dañando el poder adquisitivo, por tanto distorsionando los patrones de consumo.

El punto máximo coincidente entre ambas ramas del derecho en las legislaciones de nuestros socios comerciales, se expresa a través de las acciones de clase, permitidas en ambos casos tanto para el daño a consumidores principalmente directos como a competidores y vistas como una herramienta para detectar conducta anticompetitiva que disciplina el mercado a través de tendencias ficticias de consumo y su protección del

ingreso a través de la acción conjunta de los competidores o consumidores; ambos pueden ser agraviados por las prácticas anticompetitivas, especialmente por las prácticas colusivas ya que, como lo mencionamos anteriormente el impacto directo de estas prácticas se da en los clientes de los agentes coludidos ya que, muchas veces se significan en transferencias del bienestar del consumidor ya sea industrial o final, hacia el productor coludido. Esto no excluye la posibilidad de presentar una acción de clase por parte de los afectados en contra de un agente económico que incide reiterativamente en prácticas excluyentes, que al final limitan las opciones del consumidor.

Para determinar que una serie de consumidores o competidores dañados forman una clase se toman en cuenta varios factores, se busca que tengan un interés en común, su solicitud encierre una causa de acción, existan características de unidad de dos o más personas, que persigan pretensiones comunes, que se vea a la acción de clase como la forma más viable de resolver una serie de situaciones jurídicas idénticas y, se pueda establecer un consejo que represente justa y adecuadamente a la clase.

El reconocer las acciones de clase en la materia de competencia económica deriva varios beneficios, entre ellos:

- Mayores esfuerzos en conjunto por parte de los denunciantes para hacer frente a empresas de gran tamaño.
- Detona la regla de los efectos laterales para desincentivar conductas.
- Mayor coordinación ante las cortes para demostrar el impacto que puede tener una conducta anticompetitiva.
- Reducción de procedimientos.
- Reducción del riesgo de emitir resoluciones contradictorias o de *estoppel* colateral.
- Creación de conciencia del poder de consumo en la sinergia de los mercados y del papel del consumidor como parte del proceso económico y vigilante del mismo.
- Mayor posibilidad de reunir pruebas y costear estudios econométricos sobre las conductas cuestionables, es mucho más factible llevar a los tribunales conductas anticompetitivas si el costo del procedimiento se distribuye entre una variedad de demandantes.
- Concentración de pretensiones y daños perpetuados contra incontables demandantes en un solo procedimiento.
- Resolución sobre puntos únicos convergentes en la situación jurídica de diversos sujetos sobre bases de equidad.
- Permite valorar la trascendencia de las conductas a través del estudio de las líneas de daño involucradas.
- Acumulación de las pérdidas particulares derivadas de conductas anticompetitivas, efectivamente dimensionadas ante las Cortes que al sumarse y evaluarse en conjunto hacen un contrapeso más realista a eficiencias relativas que pudieran especularse de las conductas. Permitiendo hacer efectivas las leyes de la materia al poner frente a frente la intensidad del daño con las eficiencias esgrimidas.
- Permite aplicar los mismos principios de derecho a las mismas razones.
- Recuperación proporcional de lo asignado a la acción popular.
- Representación común de una pluralidad de intereses.

- Favorece la obtención de pruebas y la investigación de las conductas ya que la clase para fundamentar su acción, puede hacer uso de las herramientas de descubrimiento (*discovery*) e investigación que se proporcionan en las acciones civiles y penales mediante el consejo de abogados que les representa, permitiendo reducir el número de diligencias y concentrar esfuerzos, hechos y daños de todos los participantes de la clase.
- Permite dimensionar el impacto de la práctica sobre el consumo.
- El movimiento de la acción recae en un panel de abogados especializados en este tipo de procedimiento requiriendo que, los demandantes inviertan menos tiempo en el seguimiento del caso que si hubieran establecido demandas individuales.
- Promueve la transferencia del bienestar obtenido con la conducta anticompetitiva del infractor hacia los consumidores y, a los competidores dañados ya sea mediante sentencia o acuerdos extrajudiciales.

Originalmente, la acción de clase nace en el derecho estadounidense como una figura de equidad, que tiene por objetivo el declarar una serie de derechos, condiciones y obligaciones para los miembros de una clase que coincide en la misma situación jurídica. Su origen dentro del derecho de la competencia económica y como elemento indirecto de protección al poder de consumo data de 1890 cuando se estudia la *Sherman Act*, como instrumento para declarar ciertos derechos de una clase de competidores, su amplia aplicación data desde 1938, cuando la regla 23 de las Reglas Federales de Proceso contempló, la posibilidad para los particulares tanto competidores como consumidores, de reclamar como clase los daños causados por conductas anticompetitivas, esto obligaba a las cortes a analizar dos ejes principales sobre la acción de clase: 1) la valoración de los hechos y derecho relacionados con la naturaleza de la queja y, 2) la valoración de las características de un grupo de particulares que exigen su derecho colectivamente ante las cortes para determinar si conforman una clase con un interés común.

Bajo esta figura, hasta las entidades gubernamentales como consumidores, han podido obtener la reparación de los daños causados por conducta anticompetitiva que afectaba el precio de insumos en licitaciones públicas, el primer caso de acción de clase en el derecho de la competencia estadounidense fue ejercitado por un grupo de municipalidades en su carácter de consumidores, que atacaron a una conspiración a nivel nacional para fijar precios en las manufacturas de equipo eléctrico, acción de clase desprendida de una investigación realizada por el Departamento de Justicia en Filadelfia, en total las acciones por separado entabladas por las municipalidades sumaban 1500, entonces decidieron proceder como clase, como resultado obtuvieron la reparación triple de daños y un procedimiento más ágil evitando la saturación de las Cortes de diferentes Distritos, evitando también la alta probabilidad de *estoppel* y decisiones contradictorias en el sistema.

En el caso de Canadá, las reformas a la *Competition Act* de 2002, permitieron mayor participación de la iniciativa privada en la denuncia de casos en materia de competencia económica, las acciones de clase se han significado en un importante factor de sondeo de la intensidad y licitud del comportamiento de los agentes económicos en el mercado, por

parte de los consumidores. En sus primeros tres años, ya se contaba con al menos 30<sup>102</sup> acciones de clase derivadas de violaciones al derecho de la competencia atendidas por los tribunales canadienses, sin contar las derivadas de violaciones por prácticas perjudiciales al consumidor y, sin contar las acciones de clase conjuntamente llevadas con los Estados Unidos o bajo las leyes y tribunales del país vecino.

Cabe anotar que, una acción de clase puede tener dos orígenes; la mayoría de los ejercicios de acción de clase derivan de una condena exitosa obtenida por los organismos de fiscalización en materia de competencia del gobierno o de una sentencia favorable obtenida por un demandante privado que, denota la culpabilidad de su competidor, el esquema estatutario tanto en Estados Unidos como en Canadá favorece al particular que espera la condena del agente económico, en dos factores; el primero considerando que la acción para la obtención de triples daños normalmente prescribe en cuatro años, y esta prescripción se interrumpe durante la duración de una investigación antimonopolio, en segundo lugar se tiene el punto de las presunciones *prima facie* donde, si el agente económico pierde el caso primario, se presume su culpabilidad para las siguientes acciones civiles, ya no es necesario para el particular, invertir tiempo dinero y esfuerzo en probar la culpabilidad ya determinada por las Cortes, deslindándolo de la carga de la prueba, sobre la parte sustantiva del caso, conforme a la letra de la sección 5 de la *Clayton Act*, el juicio previo se admite como evidencia *prima facie* de los hechos del seguido juicio, se faculta a los particulares a invocar este juicio al amparo de los principios del *common law* para evitar el *estoppel* colateral precluyendo al demandado de contestar puntos resueltos, también tiene este carácter *prima facie* la aceptación de culpabilidad de las conductas absolutas y relativas, al demandante solo le queda probar la relación del daño sufrido con la conducta, este origen tuvieron las acciones de clase contra *Microsoft*, *Master Card* y *Visa*, contra ADM en el cártel de vitaminas, lisina y jarabe de maíz de alta fructuosa, este último entablado por competidores, Estados Unidos requiere que el daño sea directo. Además de defenderse sobre la acusación de monopolización, se esta ante el riesgo de que se desaten acciones de clase por parte de los competidores derivadas del primer juicio.

Por otra parte y como un escenario contrario, el hecho de que el agente económico investigado gane el primer caso contra el gobierno no implica que el particular no pueda entablar su acción por cuerda separada ante las Cortes civiles sobre la misma conducta, estas son las acciones de clase *ab initio*, las cuales determinan que, el juicio puede empezar en sí con una acción de clase cuestionando una práctica de negocios, dichos sujetos con interés común inician un procedimiento en contra de un demandado por la misma conducta, este daño a los consumidores como clase les permite reclamar el daño sufrido cuando las conductas son tanto colusivas como excluyentes aunque no se manifiesten abiertamente en precios como sería el retardar la entrada de rivales en un mercado limitando las opciones y manteniendo artificialmente condiciones y nichos de mercado. Estas acciones son las nenas. En general durante la década de los 90's las acciones de clase se incrementaron un 340% y mientras en 2000, existían 122 acciones de clase vigentes en 2003 se contaban cerca de las 249 acciones de clase en materia de

---

<sup>102</sup> *Vid supra n*, 204.

competencia económica solamente en los Estados Unidos

En el caso de los Estados Unidos existe un Panel Judicial de Litigio Multidistrital, el cual tiene la autoridad para transferir casos federales de un Distrito que se encargó de la coordinación preprocesal y la calificación de clase, a otro que se encarara de juzgar el fondo del asunto, realizar las audiencia, desarrollar la evidencia y pronunciarse sobre el caso en sí.

En la acción de clase canadiense, notamos el elemento universalidad, a diferencia de las acciones de clase en materia de competencia económica estadounidense, se toman en cuenta mayores grados de daño a través de la línea de consumo para certificar la clase por parte de los tribunales canadienses, la clase se certifica como parte de la evaluación sobre admisibilidad y procedencia de la demanda, en el caso de Canadá, la certificación se extiende para permitir ser miembros de la clase a todos los afectados por la práctica, ya sean consumidores directos o indirectos de los bienes o servicios afectados, siempre que la conducta se signifique en un daño determinable y deducible hacia ellos, así se incluye a prácticamente todos los consumidores en las acciones de clase en materia de competencia económica canadiense inclusive a aquellos que no adquieren los bienes o servicios directamente de los demandados, o adquieren los bienes y servicios integrados a otros productos finales y, a su vez se evita el abuso permitiendo al demandado rebatir el traspaso del daño a los consumidores indirectos y arrojando al demandante la carga de la prueba. En Estados Unidos se certifica solamente a los miembros de la clase que se integra por aquellos que ha sufrido daño directo por la conducta o son compradores directos del producto o servicio sobre el que se ejercieron las prácticas anticompetitivas, así no esta disponible la acción de clase para intermediarios, víctimas indirectas del daño, o consumidores que adquirieron el bien mediante intermediarios, revendedores o distribuidores, aunque estos hubiesen transferido el daño económico al consumidor final, esta restricción la marco el caso **Illinois Brick** en 1977, del cual deriva la excepción procesal del mismo nombre, siendo el principal obstáculo al ejercicio de la acción de clase para los consumidores de ese país<sup>103</sup>.

Este obstáculo se ve removido en la jurisdicción estatal por la existencia de varias leyes repelentes del criterio Illinois Brick, traduciéndose en la posibilidad de que el demandado enfrente acciones de clase a nivel local frente a foros menos convenientes para el mismo en lugar de concentrarse en la esfera federal, el Congreso estudia actualmente la posibilidad de permitir a los demandados acciones de clase multijurisdiccionales concentradas en una sola Corte Federal.

Los consumidores tampoco están limitados a adjuntarse a una clase para reclamar daños causados por conductas anticompetitivas en los países de nuestros socios comerciales, cuando los consejos de clase determinan no seguir ejerciendo acciones y arreglarse con el infractor deben comunicar a los miembros de la clase aún a los ausentes, tanto la oferta para el arreglo, los efectos de arreglarse así como los medios disponibles en las Cortes

<sup>103</sup> **ILLINOIS BRICK CO. VS. ILLINOIS**, [431 U.S. 720, 97 Suprema Corte, 2061, 52 L. Ed. 2d707] (1977).



civiles, para seguir su demanda en caso de no arreglarse, el consejo de clase funge como asesor de los miembros presentes y ausentes de la clase.

Resulta interesante el observar como la globalización del consumo también afecta el ejercicio de acciones de clase por parte de los consumidores, cada vez es más frecuente ver acciones de clase empezadas en Canadá a la par del inicio de una investigación o la emisión de una sentencia contra cárteles en los Estados Unidos o Europa, así como las peticiones de culpabilidad aceptadas por las empresas en dichos países, tales elementos sirven como elementos de evidencia de conducta anticompetitiva, dicha interrelación especialmente a nivel de consumo regional la estudiaremos en el capítulo V de la presente tesis.

Mientras las carencias de la legislación mexicana son determinantes, el poco arraigo e institucionalidad de la cultura de competencia y, su nula interacción con el derecho del consumidor provoca una ignorancia alarmante entre la población, no basta publicar el trabajo de la Comisión en medios especializados, o en el Diario Oficial, se requiere darlo a conocer al consumidor último quien en los mercados de reputación tiene un voto importante, en estos casos la pérdida de reputación masiva redundará en una sanción costosa para la empresa infligida por la sociedad, para que la condena y seguimiento social de la conducta empresarial se realice, se requiere estandarizar el lenguaje de la Comisión y la difusión coloquial de conceptos elementales de la materia, recordemos que, la claridad de la Ley simboliza un paso fundamental para su cumplimiento, se debe legislar para el entendimiento del gobernado y no limitar una materia de observancia general al entendimiento de unos cuantos.

El legislador estadounidense, al crear la *Sherman Act* comprendió bien este principio y busco hacer una ley simple, dicha simplicidad resultaba vital para enraizar este nuevo derecho y la idea de su obligatoriedad en la sociedad americana haciendo comprensibles, las obligaciones que de ella derivaban y, haciendo a los consumidores conocedores de sus derechos económicos, como parte del sistema de libre mercado.

### **CAPÍTULO III.- Conductas anticompetitivas sancionadas en los tres países y conducta empresarial frecuente en ellos. Fusiones y su parámetro de evaluación.**

Estamos ante tres economías en etapas de desarrollo distintas, con distintas prioridades y productoras de diferentes bienes y servicios. En México no se dio una etapa incubadora, diseñada para el crecimiento de la pequeña y mediana empresa, empresas de capital mexicano en realidad quedan pocas. La mayor parte de los sectores se encuentran abiertos a la iniciativa privada y a la inversión extranjera, existe una extensa actividad de la industria maquiladora que produce bienes semiterminados o, ensamblan productos con bajo valor agregado. Se trata de una economía altamente concentrada en algunos sectores, concentración que se agravó durante la década de los 90's con privatizaciones mal realizadas y una actitud excesivamente permisiva, por parte de la autoridades encargadas de la competencia económica sobre fusiones que concentraron altos porcentajes de participación y poder de mercado en los sectores industriales respectivos.

En México incorrectamente al hablar de competitividad, se trata de medirla a través de los índices macro económicos, de la tasa de crecimiento, índice inflacionario, tipo de cambio, y número de participantes en la economía, sin embargo la estabilidad de estos factores se debe como ya mencionamos, mucho más a medidas financieras y fiscales que a un incremento en la intensidad de la competencia. Existen pocos estudios enfocados a analizar las estructuras de los diversos nichos industriales, mucho menos a verificar la intensidad de competencia que reflejan, en el sector servicios la intensidad de competencia es realmente baja; en la producción y comercialización de algunos bienes estamos ante un mercado tendiente a los oligopolios en el mejor de los casos y principalmente ante duopolios.

Existen pocas opciones para financiar nuevos negocios que, buscan entrar a un mercado, el sistema financiero mexicano realiza pocos préstamos empresariales, sus mayores dividendos los toma de comisiones y cuotas del crédito revolvente de personas físicas.

La economía mexicana se encuentra en el lugar número 47 de competitividad teniendo una caída sostenida dentro del conteo de las cincuenta economías principales desde 1998 cuando se ubicó en su mejor posición como la economía número 38<sup>1</sup>.

Canadá para el 2007 se ubicaba como la décima economía más competitiva del mundo a pesar de sus barreras intraestatales y Estados Unidos sigue siendo la economía más competitiva del orbe. Estos conteos cabe señalar ratifican el error al basarse en medidas macroeconómicas, no existen estudios completos sobre la intensidad de la competencia en el caso de la economía mexicana ni sus efectos sobre los ingresos de la sociedad *per capita*, buscan evaluar de que manera a través de sus políticas ingresos e intercambios las

---

<sup>1</sup> IMD. **World competitiveness yearbook 2007**, [en línea], Suiza, World Competitiveness Center, 2007, [19-03-2008]. Formato PDF. Disponible en Internet: <http://www.imd.ch/research/publications/wcy/World-Competitiveness-Yearbook-2008-Results.cfm>

naciones compiten con otras por atraer inversión y que peso dan a la eficiencia productivo- asignativa y transaccional, aunque estas eficiencias no se traspasen a otros sectores sociales, en México se carece de estudios que nos permitan conocer la intensidad de la competencia de un mercado nacional o internacional, sus efectos sobre el ingreso y la viabilidad de las eficiencias relativas que presentan o que se esperan del actuar de ciertas empresas.

Resulta lógico que economías como la Canadiense que considera a la competencia solamente como una herramienta de desarrollo subordinada a intereses sociales y locales, como la protección de la mediana y pequeña industria canadiense y la estadounidense que tiene grandes controles sobre su mercado y en los mercados internacionales, subordinen la competencia a intereses locales, ambas economías cuentan con mayor intervención estatal en los mercados y su competitividad es superior a la mexicana, en nuestra economía se optó por liberalizar mercados a través de una desregulación masiva, la economía mexicana fracasó en la aplicación de las pocas reglas que dejó en el marco normativo para sondear la conducta de los agentes económicos privados y ha sido incapaz de derivar eficiencias sustanciales de la actividad de la iniciativa privada que se traduzcan en bienestar social duradero.

Ante la pérdida de poder económico, en el mercado estadounidense y el temor de contagio en la economía Canadiense, en los próximos años veremos reafirmarse el proteccionismo en la zona. En México la baja competitividad independientemente de achacarse a los cuatro sectores más concentrados del país, se debe a la apreciación errónea de la competencia como un objetivo en sí mismo y no como herramienta para derivar objetivos ulteriores, la errónea apreciación actual en México considera que dicha competencia es solo alcanzable a través de la desregulación masiva, sin considerar que, el Estado requiere realizar un eficaz diseño de mercados cuyo funcionamiento se traduzca en beneficios sociales deseables a largo plazo.

Tanto Canadá como Estados Unidos, utilizan a la competencia como herramienta para lograr objetivos ulteriores, en el caso canadiense el apuntalamiento de su economía interna como vía para reducir las discontinuidades económicas de la Unión y, en el caso estadounidense como medio para proteger sus intereses económicos traducidos en las ya crecidas empresas transnacionales norteamericanas, a quienes a través del discurso de la competencia y desregulación desmedida se les asegura accesos a nuevos mercados, donde podrán colocar los excedentes de su producción y derivar ganancias para los estadounidenses.

Como se mencionó, la economía mexicana no pasó por una etapa en la cuál se atomizara el poder de mercado, paso directamente de los monopolios públicos a la concentración de poder en manos de las empresas transnacionales, adoptó un régimen de competencia copiado de Estados Unidos, el cual contenía el desarrollo de parámetros y reglas de la razón creadas para el momento de desarrollo de los Estados Unidos, con ópticas favorables a grandes empresas americanas desarrolladas mediante la atomización de mercados durante más de 40 años, las cuales solo ofrecían al consumidor eficiencias

productivas y asignativas relativas, sin que fuera la eficiencia distributiva su prioridad, ya que esta la había sido hasta los 70's, cuando termina la etapa del pastel americano, así México adopta una perspectiva de competencia destilada de las necesidades de otro mercado, que buscaba ya el apuntalamiento de empresas grandes previamente incubadas, sin contar México con empresas de este tipo.

La manera en la que se implementó este régimen dio como resultado una depredación de empresas pequeñas y medianas a las cuales, su desconocimiento sobre las figuras que constituirían prácticas anticompetitivas lea acarrearían sanciones que en muchos casos terminaron con esas pequeñas y medianas empresas. Así mismo y, ante el temor de ahuyentar capitales transnacionales de los que se esperaba inversión directa se evitó intimidar la actividad empresarial, con una excesiva vigilancia del Estado y comenzó la desregulación bajo una óptica equivocada de esta como medio para lograr la eficiencia transaccional.

México clasifica las prácticas anticompetitivas en dos grandes rubros dependiendo del nivel en que participan los agentes coludidos y priorizando la faceta colusiva de las conductas, dejando a las conductas excluyentes como secundarias. Así dependiendo del citado nivel de participación califica como prácticas monopólicas absolutas a los acuerdos de nivel horizontal que se traduzcan en; fijación de precios, fijación de oferta, división de mercados y coordinación de posturas en licitaciones, este sería el precepto equiparable a las prácticas *per se*, en el derecho mexicano aunque no se estipula para ellas expresamente que serán por sí mismas ilegales sin lugar a justificaciones.

El derecho norteamericano divide las prácticas en *per se* ilegales, aquellas sin mayores justificaciones de eficiencia y aquellas que admiten el uso de la regla de la razón. La actividad judicial y el precedente han tenido un destacado papel en el tratamiento de estas prácticas, para algunas de ellas otrora consideradas ilegales *per se*, hoy se permite el uso de la regla de la razón. Las prácticas que se siguen considerando *per se*, son comúnmente más dañinas que las justificaciones de eficiencia que ofrecen, en el mercado americano, en este rubro tenemos a la fijación de precios tanto horizontal como vertical, la fijación de oferta, la división de mercados, ciertos tipos de boicot, asignación de clientes, coordinación de licitaciones y coordinación de oferta horizontalmente. El criterio utilizado por Estados Unidos, no se va tanto a determinar el grado de la cadena productiva en la que participa el infractor, se refiere a los efectos de la conducta, los cuales en su mayoría serán adversos en comparación a las eficiencias relativas que pudiesen reportar, estas son tan escasas que resulta más viable presumir la ilegalidad de la conducta que invertir tiempo en estudiar caso por caso eficiencia por eficiencia, sus fines son típicamente colusivos o exclusionarios y, la sanción se encamina hacia esos fines sin reparar necesariamente en los medios usados para alcanzarlos ya sea a través de conducta vertical u horizontal

El derecho canadiense a su vez, considera las conductas por su vertiente civil o penal.

### **1.1 La conducta industrial en México y la posición de la Comisión y la Suprema Corte sobre ellas.**

El caso mexicano es un caso complejo, en el tenemos presente a una autoridad de competencia con pocas herramientas disponibles para investigar las conductas, reguladores atrapados por los grandes intereses económicos, que pueden presionar las decisiones de legisladores y ejecutores de las políticas de competencia, el poder económico ha tejido grandes tramas de intereses con las fuerzas políticas y medios de difusión, incidiendo a su vez en la opinión pública, han demostrado especialmente a los legisladores que, cuando su poder de mercado esta en juego pueden utilizarlo para explotar una imagen negativa de los que proponen las reformas que les amenazan, cuando hay una falta de independencia tan fuerte en los reguladores y los encargados de aplicar las leyes, los entes más perjudicados son los pocos agentes económicos independientes que quedan atrapados en mercados oligopólicos, las pequeñas y medianas empresas, los consumidores y su poder adquisitivo y los trabajadores que ven desaparecer sus fuentes de empleo en las PYMES. Estos son daños que no pueden medirse unidimensionalmente, como el incremento en el bienestar económico del productor o el incremento temporal y ficticio de bienestar de un grupo de consumo.

Un enfoque sesgado como el de la CFCE en México, sobre el aumento en el bienestar de una de las partes no permite apreciar el impacto de las conductas sobre los salarios, el poder de consumo y la pérdida de opciones de consumo y de negocio independiente, este enfoque ortodoxo se manifiesta en el criterio de concentrar excesivamente la atención por parte de la Comisión en el elemento monetario del concepto precio, esta visión fanática ha tenido su principal impacto en las privatizaciones, donde un argumento frecuente para su realización, es la posibilidad de tener precios más bajos. Sin embargo, ni siquiera este medio objetivo se ha conseguido ya que, dichas privatizaciones se han realizado al vapor sin considerar los mercados de redes, basándose solamente en los montos que ingresarán por virtud de la venta de empresas principalmente de servicios a las arcas hacendarías.

La estrategia económica en México y la aplicación de las leyes de competencia omiten considerar las condiciones de cada sector y su desarrollo así como, la importancia de la actividad de un sector para la sociedad. Las sanciones de la Comisión no se han traducido en verdaderas soluciones para los mercados sobre los cuales se pronuncian.

Otro punto que cabe reiterar es el hecho de que el legislador mexicano pierde de vista las mencionadas reglas de la cantidad mínima y de la certeza absoluta, es decir pierden de vista que el ingreso económico, derivado de prácticas tales como la fijación de precios y la creación de cárteles son tan elevados que las sanciones económicas no desincentivan la conducta y si a esto le sumamos una pobre y displicente investigación y sanción de dichas prácticas encontramos un mercado apto para la proliferación de las mismas.

La posición de la Comisión sobre la conducta industrial mexicana ha sido altamente permisiva, no suele hacer análisis de estructura y prefiere dar falsos positivos, es decir

dejar de castigar cierta conducta anticompetitiva confiando en que esta se corregirá sola, omitiendo desincentivar conductas que facilitan colusiones, apegándose a ultranza y aún yendo más allá de los Lineamientos de tecnócratas como Bork. Sin embargo el mercado mexicano esta plagado de falsos negativos, de una subactividad, en cuanto a la persecución de las prácticas anticompetitivas, estos falsos han configurado una cuasi presunción de legalidad no escrita en la Ley, para ciertas conductas. Al no atenderse a las estructuras se pierde de vista que el mercado no tiene un funcionamiento perfecto ni constante, el problema del mercado mexicano radica en la escasa aplicación de las pocas leyes subsistentes en materia económica.

Tanto al legislador mexicano, como al ejecutivo les ha pasado de largo el hecho de que, una actitud laxa y permisiva en esta materia lleva a precios más altos, pérdida de opciones para el consumidor, poca competencia en parámetros competitivos distintos al precio en numerario y una dinámica menor en la innovación, productos de menor calidad y con menor valor agregado. Se da excesivo valor a parámetros especulativos en las eficiencias, sin considerar que estas pudieran nunca materializarse fácticamente.

En cuanto a política de competencia podemos ver una faceta pasiva en el régimen mexicano, las cortes dudan en aplicar las leyes antimonopolio, preponderando la voluntad de los particulares expresada en contratos y actos privados, hace falta reforzar el conocimiento de la materia, la independencia, la competencia y la integridad tanto de las Cortes al pronunciarse sobre el derecho de la competencia económica como de los organismos encargados de la investigación, para fortalecer el sistema de competencia nacional. La autonomía de las Cortes por su parte, podría irse ampliando conforme se vayan involucrando en el fondo- jurídico económico del derecho antimonopolio.

Como comentamos en el capítulo anterior, las leyes de competencia mexicana están redactadas de una manera general y laxa, lo cual requeriría la integración de sus elementos esenciales por parte de tribunales imparciales, especializados y empapados de la materia, su aplicación viable requiere de un organismo de investigación independiente, con suficientes facultades para garantizar la confianza en las instituciones económicas como vigías de la libertad y el desarrollo de la nación. Sobre el nivel de participación de los tribunales mexicanos en la materia para desarrollar criterios de fondo y sobre la actuación independiente, y oportuna de la Comisión, existen serias dudas.

Al ser la legislación mexicana una copia en general de la americana, el legislador no se percató de que copiaba un ordenamiento amplio general y laxo, creado para el sistema *Common law*, en el que el legislador estadounidense confiaba en que sus Cortes le dieran forma a los conceptos de fondo y delinearan los amplios mandatos al interpretarlos, insertándolos a través de pronunciamientos judiciales dentro del ordenamiento jurídico vigente, en dicho sistema las Cortes cuentan con la ventaja de que el *stare decisis*, no es un mandato inexorable y de que, el precedente es fuente del derecho en general y, acota normas jurídicas vigentes.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, et al *vid supra* n 3. p. 53.

México, al no contar con este sistema y tener un poder judicial poco familiarizado con el derecho económico ha sido poco exitoso en dotar de contenido y Lineamientos a su derecho de la competencia económica a través de sus Cortes, las cuales en su mayoría se han pronunciado solamente sobre la forma general de las leyes de competencia sin desarrollar su fondo. Como resultado tenemos un mercado que, frecuentemente se define con amplitud, poco vigilado y sujeto a normas generales cuyo contenido ha quedado ambiguo, un mercado que tiene poca conciencia sobre la legalidad de la conducta de sus participantes y, donde debido a que existe poca constancia en la aplicación del derecho de la competencia y poca tradición del mismo, estas disposiciones no se encuentran en la mente del empresario cuando toma decisiones sobre como guiará el comportamiento de un agente económico en el mercado, no teme a los efectos de su conducta ni la pondera contra un castigo que considere inminente, sabe que en todo caso cuando las Cortes analicen su conducta no se pronunciarán sobre el fondo jurídico económico de las mismas, sino sobre su forma y el procedimiento mediante el cual su comportamiento fue sancionado, habiendo grandes oportunidades de recurrir las decisiones de la Comisión por errores de forma en su determinación, esto le da tiempo y una fuerte oportunidad de sobrevaluar ganancias sobre los inconvenientes que le provocaría su conducta, le brinda vacíos mediante los cuales puede filtrar una conducta anticompetitiva, por lo tanto su actuación puede ser más temeraria.

El marco legal que el legislador mexicano adoptó en la década de los noventa para el funcionamiento económico del país esta diseñado para un sistema donde, el papel de las Cortes no es solo el de interpretar la Ley sino que, participan activamente en su integración, se tomaron sin consideración grandes partes de un estatuto original de *common law* diseñado para ser integrado y delimitado por el pronunciamiento judicial. Por encima de esto en lugar de facultar a las cortes mexicanas para pronunciarse sobre él, se facultó a una Comisión administrativa, figura típica de las legislaciones civilistas, no solo para que aplicase el estatuto sino para que lo interprete de primera mano y lo delimite en base a criterios más económicos que legales, en un marco donde las Cortes conocen de segunda mano parte de los procedimientos y donde no han tomado un papel significativo para la interpretación y adaptación del estatuto a la realidad mexicana, se aplica una Ley diseñada para un sistema de interpretación e integración judicial activo a través de un ente administrativo, sin autonomía e independencia suficiente, que interpreta el instrumento legal con mayor deferencia a los parámetros económicos, parámetros tomados de una economía distinta a la mexicana que no se adaptan a la realidad de nuestro mercado.

El *Common Law*, se libera de este problema al reconocer como organismos aptos para la integración interpretación y sanción del derecho de la competencia a las Cortes, las cuales conocen ya los puntos de legalidad, teniendo entonces solamente que interpretar la variante económica de la legislación.

En el mercado mexicano se encargó la aplicación e interpretación de las leyes antimonopolio, a un organismo ejecutivo, haciendo vulnerable la investigación del comportamiento del mercado a las presiones políticas de los grupos en el poder, además se carece del diseño de una política económica clara a largo plazo, en la cual dependiendo

de los intereses macroeconómicos del momento se aplicarán con mayor o menor vigor las pocas normas existentes para regular la conducta de agentes económicos, quienes suelen negociar su conducta haciendo antesala en distintas dependencias gubernamentales.

A este escenario resulta necesario sumarle el dilema sobre ¿que es lo que prohíbe el régimen económico mexicano?, ¿el daño a la competencia económica como fin, los monopolios, las prácticas monopólicas o, simplemente un alza de precios o un acaparamiento? El debate persiste aún cuando la respuesta a estas interrogantes, son cuestiones teleológicas expresamente resueltas en la Constitución.

El ejecutivo mexicano encargado de aplicar las normas de competencia y, de interpretar su contenido general en primera instancia, parece llevar a cabo su trabajo bajo el entendido a ultranza neo-positivista de que la coordinación empresarial es muy difícil de configurar y que muchas conductas son casi un mito económico, México sigue en este entendido mientras otros países, inclusive aquellos donde nació la tendencia neo-positivista han abandonado los principios fundamentalistas de la corriente. Basta citar el amplio número de cárteles que jurisdicciones como la estadounidense han perseguido con éxito los últimos años.

El legislador mexicano reparo poco en la gran delegación de poder que el derecho antimonopolio estadounidense otorga a las Cortes norteamericanas para su integración, para la mayor parte de las economías de tradición civilista, es imposible realizar una delegación de mandato tan amplia a su Poder Judicial ya que, el régimen solo permite a cada poder ejercitarse dentro de las facultades que expresamente tiene conferidas a la letra *so pena*, de caer en invasión de esferas. Es por ello que, muchas economías civiles de transición a nivel mundial, han preferido desarrollar sus primeras leyes de competencia económica, ya sea sobre modelos civilistas europeos como el francés o el alemán o más recientemente, sobre el modelo de la Comunidad Europea, buscando tener una mayor compatibilidad con sus instituciones, y no requerir de un trabajo de Corte tan elaborado como el que exigen las leyes estadounidenses de la materia.

Cabe considerar que, el modelo estadounidense de aplicación de las reglas de la materia que sigue México, exige una orientación proclive a eficiencias especulativas, como eje de la política económica eficiencias que no siempre se derivan pero que siempre se contemplan de manera beneficiosa, a diferencia de los modelos de mercado evaluados bajo los parámetros de las leyes de la Comunidad Europea, los cuales dan menos totalitarismo a la posible existencia de eficiencias y utiliza como eje de su política la búsqueda de equidad e igualdad que ayuden a minimizar las disparidades en el mercado de la Comunidad, esta política al igual que la canadiense, utiliza a la libre competencia económica como un medio, no como un fin.

El sistema de mercado mexicano de las últimas décadas se ha diseñado temiendo más a las intervenciones de gobierno que, acotando la conducta temeraria de algunas empresas que concentran gran poder de mercado, el resultado de este miedo a la intervención gubernamental ha sido un mercado desreglado donde proliferan los oligopolios, los cuales



pueden llegar a concentrar tal magnitud de poder económico que les permite atentar contra las instituciones políticas, democráticas y sociales del país, sin mencionar la influencia que, en la política económica nacional de facto detentan ya, se ha aplicado el derecho antimonopolio con preferencia hacia la teoría económica tecnocrática a ultranza, como si no fuera solamente una teoría que, ya en la práctica ha mostrado fracasos, teoría que en principio y cuyo máximo error ha sido el de fundamentalizar la fuerza del mercado, presumiendo que, en caso de existir fallas en el mismo estas se corregirán solas sin actuación de entes que representen el interés público, como el Estado y, descalificando la importancia de las políticas económicas como medios para la planeación de mercados y la obtención de objetivos socialmente deseables a través de la competencia económica y no con ella como fin.

La finalidad “competencia económica”, no existe por sí misma al ser un concepto ideal, intangible y ambiguo y habiéndose probado ya que, la competencia perfecta no existe, por tanto dejar el comportamiento de un mercado a la teoría de la libre competencia y no sujetarlo a la creación de políticas económicas que utilicen a dicha competencia simplemente como un medio, provoca mercados desreglados, desorientados y de objetivos ambiguos. El mercado mexicano mide los resultados de la competencia económica a través del eje unimodal de la teoría del precio en numerario, dejando de lado los efectos de las prácticas anticompetitivas en otros elementos.

La competitividad del mercado mexicano no debe reducirse a sondear precios en numerario, debería también considerar la pérdida de opciones, pérdida de dinámica, pérdida de calidad, y poca innovación. Al ser un mercado oligopólico los precios tienden a ser menos competitivos fluctuando alrededor de condiciones distintas a la oferta y demanda.

La presente tesis, sugiere para México adoptar el parámetro de poder de mercado que utiliza Canadá el cual como veremos, mide dicha variable dependiendo de la posibilidad que tiene un agente económico de dirigir su conducta en el mercado independientemente de las condiciones de oferta y demanda del mismo, esta forma de apreciar el poder de mercado parece estar hecha para afrontar la amenaza de los oligopolios, sin basar la medición de dicho poder en el porcentaje de participación apreciable en el mercado, a ultranza.<sup>3</sup>

Otro problema de enfoque en el derecho de la competencia económica mexicano, es el poco estudio de las barreras de entrada y salida, nuestro derecho no repara demasiado en la inversión requerida para la creación de prestigio de marca en mercados de bienes y servicios creencia o experiencia, como barrera de entrada o inversión ruinosa de salida, de hecho en la legislación mexicana las barreras a la entrada siguen teniendo un carácter secundario y suplementario, no se considera que, por si mismas signifiquen una amenaza a la intensidad competitiva de los mercados, ni su papel como facilitadoras de colusiones, dejando de lado el enfoque pro competencia de la materia. Los altos costos de publicidad pueden ayudarnos a identificar industrias cuya creación de tendencias y marcas,

<sup>3</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *idem* p. 284.

distorsionan artificialmente el comportamiento de la oferta y la demanda en los mercados. Si a esta creación de marca adicionamos un constante intercambio de información sensible, podemos ir contemplando como dichas empresas se coordinan prácticamente sin necesidad de acuerdos expresos, se dividen el mercado, estandarizan su producción o simplemente bajan la intensidad de la competencia manteniendo los precios y condiciones de oferta en zonas grises.

Se ha privilegiado la creación de marcas sobre la innovación del producto o servicio, cada vez veremos menos valor agregado tangible en los bienes y servicios *per se*, seguiremos apreciando una creciente inversión en gastos de publicidad y creación de imagen, aumentando el consumo de productos y servicios bajo el concepto “estilo de vida”, lo cual distorsiona las ventajas tangibles de los bienes y servicios.

Cada vez se derivan más gastos relacionados con la asociación de imágenes y conceptos, el valor agregado del bien se convierte en ideológico se adquiere el bien y la categoría, muchas veces esto y no sus características físicas, aplicaciones, compatibilidad o versatilidad, son las que establecen el precio del producto.

Debido a este auge de la publicidad creando productos y valor agregado intangible que, encarece artificialmente los costos de vida, gobiernos como el Canadiense han tomado acciones para evitar que la competencia gire en torno y se desarrolle en el campo de la guerra meramente publicitaria, ha determinado que, la publicidad excesiva se puede convertir en una barrera estructural de entrada y salida del mercado y, en un factor de distorsión de la oferta y demanda en el mismo, en atención a esto ha determinado que solo el 50% de lo invertido por un agente económico en publicidad es deducible fiscalmente.<sup>4</sup>

En México no se han tomado esfuerzos serios para estudiar, mucho menos para mitigar el impacto de la publicidad como elemento distorsionador de la demanda de bienes y servicios en el campo de la competencia económica, nuestro país ha sido testigo de la penetración de bienes y servicios con escaso valor agregado real pero, precedida de apabullantes campañas publicitarias sin contenido sustancial benéfico al consumidor, en muchos casos la publicidad de un bien no contiene información útil sobre las características, ventajas, calidades, precio o disponibilidad del mismo, carece de información que permita al consumidor tomar decisiones de consumo informado.

De no tomarse medidas sobre el efecto de distorsión de la publicidad, las cuales requieren emprender un esfuerzo educativo para provocar consumo informado, estaremos privilegiando un mercado de consumo ideológico donde los bienes se valoran por la imagen que traen aparejada y, no por el valor real integrado al bien o servicio adquirido, favoreciendo las guerras publicitarias y perdiendo de vista las necesidades que satisfacen y la calidad con la que lo hacen, así como el contenido del producto o servicio a adquirir. El precio de los bienes, se determinara puramente por la ideología construida al rededor del bien y el costo invertido en su imagen y comercialización, diferenciándolo

---

<sup>4</sup> HEATH Joseph, Potter Andrew. **Rebelarse vende. El negocio de la contracultura**, México, Editorial Taurus, 2005 página 253.

artificialmente y distorsionando su elasticidad oferta demanda o su grado de sustitución.

### **1.2 Los problemas y conductas frecuentes observadas en el mercado mexicano.**

En diversos bienes y servicios presentes en el mercado mexicano, es evidente la concentración de poder de mercado, sin embargo las fallas y las consecuencias de dichas fallas son distintas en cada sector, a continuación mencionaremos algunos de los puntos más representativos.

#### **Producción de harina y maza de maíz Nixtamalizado, grupo industrial Maseca (Gimsa) y Minsa.**

Antes del año 2000, no se encontraron investigaciones en materia de competencia económica contra grupo Gruma, aunque la empresa existe desde 1981, su operación al principio se limitaba al noreste del país, al término del año 2006 contaba con un flujo constante de utilidades por 7,388,342 miles de millones de pesos promedio.

Durante el segundo y tercer periodo de 2006, se dio un alza en el precio de la tortilla y distintas prácticas de especulación sobre el maíz, las acciones de grupo GIMSA alcanzaron sus entonces máximos históricos de 10.25 pesos por acción.<sup>5</sup> Su mínimo fue de 5.85 pesos por acción mientras que, en periodos de menor especulación, específicamente del año 2000 a 2004 las acciones de la misma empresa no rebasaron los 5.85 pesos que serían después su límite inferior. Desde 2006, las acciones del grupo se han cotizado en un constante de 10.47 pesos reportando alzas responsivas a la escasez del maíz, que, serían inexplicables de no considerarse que la empresa vende a precios altos una cantidad suficiente de maíz, el grupo traspasa al consumidor una renta de escasez alta sin que la misma se traduzca en pérdida de operaciones para Gruma a favor de competidores.

Resulta difícil entender el porque, en un mercado donde no existen mayores barreras técnicas ni de entrada o restricciones normativas para el establecimiento de harineras, molinos de nixtamal o tortillerías se encuentra tan concentrado y alberga un oligopolio tan palpable.

Como resultado de la venta de los activos de la Conasupo a Gruma, esta se convirtió en la empresa con mayor cobertura y poder para la producción, distribución y comercialización de harina de maíz y masa de maíz a nivel nacional.

<sup>5</sup> GRUPO INDUSTRIAL MASECA S.A.B. DE C.V., **Reporte anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de Carácter General Aplicables a las Emisoras de Valores y a otros participantes del mercado de valores por el año terminado el 31 de diciembre de 2006.** [en línea], México, Gimsa, Grupo industrial Maseca y subsidiarias, 2007, [citado 02-06-2008], Reportes Anuales 2006 BMV, Formato Pdf.

Disponible en Internet:

[http://www.gruma.com/Documentos/seccion\\_18/Categoria\\_396/INFORME%20ANUAL%20COMPLETO%20GIMSA%202005.pdf](http://www.gruma.com/Documentos/seccion_18/Categoria_396/INFORME%20ANUAL%20COMPLETO%20GIMSA%202005.pdf)

A través de divisiones territoriales, ha asegurado precios altos para su harina de maíz obteniendo rentas por arriba de costos competitivos a costa de consumidores de zonas diferenciadas, establece convenios con los diferentes molinos para evitar el que tortillerías estén cerca una de la otra y que pudieran representar una competencia dentro y fuera de la marca. Este tipo de convenios han sido castigado tibiamente por la Comisión como práctica relativa, aunque se trata de un cartel vertical coordinado desde el proveedor a través de denegaciones de trato, asignaciones de territorio y, contratos de suministro y refaccionamiento o arrendamiento financiero a largo plazo, para asimilar las condiciones de sus distribuidores en orden de manejar el precio del maíz a través de la oferta limitada de sus productos, por tanto es una práctica de efectos horizontales.

Como ejemplo de este tipo de comportamiento en la industria del maíz y de la poca sanción que ha recibido, consideremos una de las muchas investigaciones que ha realizado la CFCE dentro de este mercado desde hace más de diez años, donde determinó que Gruma y ciertas asociaciones de molinos en el Estado de Yucatán, habían establecido acuerdos para la distribución exclusiva de bienes o servicios por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores en el mercado de la harina de maíz y masa nixtamalizada.

A través de Gruma Yucatán se suscribieron con la Asociación única de molinos y Tortillerías de Progreso A.C. y, con industriales individuales diversos convenios consistentes en que Gruma se comprometía a no vender maquinaria ni harina, a industriales que no cumplieran con respetar 600 metros de distancia entre tortillerías instaladas, provocando la racionalización de la oferta, escasez de materia prima y pérdida de opciones para el consumidor en determinada área, organizando para ello y segmentando su distribución lo cual le permitió distorsionar la oferta y la demanda de maíz en determinadas zonas elevando los precios al orquestar el cartel, de manera vertical.

Al iniciar la investigación se debió determinar que dicho cártel solo era un método para la fijación de precios, al ser el medio para provocar una renta de escasez ficticia, considerando tanto el poder de mercado de Gruma Yucatán en cuanto al abasto de harina de maíz y la venta de maquinaria, por separado y, el poder de la Asociación Única de molinos y los distribuidores independientes para ver si cada uno en su eslabón contaba con poder de mercado, si Gruma cuenta con el poder de mercado como para que su negación de trato le permita manejar la distribución del producto final. Indebidamente la Comisión determinó como mercado relevante afectado, el de la producción distribución y comercialización de harina de maíz para consumo humano, sin considerar la comercialización de la maquinaria necesaria para la producción de tortillas, harina y masa de maíz nixtamalizado, sobre la cual también versaba la negativa de venta, tampoco reparó en la incapacidad de obtener el nixtamalizado de otro proveedor, además cabe mencionar que, tanto Gruma como Gimsa tienen como política el realiza arrendamientos, promociones y demás prácticas sobre maquinaria que proporcionan a las tortillerías. Además debió repararse en que, la importancia de Gruma en los mercados de maquinaria para la producción de masa de maíz nixtamalizado y sobre la producción distribución y

venta de la masa y sus productos fue lo suficientemente grande como para englobar a toda una Cámara o Asociación dentro de su trato, hubiese sido necesario imponer responsabilidad tanto a los entes constitutivos de la asociación por concertar con Gruma la restricción como, a la Cámara por avalarla, siendo necesario crear alguna norma específica que permita sondear el comportamiento futuro de Cámaras que han sido órganos facilitadores de la colusión.

Un agente como Gruma, que tiene el 88% del poder de mercado realiza un convenio que parece de división de territorios favorable a sus distribuidores y, que hace parecer que la iniciativa última fue de estos para obligarse a no comerciar con distribuidores que no respeten 600 metros de distancia entre tortillerías, conducta que, de principio denota ser económicamente irracional de no esperarse mayores ganancias de ella, cuyo efecto práctico es el de un cártel orquestado a nivel vertical a través de la justificación contractual de Gruma de negarse a vender maquinaria e insumos a distribuidores que no respeten la división territorial impuesta, a través de esto el proveedor controla la oferta de los distribuidores presentes en un mercado geográfico y así puede establecer una renta programada de escasez, resultando una práctica de efectos horizontales y no meros contratos de exclusividad o simples divisiones verticales de territorios en una región donde, no enfrenta competencia significativa y por tanto, los consumidores de harina de maíz nixtamalizado en dicha zona son de por sí consumidores cautivos para Gruma, si además segmentamos la oferta de estos productos nos aseguramos de que la mayor parte de los consumidores de cierta zona (600 metros), adquieran los productos al mismo precio sin posibilidad de encontrar otras opciones, dándole una cuota de renta segura al molino de maíz o tortillería de venta final que hará que estos tengan pocos incentivos para competir bajando precios y asegurará el poder y el precio del maíz para Gruma a través de coordinar las condiciones finales de venta de los productos y, a través de controlar a quien tiene o no acceso a la maquinaria obligando a los distribuidores a seguir cierta conducta, si quieren seguir teniendo acceso al abasto y ala maquinaria necesaria proporcionada por Gruma quien a su vez posee la mayoría de las plantas de producción de la harina de maíz.

Esto sin considerar, el poder de consumo que tienen tanto Gimsa- Gruma como Minsa para acaparar las fuentes de abasto de maíz en la República. Hace 10 años se consideraba que no había barreras para acceder al insumo maíz, pero no consideraba, la Comisión que la producción anual de maíz del país esta comprometida a través de contratos de largo plazo, que estas empresas con 88% de participación en la producción y comercialización de la harina de nixtamal cuentan con un poder monopsonico para decidir a que precio compran el grano y a que precio cuasi monopolico revenden el nixtamal a las tortillerías asignadas territorialmente, la masa no se vende a todos los molinos de las distintas regiones al mismo precio, esto depende del poder de mercado de Gruma y Minsa en algunas regiones, en estados como Yucatán solo hay una de estas empresas presente, ya que Minsa no tiene la cobertura que detenta Gimsa- Gruma y los precios de la tortilla y los bienes finales del maíz, se incrementan considerablemente. A su vez a través de controlar los cupos de importación y tener comprometida a largo plazo la producción de maíz a través de los contratos de compraventa de cosa futura no regulados ni vigilados por la CFCE se crea una escasez artificial que eleva los precios y no permite a los competidores

acceder al grano.

A su vez y para mitigar los efectos del poder económico de Gruma y Minsa la Comisión se conforma con llegar a “convenios” negociando la ley y sus sanciones, ubicando los precios en techos grises de precio, que acuerda con estas cadenas para el precio final de la tortilla, pero no evalúa las prácticas de comercialización de estas empresas, que les permite capitalizar el elemento escasez, mucho menos revisa que el grano de maíz se compre al campesino a un precio justo, ni evalúa a que precios compra dicho maíz, un grupo como Gruma, no nos permite conocer que tan lejano esta el precio de la harina del costo marginal de su producción para determinar cual sería un precio competitivo real, ni repara en el poder monopsonico de estos grupos que consumen la mayor parte de las cosechas de maíz de Estados enteros como Jalisco, Estado de México y comprometen la compra de toda la cosecha del grano en la región del Bajío. Resulta a su vez interesante estudiar que, las empresas encargadas del procesamiento de la harina de maíz vieron su adhesión a este acuerdo como una prebenda al gobierno y no como, un instrumento de política económica que el organismo gubernamental aplicó al sector evidenciando que, en este sector no se logra materializar la regla de la cantidad mínima ni de la certidumbre absoluta, no existe en la mente de los agentes económicos la certeza de que ante, una concentración de mercado se aplicarán sanciones, la fijación de precios máximos es vista por estos agentes con poder sustancial en el mercado de maíz, como un acuerdo que ellos consintieron en realizar con el gobierno, como si en caso de no acordarlo el ejecutivo no hubiera tenido otras herramientas, a su vez no lo ven como un acuerdo que establece precios máximo sino precios promedio.

Cabe mencionar que, Gruma realiza las compras de maíz mexicano tanto para Maseca como para Gimsa, a través de una filial, Compañía Nacional Almacenadora S.A. de C.V., que funciona como el organismo que sale al mercado a comprar el maíz para las dos principales consumidoras del grano Maseca y Minsa<sup>6</sup>.

A su vez, estas compañías suelen argumentar que el vender la harina a un precio máximo afecta sus estados financieros al no permitir que se incrementen los precios conforme crece el precio del maíz, sin embargo omiten incluir en su balance de utilidades los subsidios que, a su operación proporciona el programa Aserca.

Así mientras Gruma reporta un incremento en el precio mundial de maíz de 1%, este aumento no justifica el sobre costo de escasez tanto natural como simulada que se traslado al consumidor de hasta un 100% de aumento en ciertas regiones, las que curiosamente representan la menor intensidad en competencia económica así mientras para Gruma el costo del maíz solo aumentó un 1% para el consumidor de tortilla en Acapulco subió de 6.50\$ a un promedio de 12.00\$ en tortillería. Resulta ejemplificativo citar una parte del reporte de estados financieros de Gruma para la Bolsa Mexicana de Valores:

“Nuestro desempeño financiero puede depender del precio y la disponibilidad de maíz, ya que en 2006

---

<sup>6</sup> *Idem.*

Representó el 59% de nuestro costo de ventas. Los mercados en México y en el mundo han experimentado períodos de sobre oferta y escasez de maíz, algunos de los cuales han generado efectos adversos en nuestros resultados de operación. Debido a dicha volatilidad, es posible que no siempre seamos capaces de trasladar el incremento en costos a los consumidores en la forma de aumentos de precios. No siempre somos capaces de pronosticar si habrá, o qué grado se dará, dicha escasez o sobreoferta. Adicionalmente, acciones futuras por parte del gobierno mexicano u otros gobiernos pudieran afectar el precio y la oferta del maíz. En 2006, el costo del maíz que compramos aumentó en aproximadamente un 1% en comparación con el 2005<sup>7</sup>”.

El precio finalmente acordado, legitimó un sobre-costo pasado al consumidor de 30% en la tortilla para cubrir el incremento de 1% en el costo del grano de maíz, en esta operación evidencia como los acuerdos para establecer precios por parte del gobierno no necesariamente buscan ni consiguen precios competitivos, en este caso se legalizó un precio de zona gris por encima del costo marginal de producción de la tortilla pero que aún no rompe el techo monopólico que obligaría a la sustitución o privación en el consumo de producto, lo que finalmente se reflejaría en una caída en su demanda, como lo provocaba el aumento de 100% de principios de 2006. Cabe recordar que al ser la tortilla un bien de demanda inelástica el tope de disposición de pago del consumidor es mucho mayor, por lo que solo aumentos graves de precio provocan la caída en su demanda, así la zona gris en la que se puede mantener un precio no competitivo pero aún no monopólico es muy amplia.

Gruma en sí, es controlada por la familia González Barrera, quienes tienen el 50.9% de la participación del grupo en acciones con derecho a voto, Gruma a su vez posee el 80% de las acciones de Maseca, que es parte de grupo Gimsa el otro competidor en el mercado, como podemos ver en este mercado tampoco existe una independencia sustancial entre competidores, ya que mientras Gruma tiene acciones en Maseca que es parte de Gimsa una sola familia controla en 50.9% de Gruma, que controla Gimsa que es el segundo competidor, sin que exista restricción para que el controlador de la mayoría de las acciones con derecho a voto, detente parte significativa de las acciones de su competidor, sin fusionarlas, las decisiones en ambas empresas son tomadas por el mismo grupo familiar, el cual tiene el poder suficiente para nombrar consejeros para los Consejos de Administración de ambas sociedades. Con la adquisición de Agroinsa, grupo Gruma controla en realidad la comercialización de harina de trigo y maíz respectivamente, conocidas bajo las siguientes denominaciones: Maseca, Panadero, Agroinsa, Masamex, Masamix, Mayran y La Estrella.

A su vez, Gimsa es una compañía que adquirió varios de sus activos en la liquidación de

---

<sup>7</sup> Idem.

Conasupo y, la mayor parte de la distribución de su producto en zonas rurales la realiza utilizando como canal a Diconsa.

A través de Gimsa, en 2005 la Comisión permitió a Gruma adquirir el 100% de las acciones de la empresa Agroinsa, encargada de la comercialización de grano de maíz para consumo humano y animal y, la producción de harina de trigo, incrementando el poder de mercado y concentrando aún más tanto la oferta de maíz como el poder de consumo sobre las cosechas a favor de Gruma, sin importar el momento coyuntural que vive el abasto del maíz, la Comisión autorizó que el grupo con mayor poder en el mercado concentrara aún más la oferta, la infraestructura y la producción de maíz.

Aún con la escasez de tortilla, la planta de Gimsa en Chalco ha seguido inactiva desde 1999, aún cuando la producción de harina fue incrementando a base de importaciones de maíz y, supuestamente la demanda de productos de maíz se incrementa, Gimsa mantiene dicha planta inactiva pero apta para operar, el cierre de esa planta parece parte de las decisiones de Gruma para mantener la escasez y la cuantificación de la producción de harina de maíz, a nadie le resulta beneficioso tener una planta parada desde hace cerca de diez años, esperando a que aumente la demanda, si en tiempos donde la oferta no es suficiente para abastecer la demanda se mantienen plantas de capacidad sin operar, parece que dichas medidas se enfocan a preservar la escasez.

Cabe resaltar que la harina de maíz, producida por Gruma ya sea a través de Maseca o Gimsa no se utiliza únicamente para la producción de tortillas, también tienen una participación significativa en el abasto de insumos para la producción de frituras de maíz, producto que parece no resentir en su precio la aludida escasez del grano resultante de su uso para la producción de etanol.

En cuanto a fuentes alternas de suministro, cabe mencionar que el 25% del maíz de consumo humano que se vende en México es importado a través de Gruma, Minsa y Cargill<sup>8</sup>, el costo del maíz estadounidense se encuentra 76% por debajo del costo marginal, debido a los subsidios agrícolas, Maseca o Gruma actualmente controla el 70% del mercado de maíz para consumo en México y, mientras se abre un cupo de importación que abarca el 25% del consumo de maíz en nuestro país, de ese 25% solo 12% se destina a la producción de las harineras, ese 12% de abasto queda en manos de Gruma, Minsa y Cargill, quienes controlan el nivel de producción de harina de maíz para la industria del nixtamal.

Cabe anotar que, en el caso de Cargill también posee amplia participación en los cupos de importación de maíz para el consumo animal al ser dueña de Purina. A su vez Cargill forma parte del programa Aserca (apoyos y servicios a la comunidad agropecuaria),

---

<sup>8</sup> CASTRO Soto Gustavo. **El campo y el Tratado de libre comercio ¿Quién pierde y quién gana?**, [en línea], México, Directorio Ecológico y natural, 2004, [citado 20-06-2008], Formato Html.

Disponible en Internet:

<http://www.ecoportel.net/content/view/full/77126>



mediante el cual, en plena crisis de desabasto de maíz mexicano obtuvo subsidios para exportar cerca de 14 mil 132 toneladas de maíz, así mismo realizaron gestiones ante Economía para limitar los cupos de importación en la época, con lo que se agravó la manipulación del abasto provocando alzas de precio<sup>9</sup>.

De poco sirven los programas que eliminan los aranceles cupo a la importación de los granos, cuando la producción mundial de los mismos se encuentra ya comprada por empresas como Cargill que, consumen el 80% de las cosechas y las pactan bajo contratos de promesa de cosa futura, bajo estos contratos se compra la producción entera de regiones por cinco o seis años atando las cosechas. Lo complicado no es el pagar aranceles a la importación, sino encontrar un productor que no tenga la cosecha comprometida, es el monoposonio negado por el neopositivismo el que esta agravando la especulación y escasez en materia de alimentos, la concentración del poder de compra, en unas pocas empresas. Lo único que provocará el retirar los aranceles sin atomizar el poder de consumo de las trasnacionales sobre los alimentos es que, estas mismas empresas introduzcan al país la cosecha que tienen ya comprada en el exterior sin pagar arancel y, el introducirlas sin pagar arancel no implica que bajen los precios al consumidor ya que, estas mismas empresas elevarán el precio con base en el elemento escasez, provocada por ellos mismos.

En el procesamiento de alimentos, como en el caso del maíz convertido en tortilla existen muchas barreras más allá de la disponibilidad de maíz, como es el hecho de que se ata comúnmente la maquinaria necesaria para moler el grano, y fabricar las tortillas a la compra de la harina de ciertos productores, un nuevo entrante para poder colocar su harina tendría que ofrecer beneficios a cambio de exclusividad altamente onerosos o, entrar en dos niveles el de la producción de harina de maíz y el de la enajenación o arrendamiento de maquinaria necesaria para producir tortillas y, encontrar distribuidores que no estén atados mediante contratos de exclusividad a largo plazo con Maseca o Minsa, esto sin contar con que tendría que conseguir quien le proveyera de maíz, buscar un productor que no tuviera vendida a futuro su cosecha a Cargill a alguno de los grupos que concentran la producción de maíz.

Como vemos es la concentración en el poder de consumo, en manos de ciertos agentes económicos el que esta planteando el reto al modelo chicagonita y hasta ahora no parece dar visos de tomar estrategias adecuadas para atacar el problema de fondo. En el caso mexicano el programa planteado por el Ciudadano Presidente de la República, Felipe Calderón Hinojosa, el pasado 24 de mayo de 2008 mediante su “plan de apoyo a la economía familiar”, no ataca el problema de fondo, al otorgar meras facilidades aduaneras, se convierte en un paliativo para la escasez de grano a corto plazo, sin embargo no ataca los dos problemas principales, el hecho de que México se ha convertido en un país deficitario en la producción de alimentos, dependiente de las importaciones a bajo costo que, a su vez depredan el poco mercado interno que aún queda al venir subsidiadas

---

<sup>9</sup> NESTLE-PURINA México. **Historia de Cargill**, [en línea], México, Cargill Incorporated, 2006, [02-08-2008]. Formato Html. Disponible en Internet: <http://www.nutrimentospurina.com/nutrimentos-purina-mexico/historia3.php>

y, el que las pocas cosechas tanto nacionales como internacionales se encuentran ya compradas por algunas transnacionales que a su vez, en el mercado mexicano despliegan conductas anticompetitivas que de facto cierran el mercado. Al respecto el ejecutivo mexicano declaró:

“No permitiremos que las familias más pobres paguen las consecuencias de lo que sucede fuera de nuestras fronteras. Lo que importa es tener el grano al precio que sea<sup>10</sup>,”

Esta escasez no es algo que suceda y provenga únicamente de fuera de nuestras fronteras, si los agentes económicos se permiten plagar el mercado mexicano de prácticas anticompetitivas es por que tienen la certeza de que no serán sancionados, simplemente se abrirán las fronteras para aumentar el flujo de importaciones, tal como lo dicta el pensamiento de la escuela de Chicago, esperando que sea el mercado el que corrija solo sus fallas, esto no implica que su conducta en el mercado interno será investigada y castigada, ni siquiera garantiza que baje el precio del grano ya que, se respaldaran en la propia escasez que las tres empresas que controlan los granos en el mundo provocan y todas maneras y aún con importaciones la racionalización de las mismas les permite imponer precios altos, ahora sin el pago de aranceles.

Podría empezarse por reconocer legalmente, la figura del monopsonio y estudiarse más a fondo las formas que el acaparamiento y la especulación pueden tomar por parte de los agentes económicos.

Como vemos indebidamente, el plan del ejecutivo apuesta por seguir la tendencia chicagonita tratando de atacar solo el punto de escasez del grano a través de importaciones y apostando por el exterior para regular el mercado mexicano por incrementar la cantidad de transacciones, no intenta atacar las fallas del mercado interno a través de la persecución de las conductas y la aplicación de la Ley, tampoco intenta invertir recursos para revertir la tendencia deficitaria en la producción de alimentos del país.

Las medidas dictadas por el ejecutivo ni siquiera plantean la regularización del programa Aserca, para incluir a los pequeños y medianos productores de maíz y dejar de subsidiar a los acaparadores del insumo como Gruma.

Cerca de 60 mil pequeños y medianos campesinos, junto con 160 mil comercializadoras están al margen del programa Aserca y, no tienen acceso a los cupos de importación según datos de la Asociación Nacional de Empresas Productoras del campo (ANEC).

---

<sup>10</sup> GOMEZ Ricardo, Lombera Manuel. **FCH libera granos por crisis de alimentos.**, [en línea], México, El Universal, 26-08-2008, [18-08-2008], El Universal En línea, Formato Html. Disponible en internet: <http://www.eluniversal.com.mx/primer/31055.html>

La actividad de Cargill, Maseca y Minsa, se traduce en parámetros reguladores del mercado del nixtamal nacional, a su vez Cargill, Monsanto y ADM concentran el abasto del 80% de los granos en el mundo. Gruma a su vez, tiene la posibilidad de operar los cupos de importación extraordinarios que llega a abrir el gobierno mexicano.

Sobre los contratos a largo plazo y las formas de compra de grano de maíz, la Comisión no se ha pronunciado ni ha ahondado en ello.

Como prueba de este poder de consumo de Gimsa en la región de Yucatán, cabe señalar que la misma Comisión reconoció que, los pocos molinos de nixtamal independientes, que quedaron fuera del acuerdo referido al inicio de este apartado son "compradores de cantidades relativamente pequeñas de maíz", por tanto su poder de compra no puede hacerle equilibrio al ejercicio de poder monopsónico por parte de Gimsa en Yucatán, estos productores independientes y molinos independientes pocas veces tienen acceso a los cupos de importación de maíz, las importaciones son estacionales, es maíz de menor calidad, no son en volúmenes lo suficientemente grandes ni debidamente asignadas, el maíz estadounidense no está disponible todo el año e implica costos de transporte, nunca se planteó la posibilidad de una crisis alimentaria, ni escasez a nivel mundial de maíz al diversificarse su uso además de para la alimentación, como edulcorante, como bio combustible, las importaciones del grano no han significado una fuente de abasto importante que pueda generar competencia a Gruma y Minsa en el mercado de la tortilla

En el mercado no considerado por la Comisión, respecto a la oferta de maquinaria para la elaboración de productos a través de maíz nixtamalizado, como forma de atar a exclusividad a los distribuidores cabe mencionar que, Gimsa utiliza prácticas de comercialización de maquinaria altamente convenientes para los molineros y difícilmente igualables por el costo que representan, como lo son, el financiamiento de equipos, el otorgamiento de comodatos que muchas veces se significan en limitantes a la entrada de nuevos competidores ya que, no todos pueden proporcionarle el uso gratuito de maquinaria a las tortillerías y molinos cerrando canales de distribución para sus productos y, haciendo poco viable la competencia con Gimsa y Minsa. El mismo reporte financiero de Minsa especifica en que consisten los incentivos que utiliza para atraer distribuidores exclusivos, como lo señala expresamente el reporte la maquinaria que ofrece y que condiciona a la exclusividad de sus distribuidores:

“Los incentivos que ofrecemos incluyen: nueva maquinaria de fácil manejo diseñada específicamente para usuarios con volúmenes bajos, financiamiento y capacitación personalizada. Por ejemplo, para asistir a productores de tortilla del método tradicional en hacer la transición a harina de maíz, les vendemos mezcladoras diseñadas especialmente por Tecno-maíz, S.A. de C.V., o Tecno-maíz, una de las subsidiarias de GRUMA encargada de investigación y desarrollo. También apoyamos a nuestros clientes tortilleros a mejorar sus

ventas al dirigir promociones al consumidor para elevar lo atractivo de los productos e incrementar el consumo, lo cual contribuye a aumentar las ventas de harina de maíz. Los esfuerzos para incrementar ventas incluyen anuncios de televisión y radio en horario triple “A”, así como con publicidad en panorámicos y revistas.”<sup>11</sup>

La maquinaria ofrecida por Gimsa se diseña por Tecnomafz- Intasa, una filial cuya encargada principalmente del desarrollo de ingeniería encaminada a la harina de maíz. El poder de mercado de Tecnomafz como oferente de maquinaria para el procesamiento de harina de maíz no ha sido investigado.

En cuanto al análisis de probabilidades de acceso al insumo, grano de maíz la Comisión omitió pronunciarse sobre el poder monopsonico de Gruma, la forma en que se han asignado los cupos de importación del maíz en los últimos años, así como las restricciones temporales y comerciales para la importación del maíz para consumo humano.

En el caso de Gruma Yucatán, se le encontró responsable a Gruma sin sancionar a la Asociación de molinos, por la celebración de convenios para transgredir la LFCE a través de distribución exclusiva y, no se le estudio ni como negación de trato ni como división de territorios, en sí siempre se analizó como practica relativa, aún teniendo todos los elementos para condenarla, la Comisión redujo la sanción, la Comisión tampoco reparo o analizo si Gruma colaboró en el procedimiento de manera significativa, simplemente Gruma suscribió un compromiso que la CFCE avaló mediante acuerdos extrajudiciales, figura aún no considerada en la LFCE, la sanción a Gruma se redujo a 1,000,000 de pesos bajo el compromiso de no reincidir en la conducta, compromiso que como puede patentarse, se ha roto de manera reiterada, sin que recaiga mayor sanción para Gruma ya que generalmente sus intentos por elevar el precio de la tortilla no se sancionan como práctica anticompetitiva, más bien la Secretaría de Economía suele ceder al poder económico representado por Gruma y Minsa para establecer la simulación de un precio que califica de competitivo pero que, en realidad se encuentra en la zona gris entre el límite de la disposición de pago del consumidor y el costo marginal de maíz, legalizando mediante el establecimiento de precios máximos gubernamentales estos precios no competitivos en zona gris.

Gruma paga ese millón de pesos con solo cuatro horas de operación.<sup>12</sup>

Este caso también nos permite ver lo poco relacionada que esta la LFCE, con los conceptos legales ya que, al analizar la reincidencia en la conducta de Gruma, la define en atención a un diccionario Larousse y no en atención a criterios legales, como los dictados por las cortes, la doctrina, otras leyes ni siquiera recurre a un diccionario jurídico para estos efectos.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> *Idem* n.9.

<sup>12</sup> Por hora generó en 2006, una ganancia ya restando costo de ventas de 250,942.000 pesos.

<sup>13</sup> PEREDO, Rivera Amílcar. *Vid supra* n.41,p. 63.

A su vez esta conducta se analizó solo para Yucatán sin que, se siguieran investigaciones sobre el comportamiento de Gruma en otras entidades, la Comisión no se estudio el impacto de Gruma en otros mercados regionales y el mercado nacional, no se pronunció sobre la denegación de trato que, este acuerdo envolvía ni sobre sanción alguna para la Asociación Única de Molinos. En este tipo de conductas, la cámara parece tomar un papel de orquestador de los modos, formas y términos de compra de insumos, producción, distribución y comercialización de los productos y servicios entre sus agremiados, se convierte en un vehículo para distorsionar las condiciones de mercado y estabilizarlo repartiéndolo tajadas artificiales del mismo.

Por otra parte cabe señalar que, la concentración en la industria de la producción de harina de maíz, ha favorecido la vuelta a los métodos de producción de tortilla caseros en las zonas menos densamente pobladas y donde no existe competencia intensiva para Gruma, ante la unilateral alza de precios, los consumidores prefieren utilizar los métodos caseros para la elaboración de sus tortillas ya que, entonces pueden hacerse del alimento a menores costos aunque su transformación implique mayor uso de agua y energía, a nivel poder de consumo es un método que poco a poco vuelve a ser más accesible para la clase baja media y baja alta, a este método de elaboración casero las harineras le han llamado mercado negro, sin embargo y aún concediendo que pudiera calificarse a esta elaboración rudimentaria de tortillas como mercado negro, es prueba de que cuando la concentración industrial rebasa el poder de consumo de la población y se le vuelve prohibitiva la adquisición de bienes de demanda inflexible, se favorece la economía informal y los medios de producción básicos frente al desarrollo industrial.

Por último resulta interesante señalar que, desde 1994, Gimsa integró verticalmente sus operaciones con ADM, Archer Daniels Midland una de las tres principales comercializadoras de granos y alimentos que concentran la compra futura de cosechas en el mundo, asegurándose así el abasto de maíz importado. Las co-inversiones realizadas con ADM incluyen la construcción de instalaciones para la fabricación de harina de maíz, co-inversiones para la gestión y compra, de maíz, a través de las cuales se concentra el poder de compra e intermediación de ADM, usando a GIMSA para penetrar regionalmente en México, a través de la co inversión realizan desarrollo conjunto de campañas publicitarias y promociones para una construcción de marca más sólida, desarrollo conjunto de redes de distribución, el desarrollo y diseño de maquinaria propia de la industria.<sup>14</sup>

La Comisión no ha estudiado el impacto de dicha colaboración en los precios

<sup>14</sup> Facultad de Relaciones Industriales, Universidad de Guanajuato. **Participación de Tecnomáiz en el mercado de alimentos.** [en línea], [citado 08-07-2008], Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://209.85.173.104/search?q=cache:Lq24W45zJ->

[wJ:www.friugto.org/fri/vciao/Mesa%252007/estrategias%2520de%2520grupos%2520economicos%2520en%2520la%2520industria%2520de%2520alimentos.doc+participaci%C3%B3n+de+tecno+ma%C3%ADz+en+el+mercado&hl=es&ct=clnk&cd=8&qI=mx](http://www.friugto.org/fri/vciao/Mesa%252007/estrategias%2520de%2520grupos%2520economicos%2520en%2520la%2520industria%2520de%2520alimentos.doc+participaci%C3%B3n+de+tecno+ma%C3%ADz+en+el+mercado&hl=es&ct=clnk&cd=8&qI=mx)

internacionales del maíz, ni el impacto de las distintas coordinaciones de mercado en las que se ha relacionado a ADM con las políticas y el comportamiento económico de Gimsa, mucho menos se ha hecho algún estudio serio sobre la concentración de poder de consumo que representa la actuación conjunta de ADM y Gimsa, para gestionar la compra de maíz. Resulta oportuno recordar que, en el año 2000, cuando ADM fue captado en una colusión para fijar el precio de ácidos cítricos, vitaminas y aditivos alimenticios, para un cártel orquestado desde México, la CFCE eludió imponer sanciones a ADM, como lo mencionamos en el capítulo II de esta tesis al estimar que ADM no tenía presencia significativa ni negocios relevantes en México, obviamente paso por alto la actuación de esta empresa en co-inversiones e intereses de Gimsa.

En meses recientes en la ciudad de Guadalajara hemos encontrado un nuevo uso del poder económico para constituir barreras legales a favor de una serie de productores, cuando las empresas de maíz nixtamalizado mencionadas a lo largo del presente apartado, han impulsado una serie de medidas que se aprobaron en el Congreso local, para prohibir la producción artesanal de tortillas, obligando a los productores artesanales a comprar maquinaria para producir industrialmente la tortilla, maquinaria que como mencionamos solo podrían obtener de sus competidores Gruma y Minsa, estas nuevas disposiciones resultan en su génesis contrarias al artículo 5° Constitucional al prohibir el ejercicio del comercio de un producto lícito atendiendo únicamente a su forma de producción, la cual al final de cuentas también es lícita, la producción artesanal de tortilla.

### **Distribución de fármacos**

La poca participación en el mercado de la distribución de fármacos ha contribuido a conservar un oligopolio y agravar la carestía de los mismos, en México encontramos un mercado coordinado, concentrado e ineficiente, ineficiencia que se traduce en pérdida de opciones, precios altos y productos de mala calidad.

La actividad representa la colocación y surtimiento de bienes de demanda inelástica y consumo necesario que, significan un gasto importante en el bolsillo de los consumidores mexicanos, ha fallado el diseño de la política de mercado y este se encuentra plagado de conductas anticompetitivas, es un mercado en el que se discrimina frecuentemente entre tipos de establecimientos, a los cuales se les surte el medicamento en distintas condiciones.

Esta industria muestra dos vertientes de concentración; la inherente al mercado de los fármacos, mercado cerrado que requiere altos montos de inversión a largo plazo y, que absorbe fuertes riesgos en el desarrollo de productos, razón por la cuál se cierra el mercado a través de la protección del derecho de patentes y, la relativa a distribución y venta de los mismos al ser una industria que discrimina y segmenta mercados de consumidores, vendiendo los medicamentos a diferentes precios a nivel mundial, por parte de las trasnacionales para recuperar los costos de inversión, limitando el abasto de medicamentos a ciertos mercados, especulando con las características locales de la demanda, lo que ha provocado que a México se le vendan medicamentos caros y

obsoletos, constituidos por moléculas que tienen cerca de diez años de antigüedad, el mercado mexicano está poco concurrido y es poco contestatario en la distribución de los mismos, cerrado a la inversión extranjera y en él solo dos grupos realizan la mayor parte de la venta y distribución de los productos al vendedor final de la cadena. Los laboratorios pocas veces venden directamente a los establecimientos de venta al público los medicamentos, esta tarea queda a cargo de distribuidores.

Por otra parte, se encuentra el poder de compra y la tendencia en la demanda, uno de los compradores más importantes de medicamentos es el gobierno el cual, como consumidor también adquiere medicamentos atrasados y caros, no encuentra en México un mercado competido donde tenga opciones para adquirir moléculas innovadoras a precios bajos, su impacto como comprador selectivo de productos para las instituciones de salud pública ha tenido una labor poco transparente y desordenada.

En su papel de autoridad, ha tenido una conducta laxa y permisiva al no atacar las concentraciones de poder económico que plagan el sector, al no verificar el debido seguimiento en las prácticas de prescripción y venta de medicamentos que pueden llegar a distorsionar la demanda de manera artificial y riesgosa, atendiendo a condiciones diversas de los parámetros calidad- precio del producto.

Este punto se refiere específicamente a la poca labor de la Comisión y de las autoridades de salud para desincentivar la intervención del farmacéutico en la demanda de medicamentos, cuando un paciente llega a la farmacia con su receta, una práctica común es que el farmacéutico intente convencerlo de comprar otra marca supuestamente más barata, más ventajosa o simplemente con más imagen, el farmacéutico se ve incentivado a modificar la prescripción médica, debido a los descuentos y promociones que le otorga determinado laboratorio al vender mayor cantidad de determinado producto sobre su competidor, sin que sea prioridad preocuparse por comparar si los productos que recomienda como sustitutos, contienen moléculas igualmente eficaces, seguras e innovadoras, si de verdad representa un ahorro o se trata de soluciones igualmente viables para el problema del paciente aún cuando, la prescripción dictada por un médico puede estar motivada por los incentivos que un laboratorio le da para recetar su nuevo medicamento, al momento de la compra el farmacéutico puede ser un factor para distorsionar la demanda, en un mercado de bienes o servicios creencia.

Tanto la preferencia de un médico por una marca de fármaco en atención a las promociones que se le conceden por prescribirlo, como la del farmacéutico, distorsionan los parámetros en los cuales se da la competencia entre las marcas, en lugar de fomentarse la competencia en base a la calidad, precio, seguridad, innovación y eficacia de los productos esta se da en atención a parámetros más allegados a la construcción de marca, aprovechando la asimetría de la información propia de este mercado.

Se trata de mercados cerrados, de redes y con asimetría de información significativa al versar sobre bienes experiencia, donde el consumidor no tiene una información importante previa a su adquisición que le permita comparar productos, las asimetrías de la

información en este mercado son fuertes y dichas asimetrías deben resolverse a través de la adquisición de servicios profesionales especializados como los médicos, cuya actuación transparente resulta vital para la operación eficiente y competitiva de los mercados de fármacos, en este método de creación de demanda a través de la decisión de un tercero ajeno al consumidor con conocimientos especializados, este prestador de servicios se convierte en el elemento central de creación de demanda, sin embargo, al final el farmacéutico juega un papel vital.

Es decir la estructura de la demanda presenta de origen tres asimetrías: la necesidad de un agente principal que prescriba y determine las necesidades del consumidor, como sería el médico, cuya voluntad puede estar influida por factores ajenos a la calidad-precio del producto la información imperfecta, aún cuando ya tiene prescrito el medicamento del consumidor sobre opciones de sustitución, su viabilidad y grado, y el riesgo moral nacido de sugerencias del farmacéutico que surte la receta o de terceras personas que buscan y distorsionan la delimitación de las necesidades del consumidor en base a su experiencia, las cuales recomiendan y fomentan el consumo de medicamentos que, probablemente no satisfagan las necesidades del consumidor al variar la respuesta de los medicamentos ante diferentes circunstancias del paciente.<sup>15</sup>

En realidad es un mercado en que el consumidor por si mismo no sabe lo que quiere ni lo que necesita, esta atado a un servicio profesional del que depende para determinar sus necesidades y el producto que demanda. Solamente después de satisfacer la primera asimetría de la información, puede crearse el fenómeno del auto consumo sin la asesoría del especialista denominado automedicación, cuya efectividad es relativa.

Como vemos es un mercado en el cual, la comercialización de un producto final se ve afectada por muchos factores independientes a las características intrínsecas del producto, dependiendo del origen de la demanda, ya sea una demanda informada o una demanda casuística, así nacen las dos vertientes principales de demanda, los que requieren receta médica o medicamentos “éticos”, que representan el 82% de la demanda y los de libre acceso. La mayor parte de la comercialización de medicamentos corresponde a los laboratorios trasnacionales, los nacionales se limitan a la producción de genéricos que recientemente han entrado a la demanda, cuyo primer consumidor ha sido el gobierno.

Aún hoy en día, son pocas las empresas trasnacionales que mantienen a su vez una línea de genéricos, las ventas de sus moléculas viejas son determinadas por la penetración de marca que en principio la molécula innovadora tuvo y que, mantienen ciertos consumidores que lo consumen por tradición dispuestos a pagar un premio en el precio, así es como compiten con los genéricos por otra parte, la apertura del mercado mexicano a la comercialización de genéricos ha permitido a los laboratorios nacionales concurrir al mercado de medicamentos de moléculas viejas, manteniendo una opción para los productos de libre acceso, sin embargo la competencia en los medicamentos éticos no ha mejorado en los últimos años.

---

<sup>15</sup> Comisión Federal de Competencia. *Vid supra n.58*, p. 140



Existen dos cámaras que engloban a las farmacéuticas la Asociación Nacional de Fabricantes de Medicamentos (ANAFAM) y la Asociación Mexicana de Industrias de Investigación Farmacéutica (AMIIF), la AMIIF contiene a las transnacionales, se significa en el 67% de las ventas del sector entre 25 empresas, la ANAFAM contiene a las empresas nacionales, tiene un 30% del mercado y fue la encargada de promover la apertura del mercado de genéricos.

Ninguno de los dos tipos de laboratorio comercializan directamente sus productos, ambos utilizan la misma red de distribución de mayoristas constituida por tres agentes económicos principalmente. Casa Saba, Casa Marzam y Nadro, estas distribuidoras cuentan con gran poder de mercado ya que ellas establecen las condiciones de venta de los medicamentos, otorgan descuentos, discriminan entre clientes, programan el surtimiento y lo subordinan a ciertos comportamientos del vendedor. Así han favorecido a ciertos canales de venta sobre otros, concentrando el mercado de punto final de venta en el sector, tienen la capacidad para orquestar cárteles y boicots contra farmacéuticas con resultados absolutos en dicho nivel de mercado y su actividad se ve claramente reflejada en los precios de los medicamentos, la disponibilidad y presencia de los mismos, ellas determinan que llega a los estantes de que establecimiento, en que volumen y con que frecuencia.

En esta industria, se evidencia la importancia creciente que vienen tomando los mercados de distribución en la actividad económica del país, muchas veces esa importancia es proporcional a los servicios que incluye la distribución y su costo ya que este se traduce en el costo de la inversión y lo riesgosa de la actividad así, en el caso de la distribución de fármacos esta incluye; la administración y colocación de pedidos, el abasto, almacén, transporte entrega, y cobro de los productos, así el contacto y las transacciones entre productores y establecimientos punto de venta final de los productos son escasos ya que, el intermediario es ineludible para la operación de una farmacia, el distribuidor tiene en sus manos la escasez del medicamento, la frecuencia de sus pedidos, su colocación y el aprovechamiento del canal de distribución, pudiendo provocar desabasto artificial o inundación de producto.

Solo Casa Saba y Marzam representan el 56% del mercado de la distribución, considerando a Nadro entre los tres representan el 67% de las opciones de distribución, el resto corre a cargo de pequeños distribuidores locales. A su vez, estos distribuidores tienen dos asociaciones civiles ANADIM, Asociación Nacional de Distribuidores de Medicinas, a donde confluyen las tres distribuidoras de mayor tamaño y las farmacias de cadena como puntos finales de venta y dentro de la cual se han tomado acuerdos que favorecen las compras de farmacias en cadena, en detrimento a los vendedores minoristas, los cuales junto con los distribuidores locales son agrupados por la DIPROFAR, que es la Asociación de Distribuidores de Productos Farmacéuticos de la República Mexicana.

El laboratorio debe considerar en el precio de los productos el margen a su casa distribuidora, la cual tiene pocos incentivos para competir al tener su margen de ganancia establecido y asegurado en un mercado de demanda inflexible y altamente protegido por

las medidas de patentes. El margen del distribuidor es de hasta el 25% del costo del medicamento, al igual los premios e incentivos a farmacéuticos para la promoción o sustitución de prescripciones llega a alcanzar hasta un 20%, capitalizando indebidamente la asimetría de la información en el mercado.

Esto sin calcular la cifra negra de cuanto eleva el costo del medicamento las promociones e incentivos dados a los médicos para su prescripción frecuente. Tampoco se ha calculado el impacto de dichos incentivos sobre la calidad de los servicios médicos y la ética al prescribir medicamentos, la intensidad de la competencia en el sector servicios y los parámetros de su demanda se ven ampliamente afectados por la penetración de marca de determinados medicamentos, de hecho la penetración de marca puede constituirse en una presión indebida al servicio médico.

Cabe mencionar además que, los medicamentos que los laboratorios industriales destinan al mercado mexicano ya sea para el consumo del público en general, como para vender al gobierno contienen moléculas de un promedio de diez años de antigüedad, no se trata de fórmulas nuevas ni innovadoras<sup>16</sup>. Es una práctica recurrente y común que dichos distribuidores otorguen descuentos a las grandes cadenas farmacéuticas sobre bases discriminatorias para la pequeña y mediana farmacia, esto no afecta únicamente a estas farmacias con capacidad de compra de menor volumen sino a las poblaciones menos densamente pobladas o aquellas en donde, llegar a una farmacia de cadena implica una fuerte inversión en tiempo y costos de traslado, estos descuentos puede otorgarlos el distribuidor ya sea obteniéndolos del laboratorio y traspasándolos o jugando con el margen de ganancia que tiene asegurado de entre 21 y 25% del precio del medicamento. Como vemos los volúmenes de compra en la región donde vive un consumidor afectan directamente el precio del medicamento y, la posibilidad de obtener medicinas innovadoras, es un modelo que perpetua las disparidades económicas condenando a una salud de menor calidad a las poblaciones con menor poder adquisitivo, así ya que México consume per capita ocho veces menos medicamentos que los Estados Unidos, los laboratorios destinan el abasto de moléculas nuevas al mercado americano, debido al mayor poder de compra del consumidor y México se abastece con los medicamentos marginales para la misma enfermedad, es decir al tener menor poder de compra se pone a disposición del mercado mexicano moléculas de mayor antigüedad a un mayor precio, jugando directamente el precio, con el nivel de ingresos de los mexicanos a los cuales vende medicamentos caros y viejos sobre cuyo valor, aún se aumenta el 25% de la ganancia del distribuidor. Aún así el fijar los precios de venta y calidad de las medicinas favoreciendo a los países con mayor ingreso no es el elemento base en razón del cual existe una competencia tan baja en el mercado mexicano. México es el líder de la industria farmacéutica latinoamericana y el décimo mercado en importancia, sin embargo no es de los mercados que tienen precios más competitivos en el continente, más allá de Estados Unidos, existe mayor competencia en precios en Brasil y Argentina con un menor consumo per capita y nivel de ingresos similares.

Esta diferencia, atiende a su vez a la baja accesibilidad al aseguramiento público o privado

---

<sup>16</sup> *Idem* p.160.

en salud, ya que la mayor parte de los seguros médicos no son de cobertura universal, dejando al bolsillo del consumidor-paciente ambulatorio la compra de los medicamentos, quien adquirirá más caro el producto de lo que lo haría una aseguradora, al no tener acceso a los descuentos que por volumen realizan los distribuidores y al hecho de que en nuestro mercado el principal comprador de medicamentos no es el gobierno, sino el jefe de familia de acuerdo a la OCDE.<sup>17</sup>

A los laboratorios se les ha permitido mantener este esquema de descuentos por volumen que ha resultado discriminatorio, en las condiciones de compra y precio para el cliente principal que es el jefe de familia, el cual no los compra a grandes volúmenes, no existen eficiencias de esta determinación de descuentos que se traspasen al consumidor, ya que, el descuento del laboratorio se queda ya sea con el distribuidor o con la farmacia de cadena.

Una forma de abrir el aseguramiento universal para paciente ambulatorio, podría encontrarse en la compra de medicamentos genéricos a laboratorios mexicanos y así la aseguradora podría beneficiarse de los descuentos por volumen, al no requerir licitar con los distribuidores y poder retirar del costo del medicamento ese 25% adicional, haciendo viable la existencia de este aseguramiento universal. Como lo mencionamos no toda la sociedad cuenta con aseguramiento público y el aseguramiento privado básico no ofrece la cobertura de medicamentos por enfermedad menor a 48 horas de hospitalización. Es por ello evidente que, la falta de competencia y los precios oligopólicos promovidos por los distribuidores sobre los medicamentos inciden directamente sobre el bolsillo del jefe de familia, consumidor cautivo en un mercado de altos costos de entrada, amplias barreras a la competencia y de demanda inflexible, de información imperfecta-asimétrica y que, para provocar eficiencias requiere de consumo informado.

Debido a la propagación de los descuentos discriminatorios, la imperfección de la información y su asimetría, el ser bienes experiencia, la necesidad de la intervención de terceros agentes que delimiten la necesidad, la escasez provocada y la protección de patentes y marcas para los medicamentos éticos, el favoritismo en la distribución de medicamentos éticos, el grado de sustitución entre estos y los genéricos en México, se ha mantenido bajo, estos últimos apenas tienen una participación de mercado de 10% dividido entre sustitutos de medicamentos éticos y de disponibilidad libre<sup>18</sup>. No significándose en una amenaza competitiva para productores de medicamentos éticos, el cambio por fórmulas genéricas.

A su vez los costos del desarrollo de fórmulas que solventan los laboratorios transnacionales, llevan incluida la recuperación de la inversión en las primeras generaciones del medicamento, por lo que el precio no necesariamente lo determina el costo marginal de producción del medicamento, de hecho la investigación genera costos hundidos que afectan el costo marginal del medicamento con factores extra producción, el

<sup>17</sup> OCDE. **¿Cómo se encuentra México comparativamente?.** [en línea], México, Eco- salud OCDE, 2005 [18-08-2008], Eco- Salud OCDE, Formato HTML. Disponible en Internet: <http://www.oecd.org/dataoecd/51/15/35140519.pdf>

<sup>18</sup> Comisión Federal de Competencia. *vid supra* n.58, p.201

precio irá decreciendo con el tiempo, conforme haya innovaciones y se haya recuperado parte del costo de investigación, sin embargo esta estructura mediante la cual los laboratorios saben que podrán cobrar precios altos del producto durante sus primeros años de vida, los ha incentivado para perpetuar los descuentos discriminatorios en dichos medicamentos, con mayor intensidad, amplificando sus ganancias, y entorpeciendo el flujo de información sobre la sustituibilidad de los mismos con opciones más bajas de precio, es decir el laboratorio y el distribuidor pretenderán limitar las opciones de sustitución inundar un mercado o coordinarlo, durante los primeros años en el caso de las patentes, para recuperar en menor tiempo la inversión y gozar por mayor tiempo de ganancias extendiendo el paraguas de la patente.

En este mercado, la discusión sobre el contenido de las normas de competencia económica ha tomado tintes relevantes, para muchas naciones se debe fomentar la competencia económica para lograr la eficiencia, pero sobre todo para lograr el objetivo de salud, las economías que han confundido el método competencia con el fin, han optado por ver este mercado como cualquier otro analizando sus posibilidades competitivas sobre costos marginales, que no evidencian la magnitud de las fallas de mercado por la fuente de generación de la demanda y que no contemplan las asimetrías de la información que tanto influyen y distorsionan los patrones de consumo, han buscado evaluar simplemente el número de participantes en el mercado, sin considerar los costos de los medicamentos su disponibilidad y la repercusión de su gasto en el bienestar de la población, lo han evaluado como un mercado más, como si no englobara la consecución de un fin de salubridad pública llegando a perder de vista que se trata de bienes de demanda inelástica y, aún con estas características no se considera que las conductas anticompetitivas en la rama segmentan aún más el mercado y dañan a las poblaciones menos densamente pobladas, dichos factores debieran contemplarse expresamente como agravantes en la legislación.

Los medicamentos a su vez, tienen una velocidad lenta de sustitución respecto de los genéricos ya que aunque, el Reglamento de Insumos para la Salud permite solicitar el registro de un genérico de fórmula compatible con un medicamento ético, dentro de los tres años anteriores al vencimiento de la patente, esto solo se autoriza para la realización de las pruebas de compatibilidad del genérico, el registro sanitario que le permitiría salir a la venta puede otorgarse hasta que venza la vigencia de la patente, aunque esta provisión acorta el plazo de salida a la venta del genérico, dicho mecanismo no modifica el tiempo de sustitución en sí, ya que solo será una opción para el consumidor al salir a la venta y aún así necesitara realizar un gradual trabajo de penetración ya que los medicamentos son bienes que se asocian fuertemente con marcas, en algunos segmentos, de la población.

Aunque en el problema de competitividad de los medicamentos, se ha dado un análisis excesivo sobre la necesidad de protección de la patente para la innovación, en países como México el argumento pierde fuerza cuando se considera que, los laboratorios trasnacionales destinan a nuestro mercado únicamente fórmulas viejas que entran bajo patente debido a que son primera introducción al mercado nacional, pero que en el mercado internacional ya fueron superadas y ya obtuvieron el retorno de la inversión,

gozando de un plazo de patente aún más extendido del debido, los efectos de la protección doble de patente serían menores de llegarse a acuerdos globales internacionales que, realmente aseguraran el inicio de la patente desde un mismo punto de partida y garantizaran solo un periodo para todos los mercados sin que el productor pueda solicitar patente cada vez que introduce moléculas viejas a mercados nacionales. En atención a lo anterior, se denota la necesidad de que en un mercado cerrado por actos de Estado como lo es la concesión de la patente, se persiga con mano especialmente firme las prácticas que segmentan aún más dicho mercado y que, lo cierran a la competencia efectiva en cualquiera de sus eslabones, esto en el mercado mexicano no sucede, condición que agrava la situación ya que, ante la mirada permisiva de la CFCE se permiten segmentaciones de territorio y clientes para la distribución de los medicamentos, asignación de proveedores, establecimiento de descuentos sobre bases y resultados discriminatorios y exclusividades, esto sin tomar en cuenta que de salida el medicamento ya esta cerrado a una competencia de sustitución en virtud de la patente. Otras medidas que pudieran tomarse como política de competencia y salud que permitieran disminuir las asimetrías que afectan al mercado y permiten precios altos para los medicamentos consistirían en realizar una mayor vigilancia sobre el cumplimiento de los parámetros necesarios para surtir una receta, evitando que la misma sea sustituida por el farmacéutico a discreción, fomentando el cumplimiento por parte de los médicos de indicar el agente activo del medicamento para permitir al paciente realizar una sustitución en base a precio segura, lo anterior no es solo una medida de salud sino de competencia económica, que permite al consumidor informarse sobre su consumo, sin embargo la LFCE no contempla supuesto alguno específico para este tipo de conductas, ni siquiera investiga con que frecuencia omiten los médicos informar al paciente sobre el producto a consumir ni como influyen las promociones de los laboratorios en las recetas médicas y, en la omisión de consignar en ellas el genérico intercambiable, dicha omisión tiene un impacto directo en la demanda de medicamentos éticos.

La CFCE realiza pocos esfuerzos tendientes a evitar la restricción de las opciones en el consumo de medicamentos en base a la promoción de los productos, tampoco se coordina con la Secretaría de Salud para propiciar sustituciones seguras, permitiendo que, la sustitución la hagan terceros distintos del consumidor y el médico, aprovechándose de su presencia en el último eslabón de la cadena de surtimiento y de la poca información del consumidor, permitiendo que dicha sustitución pueda estar incentivada por promociones y descuentos más que por la calidad y precio de productos, esto debido a que en México hay poca regulación sobre la exigibilidad de las recetas medicas y poca sanción a la promoción indiscriminada de medicamentos, por parte de agentes no especializados que segmentan la información al consumidor de un bien experiencia.

En el mercado mexicano las opciones de presentación de los productos también marca tendencia de consumo e impide sustituciones seguras, ya que no se permite la venta a granel de los mismos ni fragmentada, aún cuando el médico pueda calcular la cantidad de producto necesaria, obligando al consumidor a comprar el producto completo sin reparar en sus necesidades particulares, así estamos ante un mercado segmentado que no permite opciones de personalización de la receta, incurriendo en ineficiencias productivo-

asignativas, acrecentando las condiciones prohibitivas para la adquisición de medicamentos por parte de los detallistas y la imposibilidad para el particular de adquirir el medicamento prescindiendo del distribuidor.

La posibilidad de compra de medicamentos a granel en otros países de la OCDE ha evitado el despido, personalizado el surtimiento de las recetas, provocado un mayor respeto y seguimiento de las mismas, al convencer al paciente de las dosis y duración necesaria del tratamiento y sería una opción altamente valorada por parte de los jefes de familia si se implementara en nuestro mercado de manera responsable y, estableciendo la normatividad adecuada para obligar a informar al paciente de los por menores del medicamento surtido a granel y a aceptar su responsabilidad en el debido seguimiento del tratamiento. Este tipo de medidas diversificarían la demanda y oferta de medicamentos y subsanarían en alguna parte la asimetría de la información que permite a los distribuidores y laboratorios el tener consumidores cautivos, específicamente tener cautivo el gasto familiar.

Otra forma sería, el tomar las medidas necesarias para fomentar la competencia y el acceso a los planes de aseguramiento médico universal que cubren los medicamentos para pacientes ambulatorios y crónicos.

La regulación indebidamente, restringe la sustituibilidad entre productos permitiendo esta únicamente cuando en la receta se indica el sustituto y no vigila que los médicos como parte de su ejercicio profesional cumplan con la obligación de proporcionar los datos del genérico sustituto viable en caso de que exista.

Se ha invertido poco tiempo y esfuerzo en la implementación de mecanismos que sondeen las prácticas comerciales principalmente en el caso del sector privado constituido por más de 23,500 farmacias. Tampoco se cuenta con una herramienta que permita acotar incrementos injustificados, en los precios de medicamentos o que promueva la disgregación de poder en la distribución y producción de fármacos, el establecimiento de precios máximos sugeridos solo ha mantenido a los medicamentos en costos de zona gris, sin que signifique, una barrera para evitar que, el consumidor pague regalías dobles por medicamentos viejos de primera introducción donde los costos hundidos a la investigación fueron ya cubiertos, la formula para determinar en este mercado los costos máximos queda a placer del distribuidor y de ninguna manera se adoptan simulando condiciones de competencia ya que, la patente impide que se establezca un costo marginal base objetivo y, de adoptarse costos en aras de simular competencia, esto no sería suficiente para que los precios de medicamentos en México fueran iguales a los precios en Canadá por ejemplo, ya que aunque el costo de producción es el mismo el mercado es distinto con otras opciones de compra aseguramiento y prescripción, existe demanda diversificada, poder de compra atomizado y distintos compradores a los cuales ofrecer una oferta estructurada. El precio máximo en México incluye no solo el costo marginal de obtener el medicamento, sino que asegura indebidamente el beneficio del distribuidor, desincentivando la competencia en este nivel y permitiéndole manejar un oligopolio, esto sin considerar el costo de la patente por cerca de veinte años, así los precios están lejos de

ser competitivos, y dentro del esquema para establecer los precios máximos se le permite al laboratorio agregar conceptos que son simplemente producto de la coordinación del mercado, legalizando la renta monopólica que obtiene.

En México tampoco se fijan techos máximos para el precio de lanzamiento de los medicamentos nuevos, ni se vigila que dichos precios altos de introducción del medicamento duren solamente un tiempo y vayan decreciendo, al ir encontrando competencia y perdiendo la innovación. La fórmula de precios máximos permite cargar al consumidor el costo de la escasez, la construcción de marca, la exclusividad, la renta asegurada del distribuidor y la promoción del producto sin que implique riesgos para la industria ni para su distribuidor.

El techo máximo de precio para productos de reciente lanzamiento, podría dictarse tomando como parámetro los precios de transferencia internacional, asegurando así que el productor y el distribuidor no especule con la introducción de moléculas viejas a nuestro país, México pudiera tomar como referencia los precios dados en economías más competitivas en el ramo de medicamentos promediándolo con el costo en países de ingreso similar evitando que se lucre en base al nivel de incidencia de enfermedades en el país.

La falta de estrategias que promuevan la competencia en el sector ha provocado un peso muerto de eficiencia alarmante.

El exigir el establecimiento de planta<sup>19</sup>, para aquel que busque entrar al mercado de medicamentos, solamente cierra más el mercado y erige barreras de costo a la entrada. La seguridad en la producción de medicamentos no depende del establecimiento de plantas, sino de controles efectivos sobre los mismos y sus condiciones de comercialización, buscando que, los medicamentos más eficaces y seguros estén al alcance de la población, cuando se utiliza a la competencia para lograr este tipo de objetivos de salud y no a la competencia como objetivo puro, se logra bajar el gasto de salud de un Estado. La condición de establecimiento de planta opera tanto para aquellos que quieran producir medicamentos para el mercado mexicano como, para aquellos que pudieran servir como distribuidores de medicamentos importados, a los que no se les da la opción de adoptar un mecanismo de seguridad confiable en lugar de establecer plantas, perpetrando así bajo la anuencia gubernamental el oligopolio formado por Saba, Marzam y Nadro.

México es deficitario en el desarrollo y producción de medicamentos, la industria mexicana se dedica al desarrollo de genéricos a partir de moléculas de 20 años de vejez en promedio, al adiciónamiento de medicamentos importados o a su fabricación a partir de insumos extranjeros, en un mercado en el cual los agentes laboratorios tienen el monopsonio de los precursores químicos, observando la tendencia anual y el comportamiento monopsónico de la iniciativa privada en la comercialización de granos y

---

<sup>19</sup> Requisito que fue retirado por decreto del Presidente Felipe Calderón Hinojosa, pero únicamente para los retrovirales excluyendo a otros medicamentos, y que no ataca el problema del monopolio y la renta asegurada en el nivel de distribución

alimentos, no resulta descabellado considerar la posibilidad de una mayor segmentación del mercado de medicamentos y, de un manejo especulativo de estos mismos ante la falta de acción enérgica del Estado para investigar y perseguir conductas anticompetitivas en otros mercados de demanda inelástica como el de los alimentos, una especie de contagio de prácticas entre mercados al no configurarse una verdadera regla de los efectos laterales, ante una escasez de determinados precursores químicos se daría prioridad a la producción de los medicamentos nuevos protegidos de patente provocando escasez y baja en la producción de medicamentos básicos, así mismo, se privilegiaría el abasto en mercados con consumidores de altos ingresos.

Un caso que evidencia el poco cuidado en la investigación sobre los descuentos discriminatorios otorgados por distribuidores a determinados vendedores es el siguiente:

**Asociación Civil de Propietarios de Farmacias de Cuernavaca, Morelos vs. Aurrerá, Superama, Wall- Mart, Comercial Mexicana S.A. de C.V. y Grandes superficies de México**<sup>20</sup> :

La presente investigación inició con denuncia por parte de la Asociación civil de propietarios de farmacias, que engloba a los detallistas de la ciudad de Cuernavaca, en contra de las farmacias de cadena, el caso fue mal planteado de principio, pero aún encontrando la Comisión una serie de descuentos que segmentan la distribución de fármacos no inicio investigación de oficio contra los descuentos referidos y las bases de su otorgamiento.

La asociación denunció la política discriminatoria de los distribuidores que para ellos tenía como efecto una depredación, al otorgar precios diferentes a farmacias considerando volúmenes, esta política ofrece a los mayoristas no solo precios más bajos sino condiciones diversas de pago a las que las farmacias detallistas no tienen acceso, como resultado de estos descuentos los costos de adquisición de las farmacias de cadena son hasta 30% menores con respecto al precio otorgado a los detallistas.

Incorrectamente la Asociación denunció la práctica como depredación, cuando al no tratarse de una venta sistemática por debajo del costo marginal o de adquisición de los medicamentos, la práctica no puede acreditarse. Sin embargo se detectaron de prácticas de descuentos y políticas de pago que discriminaban entre consumidores en igualdad de circunstancias diferenciando primordialmente por volúmenes de compra.

La Comisión omitiendo sus obligaciones, no subsano la denuncia ni inició investigación

<sup>20</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. **Resolución del pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a la posible Comisión de prácticas monopólicas en el mercado de productos farmacéuticos en la ciudad de Cuernavaca Morelos**, [en línea], Resuelto el 11 de septiembre de 1997 bajo el expediente IO-01-97. Formato HTML.

Disponible en Internet:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1494&Itemid=237](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1494&Itemid=237)



sobre discriminación de precios y oferta contra los distribuidores de medicamentos, no realizó esfuerzos tendientes a investigar si los descuentos se otorgaban sobre bases generales y existían mecanismos ideados por parte de los distribuidores para dar acceso al financiamiento a las farmacias detallistas, cuestiones que eran la parte, central de la denuncia.

Otro punto que evidencia la mala técnica jurídica en la investigación es que la Comisión considero el precio en numerario y no como un concepto global que incluye formas y épocas de pago, valor agregado y demás elementos en él presentes, como veremos más adelante.

La inactividad de la Comisión, ha permitido que se siga operando sobre márgenes poco claros no hay pronunciamiento sobre la igualdad de acceso a descuentos por parte de las cadenas con convenio, las mayoristas y las minoristas ni existe pronunciamiento alguno que motive a los distribuidores a dar acceso a las farmacias minoristas a formas de financiamiento convenientes, ni siquiera es posible determinar si los descuentos y financiamientos se otorgaban sobre bases objetivas y generales entre compradores de los mismos volúmenes. Así se declaro de plano infundada la denuncia sin iniciar mayores investigaciones que le permitieran percatarse de la intensidad de competencia en el sector y el impacto de la política de descuentos y financiamiento en el mercado. Por otra parte estos precios de descuento a los cuales se surten las cadenas de farmacia tampoco aseguran que el consumidor tenga a través de ellas acceso a precios competitivos, solo habla de las condiciones preferenciales de adquisición por volumen para algunos agentes de mercado debido principalmente a su poder de compra.

Este oligopolio es uno de los que ha actuado con mayor impunidad, las pocas investigaciones iniciadas a petición de parte fueron declaradas insubsistentes, en ellas la Comisión no investiga más, así sucedió con la denuncia iniciada por Roche en 2004.

Este mercado, como muchos de los más concentrados en México actúa con poca independencia entre sus agentes de mercado, en el caso de Casa Saba, se tienen elementos para considerar que, ella misma es accionista de Marzam, pero al no existir en la LFCE parámetros sobre independencia que impidan a los directivos de una empresa detentar cargos en una competidora o limiten la posibilidad de adquisición de acciones con derecho a voto por parte de los socios de una empresa en otra a nivel individual sin rebasar el IHH, no se ha investigado a fondo esta interdependencia en las decisiones de dos de los tres únicos distribuidores de medicamentos en el país, consintiéndose tácitamente su monopolio, aún cuando el comisionado de la competencia Eduardo Pérez Motta, le ha bastado el obligar a los accionistas de Marzam a declarar en cartas no disponibles en acceso público, que no tienen relación con Isaac Saba, dueño de Saba. La firma de cartas desconociendo una relación con otro agente económico, es una medida ambigua, poco efectiva y no regulada en la LFCE, por lo que de existir no confieren ninguna seguridad a la competencia en el mercado al no traer consecuencia jurídica alguna ya que, aunque intentase acusarlos de falsear declaraciones ante autoridades distintas de la judicial, la Comisión no tiene facultades para exigir de los particulares

dichas declaraciones, razón por la cuál las mismas serían nulas y no es posible derivar efectos jurídicos de las mismas.<sup>21</sup>

A este respecto la CFCE se ha satisfecho con la firma de dichas cartas sin investigar más allá en flagrante incumplimiento de sus obligaciones. El comisionado a este respecto ha declarado expresamente a un medio de comunicación lo siguiente:

“Si los empleados dicen que tienen la sospecha, que aporten las pruebas. Si ellos declaran que no tienen ninguna relación, se debe confiar, no puedo investigarlos. No soy detective para ir a ver si efectivamente están relacionados o no, pero si alguien me lo demuestra, por supuesto que iríamos a las últimas consecuencias.”<sup>22</sup>

Por supuesto que la Comisión tiene facultades para investigarlo, la misma LFCE la faculta y manda para ello en su artículo 30, más allá tiene la obligación de hacerlo por mandato Constitucional, sin tener que esperar a que un particular con menos conocimiento de las prácticas anticompetitivas y menos acceso a la información le demuestre la falta de independencia entre los agentes económicos, la Comisión tiene encomendado investigar el acaparamiento de poder de mercado y no debiera ser necesario que particulares con menor acceso a la información y menores recursos le armen el caso. Resulta insultante que, una mera declaración de no vinculación por una autoridad sin facultades para considerar declaraciones como medio preventivo en su tarea de fomento a la competencia, tenga el efecto de una presunción de legalidad *per se* y que tras estas meras declaraciones se trate de justificar la inactividad de la Comisión ante una evidente falla de mercado que no se resolverá sola y que permite cobrar precios no competitivos a los agentes económicos participantes.

Cabe recordar que, aunque el Comisionado esta esperando a que alguien le compruebe la conducta oligopólica de Casa Saba, los particulares no gozan de ningún tipo de protección ni incentivo para denunciar dichas prácticas, en virtud de que no se les adjudicarán daños directamente. La Comisión ha centrado los esfuerzos en este mercado en evitar la coordinación de posturas en licitaciones para la adquisición de medicamentos en el sector público, sin embargo tampoco ha emitido sanciones de relevancia en dicho mercado y se ha olvidado que, en el caso de la industria farmacéutica mexicana, el gobierno no es el principal comprador sino el individuo, además de que el sector público no adquiere sus medicamentos de los distribuidores monopólicos sino en su mayoría de venta directa por parte de laboratorios nacionales de pequeña y mediana escala, que no incrementan a sus costos la renta del distribuidor de entre 25 y 21%, las acciones en este rubro poco

<sup>21</sup> Anónimo. **Casa Saba y Nadro controlan el 85% del mercado de medicamentos**, [en línea]. México, Editorial Televisa, 22-Ene-2007, [20-08-08], Revista vértigo. Formato HTML. Disponible en:

<http://www.archivoconfidencial.com.mx/?c=128&a=4448>.

<sup>22</sup> Idem

repercutirán en el problema principal al no recaer sobre los agentes que han propiciado la segmentación de mercado ni atacar su ganancia fija.

### **Prácticas comerciales que facilitan colusiones.**

Otros dos problemas derivados de las lagunas legales, en cuanto a conductas unilaterales que distorsionan la competencia se refieren a la falta de sanción sobre el intercambio de información y las cláusulas de igualación de términos de competidores. El problema del intercambio de información sensible entre competidores, cuando involucran precios características, especificaciones de productos, inventarios en existencia, volumen de ventas, características de los clientes y condiciones de venta, cuando dicha información se transmite a competidores y no a consumidores, es que les permite conocer con antelación la capacidad de respuesta de sus competidores ante un alza o baja de precios dándoles posibilidad de distorsionar la oferta y la demanda, facilitando una coordinación tácita exitosa. La sanción en México estaría sujeta a probar la consecución de un beneficio derivado de la practica anticompetitiva y deberá traducirse en precios en numerario altos<sup>23</sup>, dejando fuera prácticas encaminadas a estancar mercados, depredarlos, homogeneizar o estandarizar la producción, distorsionar la oferta y la demanda a partir de vacíos de información o información fraudulenta y, sobre todo las tendencias a facilitar colusiones.

Mucha de esta información, se intercambia a través de terceros por lo que resulta fundamental regular y monitorear la forma y tipo de información que intercambian competidores dentro de las Cámaras empresariales, para corroborar si se trata o no de información sensible que facilita colusiones, coordinaciones de conducta y boicots entre los agremiados. A este respecto el artículo 9 del Reglamento de la LFCE estipula que, se considera indicio de fijación de precios el adherirse a los precios establecidos por una Cámara u asociación, sin embargo no sanciona ni registra el intercambio de información sensible que pueda darse dentro de dichas cámaras que tengan por efecto el coordinar las condiciones de elementos distintos al precio en numerario. Omite sancionar el uso de las cámaras para realizar conductas anticompetitivas o anti-concurrentes, el indebido uso de los instrumentos para la libre asociación empresarial, no es considerado un agravante de la conducta, la Comisión únicamente contempla con cierto cuidado en el intercambio de información entre competidores cuando se analiza una fusión.

Aún cuando las cámaras han jugado un papel apremiante en la colusión de varios sectores de la economía nacional, solo se ha diseñado un precepto específico para sancionarlas, precepto contenido en el mencionado artículo 9 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia, el cual se aplica cuando los pronunciamientos y actos de una Cámara influyen en el factor precio de manera directa, acciones que forzosamente para ser castigadas bajo dicho precepto deben traducirse en conductas absolutas sin considerar que los competidores entre sí pueden realizar conductas de efecto vertical o influir en otros mercados.

---

<sup>23</sup> Artículo 9 LFCE fracción I.

Desde que, el actuar común de una Cámara significa agrupar y reunir a los miembros de un gremio, tenemos una gran posibilidad de que la cámara se utilice como cubierta para colusiones y reuniones en las que, se facilite la coordinación de conductas como se vio claramente en el caso del cártel de vitaminas encabezado por ADM, donde para ocultar el contacto frecuente e intercambio de información entre los participantes del mercado de la lisina, se diseñó la agenda ficticia de los miembros de una Cámara de la lisina, Cámara que opero en México, se reunió en México haciendo uso de la libertad de asociación empresarial, luego a acuerdos colusivos en nuestro país utilizando la fachada de la Cámara y sin embargo el uso indebido de una figura creada al amparo de la libertad de reunión no fue sancionado, de hecho la concertación de parte del cártel se dio en nuestro país por considerarlo de baja eficacia en la persecución de conductas anticompetitivas, tampoco se dio una sanción ejemplar para desincentivar el uso de una cámara ficticia para disfrazar el mecanismo de negociación del cártel.

Ni siquiera en la Ley Federal de Cámaras Empresariales, se le da a la autoridad la facultad de sondear y medir la conducta competitiva de dichos entes empresariales. Tampoco tienen obligación expresa bajo dicha ley de denunciar comportamiento anormal o anticompetitivo entre sus agremiados, de hecho el artículo 12 de la citada Ley permite a las Cámaras o Confederaciones existentes oponer argumentos contra la creación o entrada a su jurisdicción de nuevas Cámaras, permitiéndoles obstaculizar la agrupación de agentes económicos del mismo giro en otras Cámaras, además de establecer un límite mínimo de comerciantes dentro de la jurisdicción para constituir una cámara, estas limitantes impiden la asociación de comerciantes pequeños, medianos e independientes, para los cuales las Cámaras existentes pudieran no significar un grupo industrial que represente sus intereses específicos, tampoco exige el ordenamiento en comento, consultar a la CFCE sobre la formación de nuevas cámaras empresariales, ni la obligación de presentar informes sobre la actividad industrial a la Comisión.

Para tener un análisis de la información que pudiera transmitirse entre competidores con fines anticompetitivos se debe considerar cuales son los factores de información que están dentro del control de los agentes económicos y cuales están fuera de su control, así como considerar a que tipo de información se le considera lo suficientemente sensible como para propiciar coordinaciones de conducta.

### **1.3 Características del mercado mexicano las industrias más concentradas, y el por que de dicha concentración.**

Para determinar en el mercado mexicano, si un agente económico cuenta con poder de mercado la Comisión ha utilizado como piedra angular el índice de elasticidad cruzada precio-demanda, el cual mide la sensibilidad del precio de un producto ante la variación de la demanda del mismo o, lo sensible de la demanda ante la variación de precio, sin embargo esto no mide la intensidad de la competencia, este parámetro se basa en la falacia de la existencia de la competencia perfecta, y no contempla la llamada falacia del celofán ni los precios en zona gris. Para analizar la primera falacia daremos los elementos que se consideran constitutivos de una competencia perfecta sobre los que se elaboró el

parámetro elasticidad precio cruzado demanda localizando las fallas teórico prácticas:

- a) El interés del consumidor controla la fuerza del mercado, esto solo sucede si el consumidor es un tomador de precios libre e informado.
- b) El productor solo fabrica lo que el consumidor desea en franca competencia con otros productores y por tanto buscando ofrecer el producto al precio más bajo.
- c) Requiere la presencia de consumidores informados y con niveles de ingreso similares.
- d) Requiere la presencia de varios productores con capacidades similares donde no haya grandes discrepancias con las dotaciones iniciales.
- e) El poder de mercado de cada oferente esta atomizado, es decir la cantidad de bienes que aporta al mercado y vende en él es tan pequeña respecto del total que, cualquier alteración en las cantidades no afectaría los precios.
- f) El poder de compra de los demandantes esta atomizado y hay competencia por la adquisición.
- g) Los productos son esencialmente homogéneos y no provocan tendencia o preferencia por marcas o modalidades distintas, girando la competencia únicamente en cuanto al precio.
- h) Como consecuencia de su homogeneidad los productos tendrán que ser intercambiables.
- i) El sistema parte del entendido de que, no existen asimetrías en la información ni los bienes experiencia, creencia, etc.
- j) Existe completa libertad de entrada y salida de mercado.
- k) Cada productor produce y vende el bien al precio más bajo que puede respecto a su costo marginal y no lo mantiene en una zona gris ya que, no tiene información que le permita especular con las posturas de su competencia ni con la expectativa de pago del consumidor.
- l) El sistema da por sentado que al momento de aplicarse la prueba econométrica el bien o servicio en estudio se vende aún en condiciones competitivas, sin importar si se trata de un bien de consumo necesario, poca flexibilidad de sustitución o se encuentra ya en una zona gris lejos de precio competitivo, mantenida sin intentar romper aún el techo del precio monopólico.

Como podemos ver el índice esta diseñado sobre un mercado hipotético donde se da la falacia de la competencia perfecta donde el consumidor puede elegir, tiene suficiente información sobre precios y su formación, deberá existir independencia corporativa en la conducta de todos los participantes, el consumo no queda atrapado por condiciones de venta, comisiones o precios iguales, similares, estancados o paralelos, el productor, es solo uno más entre varios y no como ocurre en la economía mexicana uno entre pocos, casi todos los consumidores deberán estar dispuestos a pagar hasta un límite equivalente por el producto, para que el precio del productor no rebase la expectativa del consumidor, y este al dejarle de comprar pueda disciplinar el precio.

La determinación de producto relevante a su vez necesita dos vertientes más; o muchos productos similares o idénticos que satisfagan sus necesidades los cuales puedan sustituirse en grado óptimo, o al menos viable (homogeneidad) y que, el bien no sea

producto de consumo necesario, como vemos el índice fracasa ante productos heterogéneos y de primera necesidad. Se requeriría información perfecta de los productos en el mercado, la competencia deberá darse entre productores en atención únicamente en el parámetro precio, las condiciones de venta, modalidades del producto, diferentes presentaciones del mismo, los parámetros calidad, valor agregado del producto o servicio y especificaciones no podrían ser distintivos ni provocar una competencia independiente al precio ya que, el consumidor es solamente un tomador de precios, no se valoran los elementos intangibles como las marcas, el mercado deberá estar libre de estrategias de comercialización que diferencien productos intercambiables creando tendencias y libre de publicidad engañosa que creara tendencias equívocas, no considera las asimetrías de información ni en bienes ni en servicios, se requeriría que los competidores tuvieran un tiempo equivalente en el mercado como para que no existan tendencias marcadas por tiempo de consumo, o encontrar alguna forma de evitar que la marca consiga competidores cautivos por el tiempo de consumo, todos los competidores deberían tener el mismo acceso a las mismas redes sin preferencias por el número de usuarios registrados en su red, el mismo producto o servicio debía ser valorado y destinarse al mismo uso, por todos los interesados para que no se pudiera discriminar entre algunos consumidores que tienen opciones perfectamente homogéneas en el mercado y consumidores que quedasen cautivos como veremos en el caso de la falacia del celofán y las tabacaleras evidenciado en el caso **United States vs E.I. Du Pont De Nemours**<sup>24</sup>, donde erróneamente se incluyeron en el producto relevante productos que no eran sustitutos perfectos de todos los usos para todos los tipos de consumidores del celofán, llegándose a una definición demasiado amplia y permitiendo a Du Pont minimizar el impacto de su participación en el 75% del celofán vendido en Estados Unidos, argumentando una supuesta intensidad de competencia mayor con otro tipo de materiales de envoltura flexible que, al final no eran sustitutos perfectos ni viables para todos los consumidores.

La segunda parte de la falacia, que erosiona el uso de el parámetro elasticidad precio demanda como credo económico universal, es el del precio competitivo, el índice nos plantea que, en un producto con suficientes sustitutos perfectos cuando el precio empieza a elevarse y sobrepase el excedente y la disposición de pago del consumidor, el consumidor dejará de comprarlo, bajará la demanda y el productor deberá entonces bajar el precio por que su competencia, estará absorbiendo los clientes que le abandonaron. Sin embargo en un mercado concentrado un oligopolio por ejemplo, el precio puede mantenerse muy por encima del costo marginal muy lejos de un precio competitivo, hasta antes de romper la barrera de la disposición del pago del consumidor, sin que sea un precio competitivo, un precio mantenido en la zona gris dentro del límite máximo de la voluntad de pago del consumidor.

El índice da por sentado que, al momento de aplicarse el 5% de incremento, el precio sobre el que se aplica, es aún un precio competitivo y no considera que puede tratarse de un precio inicial que se encuentra ya en zona gris y que, aplicar ese 5% solo romperá el techo monopólico del precio estudiado, arrojando resultados falsos, ya que esto solo

---

<sup>24</sup> **United States vs E.I. Du Pont De Nemours** [351, United States Supreme Court, 377, Sentencia dictada el 11 de junio de 1956], (1956).

reflejaría el rompimiento de la disposición máxima a pagar del consumidor, al no aplicarse el alza sobre un precio competitivo.

El índice precio elasticidad cruzada demanda, realiza un alza hipotética pequeña de precio sostenida, generalmente se plantea un 5% de aumento, ante dicha alza el consumidor podrá optar por seguir consumiendo el producto A de lo que se sucedería otra alza hipotética para determinar a que grado es flexible el precio. Cuando ante esa hipotética alza del precio un número significativo de consumidores dejan de consumir el producto A o cambian de marca al producto B, se determina prácticamente *de facto* que:

a) El producto es de demanda elástica y que, el productor no tiene el poder para realizar una elevación en el precio sin perder demanda por tanto, se considera indebidamente que no tiene poder de mercado. Sin embargo no contempla el hecho de que, las tendencias comerciales, la información y la publicidad crean bienes posicionales donde el precio alto es una característica de status y no una variable en sí, tampoco contempla que, el precio al que se le aplica el 5% es un precio de inicio que puede estar ya en una zona gris, cuando se aplica el 5% se rompe esa expectativa límite del consumidor y puede que este deje de consumir el producto, ante la baja de la demanda se considerará indebidamente que estamos ante demanda elástica y que el productor, no tiene el poder para elevar el precio sostenidamente, se omite considerar que ha tenido el poder de mantener el precio en zona gris, sin que estos sean competitivos, ante esta falacia se considerará que estamos en un mercado competitivo y se presume casi *per se* que, las prácticas relativas que pudiera realizar el agente económico en la zona gris no serían dañinas al carecer del poder para elevar sustancial y sostenidamente el precio, sin considerar el poder que tiene para mantenerlo lejos de un precio competitivo.

Se pierde de vista que tiene el poder suficiente para comportarse de manera artificial aún a pesar de las condiciones naturales de mercado manteniendo precios en zonas grises, permitiéndole así realizar prácticas relativas, como sería el caso de exclusividades o discriminaciones verticales que le permitirán a la larga incrementar su poder de mercado, en algunos casos hasta manteniendo a ciertos consumidores cautivos.

b) Ante el cambio de la demanda de A para aumentar la demanda de B, se considera que B es un sustituto viable y perfecto para A, cuando puede que no sea así, el consumidor puede haber ampliado su beneficio y expectativa de pago del producto A, al considerar que para sus necesidades B es solamente un sustituto imperfecto y provocando entonces que la demanda de A no varíe por más que suba el precio sino hasta que le sea impagable al consumidor y tenga que prescindir de él o de alguno de los usos de A, que no puede satisfacer con B, provocando que el consumidor permanezca cautivo hasta un límite de precio, existiendo una pérdida en la eficiencia asignativa en oportunidades, es decir la sustitución por un imperfecto se da hasta que se alcanza un precio monopólico absoluto insostenible, habiéndose rebasado el precio monopólico hace tiempo o habiéndolo mantenido por mucho tiempo, antes de llevarlo hasta su límite máximo, resignándose a perder algunas aplicaciones de A por un sustituto imperfecto. Así un producto de baja elasticidad de sustitución que solo cuenta con sustitutos imperfectos provocará que el

consumidor estire al máximo su expectativa de pago con tal de no perder otras aplicaciones del mismo producto.

Esta falacia se configura cuando se confía a ultranza en el método de la elasticidad cruzada sin contrastarlo fielmente con los costos marginales de producción de bienes o servicios y, se confía en que, será el consumidor quien discipline solo la demanda y no se prevén normas que permitan estudiar la estructura y el comportamiento del mercado, parte de la falacia de la autocorrección del mercado. En México no se verifica que, las eficiencias reportadas por la actividad empresarial se traduzcan en beneficios para el sistema completo y no solo para el empresario, solo se analiza en que punto un consumidor cambia de producto sin verificar si lo hace por un sustituto imperfecto a partir de un precio de por sí ya poco competitivo o, en atención a un producto o servicio con poca elasticidad de sustitución.

Para evitar esta falacia, se debe comparar el precio de los bienes o servicios con el costo marginal de su obtención, cuando la diferencia entre costo marginal y precio al consumidor es demasiado alta aún cuando esto no provoca baja en la demanda, es un indicio de que el precio podría estar ya en una zona gris y el aumento conforme a elasticidad cruzada no resulta un estudio confiable, así mismo se debe dividir el estudio entre los diversos tipos de consumidor y de consumo que tiene el bien para determinar si los sustitutos que se están considerando son sustitutos viables para todas las aplicaciones del bien o servicio, o si esta dejando a algún tipo de consumidor como cautivo de la conducta. Para el caso de producto sustituto, directamente competidor e idéntico ya hicimos las debidas disertaciones en el apartado de definiciones de la presente tesis.

La discriminación de consumidores y consumo, siempre ha sido un punto crítico que, tiende a ocultar poder de mercado de un agente económico respecto a cierta especialidad de consumo, comúnmente cuando los implicados en una práctica tratan de ampliar la gama de productos sustitutos para considerarlos como parte del producto relevante, buscan hacer perder de vista a la Comisión que existen clientes a los que esa gama de sustitutos no satisfacen haciéndolos absorber el precio no competitivo y la pérdida de eficiencia asignativa de oportunidades.

Tomemos el ejemplo del caso **ConAgra Inc/ International Home Foods Inc/CAG Acquisitions Sub/HMTF México Holding/ Productos del Monte**<sup>25</sup>, donde se omitió la valoración de elementos vitales para el derecho de la competencia, como el estudio del tipo de consumidores de salsa catsup y las opciones de sustitución perfecta disponibles para cada uno de ellos en el mercado, ante un alza del precio de la catsup, como se verá la Comisión omite pronunciarse sobre los distintos consumos que de la salsa catsup pueden derivarse en sí, permite la fusión en base a especulaciones y da mucho peso a la consideración de sustitutos imperfectos sin reparar en la poca elasticidad de sustitución de la salsa catsup procesada para algunos consumidores. En este caso aunque se habla un poco del nivel de procesamiento de la salsa catsup, contra la catsup casera la Comisión no

<sup>25</sup> **ConAgra Inc/ International Home Foods Inc/CAG Acquisitions Sub/HMTF México Holding/ Productos del Monte** Expedientes CNT-101-20 y, RA-41-2000.



se pronuncia directamente sobre el peso de este factor en la sustituibilidad de los bienes, ni sobre su evidente incidencia en la intensidad de competencia que, de primera mano parecieran competidores, a un estudio profundo se denota que la catsup casera no puede ofrecer la intensidad en competencia necesaria para disciplinar a los productores de catsup procesada, este nivel de procesamiento es indispensable para ciertos tipos de consumo masivo como el de restaurantes de comida rápida que requieren la catsup empacada de manera específica y con fechas de caducidad más amplias, ventajas que no son obtenibles de la catsup casera, sin embargo la Comisión en lugar de ahondar y sentar un criterio de fondo en el punto sobre el nivel de procesamiento como una característica física que influye en las modalidades de consumo y cuya pérdida puede lesionar al consumidor, se limita a desechar el argumento de forma indicando simplemente que :

"Es de señalarse que, el recurrente no aporta elementos que permitan determinar que porcentaje de los consumidores elaboran la salsa catsup en su propio hogar o cuantos de ellos estarían dispuestos a hacerlo en caso de que dicho producto escaseara o aumentara su precio, de cualquier manera se estima que dicho porcentaje sería poco representativo y no podría influir en la estimación de un mercado relevante<sup>26</sup>"

Deliberadamente omite pronunciarse sobre la intensidad de competencia que ambos productos representan y, omite estudiar su peso significativo ante la imposibilidad de contar con números que le indiquen el porcentaje de consumidores que especulativamente podrían cambiar de la catsup procesada a la casera, termina desechando el argumento con una determinación de forma, dejando muy endeble su resolución ya que en ningún precepto de Ley se obliga al recurrente a aportar estudios que determinen cuantos de sus consumidores se cambiarían de un sustituto a otro, no siendo esta una razón fundada para desechar un argumento que debió atacarse de fondo para sentar un criterio valioso para la Comisión sobre características internas de los productos y su incidencia en la intensidad de competencia con alegados sustitutos. Cabe mencionar que, la identificación de las características internas de un producto y sus usos principales son los dos elementos que, más se distorsionan cuando existen asimetrías en la información que no permiten al consumidor conocer las características, calidades, propiedades y procesos integrados de los bienes presentes en el mercado, los cuales se relacionan con determinados usos, al igual son estos dos criterios los más abatidos cuando proliferan las campañas de publicidad fraudulenta

Como se mencionó, el artículo 12 de la LFCE en su inciso a), la Ley solo considera como producto relevante la posibilidad de sustitución de productos sin atender a parámetros que califiquen el grado de elasticidad en la sustitución, mucho menos ahondando sobre la naturaleza del sustituto, directamente competidor o complementario, cuestión que en derecho estricto resulta fundamental para la seguridad jurídica de los sujetos a una investigación y, de los denunciantes de una concentración de poder de mercado. En el

<sup>26</sup> Idem.

caso mexicano ni siquiera a través de jurisprudencia se ha clarificado el grado de sustituibilidad deseado por este precepto, es por ello que la presente tesis en el capítulo I propuso un parámetro para su medición, para conceptualizar que elementos se evalúan para llegar a la determinación de que un producto funge como sustituto perfecto de otro; el número de impugnaciones de las decisiones de la Comisión, por este concepto se reducirían, ya en el caso **Grand Metropolitan PLC Guinness PLC**, los involucrados consideraron infundados los parámetros utilizados por la Comisión determinan que, para determinar productos directamente competidores ante el silencio del artículo 12 sobre los criterios a considerar para evaluar la sustituibilidad de bienes, el caso se complicó y derivó en mayores instancias, en dicho caso la autoridad mexicana recurrió a definiciones parciales de producto sustituto establecidas por la FTC y la Comunidad Europea, no contenidas en Ley que más que definir productos sustitutos evaluaban la relación entre nivel de ingresos y consumo de productos de distintos precios, dejando de lado criterios vitales como las características físicas de un producto, canales de comercialización en el caso de varias bebidas alcohólicas y las denominaciones de origen.

#### **1.4 Problemas de competencia que le fueron planteados al legislador mexicano a raíz de diversas privatizaciones**

**Ferrocarriles.** Esta ha sido una de las privatizaciones que, junto con la apertura del sistema carretero han materializado las enajenaciones menos beneficiosas para el erario público mexicano, se tradujo en un problema de redes de grandes magnitudes que ha segmentado el servicio y lo ha hecho poco viable y aún menos competitivo. El proceso de privatización inició en noviembre de 1995, a través de la publicación en el Diario Oficial de los “Lineamientos generales para la apertura a la inversión en el Sistema Ferroviario Mexicano”, mediante dicho proceso se emprendió la venta de los activos de la empresa estatal Ferrocarriles Nacionales de México, la cual además de poseer los activos del sistema ferroviario mexicano era dueña de la red de vías, administraba rutas y derechos de paso, desde que era empresa estatal el servicio caía en desuso debido a la poca inversión, el poco desarrollo de nuevas rutas, su cobertura sesgada y en general un desarrollo poco eficiente.

La privatización se efectuó a través de reformas al artículo 28 Constitucional y a la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, en dichos ordenamientos se consagró la posibilidad de concesionar a la iniciativa privada la prestación del servicio de transporte ferroviario, y la obligación para las concesionadas de pagar ISR y el pago de derechos equivalentes primero al 0.5% y posteriormente el 1.25% de sus ganancias anuales, sin embargo se tradujo en una reforma al vapor al no sentar las bases sobre las cuales se prestaría el servicio, tampoco se programó sistema alguno que permitiera la interconexión de las líneas regionales, ni se pronunció sobre la prestación servicios de vía paso y maniobras.

Esta privatización estuvo acompañada de una reestructuración laboral costosa para el gobierno mexicano, el costo de indemnizar a los trabajadores sindicalizados no pudo siquiera ser solventado con la venta de las líneas ferroviarias, sumó un total de 37,202

millones de pesos, el Estado absorbió los pasivos ante los trabajadores, liberando a los adquirentes de la concesión de cualquier costo financiero-laboral, sin embargo dicho costo no fue calculado en relación al precio de adquisición de los ferrocarriles, al final los recursos salieron del erario público. Esta reestructuración poco exitosa, siguió acarreado problemas al menos hasta el año 2004, los pocos inmuebles que no se enajenaron junto con las concesiones han seguido siendo punto de disputa para los jubilados, pensionados y ex trabajadores de Ferrocarriles Nacionales, a su vez para el año 2004 la extinta empresa seguía teniendo pasivos hacia sus ex trabajadores.<sup>27</sup>

Los activos y derechos se enajenaron sobre bases de limitaciones territoriales y no sobre bases funcionales, bajo el criterio de favorecer el valor de los activos al momento de su oferta y, sin considerar las repercusiones de fragmentar geográficamente un servicio, sin desincorporar las actividades elementales que conforman la operación de las redes.

Las inversiones para infraestructura han ido en declive a partir de la privatización perdiéndose en un promedio de tres años un 4.4% en la intensidad de la inversión, lo cual nos indica que no hay incentivos en la actividad y, aunque el negocio ya no requiere de una transferencia neta de recursos no se ha traducido en una alternativa de transporte eficiente de mercancías y pasajeros para los mexicanos, no han aumentado las coberturas ante los cortes en interconexión.

El solo proceso de licitación, se significó en un costo total de 395 millones de pesos, lo cual refleja su poca efectividad. La venta de las concesiones se realizó sin considerar la rentabilidad de las mismas en relación con el costo de las regiones concesionadas, hubo grandes discrepancias en el precio pagado por la concesión de un sistema de ferrocarriles en contraste con otros. Sin vigilar cual región representaba la mayor intensidad de demanda y, estableciendo condiciones de inversión inicial distintas para cada participante en el mercado lo cual acentuó sus diferencias en costo de operación y dividendos obtenidos por las mismas.

El concesionario Ferrocarril del Pacífico Norte tuvo un costo de adquisición de solo 3,941 millones de pesos, a cambio se quedó con toda la infraestructura ferroviaria y el mercado cautivo de la zona industrial de Monterrey y Piedras Negras, para la cual transporta como único ferrocarril con acceso, 535 mil carros cargados por año, mientras el Ferrocarril del Noroeste que desempeña el servicio para Nuevo Laredo tuvo un costo de adquisición de 13,012 millones de pesos, equivalente a comprar casi tres veces el ferrocarril del Pacífico

---

<sup>27</sup> OJEDA Zubieta Cesar Raúl (Senador). **PROPUESTA CON PUNTO DE ACUERDO DEL SENADOR CÉSAR RAÚL OJEDA ZUBIETA DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA, PARA SOLICITARLE AL DELEGADO FIDUCIARIO ESPECIAL ENCARGADO DE LA LIQUIDACIÓN DE FERROCARRILES NACIONALES DE MÉXICO, INFORME DETALLADAMENTE LA SITUACIÓN DE LAS DONACIONES DE BIENES INMUEBLES DEL ORGANISMO A JUBILADOS Y PENSIONADOS FERROCARRILEROS.** [en línea], México, Senado de la República, 2004, [citado 23-08-2008], Gaceta parlamentaria, Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://www.senado.gob.mx/gace2.php?sesion=2004/12/09/1&documento=77>

Norte, con el cual únicamente tiene una diferencia de cerca de 75,000 carros cargados transportados por año, tampoco se investigó si alguno de los ferrocarriles enfrentaría una competencia más intensiva en algunas regiones del país a manos de otros sistemas de transporte para reparar en el precio de la concesión. Así el Ferrocarril del Pacífico Norte requería hacer menos traslados de carga a tarifas más baratas para recuperar en menor tiempo el costo de su inversión, mientras que el Ferrocarril del Noreste no podría bajar demasiado sus tarifas *so pena* de, no recuperar el costo de adquisición en un tiempo razonable, sin embargo las tarifas altas reducen su demanda. A su vez, la venta de los ferrocarriles no significó ingresos a la hacienda pública, casi la totalidad de lo cobrado por el Ferrocarril del Noreste se utilizó para crear el fideicomiso de jubilaciones y pensiones de los trabajadores de la extinta Ferrocarriles Nacionales<sup>28</sup>.

Debido a la toponimia mexicana los costos de operación de los ferrocarriles por zona varían pero dicha variación se agrava y perpetúa debido al esquema poco estudiado bajo el cual se realizó la privatización, para algunos ferrocarriles el costo de transportar una mercancía a través de ciertas regiones representa mucha más pérdida que ganancia y, no existe incentivo para competir por esas zonas, agravando el retraso de la comunicación y el poco desarrollo industrial ya que, el contar con medios de transporte eficientes para distintas manufacturas con distintas necesidades es un factor a considerar al invertir en la región. En su vertiente microeconómica tales diferencias de costo de operación se ven traducidas directamente en las tarifas o en las desapariciones de la ruta.

El principal problema que presenta la operación de los ferrocarriles concesionados es la ausencia de condiciones de interacción para la operación de la red y de acceso a tramos de vía, la cual se ha significado en ineficiencia asignativa de oportunidades, frente al transporte aéreo y el terrestre los cuales tienen una mayor interconexión.

Las rutas largas de ferrocarril están prácticamente impedidas para ofrecer un servicio interlineal satisfactorio, al requerir el permiso de uso de vía de otra concesionada que administra la vía en parte de la región que atraviesa el trayecto.

Se creyó indebidamente que se aseguraría la integridad y el acceso a la red estableciendo meramente que la LRSF podría dictar los derechos de paso y arrastre en los títulos de concesión, sin embargo no se otorgaron facultades para el gobierno de preservar las condiciones mínimas de igualdad bajo las cuales debía concederse el derecho de paso y arrastre, se abordó el asunto como un mero problema de tarifas y no como un problema de acceso efectivo, además de limitarse la facultad al derecho de paso y arrastre dejando fuera de ella el uso de la vía y mantenimiento, lo cual limitó la aplicación de la

---

<sup>28</sup> LÓPEZ Ortiz Humberto. **Ferrocarriles Mexicanos, del monopolio del Estado al oligopolio privado y extranjero.**[en línea], México, Cámara de Diputados, "fecha de publicación desconocida", [08-08-2008], La reforma del Estado en Blanco y Negro/ Agenda para la Reforma del Estado, Formato HTML, Disponible en Internet: [http://prdelq.diputados.gob.mx/publicaciones/libros/reforma\\_blanco\\_negro/libroporcapitulos/489\\_502\\_reforma\\_bn.pdf](http://prdelq.diputados.gob.mx/publicaciones/libros/reforma_blanco_negro/libroporcapitulos/489_502_reforma_bn.pdf)

disposición al acceso a los patios de maniobras meramente y, se tradujo en una colusión obligada donde una línea para prestar el servicio debe ceder la carga a su competidora en el cruce de vía para que esta realice, estableciendo sus propios cobros el transporte de la mercancía por su vía, volviendo a entregarla a otra línea ferroviaria para terminar el trayecto, esto en la mayor parte de los casos exige para el contratante del servicio el hacer varias negociaciones a diferentes precios para conseguir un transporte interlineal por tren, este sistema lo ha sufrido por ejemplo el transporte de carbón.

Aunque en los términos de concesión, se estableció que la SCT podría determinar derechos de paso y arrastre adicionales pasados 20 años a partir de la concesión, siempre que determinase que no existe competencia en el sector, esta facultad ha sido poco fructífera para subsanar los problemas de competencia en el presente del mercado, no han transcurrido esos 20 años que se cumplirán en el 2015 y ya la industria ferrocarrilera parece una opción descartada para el transporte de mercancías, se determinó un periodo de tiempo demasiado largo para que la Secretaría pueda comenzar las reformas de segunda mano en el sector, reformas vitales para su mera subsistencia, para cuando la SCT pueda imponer estos derechos adicionales tal vez el sector sea inviable y se haya perdido una opción de transporte en, México. En los derechos de paso y arrastre originales tan solo se consideraron dos tramos largos, para que el Ferrocarril Pacífico Norte usara la red del Ferrocarril de Noreste en un tramo específico y otro para que el Ferrocarril de Noreste tuviera paso por la red del Ferrocarril Pacífico Norte para el tramo Mariscalá Guadalajara.

Además, en estos pocos tramos contemplados no se cuenta con acceso eficiente a la red ya que el mismo se da a la par de un trato discriminatorio, se determinó y exigió el derecho de paso y arrastre pero no se acordó bajo que condiciones, dejando dichas condiciones a la determinación de los particulares, el sector privado ha sido incapaz de acordarlas, esta falta de regulación nos ha probado la incapacidad del sector de corregirse solo.

Desgraciadamente la modalidad de tráfico que más ventajas económicas atrae a la operación de ferrocarriles, como es la posibilidad de transportar grandes cargas por recorridos extensos, es la que menos intensidad de competencia presenta, sin que se den indicios de que los concesionarios estuvieran dispuestos a cooperar para abrir la interacción en el mercado con el fin de conseguir dicha interconexión de vías para tramos de amplias distancias que generaría mayor demanda del transporte ferroviario, cabe presumir que, dicho aumento de la demanda es desestimado por las mismas concesionarias frente a los beneficios monopólicos regionales que perciben a raíz de la operación segmentada. Al final pareciera que para los concesionarios la explotación y el desarrollo de la modalidad de servicio ferroviario más rentable es poco atractiva en comparación a mantener atrincherado el poder de mercado recibiendo rentas monopólicas e invirtiendo poco en el sector, esta última opción no sería rentable si existiera un intenso monitoreo de la competencia en diversos sectores de la economía mexicana y una firme y oportuna sanción de las prácticas anticompetitivas, los acuerdos y medidas tomadas al auspicio de los organismos reguladores del sector han sido recurridos ante los tribunales los cuales han fallado a favor del concesionario debido a que la autoridad de la SCT y sus

organismos sectoriales para regular la conducta de dichos concesionarios es limitada y la Comisión no se ha traducido como un organismo idóneo que pueda tomar medidas para propiciar la competencia en el sector.

Aunque el Reglamento de la LRSF contiene un procedimiento para dirimir controversias relacionadas con la interconexión del servicio, dicho mecanismo ha resultado poco práctico y no ha podido proporcionar soluciones a la poca intensidad de competencia, al existir un organismo técnico encargado de la regulación del sector la CFCE ha limitado su intervención en el mismo lo cual se ha traducido en inactividad regulatoria.

Además el concepto de competencia del la LRSF, contenido en su artículo 47 es muy relativo, atrasado y atañe a un elemento meramente cuantitativo de aplicación estricta, considera simplemente que hay competencia:

“cuando haya cuando menos dos prestadores de servicios ferroviarios o dos modos de transporte en la misma ruta o por rutas alternativas siempre y cuando puedan ser considerados como alternativa viable”

Esta disposición permite la pérdida de mercado para el servicio ferroviario a manos de otros sectores, considera que hay competencia si el consumidor tiene al menos dos posibilidades en una región aunque las posibilidades no sean directamente competidoras, no impliquen competencia en el mismo sector de transporte o aunque tenga que modificarse la ruta, omite definir que considera como alternativa viable, y bajo este parámetro del reglamento del sector, la CFCE solo podría declarar la inexistencia de competencia, cuando una región cuente únicamente con un medio de transporte o no tenga vías alternas no importando que no exista intensidad de la competencia, por lo tanto la óptica de estas disposiciones no hacen más que legitimar monopolios privados regionales que están hundiendo un sector completo.

El que exista otro medio de transporte en la región no implica que exista competencia directa, por ejemplo el avión no es una competencia directa ni una alternativa eficiente para transportar ciertas mercancías por trayectos largos como sería el transporte en rutas extensas de ganado, cemento, minerales, etc, el uso de trenes trae aparejadas ciertas eficiencias inherentes sobre otros medios de transporte que se supone la privatización fomentaría y no enterraría, simplemente atendamos a una de ellas al ser un medio que no requiere del petróleo o sus derivados como combustible, podría presentar tarifas más competitivas y por su capacidad de carga en muchos países se traduce como el medio de transporte idóneo para varias industrias como la del acero y el carbón ventajas que, difícilmente pueden derivarse del transporte terrestre o aéreo.

La legislación tampoco toma en cuenta, la independencia entre los prestadores de servicios presentes en la región para determinar la existencia de competencia ya que no exige que, se trate de dos medios de transporte independientes u operados por personas distintas, esto se traduce en que, aún cuando la línea de camiones única competidora

presente en la localidad tenga participación accionaria en la línea de trenes, la Secretaría de Comunicaciones y Transporte, tendrá que declarar que existe competencia. En cuanto a considerar que existiese competencia por que otro concesionario ferroviario prestase el mismo servicio por rutas alternas, dicha posibilidad ha sido inverosímil debido a los cierres al derecho de vía.

La CFCE se ha representado como un organismo incapaz de tomar acciones efectivas contra las denegaciones de trato, boicots de acceso y discriminaciones que han plagado las interconexiones en el sector condiciones que, deberían ser agravantes y significarse en sanciones más duras al recaer sobre la prestación de un servicio concesionado y que, podrían ser motivo de revocación de la concesión al no significarse en la prestación eficiente del servicio.

La pasividad extrema del Estado para sancionar la conducta de los particulares concesionados ya provocó una gran pérdida de eficiencia y, poco a poco va sepultando al servicio ferroviario. Fue en manos de concesionarios privados donde se vio desaparecer el transporte interlineal en la vía de San Luis Potosí, la cual desapareció por la incapacidad de Ferrocarriles del Norte y Ferrocarriles del Noroeste para ponerse de acuerdo en la distribución de los ingresos generados de la interconexión de rutas, desaparición que el Reglamento y su mecanismo de solución de controversias fue incapaz de evitar, y que, se traduce en una pérdida asignativa de oportunidades en la región, por la que nadie ha sido sancionado. Así se ha ido perdiendo la eficiencia geoestratégica del ferrocarril mexicano.

Por el contrario aún sin subsanar los problemas de competencia que evidencia el sector, tanto el organismo regulador como la CFCE han optado por favorecer la integración de los derechos de paso a través de autorizar fusiones, lo cual atrinchera aún más el poder de mercado de los concesionarios, los cuales a través de la concesión aumentarán el tramo de sus rutas y su cobertura, pero no promoverán la intensidad de competencia en el sector, todo parece apuntar a que los pocos ferrocarriles funcionales como el del sur y centro se fusionaran y enfrentarían competencia solo con otra línea en el norte también fusionada, así se perpetúa la concentración en manos privadas de un mercado de redes.

**Ingenios azucareros.** Muchas de las privatizaciones realizadas en los 90's para adelgazar el Estado y, en aras de ingresar dinero a las arcas públicas sin importar como se vendieran las empresas, la privatización de ingenios se tradujo en problemas de eficiencia económica y bienestar público que, obligaron al gobierno a intervenir los sectores privatizados e inyectar cantidades de dinero superiores a las sumas que por la venta de los activos recibieron originalmente.

Los ingenios azucareros una industria que, ya en el poder del gobierno trabajaba deficientemente fueron vendidos sin ninguna clase de reestructuración, adquiridos por la iniciativa privada quien incurrió en morosidad y malos manejos de los mismos, lo cual obligo al gobierno a recomprar a un precio inflado lo anteriormente vendido para rescatar a los trabajadores de la quiebra de los ingenios azucareros, antes de la expropiación de los ingenios donde el gobierno no solo adquirió los activos de los mismos sino que absorbió,

sus deudas, permitió sin mayores miramientos diversas fusiones entre los mismos y el ejercicio de poder monopólico por parte de los particulares que manejaban dichos ingenios, los cuales solían coordinarse para establecer precios y provocar falsa escasez.

Los 27 ingenios fueron readquiridos por el gobierno, quien se niega a reestructurarlos o a cerrarlos y reestructurar la zona de producción cañera, por el contrario, al adquirir los ingenios el gobierno ha adoptado medidas discriminatorias para colocar en el mercado el sobre abasto de azúcar que producen y, tratar de operarlos con la menor pérdida posible, así tenemos que en materia de IEPS se castigó con un impuesto más alto a los refrescos que se endulzarán con el JMAF, un bien directamente competidor al azúcar; de menor precio y generalmente usada para endulzar los refrescos, dicha disposición en la Ley del IEPS, le valió al gobierno mexicano un procedimiento ante el Organismo de Solución de Controversias de la OMC y ante paneles del TLCAN, tanto los paneles ordinarios como sus apelaciones se perdieron y, se obligó mediante los laudos resolutorios al gobierno mexicano a dejar de utilizar la Ley para favorecer la venta de azúcar de los ingenios expropiados, mientras más avance la sustitución de azúcar por JMAF, la producción industrial para consumo alimentario de esta última decaerá, a menos que se reestructure la zona azucarera y se le equie para producir bio-combustible a base de azúcar, sin embargo el monto de estas inversiones es alto, primero tendrían que sanearse las deudas de los ingenios con sus proveedores y trabajadores, y se debe evaluar el efecto monopsónico, inflacionario y de especulación que implica, el utilizar los alimentos como combustible en un país que desde hace dos décadas no conoce la soberanía alimentaria.

El gobierno le apostó a que, aún recomprando los ingenios y haciendo algo parecido al rescate carretero con ellos podría recuperar lo invertido, al abrirse el TLCAN para la exportación de azúcar, sin embargo se olvidó que el problema de acceso al mercado estadounidense no son los aranceles, sino las barreras técnicas, además la plataforma de exportación se planeó únicamente para el mercado estadounidense, el cual suele endulzar sus productos industriales con Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa y ya no con azúcar, razón por la cual dicha apertura no significa una respuesta para los ingenios azucareros, para el mercado canadiense no se realizó una plataforma de exportación y sin embargo pudiera ser este un mejor mercado de destino para el azúcar mexicana.

Los excedentes de azúcar han sido colocados artificialmente en el mercado interno mediante un impuesto mayor a los refrescos edulcorados con JMAF, sin embargo a partir de 2006 el gobierno mexicano fue emplazado a retirar esta medida so pena de sufrir represalias por parte de los miembros de OMC y TLCAN<sup>29</sup>, aún no se ve una estrategia clara de que se hará con los ingenios y su producción a partir del abatimiento del impuesto prohibitivo al JMAF, el cual México se comprometió a retirar el 31 de enero de 2007.

A su vez y no importando los compromisos internacionales del gobierno mexicano, la problemática de los trabajadores de los ingenios azucareros sigue sin arreglarse, sus ingenios siguen sin recibir inversión sustancial, de no planearse su reestructuración

<sup>29</sup> Organización Mundial del Comercio, **Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas**, Órgano de Apelación 24 de marzo de 2006, (DS308) [informe apelación].



interna financiera y el debido saneamiento de sus pasivos para antes de que entren en directa competencia con el JMAF, la situación puede complicarse.

### **Banca y crédito.**

Como se relacionó anteriormente, la banca mexicana ha pasado por periodos de estatización y de privatización intermitentes, sin embargo siempre ha sido uno de los sectores más concentrados de la economía mexicana y, un factor que ha perpetrado la concentración industrial, ante las nulas opciones para el financiamiento de pequeñas y medianas inversiones que ofrece como ejemplo desde 1895, operaban únicamente tres bancos en el país, los cuales se negaban a financiar nuevas industrias textiles que no fuesen propiedad de los empresarios de siempre, perpetrando así la concentración del sector.

El 1° de septiembre de 1982, Miguel De La Madrid Hurtado, decreta la nacionalización de la banca mexicana, entonces también se dieron las primeras fusiones masivas dentro del mercado bancario cuando de treinta y dos sociedades de crédito a través de fusiones y revocación de concesiones se dejaron operando doce, así de sesenta bancos presentes hasta antes de 1982 quedaron únicamente veintinueve, concentrándose las operaciones del ramo en pocas entidades de propiedad estatal. En marzo de 1985 se redujo el número de bancos de veintinueve a veinte, únicamente seis de ellos, tendrían cobertura nacional, ocho alcanzarían la cobertura multi-regional y seis más, serían meramente locales, con las fusiones autorizadas en 1986 y 1988 las instituciones de crédito sumaron finalmente dieciocho, número sobre el que se inició el proceso de privatización, esto es antes de privatizarse todo el crédito y ahorro mexicano se concentraba únicamente en dieciocho instituciones bancarias, la mayoría de ellas de cobertura limitada, a esto debemos sumarle el auge de la modalidad de banca múltiple<sup>30</sup>, esta modalidad terminó con los bancos especializados en una parte o actividad del crédito para integrar todos los servicios en una institución, ya no había bancos hipotecarios la banca múltiple prestaba esos servicios junto con los de crédito, ahorro, habilitación, avío, depósitos, operaciones fiduciarias y financieras, integradas en un solo estilo de banca, con la integración de actividades también se concentraron los riesgos y se concentro en pocas manos la captación de depósitos, divisas y en general la liquidez de la economía nacional.

Finalmente en 1991, salieron al mercado los bancos aún presentes en el mercado mexicano, de los mismos que prevalecieron los de cobertura nacional, para hacer más atractiva la adquisición de los bancos que se retiraron limitantes a su actividad como los encajes legales, restricciones al otorgamiento de créditos, y se les eximió de la obligación de conservar una reserva obligatoria mínima, se levanto a su vez la aplicación de regulación en tasas de interés, permitiendo a los nuevos bancos pactar los intereses que cobrarían sin límite. Esta vertiente, la del crédito y específicamente la del crédito personal

<sup>30</sup> ABM. **La banca en México.** [en línea], México Asociación de Bancos de México, "Fecha de publicación desconocida", [08-08-2008], La banca en México Formato Html. Disponible en Internet en: [http://www.abm.org.mx/banca\\_mexico/historia.htm](http://www.abm.org.mx/banca_mexico/historia.htm)

ha sido la más explotada por la banca mexicana, provocando ineficiencias asignativas ya que se enfocan principalmente a este mercado debido a las rentas más que ventajosas que obtienen de ella, permitiéndoseles recientemente capitalizar sus propios intereses, dando como resultado rentas y tasas que se encuentran más allá del beneficio monopólico y exceden ya no solo la disposición de pago sino la capacidad de consumo de crédito y la liquidez de la economía nacional.

Así se vendió todo el sistema financiero mexicano, ya que la banca también tenía la facultad de colocar los valores de las empresas privadas en la bolsa, integrado con todos los servicios de banca múltiple sin restricciones a los riesgos que podrían adquirir, posteriormente en su actividad como entes privados y, sin obligación de mantener reservas legales, se retiraron todas las limitantes y se vendió el sector integrado indebidamente, la intención principal del gobierno era ingresar el mayor monto posible a las arcas hacendarias, no importando que la actividad financiera del país se hubiera vendido sobre bases deficientes o, si la forma de privatizar las instituciones no garantizaba competitividad en las mismas. No se pensó en dotar al mercado mexicano de una banca diversificada que reportara eficiencias a la actividad económica, no se trataba de retirar legislación, de reducir los encajes, límites y reservas que respaldaran la actividad bancaria, se favoreció la desregulación masiva para hacer la adquisición de los bancos más atractiva, sin embargo como comentamos anteriormente, no se trata de menos regulación sino de regulación más eficiente. El sistema en manos de la iniciativa privada quedó con marco de responsabilidades endeble, que les permitió adquirir riesgos sin límite.

A esto debemos sumarle que, el Estado no captó los recursos que esperaba en un principio por los bancos, ya que la mayor parte de los paquetes accionarios que conformaban los títulos representativos del capital social, se vendieron contra deuda, a crédito pactado por largos plazos, su venta no se reflejó en ingreso líquido para el Estado, comúnmente se dice que los bancos fueron vendidos “con saliva”. En sí el decreto que privatizaba la banca dictaba que, las condiciones de pago de cada institución bancaria se pactarían caso por caso, cuestión que, con la escasa transparencia del proceso provocó la venta de los bancos a cambio de pasivos y no de liquidez inmediata a grupos de interés, ya que las bases de venta en sí impedían que estos bancos se vendieran a personas con registro individual, debían ser sociedades, que al final fueron sociedades representantes de intereses de grupo perpetuados por años en México, tampoco se impusieron restricciones tendientes a regularizar la cantidad de paquetes accionarios que dichos grupos podían adquirir en las distintas instituciones financieras, así se omitieron las medidas tendientes a evitar que, la propiedad accionaria de las instituciones financieras se viera concentrada en unas pocas manos y no se dictaron medidas para garantizar la independencia de los bancos adquiridos por capital privado, el adquirente de un banco podía tener acciones con voz y voto en los demás bancos, tampoco se tomaron medidas para asegurar a la sociedad que podría contar con un sistema bancario competitivo dispuesto a competir entre sí por la captación de recursos o el otorgamiento de créditos a la industria, se facilitó la coordinación de la actividad al permitir a los mismos accionistas estar presentes en las mesas de decisiones de las distintas entidades bancarias.

Por otro lado, después de la adquisición por parte de los grupos o sociedades de la banca gubernamental, no había restricción que les impidiera enajenar los activos recientemente adquiridos a personas físicas que por prohibición expresa no podían participar en la etapa de licitación, así finalmente y antes de 1994, siete de los veinte bancos quedaron en manos de personas físicas, que solo usaron a los grupos financieros como pantalla para la compra en licitación estos grupos, los vendieron a las personas físicas que en realidad habían financiado la adquisición. Si bien ya desde 1988 el poder de mercado en el sector bancario se concentraba en tres bancos, que representaban el 63%, al momento de privatizar, se vendió la banca con su participación de mercado tal y como se presentaba cuando pertenecía al Estado, como resultado se vendió un oligopolio estatal para convertirse en oligopolio privado, sin restricciones prácticas a la participación de accionistas en la mesa directiva, por lo que fue común ver a las mismas personas relacionadas dirigiendo a estos tres bancos y por tanto al frente del 63% del sistema financiero mexicano, el mercado adolecía de conducta independiente. Estos tres bancos captaban cerca del 75% de los depósitos bancarios y, operaban 2/3 partes del crédito disponible en el país, así desplazaban a los otros bancos haciéndolos menos rentables y con menos acceso a la liquidez. Las autoridades bancarias tampoco estaban preparadas para medir el nivel de riesgo de la banca integrada con sus múltiples actividades, mucho menos se contaba con provisiones que les permitiera determinar la magnitud de riesgo que implicaba la concesión de créditos entre instituciones del sistema financiero y menos aún entre instituciones pertenecientes al mismo grupo.

Desde julio de 1992, hasta 1994 la nueva banca privatizada se enfocó en ampliar sus operaciones para alcanzar poder de mercado, debido a este afán los bancos no dudaron en incurrir en riesgos excesivos que, los llevaron a adquirir compromisos con entes insolventes o por montos cercanos a la insolvencia cabe destacar que, debido al excesivo beneficio que podían sacar de las tasas de interés a la alza y la poca independencia de las mesas directivas de los bancos, se dio, una fijación de precios en las tasas de interés en el crédito personal, razón por la cual la nueva banca se enfocó a diseminar sus esfuerzos hacia dicho tipo de crédito aunque las operaciones fuesen altamente riesgosas. La incapacidad para calcular la magnitud de los riesgos adquiridos por los bancos, se vio agravada por la poca atención del gobierno al calcular la cartera vencida que generaban dichos bancos y su impacto sobre la liquidez del sistema financiero mexicano, es decir, se subestimó el nivel de descapitalización al que accedió la banca en aras de captar mercado.

Como es previsible, cuando se vende un oligopolio estatal integrado, este se convirtió en un oligopolio privado tolerado, la colusión en los servicios financieros no tardó en producirse, la escasa competencia en las condiciones de crédito llevaron a altos costos en su adquisición lo cual incrementó la inflación en los mercados y produjo poca disponibilidad de opciones de crédito para las nuevas pequeñas y medianas empresas, a su vez al favorecer el esquema de banca múltiple de cobertura nacional, los bancos nacionales captaban el 75% de la actividad financiera, los bancos regionales no tardaron en desaparecer o ser absorbidos para operar como meras sucursales de los tres bancos nacionales con mayor poder de mercado, los pocos bancos pequeños o regionales que

subsistieron hasta antes de la crisis de 1994, tuvieron un franco comportamiento de coordinación donde solo seguían la postura del líder de mercado, acrecentando más la carencia de posturas independientes, en el mercado podía apreciarse *a priori*, una colusión tácita entre los agentes participantes.

Aún la banca, no cuenta con controles estrictos del riesgo que adquiere sobre los depósitos de los ahorradores, ni se le exige una liquidez mínima a su vez, sigue generando atraso en la actividad económica del país e ineficiencia asignativa, al no prestarse como elemento de financiamiento para la entrada de nuevas empresas, al no existir competencia en las tasas y términos de interés ya sea para captar depósitos o competir por el crédito, y al no existir servicios de eficiencia productiva que justifiquen las altas comisiones que cobra en las cuales tampoco hay competencia intensiva. La seguridad en el manejo de los recursos de los ahorradores no se percibe como un atributo de calidad en la prestación del servicio de banca y crédito.

Esta desregulación es reflejo del malentendido sentido de la competencia en México, al no entender a la misma como una herramienta para derivar resultados deseables del mercado así, se privilegió el desorden de la actividad y se sacrificó el bienestar público por una competencia sin objetivos, el legislador mexicano olvidó las obligaciones de su función, las cuales debieron evitar que, los depósitos bancarios se vieran vulnerados por la adquisición de riesgos excesivos que destruyeron la solvencia de los bancos, dejó desprotegidos a los ahorradores ante la competencia destructiva que emprendieron los intermediarios. La crisis mexicana de 1994, es un claro ejemplo del caos creado por la competencia sin otro objetivo que el poder de mercado, en aras de multiplicar el número de operaciones realizadas por los bancos como agentes privados que quieren recuperar la supuesta inversión, se sacrificó la calidad y seguridad de los servicios, con tal de captar más clientes y retenerlos cautivos en un banco se otorgaron más créditos, créditos en los que, se omitió evaluar debidamente el nivel de riesgo, la pérdida de liquidez y la descapitalización que implicarían, a costa de generar mayores operaciones para el banco, sacrificando la seguridad de los depositantes.

El mercado financiero mexicano, suelen sacrificarse unas eficiencias por otras, hoy en día carece de eficiencia asignativa y no se le puede considerar como una fuente de eficiencia distributiva, aún cuando en principio se privilegie la eficiencia transaccional en las operaciones.

En este caso se pudo apreciar el efecto de una competencia desreglada y sin objetivo sobre la vulnerabilidad de la banca, se evidenció que, esta competencia entre entes que no tienen qué asegurar la solvencia de su capital, puede dar lugar a crisis sistémicas de contagio, a competencia destructiva, al dilema del prisionero en su sentido negativo, parecido a lo que sucedía con la guerra armamentista en el sentido económico. Si un banco adquiere poder de mercado a costa de un nivel de riesgo tres, otro banco pudiera estar dispuesto a entrar a dotar de crédito personal a los sujetos del nivel cuatro con tal de obtener mayor poder de mercado y, utilizando para financiar dicho crédito los depósitos de sus ahorradores sin tener que arriesgar el capital del propio banco y sus ahorradores, más tratándose de un

banco cuyo capital accionario no esta liquidamente pagado, los bancos van adquiriendo mayores riesgos que no respaldan con responsabilidad propia, aumentando el nivel de riesgo en un esquema parecido al dilema de la guerra armamentista, donde se iba aumentando el nivel de seguridad a través de la compra de armamento y que debía subirse cada vez que el vecino hacia adquisiciones *so pena* de, quedar con una defensa obsoleta iniciando una carrera ruinosa.

A este respecto y sin fundamento alguno, la escuela de Chicago planteaba que, los sistemas con bancos grandes eran menos propensos a las crisis de contagio sistémico, ya que contaban con que los bancos usarían las rentas monopólicas obtenidas para amortiguar los riesgos, esta es una expresión más de la tendencia totalitaria a pensar en grandes estructuras económicas, el mencionado *think big*, el *too big to fail* las crisis de las dos últimas décadas desmienten el planteamiento a nivel global y especialmente México obtienen rentas monopólicas no tienen obligación de reinvertir dichas rentas en su capital para asegurarse liquidez y amortiguar los riesgos, son bancos encargados de grandes operaciones. El tamaño del banco no garantiza la confiabilidad de su operación ni su estabilidad que, mientras no haya una regulación que delimite los riesgos que puede adquirir y los relacione con las obligaciones que en relación con dicho riesgo adquirirá, no habrá garante de que las propias rentas de los bancos, se reinviertan en capital, sino en deuda.

Ciertos bancos logran tal poder de mercado, y engloban intereses estatales de tal magnitud que los gobiernos, no les permiten quebrar<sup>31</sup> y, acuden a su rescate cada vez que se descapitalizan, pasando el costo del riesgo a la sociedad y, solapando la adopción de riesgo irresponsable por parte de los bancos más grandes los cuales no cuidarán de capitalizarse, pues saben que ante cualquier error, riesgo o falla de mercado el gobierno los subsidiará y en caso de desastre los rescatará. Este fue el caso mexicano y hoy, el estadounidense en el cual tras la crisis de 1994, no se permitió quebrar a los bancos mayores constituyéndose fondos a cargo del ingreso público, para rescatarlos de su falta de liquidez, montos que sumaban más del triple de lo que percibió el Estado por su venta, el rescate constituyó cerca del 20% del PIB de 1999, el cual tendrá que ser pagado por generaciones de mexicanos, el desastre entre otras cosas se debió a la poca atención que puso el gobierno sobre la estructura concentrada del mercado y al poder del mismo, que detentaba cada una de las instituciones que vendió integradas y sin reserva, esto se agravó por su actitud permisiva frente a los riesgos adquiridos por los bancos y su falta de conocimiento técnico para evaluar el riesgo adquirido, no solo a través de la concesión de crédito a terceros, sino el planteado por la concesión de créditos entre las mismas entidades bancarias y financieras, ya fueran pertenecientes a terceros grupos o al mismo, la cartera vencida que detentaban y su impacto sobre la liquidez del sistema financiero mexicano, la poca atención sobre la falta de independencia en el sistema y la adopción a ultranza de los postulados neo-positivistas que, aconsejaban adelgazar a grados mínimos las obligaciones de los bancos incluyendo la obligación de capitalizarse con recursos tangibles y comprobables, es decir desde un principio el gobierno mexicano favoreció indebidamente la capitalización y adquisición de los bancos a través de deuda futura e

<sup>31</sup> Comisión Federal de Competencia. *Vid supra* n.58, p.232.

ingresos calculados en base a especulaciones, omitiendo exigir al sistema mexicano privado el mantener bases de liquidez sólidas y constantes. A su vez, omitió sancionar penalmente conductas individuales de los banqueros que perpetraron un fraude a la sociedad, erosionando la regla de la cantidad mínima en el sector.

Mucho menos previó el gobierno mexicano que, una crisis debida al capital especulativo del sector financiero pudiera contaminar toda la actividad económica del país. El sistema financiero sigue siendo incapaz de constituirse como método viable para el financiamiento de nuevas inversiones y, por tanto como un elemento importante en la competitividad y atomización de los mercados.

Los recursos destinados al FOBAPROA y después al IPAB, fueron encaminados únicamente a rescatar a los inversionistas particulares de la quiebra del sistema, aún después de esta lección ni el legislador mexicano ni el ejecutivo, realizaron esfuerzos significativos para atonizar el poder de mercado que concentraban los tres bancos principales, ni por ajustar la conducta del sistema financiero en manos privadas a estándares de competitividad.

Diversas decisiones tanto del Poder Judicial, como autorizaciones para fusiones emitidas con posterioridad a la crisis de 1994, parecen perpetrar hasta nuestros días la facultad no escrita de los propietarios de bancos de operar mercados obteniendo rentas monopólicas a costa del interés público, criterios como la recapitalización de intereses parecen implicar, una autorización para obtener beneficios por encima de los excedentes de los consumidores de crédito, sin que de esta forma de operar se deriven objetivos socialmente deseables, para realizar el saneamiento de las diversas instituciones bancarias a partir de 1996 hasta principios de la década presente se favoreció su fusión, concentrándose aún más los mercados en manos privadas, y curiosamente, en las mismas manos de los adquirentes de riesgo que llevaron a la crisis, después de la primera ola de fusiones los cinco bancos principales concentraron el 80%, de la captación de ingresos y la expedición de créditos.

Cuando se tiene un sistema financiero concentrado, las posibilidades de obtención de crédito en áreas menos atractivas por no generar rentas monopólicas seguras se reducen sustancialmente, este es el caso del financiamiento a las nuevas empresas pequeñas y medianas que no pueden asegurar al banco el obtener una cuota sustancial de mercado a corto plazo, mucho menos si su entrada se proyecta para un mercado cerrado, el banco no se interesa en diseñar créditos para ellas, ni en competir en tasas de interés para obtener este tipo de contratos ya que, el deudor no tiene una renta monopólica que ofrecerle y no reeditarán en grandes montos de liquidez a corto plazo, esta carencia de crédito viable a los negocios, provoca pocas posibilidades de atomización de los mercados, afianza los monopolios y oligopolios ya presentes y cierra las puertas a la inversión nacional que quisiera presentarse como una opción en la oferta de determinado bien o servicio. Es decir no existe una actividad de fomento empresarial para el industrial mexicano que, quisiera entrar a una nueva división de negocio, este factor es poco tomado en cuenta por la Comisión cuando evalúa el impacto de prácticas anticompetitivas relativas en los

mercados y su apertura, y sin embargo, es muy mencionado en sus discursos sobre la operación bancaria, demostrándonos el enfoque equivoco que da la autoridad a la problemática, ya que la analiza únicamente como una falta de competencia en el sector bancario, sin extrapolarla a los efectos que tiene en los mercados, al daño que provoca la carencia de competencia en el sector bancario, en la posibilidad de entrada de nuevos competidores a mercados concentrados y que requieren una fuerte inversión inicial.

Si en México no existen fuentes viables de financiamiento, para la entrada en un mercado concentrado, no puede considerarse que la concentración en los mercados se corregirá con la sola entrada de participantes atraídos por el precio, la falta de financiamiento debe valorarse como barrera a la entrada de competidores nuevos sobre bases reales, sabiendo que, si el competidor nuevo entra al mercado con una cobertura o una escala pequeña o mediana y requiere de financiamiento bancario que, anteriormente no ha sido autorizado para proyectos similares, debe considerarse dicha entrada como poco viable y el impacto de dicha probabilidad como bajo en la conducta de los entes presentes en el mercado los cuales saben que aunque existe la posibilidad de entrada esta es poco viable.

Para los bancos, el tamaño del riesgo y la viabilidad de prestar el servicio de crédito depende del tamaño de la empresa y su poder de mercado, prefieren las estructuras demasiado grandes para quebrar así, las pequeñas medianas y nuevas empresas tienen poco acceso al crédito de negocios y, mucho menos tienen acceso a programas de emisión de deuda, resulta más fácil financiar un pequeño o mediano negocio en base a créditos personales que, pensar en obtener un crédito para negociación mercantil, en tal orden de ideas podemos verificar que uno de los grandes problemas en México es el acceso a mecanismos adecuados para el financiamiento de inversiones, perpetrando el vínculo entre la concentración bancaria e industrial que vician la operación del mercado mexicano.

Un factor imprescindible, al evaluar el sector bancario y la competencia en el mismo es el relativo al intercambio de información, es dicho intercambio de información el que permite a las instituciones bancarias establecer tasas de interés en rango gris, es esta la que les permite saber si un deudor es solvente o no, si un sujeto es factible de crédito redituable o no, sin invertir demasiado en la investigación de mercado y, evitándoles el tener que entablar estrategias de competencia intensiva, permitiéndoles coordinar sus intereses y pactar tasas y comisiones casi lineales. Debido a la rapidez y amplitud, con la que se intercambia la información en el sector, si un competidor rompiera la coordinación bajando su tasa de interés los demás bancos se enterarían de inmediato pudiendo sancionar la ruptura, ya sea bajando la tasa e iniciando una guerra de tasas que no le es conveniente a ninguno de los bancos o, presionándolo económicamente, cabe recordar que aún hoy en día muchos bancos nacionales son deudores de las matrices internacionales de sus competidores.

El conocer información exclusiva sobre los demandantes de crédito, su solvencia, y sus necesidades, no ha redundado en una operación más segura de los bancos, más bien les ha facilitado la coordinación, les ha permitido conocer el máximo de la disposición a pagar

del deudor para mantener la tasa en niveles no competitivos, aún sin romper el precio monopólico para ciertos sectores de población y, conocer el nivel de flexibilidad en la necesidad de crédito, permitiéndoles mantener cautivos de tasas y comisiones francamente monopólicas a clientes cuya demanda es inflexible. Este intercambio de información sensible les permite atrincherar grandes concentraciones de poder de mercado aún a disgusto de los consumidores del crédito.

Los bancos en el sector de financiamiento a negocios, cuentan con una ventaja inigualable, conocen los estados contables de las empresas, información a través de la cual pueden perpetuar las rentas monopólicas, el banco que ya sabe si la empresa es solvente o no domina el limitado acceso de los demás bancos, induce al candidato deudor a mantener operaciones con un mismo banco generalmente atando a los créditos a la industria créditos y productos bancarios accesorios, el banco solo otorgara créditos a negocios altamente rentables ya establecidos y, de los cuales ya tiene información, no proveerá de crédito a nuevos entrantes con facilidad, al no serle este un negocio tan rentable. El crédito a negocios ya establecidos resulta atractivo solamente cuando estos negocios solicitantes de crédito cuentan ya con poder de mercado, ya que esto les permite obtener renta segura a tasas de interés que ellos fijan y, les permiten participar del poder de mercado que tiene el solicitante del crédito a cambio de liquidez inmediata, a su vez suelen buscar atar las operaciones de estas empresas por las dos vías, captar sus depósitos de nómina y ofrecerles financiamiento haciendo a sus acreedores deudores de la misma institución, por tanto el negocio menos atractivo para la banca es el financiamiento de nuevas pequeñas y medianas industrias que, no detentan un poder de mercado que le redunde en rentas monopólicas sobre las cuales constituir créditos.

El conocimiento de información exclusiva, permite al banco marcar la pauta del otorgamiento de crédito ya que, aún cuando una institución financiera en aras de llevarse a un buen cliente de crédito, ofrece mejores términos y los aceptara el deudor potencial, lo más que puede ocurrir es que el banco original ya no considere solvente al deudor, y traspase un mal negocio al rival, este esquema suele facilitar el atrincheramiento de poder de mercado, que hoy en día constituye un oligopolio descarado donde cinco instituciones financieras concentran el 80%, de la participación en el mercado financiero y son las que deciden sobre el financiamiento de inversiones.

Hoy en día, persiste la colusión en el sistema financiero mexicano y su ineficiencia, opera en base a una regulación poco clara, y aplicada de manera poco uniforme, parece fortalecer las ventajas de las instituciones integradas y de mayor tamaño no importando si son eficientes o no, evita atacar la ineficiencia asignativa y distributiva que su coludida operación provoca y no establece parámetros francos que obliguen a actuar a los agentes económicos del sistema financiero de una manera independiente.

No se puede decir que cuente con un marco regulatorio que favorezca la seguridad de los depósitos y, sin embargo ya se le integraron los servicios de administradoras para fondos de retiro, es decir a instituciones que no reconocen la derivación de objetivos sociales a partir de su actividad particular, se les encomienda la administración de fondos de



seguridad social, se pone la seguridad social en manos de un sistema financiero con poca competencia, poco regulados, en un mercado de baja sustituibilidad por lo heterogéneo de los servicios y de poca flexibilidad oferta y demanda.

En el sector financiero a partir de la creación de la Comisión Federal de Competencia Económica se han realizado un total de 278 operaciones de fusión en poco más de una década. 278 fusiones para una banca que empezó con dieciocho bancos, de los que cinco concentran actualmente el 80% de mercado, por supuesto se trata de integraciones verticales con emisoras de acciones, casas de bolsa, cadenas de intercambio de divisas, afianzadoras, etc. Esto simboliza una mayor integración de la actividad financiera con el sistema bancario que de por si se concentra en pocas manos.

A esto debemos sumarle, cerca de cien denuncias por prácticas monopólicas relativas y absolutas acumuladas en menos de una década de la operación de la banca en manos de la iniciativa privada, denuncias que se han incrementado en los últimos años si consideramos que durante el primer año la CFCE registro solo 7 denuncias y la última oleada de fusiones que termino de concentrar el mercado se dio en el año 2001.

En las fusiones de 1996, 1998 y 2001 se dieron diversos cambios accionarios y concentraciones entre los que se cuentan: la adquisición del 55% del capital de Inverlat por Nova Scotia Bank, por su parte BBV entró en el mercado bancario comprando dos bancos uno de cobertura regional Banco de Oriente y otro, de cobertura nacional Banca Cremi, posteriormente adquiriría uno de los tres bancos que, antes de la privatización participaban del 63% del mercado, mientras tanto Bancomer adquiriría durante la primera etapa de concentraciones porcentajes de los paquetes accionarios de Promex, Bital adquiriría Banco del Atlántico. Se daba la entrada de Grupo City Bank comprando inicialmente participación en los paquetes accionarios de Confía y Banorte, Grupo HSBC hizo su entrada en el mercado bancario mexicano comprando Banca Serfin, Serfin en ese momento era la tercera institución bancaria de cobertura nacional en importancia en el mercado nacional.

En la última corriente de concentraciones, habiendo pasado la emergencia de capitalización del 94 la Comisión permite la adquisición de Bancomer por BBVA, dándole acceso a grupo BBV a uno de los bancos de mayor captación de mercado, haciendo notar que Grupo City Bank, tiene a su vez participación en grupo BBV. Esto le permitiría sobre pasar al primer agente en el mercado de depósitos de exigibilidad inmediata Banamex contrario a, la ficción que se construyó la CFCE para aprobar la fusión, esta concentración si tenía efectos significativos al menos en uno de los servicios fundamentales de banca múltiple, concentrando la captación de depósito de exigibilidad inmediata, y haciendo a la entidad fusionada participante de al menos el 50% de la captación de estos depósitos, sabiendo que, el banco que capta primero el depósito suele mantener la relación comercial en el mercado para derivarla en otros servicios, al menos el 5% de los demandantes de servicios de depósito de disponibilidad inmediata verían reducidas sus opciones en un 50%. La Comisión no obstante esta concentración de impacto evidente, dio su autorización sin limitante alguna, bajo el pretexto de seguir

apoyando la capitalización de los bancos y, sin revisar la calidad en cuanto a seguridad y rendimiento, en el servicio que mantendría la entidad fusionada, permitiéndole volver a sacrificar dicha calidad en el servicio en aras de incrementar su 50% de participación en dichos depósitos.

La Comisión consideró que, dicha fusión solo afectaba significativamente al 5% de los demandantes del servicio de depósito de exigibilidad inmediata, no considero la trascendencia de la primera penetración para incrementar poder de mercado. Tampoco salvaguardo la competencia en ese mercado, no dicto medida alguna para fomentarla y permite a la fusionante el mantener cautivo al menos a ese 5% de los demandantes del servicio, interpretando un elemento que no esta en la Ley que es el número de consumidores o agentes económicos dañados, la Ley no exige un número mínimo de consumidores dañados, la Ley en cuanto a fusiones es profiláctica y exige la consideración de la posibilidad de concentrar el mercado, coordinarlo y cristalizar conductas anticompetitivas, se pierde de vista el carácter preventivo de las disposiciones en materia de fusiones y a su vez se permite una fusión en base a una regla *de minimis* que, no esta expresada en la legislación. De facto en materia práctica establece este criterio que, una fusión es permisible aún cuando, tenga efectos significativos en la simple y numérica participación de mercado, sobrepase los límites teórico prácticos indebidamente no establecidos en la Ley, siempre que no afecte más del 5% de los consumidores.

A esto debemos sumar que, la Comisión no cuenta con medidas cautelares ni conductuales que le permitan evitar que se consume el daño a la competencia ni esta facultada para emitir actos de molestia consistentes en sondear, requerir información y vigilar de cerca la operación en el mercado del ente resultante de la fusión.

La Comisión solo analizó el 5% del mercado que sufriría una concentración mayor al 50% del servicio mientras que, deja de considerar que al menos en el 10% de las localidades donde actuaría BBVA se concentraría al menos el 45% del poder de mercado.

Otro efecto evidente de esta segunda ola de fusiones fue, la concentración en el manejo de Afores, aún cuando la Comisión se opuso en la práctica a que un grupo participara en más de una afore y condiciono a las actuantes a enajenar la participación de BBVA en Profuturo, en los tiempos en que se materializó la fusión existían problemas de asimetría de la información en el mercado de las Afore hacia los beneficiarios los cuales no sabían evaluar los beneficios y las diferencias entre afore y afore, de hecho muchos de los trabajadores ni siquiera sabían en que Afore estaban y no, tenían un manejo directo de su cuenta, se traspasó y se enajeno Profuturo como negociación pero no se verifico que se enajenara su cartera de cuenta habientes de Afore, las Afore estaban acreditadas para mover la cuenta del beneficiario y sus inversiones para asegurar la administración de la misma. A esto habría que aumentar que, en dicho momento de operación de la figura Afore un cambio de administradora promovido por el beneficiario implicaba numerosas transacciones especializadas que, el beneficiario desconocida, razón por la cual fue fácil para la Afore BBV, el convencer a los beneficiarios de Profuturo, el firmarles

consentimientos para realizar los cambios de cuenta y pasarlos a afore BBV.

A raíz de estas fusiones, se concentraron en dos instituciones el 70% del crédito al consumo y el 34% de las Afores manejadas por las entidades bancarias, ofreciendo al cuenta-habiente servicios integrados, esta otra fusión del agente más grande del mercado que tenía como efecto la concentración del crédito al consumo en dos entidades al 70% fue también supeditada únicamente a la venta de Afore Banamex Aegon, sin embargo esta condicionante se solventó de la misma manera que la venta de Profuturo.

Indebidamente, en estas fusiones se desconoce por una parte el sentido preventivo de la norma y se extiende su posibilidad de atener a efectos especulativos de eficiencia futura, de manera ilimitada y contraria al espíritu de la Ley haciendo una indebida interpretación extensiva por una entidad administrativa que considera que los efectos probables de una fusión que, de facto concentra el 70 y 50% de dos mercados integrados respectivamente, podrían no ser tan importantes especulando una eficiencia resultante de la apertura de los servicios financieros por TLCAN, que en realidad no marcó gran diferencia.

Se olvida la Comisión de que la norma de fusión es profiláctica y se establece en sentido preventivo esto implica que, se establece para estudiar efectos anticompetitivos probables o factibles de suceder o facilitarse a través de la concentración de poder de mercado, sin embargo esta facultad de especular con los efectos es solo para analizar los riesgos competitivos y la extiende indebidamente a las eficiencias imputables, las cuales por seguridad del proceso competitivo, tendrían que ser tangibles, realizables, significativas, presentes y traspasables al mercado o al proceso competitivo, no se puede especular con la posible realización de eficiencias, se deben evaluar solo las eficiencias tangibles y reales.

Subestimó que, a través de la última fusión Grupo Banamex y Bancomer representarían el 72% de la oferta disponible de crédito a consumo, permitiéndoles fijar las tasas, comisiones e intereses, posición que distorsiona profundamente el mercado no obstante las eficiencias que la Comisión especulo se derivarían a raíz del TLCAN ya que, el mercado de tarjetas de crédito es un mercado de difícil penetración, no se trata de evaluar cuantos bancos emiten tarjetas, nuevamente se ha olvidado de evaluar la intensidad de la competencia, cuantas ofertas realmente independientes existen en un mercado que se signifiquen en competencia en comisiones, plazos de pago, intereses, tasas y que permitan diversificar el consumo realizado con el crédito. Se olvidó de que, el mercado no depende de cuantos emisores de tarjetas de crédito hay, sino de cuantas posibilidades independientes y distintas hay, de que tan sensibles son esos emisores, de las condiciones de oferta y demanda, de cuantos comercios están dispuestos a aceptar tarjetas distintas a las dos dominantes en el mercado, de evaluar que tanta competencia hay en las comisiones que dichos bancos pagan a los comercios por aceptar sus tarjetas, la cobertura y aceptación en dichos locales y, el pago de servicios que tienen, la percepción del consumidor y su penetración en ciertos mercados que se consideran asegurados para ciertas instituciones de crédito, a través de los diversos contratos de exclusividad, como el de la venta de boletos para espectáculos y deportes.

El crédito al consumo, es un método de financiamiento tan importante que representa el 5% del PIB, mediante estas fusiones se permitió que el 5% de el PIB mexicano fuera manejado por solo cinco grupos financieros, y de ese 5% el 72%, o sea algo más del 3% del PIB, esta en manos de solo dos instituciones de crédito Banamex y Bancomer.

A su vez, la concentración de mercado se ha reflejado en coordinación de posturas para la subasta de CETES, varios bancos y casas de bolsa se coordinaron turnándose las ofertas para adquirir los CETES, lo que les permitió adquirirlos a tasas de descuento provocadas por condiciones anticompetitivas al ser el sistema financiero mexicano, el único consumidor de estos valores y estar este sistema concentrado en cinco grupos la coordinación en base al poder de consumo para adquirir los CETES a tasas de descuento preferenciales, los agentes del sistema financiero prácticamente decidían a que precio adquirirían el CETE, este resulta un caso interesante de poder monopsonio en el mercado de valores, evidentemente la palabra monopsonio no fue mencionada durante la investigación. Sin embargo este caso implica la prueba de que en mercados altamente concentrados, se reduce el número de empresas que acuden al mismo a adquirir insumos, en este caso instrumentos financieros, al ser menos los agentes económicos que acuden al mercado el poder de consumo se concentra provocando poder monopsonio.

Esta conducta derivó en multas bastante bajas y cuya recaudación y se dio durante una licitación pública infligiéndole daño al Estado, ya que, le impidió encontrar una oferta real, independiente y competitiva para los bienes que vendió, conducta que no parece recibir suficiente sanción a través de multas.

En cuanto al crédito al consumo, la Comisión ha declarado que:

“Algunas acciones paralelas de diversos bancos, han propiciado la presentación de denuncias. El artículo 5 del Reglamento y la experiencia de la Comisión, reconocen la posibilidad de que los vínculos funcionales entre agentes económicos faciliten la realización de prácticas monopólicas absolutas. Sobre estas bases y tomando en cuenta otros elementos aportados por los denunciantes, en 1998 se publicó el inicio de cuatro investigaciones sobre prácticas monopólicas absolutas y relativas en los mercados bancarios.”<sup>32</sup>

Sin embargo, las investigaciones de paralelismo ya sean relacionadas con prácticas absolutas o relativas no han desincentivado la coordinación citada, muchas de ellas se quedaron en recomendaciones al sistema financiero y, las pocas que derivaron en multas hasta la fecha son multas endebles que siguen litigándose.

El mercado del crédito al consumo a través de las tarjetas de crédito, es un mercado de

<sup>32</sup> PEREDO, Rivera Amílcar. *Vid supra n.41*, p.182.

redes, donde solo existen dos proveedores de dichas redes *Visa* y *Master Card* proveedores, a los que los emisores de tarjetas de crédito requieren tener acceso para ser una opción viable, el desarrollo de una red propia es excesivamente caro y las ventajas de su operación altamente inestables, se trata de mercados de prestigio a través de los cuales se puede tener acceso a la intercambiabilidad del crédito internacional o, sin los cuales será difícil colocar el producto tarjeta de crédito fuera de una cierta localidad o un reducido grupo de comerciantes que conocen el producto o al emisor y están dispuestos a aceptarlo como medio de pago.

En México, las redes de pago también se encuentran altamente sensibles a prácticas anticompetitivas y ejercicio de poder económico por parte de los dos emisores más grandes de crédito personal, presiones que pueden boicotear el acceso de competidores a dichas redes, no existe una distinción clara entre la conducta del banco afiliador, el sistema de pago y el banco emisor, de hecho esta falta de distinción parece indicar una falta de independencia entre ellos. El emisor que no tiene acceso a estas redes, verá rechazada la aceptación de su crédito en la mayor parte de los establecimientos y, por los prestadores de servicios en general, así ha sucedido sistemáticamente con American Express que ha visto reducida su aceptación en varios comercios al no ser parte de la red Master Card o Visa, redes que de *facto* celebran convenios de exclusividad con cadenas enteras de productores, distribuidores y prestadores de servicios, que implementan el convenio a través de sus filiales en cada país, comprometiéndose a realizar transacciones solo con tarjetas pertenecientes al sistema Visa o Master Card, impidiéndoles a los establecimientos aceptar el pago con AMMEX.

Varias prácticas parecen gestarse desde las posturas que detenta y expone la Asociación de Bancos de México, se trata de una de las Cámaras empresariales sobre cuya conducta existen menos investigaciones abiertas en el país. De hecho fue desde la ABM que se gestó un acuerdo sobre plataformas de intercambiabilidad, ya que se avaló el acuerdo a que dicha asociación llegó, tendiendo a asentar términos estándares en que operarían las plataformas en que estos participarían, razón por la cual, no existe competencia a nivel de plataformas de intercambio, dichos acuerdos a nivel plataforma, sirven como facilitadores de la Colusión.

La afiliación de establecimientos, las cuotas y términos de pago a los mismos por la aceptación de tarjeta así como los términos para la compensación de pagarés fueron durante mucho tiempo fijados a través de las cámaras, al principio de la operación de la banca privada en el crédito se llegó al acuerdo de que la Comisión por el uso del crédito pertenecía al banco emisor de la tarjeta y el banco donde el establecimiento depositaba sus pagarés no recibía remuneración alguna, así se propició el cautiverio de varios establecimientos que solo aceptaban tarjetas del banco donde tenían sus cuentas.

Los bancos comenzaron una cruzada para desincentivar el pago con efectivo, utilizando su poder económico como entes de financiamiento, como administradores de las cuentas de depósito de los establecimientos y como emisores de crédito al consumo, para prohibir a los comercios el otorgar descuentos a clientes que pagarán con efectivo. La Comisión no

sancionó estas conductas aunque tenía evidencia de la coordinación que imperaba en el mercado, simplemente suscribió un convenio que en muchos puntos aún no se implementa para sujetar a los bancos a que en un plazo de seis meses, eliminaran las cláusulas de los contratos de afiliación a los establecimientos que les impedían ofrecer descuentos al pago en efectivo. Este convenio atacaba un solo y aislado efecto de la coordinación, de hecho debió sancionarse y no permitirles a los infractores llegar a un convenio ya que, se trata de una fijación de precios a través de prohibir el uso de otra forma de pago, la forma de pago tanto en Canadá como en Estados Unidos es parte del elemento precio, el convenio les permitía mantener la conducta seis meses más, una conducta ilícita desde el origen, por lo que hace al paralelismo en las comisiones de los establecimientos afiliados y a los particulares sujeto de crédito la Comisión se contentó con que se eliminara del texto de los pagares la información concerniente a la Comisión cobrada a los establecimientos, les dio un año para la simple eliminación de la leyenda que obviamente no fecundó ni aporó avances significativos para atomizar la concentración del mercado en la aceptación del crédito al consumo<sup>33</sup>.

Si se quiere ver desde la perspectiva contraria, el tibio convenio que referimos le permitió a los bancos emisores seguir boicoteando por seis meses más en 1995, el pago con efectivo, su rival en cuanto a modalidad de pago más significativo, así se invirtió la tendencia hasta llegar a nuestros días donde el rival al pago con crédito al consumo a través de tarjeta de crédito es la tarjeta de débito, que al inicio de la tendencia pertenecía también al banco emisor.

Se ha tolerado a costa del bienestar del consumidor la manutención de comisiones y tasas en zonas grises de precio y la concentración del 72% de la oferta del crédito personal, así mismo se desconoció el monopsonio incurrido en perjuicio al Estado en la intermediación de CETES en el mercado bursátil. El capital extranjero inyectado a la banca mexicana aún a costa de traspasar los umbrales de concentración prohibidos por la LFCE, no vino a inyectarle intensidad a la competencia en el sector, se limitó a capitalizar y obtener participación en los bancos más importantes que ya acaparaban el mercado y a mantener la coordinación del mismo, ninguno de los bancos regionales o de menor participación en el mercado se vio beneficiado por la entrada del capital internacional, bancos regionales desaparecieron o se fusionaron para no caer en negocios ruinosos con las bancas de cobertura nacional. Ninguna parte del capital extranjero se tradujo en la entrada de nuevos entrantes independientes significativos que modificaran la estructura coordinada del mercado, tampoco ninguno de estos bancos resultado de fusiones y adiciones de capital extranjero pueden considerarse firmas Maverick como detallaremos más adelante.

Tal vez el único agente económico en el mercado bancario que pudiera reunir algunas de las características de la empresa Maverick, es Banorte, sin embargo la influencia de su conducta un poco más independiente que el resto de las instituciones, aún se ve muy limitada al no poder quebrantar con sus estrategias los nichos de reputación existentes, ni romper los convenios de exclusividad que permiten a bancos de mayor tamaño tener

33

Comisión Federal de Competencia. *Vid supra* n.59, p.340

acceso exclusivo como forma de pago de algunos eventos y servicios.

La ineficiencia del sector bancario se expande a todo el sector económico mexicano al existir poco y caro acceso al crédito, esto desincentiva la concurrencia al mercado, al no contar con opciones viables de financiamiento, así la generación de empleos se ve frenada por el monopolio del financiamiento de inversiones, en manos de cinco grupos empresariales. El rédito de las instituciones bancarias se obtiene casi en su totalidad de las comisiones e intereses cobradas al crédito personal y, de los réditos que se le cobra al Estado por los créditos concedidos, así la competencia en campos diversos se ha desincentivado y el sistema bancario obtiene sus ganancias a costa de dos tipos de consumidores cautivos, la personas físicas solicitantes de crédito personal y el Estado.

Cabe señalar que, todas las fusiones fueron permitidas atendiendo únicamente al IHH que representaban, es decir al cuadrado de sus participaciones de mercado y aunque también en este índice se traspasaron los umbrales permisibles de concentración, las fusiones fueron aprobadas, la autoridad no ha decidido, aplicar accesoriamente un índice relativo, como pudiera ser el del Lerner para medir los cambios en los niveles de eficiencias de los bancos emisores de tarjetas. Ahora bien, tampoco se han desarrollado en México índices por mercado o actividad industrial tendientes a medir la intensidad de la competencia.

Debido a la diversificación histórica del crédito a nivel mundial, esta industria muestra una peculiaridad, el número de emisores de crédito no es lo suficientemente relevante para provocar pérdidas entre ellos, al poder diversificar y segmentar el mercado financiero de una manera determinante, la entrada de nuevos emisores no necesariamente se traduce en competencia. Se deben considerar otros factores como la disponibilidad y costo de la información para el consumidor y el hecho de que, no obstante dicha disponibilidad el crédito es un mercado de servicios experiencia, en virtud de dicha diversificación entre los distintos tipos de crédito personal, el banco como acreedor muestra una pendiente de demanda negativa, en virtud de que la movilidad de los tarjeta habientes se dificulta. A esto hay que sumar la correlación entre el mercado de emisión de crédito, estaba controlado en 70% por dos instituciones financieras y el mercado de depósitos de exigibilidad inmediata mostraba que, 50% de los depósitos son captados por una de las dos entidades que también detentan el 70% del mercado de la emisión de crédito y ,consideramos que la correlación entre estos dos servicios asegura que el 65% de los usuarios de uno requerirán el segundo con el mismo banco, nos da un mercado atado al crédito que provoca pérdida de bienestar, *dead weight loss*, pérdida que el gobierno mexicano no considera y contra la que no se han tomado medidas, a la larga esta pérdida tiene gran peso sobre el PIB nacional, al no incentivar la diversificación y multiplicación de las opciones de la industria nacional.

Así nada impide que, aún sobre las tasas de interés de referencia internacional se cobre una tasa en promedio 30% más alta en México<sup>34</sup>, y que dicho interés se capitalice para causar otro sobre interés que se encuentra fuera de rango competitivo incrementando el impacto de la actuación oligopólica de las emisoras de crédito.

---

<sup>34</sup> *Idem* p.350.

**Telecomunicaciones.** Este sector ha mostrado grandes fallas de mercado, ya sea que se analice la fallida venta de Telmex, el poco control de las concesiones en televisión, se evidencie la presencia de un regulador sectorial atrapado o el impacto de la nueva Ley de Telecomunicaciones y la limitación en el acceso al espectro radiofónico.

Analizar la venta de TELMEX, resulta una importante lección para el regulador mexicano sobre el problema de vender una industria completamente integrada, más en un mercado de redes, al vender la paraestatal se vendió en un solo paquete la prestadora de servicios telefónicos de larga distancia, la de telefonía local, el uso y administración de las redes, así como las pequeñas compañías encargadas de elaborar refacciones de componentes telefónicos es decir, se vendió una industria completa ya que no existían competidores y todo el cableado nacional era propiedad de TELMEX, a su vez dicha venta tampoco se hizo contra ingresos netos a las arcas estatales, la paraestatal también fue comprada mediante deuda a plazos, a ciencia cierta fue pagada durante 10 años a plazos.

Si bien es una empresa que, no tuvo que ser rescatada posteriormente, y su operación privada se ha traducido en una mayor eficiencia en cuanto a cobertura de los servicios, ya que su espectro aumentó en 60%, también es cierto que no ha dado lugar a eficiencias económicas de costo que se traspasen al consumidor y que la integración de la misma hizo que gozara de una posición privilegiada que le permite no solo cobrar una renta monopólica fija de los consumidores sino que, le permitió por muchos años cerrar el acceso a las redes, ya que ella denegaba y discriminaba en el acceso a las mismas, aún cuando dicha conducta ha sido varias veces investigada y condenada por la Comisión y los tribunales, el ser el administrador de la red le permite determinar quien accesa a la misma cobrarle un sobre costo por el uso y así mantener altas las tarifas de la competencia, ante la inviable posibilidad de desarrollar nuevo cableado sobre territorio nacional, si bien es cierto que el acceso a la red es ahora mucho más abierto que, durante los primeros diez años de la privatización de Telmex, también lo es que dicha apertura se da gracias a la innovación tecnológica que permite cada vez con mayor amplitud la prestación del servicio telefónico sin la necesidad de utilizar la red de cableado ya sea por ondas de transmisión o mediante satélites.

En México, la mayor parte de los consumidores de telefonía local dependen de la red, y cabe anotar que aún no se han tomado acciones para evaluar el poder de mercado de Telmex sobre los insumos necesarios para la reparación de las redes, se vendió un monopolio público para patentar un monopolio privado de tal manera que, durante los primeros años de la Comisión el 90% de las sanciones impuestas se refirieron a la actuación de Telmex.

En el Sector se realizaron reformas encaminadas a evitar la denegación de acceso a las redes, entre ellas la revocación de concesiones para quien niegue la interconexión sin causa justificada a otros concesionarios, el elemento causa justificada quedó en amplia ambigüedad y dicho precepto, no ha sido suficiente para evitar que el acceso se otorgue sobre bases discriminatorias o que derivado de dicho acceso se beneficie a un competidor



a costa de otros agentes de mercado. A más de quince años de la privatización de Telmex, las discriminaciones en la interconexión de servicios telefónicos y radiales siguen significando un reto importante, el mismo sigue plagado de discriminaciones, perdiendo de vista el aspecto que señalábamos en el capítulo anterior, sobre el hecho de que, el beneficio y el vehículo para implantar una práctica anti competitiva no siempre puede relacionarse de manera directa con costos, precios y beneficios cuantificables a corto plazo, no todas las aristas se manifiestan sobre la variante única precio, un acceso interrumpido constantemente, inoportuno o en condiciones desfavorables puede ser aún más desastroso que un acceso con un sobre costo alto pagado al competidor.

La aplicación tanto de las leyes de telecomunicaciones como de competencia por parte de la COFETEL, ha sido débil y poco oportuna, lo que ha permitido que, en el mercado se perpetúen prácticas anticompetitivas lesionantes a los competidores y a los usuarios perpetrándose condiciones de prestación de servicios poco innovadoras y tarifas grises cargadas a los usuarios; aunque a partir del 11 de Agosto de 1996 a través de acuerdos se establece que todas las redes de telefonía deben permitir la interconexión de otras, esto no ha sido plenamente posible, apenas hace unos años a los usuarios de distintas compañías telefónicas les era imposible comunicarse con otros usuarios de otras compañías a nivel local, esto es ya que las obligaciones de interconexión fueron constantemente litigadas por Telmex, obteniendo suspensiones a las mismas por largo tiempo y materializando molestias a los usuarios de servicios competidores, los cuales contaban con un servicio aislado y poco frecuente que no les ofrecía plusvalía, razón por la cual y para evitar molestias o falta de oportunidad en la prestación de los servicios terminaban volviendo a la red de Telmex, a la que se encuentran conectados la mayor parte de los usuarios, debido a las ventajas agregadas en cuanto a cobertura y operación.

A esto se debe sumar la lentitud con la que se consiguió la interconexión de los servicios de telefonía celular con los servicios de comunicación radial, que en promedio tardó 10 años y, esto sin ahondar en los problemas de interconexión y movilidad en el servicio de telefonía local.

En resumen, la operación competitiva del mercado de telefonía ha tardado cerca de veinte años y aún no se traduce en tarifas y condiciones de prestación de servicio competitivas para consumidor final, es un mercado que aún actúa con paralelismos marcados y mantiene sus tarifas y servicios en una zona gris, no rompiendo aún el límite monopólico, pero lejos de un margen competitivo, prueba de ello es el hecho de que los mexicanos, de todos los nacionales de países miembros de la OCDE, somos los que más pagamos por un servicio de telefonía, aún no totalmente conectado y sin eficiencia asignativa o de innovación. La aún inconstante interconexión de usuarios se ha logrado a través de veinte años de litigio y reformas de segunda generación incompletas, sin que hayamos logrado llevar a las prestadoras de servicios telefónicos a competir sobre bases de precio, valor agregado, calidad o innovación en los servicios, dichas ineficiencias, producto de una privatización mal estructurada donde se vende un monopolio sin hacer la debida separación funcional y no se garantiza la independencia de los competidores.

El mero aumento de la cobertura de los servicios para mantener más consumidores atrapados y sin opción, no es una eficiencia suficiente, Telmex no enfrenta competencia en muchas de las zonas menos densamente pobladas del país, debido a que el acceso de sus competidores a la prestación de servicios en dichas áreas, resulta más costoso en inversión inicial que las ganancias que puede derivar.

El buscar desagregar las funciones después de la venta de Telmex ha sido una batalla constante y poco fructífera, una vez vendido un monopolio funcional integrado, el ente que seguirá adquiriendo poder de mercado ejercerá este para oponerse a la regulación que busque normar su conducta.

Aún con la obligación de permitir la interconexión, Telmex tiene la facultad de modificar segmentar o ampliar las redes telefónicas, facultad que no ha sido restringida de manera eficiente y que, deriva en costos y tarifas artificiales. En general la Comisión solo ha estudiado la posición dominante de Telmex en los siguientes mercados:

- a) Servicio de telefonía básica local.
- b) Acceso.
- c) Larga distancia nacional.
- d) Transporte interurbano.
- e) Larga distancia internacional.

Ha realizado pocos estudios sobre el papel dominante de Telmex en los siguientes mercados:

- a) Mantenimiento de redes.
- b) Prestación del servicio de telefonía pública en casetas.
- c) Producción de cables de cobre, refacciones y demás insumos necesarios para la telefonía por cable.
- d) Internet. Cabe recordar que, no solo las compañías telefónicas deben pagar a Telmex por el uso de la red, las compañías de Internet por cable también pagan dicho acceso a la red con lo cual Telmex, obtiene una ventaja nuevamente, elevando los sobre-costos de su competencia y asegurándose de que estos no puedan ofrecer precios más bajos so pena de caer en un negocio ruinoso, mientras que, en el servicio de Internet de Telmex, no es necesario pagar las llamadas telefónicas registradas para el acceso a la red, esto le permitió por mucho tiempo apalancar los costos de su sistema de Internet.
- e) Transporte regional y operación en poblaciones de menor densidad de habitantes.

Independientemente de que se logre una interconexión total de usuarios, esto no significa que esta se determine sobre bases de operación neutra ya que, al haber vendido la empresa funcionalmente integrada, se obliga siempre a la competencia a tratar sus condiciones de acceso e interconexión con el ente dominante del mercado. A diferencia de las privatizaciones que, en el mundo se han realizado bajo separación funcional, donde todos los prestadores del servicio de telefonía deben acordar su acceso con una empresa no competidora a nivel horizontal o una empresa en la que todos los participantes tienen

cierta porción accionaria y representación en la mesa directiva, con independencia a las empresas de telefonía final a las que prestará el acceso a redes. Otro servicio que se vendió integrado y que ha operado como monopolio privado, es el referente al la medición de uso del servicio, en el cual existe poca transparencia.

Así al día de hoy México, es el tercer país en gasto mensual en comunicaciones, el gasto en telecomunicación representa gran parte del ingreso de sus habitantes, último lugar en acceso a comunicaciones, penúltimo lugar en acceso a servicios de banda ancha que pudieran ayudar en la desagregación del bucle telefónico, penúltimo lugar en velocidad de descarga de datos por Internet. Como vemos, existen deficiencias tanto asignativo consuntivas, como de oportunidades en la materia, deficiencias en cuanto a la innovación tecnológica, la calidad y los precios de los productos, el problema va más allá de medir la competencia en cuanto a las tarifas de acceso a redes<sup>35</sup>.

Un problema en el sector de las telecomunicaciones, especialmente en lo tocante a medios de comunicación es que el regulador sectorial, la SCT se limita a sondear la conducta de los participantes de mercado cuando tienen alguna fusión planeada y, aún en estos casos su conocimiento es limitado ya que, en un desplegado de mal criterio jurídico, tiende a juzgar de manera distinta las adquisiciones entre agentes económicos y las cesiones de derechos, cuando lo importante no es a través de que figura se de la concentración de los activos, sino el poder de mercado y el impacto en la intensidad de la competencia que la operación significa, aunque en la mera cesión de derechos o autorizaciones para operar una concesión no se concentren activos ni partes sociales, tanto la SCT como la CFCE deben analizar la operación y autorizarla o denegarla por el riesgo que representa para la competencia, las facultades de la SCT como regulador sectorial y las de la Comisión como organismo investigador de la competencia, no deben entenderse como limitadas al estudio del impacto de la conducta, cuando mediante esta se sumen o concentren activos o partes sociales, sino como una facultad para sondear el impacto en el mercado de la adquisición de mayor participación cualquiera que sea la forma que esta tome, por parte de unos pocos agentes.

En el campo de servicios de televisión, por mucho tiempo fue común la práctica de la SCT de otorgar concesiones exclusivas para que solo una televisora estuviera presente en determinados mercados regionales, y aunque a partir de el año 2000 se considera que no existen barreras legislativas a la entrada, el concesionario entrante se encuentra con un mercado de redes y tendencias dominado por dos grupos empresariales capaces de presionar al legislador para establecer barreras o aprovechar su posición para dañar a los competidores.

Se trata de un mercado donde se ha permitido a través de fusiones y adquisiciones una alta

---

<sup>35</sup> MUÑOZ Jorge. Estadísticas en Telecomunicaciones de la OCDE. [en línea], México, Centro de Investigación e Innovación en Telecomunicaciones A.C., noviembre 2007, [citado 24-08-2008], Boletín CINIT. Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://www.cinit.org.mx/noticia.php?IdNoticia=195>

concentración y existe poca independencia entre los agentes económicos. En los Reglamentos del Servicio de Televisión y Audio Restringido, no se contemplan medidas para regular el poder de mercado de las dos empresas dominantes ya que, se pensó que con un acceso libre de barreras legislativas bastaría aún en los mercados donde solo existía un prestador del servicio para que la competencia potencial normara la conducta de ese prestador de servicios<sup>36</sup>, sin embargo cuando el prestador sabe que tiene el suficiente poder de mercado para imponer suficientes barreras de entrada al mercado esa mera amenaza no es suficiente para promover una competencia intensiva en el sector.

El ejercicio de poder de mercado, dentro de los medios de comunicación a grado tal que atrapen a sus reguladores resulta excesivamente peligroso para la vida democrática de un país así, durante mucho tiempo en México pudo observarse la actuación monopólica de las dos principales televisoras, las cuales en cuanto se ven molestadas en su posición hegemónica por regulación alguna que quisiera limitar su conducta, respondían con ataques a sus propios reguladores ante la opinión pública, o con la restricción de acceso a la información proporcionada por dichos reguladores, provocando un sesgo en la información y manipulando uno de sus principales productos, la opinión pública.

A su vez el acceso a la programación de televisión abierta, por parte de competidores de estas dos cadenas en el sistema de televisión de circuito cerrado, ha sido históricamente dado de manera discriminatoria, la experiencia ha probado que, no resulta atractivo contar con un sistema de cable, que no tenga acceso a los canales de televisión abierta integrados, razón por la cual las nuevas operadora de cable se ven obligadas a adquirir de su competencia la señal de televisión abierta, adquisición que se da en términos discriminatorios aumentando los sobre-costos de la competencia cuando no se realiza de manera atada. Así Televisa ataba a la adquisición de sus canales de televisión abierta principales, la adquisición de B.I.S.A.T., que contiene sus canales de televisión abierta de menor audiencia, aun hoy en día es imposible adquirir la señal de cada canal, de comprarse la señal abierta de Televisa se tiene que pagar el costo por la recepción de señal tanto de canal 2, 5 y 9 junto con el canal 4 de menor audiencia, esto es, obliga a los interesados a comprar todas las señales de transmisión de uno de sus satélites, cuando las mismas señales no tienen por que venderse en paquete y a través de esta practica de venta atada se le permite a la televisora apalancar sus canales y aumentar los sobre-costos de sus competidores en el servicio de televisión por cable.

Se trata de un mercado que, además de concentrado a través de la tecnología se vuelve cada vez más complementario, permitiendo la recepción de señales de televisión para la telefonía celular, la prestación de servicios de Internet a través de empresas de televisión por cable, posibilidades que se ven acaparadas por las dos únicas opciones en México que, no se limitan a la televisión, en radio Televisa posee al menos participación en 17 de las estaciones del espectro mexicano.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> AGUILAR, Álvarez de Alba Javier, *vid supra* n.53. **La libre competencia**, p. 186

<sup>37</sup> GRUPO PRISA/TELEVISA **Emilio Azcárraga y Jesús de Polanco firman una alianza estratégica para el desarrollo de la radio en México.**[en línea], México, Televisa, " fecha de publicación desconocida", [ citado el 09-08-2008].Formato Html.

Además de ser propietaria del sistema Sky de televisión por cable tiene importante participación accionaria en sus competidoras, las cuales adquiere con la tolerancia de la Comisión, ya sea para operarlas o para sacarlas del juego como el caso de Mas TV, o Multivisión, o su operación sobre Cablevisión., en recientes fechas la Comisión autorizó mediante resolución a recurso de reconsideración, la compra por la cadena televisiva de otro competidor Cablemas, cadena que tiene más participación en ventas en ciertas regiones que Cablevisión, adquisición que, por supuesto tiene gran impacto en la intensidad de competencia del mercado de televisión por cable, pero es mayor su impacto en el mercado de publicidad televisiva, al perderse una opción independiente. La Comisión autorizó la operación, con la única condición de que vendiera los canales de televisión abierta a sus competidores, evitando caer en la denegación de trato, dejó de reparar en la cantidad de eventos deportivos que Televisa transmite de manera exclusiva a través de sus cadenas, en el hecho de que B.I.S.A.T se vende a costos inflados y en paquete<sup>38</sup>. Así mientras MVS tiene problemas con Televisa, Cablevisión y Sky dejan de comprar su programación infligiendo grandes pérdidas a MVS y siendo catalizador horizontal del poder de Televisa Holding.

Así el competidor de Televisa tiene acceso cada vez a menos sistemas de transmisión y por lo tanto resulta menos atractivo contratar tiempo aire en canales que no son vistos por la mayor parte de los sistemas de cable. La controversia que ha originado este boicot de las señales de MVS por los sistemas de cable donde participa Televisa se originó precisamente por la negativa de MVS a comprar el sistema B.I.S.A.T atado, ya que MVS está interesado solo en la adquisición de ciertos canales de televisión abierta del holding y no en adquirir todo el paquete, el cual encarece sus costos de operación con el pago de canales de baja audiencia que no son atractivos para MVS, a su vez esta conducta ocurre apenas pasados pocos días después de que a MVS se le otorgara una concesión para operar sistemas de televisión satelital que supondrían competencia con Sky<sup>39</sup>.

Cabe señalar que Televisa, no es solo la empresa líder en el oligopólico mundo de la televisión abierta y la radiodifusión mexicana, opera a su vez como líder en 21 mercados de televisión por cable, y sin importar el poder de mercado que ya detenta, la Comisión sigue autorizándole adquisiciones sin importar cuanto poder de mercado atrinchere a través de dichas adquisiciones. A través de la adquisición de Cablemas, Televisa se

---

Disponible en Internet en:

[http://www.esmas.com/televisa/images/upload/prisa-tv\\_conj\\_esp.pdf](http://www.esmas.com/televisa/images/upload/prisa-tv_conj_esp.pdf)

<sup>38</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. **Solo autorizará la CFC concentración Televisa – Cablemas, una vez que otorgue televisa acceso a sus contenidos.** [en línea], México, Comisión Federal de Competencia Económica, 16/07/2008, [citado 08-08-2008], Comunicados, Formato Html.

Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3609&Itemid=363](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=3609&Itemid=363)

<sup>39</sup> MEJÍA Guerrero Angelina. **Saca cablevisión canales de MVS.** [en línea], México, El Universal, 03-06-2008, [18-08-2008], El Universal En línea, Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://www.eluniversal.com.mx/finanzas/64652.Html>

convirtió en el único comercializador de paquetes de televisión de paga en 11 mercados regionales perfectamente identificados.

Cuantificando el ejercicio de dicho poder de mercado tenemos que Televisa es el único oferente de televisión de paga en las siguientes regiones:

Dentro de Chihuahua en los municipios de Camargo, Cuauhtémoc, Delicias y Meoqui; dentro de Hidalgo en Tepeji del Río y Tula de Allende; en Jalisco, en Lagos de Moreno y Ocotlán; en el Estado de México, en los municipios de Chimalhuacan y Los Reyes Acaquilpan; en Quintana Roo en las regiones de Chetumal y Mahahual; en Tamaulipas dentro de Ciudad Mante; en Veracruz las regiones de Minatitlán y Coatzintla; dentro de Baja California Tecate y Playa del Rosarito; en Guerrero, Iguala y Zumpango del Río<sup>40</sup>.

Nuevamente dentro de un mercado concentrado se permite aún más concentración para el organismo más grande, pasando por alto el incremento en participación de mercado que para Televisa significa la mera adquisición y reparando aún menos en la posición que coloca a Televisa como ente coordinador del mercado o embestido con el suficiente poder de mercado como para realizar en el mercado prácticas anticompetitivas al avalar la pérdida de opciones del consumidor en varias regiones del país queda en amplio entredicho el cumplimiento del mandato de la Comisión sobre la persecución del monopolio como atrincheramiento del poder de mercado.

Al discutir la resolución para dicho recurso de reconsideración, el Pleno de la Comisión se negó a sujetar la operación a la condición de establecer los mismos precios del servicio para las entidades donde Cablemas era la única opción o, donde los contenidos privados de Televisa no encontrasen más de un competidor.

Prueba del excesivo poder de mercado que detentan las dos principales cadenas televisivas del país, se dio durante la discusión de la llamada “Ley Televisa” cuyo nombre oficial es el de Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión, mediante las cuales se pretendió perpetuar vía legislativa, los bloqueos al acceso a concesiones para nuevos particulares, aumentando sus costos de operación y sobre costos de inversión, además de patentar legalmente la posibilidad de dichas cadenas de detentar un número, bastante importante de radiodifusoras y canales de distribución, sin tener necesidad de retribuir por el uso de un bien propiedad del Estado como lo es el espectro digital de frecuencia. Mientras permite dicha explotación de un bien público sin cargo para las cadenas de telecomunicación privada presentes en el mercado, se buscaba limitar la forma en que se otorgarán concesiones a nuevos entrantes, fortaleciendo el

---

<sup>40</sup> DR. DÍAZ L. Alejandro. **Encrucijada de la Radio y Televisión, una agenda de temas de economía.** [en línea], México, (enero, 2007), Comisión de Radio Televisión y Cinematografía, [citado el 20-10-2008], Taller en Materia de Radio y Televisión, Cámara de Diputados LX Legislatura. Formato Pdf, Disponible en Internet en: [www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/1607/1607/file/Tema4-Radio%20y%20Televisión%20adl%20%5BSlo%20lectur...](http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/1607/1607/file/Tema4-Radio%20y%20Televisión%20adl%20%5BSlo%20lectur...)

poder de mercado interno de Grupo Televisa en Radio con sus 17 estaciones en el espectro.

Durante la aprobación de esta Ley, se evidenció un grado preocupante de ejercicio de poder económico y presión mediática desplegado por las dos cadenas de televisión hacia los reguladores, ya no solo hacia su regulador sectorial SCT, sino hacia el Congreso, al analizar la participación de varios senadores y diputados en el proceso legislativo y, su actuación paralela como voceros de las televisoras en los recintos legislativos, se denota que dichos servidores públicos han estado ligados por mucho tiempo al funcionamiento de TV Azteca y Televisa, tal es el caso de Javier Orozco-Gómez, pieza fundamental de la propuesta legislativa, varios de los senadores que promovieron tales reformas con ahínco se encontraban atrapados por las entidades reguladas al tener grandes deudas con las mismas por las contrataciones de tiempo aire.

La desregulación perseguida por estas leyes, significaba una carta en blanco para el uso del espectro digital de frecuencia, el cual no podía ser regido por el Estado para propiciar resultados socialmente deseables, como era el desarrollo de la difusión social.

La Suprema Corte de Justicia el 18 de agosto de 2006, mediante la decisión 26/2006<sup>41</sup>, determinó la inconstitucionalidad del mecanismo de subasta y adjudicación de las frecuencias radiales, contenido en el artículo 28 de la propia Ley, al considerar que el mismo favorecía a los participantes con mayores recursos, sin atender a los contenidos que aportarían a la frecuencia y la concentración en la que se traducirían, a su vez se debatió la falta de disposiciones para garantizar la operación debida de las radios comunitarias.

De conformidad con las declaraciones de diversos legisladores, el cabildeo de la Ley y su negociación con las bancadas se vio precedido de una intensa antesala de las televisoras, que parecieron negociar los pormenores de la legislación contra los espacios en medios para la carrera presidencial de 2006.

Se declaró inconstitucional el mecanismo de refrendo automático de concesiones, mecanismo bastante paradójico para un mercado al que le urge pluralidad de ofertas.

Respecto a la restricción de opciones para la radio comunitaria la Corte declaró la Ley como contraria a los principios de igualdad consagrados por el artículo 2º Constitucional.

**Transporte de gas LP.** Desde 1992, se permitió la incursión del capital privado en el mercado de los derivados del petróleo específicamente en la distribución del gas LP.

---

<sup>41</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Controversia Constitucional resuelta por el Pleno. Ministro Ponente Sergio S. Aguirre Anguiano Resuelta el 07 de junio de 2007, bajo el número de expediente 00026/2006-00. Formato HTML.

Disponible en Internet:

<http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>

Durante los primeros años de concesión para el transporte y abasto de gas LP, se observaron abusos, este tipo de bien suele manifestar conducta colusiva por región, en vista de ello y del daño producido por los altos precios que las gaseras establecían para la comercialización del bien, se sujeto el gas a una tarifa, no se penalizó en si la conducta abusiva de las gaseras prefirió regularse el precio, regulación que, no hace más que ratificar el sobreprecio del gas manteniéndolo en una zona gris, muy por encima de un precio competitivo, pero por debajo del techo monopólico, el cual al ser un bien de demanda poco flexible resulta bastante alto, un paraguas bastante cómodo para las gaseras, quienes gozan de varios consumidores cautivos. En diversas zonas del país, se aprecia la presencia de una sola gasera, como una distribución de territorios tácita o un acuerdo de no competencia así observamos que en Estados como San Luis Potosí, Colima y Quintana Roo<sup>42</sup>, por mucho tiempo una sola gasera ha prestado el servicio, la cobertura en este sector, no ha aumentado de manera significativa y los precios y demás condiciones de oferta distan mucho de ser competitivos.

El mercado de gas LP ha presentado concentraciones en al menos 30 regiones de la República Mexicana<sup>43</sup>, en Baja California Norte, Baja California Sur, Campeche, Nayarit, Oaxaca, Sinaloa, Tabasco, Yucatán, Durango y Jalisco podemos encontrar empresas que detentan por si mismas el 50% del mercado.

En este sector concesionado, también se ha preferido la regulación de precios a la sanción de las prácticas anticompetitivas en sí prácticas que, cuando se actualizan en un sector concesionado o de poca elasticidad de demanda debieran ser elementos considerados para agravar las sanciones o retirar concesiones, ya que no se esta distorsionando el mercado de un bien cualquiera sino de bienes o servicios necesarios para el bienestar de la población. En el caso específico del gas LP el establecimiento de tarifas, no elimina los sobre costos que paga el consumidor y no desincentiva ciertas prácticas anticompetitivas realizadas por los distribuidores.

En un principio existe poca transparencia sobre los mercados de referencia utilizados como base para la cotización del gas. El precio Brito- Rosellón empleado para calcular la tarifa base, además de consignar un precio de escasez, estipula a favor del distribuidor el pago de un costo de transporte a PEMEX que hoy en día ya no se cubre sin embargo, el cargo no se ha eliminado del cálculo del precio establecido agregándose indebidamente este monto a los beneficios obtenidos por el distribuidor e impidiendo que las eficiencias en transporte se transfieran al consumidor en precios más bajos, mayor cobertura o mejor servicio, la no eliminación de este cargo parece producto del ejercicio de presión por parte de los entes regulados sobre sus reguladores, cabe recordar también que, las gaseras gozan de subsidios cruzados que incrementan su renta.

Este es uno de los casos que evidencia de manera clara el credo ortodoxo de la Comisión sobre el factor precio ya que, en este mercado solo ha investigado la capacidad de los distribuidores de afectar el precio y en relación a esta única preocupación ha actuado

---

<sup>42</sup> Comisión Federal de Competencia. *vid supra* n.58, p.234

<sup>43</sup> *Idem* p.258.



regulando los precios, sin embargo debido a su débil actuación sobre la intensidad de competencia, no ha tomado medidas que ayuden a romper la distribución tácita de territorios que caracteriza al mercado, se ha mantenido pasiva ante la nula eficiencia en cobertura que las gaseras han significado, tampoco ha realizado actuaciones determinantes que impliquen una mayor competencia, entre los distribuidores de gas encaminada a mejorar su servicio, o en agregar valor a la distribución, haciendo más seguro el manejo del gas. En 1994 SECOFI excluyó al gas LP de la fijación de precios máximos, sin embargo en su lugar se determinó una fórmula para fijar el precio del producto por mes utilizando como precio base las cotizaciones del gas en Mont Belvieu, (el cual de por sí es un precio gris, poco competitivo que deviene del mercado Tejano un mercado que sufre de concentración a manos de solamente tres agentes, capaces de realizar la distribución y almacenamiento de Gas LP en la localidad, por tanto el precio Mont Belvieu es un precio que ya trae aparejado un monto de escasez y concentración<sup>44</sup>), con base en esta fórmula se fijarían los precios al público, y dentro de este el ya comentado costo de flete de la planta de procesamiento a la de distribución que hoy en día ya no cobra PEMEX y por tanto no se justifica su adición a la fórmula como un costo fijo, así como el costo de reposición de cilindros, más un margen de renta comercial y el IVA. El seguir contemplando como un costo fijo el flete citado a planta de distribución provoca que, las compañías no compitan en precio intensamente ya que, los ahorros que en este nivel realicen solo se verán reflejados en el aumento de su renta, este no importa con que empresa contrate seguirá pagando como si a todas les costara igual este flete, a su vez el fijar un monto por la reposición de cilindros es poco realista y no motiva que dicha reposición se realice de la manera más eficiente, tampoco importa con quien se contrate, se seguirá pagando este sobre costo fijo asegurando otro concepto de renta para el distribuidor no importando si su servicio es de calidad o no.

Cabe mencionar que, la cotización Brito Rosellón con punto de comparación en Mont Belvieu ya contempla una ganancia para el productor y costos de flete y mantenimiento, al agregarle a este precio el citado flete, ya no pagado a PEMEX, costos por reposición de cilindros y otra renta adicional para las gaseras se está pagando sobre costo doble.

Desde 1998, el transporte del gas gozaba de subsidio, el precio acordado entre la Secretaría de Energía y los distribuidores de gas se compone por los siguientes elementos:

Precio internacional a 3 meses con referencia Mont Belvieu.

Promedio móvil del precio productor en refinería o planta.

Costo de transporte planta de procesamiento a centro embarcador.

Flete del embarcador a planta distribuidora, transporte que anteriormente realizaba PEMEX a costo fijo cargado a los distribuidores.

Costo por reposición de cilindros.

<sup>44</sup> OCDE. UNITED STATES: Report on Competition Law and institutions 2005-2006., [En línea], actualización 2006, Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 2006, [citado 02-08-2008], Estudios por país, Formato PDF.

Disponible en Internet en:

<http://www.ftc.gov/bc/international/ussubs.shtml>

Comisión del distribuidor considerando el margen invertido en la comercialización del gas recuperado al 100% IVA<sup>45</sup>.

Definiendo la actividad esta consiste en, llevar el gas LP desde el pozo productor hasta el consumidor final, la producción y venta de primera mano al distribuidor la lleva a cabo PEMEX, en manos del sector privado queda el almacenamiento, transporte y venta al consumidor final del Gas LP.

Anteriormente, el transporte del gas de los centros productores a los centros de distribución lo llevaba a cabo PEMEX y, este servicio de transporte se incrementaba al precio que se cobraba al usuario final, sin embargo desde 2001, los particulares han podido realizar ahorros al transportar el gas de la planta procesadora a planta de distribución, sin embargo en la fórmula de cobro del gas al usuario final, se sigue calculando el sobre precio de transporte de la planta procesadora a la distribuidora como si la distribuidora aún pagara ese servicio a PEMEX, esta sobre cuota se queda en manos de la distribuidora aumentando su renta de una manera indebida. Desde 2001, PEMEX vende el gas LP en base libre a bordo desde la planta de procesamiento o el embarcadero, la forma como los distribuidores capitalizaron dichos ahorros fue integrando verticalmente, la actividad de transporte a planta distribuidora, se permitieron esas integraciones verticales bajo el argumento de que generarían eficiencias y ahorros, ahorros que de ninguna manera han pasado hacia el consumidor y solo han elevado el beneficio del distribuidor.

La integración vertical con fines de aprovechar ahorros en transporte se convirtió en una barrera a la entrada ya que, los elementos integrados obtienen un margen mayor de retorno del precio oficial, así se obliga a los aspirantes a entrar al mercado no solo a conseguir concesión sino a entrar en dos niveles para que, su comercialización tenga alguna oportunidad en los mercados, ya que la carencia de equipo de transporte para los pequeños distribuidores encarece su operación, al obligarlos a fletar el transporte en condiciones de desigualdad ya que, al comprar el transporte en menores volúmenes lo fletaran a un precio más alto, obteniendo un menor retorno respecto de aquellos competidores integrados. Por último, al establecer como base para el cálculo del precio la distribución de al menos 1,000 toneladas de gas, se favorece a las empresas que venden más de dicha cantidad ya que no se toma en cuenta que, a partir de esas 1,000 toneladas el costo de llevar el gas restante al mercado decrece, disminución de costos que no ve el consumidor, por tanto las gaseras prefieren los mercados densamente poblados donde a partir de la distribución de la tonelada 1,000 obtendrán un margen de renta mayor al disminuir el costo marginal de la unidad 1,001 de gas, esto ha provocado de facto que en las pequeñas poblaciones o las menos pobladas, no haya interés en invertir y no exista más de un distribuidor en la región favoreciendo estructuras monopólicas de facto en las regiones con menor densidad de población.

La distribución de gas LP, es una actividad que además de requerir concesión se encuentra

---

<sup>45</sup> Comisión Federal de Competencia, *Vid supra* n.58, p. 304.

reservada a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros<sup>46</sup>.

Dentro de la Comisión del distribuidor, se incluyen los gastos incurridos en la comercialización del bien, llevando a cero el riesgo de la inversión en la distribución ya que mediante el precio fijado se le garantiza un retorno del 100% de dichos gastos, en dichos gastos de comercialización se consideran las inversiones necesarias para poner en operación la planta gastos que se les repone por operación trimestral, gastos de mantenimiento, costo del movimiento de los vehículos, se fija la rentabilidad estimando una planta ejemplo de 1,000 toneladas, mientras que las plantas que manejan el 50% del mercado de la distribución del gas distribuyen 2,000 toneladas incurriendo en los costos de distribuir solo 1,000, con la fórmula se garantiza un 20% más de rentabilidad que aquella que prevalecería en condiciones de competencia. Aún así, han existido épocas en que el propio gobierno favoreció el aumento del precio para asegurar un margen de utilidad a las empresas que gozaban de concesión y, aún con esta utilidad garantizada y tarifas calculadas sobre gastos en los que ya no se incurre, no se ha podido evitar que, las gaseras realicen practicas anticompetitivas y apliquen precios superiores a los oficiales. Cuando las gaseras aplican precios superiores a los establecidos, y se trata de la aplicación realizada por una o dos compañías la intervención de la Comisión es tibia, parece dejar la sanción indebidamente relegada al derecho del consumidor, dejando la conducta empresarial sin sancionar.

Los acuerdos colusivos proliferantes en el medio sobre todo para no competir en ciertos territorios no pueden frenarse aplicando precios máximos regulados, no todas las practicas anticompetitivas tienen como expresión *sine qua non*, el precio, y aún hablando a nivel de precios y teniendo un precio establecido en este mercado se detectó un aumento de hasta el 17% concertado entre las gaseras por encima del precio máximo establecido con SENER.

Este mercado refleja concentración oligopólica, con solo cinco grupos distribuidores gozando del 50% del mercado, 28 en sí controlan el 80% y, tiene efectos monopsónicos al concentrar el 40% del poder de compra del gas LP. Sin embargo, de facto solo 5 grupos controlan la distribución de gas LP a nivel nacional, se consideran hasta 28 empresas participando en el mercado sin embargo, la Comisión omite pronunciarse sobre la independencia de dichas empresas que, en general pertenecen a alguno de estos cinco grupos empresariales.<sup>47</sup>

Desde 2003, la Comisión mediante un estudio reconoció expresamente, la inexistencia de condiciones competitivas en al menos 30 regiones de las 35 en que dividió el territorio nacional, el avance en la desconcentración del mercado no ha sido significativo En dicho

<sup>46</sup> ARTICULO 6 Ley de Inversión extranjera.

<sup>47</sup> PÉREZ Ana Lilia. **Grupo Zeta, el cártel del Gas LP.**[ en línea], México, Fortuna Negocios y Finanzas, (enero, 2007), [citado el 20-10-2008], Revista Fortuna, Año IV, Formato Html.

Disponible en Internet:

[http://revistafortuna.com.mx/opciones/archivo/2007/enero/htm/Grupo\\_Zeta\\_gas\\_lp.htm](http://revistafortuna.com.mx/opciones/archivo/2007/enero/htm/Grupo_Zeta_gas_lp.htm)

estudio omitió especificar que prácticas impiden dicha competencia en la rama industrial como lo es la división de mercados y clientes de facto que realizan las gaseras.

Las medidas que ha contemplado la CFCE para dicha desconcentración del mercado no han pasado por buscar una aplicación certera de la Ley erosionando la regla de la idealidad suficiente y, de la cantidad mínima, antes que aplicar consistentemente la Ley y sancionar la conducta empresarial, antes que eliminar el precio de flete de planta de procesamiento a distribuidor y restringir los gastos contenidos en la Comisión del distribuidor para la fijación del precio máximo, ha preferido preguntarse sobre la oportunidad de abrir el mercado de transporte a la inversión extranjera, el problema no es la nacionalidad de la inversión en sí, el problema es la impunidad reinante en los mercados y el poco sondeo de la conducta empresarial en mercados concesionados, no importando la nacionalidad del capital si no se purga el mercado de prácticas anticompetitivas este seguirá coludido. También ha preferido plantearse como solución el relajar las medidas relativas al uso de suelo para favorecer la inversión en la materia a costa de la seguridad pública que se ve amenazada por otorgar licencias para establecer plantas distribuidoras cerca de zonas habitacionales o que no cuentan con las condiciones de suelo para ello, planteándose como remedio a la concentración una desregulación aún mayor, confiando en la falacia de que el mercado se corrige solo.

Se llegó a la conclusión de que imperaba la concentración en el 75% de las regiones solamente aplicando el IHH, atendiendo numéricamente a los cuadrados del porcentaje de participación de las empresas y aún así, atenuando su impacto con el índice de dominancia, sin embargo si atendemos a factores de intensidad de competencia como la independencia de los agentes y, a estudiar la intercambiabilidad de los servicios o la participación de servicios intermedios, la industria presenta un panorama aún más anticompetitivo. Equívocamente la Comisión estima que las ineficiencias se deben a:

- I. La restricción a la inversión extranjera.
- II. El establecimiento por parte de la regulación de rutas para el transporte del gas.
- III. La prohibición a los particulares para importar gas LP.
- IV. El establecimiento de responsabilidades en materia de seguridad relacionadas con los cilindros que vende cada gasera que provocaba anteriormente su poca intercambiabilidad y hoy en día la Comisión indebidamente estima que esta medida de seguridad sigue elevando los costos de la inversión sobre los accesorios.

Como lo mencionamos anteriormente, la nacionalidad del capital es el último punto en la problemática, de facto los capitales no conocen de nacionalidades, la iniciativa privada no es éticamente pura, requiere vigilancia para que, su actividad derive resultados socialmente deseables, la apertura no es una salida mágica que purgue por si misma los mercados, se requiere primero corregir desde la acción estatal la conducta nociva de los participantes actuales del mercado, se requiere aplicar primero las pocas leyes que norman la conducta del capital privado ya presente en el mercado, promover la desconcentración de los servicios de transporte para diversificar y distribuir la renta derivada del mercado de distribución de gas LP, eliminar los costos ficticios, atacar la patente división de

terrenos y coordinación para no competir que se manifiesta entre los diversos distribuidores, cumplir con la obligación de parte de la autoridades de verificar que los servicios concesionados se presten por los particulares de la manera más eficiente posible y atacar a aquellos que, sin escrúpulos atrincheran el poder de mercado, de hecho la Comisión de prácticas anticompetitivas bien debiera considerarse como una causal para revocar concesiones por el comportamiento indeseable del concesionario en el mercado.

No obstante a que como mencionamos, la distribución de Gas LP esta supuestamente limitada a empresas mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, estos ya participan en el mercado, tal es el caso de Repsol, compañía española quien detenta el 40% de las acciones del Grupo Zeta que engloba cerca del 70% de la participación en el mercado a nivel nacional, además de tener co-inversiones con distintas gaseras en el mercado local especialmente para el almacenamiento y transporte tanto de gas natural como de gas LP<sup>48</sup>.

En el último caso que se estimara a la regulación en materia de seguridad y uso de suelo como una barrera a la entrada de mercado, debemos recordar que el mercado no mejora a través de menos regulación sino de una regulación mas eficiente y efectivamente aplicada, para este caso pudiera ser útil establecer los Lineamientos de seguridad a través de Normas Oficiales Mexicanas que apliquen de manera general a la operación de todas las gaseras fomentando, su intercambiabilidad y no desapareciendo de plano, la regulación y aligerando la de por si ya escasa responsabilidad que la gasera manifiesta hacia la seguridad de los usuarios.

A esto podemos sumarle, la existencia de reguladores y agencias especializadas capturadas por los regulados, nadie desconoce los beneficios que algunas gaseras mexicanas han obtenido en forma de subsidios, ni la influencia que las mismas ejercen sobre la regulación.

La intercambiabilidad de los cilindros de gas, no ha dado como resultado una competencia más intensiva, aunque se retira un obstáculo esto no ha ayudado a hacer al mercado un mercado competido ya que, aunque el usuario cambie de empresa, las condiciones de venta, precio calidad y oportunidad en el servicio se encuentran estandarizadas en el mejor de los casos y en el caso de los mercados donde solo existe un distribuidor no hay con quien intercambiar los cilindros, razón por la cual dicha intercambiabilidad no se ha traducido en un factor para una dinámica más competitiva de la industria.

La Comisión ha observado pasivamente la configuración de variadas conductas anticompetitivas en el sector, en sus comunicados de prensa<sup>49</sup>, ha hablado de prácticas

---

<sup>48</sup> Idem

<sup>49</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. La CFC encuentra indicios de violaciones a la Ley por diversas empresas distribuidoras de Gas LP. [En línea], Comisión Federal de Competencia Económica [citado 24-05-2008], comunicados de prensa., Formato Html.

Disponible en internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=140&Itemid=363](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=140&Itemid=363)

monopólicas en el sector, claras y patentes, detectó la colusión entre empresas para fijar precios al consumidor; sin embargo dejó el conocimiento del asunto a la PROFECO, esto sin considerar las condiciones de regiones tan concentradas como Quintana Roo y enfocándose indebidamente a las zonas más densamente pobladas donde el impacto de la especulación y escasez aunque grave es menor. Estas declaratorias de inexistencia de condiciones competitivas, no se dieron para castigar las colusiones detectadas sino para mitigarlas meramente con la regulación de precios: la división de mercados de facto sigue operando en nuestro país y sigue sin ser debidamente sancionada, lo cual se traduce en una evidente ineficiencia asignativa en oportunidades al no ampliar la cobertura en la distribución de gas LP y no aportar valor agregado al servicio de distribución.

Cabe mencionar que, la omisión de la Comisión al castigar la conducta de los distribuidores del gas se vuelve más grave cuando, consideramos que es un insumo necesario de demanda inelástica, de consumo necesario que podría entenderse comprendido en la hipótesis del artículo 253 del Código Penal Federal sin embargo, la Comisión deja el trabajo a PROFECO, se queda en la declaratoria de inexistencia de condiciones de competencia para abrir paso a dicha dependencia en la fijación de precios sin sancionar la conducta ilegal de las gaseras. Por otro lado, la LFCE no considera como agravante cuando las prácticas ya sean relativas o absolutas se realicen sobre bienes y servicios de demanda inflexible, indebidamente nuestro marco jurídico sanciona igual una práctica anticompetitiva en un mercado de consumo necesario que en el mercado de suntuarios. Evidenciando la falta total de criterio y analizando únicamente en los mercados de consumo necesario el factor precio, como factor de competencia primordial, por lo cual su acción se limita a sentar las bases para que se fijen precios oficiales.

Los mercados que se concesionan generalmente presentan demanda inelástica, son menos sensibles a corregir su conducta por la mera entrada de otros participantes al mercado o, la variación de la demanda, cuando se concesiona un mercado se trata de un mercado en el que el Estado debe poner especial vigilancia al estar comprendido por bienes o servicios necesarios para la sociedad, se trata de áreas de atención prioritaria para el interés público que por su propia naturaleza son menos sensibles a la disciplina por medio de la simple inercia de mercados, la sola entrada de capital extranjero no bastaría para hacer de ellos mercados competitivos, la persecución de conductas ilegales en los mismos es una acción básica e insustituible.

Recordemos que, para sancionar las prácticas en este mercado se tiene una Comisión especial reguladora la denominada Comisión Reguladora de Energía que, tendría jurisdicción preferente para multar e iniciar procedimientos sobre las gaseras que incurrieran en prácticas monopólicas, sin embargo las multas que esta entidad puede fincar son menores en monto de las marcadas a la LFCE, se trata de una Comisión regulatoria cuya independencia ha sido fuertemente cuestionada y cuya actuación en la materia, ha sido prácticamente infructuosa, traduciéndose más en un obstáculo administrativo para la sanción de las conductas que en un organismo ideal capaz de regular el comportamiento de las industrias en el sector .

El fracaso de las privatizaciones en México esta estrechamente ligado a las compras simuladas, competencia simulada y prebendas toleradas en estos sectores, en muchos casos han llevado a industrias enteras a la quiebra o les ha dado el poder suficiente para atrapar a sus reguladores, mientras se difuminó la idea de que a través de la privatización, el consumidor tendría más opciones y disminuiría la corrupción al disminuir la actuación del Estado como productor de determinados bienes y servicios, no se evaluó el impacto de remover al Estado como administrador y ha sido poco exitoso en su faceta de vigilante de la conducta privada, la corrupción en el sector privado es mucho más silenciosa, el 80% de ella no se detecta.<sup>50</sup>

La incorruptibilidad del sector privado a comparación del sector público ha resultado una falacia que en los últimos años se ha desmentido no solo en México, sino en Estados Unidos y el resto del mundo, basta ver los casos de Enron y Parmalat, industrias privadas cuyos escándalos de corrupción han puesto serias interrogantes y provocado más vigilancia sobre la actividad económica de los entes privados.<sup>51</sup>

### **1.5 Las conductas recurrentes en el mercado mexicano:**

Como se determinó en el capítulo II, el legislador mexicano categorizó las prácticas en dos vertientes; verticales u horizontales, aunque para muchos doctrinarios el criterio de prácticas horizontales es sinónimo de prácticas *per se*, esto no esta claramente establecido, el no contener la ilegalidad *per se* en texto de Ley no permite que, por economía procesal se califique de esta manera a ciertas prácticas independientemente de eficiencias poco significativas aún se tendrá que probar la intencionalidad y peor aún es requisito que dichas prácticas se realicen por un acuerdo de voluntades, así mismo hay prácticas absolutas unilaterales que, al requerir el artículo 9 la intervención de más de una voluntad no pueden calificarse bajo este parámetro, dejando una peligrosa laguna. De hecho a nivel jurisprudencial no hay un estudio jurídico- económico que, permita categorizar a una práctica como tan notoriamente restrictiva a la competencia que le permita adoptar el criterio económico procesal de castigarla por sí misma, obviando el elemento intencionalidad o acuerdo, este parámetro no esta claramente establecido en ley. En otras palabras en México, no hay prácticas declaradas textualmente como *per se*, la Ley no sanciona monopolios sino prácticas monopólicas, limitando indebidamente el mandato del artículo 28 Constitucional.

Muestra de esta confusión es la declaración de García Alba, ex comisionado de competencia la cual transcribo:

“La ilegalidad *per se* de las prácticas monopólicas

<sup>50</sup> WITKER, Jorge. **Derecho de la competencia económica en el TLCAN.**, México, Porrúa-UNAM, 2003, p.45.

<sup>51</sup> Notimex. **Sin detectar, 80% de la corrupción en empresas.** [En línea], México, El Universal, (21 de mayo de 2008),[citado el 08-09-2008], El Universal diario. Formato HTML.

Disponible en Internet en:

<http://www.eluniversal.com.mx/notas/508578.Htm>

absolutas significa que el procedimiento de la Comisión para determinar su ocurrencia no requiere de un análisis completo de competencia, sino de lo relacionado con la determinación de que existieron realmente los arreglos entre agentes económicos competidores entre sí, La confirmación de que se realizó o intento realizar la división de mercado o la coordinación de precios es por lo general suficiente para concluir que se trata de competidores entre sí pues las prácticas señaladas no tendrían sentido si los que las realizan no participan o pudieran participar en el mismo mercado”.

Cabe recordar que, el elemento acuerdo es el más complicado de probar para las colusiones y exclusiones concertadas y se descarta la posibilidad de prácticas excluyentes unilaterales o de ofrecimientos unilaterales para coordinar conductas que también deben ser castigadas, así como la posibilidad de inferir dicho acuerdo de voluntades, muchas veces el poder de mercado, el mercado relevante y la ausencia de eficiencias sustanciales resultan más fáciles de probar que la intencionalidad y el acuerdo de voluntades, por tanto el concepto *per se* además de no estar textualmente declarado en la Ley resulta mal interpretado.

Por otro lado, la segunda parte de la declaración, se encuentra fuera de contexto legal al no existir en México disposiciones tendientes a sancionar la tentativa de prácticas anticompetitivas, sin embargo esta tentativa no es indicio del grado de la cadena productiva en que se encuentran los implicados sino de su intencionalidad por atrincherar, conseguir, mantener o alterar el comportamiento del mercado de una manera económicamente anormal. En segundo lugar resulta totalmente falso el concluir que, la coordinación de precios no tiene sentido si no se realiza entre competidores del mismo eslabón de la cadena productiva, existe la fijación de precios vertical que en Estados Unidos es práctica *per se*, pero que en México no se considera absoluta sino relativa y es poco estudiada, hay posibilidades de usar el poder de mercado que se tiene en otro eslabón de la cadena productiva para coordinar el precio o evitar descuentos en un bien final; tal fue el caso de **Toys UR S**, donde una cadena de distribución a través de su poder de mercado, realizó un boicot vertical con efectos horizontales, presionando a sus proveedores a no vender productos de última temporada a tiendas de descuento, evitando la caída de precios que la competencia normal con los clubes de descuento hubiese representando y por tanto, traduciéndose en la fijación de un precio anticompetitivo, para los juguetes de temporada. A su vez la fijación de precios puede darse a través de productos y mercados complementarios.

Las prácticas consideradas absolutas en México son: la fijación horizontal de precios, fijación de oferta, división de mercados y la coordinación de posturas en licitaciones.

La visión unívoca de la ilegalidad *per se* de prácticas meramente horizontales, por la participación de sus agentes en el mercado, fomenta que se realicen diversas estrategias de



negocios anticompetitivas, soportadas en las pérdidas absorbidas por los mercados de factores, bajo el argumento de eficiencias especulativas que pueden o no actualizarse y que de actualizarse nadie garantiza que dichas eficiencias y ahorros se traducirán en beneficios para el proceso competitivo, el consumidor o los mercados de factores y relacionados.

En México, el patrón de calificación es el grado de participación en la cadena de los entes concertantes de la conducta en Estados Unidos y Canadá no importa dicho grado sino el efecto de la conducta, estando conscientes nuestros socios comerciales de la posibilidad de varias empresas de apalancar su poder de mercado para distorsionar la oferta y la demanda de productos relacionados, complementarios o insumos.

La Comisión, en el caso de prácticas anticoncurrentes omite hacer estudios bajo índices pertinentes, sobre la concentración de los mercados en los que se actualizan dichas conductas, mucho menos se considera la adopción de índices destinados a medir la intensidad en la distribución de ingresos en el área geográfica donde se realiza la conducta, al señalar un mercado nacional no se miden directamente las desigualdades de ingreso entre las provincias afectadas, perdiendo de vista que, mientras una conducta puede tener mínimo impacto en el Distrito Federal, Guadalajara, o Monterrey en otros estados puede concentrar el mercado, sin embargo la determinación nacional de mercado esconde los efectos particulares, tampoco se analiza la distribución de los efectos en los distintos tipos de consumidor y consumo que un bien o servicio pueden tener.

La verticalidad de la práctica resulta relativa cuando, una empresa actúa en dos niveles y tiene participación tanto en la fabricación como en la distribución del producto, cuando realiza la comercialización del producto con sus propios distribuidores y al mismo tiempo a través de tiendas o stands propiedad del fabricante mismo, como podría ser el caso de las compañías de telefonía celular.

En contraste con la forma de tratar las prácticas en la jurisdicción mexicana en atención al eslabón de la cadena, las Cortes de los Estados Unidos consideran este parámetro de nivel de participación solamente como eso, un parámetro más, importante pero incapaz de provocar que las resoluciones se basen en la clasificación de las actividades como *per se* o relativa, la clasificación de la conducta según la Suprema Corte en el caso **Krehl vs. Baskin Robbins Ice Cream Co.**,<sup>52</sup> deberá darse en atención a los efectos anti competitivos de la misma, y los niveles que la misma afecta.

El análisis de prácticas relativas que, realiza México, en atención únicamente a su verticalidad resulta especialmente desafortunado ya que, para concederles existencia legal y entrar a su estudio exige que exista poder de mercado como condición *sine qua non* para el estudio de la conducta, esto evidencia que el régimen mexicano no se enfoca a la prevención de la realización de conductas anticompetitivas.

---

<sup>52</sup> **Krehl vs. Baskin Robbins Ice Cream Co.**, [664 F.2d. 1348], Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, (1978).

A su vez el texto del artículo 10 de la LFCE sujeta la sanción de las prácticas relativas a la existencia de poder de mercado al momento de su realización, como si dichas prácticas fueran inocuas cuando se propagan entre entes que carecen de mercado relevante, adoptando el estudio de poder de mercado como pilar de la legalidad de las conductas de manera indebida, ni siquiera en Estados Unidos se considera el elemento poder de mercado con dicha relevancia a ultranza, en México el utilizar este filtro de manera inflexible para calificar como legales conductas cuya realización tiene efectos negativos, se ha traducido en una vía de escape para aquellos que cometen prácticas anticompetitivas cuya finalidad es adquirir o mantener poder de mercado, mantener precios en zonas grises, o crear tendencias.

A este respecto, aún doctrinarios norteamericanos como es el caso de los profesores Andrew I. Gavil, William E. Kovacic y Jonathan B. Baker si bien han denotado que, la Suprema Corte se ha inclinado por favorecer eficiencias económicas en ciertas conductas, se niegan a considerar esta eficiencia como el único objetivo del derecho antimonopolio, siendo que un régimen que aplicase como único parámetro el poder de mercado para calificar la legalidad de una conducta es aquel que, unidimensionalmente estima a la eficiencia como único resultado deseable del proceso de competencia económica, el sujetar el estudio de las prácticas a que exista poder de mercado equivale a permitir todo tipo de conductas verticales siempre que, se pueda argumentar a favor de alguna eficiencia especulativa aunque esta no se traslade del bienestar del productor.

En este orden de ideas, los autores citados han sido claros al determinar:

“Hasta que la Suprema Corte no determine que el único objetivo de el derecho de la competencia es el promover eficiencias, a la usanza de la postura chicagomita más recalcitrante, pensamos que resulta de mayor prudencia el estudiar aún las conductas no sujetas a la regla *per se* mediante una regla de la razón, pragmática, no aritmética, y aún poco desarrollada, que el adoptar el análisis del poder de mercado como el único y exclusivo dispositivo filtrante de conductas anticompetitivas realizadas por posibles violadores, quienes no representan una porción significativa de mercado. Aun cuando bajo cualquier análisis el poder de mercado es una consideración importante, aún no estamos dispuestos a decir que sea la única.”<sup>53</sup>

México ha adoptado para las prácticas relativas, esta visión de utilizar como parámetro unidimensional el poder de mercado, dejando sin castigo muchas prácticas ilegales relativas bajo el argumento de que los perpetradores aún no contaban con poder de mercado; sin estimar si una práctica repetida sistemáticamente o propagada como práctica de negocios podría derivar en una mayor concentración de mercado, en obtención y

---

<sup>53</sup> *Idem.*

atrincheramiento de poder de mercado entre agentes económicos o sus posibilidades de desincentivar la entrada de competencia al existir en el mercado un depredador sistemático. Se ha dado poca importancia a la función profiláctica de la Ley, a la prevención de escenarios de concentración, sujetando la ilegalidad de cualquier práctica que no caiga dentro de las hipótesis descritas por el artículo 9 de la LFCE, a la impunidad al no ser perpetradas por agentes que representen una porción significativa del mercado al momento de realizar las conductas, ya que, la participación de mercado y el poder de mercado se han entendido indebidamente como sinónimos de un concepto meramente numérico relacionado con el total de ventas, y la porción de mercado que una empresa detenta y no atendiendo a la intensidad de competencia que la conducta independiente de un agente económico o su mera existencia representan en el mercado. Algunas de las prácticas relativas más nocivas y latentes en el mercado mexicano son:

A) Contratos de exclusividad. En México principalmente vemos reflejada esta conducta cuando en un centro de consumo, el distribuidor independiente se obliga a vender productos únicamente de una marca. A esta modalidad se le reconoce como contratos de exclusividad de suministro, esta tendencia es patente en cinemas, eventos deportivos, tiendas de auto servicio, tiendas minoristas, la tienda de la esquina, expendios particulares, etc donde en escasas ocasiones el consumidor puede encontrar en el mismo canal de distribución o comercialización todas las marcas que producen un mismo artículo o venden un mismo servicio, a su vez esta exclusividad, limita la perspectiva del consumidor sobre los bienes que puede considerar como directamente competidores o sustitutos, así se logra distorsionar el patrón de consumo, ya que un consumidor suele considerar como directamente competidores o sustitutos los bienes que se le ofrecen a través de los mismos canales de distribución<sup>54</sup>, ahora para sustituir no solo tendría que cambiar de producto sino buscar otro canal de suministro.

En el derecho de la competencia, se le da un trato superficial e indebido a esta conducta, la misma se encuentra catalogada por la legislación y doctrina mexicana como vertical aún cuando en el mercado deriva efectos plenamente horizontales que puede llevar a cierres absolutos de mercado, otro de los errores graves en su tratamiento es que frecuentemente se estudia a la exclusividad como una conducta accesoria no autónoma y se le confunde con los efectos de otras conductas que tienen otros matices y elementos.

La exclusividad en su forma más pura y tradicional, se esconde tras el derecho contractual, se consigue generalmente a través de un acuerdo de voluntades que limita la conducta de un de los agente económico independiente, la constriñe, a una obligación de no hacer, dicha obligación puede manifestarse en dos vertientes, de manera positiva, como el derecho a comprar o distribuir en exclusiva los productos o servicios de un agente económico, en determinadas condiciones o en determinados mercados (exclusividad de abasto), en su vertiente negativa; obliga a un agente económico a no comercializar, distribuir, adquirir o establecer relación comercial con los productos o servicios de un agente competidor del productor que, persigue la exclusividad (exclusividad de

<sup>54</sup> Organización Mundial del Comercio. **Chile- Impuestos a las bebidas alcohólicas, Informe del grupo especial**, 17 de junio de 1999 (DS87).

suministro). Cabe mencionar que, aunque en génesis es un acuerdo de voluntades el acuerdo puede sufrir de vicios de la voluntad, como el hecho de ser obtenida a través de coerción económica.

Es decir en la conducta encontramos dos modalidades básicas; la exclusividad en el suministro o la exclusividad en el abasto, de las cuales la exclusividad en suministro en México es la que presenta mayores incidencias.

La exclusividad en el suministro, es una figura creada generalmente a través de contratos, en la que puede estar presente o no la coerción económica y a través de los cuales, un fabricante condiciona la venta o el suministro de un producto a un distribuidor a la condición de que estos se exhiban o se vendan en exclusiva en la tienda, es decir el distribuidor se obliga a no comercializar productos de marcas consideradas competidoras del producto del fabricante que contrata la exclusividad, limitando la competencia entre las marcas y cerrando los canales de distribución.<sup>55</sup>

Dentro de esta exclusividad de suministro, que afecta los canales de distribución y comercialización podemos reconocer diversas modalidades a su vez, dos de las más importantes son las relacionadas con:

Trato exclusivo en el suministro de un bien. Es la variante de la conducta mediante la cual se sujeta a un distribuidor a vender únicamente una marca de un producto y se le compromete a no distribuir o comercializar productos competidores o sustitutos. Cuando el distribuidor al que se sujeta mediante esta exclusividad, antes de la misma se le consideraba un agente económico independiente, de conducta autónoma, sujeta a las variables del mercado y no se trata de una filial de la productora del bien o servicio tratado en exclusiva, podemos apreciar la pérdida de un canal de distribución. Es esta variable la que proyecta mayor pérdida de opciones y cierre de canales de distribución, es a su vez la vertiente que más prolifera en México, esta conducta produce efectos absolutos cuando se propaga como práctica de negocios y es por tanto, la que más efectos negativos sobre el proceso competitivo y la intensidad de la competencia presenta, por tal razón es esta vertiente en la que priorizamos para el análisis de la conducta

Distribuidor exclusivo de una marca en determinado territorio, para determinados clientes o en determinadas condiciones de tiempo y espacio; se trata del caso en que una marca o un producto solo puede ser distribuido en determinado territorio o para determinados clientes a través de un distribuidor designado, este tipo de distribución exclusiva de suministro tiene mayor impacto en el diseño del patrón de competencia inter marca, sin embargo también puede redundar en desabasto y altos precios de la marca para el consumidor. Cuando el distribuidor exclusivo no esta obligado a distribuir solo esa marca y puede ofrecer a su vez las marcas competidoras, limitando la exclusividad a hacer al distribuidor el canal autorizado para la venta de la marca en determinado territorio, a determinada clientela o por determinado tiempo, la pérdida de opciones al consumidor y el impacto de la conducta

---

<sup>55</sup> HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice.** 3era Ed. Estados Unidos, Thomson West, 2005, p109.

respecto a la pérdida de canales de distribución no suele ser tan significativa.

La exclusividad en el abasto, se refiere a contratos o conducta tácita, en las que nuevamente puede estar presente la coerción o puede lograrse a través de presión económica, mediante la cual el productor se compromete a comercializar su producto únicamente a través de determinado distribuidor o determinada cadena o modalidad de suministro.

Este tipo de conductas, cuando se propagan en los mercados tienen un efecto excluyente y en muchos casos depredatorio, se significan en barreras que restringen las opciones competitivas del rival para concurrir en los mercados y hacerse de insumos de calidad o comercializar debidamente su producto, por tanto representan una baja en la intensidad de la competencia entre las marcas. Cuando proliferan estas conductas disminuyen los canales de distribución independientes, permitiendo indirectamente a los depredadores el cerrar el mercado, al disminuir el número de competidores que, efectivamente concurren y compiten en los mercados además de actualizarse una pérdida de opciones para el consumidor se facilitan conductas colusivas y coordinadas que atrincheran el poder de mercado o que simulan una competencia entre unos pocos entes que no están dispuestos a competir abiertamente sino hasta grados acordados o simulados para no dañarse unos a otros, así proliferan precios y condiciones de venta de los productos anticompetitivos, mantenidas en una zona gris. Estas conductas provocan que, los canales de distribución idóneos de un producto como recursos indispensables para la expansión, éxito o la supervivencia de un negocio no estén disponibles.

En México, no hay obligación de notificar a la CFCE sobre el alcance de estos contratos por lo cual pocas veces los estudia, en países como Canadá es necesario que el Tribunal de la Competencia los estudie, inclusive cuando se trata de contratos de exclusividad concertados para la promoción de una nueva marca. Existe una proliferación de estas exclusividades que puede comprobarse a simple vista, la Comisión ha invertido pocos esfuerzos en estudiar la segmentación de opciones en el mercado mexicano.

En el caso de la vertiente de la conducta como distribuidor exclusivo y, que no es otra cosa que la asignación exclusiva de territorios o clientes, siendo esta conducta factible de derivar ciertas eficiencias para el manejo interno de la propia marca, se ha dado a su favor una presunción doctrinal casi *per se*, sin embargo cabe anotar que, en principio esta conducta no debe afectar la competencia entre marcas ya que dicha distribución en mercados concentrados, puede tener ciertos efectos adversos en la competencia facilitando división de territorios, la discriminación de clientes y la coordinación tácita, etc. Esta vertiente es la que pudiera considerarse como una manifestación relativa de la conducta por tanto, podría cubrirse por las hipótesis legales relativas del artículo 10 de la LFCE. Esta modalidad estipula que, un fabricante conviene en vender o presentar sus productos exclusivamente a través de un canal de distribución o a través de un solo distribuidor para que este a su vez, los revenda en una determinada región y se obliga a no instalar otro distribuidor dentro de dicha área, en tal situación se encuentran los contratos de franquicia, y no presentan problemas al tratarse solamente de una forma interna de

organización de la distribución de la marca a través de asignaciones territoriales, de clientes o de partes del servicio, cuando la franquicia consta sobre el producto a través del franquiciatario

Sobre la exclusividad de distribuir solo una marca a través de determinados canales, que a su vez son agentes económicos independientes, se han encontrado patentes efectos anticompetitivos, constituyen una manera de cerrar los mercados a favor de las marcas existentes que se dividen los distribuidores y los canales de distribución o comercialización entre ellas, un caso claro es el de los refrescos en determinados restaurantes y cines donde solo se encuentra una marca, dependiendo de la cadena de cines o el tipo de restaurante que se frecuente, este problema se traslada hasta la tienda de la esquina .

Un nuevo entrante difícilmente encontrara canales de distribución para su producto que no estén ya contratados en exclusiva por las marcas ya existentes, y tendrá que crear nuevos canales de distribución. En caso de querer acceder a los canales de distribución naturales para su producto ya establecidos, tendría que buscar la manera de deshacer los contratos de exclusividad a largo plazo que atan la actividad de los distribuidores a las marcas pre establecidas, esto significará que el nuevo entrante requeriría mejorar ofertas muy altas para que alguno de los canales de distribución rescinda su contrato con la compañía anterior; para conseguir esos contratos de distribución no bastará con que el productor asegure por ejemplo mayores márgenes de ganancia al distribuidor, frecuentemente deberá acompañar esos incentivos con otros como el de suministrarle publicidad, promociones, descuentos, activos fijos como refrigeradores, estantes, mesas sillas etcétera, sin contar el pago de cláusulas penales.

El panorama se ha agravado en aquellos casos en que, la exclusividad facilita la configuración de otras prácticas anticompetitivas, como la denegación de trato o las ventas atadas, la ilicitud se configura cuando la conducta se traduce en cierre de canales y pérdida de opciones y se agrava cuando dicha exclusividad, es resultado del ejercicio coercitivo de un gran poder de mercado, donde obliga a los canales de distribución a dividirse y vender solamente una marca dentro del centro de consumo de giro independiente, el poder de mercado puede crecer tanto bajo el paraguas de la exclusividad que sirva de incubación y apalancamiento para otras conductas. Tenemos en el día a día un ejemplo claro, cuando la empresa refresquera más importante del país con una participación de mercado del 70%,<sup>56</sup> debido a la preferencia del consumidor sobre una marca de refresco, esta misma empresa tiene un porcentaje importante de participación accionaria en una fábrica de botanas que también tiene importante presencia de mercado, pero que sin embargo enfrenta mayor competencia que su línea de refrescos; la empresa suscribe así un contrato de exclusividad sobre la línea de papas fritas con sus distribuidores, donde los compromete a vender en sus tiendas solamente su marca de papas fritas, a cambio le otorgan el suministro no exclusivo de refresco sin embargo la exclusividad de las papas es requisito *sine qua non* para obtener el suministro de refresco,

<sup>56</sup> Organización Mundial del Comercio, **Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas**, Órgano de Apelación 24 de marzo de 2006, (DS308) [informe apelación.].

tal vez el mismo convenio les conceda algunos beneficios a los distribuidores como el proporcionarles gratuitamente publicidad, promociones, refrigeradores y stands para sus productos, esta exclusividad no funciona a través de la voluntad de ambas partes, en cuanto el productor se da cuenta que un distribuidor no quiere aceptar la exclusividad o la rompe, le suspende el suministro del refresco, infligiéndole evidentes pérdidas monetarias. En este caso si quiere tener el suministro del refresco solo le quedará alinearse a la exclusividad, la cual no puede decirse que haya concertado con una voluntad libre, ya que el productor apalanca el poder de mercado con que cuenta en el mercado del refresco, para establecer canales enteros donde solo se tendrá a disposición su marca de papas, siendo esta además un bien consumo complementario del refresco, en algunos casos, de proliferar la practica el mercado se ira cerrando, en poco tiempo será imposible encontrar el refresco de preferencia en un establecimiento donde pueda adquirirse otra marca de papas distinta a la relacionada con las del fabricante de refresco, así se cierran canales, se establecen exclusividades y a través de ellas ventas atadas de *facto*, si el consumidor quiere sustituir el producto no solo deberá buscar cambiar la marca de papas, también la de refresco y por último el canal de distribución, haciendo más complicada la sustitución y menos sensible a los flujos de oferta y demanda al productor del refresco-papas.

Este escenario no se limita a canales de distribución determinados, muchas veces es complicado encontrar en localidades enteras productos de dos o más marcas ya que, la localidad tiene un contrato de exclusividad de *facto* con tal o cual marca<sup>57</sup>.

Cuando los contratos de exclusividad presentan tres variantes específicas: ser de largo plazo, estar relacionados o servir de apalancamiento con otros bienes que pudieran considerarse accesorios o complementarios en su consumo y, cuando traen aparejadas cláusulas penales en caso de rescisión del mismo por parte del distribuidor, o establecen mecanismos coercitivos para su acatamiento como, sanciones pecuniarias para el distribuidor que no respete el contrato, nos encontramos ante instrumentos aún más restrictivos de la competencia.

Cuando son de largo plazo, cierran el canal de distribución por tiempos prolongados encareciendo la entrada de nuevos competidores y fortaleciendo la posibilidad del productor de mantener cautivo un canal de distribución independientemente de las condiciones del mercado, manteniendo la oferta insensible a los cambios de tendencia y preferencia de los consumidores. Cuando sirven de apalancamiento para accesorios o afectan la distribución al obligar al nuevo entrante a competir en dos mercados el principal y los accesorios ya que, si no puede ofrecerle, en nuestro ejemplo al tendero el abasto de un refresco y a la vez una marca de botanas que compitan con lo que le asegura

---

<sup>57</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. **Resolución del pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a actos tendientes a procurar la venta exclusiva de cervezas, de marcas propiedad de un grupo de interés económico en la población del Yago, municipio de Santiago Ixcuintla, Estado de Nayarit.** [en línea], Resuelto el 28 de enero de 1999, bajo el expediente IO-46-97 y, RA-34-98. Formato HTML.

Disponible en Internet:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1869&Itemid=120](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1869&Itemid=120)

el productor mayoritario al distribuidor, no le resultará atractivo abrir sus estantes a la nueva marca o romper el acuerdo. Los citados convenios que estipulan cláusulas penales, son prueba latente del ejercicio del poder de mercado como coerción para lograr las exclusividades referidas, aunque no es tan común que se pacte una cláusula penal, son poco estudiados estos casos parece que el silencio del legislador y la autoridad le hubieran otorgado una presunción de legalidad *per se* a estas conductas, sin siquiera analizar si el elemento exclusividad es un elemento meramente accesorio o principal de los contratos, sus efectos anticompetitivos y, si las alegadas eficiencias pudieran derivarse de otras conductas menos restrictivas.

Al proliferar este tipo de contratos ante la mirada complaciente de las autoridades, el consumidor pierde aún la remota opción de acudir a otros mercados geográficos para sustituir productos o para encontrar opciones libres ya que, el cerrar mediante exclusividades el mercado es una tendencia que ante su poca sanción y vigilancia prolifera de región en región. A esto debemos sumar las discontinuidades en desarrollo de las distintas regiones en México que implican que, algunos consumidores especialmente rurales tengan que buscar en comunidades lejanas, otra opción de consumo.

Estas prácticas son escasamente sancionadas y casi nunca se estudia la legalidad de los acuerdos que les dieron origen, prefiriendo calificarlos como parte de cualquier otra conducta y evitando sancionar el contrato de exclusividad como instrumento para alcanzar un resultado anticompetitivo, la tolerancia a estas conductas ha propiciado su proliferación la cuál se ha traducido en pérdida de competencia y opciones en regiones enteras, llegando hasta el punto en que las autoridades locales o hasta la misma CFCE tolere la venta exclusiva por regiones enteras, de un producto por periodos de tiempo con exclusión a sus competidores, siendo que la conducta es de origen nula y anticompetitiva, provocando un derrumbe en la probabilidad de que nuevos agentes económicos entren a un mercado regional, erosionando la regla de la certidumbre absoluta y de la cantidad mínima y a su vez elevando costos de entrada y de construcción de marca, los costos de hacer ofertas para hacerse de un canal óptimo de distribución o en el peor de los casos, le agrega el costo de tener que crear sus propios canales, a esto sumemos la escasa información con la que cuenta la Comisión para realizar estudios sobre la concentración de poder y la intensidad de competencia en mercados regionales específicos. Como ejemplo tenemos dos casos **Cervecería Cuauhtemoc Moctezuma en la comunidad del Yago, y Coca Cola vs. Ajemex.**<sup>58</sup>

El caso de cervecería Cuauhtémoc es especialmente grave, ante la participación activa de la autoridad ejidal en la observancia del indebido acuerdo que, de facto establecía una exclusividad, su tibia e insatisfactoria forma de solución y por ser uno de esos casos que nos ilustran como la Comisión, no analiza la pérdida de opciones al consumo y evita sancionar de manera contundente la ilegalidad del instrumento convenio de exclusividad.

<sup>58</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. **Noticias CFC. Queda firme multa de CFC contra Coca Cola.** [en línea], Publicado el 27 de mayo de 2007, bajo el comunicado, 05-2007. Formato HTML, Disponible en Internet en: [http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3340&Itemid=204](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=3340&Itemid=204)



La investigación deriva de la exclusividad concedida por autoridades ejidales dentro de la comunidad del Yago a Cervecería Moctezuma, para vender únicamente su marca dentro del ejido, a cambio de cooperación para la realización de diversas obras municipales, esta exclusividad fue indebidamente catalogada como una división de mercados.

Durante la investigación, cuando la práctica ya estaba acreditada la Comisión concedió a la cervecería, seis meses para presentar una propuesta de solución por parte del mismo infractor, durante esos seis meses se suspendió la investigación los contratos siguieron en pie y siguió obteniendo rentas monopólicas de esa exclusividad, la única condición para conceder el plazo durante el cual siguió percibiendo ganancias fruto de actos viciados ahora amparada por la prórroga de la Comisión, fue que al término de los citados seis meses la cervecera se comprometiera a dar propuestas de solución a su propia infracción.

Aún este compromiso fue incumplido, pues el plazo fenecía en febrero del año 2000 y las citadas propuestas de solución fueron presentadas hasta abril del mismo, sin que la Comisión iniciara acciones ante el incumplimiento de la Cervecera, acepto las soluciones propuestas por la misma, simplemente acordó la integración de dichas propuestas al expediente sin mayor sanción, por la dilación que *de facto*, concedió un mes y medio de gracia más al infractor. La investigación se cerró sin mayor sanción aceptando la Comisión los compromisos diseñados por la cervecera consistente en:

a) Comprometerse a suprimir la práctica de suscribir convenios de exclusividad con autoridades cuyo objeto (*sin considerar el efecto o resultado*) sea excluir competidores en la totalidad de los territorios en los que ejerce sus funciones. Este compromiso presenta dos aristas, pierde de vista que, no se requiere un compromiso de no volver a cometer una conducta ya que para ello existe la figura de la reincidencia, más bien debió buscarse un reconocimiento expreso de la culpabilidad de la empresa, para que en base a él de repetirse la conducta se le aplicase la sanción sobre reincidencia. Sin embargo es aún más alarmante que la LFCE en su artículo 37 reformado, establezca que la violación a los acuerdos extrajudiciales para finiquitar una conducta no se considera como sanción, por lo tanto la reiteración del acto aún cuando cumpla con ser de la misma naturaleza y configurar la misma conducta, como lo demanda estricta e indebidamente el artículo 35 del mismo ordenamiento no se considera reincidencia; sobre el compromiso de suprimir la práctica en todos los territorios donde opera la cervecera tampoco es un medio de reconocimiento idóneo que precluya la ilegalidad de la conducta, la Ley le marca ya esa obligación así que el compromiso no aporta nada extra, debió buscarse que ese compromiso se diera acompañado del acceso para la Comisión a la información relevante relativa a las prácticas de comercialización que, tiene la cervecera para que la Comisión tuviera elementos para sondear el comportamiento de la empresa, cabe mencionar que aún hoy en día la Comisión carece de facultades para dictar ordenes de conducta que le permitan sondear a entes previamente sancionados.

El acuerdo por otro lado eximió a la cervecera de pagar al fisco federal el daño causado al proceso competitivo, no se tradujo en sanciones para los funcionarios públicos y permitió

que la conducta siguiera durante seis meses más.

b) Por lo que respectaba a los convenios vigentes bajo investigación, se comprometió a no renovarlos a su vencimiento. No puede considerarse como una solución válida el compromiso del ente de abstenerse de renovar un contrato que resulta ser ilegal desde su origen, debe buscarse que, aún cuando esté vigente se declare su nulidad, nulidad que obligue a cesar la conducta en el momento y no permita que derive frutos de actos viciados, la aceptación de este compromiso le permite a la cervecera el seguir acaparando canales de distribución y excluir competencia mientras sus contratos; no obstante tener un objeto y un efecto ilegal estén vigentes, no se puede amparar la vigencia de un contrato viciado de ilegalidad, no se puede permitir que llegue a término un contrato cuya mera existencia trastoca y violenta la Ley. La falta de prohibición inmediata del convenio y la aceptación del compromiso de no renovar un contrato que de origen es nulo, se convierte en una tautología.

c) Ahondando sobre falta de pericia jurídica en el fallo de la Comisión, esta acepta el convenio propuesto, mediante el cual se perpetua en el tiempo el momento para cesar la conducta para los compromisos cuyo vencimiento no estuviere próximo al año 2001, permitiendo que estos se sujeten a un programa para ir logrando su terminación de tracto sucesivo, buscando primero la terminación de los más sencillos y después de los más complicados, permitiendo terminarlos hasta en un plazo de 36 meses es decir, durante tres años se les permite continuar vigentes no obstante ser vehículos de conductas ilegales a costa de los demás agentes del mercado y del consumidor, dotando de legalidad la permanencia de contratos que debieron ser terminados de tajo. Además, el compromiso de terminar a plazos con una práctica viciada de ilegalidad desde su origen solo es forzoso para los contratos de distribución directa, respecto a los contratos de distribución indirecta, el infractor solo se compromete a hacer “sus mejores esfuerzos” para terminarlos sin comprometerse a resultados definitivos.

d) El último pronunciamiento de la Comisión sobre el caso reconoce solo la pérdida de opciones, cuando los convenios de exclusividad comprometan la competencia en la **totalidad de un territorio o poblado**, incrementando un elemento que no obsta en la Ley, sujetando la ilegalidad de la conducta al requisito fáctico de que la misma atrinchere el poder de mercado en la totalidad del poblado, a contrario *sensu* puede interpretarse que cuando este solo afecte una parte significativa de la región no suponen una pérdida de opciones para el consumidor.

La Comisión calificó estos compromisos de la cervecera como idóneos, cuando claramente no aseguran la supresión inmediata de la conducta, no aseguran el restablecimiento de condiciones competitivas en el mercado y, no son funcionales para desincentivar la conducta, más allá de ello avala la obtención de frutos de conductas viciadas de origen a través de un plazo de hasta 36 meses, reconociendo ilegalmente y protegiendo conductas que debieron cesar de inmediato. A través de este tipo de criterios es imposible lograr un restablecimiento expedito de las condiciones de competencia, cabe recordar aquel adagio que reza que “justicia que no es expedita no es justicia”, tampoco se

promueven las reglas de cantidad mínima, certidumbre absoluta y efectos laterales. En adición el agente infractor evitó la multa, el reconocimiento de culpabilidad expreso y evitó que, los particulares pudieran obtener la reparación del daño inmediata, al no contar con una resolución que sancione la conducta o se pronuncie sobre su ilegalidad.

No se puede sujetar la aplicación de la justicia a plazos, al final de dichos plazos tal vez sea imposible restablecer el *status quo ante* a la infracción, al consumidor y a los agentes excluidos no les reporta ninguna clase de reparación del daño sufrido, una justicia a plazos, aceptar un argumento como el esbozado por Cervecería Modelo al decir que, no puede cesar sus contratos de inmediato ya que su competencia también tiene contratos que la excluyen de mercados sin que presente una denuncia ni pruebas que sustenten su dicho redundante en la falacia conocida como *tu quoque*, o tú también, a través de la cuál se permite la violación de la Ley, solo por que otros también la infringen y nos evidencia que en México, la Ley ha fallado en provocar efectos laterales de las normas de competencia. A través de aceptar esta falacia como defensa se permite el contagio de dichas prácticas y el uso de la fuerza como justicia al permitir que se de el “ojo por ojo y diente por diente”, irónicamente también se violan los principios a ultranza del neoliberalismo económico que, ha proclamado como base de su teoría de la destrucción competitiva el que “las leyes de competencia no pueden ser usadas para proteger a agente económico alguno”.

Una tendencia constante a cerrar la competencia, mediante contratos de exclusividad desincentiva a los nuevos entrantes ¿quien quisiera entrar en un mercado donde no tiene disponibles los recursos para expandirse o distribuirse?, los entrantes potenciales saben que a través de los contratos de exclusividad les elevaran el costo de entrada al mercado.

Si bien es cierto que, una política de respeto a los derechos privados y a la propiedad es uno de los alicientes para una competencia intensiva en los mercados, también es cierto que dicha competencia no puede darse de manera fáctica, cuando no existe acceso a los canales de distribución, cuando proliferan las limitantes pactadas por entes privados que impiden el libre intercambio de productos entre particulares, estos pactos cuando proliferan se convierten en obstáculo para la compra y venta de bienes y servicios, derivan en pérdida de opciones, propician mercados más concentrados fácilmente coordinables y sondeables.

Esta figura aún en la doctrina, indebidamente se equipara a las cláusulas de no competencia, al estimar que, ambas prácticas son parte de la libertad contractual de los agentes económicos, privilegiando el derecho privado sobre los efectos adversos en el bienestar público que significan, al maximizar la pérdida de opciones y asimilando ambas conductas como "exclusividades o compromisos de no competencia", estos mismos actores consideran que, estas conductas pueden ser defensas razonables contra el aprovechamiento a costa de terceros, aunque se signifiquen el perdida de opciones. Tampoco las cláusulas de no competencia reciben un tratamiento adecuado por la legislación mexicana, el estudio análisis y el seguimiento de sus efectos en el mercado son de gran importancia, no compartimos el criterio de tratar a estas dos prácticas de *rationale* y forma distinta bajo el mismo estándar como lo proponen algunos sectores de la doctrina

mexicana ya que, aunque en la mayoría de sus manifestaciones estas son el resultado de relaciones contractuales, el que estas sean o no respuestas razonables atiende a distintos parámetros. En el caso de las cláusulas de no competencia, estas solo pueden entenderse como viables cuando son una parte accesoria de una obligación o contraprestación inicial mientras que, la exclusividad puede presentarse de manera autónoma o atar beneficios a ella como conducta principal.

Para que la exclusividad pueda considerarse ilegal tiene que darse entre dos agentes económicos que están, en la mayor parte de los casos en distintos eslabones de una cadena productiva, estos agentes deben ser independientes uno del otro para que pudiera entonces esperarse de ellos una conducta independiente y, sujeta solo a las condiciones de mercado, es decir la exclusividad minimiza e inhibe la independencia entre suministradores y distribuidores o viceversa, sin embargo la independencia de los participantes es un elemento indispensable en la valoración y sanción de la conducta, elemento que la LFCE no se ha preocupado por definir y que, no solo es esencial en esta conducta sino en varias.

Al concertar convenios de distribución exclusiva mediante los cuales, el ente que constriñe su conducta, alcanza altos beneficios económicos, un nuevo entrante tendría que ofrecerle mejores condiciones económicas y contratos mas onerosos al distribuidor para hacerse de un lugar en ese canal costos que, no se ven reflejados en calidad superior de los productos, se distorsiona y se fortalece la tendencia de consumo al ser los únicos disponibles en ciertas circunstancias, en el caso de la exclusividad de abasto puede evitarse que, los rivales del distribuidor tengan acceso a insumos y productos competitivos para comercializar, algo similar podemos verlo en el caso Toys R Us aunque, ante la falta de convenio expreso dicho caso se analiza bajo la vertiente del boicot en Estados Unidos, sin embargo de tratarlo hipotéticamente en caso de que existiera un convenio de exclusividad mediante el cual Toys utilizara su poder económico para arreglar con Mattel que lo hiciese el distribuidor exclusivo de sus modelos de año reciente, las tiendas de descuento se verían en desventaja al no poder acceder a juguetes recientes de un importante fabricante del mercado, pudiendo solo comercializar modelos atrasados, lo cual haría que las tiendas de descuento no se significaran en competencia real para Toys.

Como formas de elevar los costos de competidores, adquieren una modalidad interesante, cuando a un alto costo de inversión para producir el bien o servicio en cuestión se le suman altos costos para lograr su comercialización o distribución, como es el caso de la cinematografía en México por ejemplo, será difícil que, los productores independientes que no cuenten con un canal de distribución amarrado, lleguen al mercado y los que lleguen tendrán que hacerlo a un alto precio sin poder ofrecer precios bajos, de lo contrario se convertirá en una entrada ruinosa, así mientras no haya posibilidades de bajar el precio la firma ya establecida con contratos de distribución amarrados, puede incrementar el precio al garantizar que ningún nuevo competidor estará en condiciones de ofrecer un precio competitivo, subirá el precio al amparo de la exclusividad. Se trata de un incremento de costos sin el riesgo de enfrentar pérdidas frente a otros competidores, creando así mercados de consumo cautivos. Esta forma de elevar los costos tiene un efecto grave en mercados donde no es fácil la absorción de costos de pérdida y que no

permiten una salida rápida del mismo por lo significativo de los montos iniciales de inversión y la dificultad para retirar capitales del mismo, esto es lo que se conoce como mercados cerrados al *hit and run*.

### **Consecuencias de la proliferación de exclusividades.**

Cierre de canales de distribución. Algunos doctrinarios mexicanos consideran que los contratos de exclusividad solo se traducen en un cierre significativo de mercados cuando a una firma se le niega el acceso al mercado en su totalidad, esta visión no considera un daño la elevación de costos de concurrencia al mercado, al exigírsele al nuevo entrante ya sea el entrar en dos eslabones al mismo tiempo, es decir el del producto y el de crear un canal de distribución, o el costo de ganar un lugar en un mercado de distribución ya acaparado por exclusividades, esta visión presenta el inconveniente de considerar benévolas las exclusividades si le queda aún algún tipo de canal de distribución, al nuevo entrante sin considerar que tal vez los canales restantes no exclusivos a los que tiene acceso no son viables para la comercialización del producto o para conseguir el abasto de un insumo. Por ejemplo en México una nueva marca de refrescos no tiene oportunidades de venderse en cierto tipo de restaurantes ni en la mayoría de los cines, por otro lado seguramente en los vendedores ambulantes no tendrán problema en vender el refresco nuevo, sin embargo no puede considerarse que el venderse a través de los canales informales, pueda representar para la marca la misma posibilidad de significarse como competencia intensiva para las marcas establecidas, al no tener acceso a ciertos lugares donde el consumo de refresco es normal y consuetudinario. Así como vemos, aún cuando el mercado no se encuentra totalmente cerrado la proliferación de exclusividades daña la intensidad de la competencia.

Pérdida de intensidad de la competencia.- Este tipo de prácticas desvían los esfuerzos de los productores en el caso de las exclusividades de suministro, por atraer y crear preferencia hacia sus productos no por los consumidores sino por los distribuidores, los cuales pueden preferir un producto no necesariamente por su calidad, cantidad, abasto, precio, valor agregado o condiciones de oferta sino por, las prebendas que el productor les garantiza, como la obtención de refrigeradores, mesas para su consumo, margen de retorno, modalidades de pago del producto, etc, los cuales podrían beneficiar indirectamente al consumidor al poder encontrar este un refresco frío o un lugar donde consumir dicho refresco, sin embargo lo privan de adquirir en ese mismo lugar, un refresco de mayor cantidad, mejor precio o simplemente distinto, al solo tener una opción de consumo. Así, los productores dejan de esmerarse en la calidad de su producto para esmerarse en las condiciones y ventajas que ofrecerán al distribuidor para que favorezca la comercialización de su producto, baja la intensidad de competencia por atraer el consumo final, los productores ya no compiten por tener el producto de mejor calidad ni el precio más, atractivo, sino el producto mas comercializado de mayor tendencia, y por ser el único producto presente en diversos canales y eventos, es decir, priorizan la presencia comercial sobre la calidad del producto. Si a esto le sumamos que ante la óptica de la CFCE y de los pocos doctrinarios mexicanos que han revisado la conducta la exclusividad solo se considera como dañina al proceso económico, cuando cierra en su totalidad el

acceso al mercado, las proporciones a las que se ha tolerado que llegue esta conducta en nuestro país ya son graves, indebidamente se ha permitido que se pierdan las opciones de consumo bajo el argumento de que solo serán graves cuando dicha pérdida se traduzca en absoluta<sup>59</sup>.

Cabe anotar que, no basta para desincentivar estas conductas, el considerar dichos contratos como nulos, en caso de que la CFCE decidiera combatirlos, se requeriría además de acudir a los Tribunales con facultades para declarar la nulidad de un acto, conseguir la indemnización por el daño causado al particular, a quien se le cerró el mercado, e imponer multa por el daño a la libre competencia. No es debido subordinar el cumplimiento de normas de interés público al derecho privado, al privilegiar la interpretación de la voluntad contractual de dos partes que si bien se asientan a través de un contrato, sus efectos impactan al interés público y su objeto es ilegal, aún en el extremo del mercado en la teoría chicagonita que busca minimizar la intervención estatal en el mercado y privilegiar la libertad contractual, no podría derivarse efecto deseable alguno del mercado, de tolerar a extremos totalitarios la pérdida de voluntad independiente entre agentes económicos, evaluando solamente bajo el derecho contractual.

**Pérdida de innovación.**- Al tener asegurados los canales de comercialización idóneos, el suministrador que tiene garantizada la exclusividad, tiene pocos motivos para innovar provocar la evolución de los productos o agregar valor a los mismos, a su vez el consumidor tiene pocas opciones para elegir dentro de ese canal y, en caso de existir más marcas en un mercado donde se ha perdido ya el incentivo para innovar aún cambiando de canal de distribución el consumidor solo encontrará productos estandarizados, sin valor agregado y de lenta evolución al haberse enfocado la competencia de los productores en conseguir más canales de distribución y no en ganar la preferencia del consumidor.

**Dificultad de la sustitución por falta de asociación e insensibilidad del suministrador ante la misma.**- Como se comentó con anterioridad, la exclusividad tiene efectos en los patrones de consumo y sustituibilidad de los bienes, el consumidor para sustituir el bien que ha incrementado de precio o cambiado en condiciones de oferta menos favorables, tendrá que cambiar de canal de distribución. A su vez, al no tener disponibles en el mismo canal por largo tiempo sustitutos perfectos, cercanos o directamente competidores, puede que se pierda la percepción de los mismos como sustitutos viables, al consumidor puede no venirle a la mente como sustituto para cubrir sus necesidades, al no asociarlo a la manera tradicional en que adquiere el producto o al canal tradicional al que acude para encontrar productos que cubran determinada necesidad, entonces las posibilidades de sustitución del producto se limitan a las que el consumidor considera viables, al considerarlo artificialmente como difícil de sustituir o al fijar en la mente del consumidor que cuenta con pocas posibilidades para sustituirlo, el producto enfrenta menos competencia real, los consumidores están dispuestos a ensanchar su disposición de pago por el bien y tardarán más tiempo en sustituirlo o dejar de adquirirlo, haciéndolo artificialmente menos sensible a las variaciones graduales en la demanda que pueda presentar y, elevando el techo del límite del precio monopolístico del producto, haciendo más fácil que este permanezca en una zona

<sup>59</sup> GONZÁLEZ de Cossío, Francisco, *vid supra* n. 21, p. 156.

gris de precio por más tiempo antes de empezar a perder demanda a manos de sus competidores.

El punto sustitución obliga al consumidor no solo a cambiar el producto sino el canal de comercialización, la sustituibilidad se ve especialmente afectada cuando el canal de comercialización no es fácilmente intercambiable, por ejemplo, cuando al acudir a un estadio deportivo el aficionado a cierto equipo solo puede encontrar una marca de refrescos o botanas, entonces no es posible sustituir el canal de distribución por que, el bien exclusivo no es el bien o servicio principal por el que se acudió a dicho canal, sin embargo no se cuenta con opciones para adquirir los bienes o servicios accesorios o complementarios.

Las exclusividades facilitan las colusiones y las coordinaciones de conducta industrial, al estandarizar las formas de comercialización de los productos, establecer gastos accesorios como indispensables para la venta de los mismos y permitirles a los agentes monitorear la entrada de nuevos entrantes o llanamente bloquearla. Otra falla en el estudio de esta conducta dentro del pensamiento jurídico económico mexicano, es el considerarla no tan dañina ya que no incide directamente en los precios en numerario, sin embargo si incide directamente en la intensidad de la competencia.

En el campo de las exclusividades de abasto resulta indispensable prestar especial atención en los contratos de largo plazo, en los contratos que adquieren suministro o atan el abasto de productos por largos periodos de tiempo, manteniendo cautivo a un comprador o a un vendedor por largos periodos de tiempo, si se mantiene cautivo al comprador entonces se controla el precio a la alza ejerciendo poder de mercado, si se mantiene cautivo al vendedor se controla el abasto y las condiciones de venta ejercitando poder de consumo, una variante más del monopsonio.

Muchas veces se argumentan a favor de las exclusividades varias eficiencias, sin embargo en un mercado donde las exclusividades proliferan, la magnitud de dichas eficiencias se pierde, se alegan las siguientes como eficiencias derivadas de la exclusividad:

a) Aseguramiento de una fuente de abasto. Recordemos que, para el análisis de las eficiencias uno de los elementos que se debe considerar, aunque la legislación mexicana es omisa al respecto, consiste en estudiar si la eficiencia alegada no puede conseguirse de una manera menos restrictiva.

En el caso de aseguramiento de una fuente de abasto, se argumenta que la eficiencia garantizara que una firma cuente con flujo suficiente de un insumo necesario para la producción por un determinado tiempo, sin embargo en un mercado de producción óptima con firmas de conducta independiente y aún apegándose a los principios de la controvertida escuela de Chicago, resulta ilógico argumentar esta variante como eficiencia ya que, en el supuesto mercado perfecto Chicagonita el productor fabricara los insumos que demande el mercado sin restricción, por lo que no será necesario apartar el abasto ya que la misma tendencia productiva lo forzará a aumentar su capacidad y mejorar su operación, recordemos que uno de los principios de la teoría chicagonita es que la

eficiencia asignativa es uno de los beneficios procurables a través de la competencia libre e irrestricta y que supuestamente el derecho de la competencia no debe utilizarse para proteger competidores en sí, ante este análisis tenemos que argumentar que el aseguramiento de una fuente de abasto se significa en una eficiencia altamente especulativa que se traduce a la producción de un solo competidor y que es una eficiencia que aún en la teoría más positivista se deriva de manera natural del mercado libre sin necesidad de distorsionarlo o provocar dicho resultado a través de contratos. Si existe la necesidad de asegurar el abasto, ¿no se estará ante una falla de mercado desatendida?, una falla de mercado tolerada en el mercado de suministro y, falla de mercado que se agrava y se perpetua a través de mercados de exclusividad que no fomentan el incremento necesario entonces de la capacidad productiva sino que atrincheran y distribuyen artificialmente el poder de mercado.

b) Reducción de costos de transacción, se argumenta como eficiencia la reducción de costos para la firma que contrata en exclusividad al tener que dejar de negociar y buscar suministro, esta eficiencia es también altamente relativa deberá evaluarse en contrapeso del costo que significa que dicha firma deje de acudir al mercado y deje de significar una opción de consumo, a su vez dicha reducción de costos no siempre se traspassa al consumidor final, muchas veces el beneficio se queda en la firma, más cuando los contratos de exclusividad proliferan y no hay necesidad de competir en el factor precio con las otra marcas.

Al dejar de acudir al mercado, tenemos un demandante menos del producto con una oferta menos de pago y un agente económico que, al tener ya atado el suministro o la distribución, no será un factor significativo para moderar los precios ante un alza eventual de los mismos ya que, este tiene su ganancia asegurada con independencia a las condiciones del mercado.

Esta ausencia de oferta puede incidir en la intensidad de competencia, al perderse ya sea desde una opción más de consumo y de suministro, hasta la inhibición en la creación de una firma Maverick como veremos más adelante.

Así mismo la ausencia de una firma en mercados ya de por sí concentrados afecta la intensidad de competencia por los mercados y las oportunidades, provocando distorsiones de eficiencia asignativa ya que, mediante esta conducta se permite al particular diseñar y organizar los mercados en los que actúa, con independencia de las condiciones de oferta y demanda.

c) Generar lealtades en la distribución.- El asegurarse de que, un distribuidor comercializara con preferencia un producto sobre otros, puede alcanzarse a través de técnicas menos restrictivas tales como, aumentar el margen de retorno, incentivarlos mediante premios y descuentos, pagar por parte del productor mismo los gastos de promoción y publicidad de las marcas, mejorar los modelos, agregar valor a los productos, etc.



d) Evitar el aprovechamiento con base a terceros. Existen formas mucho menos restrictivas de evitar este aprovechamiento, formas parecidas a las que aducimos en el caso de la generación de lealtades, esta defensa no resulta del todo aceptable ya que, propicia el análisis de la Ley para la protección de un solo agente económico. Cuando se aduce el aprovechamiento por parte de un tercero de los esfuerzos que, en materia de publicidad información y creación de marca que despliega otro competidor, se trata de un argumento válido únicamente para productos homogéneos, que se consideren sustitutos viables unos de otros para el consumidor y que requieren invertir en otros aspectos distintos a las características del producto para diferenciarse y crear tendencia. A su vez, tendrá que analizarse el impacto, el objetivo y la fuerza de muchos de estos esfuerzos de diferenciación en el mercado ya que, muchos de ellos más allá de informar al consumidor, o proveer servicios adicionales deseables crean tendencia y distorsionan mercados a extremos graves en que dos productos, con características, usos, precios, fines y canales de distribución similares no se asocien en la mentalidad del consumidor como sustitutos viables, estrechando artificialmente el mercado y las opciones de consumo o por el contrario al revestir a través de publicidad engañosa a productos de cualidades que no tienen, intentando asociarse en la mente del consumidor como sustitutos cercanos y viables unos de otros cuando, no lo son. Así la defensa del aprovechamiento por parte de terceros, resulta especulativa y endeble ya que, solo es viable para productos de naturaleza heterogénea, sería en último caso viable únicamente para la variante de exclusividad de suministro.

e) Control de calidad.- Aunque el control de calidad puede lograrse a través de conductas menos restrictivas, como la defensa Colgate que estudiaremos más adelante, cuando se logra comprobar que, a través de limitar los canales de distribución se ha logrado mantener la calidad de un producto, resulta una defensa digna de estudio en base a su trascendencia y susceptible de evaluarse contra su impacto en la pérdida de opciones y contra su peso en la intensidad de competencia, sin embargo dicha defensa, resulta útil únicamente para los contratos de exclusividad en el abasto y no para la distribución exclusiva ya que, es a través de la adquisición de insumos de una calidad deseada como pudiera comprobarse la necesidad de esta conducta, los servicios que se le agreguen en el punto de venta se traducen en un agregado que no demerita la calidad del bien principal y pueden en un mercado realmente libre adquirirse en otro momento o a través de otras vías.

Como mencionamos al principio, la legislación mexicana se ocupa con poca profundidad de la conducta un esbozo de su sanción podría encontrarse en el texto reformado de la fracción I del artículo 10 de la LFCE.

Para consignar una práctica contemplada en el artículo 10 de la LFCE, además de cumplir con el supuesto de la hipótesis normativa se requerirá probar que los involucrados en dicha práctica tienen poder sustancial de mercado que, debido a la excesiva confianza en la medida econométrica de la participación de mercado, despojada de otros indicios que pudieran dimensionar el impacto de la conducta de los participantes, se traducen en el requisito de que los participantes controlen ya de por sí un importante porcentaje del mercado, deberá establecerse el producto relevante afectado, el cual suele ser definido en

términos amplios sin estudiar la viabilidad de sustitución de los productos, sus canales de suministro y un mercado geográfico, es decir además de configurar alguna de las hipótesis descritas en el artículo para que la conducta sea investigada, se deberán satisfacer los parámetros estipulados por los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE. Este estándar deberá aplicarse a cualquier conducta que no se realice por acuerdo de voluntades entre dos competidores directos no importando que, la conducta pactada entre dos entes situados en distintos eslabones de la cadena productiva tenga efectos absolutos, aún cuando se trate de conducta unilateral con efectos anticompetitivos.

El artículo 10 fracción primera, que pudiera emplearse para investigar exclusividades establece

**“Artículo 10.** Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta Ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

**I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable.”**

Al tratar la exclusividad, el legislador limitó la hipótesis a una de sus variables, la exclusividad de suministro y dentro de la exclusividad de suministro este precepto solo sería aplicable para el establecimiento de distribuidores exclusivos de un producto y no *per se* aplicable al trato exclusivo. Indebidamente limita el alcance de la sanción a que la exclusividad se establezca en razón de los sujetos, en atención a un territorio o tiempo definido, en atención a la división de clientes, donde además en una inadecuada técnica legislativa mezcla la figura con la discriminación de trato en razón del cliente.

No todas las exclusividades son producto de un acuerdo de voluntades ni asignan expresamente territorios, se establecen por tiempos expresos ni especifican los clientes a los

que se limita la atención exclusiva, estas particularidades solo se dan en el caso de establecimiento de distribuidores exclusivos y no en las exclusividades de facto que obligan a tratar exclusivamente el producto de un fabricante con exclusión de los productos de su competencia. Así, el único trato exclusivo que imponga la obligación de no comercializar los bienes de un competidor que podrá sancionarse será el que establezca dicha prohibición de manera expresa, limitada a un tiempo determinado o determinable, requerimiento que se convierte en un obstáculo a la persecución de la conducta.

Esto deja a las exclusividades ilimitadas fuera del alcance de la norma en comento, mucho menos abarca a las exclusividades de facto donde no se estipulan claramente las condiciones de la misma, pero se consiguen mediante el poder económico de un agente de manera coercitiva. Esta limitante en razón del tiempo, era innecesaria, parece estar diseñada para sancionar las cláusulas de no competencia que suelen establecerse cuando se traspasa una negociación y no a una práctica de trato exclusivo que puede preservarse, hasta por inercia y propagarse por el mercado sin condiciones expresamente establecidas. Tenemos el claro caso de los refrescos donde las exclusividades se consiguen por coerción a los pequeños distribuidores, a la mayor parte de ellos no se les ofrece un contrato de distribución exclusiva que limite las obligaciones en razón de los sujetos, territorios o estipule el tiempo por el cual quedarán establecidas las obligaciones, simplemente se les sujeta a la práctica de la firma de manera unilateral, por adhesión o a través de coerción económica.

La limitante de la hipótesis que la sujeta a que la conducta refleje expresamente la prohibición de comercializar los productos de un competidor, da por sentado que las exclusividades establecen siempre claramente en razón de que sujeto se pactan, esto deja fuera nuestro ejemplo del refresco y las papas fritas donde la exclusividad se logra a través de apalancamiento de un producto distinto al de trato exclusivo, en nuestro ejemplo, si castigamos la exclusividad en razón del sujeto únicamente, solo se sancionaría el establecimiento exclusivo de trato sobre las papas fritas, sin embargo aún el productor puede negarse a distribuir el refresco a aquel comerciante que no acepte la venta exclusiva de las papas sin ser sancionado por el apalancamiento de la línea de refresco, de facto la línea de papas en el ejemplo goza de trato exclusivo no por contrato sino por el ejercicio de un poder económico para disciplinar al distribuidor, se trata de una venta apalancada por exclusividad.

La hipótesis en sí, no esta redactada para la sanción de la figura exclusividades, esta redactada de manera genérica y mezcla figuras tales como la división de clientes, territorios y proveedores, no sanciona la división o asignación de distribuidores o canales de comercialización.

Por último, cabe hacer mención que aplicar la fracción VIII, del artículo 10 de la LFCE para sancionar el trato exclusivo a cambio de beneficios resulta poco acertado, ante la necesidad de probar que dichos beneficios, se obtuvieron a cambio del trato exclusivo, además dicha sanción solo resulta aplicable cuando el productor o proveedor otorga directamente descuentos o incentivos, no cuando ejercita su poder económico de manera

coercitiva o condiciona un elemento necesario para la comercialización idónea del bien. Por otro lado. La LFCE no define que entienda por “incentivo” dejando una laguna jurídica importante en la hipótesis que pudiera derivar en la ilegalidad de la misma por su ambigüedad.

Podemos deducir que, en la legislación mexicana no hay norma que sancione adecuadamente las diversas variables del trato exclusivo y que, generalmente a la conducta se le confunde y persigue a través de otras conductas accesorias. Los tratos exclusivos en general, no han sido eficientemente sancionados, como resultado la CFCE no ha abundado en el estudio e interpretación de esta conducta y no se ha desarrollado criterio legal suficiente, sobre la misma, peor aún, se podría decir que, los convenios de exclusividad gozan en el mercado mexicano de una presunción de legalidad *per se* o, en el más optimista de los casos que se han beneficiado de la impunidad y el vacío legal que los rodea.

Las hipótesis abordadas por la LFCE, no permiten aplicar una evaluación sobre el mercado en el que se desarrolla la conducta que nos permita dilucidar el impacto en la intensidad de la competencia de la misma, ni siquiera establecen la posibilidad de estimar la importancia en la comercialización del canal que se esta cerrando, que tan cerrado es el mercado en el que se da el trato exclusivo ni la posibilidad de contagio que puede representar la práctica, en las prácticas de negocios de la industria, no nos permite evaluar que tanto eleva los costos de entrada de nuevos competidores, cuantas probabilidades existen que de permitirse ahora dicha práctica, esta prolifere en el futuro produciendo resultados indeseables.

Tampoco nos permite dilucidar si estamos ante un trato exclusivo como obligación principal de la relación entre los agentes económicos o es meramente una prestación accesoria necesaria para la consecución de un fin ulterior que pudiera ser, no tan dañino a la competencia. En el caso de un trato exclusivo acordado como accesorio de una obligación principal, entonces tendríamos que estudiar la figura a través de la teoría de la restricción accesoria, así tendría el agente que acreditar que la exclusividad no es el objeto de la conducta, que no se lograrían dichos efectos usando medios menos restrictivos y que la conducta genera alguna eficiencia permeable más allá del bienestar de los agentes económicos contratantes.

Otra falla evidente en el tratamiento de la presente conducta, se refleja en el hecho de que, ni el legislador ni la Comisión ni los tribunales han distinguido entre las exclusividades convenidas, otorgadas o entre agentes económicos que pueden considerarse independientes y de quienes se esperaría una conducta comercial autónoma y las establecidas entre grupos relacionados o dependientes como las filiales, co inversiones para la comercialización, etc.

Otro problema de la exclusividad radica en que, se evita el estudio de la figura en su faceta de facilitador de colusiones, este tipo de confusiones evitan la consideración de medidas profilácticas que frenen la tendencia hacia el trato exclusivo, a la exclusividad se le confunde indebidamente con la denegación de trato y con la venta atada, olvidándose del supuesto carácter consensual de la exclusividad, la denegación requiere el rehusarse simple y llanamente a negociar y no se refiere a la negociación concertada.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el caso de Cooperativa La Cruz Azul/ Comercializadora y distribuidora de Fresnillo.<sup>60</sup> En este caso, Cruz Azul se negó a suministrar a Comercializadora y distribuidora de Fresnillo, un distribuidor independiente de cemento, el abasto necesario alegando que tenía contrato de exclusividad para la distribución local con Apasco, recomendándole que adquiriera el cemento Cruz Azul de Apasco.

Efectivamente el caso se verifica en un mercado con altas barreras de entrada y salida, donde el transporte y la distribución están altamente concentrados, sin embargo y aunque la práctica producía efectos absolutos de cierre de suministro de un producto, esta fue evaluada por su manifestación más evidente como una denegación de trato de Cruz Azul, práctica relativa que como resultado al evaluar el poder de mercado de Apasco arrojó que esta última, el distribuidor exclusivo no poseía una cuota sustancial del mismo.

Sin embargo al estudiar la práctica al amparo de la fracción III del artículo 10 como denegación de trato se perdieron de vista varias aristas en el análisis. En primer lugar no se trata de una denegación de trato al ser esta negativa producto de un acuerdo de voluntades entre Apasco y Cruz Azul y no una mera acción unilateral de Cruz Azul. En segundo lugar y como error más grave se evita reparar en los efectos absolutos del cierre de canal de distribución para un producto con poca elasticidad de sustitución ya que, indebidamente la Comisión considera que Comercializadora Fresnillo podría adquirir el cemento de Apasco, su competidora, única fuente de suministro de cemento Cruz Azul, sin considerar las condiciones en las cuales Apasco vendería el cemento a Comercializadora, a su vez este tipo de exclusividades que obliga a adquirir el producto únicamente de un competidor, pueden ser utilizadas por los productores, para crear cárteles o realizar conductas anticompetitivas, para distorsionar la oferta y la demanda, orquestando la conducta a través de los distribuidores controlados, impidiendo la competencia a dicho nivel y por tanto, controlando los precios del cemento, así la Comisión evita ver la punta del *iceberg*, el impacto real de la exclusividad que dio origen a la denegación de trato y que puede estar permitiendo ya sea al distribuidor o al proveedor distorsionar el mercado, y sin embargo esta conducta es calificada no por la gravedad de sus efectos sino por el eslabón de mercado en el que se sitúan los contratantes, de facto se presume que se está ante una práctica relativa sin analizar sus efectos y, sin sancionar el abuso del derecho contractual para coordinar mercados.

La Comisión también perdió de vista que, aún la denegación de trato es ilegal cuando esta produce efectos en la competencia *entre las marcas*, aún las defensas aceptadas contra la denegación de trato se limitan a casos en que el efecto se da en la competencia inter marcas y el agente económico que sufre la denegación tiene acceso a otras fuentes de abasto en la

<sup>60</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. Resolución del pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de cemento en Fresnillo Zacatecas. [en línea], Resuelto el 12 de marzo de 1999, bajo el expediente SH\_DE-17-98. Formato Html.

Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1442&Itemid=122](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1442&Itemid=122)

localidad, cosa que aún estimando la categorización equívoca de la Comisión sobre la conducta no se actualiza. En este caso impide la competencia entre las marcas en el rango distribución del cemento Cruz Azul dentro de una región. Es decir, el cierre de mercados que provoca tiene un efecto en la competencia entre las marcas de distribuidores, el cual no fue estudiado.

El caso anterior fue cerrado sin fincar responsabilidades ya que la Comisión consideró que la entidad beneficiada por la conducta de la fracción III del artículo 10 de la LFCE no contaba con poder de mercado.<sup>61</sup>

Bajo la hipótesis a la luz de la denegación de trato únicamente se evalúa el poder de mercado del ente que se niega a tratar, en este caso sería Cruz Azul y no de los que resultarían lateralmente beneficiados al tratarse de una conducta unilateral, así el haber considerado el poder de mercado de Apasco para medir el nivel de daño de la conducta es contrario aún a la naturaleza de la hipótesis de denegación de trato que la misma Comisión esgrime, en ningún momento se estudio la naturaleza de la conducta que da origen al cierre de mercado, en este caso el contrato de exclusividad.

Si a lo anterior agregamos que, aún cuando la Comisión hubiere realizado correctamente el análisis de la conducta estudiando desde los pormenores del contrato de exclusividad que dio origen al daño, su impacto en la concentración de la oferta y demanda en la industria, no hubiese confundido la hipótesis con una de sus manifestaciones finales, como la denegación del otorgante de la exclusividad de suministro y, hubiese reparado en la posibilidad real de que dichos contratos plantean una forma para coordinar mercados a través de un suministrador o proveedor, aún habiendo realizado el estudio en el alcance debido sobre la licitud de la conducta, debemos recordar que, la Comisión solo podría imponer multa por el daño causado “al proceso competitivo” y tendría que buscar que en un juicio se declarara la nulidad del contrato ya que, esta es meramente un organismo administrativo y no un Tribunal capaz de interpretar las leyes o pronunciarse sobre la legalidad del contrato.

Otra figura con la que tiende a ser confundida, es con la venta atada, sin embargo uno de los elementos esenciales de la venta atada es la presencia de coacción o presión económica, y se requiere la presencia de dos productos. La venta atada condiciona la adquisición o disposición de venta de un producto a la compra de otro y la exclusividad no siempre condiciona dicha adquisición a la adquisición de otros bienes o servicios, simplemente te priva de encontrar al producto en el mismo canal de distribución que sus sustitutos.

En el caso mexicano aún es frecuente ver como, las consideraciones de la Comisión aún caen en el error de castigar la conducta por su última manifestación, la forma final que tome el daño no es importante, lo que es ilegal es el acto que cierra la competencia. A este respecto me permito citar un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia estadounidense, recaído en el caso **Topco Associated** al<sup>62</sup> pronunciarse sobre, la ilegalidad

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> **U.S. vs. Topco Associated** (1992)

de la distribución exclusiva de los productos Topco para ciertas cadenas de autoservicio:

"Los acuerdos entre competidores de no competir en el territorio de los demás son anticompetitivos sin que deba tomarse en cuenta si las partes solo se dividieron el mercado o si solamente se reservaron una parte de este para cada quien."

Además de descartar la importancia de la manifestación final de la conducta para calificar un acuerdo que cierra la competencia, la Corte estadounidense descartó para la sanción de este tipo de conductas la necesidad de que las partes tuvieran poder sustancial de mercado, el acuerdo que cierra la competencia denominado en inglés *foreclosure*, por su solo efecto de cierre, como objeto principal, es sancionables<sup>63</sup>.

El último caso sonado que trastocó las exclusividades y dio esperanza sobre una aplicación más vigorosa de la legislación de competencia fue el caso Coca Cola Vs. Ajemex<sup>64</sup>, el cual después de varios amparos quedó firme, sin embargo la resolución de la Comisión omite establecer Lineamientos y elementos sobre la ilegalidad de la conducta trato exclusivo en sí, solamente trata las exclusividades en el punto de venta de envase cerrado, sin considerar las que imperan en restaurantes, eventos deportivos, cinemas y espectáculos que son centros de venta del bien a botella abierta, aún después de confirmar la proliferación de exclusividades en puntos de venta del envase cerrado omitió estudiar la estructura total de la industria, la denegación de trato accesoria y proliferante para el embotellamiento del líquido al ser coca cola dueña de FEMSA y ser altos los costos para instalar una planta embotelladora en México, omite ahondar sobre la barrera a la entrada que implica para un nuevo competidor el tener que lidiar con un mercado cerrado a la distribución y obligarlo a adquirir el servicio de embotellamiento de un competidor que consuetudinariamente eleva el piso de costos de su competencia a través del embotellado. Sin embargo, aún esta resolución que logró quedar firme a pesar de los amparos interpuestos contra ella entraña vicios de legalidad importantes que evidencian las carencias de criterio jurídico de la CFCE.

El caso inició con denuncia el 22 de febrero del 2000, recayéndole resolución final por parte de la Comisión hasta el 2005 y quedando firme hasta 2006, originalmente Pepsi denunció a Coca Cola, denuncia a la cual se sumaría Ajemex posteriormente, en un principio la denuncia se hizo contra prácticas encuadradas en la fracción VII del artículo 10 de la LFCE, fracción genérica que en el curso de la investigación fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte, entonces la Comisión a diferencia de su forma de actuar en otros casos, como el de la venta de fármacos en autoservicios, decidió cerrar la

<sup>63</sup> PÉREZNIETO Leonel, *vid supra* n.51p. 163.

<sup>64</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. Resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a la posible Comisión de prácticas monopólicas en el mercado bebidas carbonatadas, [en línea], Resuelto el 11 de septiembre de 1997 bajo el expediente DE-06-2000. Formato HTML.

Disponible en Internet:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1494&Itemid=237](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1494&Itemid=237).

investigación bajo la fracción VII y abrir nueva investigación de oficio en la fracción IV para evitar que la inconstitucionalidad de la fracción VII afectara la resolución. El citado caso, se resolvió después de cinco años en la Comisión, años en los que, siguió proliferando la práctica y aunque se resolvió condenando la exclusividad, se dio bajo una apreciación inexacta de la figura interpretando elementos que la ley no contemplaba y sobre bases jurídicas endebles.

La Comisión valoró como un elemento de la conducta, el hecho de que, la exclusividad se estipulo por un tiempo determinado de cinco años, el texto de la entonces fracción IV del artículo 10 no le permitía tomar como elemento constitutivo de la conducta su duración, mucho menos establecía un número de años necesario para determinar si la conducta era o no violatoria, hoy día el nuevo texto del artículo 10, ya prevé que la Comisión podrá valorar el tiempo por el cual, se establecen las mismas, sin embargo evidenciando una mala técnica jurídica empleada por el legislativo y respaldada por la actuación de la Comisión, sujeta la antijuridicidad de la conducta a que la misma sea establecida por un tiempo determinado o determinable, por tanto y debido a la estricta aplicación de la letra de la Ley a los actos de autoridad en nuestro derecho, cuando las conductas se establezcan a cambio de beneficios por tiempo indeterminado, que bien pudieran traducirse en tiempos ilimitados, no será sancionable al carecer del elemento "tiempo determinado". Si bien la reforma vino a subsanar el elemento ilegalidad de que la Comisión se arrogara facultades de legislador al pronunciarse sobre el tiempo de las conductas como elemento constitutivo del mismo, restringió indebida e ineficientemente el ámbito de aplicación de la hipótesis normativa a los acuerdos de exclusividad que expresamente pacten por un tiempo determinado.

Este requisito se traduce en una carga de la prueba excesiva para la labor de la Comisión misma o del denunciante el cual, no solo tendrá que probar la existencia de un contrato para encuadrar el supuesto de trato exclusivo, sino que tendrá que probar que el mismo se pacto por un tiempo determinado o determinable, cuestión altamente subjetiva, la Comisión pierde de vista que, mientras un tiempo de cinco años para la comercialización exclusiva de un bien puede ser insuficiente para causar tendencia o distorsionar falsamente los patrones de demanda del mercado relevante, para otros es tiempo suficiente para provocar el cierre total de canales de distribución, el tiempo determinable es un elemento que debe ser valorado por los tribunales, caso por caso y en atención a la estructura de cada industria, no puede establecerse de facto a capricho de la Comisión.

A su vez, la Comisión en el citado caso se limita a sancionar a una de las partes contratantes Coca Cola, omitiendo sancionar a los distribuidores que accedieron a la realización de la conducta de manera voluntaria.

Como comentamos, en este caso se sancionó solamente al embotellador y no se pronuncio sobre la responsabilidad del distribuidor, solamente se refirió a las negociaciones entre empresas de grupo Coca Cola que, afectaban a sus competidoras respecto al embotellado de producto, quedándose en la primera línea de daño y calificando esta conducta de efectos absolutos como relativa indebidamente.



Cuando, en este mismo caso se cuestionó a Comisión sobre el fundamento legal y la motivación que tuvo para determinar arbitrariamente que, un plazo de cinco años resulta suficiente o insuficiente para producir efectos negativos en un mercado en exceso a los elementos que la Ley ordenaba. En ese entonces, la Comisión respondió simplemente que el agravio era inoperante limitándose a transcribir el artículo 10 de aquel entonces, en el cual no se sujetaba la sanción de la conducta a su temporalidad, este fue el razonamiento de la autoridad aún cuando el cuestionamiento sobre las facultades y la relevancia del elemento temporalidad de la conducta fueron interpuestos no como elementos de defensa, sino por parte del denunciante original Pepsi- Co, el cual evidenciaba la peligrosidad de sujetar la calificación de ilicitud de la conducta al tiempo por el cual fue pactada.

En las reformas de 2006, la Comisión busco que se le dieran en Ley las facultades para calificar el tiempo de las exclusividades como determinado o determinable, más allá de su racionalidad, sin embargo la forma en que fue expresada dicha facultad y reformado el texto del artículo 10 dio como resultado indebido, el sujetar la sanción de dichas prácticas al elemento temporalidad haciendo que, las exclusividades subsistentes por tiempo indeterminado no entren en la hipótesis de sanción del artículo 10 fracción I reformado.

Resulta inadecuada la visión sesgada de la Comisión que, omitió pronunciarse y ejercitar acciones sobre los beneficios obtenidos en base a exclusividades por parte de los distribuidores, el no sancionarlos no los desincentiva, no hay razón para que dejen de acceder a exclusividades que les son ofrecidas por productores ya que saben que, solo se castigará al productor, ellos podrán preservar los descuentos, flujos de efectivo, premios, publicidades y mobiliario que, a cambio de la exclusividad les ha sido otorgado, es por esta última razón que aún con la multa más alta de la historia seguimos viendo que, en muchos puntos de venta encontramos exclusivamente productos Coca- Cola y, para el caso de la distribución, persisten estos contratos de exclusividad como es el ejemplo patente de Coca Cola- Cinemex, donde se realiza la venta de refresco a botella abierta y donde tanto productor como vendedor tienen poder de mercado en sus respectivos campos de actividad.

Aún cuando se sancionen las conductas, si la sanción se realiza sobre bases jurídicas endebles no podemos derivar resultados deseables de la sanción, aunque esta sea ejemplarmente alta no cumple con el resto de las reglas, es decir, no crea idealidad suficiente en uno de los agentes económicos que incurren en la Comisión de la conducta, en este caso el distribuidor, no devenga efectos laterales, no cumple con la regla de la cantidad mínima al permitir al distribuidor conservar los beneficios de la práctica anticompetitivas, y resulta evidente que, el emitir resoluciones usando teorías que no son fuente del derecho y estirando el texto de las leyes por organismos sin facultades erosionando las reglas de precisión de la norma y, de la certidumbre absoluta sobre el contenido de la misma.

En esta conducta, volvemos a ver la importancia desmedida que da la Comisión al valor en monetario que representa la conducta así tenemos que, en este mismo caso se valoró el impacto de la exclusividad en relación al monto erogado por Coca Cola para obtener

dicho trato exclusivo, sin embargo cuando los beneficios a cambio de exclusividad no son con base a cantidades en efectivo directas y no representan una inversión económica fuerte, la Comisión parece darles una justificación de facto sin mayor evaluación a favor de distribuidor que accede, así cuando a cambio de un refrigerador se accede a la exclusividad la CFCE evalúa la eficiencia que implica que, el tendero pueda ofrecer un refresco frío como una eficiencia significativa productiva y asignativa, que minimiza el impacto de la conducta, sin embargo esta omite preguntarse si esta conducta trae alguna eficiencia al mercado en sí, más allá de las partes involucradas en el convenio, ya que la CFCE no está facultada para evaluar las relaciones contractuales sino el efecto de estas en el bienestar público y en la competencia económica como proceso, tampoco contempla ni evalúa la posibilidad de llegar a la supuesta eficiencia deseada a través de métodos menos restrictivos.

B) Cláusulas de no competencia. No existe pronunciamiento claro y expreso de la LFC sobre esta figura, a nivel constitucional gozarán de una prohibición expresa y llana y su poco estudio y mal entendimiento ha dado lugar a que, se comprenda indebidamente como una parte arguable dentro de obligaciones contractuales, sin limitarse debidamente. Estos convenios en la doctrina canadiense y estadounidense tienen su espacio propio, en el caso mexicano la doctrina les da poco tratamiento y, las engloba indebidamente como parte de las exclusividades.

Aún cuando el Profesor González de Cossio da una definición de cláusulas de no competencia bastante clara, no estamos de acuerdo en el tratamiento teórico que el mismo da a estas conductas como una variante de las exclusividades. Este estudioso las define como:

"contratos por virtud de los cuales una de las partes se compromete a no realizar una actividad específica en un área determinada<sup>65</sup>."

Resulta necesario hacer la acotación de que dichos contratos, deben considerarse *per se* nulos cuando no son obligaciones accesorias. Es decir cuando dichos acuerdos y cláusulas no constituyan la obligación principal en una relación jurídica, cuando no exista coerción para su consecución y sean restricciones meramente accesorias a un acuerdo legal podría esgrimirse que, son susceptibles de aportar eficiencia alguna, de lo contrario una cláusula de no competencia como obligación principal resulta violatoria del orden jurídico constitucional. Aún cuando dichos acuerdos fueran susceptibles de generar eficiencias, la viabilidad, trascendencia y magnitud de las mismas deberá evaluarse en contraposición con el daño a la intensidad de la competencia en el mercado que representan, el tiempo durante el cual subsiste la conducta y, deberá probarse que, el mismo resultado eficiente no puede alcanzarse a través de métodos menos restrictivos.

Cuando dichos contratos no cuentan con limitantes de tiempo, espacio y objeto racionales y se consideran restricciones puras, caen dentro de la invalidez e inejecutabilidad al convertirse en figuras violatorias de la libertad de comercio y profesión consagrada por el

<sup>65</sup> GONZÁLEZ de Cossio, Francisco, *vid supra* n. 21, p.153.

artículo Quinto Constitucional aunque, diversos autores indican que, dicho precepto no buscaba consagrar una libertad comercial sino una libertad laboral, existen antecedentes en el diario de debates que indican que, el Constituyente aunque sea de manera superficial se planteo la redacción de dicho artículo para impedir la renuncia al ejercicio de cierta actividad, en aras de evitar que se concentrara el mercado en unos pocos actuantes. Así en sesión ordinaria del 12 de diciembre de 1916 en el diario de debates se consignó lo siguiente:

“El artículo del proyecto tiene dos innovaciones, una referente a prohibir la renuncia temporal o permanente a ejercer determinada profesión, industria y comercio. Esta reforma se justifica por el interés que tiene la sociedad de combatir el monopolio abriendo ancho campo a la competencia.”

Siguiendo esta *rationale* por mandato constitucional todos los convenios de no competencia son nulos, sin embargo la CFCE ha tolerado al margen de la letra constitucional y ante el silencio de la LFCE algunos de ellos.

Recordemos que, tanto nuestro derecho constitucional como el estadounidense tienen raíces cercanas así, en Estados Unidos dichas conductas producen efectos cuando no se les considera restricciones puras, esto es que al interpretar las Cortes estos contratos en armonía con la Constitución y las leyes antimonopolio, han encontrado que a veces el solicitar que un competidor que vende su negocio a un nuevo entrante, se abstenga de actuar en el mercado al que pertenecen los activos enajenados resulta vital, para que la venta no se traduzca en una venta fraudulenta o inviable para el adquirente sin embargo, dicha cláusula se interpreta en los tribunales más avanzados como "racional" siempre que se limite a un objeto razonable en un área geográfica determinada y por un periodo de tiempo preestablecido, racional y necesario para echar a andar la nueva administración.

En el derecho mexicano al no ahondarse sobre estas prácticas y, en general al desestimarse los caracteres estructurales de la industria, no se ha establecido el carácter necesariamente accesorio de estas practicas, ante este vacío la Comisión ha preferido no intervenir ni cuestionar estas obligaciones contractuales y dejar dicho estudio al derecho civil, en el caso de que naciere controversia alguna derivada del cumplimiento del contrato de compra venta, y de esta cláusula calificándola de facto como accesorio sin analizarla. No obstante, en los pocos convenios analizados por la CFC donde se ha pronunciado indebidamente sobre el impacto de estas cláusulas, aún sin tener un parámetro expreso en la Ley que le permita medir su impacto en el mercado, los ha considerado como expresamente válidos cuando exista una justificación económica de protección del *good will* o buena fe del adquirente y, dichos contratos estén limitados aunque sea ambiguamente en tiempo y espacio, sin embargo este es un parámetro débil, poco desarrollado y que crea inseguridad jurídica al no estar contenidas en la Ley; ni la facultad de la CFCE para estudiar estas conductas, ni los parámetros, para su evaluación tampoco, se establece la obligación para quien inserta una de estas cláusulas de dar aviso

de las mismas a la CFCE, para su estudio y para que esta entonces pudiera pronunciarse sobre la racionalidad del periodo de tiempo por el cual se plantean en relación con la industria en la cual se adquiere el negocio o el tamaño de la adquisición.

En todo caso de darse estas conductas y ante la falta de facultades y parámetros para su análisis en la materia de competencia, se tendría que atender al texto constitucional que las prohíbe expresa, llana e ilimitadamente. En la mayor parte de las legislaciones que se pronuncian sobre las prácticas de no competencia, existe un reconocimiento expreso de que se deberá evaluar la duración del convenio y su alcance geográfico para analizar su racionalidad.

Como ya lo comentamos la fracción I del artículo 10 de la LFCE, parece estar hecha para esta hipótesis, es la única manera en la que se entendería que hubiera limitado la aplicación de la figura exclusividad a un periodo de tiempo determinado o determinable, esta figura no comprende un trato exclusivo sino la obligación pactada de no entrar en competencia con otro agente económico.

En el caso mexicano, la práctica se encuentra deficientemente regulada y estudiada, debiera por principio de cuentas establecerse la obligación de todos aquellos que pactaren estas cláusulas, al menos cuando lo hicieren de manera accesoria a la adquisición de un negocio de notificar de la existencia de la cláusula a la Comisión para que esta estudiara su impacto, el impacto se estudiaría a partir de la estructura del mercado, el alcance de la supuesta cláusula, el tiempo por el cual se considera que sería apropiado respetarla para que la compra venta no derivara en compra venta ruinosa y, sobre todo investigar si el mismo resultado pudiera obtenerse con otras prácticas menos restrictivas ya que, de no hacer un análisis riguroso de las cláusulas y aceptarla por que no plantean una amenaza inmediata para el proceso competitivo se esta protegiendo a un competidor a costa de la diversificación de oportunidades, es decir de legitimarse la simple inclusión de las cláusulas sin mayor estudio como lo ha venido haciendo la Comisión se estaría simple y llanamente restringiendo la competencia en favor de un competidor.

Los tribunales mexicanos debieran analizar si, aún cuando la cláusula es una obligación accesoria a una compra venta, esta no forma parte del esquema de compra venta hostil, si de verdad en su adopción participaron dos voluntades libres o la voluntad del agente al que se obliga a salir del mercado se encuentra viciada, cabe anotar que, estas cláusulas tienen efectos absolutos en muchos mercados.

No es posible limitar el texto constitucional a la conducta deseable en los negocios y torcer la interpretación y aplicación de su letra a la conveniencia de ciertos sectores, mucho menos evitar su aplicación para proteger la rentabilidad de ciertos negocios, violentando el régimen jurídico y restringiendo las opciones de oferta que, pueden encontrar los consumidores en el mercado

Proteger lo que en Estados Unidos se conoce como *good will*, es decir la ventaja nacida de la reputación y las relaciones comerciales, especialmente en bienes o servicios

experiencia no es una justificación para favorecer la concertación de este tipo de cláusulas y, aunque es un asunto sustancial a considerarse cuando se vende una negociación por que esta se vende con todo y su reputación, su cartera de clientes y la fidelidad que la marca provoca, que el alcance de las cláusulas de no competencia pactadas para la protección de ese supuesto *good will* debe analizarse con cuidado, recordando que la autoridad de competencia y los tribunales tienen que ponderar el interés público por encima de la rentabilidad de las relaciones contractuales entre agentes económicos privados. Se debe analizar cual es el costo social que conlleva que el adquirente de la negociación sujete al vendedor a no concurrir en el mercado donde se vende la negociación

En resumen, las cláusulas de no competencia resultan poco defendibles a la luz del mandato constitucional interpretado en su intención original, sin embargo en México no son combatidas de manera oportuna ni vigorosa, ya que muchas veces la Comisión no se percata de su existencia, un ejemplo de esta no competencia tácita infructuosamente atacada por la Comisión es la industria del gas LP donde, como ya mencionamos parece haber un acuerdo para repartirse las zonas de baja densidad de población, provocando que en dichas zonas solo se cuente con un distribuidor y los otros grupos distribuidores no intenten entrar a la comercialización de gas, esta falta de cobertura no se entiende sin la existencia de compromisos tácitos de no competencia.

**C) Precios predatorios.** Lo que en México se conoce como precios depredatorios, es una conducta que, para su sanción requiere ser sistemática, duradera y recuperable consistente en vender bienes o servicios por debajo del concepto costo medio total o costo medio variable.

En ocasiones, este tipo de estrategias que reportan beneficios temporales al consumidor se significan en pérdida de opciones al consumo a largo plazo ya que, el depredador no siempre mantendrá un precio bajo, esta práctica es mucho más factible en mercados cerrados a la entrada o de difícil acceso. Es exactamente a este tipo de conductas a las que el neo positivismo ha dotado de casi una presunción de legalidad *per se*, a las que debe analizarse bajo el razonamiento de que "los precios razonables de hoy pueden ser los precios irracionales del mañana".

Indebidamente, el Estado Mexicano analiza la racionalidad de los precios establecidos a través de la conducta y no la conducta en sí, lo cual a largo plazo puede traducirse en una pérdida de participantes en el mercado y su concentración en pocos actores

Se trata de una práctica de naturaleza excluyente. Algunos doctrinarios mexicanos definen a esta actividad simplemente como:

“Aquella encaminada a excluir a los competidores del mercado mediante precios artificialmente bajos sin eficiencias considerables, una actividad en la que un agente sacrifica parte de la utilidad que podría estar ganando en circunstancias competitivas normales con el

fin de inducir la salida de otro agente y posteriormente obtener utilidades adicionales<sup>66</sup>,

La Comisión no ha perseguido estas conductas, de facto las considera como un mito económico, indebidamente considera casi imposible el que algún agente económico se prive de un ingreso inmediato como mecanismo para librarse de competidores. Sin embargo omite valorar la existencia y el efecto de subsidios que permiten a trasnacionales vender a precios depredatorios sus mercancías, y omite valorar la existencia de gobiernos locales con incentivos y paliativos fiscales que les permite absorber las pérdidas de sus estrategias depredatorias, así las Limited Liability Corporation en Estados Unidos, pueden absorber y atraer las pérdidas de sus filiales establecidas en nuevos mercados y acreditar dichas pérdidas contra sus ganancias en el pago de impuestos, esto con tal de facilitarle a sus trasnacionales la ubicación de mercados donde colocar excedentes de producción sin importar si para conseguir un lugar en dicho mercado se vende la mercancía a precios irracionalmente bajos por determinados periodos de tiempo.

Más aún, cuando decimos que parece ser una de las figuras que gozan de presunción de legalidad *per se*, atendemos al hecho de que frecuentemente la autoridad justifica este tipo de prácticas relativas anticompetitivas perdiendo de vista que, (se traducen en un menor número de opciones y participantes en el mercado), bajo un argumento simplista al considerar solamente, precios bajos a corto plazo, sin cuestionar por cuanto tiempo permanecen esos precios bajos y, sin sopesar esos precios con los costos al proceso de competencia, sin estudiar si el precio bajo se consigue a costa del bienestar de algunos suministradores de materia prima e insumos o, si se mantienen los precios bajos a través del apalancamiento de las ventas de ciertos bienes que, reportan altas ventas y ganancias o de sus precios en otros mercados geográficos.

Esta ha sido la manera de operar de agentes económicos como Wall Mart quienes, en base a, precios depredatorios y el uso de poder de mercado para boicotear a los proveedores que no le den un trato preferencial, han desbancando a varias tiendas de pequeños y medianos comerciantes, Starbuck's ha hecho lo propio con las pequeñas y medianas cafeterías en los mercados donde ha entrado. La conducta se hace especialmente rentable en mercados como el mexicano, donde no existe una acción efectiva en manos del particular que permita frenar la conducta y reparar los daños causados al competidor, no se cuenta con un mecanismo efectivo de reparación del *status quo ante* para esta conducta.

No importando que deriva en efectos absolutos, esta conducta siempre se entenderá como relativa y abierta a eficiencia especulativa, para su persecución se requiere que el agente ejecutor cuente con poder de mercado al momento de realizar la conducta y no se toma en cuenta si a través de la misma obtiene en poco tiempo poder de mercado que le permita continuar la conducta o si al amparo de esta atrincherar poder de mercado.

Estados Unidos en contraste dejó de considerar irracional la posibilidad de que se actualizarán prácticas depredatorias desde 1890, hasta antes de aquel tiempo se creía que

<sup>66</sup> GONZÁLEZ de Cossio, Francisco, *vid supra* n. 21, p.

el mercado libre vencería sin necesidad de regularse, aunque esto sigue en el discurso de la nación vecina sus tribunales intervienen para regular el mercado cuando es necesario, cada vez con mayor frecuencia.

El punto medular a considerar en esta conducta debiera ser su racionalidad e intencionalidad y no en sí, la posibilidad relativa y especulativa para el depredador de recuperar las pérdidas incurridas durante la conducta, al verlo de esta manera se da una presunción de legalidad de facto a favor del infractor ya que, si no tiene como recuperarse del acto ilegal la conducta no sería castigada, un símil sería el no castigar el robo si el monto de lo robado fuera menor al monto de lo invertido para perpetrar el robo, es decir hacer depender la conducta ilegal del beneficio económico del infractor. El elemento de la posibilidad de recuperación de costos a corto plazo, se convierte en una figura vacía al no proporcionar elemento alguno que nos explique en base a que parámetros se considerará que se tienen medios de recuperar lo perdido ni que lapso de tiempo se considera razonable para establecerlo como un corto o largo plazo.

Se debe tomar en cuenta también que, la víctima pocas veces cuenta con la información necesaria para demostrar que el depredador tiene modo o no de recuperar las pérdidas en un plazo que la Ley no establece pero que, deberá estimarse arbitrariamente viable, además requiere que dicha recuperación se de por virtud a un medio “idóneo” sin sentar elementos o indicios siquiera de que se considera un medio de tal calidad, la información sobre como con que y por cuanto tiempo se tiene capacidad económica para absorber pérdidas y mantener ciertos precios es confidencial, información que no se intercambia con facilidad y que de hacerlo constituye un intercambio de información sensible. El exigir al denunciante que pruebe que su contraparte tiene un medio idóneo para recuperar pérdidas en un periodo de tiempo razonable cuando no se proporcionen más elementos para esta hipótesis, además de configurarse en un elemento arbitrario que violenta la seguridad jurídica de los gobernados, sobre el hecho de que una conducta ilícita se sancionará sin importar el beneficio económico que, de su Comisión derive, se significa en una carga excesiva para el denunciante.

A su vez, se pierde de vista que, mientras se puede utilizar un producto de una gama para realizar depredaciones se puede elevar el precio de otros sobre todo complementos, para sustentar las pérdidas y que la recuperación no tiene que darse necesariamente en la forma de aumento de precios del producto que se utilizó para depredar, sino de otros que ya se encuentran bien posicionados en el mercado o que actúan en mercados cerrados manteniendo al producto depredador como un gancho para distorsionar la demanda en el mercado y sacar competidores del mismo.

En México, la Comisión ha declarado que no se han actualizado depredaciones de precios<sup>67</sup>, sin embargo más bien estamos ante la hipótesis de que no se han investigado suficientemente las bases de varios precios excesivamente bajos.

Uno de los casos donde se le planteo a la Comisión la posibilidad de estar ante precios

<sup>67</sup> PEREDO, Rivera PEREDO, *vid supra n. 41*, p.

depredatorios fue el caso **Warner Lambert vs Chicles Canel's S.A. de C.V.**<sup>68</sup> por la venta del producto Clark's a precios inferiores de sus costos medios totales. Esto fue en 1996 cuando la Comisión requirió a Grupo Warner Lambert México la presentación de información sobre las operaciones de la línea Clark's.

Para la evaluación de la conducta, estudio si el supuesto depredador contaba con poder de mercado respecto al producto relevante, estudió el poder de mercado actual sin hacer mayores análisis sobre el poder de mercado futuro que el perpetuador, podía ir adquiriendo de mantener la práctica esto es, especialmente importante en este tipo de conductas que no se consuman en un solo acto, sino que se caracterizan por ser de tracto sucesivo, para el análisis de la misma la Comisión considero necesario determinar:

- a) Si el responsable de la práctica contaba ya con poder sustancial en el mercado.
- b) El responsable de la práctica realiza ventas por debajo de costos medios totales de largo plazo.
- c) Exista perdida por parte de agentes económicos afectados consecuencia de la práctica.

Por tanto se deduce que, la conducta no admite estudio de manera preventiva, ya que requiere que al momento de realizarse el análisis se hayan actualizado ya perdidas por parte de otros agentes económicos y no evalúa pérdidas potenciales, exige que se mantenga a largo plazo la venta por debajo de costo sin detallar que se entiende por largo, corto o mediano plazo, plazos que según la dinámica y los ciclos de compra y venta de cada industria son distintos, no es lo mismo mantener un precio bajo en un producto de demanda constante a mantenerlo en un producto que generalmente se vende bajo contratos de suministro a largo plazo, donde el mercado presenta apertura por ciclos.

Se definió al mercado relevante como el del la goma de mascar, producida distribuida y comercializada en territorio nacional, una definición demasiado amplia si consideramos que por precio y presentación las gomas de mascar se sitúan en distintos nichos de competencia y que un producto de presentación de 4 pastillas no se considera sustituto perfecto de un paquete de 18 pastillas de chicle.

Warner en ciertas presentaciones de productos que, pudieron servir como soporte a la práctica ostenta un poder de mercado de hasta un 72%, participación que fue estudiada superficialmente por la Comisión al no dilucidar el poder de mercado que tiene en cada una de las presentaciones que Warner lanza al mercado, en contraste con la participación en el mercado de chicles de cuatro y dos pastillas que, fue el nicho en el que se introdujo la línea Clarks, tampoco se valoró el comportamiento en los otros nichos de mercado de Warner ante la baja de precios de Clark's, como para descartar la hipótesis de que estos

<sup>68</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. **Resolución del pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de goma de mascar.** [En línea], Resuelto el 19 de noviembre de 1997, bajo el expediente SHP\_ IO-15-96. Formato Html. Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1531&Itemid=127](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1531&Itemid=127)



nichos estuvieran soportando los bajos precios de Clark's, que le permitiesen ser usado como producto gancho en el mercado de chicles de dos y cuatro pastillas.

La investigación se basó en la información sobre precios y costos de ventas proporcionadas por la infractora, así mismo considero los costos de publicidad y promoción sin embargo una empresa como Warners bien posicionada en otras presentaciones de chicle bien puede reorientar su fuerza de ventas e inversión publicitaria hacia el producto gancho, sin sufrir afectación en las ventas de las presentaciones que ya gozan de una amplia preferencia. De hecho un indicio de la práctica anticompetitiva, por ser una conducta irracional, puede ser el destinar mayor publicidad a un producto que se vende a precio de pérdida por un tiempo suficiente como para crear y afianzar tendencias de consumo, con detrimento a la publicidad y promoción que se hace de los productos mejor posicionados.

Aún considerando que, en el texto de la LFCE de 1996, no contemplaba como parte de la hipótesis legal la obligación de evaluar la posibilidad de recuperar las pérdidas, la Comisión se pronunciaba sobre la posibilidad de retorno y utiliza para algunas ventas la consideración de un método de prorrateo contable de ventas específicas, sobre el costo de ventas y en otros periodos de tiempo decide evaluar la conducta a través del prorrateo del costo total de lo vendido, dando un criterio ambiguo y contradictorio que, no está aclarado en la ley y, que causa una gran incertidumbre jurídica, tanto para el indiciado como para los afectados al no saber a qué parámetro se atenderá en cada caso la Comisión, a su vez esta aplicación, discrecional y no establecida legalmente de los puntos de análisis de la Comisión provoca debilidad en sus resoluciones que pueden ser recurridas por los vicios anteriores en juicio de amparo. La hipótesis a aplicar a la conducta de un gobernado debe contener también los elementos conforme a los cuales se valorará dicha conducta, a su vez, en la resolución al recurso presentado por Canel's, la Comisión se arrogó la facultad de tomar en consideración o no los estudios parciales que le remitan las investigadas, facultad que aún no se ha regulado, mucho menos se contempla, el nombrar un perito tercero en discordia en caso de que se ofrecieran estudios contradictorios.

Otro punto que evidencia este caso como altamente paradójico es que, aunque se demuestre la relación de pérdidas causadas al momento de la investigación de una práctica depredatoria para el denunciante particular no existe un remedio oportuno que repare las pérdidas, la Comisión no cuenta con facultades para solicitar la suspensión provisional de la conducta, a su vez la multa impuesta no se da para resarcir al denunciante sino al fisco y, por último si el denunciante quiere recibir daños y perjuicios tendrá que invertir de nueva instancia por la vía civil para que se le adjudiquen dichos daños y perjuicios. Cabe mencionar que, cuando Canel's denunció la conducta al amparo del mismo artículo 10 de la LFCE la Comisión determinó que no existían elementos de conducta depredatoria, sin embargo cuando ejerció su facultad discrecional de iniciar investigaciones de oficio contra Warner llegó a la conclusión contraria, en la investigación iniciada por Canel's la Comisión se limitó a advertir a Warner en el tenor siguiente:

“Se previene a la empresa Chicles Adams S.A. de C.V.,

para que se abstenga de realizar cualquier conducta tendiente a desplazar indebidamente a sus competidores, apercibida que, de continuar la existencia de los citados indicios que hagan presumir la Comisión de tales prácticas esta Comisión procederá en los términos indicados en el párrafo que antecede”<sup>69</sup>

El párrafo referido, expresaba la facultad que la Comisión entendía y sigue entendiendo como discrecional de iniciar investigación de oficio, cuando encuentra indicios de prácticas anticompetitivas, cabe resaltar que la Comisión no tiene facultades para hacer este tipo de advertencias al no estar facultada para emitir apercibimientos, ni para concluir con este tipo de advertencias una investigación, en la que tuvo indicios de que un agente económico esta desplazando a sus competidores, del mismo texto se desprende que encontró conducta irracional o anormal del agente económico investigado, se entiende que, la primera investigación aportaba alguna clase de elementos sobre la que era obligación de la Comisión pronunciarse claramente y, sin embargo omite declarar cuales conductas constituyen indicios de que conductas. Esta forma de interpretar la facultad de iniciar investigaciones de oficio por parte de la autoridad, es violatoria del artículo 28 constitucional, el cual con certeza contiene el mandato de “perseguir con eficacia toda concentración o acaparamiento”.

De hecho la denuncia original sirvió de base para dilucidar si en principio la conducta depredación de precios era una conducta sancionada o no por la LFCE.

Si bien se sancionó a Chicles Adams a pagar una multa de 50,000 salarios mínimos y se acreditó la conducta, los parámetros que la Comisión utilizó en el único caso de precios depredatorios sancionados, quedaron muy escuetos y restringidos y no se encuentran claramente contemplados en la Ley haciendo mucho más endeble la legalidad de la sanción.

La resolución del caso estuvo en litigio hasta el año 2004, y si bien Warner Lambert no recibió el amparo respecto a todas las pretensiones expresadas en la demanda, si consiguió controvertir la constitucionalidad del precepto.

Cabe mencionar que, en este único caso de precios depredatorios la Comisión estudió la venta sistemática de productos por debajo de costo medio total y variable alternativamente en atención a costos marginales que se generan por la producción del bien y su comercialización, nunca se ha aplicado el criterio de precios depredatorios para bienes vendidos por debajo del costo promedio de adquisición; lo cual ha hecho que de facto solo se analice la hipótesis de precios depredatorios cuando el productor vende el producto por debajo de costo marginal de producción y no cuando un distribuidor vende el producto por debajo de su costo de adquisición, buscando depredar a otros canales de distribución, así el estudio de la práctica ha quedado restringido a la venta por debajo de costo por parte de productores que venden directamente sus bienes y, se deja sin analizar la depredación

---

<sup>69</sup> *Idem.*

realizada a través de distribuidores independientes.

La depredación de precios, es una conducta que, de ser exitosa logra cambiar la estructura del mercado, el modificar esta estructura para hacerla más concentrada puede ser el primer paso para manejar el mercado independientemente de las condiciones de oferta y demanda, la reducción en el número de firmas y voluntades independientes facilita a los actuantes el llegar a acuerdos para así alcanzar coordinaciones, a su vez facilita el identificar a una firma que intenta salirse de la coordinación, ayudando a disciplinar el mercado.

Contrario a la idea de la Comisión que afirma la cuasi inexistencia de este tipo de conductas y el apego a ultranza a la creencia de que, todas las guerras de precios que redunden en precios bajos para el consumidor son benéficas y son casi en si mismas el espíritu *sine qua non* de la competencia, se ha descubierto que, ciertas guerras de precios ocasionales y espontáneas esparcidas a lo largo de una rama industrial son parte del mecanismo ideado por agentes económicos coordinados para ejercer presión sobre un competidor que no quiere alinearse o sobre un agente económico que ha roto la coordinación ofreciendo condiciones de venta distintas y precios más bajos, entonces la entente reacciona utilizando su poder de mercado para bajar aún más el precio y ejercer presión sobre el disidente o depredar al agente económico independiente restableciendo la repartición del mercado arrebatado a los coordinados. Estas guerras de precio artificiales, pueden ser ajustes respuesta a incumplimiento en la coordinación a mantenimiento de precios en zona gris, respuesta a imperfecciones en la coordinación del mercado.

Tanto en la figura de la depredación de precios como, en el caso de las conductas excluyentes y las fusiones, se pierde un competidor en el mercado, siendo necesario estudiar el fenómeno de las empresas Maverick, sobre el cual la legislación mexicana es omisa. Se trata de firmas cuya actividad mantiene precios bajos, pueden verse desde dos extremos opuestos como firmas encargadas de empezar la guerra de precios o creadas para depredar al rival.

Una firma Maverick puede verse como el producto de una coordinación imperfecta entre rivales que, deja libre a una firma o parte de las líneas comerciales de esta, que están interesadas en mantener precios bajos<sup>70</sup> o como, un agente de competencia, cuya mera presencia impide el alza de precios o el abaratamiento del producto y cuya adquisición hostil puede traducirse en una vía de facilitar la colusión, al adquirir una firma que se mantuvo independiente a pesar de la tendencia a la coordinación de los líderes de mercado. Se puede utilizar una firma Maverick, en sentido positivo como punto de equilibrio para preservar las condiciones competitivas o en sentido negativo.

En el sentido negativo para la depredación de precios, la Maverick puede ser esa firma amenaza mediante la cual se iniciará la guerra de precios al romperse el acuerdo, puede ser la firma que a pesar de estar en medio de una coordinación mantiene el precio en la zona gris por encima del precio competitivo sin llegar a romper en precio monopolístico al

---

<sup>70</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *vid supra* n.3., p .507-508

tener un agente económico no alineado que, en caso de maximizarse las ganancias del cártel al romper el precio gris ganaría mayor poder de mercado, al no subir sus precios por encima de esa zona gris en que se mantienen todos, así la Maverick puede significarse en el pie de la balanza que mantiene los precios en un mercado donde no hay competencia intensiva, ya que si uno baja el precio la Maverick iniciará la guerra de precios.

En el mejor y más neutro de los casos la Maverick puede ser esa firma con exceso de capacidad, actuando en un mercado donde dicho exceso de capacidad crea presiones económicas al significar gastos a la empresa y que requiere deshacerse de dicho exceso a bajos precios, sin embargo este tipo de firma Maverick no tiene una operación constante y se puede identificar por que mantiene un precio bajo de manera ocasional y no como práctica sistemática, lo mismo sucede con los precios de introducción que al ser prácticas casuales y por periodos de tiempo cortos no pueden significarse como factor permanente en el mercado y por tanto no se considera a una firma que realice ocasionalmente estas conductas, como depredadora, esta conducta inconstante no es un referente que pueda distorsionar las condiciones del mercado.

Otro punto importante a considerar para la práctica de precios depredatorios y su racionalidad es la realización de esta cuando el mercado se encuentra oligopolizado, a este respecto resulta útil analizar la práctica a la luz de la teoría de los juegos.

Esta teoría nos permite analizar la conducta de los oligopolios y sus decisiones sobre precio y condiciones de venta, busca explicar como interactúan los actores económicos cuando, estos reconocen su interdependencia. Un competidor atomístico, un pequeño productor de trigo en un mercado geográfico local sabe que su producción y precio no tienen efecto en las decisiones de los otros vendedores del mercado. En consecuencia, este maximiza sus ganancias al producir y vender sus productos mientras el precio de mercado excede el costo de traer la última unidad al mercado, esto es, mientras el precio es mayor o igual que el costo marginal.

Las decisiones de negocios no son simples para las firmas, no basta con reconocer su interdependencia, una firma de gran tamaño que tiene contrapeso no bajara tanto su costo como para iniciar una guerra de precios contra un rival que puede contestarle, por tanto el iniciar guerras de precios en este tipo de mercados puede verse cuando menos como una conducta irracional, aún en firmas altamente independientes, estas deben considerar la manera en que la otra responderá a sus decisiones de negocios, la reducción de precios solo puede ser vista como razonable en mercados independientes y atomizados donde el costo de uno no influirá en las decisiones del otro y se trata de un método puro para incrementar ventas, pero en mercados coordinados por ejemplo, el de la industria aeronáutica mundial Boeing deberá pensar dos veces el reducir precios ante la perspectiva de iniciar una guerra de precios con Airbus, a menos que esta guerra de precios tenga un objetivo distinto al de incrementar venta, como el de reventar a las aeronáuticas locales pequeñas y medianas, a líneas de descuento, al reventar hacia abajo precios que, para sus estructuras industriales sean insostenibles, sabiendo que Airbus seguirá y mantendrá con Boeing la guerra de precios estrangulando a la línea pequeña que buscaba hacerse de

participación en el mercado, la teoría de los juegos permite analizar este tipo de estrategias.

El uso de la teoría de los juegos, descartada por los chicagonitas pero sugerida por los doctrinarios modernos, permite identificar circunstancias donde, prácticas de negocios calificadas de facto como neutrales por los neo-positivistas, dañan la intensidad de la competencia, esta teoría investiga la incidencia y los efectos de esas prácticas que el enfoque a ultranza pro-eficiencia de los neo-positivistas calificó como neutrales sobre bases teóricas, de la mano con una revaloración del elemento estructura en el curso del mercado.

**D) Monopsonios.** La proliferación de esta conducta se ve agravada por el enfoque unidimensional del derecho mexicano de fincar la materia competencia económica, en el factor precio alto al consumidor. Cuando se estudia la importancia unidimensional del factor precio conferido por el derecho de la competencia mexicano en el análisis de las conductas pareciera que, indebidamente la CFCE hubiese confundido su papel con la PROFECO, sin embargo y de manera contrastante, la CFCE en sus determinaciones no toma en cuenta el factor poder de consumo, como parte del eje de la planeación económica.

La Comisión no realiza estudios sobre los efectos de determinadas conductas empresariales en los mercados de factores, de insumos ni sobre los mercados relacionados, teniendo así una visión unidimensional hacia la oferta, de los efectos de las prácticas anticompetitivas, se ha permitido la depreciación de los bienes y servicios de primera mano en nuestro país que es productor de insumos semiterminados y mano de obra.

Nuestra legislación de competencia, nace al amparo de las modificaciones realizadas a la doctrina estadounidense del derecho antimonopolio, para la que el monopsonio no existe, aún si este se les presenta de frente, esta falacia resultó sustentable para países donde la mayor parte de la población trabaja en la producción de bienes y servicios finales con valor agregado, pero en nuestro país ha redundado en una profundización de las disparidades económicas regionales y sociales a costa del bienestar de los productores envueltos en los mercados de factores.

**E) Ventas Atadas.** Se refiere a las conductas donde un vendedor establece como condición para la venta de un producto o servicio que se adquiera otro, condicionando la primera transacción a una segunda que, probablemente no hubiese sido deseada por el comprador, el elemento libertad de la voluntad se ve fracturado y se requiere de un estudio de los métodos de coerción de los que el vendedor dispuso, para hacer que el comprador adquiriera el segundo producto que no deseaba. Estas prácticas tienen como efecto el apalancamiento de mercados y la creación artificial de tendencias, una forma de lograrla es la imposición de requisitos de compatibilidad.

A través de ella a un bien principal que deseamos adquirir, se le ata otro accesorio

relacionado o no, que no goza de la misma intención de compra inflando artificialmente su demanda y reduciendo las opciones del consumidor, el cual tal vez si desea adquirir el producto principal de un vendedor pero gustaría de tener mayores opciones respecto a la adquisición de accesorios. La adquisición de un segundo artículo no deseado debe ser una condición para la venta del artículo no deseado, condición que puede hacerse cumplir al aplicar coactivamente el poder de mercado del vendedor que le permite negarse a vender el producto principal solo, sin afrontar grandes pérdidas de mercado, la coacción y la imposición son parte fundamental del tipo, la adquisición forzosa de uno es una condición para la compra del otro, no una posibilidad, oportunidad o mero ofrecimiento sin coacción.

La diferencia entre una venta atada y una promoción deviene de dos vertientes, para poder atar un producto a otro se requiere contar con poder de mercado y preferencia del consumidor hacia el producto atado, en segundo lugar aún cuando se trate de un producto que goza de preferencia amplia del consumidor, cuando este se vende en paquete no necesariamente se trata de una venta atada, la doctrina en países de tradición ha determinado que, generalmente cuando se ofrece un producto en paquete sin buscar atar la venta, el vendedor mantendrá para el consumidor también la posibilidad de adquirir el producto por separado, fuera del paquete, cuando se hace de esta manera se considera que no hay coerción ni pérdida de opciones para el consumidor ya que, no se cumple con el elemento de obligarlo a adquirir un segundo bien para hacerse de la propiedad de un bien principal.<sup>71</sup>

El artículo principal y el producto atado deben ser distintos o distinguibles, concebibles como divisibles para su uso o consumo, muchas veces la percepción que el consumidor tiene sobre la divisibilidad de un producto o su indivisibilidad facilitan el éxito de atar productos, en el caso de los bienes y servicios experiencia y los bienes o servicios creencia donde el consumidor no cuenta con información suficiente que le permitan elegir por separado el bien principal de accesorios como sería en el caso de los servicios legales donde pueden atarse servicios notariales o de traducción de documentos diversos al juicio ante el desconocimiento del medio por el cliente.

El efecto de la práctica es impedir al consumidor adquirir el producto principal o atado en condiciones de competencia y libertad, pérdida de opciones para la adquisición de accesorios, o del principal. Los requisitos de compatibilidad llevan al mismo resultado que las ventas atadas, al llevar al consumidor a adquirir todos los accesorios de un producto de una misma marca, se tiene el efecto de provocar un consumo artificial, el consumo de un bien que el comprador en realidad no tiene intención de comprar de no ser por que se le ata al principal o es el único compatible con el principal. Estos requisitos, y efectos de la práctica no se detallan en la legislación mexicana creando un vacío en torno a la conducta, la Comisión tampoco existen pronunciamientos de la Comisión sobre cuando considera que se esta ante productos distintos o distinguibles.

---

<sup>71</sup> **United States vs Loew's Inc.** [371. U.S. 78] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (1962).

Un ejemplo claro latente y cuyos efectos son fácilmente perceptibles en el mercado mexicano lo constituyen la venta atada por parte de Televisa y TV azteca de sus canales de televisión abierta ya sea atados a la compra de sus señales análogas de cable o atado a la compra de toda su barra de televisión abierta. Para un nuevo entrante al mercado de la televisión por cable no es viable vender el servicio, si no tiene acceso a canales de televisión abierta, tal como fue el caso de Mas TV, por tanto debe negociar con su competencia Televisa y TV azteca, especialmente en el caso de Televisa quien a su vez es dueña del sistema Sky y cuenta con participación en Cablevisión, para adquirir los canales de televisión abierta, el nuevo entrante no puede negociar con Televisa y Azteca el adquirir solamente las señales de ciertos canales de televisión abierta, tendrá que adquirir y pagar un precio elevado por toda la barra, no le venderán la señal del canal dos por separado atándole la venta de los canales de televisión abierta de menos audiencia a la posibilidad de comprar la señal de los canales de televisión abierta con mayor audiencia.

También califican como ventas atadas las realizadas con la condición de que el comprador a su vez adquiera un producto accesorio de un tercero, o la modalidad de reciprocidad, en virtud de la cual alguien comprará un producto solo con la condición de que el vendedor a su vez se sumistre con él.

La Comisión se ha ocupado poco de ventas atadas en México aunque existen varias evidentes en el mercado.

Mucho menos ahonda en la naturaleza de ventas atadas que se configuran al amparo de contratos de franquicia. En este último caso debe empezarse el estudio con la investigación de ¿Qué vende la franquicia? Vende la posibilidad de ser el canal de distribución de un producto, un *know how*, o vende un concepto de negocio.

Como veremos en el capítulo de eficiencias, de lo que se vende al amparo de un contrato de franquicia dependen los servicios y complementos que el vendedor puede justificadamente o no atar a la franquicia, por ejemplo, cuando se vende el derecho a ser el canal de distribución de una marca a través del sistema de franquicias, es normal que al derecho a ser ese canal de distribución se ate el producto a distribuir como sería el caso de alguien que compra una franquicia de los helados Santa Clara, sin embargo es injustificable que en esta franquicia pretenda obligarse a los franquiciatarios a rentar, comprar o negociar con determinada inmobiliaria los bienes raíces o la ubicación de los mismos donde se establecerán las tiendas ya que, lo que se compró es el derecho a distribuir el producto o elaborarlo y no el concepto de negocio.

F) Boicots. Esta figura es superficialmente estudiada por la doctrina mexicana donde se omite estudiar las dos vertientes más importantes del boicot, el boicot de efectos excluyentes y el boicot de efectos colusivos.

El uso del poder económico de varios agentes económicos para excluir indebidamente a un competidor del mismo mercado, o la conjunción de voluntades entre varios agentes económicos encaminadas a distorsionar el mercado con perjuicio a un competidor o

agente económico relacionado, el boicot siempre se dirige en primera instancia al competidor o agente relacionado y no al consumidor en sí aunque este también resiente sus efectos económicos al traducirse frecuentemente en pérdida de opciones.

A su vez el boicot puede tener vertientes verticales u horizontales y estas también pueden derivar efectos monopsonicos, colusivos y/o excluyentes.

El boicot de tintes monopsonicos puede traducirse en la colusión de varios agentes económicos de la cadena productiva en el eslabón final para utilizar su poder de compra en aras de manipular los precios a los cuales se adquiere un insumo. En sus vertientes excluyentes puede realizarse para presionar a un proveedor a no vender sus productos a determinado distribuidor so pena de perder otros canales de distribución, un esbozo de esta práctica que merece particular atención es el dibujado en el caso "Toys Urs" donde no se requirió la participación de varios actores, bastó con la conducta de un solo agente con poder económico que obligó a sus proveedores a no vender a cadenas de descuento so pena de que Toys Urs se negase a vender sus productos en sus tiendas siendo esta cadena un importante canal de distribución reconocido entre consumidores.

Misma conducta puede apreciarse entre las farmacias de cadenas de autoservicio, las cuales obligan a los laboratorios a no proporcionar a las farmacéuticas medianas y pequeñas los mismos descuentos que proporcionan a las farmacias de las tiendas de autoservicio, conducta sobre la que no obstante no contarse con pruebas de un boicot debiera sancionarse bajo la vertiente de discriminación de consumidores en base a descuentos por volumen y que pudiera sopesarse si se permitiera a las farmacéuticas medianas y pequeñas acceder a dichos descuentos o formar un ente centralizado, donde todas ellas cuenten con participación accionaria mediante la cual, realizar los pedidos para juntar volumen de compra y a través de dicho ente, se les permitiera participar en los descuentos, como lo hizo Estados Unidos en el caso Appalachian Coals, en atención a las condiciones de la industria.

Al Boicot en México, se le castiga indebidamente y sin reparar en sus efectos, como una práctica relativa y se estudia solamente en su vertiente excluyente no obstante que, la conducta pudo haber sido concertada de manera horizontal y sus efectos fueren absolutos, se le considera una práctica relativa al amparo del artículo 10 fracción IV de la LFCE, no se da un tratamiento especial al boicot colusivo entre competidores en aras de manipular precios, se puede concertar una conducta entre varios agentes económicos del último eslabón de una cadena, para no comprarle a determinado proveedor hasta que suba sus precios, de no distribuir sus productos por determinado canal hasta que el distribuidor acepte precios mínimos de venta, etc. No importa que los actores pertenezcan al mismo eslabón de la cadena ni sus efectos absolutos indebidamente, el boicot siempre se sanciona como práctica relativa, a su vez el boicot no solo puede tener como vertiente el negarse a comercializar productos de un agente económico o el negarse a venderle insumos, también puede concertarse en aras de negarle servicios intermediaciones o negociaciones indispensables, para el curso de negocios a un participante del mercado.



En la tradición económica mexicana, se ha estudiado poco acerca del boicot y mucho menos se ha reparado sobre que conductas, pudieran considerarse como defensas basadas en eficiencias viables para este tipo de conducta. A través de un estudio preliminar podemos ver que cuando el boicot se da entre competidores para sacar del mercado a otro agente competidor directo, se encuentran pocas conductas que pudieran justificar la pérdida de opciones y de intensidad de competencia en el mercado. Mucho menos se repara en los elementos de razonabilidad y proporcionalidad de la conducta.

Un ejemplo de esta conducta y su endeble sanción, estudiada a la luz del derecho mexicano lo tenemos en el caso **Harinera seis Hermanos vs. Cargill de México S.A de C.V.**<sup>72</sup> En dicho caso, Harinera seis hermanos, en adelante “harinera”, denunció a Cargill de México, en adelante “Cargill” y a la APPAMEX, por concertar un bloqueo comercial que impedía a Harinera acceder al suministro de trigo importado, la Comisión permitió el estudio de la conducta al amparo del texto entonces vigente de la fracción VI del artículo 10 de la LFCE.

La práctica tiene su origen en un contrato concertado entre Harinera y Cargill, para la compraventa de Trigo americano, transacción que se realizaría a través de cartas de crédito, cuyas condiciones fueron frecuentemente modificadas, derivado de dichas modificaciones constantes a Harinera le fue imposible establecer la carta antes del 13 de julio, razón por la cuál solicitó a Cargill la cancelación del contrato, debido a la cancelación Cargill aplicó una penalización a Harinera mediante la cual obligaba a esta última a absorber costos por almacenaje y fluctuaciones de mercado, Harinera no reconoció la legitimidad del cargo y se negó a pagarlo.

Ante la negativa a reconocer la penalización, Cargill notifico de lo que consideraba incumplimiento a APPAMEX, enviándole un reporte de hechos, le solicitó hacer del conocimiento de los asociados el documento.

En el presente caso la Comisión omitió estudiar la estructura del mercado del trigo, dentro de esta estructura, cabe anotar que Cargill es la mayor comercializadora de granos del mundo, a su vez el 49% del trigo que se vende en México es importado, en su mayoría de los Estados Unidos, quien vende el grano en promedio a un costo 46% menor al costo marginal de producción, debido a los subsidios agrícolas.

Los comentarios de AAPPAMEX sobre la controversia, contaron con la fuerza suficiente para predisponer a sus miembros en contra de realizar operaciones con harinera, dichos comentarios minaron la confianza de los asociados sobre la seriedad de harinera y esta tuvo acceso a un número cada vez más limitado de ofertas, esto le cerro el acceso a

<sup>72</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. **Resolución del pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas en el abasto de trigo importado.** [en línea], Resuelto el 29 de junio de 2000, bajo el expediente DE-52-98 y RA-15-2000. Formato Html.

Disponble en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=blogcategory&id=65&Itemid=120&limit=7&limitstart=133](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=65&Itemid=120&limit=7&limitstart=133)

precios competitivos del trigo americano y, a métodos de financiamiento para adquirirlo en condiciones más competitivas, los comentarios de APAAMEX contenían elementos suficientes que insidían en la conducta de los asociados con respecto a Harinera, al determinar que, la asociación tiene la obligación de “promover y estimular las relaciones entre sus miembros y dirimir situaciones de conflicto entre ellos, así como entre estos y terceras partes a petición de los mismos”. Sin embargo, las acciones de Cargill y AAPAMEX no se dieron en el presente caso, al amparo de ninguna clase de mecanismo de solución de controversias, intermediación o arbitraje aceptado por las partes, ni siquiera propuesto.

En este supuesto, el intercambio de información sensible sobre una controversia que debió ventilarse en todo caso ante los tribunales, al dar a conocer el supuesto incumplimiento de harinera por parte de APPAMEX, se actualizó el efecto de dañar el prestigio de la empresa como sujeto no confiable para crédito lo cual, cerró ofertas para Harinera, el efecto fue el de una coordinación de conducta de tipo boicot, al actualizarse el efecto de excluir de condiciones favorables a un competidor, se actualiza la conducta anticompetitiva sin importar si el objetivo era el de coludirse para ejercer presión económica sobre Harinera hasta que esta subsanara el supuesto incumplimiento, el objetivo pierde relevancia ante el latente y predecible efecto de la pérdida de confianza en Harinera como agente económico de posible negociación, y se traduce en cierre de acceso a condiciones viables de oferta.

No se puede legitimar el uso del poder económico contra un competidor para dirimir controversias sobre obligaciones no reconocidas, sobre cuya legalidad y obligatoriedad aún no se han pronunciado los tribunales competentes o no han sido sometidas a un método de solución de controversias, en el cual un tercero imparcial busque la verdad histórica de la situación.

Las sanciones se limitaron a multas por prácticas relativas tanto para APAAMEX como para Cargill, aunque se tuvo un boicot de efectos absolutos, a su vez, y fuera de las facultades de la LFCE esta ordenó a la AAPAMEX, modificar sus estatutos para impedir que la fuerza de sus comentarios facilitara la colusión o coordinación de conductas entre los miembros. Ante un boicot orquestado desde una cámara empresarial, que facilita la coordinación de los competidores del mercado en sí resulta insustancial determinar si existe o no poder de mercado cuando sus efectos son absolutos, no parece haber eficiencia alguna argumentable para las dimensiones de esta conducta. El efecto de permitir este tipo de conducta sobre una base relativa, permitiendo su defensa bajo el argumento de que no cuentan con poder sustancial de mercado, puede derivar en el escenario altamente peligroso de permitir que se utilice el desprestigio, el boicot y el poder económico para resolver un incumplimiento de contrato cuyo foro adecuado sería el de los tribunales, los cuales evaluarían desde la existencia y legalidad de la obligación hasta determinar su incumplimiento, permitir que se actúe de la forma mencionada no importando si se tiene o no poder de mercado, resultaría en permitir la justicia por propia mano.

G) Licitaciones coordinadas sobre el abasto de bienes y servicios consumibles por el

gobierno.

En el caso de coordinación de licitaciones, los esfuerzos de la autoridad se centran en investigar aquellas licitaciones donde se venden participaciones en empresas estatales, se deja impune el fraude al Estado, que entraña el coordinar posturas para licitaciones de proveeduría de consumibles al gobierno federal y estatal. Esta coordinación puede llevarse a cabo de distintas formas y no permite obtener a los gobiernos los precios competitivos que requieren, esta postura esta supuestamente cubierta por la fracción IV del artículo 9 de la LFCE, sin embargo el coordinar posturas, para los procedimientos de adjudicación directa que, representan muchas compras estatales no entran dentro de la hipótesis, la cual debe considerarse como una modalidad de conducta agravada al ser un fraude al Estado y un fraude reiterativo; si el mercado de donde se abastece el Estado se encuentra coordinado, restringido, o sin condiciones competitivas al no tener opciones de consumo a precios competitivos se lleva a cabo el mismo fraude con los mismos resultados de las coordinaciones de licitaciones para adquisición de activos. Adicionemos el hecho de que, el ser práctica absoluta no exime al gobierno de probar fehacientemente el elemento acuerdo entre los licitantes, elemento que no puede inferirse o presumirse de acuerdo a nuestro sistema legal.

La coordinación en licitaciones públicas, muestra un alto grado de impunidad no importando el elemento fraude al Estado mencionado anteriormente y que, en Estados Unidos y Canadá reviste la forma de una de las felonías más graves bajo su régimen jurídico, a su vez se trata de una de las modalidades de conducta en las que, los infractores guardan mayor discreción.

Incorrectamente la legislación mexicana da trato absoluto a la fijación de precios entre competidores y relativo a la fijación de precios en modalidad vertical, como si de manera vertical no se pudiera manipular precios o condiciones de venta finales, lo cual es totalmente falso.

Para ejemplificar el trato de la coordinación de oferta en México, aún más allá de la coordinación de licitaciones, analizaremos el caso de la Asociación Mexicana de librerías, la cuál tomó acciones encaminadas a forzar la unificación de precios de libros de texto vendidos al menudeo por Editorial Santillana y Oxford, restringiendo la oferta, en este caso el pleno se limitó a ordenar la eliminación del acuerdo y a apercibir a la asociación contra futuros intentos, sin embargo al haber violentado la Ley, al simplemente intentar dicho acuerdo, debieron ser sancionados, además de que, la Comisión no está facultada para simplemente apercibir a una asociación, y en los términos que analizamos en el capítulo anterior esta conducta ni siquiera sentaría precedente para fines de reincidencia.

El Estado a su vez, cuando se coordinan las licitaciones en su contra para la adquisición de suministros debiera ser el primero en iniciar acciones como parte afectada de prácticas monopólicas, como el consumidor de primera línea, como adquirente de bienes para la sociedad perjudicado, pudiera y debiera perseguir y sancionar dichas prácticas para desincentivarlas y asegurar una adquisición de bienes a costos competitivos para los

órganos de gobierno o para servicios que después se prestarán al gobernado.

Además de las sanciones monetarias, este tipo de prácticas para ser desincentivadas, requieren sanciones de conducta, es por ello que proponemos que se reforme el texto de Ley para que, a las empresas que se les encuentre culpables de coordinación de posturas en licitaciones de suministro no solo se les aplique una multa. Al ser esta especulación una conducta especialmente grave, que priva de condiciones competitivas en bienes y servicios públicos a los contribuyentes, sería necesario expresar en la LFCE que las empresas que hubieren sido condenadas por coordinación de posturas en licitaciones gubernamentales tendrán prohibición de participar en nuevas licitaciones al menos por un periodo de seis meses, este tipo de conductas que inciden en la reputación del violador muchas veces son más disuasivas al ser más onerosas para la marca que las multas y, su efecto tiene una duración mucho más prolongada tanto en la mente del infractor como en la de los consumidores.

En México, al no existir las acciones de clase, sería imposible intentar una estrategia como la estadounidense de entablar englobando a todos los estados adquirentes de un insumo afectados, para iniciar acciones de clase contra los particulares que coordinaron sus posturas en las licitaciones obligando al gobierno a adquirir insumos o servicios en condiciones anticompetitivas, sin embargo resulta vital la instrucción y la actuación de los procuradores estatales en México para que, ellos sean conscientes de que, en caso de dañarse el bien público y las arcas estatales al comprar bienes en condiciones de no competencia provocadas por las coordinación de licitaciones, tienen en sus manos la posibilidad de iniciar acciones contra los participantes coludidos acciones que, a la larga permitirían al gobierno estatal acceder a postura competitivas, al producir las sanciones efectos colaterales en terceros que, estuvieren pensando en ofrecer posturas ficticias y coordinadas a los gobiernos, resulta fundamental la acción de los procuradores estatales en materia de competencia, tanto para perseguir prácticas anticompetitivas en el mercado como para asegurar el acceso del gobierno estatal a posturas en condiciones de competencia real y así evitar el seguir favoreciendo las simulaciones en las compras gubernamentales, esto a su vez tendría efectos en la justicia económica sobre todo en su faceta distributiva y significaría una forma de aminorar las disparidades económicas estatales al abrir el acceso del gobierno a compras reales, a precios competitivos y obligando a los interesados en abastecer al gobierno en competir en precios, calidad y transparencia para el abasto. Mientras más opciones de consumo competitivo tenga el gobierno para adquirir insumos básicos, mejores servicios y oportunidades de desarrollo estará otorgando a sus gobernados.

H) Discriminación en base a descuentos que revierten en ventaja indebida a favor de determinada clase de agentes económicos, respecto a la competencia que debieran guardar con otros agentes que se encuentran en igualdad de condiciones. Esta práctica es poco estudiada en el mercado mexicano, sin embargo a raíz de los descuentos otorgados en bases discriminatorias se ha favorecido la disparidad en el mercado, caso específico de los medicamentos, como veremos a continuación. El otorgar descuentos no es una práctica ilícita en sí, sin embargo deben estudiarse las bases sobre las cuales se otorgan dichos

descuentos, que sean bases abiertas que permitan a todos los adquirentes o distribuidores acceder a ellos de cumplir con las condiciones generales que el descuento marca, esto por que el descuento modifica las condiciones de oferta.

Una panorámica de dicha conducta podemos apreciarla en el caso sostenido por la Asociación Civil de Propietarios de Farmacias de Cuernavaca, contra Wall Mart México S.A. de C.V., Aurrerá, Superama y Comercial Mexicana S.A de C.V.

En dicho caso, la denunciante manifestó que, los presuntos infractores vendían medicamentos por debajo de los costos de adquisición, sin embargo la denuncia no fue procedente ya que se hizo al amparo de la practica de discriminación de precios la cual estipula la venta sistemática de bienes por debajo de su costo medio total o costo medio variable y, para la evaluación de dicha práctica la Comisión únicamente ha reparado en los costos de adquisición que pueden verse afectados por descuentos, estrategias de comercialización etcétera.

Esta venta por debajo de costos de adquisición, toma especial realce aún cuando la diferencia de costos provenga de descuentos, cuando los distribuidores son abastecidos por unas cuantas comercializadoras, dos en el presente caso, que concentran los productos de todos los laboratorios disponibles en un mercado geográfico y, ellas se encargan de venderlos al distribuidor final, ya que son estas comercializadoras y no los laboratorios las que determinan quienes otorgan cuales descuentos y sobre que bases, teniendo el poder de mercado suficiente para discriminar entre distribuidores finales.

Aunque no se consideró que se reunieran en el presente caso, los elementos para determinar una depredación, sí existían elementos por los cuales la Comisión debió haber ahondado en las condiciones generales del descuento, que las comercializadoras otorgan a ciertos distribuidores finales, dicha investigación debió haberse iniciado de oficio como método de sondear el estado general de un mercado donde dos comercializadoras concentran un gran poder monopólico y monopsónico, a su vez esto permitiría a la Comisión establecer y ahondar sobre las condiciones generales de los descuentos que proporcionan a determinados distribuidores y que tienen efectos evidentes en la oferta menos favorable que, los minoristas encuentran para adquirir los medicamentos de la comercializadora, más aún cuando dichas comercializadoras son la única fuente por la que, las farmacias pueden adquirir los bienes y se debió ahondar sobre la coordinación de conducta aparente consistente en que, ninguna de las dos comercializadoras a pesar de ser agentes económicos independientes presentan condiciones de venta distintas ni independientes para las farmacias de pequeño y mediano volumen, traducándose en una inexistencia de opciones para dichas farmacias sobre los precios y condiciones de adquisición de los bienes, ninguna de las dos comercializadoras da acceso a dichos descuentos a farmacias fuera de las cadenas de supermercados, elevando los costos de adquisición de estos distribuidores.

En este caso, el descuento tiene efectos de discriminación en línea secundaria al dejar en desventaja competitiva a los distribuidores que no obtienen descuento respecto de

aquellos que si lo obtienen, por tanto, resulta vital analizar si la diferencia en el costo de adquisición deriva de una diferencia de costos de venta o entrega por volumen, si derivan de cambios de condiciones en el mercado por bienes de temporada, estudiar la disponibilidad del descuento, que tan públicas son las políticas que marcan la aplicabilidad del descuento en cuanto a condiciones, y la generalidad del acceso a estos.

Cabe mencionar que, la Comisión aún no se ha pronunciado sobre los descuentos como vías para facilitar prácticas anticompetitivas o excluyentes, tampoco se les ha estudiado como métodos para disciplinar agentes económicos o como un elemento vital del concepto precio al modificar las condiciones de oferta, hasta la fecha el descuento parece ser una vía no cuestionada para facilitar colusiones y discriminaciones ya que, la Comisión no ha analizado la responsabilidad de los otorgantes de descuentos y promociones como forma de discriminar entre dos consumidores que se encuentran en igualdad de condiciones<sup>73</sup>.

En este mercado plagado de descuentos, promovidos en condiciones desiguales, los mismos han sido un factor mediante el cual, mantener paralelismo en precios de mercado paralelismo expresado en porcentajes a través de márgenes de promoción grises no investigados.

### **1.6 Criterios para revisión de fusiones en México**

El estudio de fusiones en nuestro país, se da como en la mayoría de las economías occidentales, teóricamente con un enfoque preventivo, buscando evaluar las concentraciones antes de su consumación, de lo contrario no siempre resulta posible evitar el impacto anticompetitivo y restablecer el *status quo ante* de la creación del ente fusionado.

A su vez, la legislación de competencia en cuanto al estudio de fusiones se enfoca únicamente a considerar cuanto aumentaría la participación de mercado del ente resultante, sin obligarse a medir las consecuencias de dicho ente, en la intensidad de competencia, su existencia como facilitador de colusiones en el mercado, tampoco contiene preceptos exactos encaminados a prevenir el atrincheramiento o reforzamiento de poder de mercado, la perpetuación de tendencias o la profundización en las barreras de entrada al mercado.

Dentro del escenario post-fusión deben evaluarse varias posibilidades, el poder real de mercado con que cuenta el ente resultante, si existe el riesgo de que la fusión facilite el comportamiento colusivo o exclusionario dentro del mercado, el impacto en mercados relacionados y mercados de factores, el costo social de que la entidad fusionada acuda o deje de acudir a la compra de insumos, si la fusión representa una barrera a la entrada al obligar a los nuevos entrantes a competir no solo en uno si no en dos niveles de la cadena productiva para significarse como competidores de la entidad fusionada en su mercado, si la fusión entraña una disminución de los activos dedicados a la producción, si adquiere el

<sup>73</sup> PEREDO, Rivera Amílcar. *Vid supra n.41,p.226.*

suficiente poder como para comportarse independientemente a las condiciones de mercado o para realizar acciones anticompetitivas unilaterales, evaluar si las ganancias propuestas por la fusión más allá de ganancias derivadas del ahorro en costos fijos de la organización corporativa tienen probabilidades y tendencia reales para traspasarse al consumidor, o hacia otros agentes económicos presentes en diversos eslabones de la cadena productiva e independientes a la entidad fusionada, así como el impacto en el mercado laboral ya que, un alto índice de desempleo en la industria se significa en un costo que no necesariamente, será absorbido por la entidad fusionada sino por la sociedad, ya que de no crearse nuevos empleos para reponer los perdidos, se tendrán que utilizar recursos del erario público para mitigar la situación de desempleo, deberá evaluar si los mercados en cuestión cuentan con mecanismos suficientes para impedir que la entidad fusionada pueda fijar precios o condiciones de venta del producto, así como verificar si se tienen mecanismos que eviten que, la entidad fusionada acapare los medios de producción o deprima indebidamente los precios de los insumos al adquirir poder monopsonico.

A su vez, deberán determinarse con sumo cuidado los mercados relevantes afectados por la concentración, y no limitarlo al mercado donde se traducirá la actuación final del ente fusionado o donde concurrirán sus productos, ya que, generalmente la fusión tiene efectos en los mercados relacionados y proveedores del principal, sin embargo CFCE se limita a cuestionar una fusión solamente cuando dicha fusión se traduzca en alta concentración de la participación porcentual de mercado, donde concurre materialmente la entidad fusionada, descuidando el estudio de mercados relacionados y de factores

El artículo 223 de la LGSM obliga a los participantes en una fusión a notificar de la misma al Registro Público de la Propiedad y del Comercio, sin embargo esto no es suficiente, las sociedades avisan al RPPC de su fusión ya que, uno de los requisitos para conceder a una empresa el carácter de sociedad mercantil, con personalidad jurídica distinta a la de sus socios es el cumplir con el principio de publicidad de sus actos e inscripciones, consagrado en el artículo 2 de la LGSM, sin embargo para proceder a realizar el registro ante el RPPC el reformado artículo 20 de la LFCE, exige a los interesados exhibir ante el RPPC antes de realizar el registro, la resolución de la Comisión sobre la fusión para así asegurarse de que se esta inscribiendo una fusión que fue notificada oportunamente y revisada sin objeciones por la Comisión.

El estudio de fusiones por parte de la Comisión, pondera la participación en los mercados por parte de los agentes económicos, muchas veces descuidando el poder de mercado de los mismos, tiende a beneficiar la existencia de eficiencias especulativas y muchas veces pierde de vista el efecto de la fusión en los mercados relacionados o el efecto combinado de mercados relacionados con la fusión, como ejemplo de esta visión general tenemos los casos Kamel <sup>74</sup> y TCC/Cadbury Schweppes.

Empecemos con los criterios desprendidos de la fusión de **The Coca Cola Company /Cadbury Schweepes**<sup>75</sup>: A grandes rasgos, se trataba de la fusión de la empresa líder

<sup>74</sup> PEREDO, Rivera Amílcar. *Vid supra n.41*, PEREDO, Rivera Amílcar. *Vid supra n.41.*, p. 58.

<sup>75</sup> Comisión Federal de Competencia Económica. **The coca cola company/ Cadbury**

mundial en el mercado de refrescos con la tercera productora mundial de bebidas carbonatadas, Coca-cola, por sí sola contaba con un 80% del mercado mexicano a través de Femsa quien, a su vez es manejadora de las botanas Sabritas y distribuidora de Marinela, productos que suele atar al refrigerador y la compra de productos coca-cola, y cuya distribución suele condicionar, obligando a distribuidores a negar el trato a otras refresqueras. A su vez Femsa, es propietaria de la mayor y hasta hace muy pocos años única embotelladora del país, encargada de embotellar prácticamente todos los refrescos supervivientes en México tras la incursión de Coca. Esta intermediación entre Femsa y Coca de por sí tenía ya grandes efectos a nivel nacional, sobre el embotellado de productos ya que una etapa de la cadena productiva estaba controlada por el binomio Coca Cola- Femsa, esta relación Coca-cola-Femsa no fue estudiada durante las consideraciones de la fusión, simplemente la Comisión se limita a describir el proceso productivo separándolo en dos etapas, el suministro de concentrados a embotelladores, sobre el cual no ahonda y omite valorar que hasta hace pocos años Femsa, de la cual como ya mencionamos es accionista mayoritaria Coca-cola ,tenía el control del embotellamiento de todas las demás marcas de refresco a las que subía los costos de embotellamiento o contra, las que por años se perpetuaron prácticas diseñadas a hacerlas subir sus costos de producción para depredarlas del mercado, la Comisión omitió pronunciarse sobre el efecto de Femsa en atención a sus actividades como embotelladora.

La otra etapa del proceso y, en atención a la cual indebidamente define el producto relevante se da a través de los promotores con el producto ya embotellado dando indebidamente por sentado que, todos los productores de concentrado tuvieron las mismas condiciones para embotellar el producto y suponiendo que, esto no elevó en la etapa previa sus costos, entonces define que, desde el punto de vista de los promotores el mercado relevante en el que tendría efectos la operación es la venta de aguas minerales y carbonatadas junto con el agua natural de capacidad inferior a cuatro litros.

Tampoco considera que, de quedar como independientes Cadbury y otras empresas pudieran realizar gestiones para crear más embotelladoras para aminorar su dependencia de Femsa, no considera que la fusión pudiera favorecer la posición de Femsa como embotelladora. Para determinar el mercado relevante la Comisión considero solamente los efectos de la fusión en los mercados finales de distribución y consumo, sin considerar su impacto en los mercados relacionados, niveles intermedios de la cadena de producción y mucho menos en los mercados de factores, como es el caso de la industria azucarera que, estaba en quiebra y para la que desaparecería un comprador independiente de insumos, tan no se consideran los mercados relacionados que, omite pronunciarse sobre la importancia de Coca Cola como comprador de la mayor parte de la producción azucarera mexicana y el comprador más importante de JMAF a nivel mundial, producto para entonces

---

**Schweppes**, [en línea] Gaceta de Competencia Económica de la Comisión Federal de Competencia; México, Comisión Federal de Competencia; Año 2, Número 4, mayo agosto de 1999, [citado 02-10-2008]. Expediente CNT 166-98. Formato Html.

Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=133&Itemid=204](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=133&Itemid=204)



monopolizado<sup>76</sup> que, indebidamente se considero como sustituto viable, sin considerar el trato discriminatorio que hasta 2006 recibió este producto en México al que se le aumentaba un 20% de impuesto a través del IEPS y sin estudiar la intensidad de competencia que tal sustituto podía significar, al estar ya para entonces en precio monopólico y bajo investigación en las principales jurisdicciones del mundo, en realidad la importación de JMAF en esos tiempos no significaba una competencia sustancial al azúcar por las razones anteriormente esgrimidas.

El presente caso, parte de la omisión de la Comisión sobre el estudio del impacto de las conductas en los mercados de factores, se desprende del hecho de que, generalmente la Comisión suele ponderar ciertos elementos de los sustitutos, como el precio para considerar que tan viable es la sustitución, dejando de lado un elemento esencial como es el de las características físicas de un producto, la distinción que su origen le da para crear una tendencia o hábito de consumo y, su nivel de procesamiento esto que, de alguna manera nos abriría la entrada al análisis de los mercados relacionados con la operación final del producto obtenido, es pocas veces estimado y analizado por la Comisión, por ejemplo en el caso anteriormente mencionado de la Catsup.

Así se estudian los posibles entrantes al mercado de bebidas carbonatadas, en caso de una hipotética alza en el precio del bien final, sin estudiar el acceso de dichos posibles entrantes a una embotelladora o el costo que tendrían que adoptar para embotellar sus productos en caso de negativa de Coca-cola Femsa, se analizó, solamente si productores de bienes indirectamente competidores como los jugos, tienen la capacidad de producir refrescos sin hacer cambios productivos mayores, sin embargo, no se cuestiona si estos posibles entrantes productores de artículos indirectamente similares o nuevos entrantes directamente al mercado de bebidas carbonatadas encontrarán significativas barreras en el primer nivel de la producción esto es, en la entrega del concentrado para el embotellado. El análisis de la concentración se centró en la posibilidad de la sustitución de las bebidas carbonatadas por otras bebidas y la posibilidad de entrantes a ese mercado, sin reparar en las barreras presentes en procesos intermedios de producción como el embotellado, mucho menos analizando las posibilidades de sustituir la intermediación de Femsa embotelladora, ni el efecto en los mercados relacionados o de factores, así se hace un análisis parcial de los efectos de las fusiones, considerando solamente el producto final, aún en mercados concentrados de manera latente desde etapas tempranas de producción, que presentan conductas anticompetitivas.

En otro punto de la decisión se menciona que ciertos sustitutos imperfectos, utilizan los mismos canales de distribución sin embargo no repara en las barreras patentes a la entrada de dichos canales en la industria refresquera, barreras representadas por los altos gastos destinados a publicidad, necesarios para dar a conocer y colocar una marca de refrescos hoy en día y los contratos de exclusividad que, proliferan en la materia los cuales impiden vender más de una marca en algunas tiendas de autoservicio, minoristas, eventos deportivos y entretenimiento, siendo la distribución uno de los principales obstáculos a vencer para el ingreso de nuevos competidores en el área, dichos obstáculos no fueron

---

<sup>76</sup> In Re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation, Class Action. Justice Posner Project.

analizados por la Comisión como barreras a la entrada.

Resulta importante recalcar que, la CFCE hace privilegiado uso del criterio precio para evaluar fusiones, la Comisión generalmente echa mano de este criterio como el primero y angular<sup>77</sup> para identificar sustitutos, por encima de los criterios de uso características físicas o canales de distribución que en muchos casos no son ni siquiera considerados, y que al no haber un parámetro claro en texto de ley de criterios que deberá agotar la Comisión en su búsqueda de bienes sustitutos, directamente competidores y complementarios, se esta ante una latente inseguridad jurídica. Por otro lado al evaluar el criterio precio y las eficiencias que en costos puede significar una fusión, la Comisión comete el reiterado error de considerar con el mismo valor un peso de ganancia del productor con un peso de ahorro del consumidor y un peso de ganancia para el gobierno, cuando el peso del gobierno y del consumidor, no tienen el mismo valor ni la misma paridad que el peso de ganancia del productor y puede que estos pesos del consumidor y del gobierno nunca se manifiesten en los hechos y se queden en mera hipótesis especulativa, al no transmitirse los ahorros de eficiencias productivas al consumidor como en el caso del gas LP, o al no poder disminuirse el subsidio del gobierno aunque, la empresa este ganando un peso marginal más, o que ese peso de ganancia del productor no sea efectivamente recaudado por el gobierno vía estrategia fiscal. Por tanto el peso ganado por el productor es un peso fáctico real percibido y el del consumidor y el gobierno es un peso especulado que puede o no percibirse no importando que se realice la primera condición de ganancia del productor.

Por estas y otras razones relevantes, otras jurisdicciones como la norteamericana han rechazado hacer del precio el elemento *sine qua non* para identificar sustitutos.

El segundo caso utilizado para evidenciar los criterios utilizados de la CFCE para fusiones nos centra en la posibilidad de argumentar una eficiencia especulativa no materializable como piedra angular de una fusión que, claramente concentraba un gran poder de mercado en el mercado mexicano, este fue el caso de la adquisición por parte de **Compañía Industrial de Parras S.A. de C.V., de Textiles Kamel Nacif S.A. de C.V. e Inmuebles Kamel S.A. de C.V.** Se trataba de la fusión de los dos productores de mezclilla más importantes en México<sup>78</sup>.

Dicha fusión sin importar que diera a Grupo Parras el control del 100% de la mezclilla de alta calidad en México, fue aprobada con base en dos argumentos menores y hasta contradictorios con el derecho de la competencia económica misma:

- a) Como primer argumento se aprobó la fusión para apoyar a Grupo Parras como exportador mexicano y fortalecer su presencia en el mercado internacional.
- b) Se consideró que, la fusión no afectaría a los industriales del vestido mexicano ya que, el 100% de control que otorgaba a Grupo Parras se daba principalmente en el mercado de

<sup>77</sup> PEREDO, Rivera Amílcar. *Vid supra n.41*, pp.46-53

<sup>78</sup> *Ibidem* p.58.

mezclilla de alta calidad y los confeccionistas mexicanos realizan su trabajo con mezclilla de "menor calidad" donde se encuentran presentes algunos otros pequeños competidores, sin estudiar la capacidad, viabilidad e intensidad de presencia de los mismos en el mercado. En todo caso a los industriales mexicanos, les quedaba la posibilidad de aumentar el flujo de importaciones de mezclilla cuando la producción de mezclilla nacional se viera acaparada por Parras, se sugirió que la mezclilla procedente de Argentina, Colombia, Estados Unidos, Hong Kong y Uruguay eran sustitutos viables para la mezclilla mexicana, sin importar si se monopsonizaba el mercado de factores en México. Es decir, la sustitución por importaciones mantendría a flote a los confeccionistas mexicanos, sin en el impacto de la concentración, en el desarrollo de una rama nacional de mezclilla. Haciendo depender de una sola fuente, las importaciones, el abasto de mezclilla de alta calidad del país.

Abordando el primer criterio, se trata de una eficiencia especulativa que no forzosamente derivaría beneficios en el mercado mexicano, ni al proceso competitivo o a los consumidores presentes en el mercado mexicano, menos a los mercados relacionados o de factores. En ningún punto de la Ley o reglamento se establece que, el fomento a la exportación es una eficiencia suficiente para autorizar un 100% de concentración en un mercado relevante determinado, y la Comisión omite examinar los beneficios directos al mercado mexicano derivado de la citada internacionalización, si no fuera por que la materia de competencia económica queda fuera de la mayor parte de los Tratados comerciales internacionales, otras empresas internacionales podrían exigir sobre este criterio no escrito de eficiencia el mismo trato alegando solamente que se fusionan para ser competidores más fuertes en la exportación, y que deben tener acceso a que tal argumento de eficiencia les sea aplicable al igual que lo ha sido para las empresas mexicanas, en aras del principio de trato nacional, es decir las empresas transnacionales podrían exigir un trato no menos favorable al dado a las empresas mexicanas cuando se fusionan alegando como eficiencia relativa la posibilidad de competir en mejor forma en el mercado internacional, esto sumado con la postura estipulada por el GATT sobre la imposibilidad de uso de la política comercial para la protección de la industria nacional, hace este criterio base de la resolución altamente discutible.

Se puede aducir que, se trata de una resolución tomada en base a un criterio extra legal de nacionalidad, al autorizarse la fusión considerando que, la misma permitirá a una sociedad mexicana competir de mejor manera fuera del mercado internacional, la tarea de la Comisión era evaluar los efectos de la concentración en el mercado nacional para salvaguardar las condiciones competitivas, sin importar la nacionalidad del productor ni su posición a nivel internacional.

En el mercado mexicano, muchas veces se han autorizado fuertes concentraciones de poder económico, bajo el argumento especulativo de que, las importaciones sobre los productos concentrados crecerán a menores precios y obligarán a la entidad resultante de la fusión a mantener precios competitivos, sin embargo esto no siempre sucede, este es un enfoque que no toma en cuenta el impacto de la fusión sobre los insumos, los mercados relacionados, accesorios, mercados relevantes, suministro de materia prima, mano de obra, y poder

adquisitivo como resultado, se subestima el daño causado por la pérdida de opciones presentes en el mercado y se favorece las inversiones indirectas y especulativas. A su vez, permite a las entidades fusionadas tener poder en tres niveles, en el mercado del bien final, en el mercado de los artículos relacionados o accesorios y en el mercado de materias primas y el mercado laboral básico.

Indebidamente, la autoridad en México confunde el daño a la competencia con el número de productos presentes o que pudieran presentarse dentro del mercado geográfico, ya sean nacionales o importados, no califica el daño en la pérdida sustancial de intensidad competitiva entre agentes presentes en México ni la pérdida de opciones independientes para el consumidor, pueden existir muchos productos de marcas distintas en el mercado y, esto no significa que estos entrañen una competencia intensiva entre sí ni que se signifiquen en condiciones de oferta independientes. Por ejemplo, los detergentes y el nivel de participación que empresas como Procter & Gamble ostentan con diferentes nombres y marcas, sin embargo esto no indica que, estos detergentes compitan entre marcas, más bien se trata de competencias dentro de una misma marca, bien planeada y delimitada, no independiente y mucho menos intensiva.

El derecho mexicano tampoco, prevé ninguna figura encaminada a investigar y desincentivar la concentración de importaciones de ciertos insumos por ciertos productores y distribuidores en mercado nacional, de aprobarse prácticas comerciales restrictivas o fusiones bajo el criterio de que, las importaciones subsanarán la pérdida de opciones, aquél que concentra la mayor parte de los bienes importados adquiere un importante poder de mercado no investigado y ni siquiera contemplado bajo las leyes mexicanas. Esta hipótesis, la vemos reflejada en el mercado nacional de maíz y las prácticas anticompetitivas de grupos como Gruma y Minsa, los cuales además de controlar el mercado nacional, comprar la mayor parte de la producción nacional y especular con el nivel de producción competitivo dentro del país, concentran la mayor parte de los cupos de importación impidiendo que suba la oferta del insumo maíz y controlando a través de estos filtros, los precios de productos con pocas o nulas sanciones a su conducta.

En contraste, el derecho estadounidense no ve la sustitución por importaciones como una defensa viable por sí misma, si no hay presentes en el mercado americano otras opciones viables que representen competencia intensiva, no se autoriza una fusión que represente una gran pérdida de opciones en el mercado, ni la baja sustancial en la intensidad de dicha competencia.

A su vez, cabe señalar que, indebidamente la Comisión considera la internacionalización como una eficiencia suficiente para permitir una fusión y no como una eficiencia natural derivada del buen accionar de una compañía, como la trato Estados Unidos en el caso Standard Oil.

Se trata de una eficiencia para la que no se fijó un tiempo esperado de materialización ni beneficios derivables al sistema mexicano de ella, ni a la intensidad del proceso competitivo, ni a los mercados relacionados, tampoco se instó a la empresa a presentar un

plan de exportación detallado que sustentara su apreciación de que la fusión le permitiría mejorar su posicionamiento a nivel internacional.

En jurisdicciones como la canadiense y la estadounidense, este tipo de eficiencia especulativa, no sería elemento suficiente para aprobar la fusión. Dos de los principales precedentes en Estados Unidos reafirman nuestra aseveración de que no cualquier eficiencia especulativa puede justificar una transacción de las proporciones de la presente, en el caso **Standard Oil Co. Of California vs. United States**<sup>79</sup>. La Suprema Corte norteamericana declaró en 1949 que, cuando existen restricciones puras y directas a un segmento de mercado los efectos benéficos especulativos, no son suficientes para justificar la pérdida de competencia. Aún en el pensamiento económico más liberal, se ha establecido que cuando se estudian conductas que se significan como restricciones directas al comercio, estas solo podrán ser consideradas legales si sus beneficios fueren notoriamente, más no especulativamente, mayores a las restricciones que significan, en el presente caso como se mencionó, jamás se dimensionan los beneficios de la citada internacionalización pretendida por Grupo Parras, por tanto no se estudió si dichos beneficios eran mayores a las restricciones directas significadas por su concentración.

Así mismo, en el caso **International Shoe Co. vs Federal Trade Comission**<sup>80</sup>, la Suprema Corte de nuevo confirmó que, en el caso de fusiones no puede argumentarse eficiencia válida alguna cuando las consecuencias de la fusión son en su mayoría adversas a la sociedad.

Por otra parte resulta evidente que, los efectos de la concentración solo fueron analizados para el nivel horizontal, a nivel vertical no se pronuncia sobre la posibilidad de ejercer poder de mercado sobre la compra de insumos, la pérdida de compradores para los mercados de factores, la posibilidad de coordinación de mercados a nivel vertical, la posibilidad de la entidad resultante de establecer barreras a la competencia o concurrencia en el mercado del bien final, en mercados relacionados donde no tiene el 100% de control, pero su conducta puede impactar en los precios de todo tipo de mezclillas al apalancar su poder de mercado en la mezclilla de alta calidad hacia otro mercado relacionado, o en mercados de factores.

Resulta contrario a toda la lógica de competencia el atenerse a que, los productores nacionales solo utilizan "mezclilla de baja calidad" ya que, la concentración de poder y abasto de la mezclilla de alta calidad en manos de un solo productor, se significaría en una barrera a la eficiencia productiva que impediría a los confeccionadores mexicanos mejorar la calidad de sus productos al no tener acceso a una mejor mezclilla.

De facto e indebidamente la Comisión omitió pronunciarse sobre los efectos de la concentración en el mercado nacional, definiendo ampliamente el mercado geográfico

<sup>79</sup> **Standard Oil Co. Of California vs. United States** [337 U.S. 293], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (1949).

<sup>80</sup> **International Shoe Co. vs. Federal Trade Comission**, [280 U.S. 291], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (1930).

como el mercado internacional, al hacer depender el mercado nacional de la mezcla de alta calidad del mercado internacional a través de importaciones y, orientando únicamente hacia él los efectos de la concentración, descuidando su impacto sobre la mezcla mexicana, los empleos perdidos y la falta de incentivos para la innovación entre los confeccionistas mexicanos, cerrando la puerta al consumidor mexicano a un producto nacional de mejor calidad y, desincentivando el desarrollo de la rama mexicana al no haber demanda diversificada para la mezcla mexicana, de alta calidad este criterio, si se analiza a la luz de los objetivos de leyes de competencia mejor orientadas como la canadiense resultaría inaceptable.

Se le dio tal importancia a las importaciones considerando de nuevo el criterio precio como angular para la sustitución, que al destacarse que los precios internacionales estaban por debajo del precio de la mezcla nacional, se omitió valorar este precio inmediato no garantizaba, que la industria nacional no sufriera la concentración de la mezcla mexicana, ni que el ente resultante de la fusión no tuviera poder para fijar los precios de la mezcla nacional.

En cuanto al otro elemento constitutivo del mercado relevante, el mercado geográfico el artículo 12 de la LFCE también es omiso en un punto clave, no dilucida cuanto tiempo se considera un tiempo razonable para que los competidores concurren a un mercado geográfico donde se ha dado una fusión, mucho menos en cuanto tiempo se espera que dicha concurrencia pueda disciplinar al monopolista. Estos criterios son, en cuanto a la posibilidad de controlar precios estudiada por la Comisión cuando se le presenta una fusión, sin embargo generalmente el análisis omite hablar de la posibilidad de conducta unilateral del ente fusionado, de la factibilidad de provocar paralelismos o conducta estratégica, mucho menos de conductas relativas, algunas veces se estudia dentro de los obstáculos a la entrada el estado de los canales de distribución y el acceso a materias primas para los posibles nuevos entrantes, sin embargo esta no es una constante en la Comisión, queda a su discreción a que profundidad realiza el análisis de las consecuencias de una concentración de mercado, tanto para fusiones como para prácticas anticompetitivas, ante el silencio del artículo 12 de la LFCE, sobre elementos específicos y su redacción potestativa, esta falta de criterios que tampoco han conseguido desarrollo sustancial a través de jurisprudencia, ha provocado una inseguridad jurídica latente que vicia la materia de competencia económica. Tampoco se han emitido Lineamientos sobre que se considera un tiempo o una posibilidad viable para los usuarios de acudir a otros mercados dejando en la misma ambigüedad esta determinación.

El definir mercados geográficos supranacionales como en el caso de Grupo Parras sin considerar los mercados regionales resulta abiertamente incorrecto, ya que se pierden de vista las condiciones económicas de la región donde la conducta tendrá un impacto directo, condiciones básicas como el nivel de ingresos, nivel de desarrollo, índice de empleo, tipo de producción, dependencia con el mercado nacional e internacional, estructura, comunicaciones, infraestructura de la localidad, nivel de inversión, tamaño de la economía, opciones presentes en ella, etc.

Indebidamente la Comisión opta cuando encuentra identidad de competidores y ausencia de barreras formales a la entrada por determinar mercados nacionales obviando las condiciones específicas de cada mercado regional, se pierden de vista los distintos índices de empleo en ingresos en cada región, diverso desarrollo en cuanto a comunicaciones y transporte incluso las diferencias en el Salario Mínimo General Vigente para cada región, no tiene el mismo impacto una pérdida de opciones para adquirir ciertos bienes en los estados fronterizos, que en el sur de la República, ni las opciones de sustitución en una ciudad tan comunicada como el Distrito Federal en comparación con un poblado como Acambaro, tampoco son las mismas opciones de entrada aun mercado regional atractivo que tal vez tenga una mayor capacidad adquisitiva como el del Distrito Federal que, los incentivos que tuviera una firma para establecerse en Acambaro. Esta disparidad se puede tipificar fácilmente usando como ejemplo los servicios de cobertura telefónica donde para los sectores privados no ha sido igual de atractivo invertir en la entrada para prestar servicios en las ciudades densamente pobladas y con perfil urbanístico que, invertir en poblados alejados de grandes ciudades. También se debe considerar el tamaño de los posibles nuevos entrantes a un mercado, si entrarían con una fuerza suficiente que supusiera una intensidad deseable de competencia y, en cuanto tiempo, si los únicos competidores de una transnacional como coca-cola son empresas locales de mediana y pequeña escala, será difícil que, se signifiquen en una competencia intensiva para la transnacional, indebidamente el análisis de las autoridades mexicanas, anula y hasta desdeña la importancia del elemento estructura industrial; dos productores del mismo bien o servicio pueden en realidad satisfacer dos demandas distintas o a consumidores distintos, sin que les resulte suficientemente atractivo el entrar al mercado de otro en caso de una eventual alza de precios sin embargo, el análisis global se les podría utilizar indebidamente como opciones de sustitución

En México se utiliza, como parámetro para medir el poder de mercado de un agente económico el índice Herfindahl Hirsch o IHH, acondicionado con el índice de dominancia o ID creado por la CFCE, ya en el capítulo anterior analizábamos la inseguridad jurídica derivada de que dichos índices se emitieran a través de resoluciones administrativas y no se les expresara junto con sus criterios de aplicación en texto de Ley.

El índice Herfindahl Hirsch, es utilizado tanto en Estados Unidos como en México, sin embargo, México solo mide la concentración del mercado cuando analizan fusiones, sin utilizarlo para medir la concentración de una industria como marco de conductas anticompetitivas por tanto, podemos concluir que, solo se entra al estudio de la estructura de un mercado por parte de la CFCE cuando se le plantea una fusión, siendo esta visión sesgada e indebida ya que, ciertas practicas aún las relativas enmarcadas en la estructura del mercado afectado pueden darnos una perspectiva real de sus efectos, por tanto en esta tesis se propone el cristalizar a nivel de Ley la obligación de la CFCE para pronunciarse sobre la estructura de un mercado, midiendo la concentración del mismo en general, aplicando índices de concentración a la par al de elasticidad cruzada y el de Lerner, durante el análisis de prácticas anticompetitivas para obtener un análisis acorde a la situación real de cada mercado y evitar que se limite el estudio a la elasticidad de demanda relativa de ciertos bienes y servicios. Dichos índices miden tanto la estructura de

mercado como reflejan los problemas de distribución en los mismos, razón por la cuál resulta fundamental su aplicación no solo a las fusiones.

Este índice mide las participaciones en el mismo mercado de las empresas fusionantes elevándola al cuadrado, dividiéndolas entre el número de participantes, permite medir el número de participantes presentes y su tamaño relativo en el mismo mercado, este índice nos sirve para medir tamaño.

Europa y Canadá no utilizan este índice por considerarlo demasiado básico, el IHH por si solo nos habla solo de tamaños y estructuras, dando alto grado de importancia al desempeño interno de los agentes por encima del efecto de su conducta en el mercado y, sin miramientos hacia el impacto de dichas conductas en los consumidores, mercados relacionados, mercados de factores y competidores. En contraste estas jurisdicciones utilizan el índice de Lerner, el cual en sus variables contempla el daño al consumidor, al restar directamente del costo marginal del productor multiplicado por su capacidad competitiva (es decir la intensidad de competencia que dicha empresa por sí representa en el mercado), el precio al cual vende el bien o servicio dividiendo el resultado entre el precio y la elasticidad del producto. El índice de Lerner por su parte da poca idea de la estructura industrial, sin embargo se enfoca en presentar un panorama sobre su comportamiento y los efectos de dicha conducta en las industrias relacionadas y en los consumidores, así como la separación entre el costo marginal y el precio final, ayudando a ubicar precios en zona gris.

El IHH indebidamente pondera uno solo de los elementos del proceso competitivo, el número y tamaño de los participantes actuantes en un mercado, mientras que el índice de Lerner se enfoca a los efectos más allá del giro industrial estudiado, de las conductas desplegadas por los agentes económicos, con un índice más completo pero descuidando el estudio de la estructura de la industria.

En un mercado oligopólico como México, donde existe una constante pérdida de opciones vale la pena analizar para cada caso que variables arroja cada uno de los índices para así formular una determinación mucho más sustentada para la CFCE, en caso de determinarse incompatible la aplicación paralela del IHH y el Lerner, vale la pena estudiar la posibilidad de modificar el ID para incluir en él las variables de precio marginal, distribución de ingresos en las zonas geográficas afectadas, nivel de producción competitivo o intensidad de competencia representada por los entes a fusionarse y, la elasticidad de la demanda de las empresas antes de fusionarse y de la entidad resultante de la fusión.

Para el caso de las fusiones entre vendedores de productos diferenciados, en mercados de alta consolidación de marcas, no existen parámetros especiales para su análisis que permita, a los investigadores determinar si las marcas retirando el grado de identificación y lealtad que hacia ellas ha producido la construcción de tendencias, pueden considerarse o no como sustitutos



Otros tres vacíos legales que provocan que México, no cuente con un sistema completo de identificación de grados de concentración de las fusiones se refleja en la falta de disposiciones para identificar y promover la independencia entre las firmas, la falta de concepto y consideración sobre la naturaleza de las firmas Maverick del mercado y la inexistencia de mandato de ley para aplicar una evaluación sobre las firmas en decadencia y su posible fusión, para así determinar el tratamiento más favorable a las mismas.

Sobre el punto de la firma Maverick y su significado, ya hemos hablado anteriormente, el riesgo mas grande es que no existen criterios que ayuden a la Comisión a determinar cuando se esta en presencia de una firma Maverick y el daño consistirá en aprobar únicamente sobre criterios numéricos la fusión de dos empresas, donde una es o tiene posibilidades de convertirse en firma Maverick, daño especialmente grande en mercados concentrados. Al ser generalmente una firma Maverick una empresa pequeña o una empresa mediana, el impacto de su adquisición en el mercado o de la pérdida de una firma independiente en un mercado coordinado puede no ser debidamente reflejado de manera numérica por los índices, mientras cuantitativamente el impacto sería bajo, el efecto potencial al perderse una opción de consumo que iba en crecimiento, dificultaba la coordinación en el mercado o propiciaba una mayor competencia entre las firmas, puede ser mucho mayor que la suma del cuadrado de las participaciones del mercado de cada una, ya que como mencionamos anteriormente la firma Maverick puede no tener un gran poder sustancial de mercado pero funge o fungía como pie de balanza, es aquella más viable de absorber a los consumidores de las firmas grandes, lesionados por una coordinación, al permitirse su fusión se facilita la coordinación; del mercado, situación que las directrices de fusiones en su naturaleza profiláctica deberían considerar y debiera consignarse en mandato expreso de Ley ya que, dentro del mandato de estas disposiciones esta el evaluar si la fusión hace más probable la coordinación del mercado, directriz en la que pocas veces repara la Comisión Federal de Competencia Económica.

A su vez tanto la LFCE como su reglamento, carecen de expresión en materia de adquisiciones de empresas en decadencia y a punto de salir del mercado por deficiencia económica, se trata de casos en que, de no fusionarse las empresas los activos de una de ellas saldrían del mercado, dejando con menos opciones al consumidor, provocando desempleo y otras circunstancias de gravedad mayor a los probables efectos anticompetitivos que la fusión pudiese desatar.

La CFCE manifiesta que, estos criterios podrían ser tomados en cuenta en la evaluación, sin embargo esto queda a su discrecionalidad, ya que la legislación mexicana a diferencia de las del resto del mundo es omisa al respecto, este precepto otorga facilidades a las fusionantes en tales situaciones y debe de ir acompañado de una evaluación neutra que permita identificar la situación de la empresa y la naturaleza de la transacción sin dar lugar a favorecer a ciertos sectores tendientes a la concentración, en la mayoría de los casos se trata de empresas locales de mediana y pequeña escala, ante esta omisión en la LFCE tampoco se han desarrollado preceptos que determinaran que se consideraría una empresa en crisis o latentemente débil, podría utilizarse la Ley de Quiebras para estos fines y sus procedimientos, tampoco se ha determinado que tipo de pruebas pudieran

presentar estos agentes económicos para evidenciar su situación.

Estas disposiciones benefician la competencia, al impedir que salgan los activos de una empresa del mercado, se balancea el nivel de opciones para el consumidor, se mantiene un competidor y una opción más en el mercado y se mantienen fuentes de empleo, se da mayor transparencia a las disposiciones de fusión, por lo que respecta a empresas en condiciones financieras adversas, sacando esta posibilidad de la discrecionalidad y criterio subjetivo de la CFCE que puede tomar esta situación en cuenta en algunos casos sí; como el de las fusiones bancarias y de los ingenios azucareros y, en otros no como en el de varias pequeñas y medianas empresas, minando la generalidad y la seguridad jurídica en la aplicación de la Ley.

Se deben establecer criterios claros, de cuando se considera una empresa en crisis o financieramente débil en materia de competencia económica para favorecer el estudio de una posible fusión, para ello se pueden tomar en cuenta los siguientes parámetros:

- 1) Que la empresa actualmente o en el mediano plazo, fuese incapaz de hacer frente a sus obligaciones financieras o de reorganizarse para evitar la quiebra.
- 2) La empresa hubiese hecho esfuerzos comprobables de buena fe para ser adquirida por un comprador que no significara la concentración de poder de mercado en el mercado relevante de que se trate.
- 3) Que el comprador este dispuesto a mantener los activos en el mercado a largo plazo.
- 4) El abandono de la empresa en crisis o económicamente inviable del mercado fuese inminente en el corto o mediano plazo si no se permitiese la fusión.

Estos parámetros como mencionamos, cumplen con el estándar de neutralidad, deben aplicarse como primera entrada a cualquier firma que notifique una fusión que considera necesaria so pena de desaparecer, la legislación mexicana debe establecer la postura incorruptible que deberá seguir la Comisión en este punto que, de ninguna manera puede quedar a discrecionalidad del organismo administrativo.

### **1.7. Interés jurídico en el derecho mexicano de la competencia económica.**

Como se mencionó sobre las prácticas monopolísticas relativas en México, indebidamente se establece que, solamente el afectado, sin declarar que líneas de daño se aceptan para el concepto afectado en nuestro derecho, podrá denunciar la práctica, se determino de esta manera para tener el precepto acorde con los parámetros marcados por los positivistas Bork y Posner, sin considerar que, las prácticas relativas pueden ser difíciles de identificar y sus efectos negativos no siempre son aparentes, considerando que, una excesiva investigación del Estado sobre estas prácticas podría desincentivar cierto grado de conducta competitiva y presumiendo que, los daños por la no intervención estatal en todas las modalidades de denuncia de estas prácticas serían menores y, hasta más deseables que el daño derivado de una estrecha vigilancia de la conducta empresarial que pudiera desincentivar ciertas conductas competitivas ante la perspectiva de un riguroso examen.

Resulta alarmante que, en la tradición económica mexicana, en la jurisprudencia y en la Ley misma se omita determinar a quien se le considera afectado por una práctica de este tipo incumbe a aquellos que sufren perjuicios directos o indirectos de la actuación de un agente económico y, si se considerará afectado hasta al último consumidor al que se le haya transmitido el costo de la práctica o no.

Esta falta de investigación jurídica sobre la figura del afectado deja en estado de indefensión, a capricho de la autoridad y en la inseguridad jurídica a muchos consumidores, proveedores y participantes de mercados relacionados que denuncian una práctica anticompetitiva con base en daños indirectos o transmitidos a través de la cadena de comercialización, al no haber un estándar claro la Comisión, Juez y parte puede determinar indebidamente, si el daño es suficiente para ser considerado o, si su origen por encima de su efecto le confiere suficiente interés jurídico al denunciante para entablar acción o simplemente desecha su denuncia al no considerar el daño directamente relacionado a la conducta del competidor, sin que exista medio de defensa claramente establecido y específico contra la determinación de desechamiento, bajo estos criterios por parte de la Comisión.

### **2.1 Las prácticas industriales en Estados Unidos a la luz de sus criterios judiciales.**

La evolución del derecho antimonopolio norteamericano se da a través de la interpretación por parte de los tribunales de la *Sherman Act*, que prohíbe cualquier práctica que restrinja el comercio, fue este elemento de “restricción”, el que atrajo las controversias de fondo más intrincadas a las cortes americanas en el inicio de la interpretación de la legislación antimonopolio.

Dichos pronunciamientos, van adaptándose a la realidad económica y los resultados que de la actividad económica desea derivar el sistema americano, permitiendo concentraciones en épocas de crisis que permitan subsistir a la mayor cantidad de agentes económicos posibles y presionando hacia la liberalización y desregulación internacional, cuando se tiene necesidad de colocar excedentes productivos.

Recordemos que, una ofensa bajo el artículo 1º de la *Sherman Act* se compone de dos elementos principales, el primero referente a una acción conjunta, un contrato, una combinación o una conspiración elemento que, para las conductas unilaterales contempladas en las secciones 2 y 5 de la misma Ley, se traduce en la intencionalidad o en la posibilidad de conducta independiente según sea el caso, el segundo elemento, la consideración sobre el efecto restrictivo al comercio.

Las primeras interpretaciones de la Corte estadounidense, sobre el elemento restrictivo de comercio se dieron a la letra, sancionando todo tipo de conductas que, como efecto directo o indirecto restringieran el comercio y, siempre que se tratara de una acción convenida, comúnmente rechazaba los argumentos tendientes a demostrar la racionalidad de las conductas restrictivas. La misma Suprema Corte sostenía en un principio que entrar a considerar la racionalidad de las conductas prohibidas por la Sección 1 de la *Sherman Act*,

implicaba una interpretación más allá del texto de la Ley, incorporar algo que el Legislativo no había introducido en la hipótesis legal, realizar una interpretación extensiva más allá de la letra de la Ley y del mandato de la Corte, de facto implicaría reformar la Ley a través del fallo judicial y una invasión de esferas, al respecto la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso United States vs. Trans- Missouri Freight Assn., determinó:

“Cuando, el cuerpo de una Ley declara como ilegal cualquier contrato o combinación en restricción del comercio entre los Estados de la Unión u otros, el simple y ordinario significado de dicho lenguaje, no se puede limitar a aquel tipo de contratos que pudieran considerarse como restricciones irracionales al comercio, deberá entenderse que todos los contratos se encuentran incluidos en dicho lenguaje y, sin excepciones o limitaciones, no puede considerarse que estos puedan ser modificados sin que esto signifique el adicionar elementos en la Ley que no fueron expresados por el Congreso”.<sup>81</sup>

El derecho Norteamericano, considera dos tipos de conducta; prácticas ilegales *per se* y prácticas revisables a la luz de la regla de la razón. El origen de las prácticas *per se* es el texto del artículo 1º de la *Sherman Act* en sí, a partir del cual la interpretación de las Cortes, las nuevas legislaciones y la aplicación del derecho fueron evolucionando. En su origen este precepto de la *Sherman Act*, sancionaba efectos absolutos sin importar los medios, el artículo era en su génesis muy general por lo que su aplicación práctica requirió del desarrollo jurisprudencial, de hecho en declaraciones recientes funcionarios de el Departamento de Justicia de los Estados Unidos han llegado a la conclusión de que, la intención del legislador era dotar de un instrumento adaptable al gobierno para sancionar a los monopolios, los alcances y matices de dicho instrumento siempre se determinó que serían acotados por las Cortes.<sup>82</sup>

Actualmente, se entiende por una práctica *per se*, aquella que contiene una serie de conductas que se traducen en ofensas indefendibles económicamente, la regla *per se* describe una conducta “que representa una alta probabilidad de daño, ante una ausencia de justificaciones de eficiencia o en ausencia de eficiencias significativas<sup>83</sup>”. Las Cortes desarrollaron el criterio de que el costo de identificar eficiencias y excepciones a la regla general *per se* sobre pasaba el costo de un falsos negativo, que implicaba la posibilidad de condenar ocasionalmente conductas que tal vez en el futuro se consideraría, tendrían resultados aceptables. Para las cortes americanas existen conductas con un efecto anticompetitivo tan claro que el tiempo que se pasaría considerando las defensas que

<sup>81</sup> Trans-Missouri Freight Assn, United States vs. United States [166 U.S., 290], 17 SCT, 540, 41 L. Ed. 1007 (1897).

<sup>82</sup> *Vid Supra*, n,3.

<sup>83</sup> MURIS Timothy J. *The New Rule of Reason*, 57, Antitrust L.J. 859, 861 (1989).

sobre ellas podría aducirse sería tiempo perdido así, desde un punto de vista de agilidad administrativa y eficiencia judicial, la búsqueda de excepciones a este tipo de conductas de efectos absolutos no justifican el costo de las investigaciones además de que, la regla *per se* prevé una certidumbre para la regla de la cantidad mínima, la regla de la certidumbre absoluta y, la regla de la idealidad suficiente.

A este respecto resulta ilustrativo citar el criterio del caso **Northern Pacific Ry. Co. Vs. United States** de 1958:

“Existen ciertos acuerdos o prácticas que debido a sus efectos perniciosos en la competencia y carentes de cualquier virtud atribuible a ellas, se presumen conclusivamente irracionales y, por lo tanto ilegales sin mayor investigación requerida debido al daño preciso que estas causan. Este principio de irracionalidad *per se* no solo da certidumbre al castigo de las conductas prohibidas por la Sherman Act, para el beneficio de todos los afectados por la practica, sino que a su vez evita la necesidad de una investigación increíblemente complicada y prolongada en la industria entera, así como en las industrias relacionadas, en un esfuerzo para determinar si una restricción particular ha sido irracional, investigación que ha tenido pocos resultados relevantes cuando se ha realizado<sup>84</sup>.”

En el citado caso TransMissouri el Juez White ya denotaba la necesidad de diferenciar entre conductas restrictivas racionales e irracionales, podemos decir que, al amparo de dicha disertación las conductas irracionales tomaron la forma de conductas *per se* y las racionales evolucionaron hasta encontrar un marco legal aplicable para su análisis, dando origen a la regla de la razón y posteriormente a la regla de la restricción accesorias, dicha evolución puede apreciarse casuísticamente en los casos Addyston Pipe y Joint Traffic Association.

Fue en este caso, Addyston Pipe que el Juez Taft, separó las restricciones al comercio en dos categorías; en la primera categoría colocó a las restricciones que no tienen otros objetivos más que restringir el intercambio comercial, para ellas determinó el tratamiento *per se*, debido a su efecto anticompetitivo absoluto, en la segunda categoría incluyó las restricciones que calificó como accesorias, sin atender al grado en el que participa el perpetuador de la conducta o en el cual se resienten los efectos, sin importar si la conducta se manifestaba vertical u horizontalmente, estas implicaban que, la restricción comercial era solamente un accesorio del objetivo principal de la conducta, el cual forzosamente debía ser el de una mejora de negocios legítima, y por tal entendemos, una mejora de negocios que respete en el mayor grado posible el óptimo paretiano, que busque

<sup>84</sup> **Northern Pac. Rail Co. Vs. United States** [356 U.S. 1], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América, 1958.

maximizar el bienestar del productor pero sin reducir el del consumidor, sin que se obtenga dicho beneficio a costa de los competidores a través de conductas indebidas o se traduzca en una manera de manipular la intensidad de competencia.

Una de las implicaciones de calificación *per se* para una conducta implica que, la Corte no requiere calificar la participación de mercado o el poder sustancial de los agentes implicados, a su vez el organismo investigador puede buscar una sanción sin necesidad de probar estos rubros y sin necesidad de probar la intencionalidad, esto sumado a los diversos elementos que permiten presumir conducta coordinada representa una gran facilidad a los organismos investigadores, concedidas estas simplificaciones en virtud de que se considera que este tipo de conductas pocas veces redundan en beneficios significativos de algún tipo, esto es representan restricciones puras a la competencia económica y la libertad comercial.

Así tanto las prácticas ilegales por sí mismas como las analizables bajo la regla de la razón pueden derivar dos tipos de efectos, colusivos y exclusivos, los efectos colusivos dañan directamente a los mercados y envuelven acciones coordinadas por competidores quienes, en conjunto poseen poder de mercado, para distorsionar el comportamiento normal de los mercados simulando el comportamiento de un monopolista o de un ente suficientemente fuerte y capaz de comportarse independientemente de las condiciones de oferta y demanda del mercado, pudiendo este ente de gran poder económico determinar y manipular los cambios en dichas condiciones, se da cuando los agentes presentes en un mercado prefieren pactar para establecer condiciones en los mismos antes que competir por aumentar su participación en ellos, de manera independiente. Es en este caso el agente económico coludido y no el mercado, el que fija los precios, índices de producción, la frecuencia en que concurrirán a los mercados de factores, calidad de los productos, características, ritmos de innovación, y condiciones generales de la venta.

Por otro lado, las conductas excluyentes, otorgan poder de mercado al elevar los costos de producción de un rival, limitar su acceso a los mercados, limitar sus condiciones o cerrar la entrada a la competencia, se trata de eliminar opciones de oferta, disminución que a la larga genera un daño al consumidor como ente secundario, el objetivo primario es sacar a la competencia del mercado y el efecto indirecto es la reducción de opciones al consumidor que a la larga puede traducirse en una mayor concentración de poder de mercado en determinadas industrias, los actos excluyentes pueden ser el producto de la actuación de un solo agente económico, o producto de la actuación acordada entre varias firmas y se puede lograr la exclusión de competidores a través de coordinaciones horizontales o verticales, a través de combinaciones de las mismas etcétera, el fin será el mismo la salida de un competidor del mercado y una redistribución del poder económico del mismo entre las firmas remanentes<sup>85</sup>.

Durante la época de Reagan, en la década de los 80's las agencias investigadoras llevaron a las Cortes pocos casos alegando prácticas verticales dañinas o exclusionarias, para la década de los 90's un nuevo grupo de doctrinarios cuestionaron vigorosamente el enfoque

<sup>85</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *vid supra* n.3, p.44-45.

pro eficiencia absoluta de la escuela de Chicago, como el Profesor Steven Salop; junto con una nueva voluntad de las agencias investigadoras, se promovió el estudio de ciertas conductas verticales con participantes de alto perfil, así se cuestionaron ante las Cortes las conductas de Microsoft, Intel, Visa, MasterCard, Toy's R US, dicha actividad ha resultado en nuevas maneras de analizar los efectos de las conductas, por ejemplo se cayó en cuenta de la posibilidad de organizar un cártel o boicot de distribuidores usando el poder de mercado de los proveedores y viceversa, se encontró un nuevo ángulo de estudio para las compras hostiles y, se analizaron nuevas prácticas de mercado tendientes a crear tendencias falsas o engañosas, nuevas formas de provocar escasez ficticia de productos, los efectos competitivos de conductas unilaterales, la posibilidad de realizar conductas tendientes a facilitar una colusión, comportamiento estratégico, el efecto de fusiones tanto horizontales como verticales en la posibilidad de entrada, la viabilidad fáctica de la materialización de entrada de nuevos competidores en tiempos determinados, etc.

En el caso **Freight Asociación**, la Corte sentó otro parámetro fundamental para la calificación y el estudio de conductas al amparo de la Sección 1 de la *Sherman Act*, en dicho caso se pronunció por evaluar, el efecto de los contratos o acuerdos, el carácter de las partes concertantes, su necesidad o carácter accesorio, la posibilidad de conseguir las mismas eficiencias a través de medios menos restrictivos y, descarto que en caso de encontrar una restricción al comercio como objetivo principal, tengan cabida contra dicha determinación, argumentos tendientes a demostrar la racionalidad de los precios o la sabiduría o falta de ella de la letra del estatuto que prohíbe la conducta, de hecho la aportación del caso Trenton Potteries es precisamente el hecho de prohibir a las Cortes el dilucidar sobre la racionalidad de los precios fijados artificialmente por la competencia y, obligarlas a centrarse en que dicha conducta constituye una irracional pérdida de una fuente de competencia y comportamiento independiente, criterio que, junto con el expresado en el caso **In Re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litigation 1997**<sup>86</sup> \_determinó que, no toda ganancia derivada de una práctica anticompetitiva puede medirse en beneficios monetarios, obligando a las Cortes a centrarse más bien en el comportamiento racional o irracional de las empresas en el mercado sin recaer en apreciaciones simplistas de corto plazo como el precio racional de hoy o el dejar una conducta sin perseguir por que aún no le reporta beneficios monetarios al infractor. Fue bajo este tipo de lógica que se llegó a estudiar a profundidad la irracionalidad de la presencia de fijaciones de precios en mercados que intentan ser competitivos, lo que redundo en su *ilegalidad per se*.

Debido a que el número de participantes no es el punto vital, sino los efectos directos o indirectos de la conducta, en Estados Unidos el elemento de varios perpetuados o el carácter de la participación de los perpetradores de una conducta en el mercado, no es el criterio definitorio sobre su legalidad o ilegalidad, como indebidamente sucede en México donde el efecto absoluto o relativo queda de lado ante el carácter y grado de participación de los concertantes, esta se evaluará por los efectos de dicha conducta respecto a las condiciones de mercado. Si se considera a una conducta excluyente como la antesala para

<sup>86</sup> **In Re Brand Name Prescription Drugs, Antitrust Litigation**, [86 F.3d. 781] Corte Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito, (1999).

acumular suficiente poder de mercado que permita en un tiempo a un agente económico comportarse a pesar de las condiciones del mismo tarde o temprano la no persecución de las conductas predatorias se traducirá en vías para facilitar conductas colusiva.

Las pocas veces que se ha calificado una práctica ilegal *per se* al amparo de un criterio suavizado por las Cortes, ha coincidido con épocas de reestructuración y desaceleración de la economía estadounidense, el caso Socony Vaccum se da al amparo de estas condiciones, básicamente bajo las Leyes dictadas para la reorganización industrial de la década de los 30's fue en este orden de ideas que, la Suprema Corte se negó primero en el caso Apalachian Coals<sup>87</sup>, posterior al Trenton Potteries a aplicar inflexiblemente la sanción *per se* a una fijación de precios lograda a través de la creación conjunta de una empresa de comercialización del carbón donde participaban 137 productores de carbón bituminoso, aceptando el argumento de que, bajo la incipiente recesión dicha colusión se había dado para lidiar con las desastrosas condiciones de la industria del carbón, se determino que de no permitírseles coludirse y comercializar en conjunto el carbón a precios fijos se empezaría una guerra de precios que depredaría a varios productores, ante las incipientes condiciones de recesión, la Corte dejó de aplicar el criterio *per se* y permitió la colusión del 74% de los productores del carbón, era la época de incubación de la industria americana, plagada de pequeñas y medianas industrias, se prefería conservar las fuentes de oferta y empleo que, la colocación de excedentes de las grandes empresas ya que había pocos agentes de gran tamaño en la economía americana, se trataba de una época embrionaria, cabe mencionar que la agencia comercializadora se creó usando la figura de la co-inversión o *joint venture*.

Después de la interrupción del criterio *per se* para la fijación de precios por Appalachian Coals, Socony Vacuum Oil Co, la acción coordinada de las industrias, los acuerdos entre competidores que inhibían la independencia de los mercados y las condiciones ficticias de estos fueron permitidas y toleradas, durante el periodo de reestructuración económica planeado bajo el *New Deal*, en específico dichos acuerdos gozaron de la inacción del gobierno y la visión tolerante de las Cortes debido a la Ley de Recuperación Nacional o (*NIRA*) sin embargo, al terminar el periodo de recuperación varios competidores siguieron coludidos o acapararon un gran poder de mercado. Cinco años después de el caso Appalachian Coals, la Ley de Recuperación Nacional, fue declarada inconstitucional en el caso Schechter Poultry Corp. Vs. United States, sin embargo algunas empresas como las expendedoras de gasolina siguieron desplegando conductas acordadas para limitar la disponibilidad de combustible en los Estados Unidos, medida que durante la recuperación se les permitió para evitar la caída de los precios y la pérdida de empleo pero que, después del periodo de crisis pareció incomprensible al gobierno, el limitar el abasto y la disponibilidad de gasolina, aún comprando a los agentes independientes el combustible que poseían para limitar las fuentes de oferta, considerando que los grandes despachadores de gasolina tenían facilidades de almacenaje, comprometiéndose a comprar los suministros de los despachadores independientes y almacenarlos para provocar una falsa escasez en el mercado de combustibles, como lo podemos ver es una práctica con

<sup>87</sup> Appalachian Coals Inc. Vs. United States, [288 U.S.344] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (1933).



efecto parecido a la compra de inventarios de competidores para facilitar la coordinación de precios, en este caso se trataba no directamente de mejorar las condiciones de los independientes para alcanzar una colusión, sino de controlar las existencias y suministros del producto para provocar escasez y con ello elevar los precios, hoy en día dicho control del abasto a través del poder de compra concentrado en monopsonios y oligopsonios podemos verlo en el mercado de alimentos, donde también se restringe y raciona el suministro con el fin de encarecerlos.

Así los despachadores de gasolina envueltos en *Socony Vaccumm*, con la escasez ficticia y el control de los insumos gracias a su concentrado poder de compra lograron elevar los precios del combustible y, habiendo alcanzado una zona gris, lograron estabilizarlos, el poder económico resultante del incremento de precios fue repartido entre todos los participantes de la colusión sin mayor problema. La Corte en este caso volvió al criterio de determinar la fijación de precios como ilegal en si misma, sin importar consideraciones sobre si los precios fijados resultan o no racionales. Cabe resaltar que, en este caso la Corte no solo determino que “los precios racionales de hoy son los precios irracionales de mañana”, fue más allá al declarar que:

“Aquellos que hoy adquieren simplemente una posición estratégica mañana tendrán el poder de desequilibrar el sistema competitivo o destruir a su competencia<sup>88</sup>”

Interpretó que aquellos que, hoy adquieren una posición estratégica, mañana tendrán la fuerza suficiente para interferir con el libre juego de las fuerzas de mercado provocando distorsiones artificiales ya sea en la oferta o la demanda. Derivado de lo anterior estableció el criterio para las prácticas *per se* que hasta hoy sigue vigente, el cual señala que se considera ilegal el despliegue de estas prácticas sin importar el poder de mercado que tengan los perpetuadores de las mismas.

Bajo este criterio se amplió la cobertura de la figura de fijación de precios y su ilegalidad *per se*, para considerar bajo esta hipótesis toda conducta que tuviera ya fuera el propósito o el efecto de elevar, deprimir, fijar, anclar, o estabilizar el precio de un bien ya fuera en el comercio interestatal o extranjero.

“De hecho como podemos ver esta fue una practica competitiva organizada a partir del poder de compra de los entes coludidos, cuando se utiliza el poder de compra para alcanzar una fijación de condiciones de venta o evitar que la variedad de oferta deprima el precio de un insumo, el poder de mercado no tiene necesidad de probarse de hecho la conducta debe prohibirse aunque las partes que la realicen no posean una participación grande o un gran control de poder de

<sup>88</sup> United States vs. Socony Vacuum Oil Co. .Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, 1940 [30 U.S. 150], 60 S.Ct. 811, 84 L Ed. 1129.

mercado<sup>89</sup>,

En este caso, la Corte determinó que el poder monopólico no es el único poder que amenaza a la competencia y que puede ser sancionado bajo la *Sherman Act*, sin embargo la teoría de Chicago ha obligado a ver de esta manera el derecho de la competencia, como aquella disciplina cuyo objetivo principal es el sancionar las conductas a la oferta esto es, el poder monopólico sin considerar la concentración de poder de compra o las conductas sobre la demanda o poder monopsónico y, aunque la *Sherman Act*, no menciona expresamente el monopsonio esta decisión de la Corte interpretando la sección 1 de dicha Ley pudiera abrir la puerta para su sanción, cuando se abandonen los fanatismos de la teoría económica neo positivista y se considere la posibilidad de controlar al mercado a través de la concentración del poder de compra de los agentes económicos, la decisión en comento simplifica la interpretación y la flexibiliza aduciendo que, el probar que una combinación se formó con el propósito de fijar precios, sean estos incrementos al precio del producto final o fijación de precios para deprimir el costo al que se adquiere un insumo o concentrar el poder de mercado, se considera como prueba de haber alcanzado, una conspiración para distorsionar las condiciones del mercado, en el mismo caso Socony la facultad de los miembros del cartel de fijar precios nace de su poder de consumo del hallazgo del poder que les permite crear los programas de compra necesarios para controlar y segmentar el abasto y la oferta de combustible en el mercado y, la fijación o afectación de los precios, es una consecuencia del uso de dicho poder de consumo y, control sobre los insumos.

## **2.2 Características del mercado estadounidense y sus concentraciones históricas**

Como lo mencionamos anteriormente, en Estados Unidos se considera que solo una de cada 10 prácticas monopólicas se detecta y se combate, durante el año 2006 cuatro de cada cinco acciones por prácticas relativas se desahogaban a través de acuerdos extrajudiciales, cabe recordar que, en esta jurisdicción dichos acuerdos solamente liberan a los agentes económicos de la responsabilidad penal incurrida, obligándolos aún a pagar los daños causados al proceso competitivo y, no precluyen el derecho de los competidores y consumidores afectados de ejercitar la acción civil buscando la reparación de daños triples.

Los casos más recientes verificados en las cortes estadounidenses, se relacionan con conductas unilaterales, conducta de los *joint ventures*, discriminación con base en descuentos aplicando la *Robinson Patman Act* y ventas atadas.

En los últimos años, la concentración de poder de mercado en la industria petrolera y en la compra de materias primas ha afectado la economía estadounidense, aunque se nieguen a reconocer la existencia de figuras como el monopsonio, las ineficiencias distributivas del sistema empiezan a erosionar el poder adquisitivo de los norteamericanos. Durante el año 2006 se dilucidaron en las Cortes civiles norteamericanas cerca de 986 acciones antimonopolio ya fueran iniciadas por particulares o por el gobierno actuando como

---

<sup>89</sup> Idem.

particular afectado, esto independientemente de las iniciadas en otro tipo de procedimientos por el Estado actuando al amparo de su *imperium*

Durante épocas de incubación y recesión de la economía estadounidense esta ha mostrado una patente tendencia al proteccionismo y exclusionismo, durante la época del *New Deal* se permitieron diversas concentraciones y comportamientos exclusivos, en aras de preservar las cuotas de mercado de ciertos productores o consolidarlos para buscar mercados extranjeros

**Industria del acero.**- Esta industria siempre ha tendido a la colusión, baste mencionar el caso Addyston Pipe donde se implica a seis fabricantes del acero en división de territorios, ante las acusaciones de la Comisión Federal de Comercio, sobre división de territorios y fijación de precios los entes coludidos de la industria se limitaron a aducir que, los precios acordados eran razonables, que de no llegarse al acuerdo los agentes económicos enfrentarían competencia ruínosa y que, los precios debían considerarse razonables al contar los entes coludidos solamente con un 30% de la participación de mercado.

En atención a los argumentos esgrimidos y a la tradición en esta industria, la Corte reafirmo que la prohibición de las practicas *per se* no depende de que a través de ella se establezcan o no precios razonables, la racionalidad de los precios no es objeto de estudio en las practicas anticompetitivas absolutas, a su vez estableció que los males de la competencia y la posible destrucción de competidores al obligarlos a actuar de manera independiente tampoco es una defensa válida en tiempos donde no hay crisis económica, y que para el estudio de las prácticas absolutas el poder de mercado que detentan los entes perpetuadores es irrelevante, ante las pocas eficiencias derivables de dichas prácticas, su poca deseabilidad y sus notables efectos dañinos a través del tiempo, la poca posesión actual de participación de mercado no es argumento suficiente para violentar el principio de seguridad jurídica y certeza de la aplicación de la norma así como de ahorro administrativo, que implica la sanción de conductas *per se*.

El último incidente de concentración en este mercado derivó de la adquisición por parte de Mittal de la empresa Arcelor, por si sola Mittal ya producía el 31% de las láminas de acero usadas en Estados Unidos, a través de la adquisición de Arcelor y su subsidiaria Dofasco se enfatizó la concentración del mercado en solo dos productoras de láminas de acero conjuntando las dos principales empresas, ambas producto de integraciones, cerca del 74% de la producción total de la industria, la fusión fue objetada por el Departamento de Justicia, sin embargo este limita su objeción a solicitar de Mittal la desincorporación de una de tres productoras de láminas de acero para lata, como vemos esto se trata de asegurar cierta intensidad no establecida de competencia en un mercado ya de por si concentrado, a través de la desincorporación de una instalación, sin considerar mayores acciones tendientes a sondear la conducta de la fusionada o a prevenir que adquiriera el poder para aislarse de las condiciones de mercado.

**Industria del transporte.**-Los servicios de transporte desde la época de *Hoofa* se han caracterizado por ser un segmento ampliamente protegido, que presenta conductas

exclusivas frecuentes y beneficiado por el proteccionismo gubernamental, hoy en día dicha condición se ratifica con la negativa de los Estados Unidos a permitir la entrada a los transportistas mexicanos al amparo del TLCAN.

Este mercado de tradición oligopólica y poca oportunidad a la concurrencia en el servicio, protegido por barreras legislativas, suele usar su poder económico para boicotear normas que los obliguen a competir o para presionar a los legisladores para que pasen legislación favorable al oligopolio nacional, oligopolio que se mantiene aún a costa de los precios de transporte que pagarán los ciudadanos americanos, de hecho cuando boicotean la actividad económica utilizando su poder económico para presionar al regulador, las Cortes han protegido sus acciones, así en el caso **Eastern Railroad Presidents Conference vs. Noerr**<sup>90</sup>, indebidamente la Corte decidió no sancionar el boicot comercial inipuesto por los transportistas, al interpretarlo como un medio para provocar la acción pública del Estado en aras de legislar ciertos puntos que, la industria veía como necesarios, solo que omitió considerar que se trata de una industria concentrada oligopólicamente y que suele utilizar su poder económico concentrado para presionar a sus reguladores. Simplemente considero la restricción comercial como una consecuencia del ejercicio de un derecho de petición y de manifestación, protegidos por la Primera Enmienda, omitió evaluar si el medio elegido era el menos restrictivo y si el fin de la acción que buscaban del gobierno no era el provocar legislativamente una barrera a la competencia con restricciones a la libre concurrencia, legitimadas desde el sistema de gobierno.

De hecho a nivel comercial, diversos sistemas de transporte dentro de los Estados Unidos presentan falsos competitivos, entre ellos esta el del transporte de mercancías prestado por buques cisterna, donde dos importantes transportistas por buques de mercaderías acordaron en el 2006 convenir en una fijación de precios al flete de mercancías por buque, así como coordinarse para ganar las licitaciones de empresas privadas que requieren este tipo de transporte para sus mercaderías, entre ellas los combustibles.

**La industria de precursores químicos.-** Sus concentraciones han sido también dolores de cabeza constantes para el Departamento de Justicia, la última fijación de precios detectada sobre reactivos químicos significó una transferencia indebida de bienestar de consumidores a productores de 350 millones de Dólares, esta fue protagonizada por la holandesa **Ankzo Nobel y Solvay S.A.**<sup>91</sup>, las cuales se coordinaron para fijar los precios del peróxido de hidrógeno y el perborato de Sodio, el primero es altamente utilizado como blanqueador y aclarador en diversos productos y el perborato constituye un agente encontrado en jabones, pastas de dientes detergentes y productos de cuidado personal.

---

<sup>90</sup> **Eastern Railroad Presidents Conference vs. Noerr Motor Freight Inc et al.** [365 U.S. 127] Corte Federal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Tercer Circuito, (1961).

<sup>91</sup> Federal Trade Commission, **Competition in the health care Marketplace.**[en línea], Washington D.C., FTC, septiembre 2008, 16/09/2008,[citado el 02-10-2008], Acciones formales por comisión, Formato HTML.

Disponible en Internet:

<http://www.ftc.gov/bc/healthcare/antitrust/commissionactions.htm>

Otro punto a considerar en la industria farmacéutica, se refiere directamente a las prácticas dilatorias entabladas por productores de medicamentos éticos en aras de obstaculizar la entrada de medicamentos genéricos intercambiables, esta entrada se ha boicoteado a través de acuerdos con los médicos que omiten en la prescripción, imponer el elemento activo que permita la sustitución, auxilian en la fijación de precios de la industria o se abstienen de incluir sus servicios en seguros de cobertura total donde la aseguradora se reserve el derecho de surtir medicamentos genéricamente intercambiables. Resulta ilustrativo al presente citar el caso **Warner Chilcott/Barr Labs**<sup>92</sup>

En este caso Barr acordó con Chilcott, no vender genéricos de bajo precio sustitutos de un anticonceptivo oral producido por Warner Chilcott, Barr recibió como contraprestación una prima de 20 millones de dólares como pago, por esta especie de contrato.

En el año 2006 el mercado médico estadounidense aún sufrió de colusiones encaminadas a fijar sin mayor competencia las tarifas que los miembros de determinadas asociaciones médicas aceptarían en concepto de pago de sus honorarios, de acuerdo con algún plan de aseguramiento, provocando el encarecimiento de las primas, este fue el caso específico de **Health Care Alliance of Laredo**, y de la **New Century Health /Prime Care**<sup>93</sup> la cual se negó a negociar con planes de aseguramiento, excepto cuando ambas asociaciones de salud hubieren acordado con los términos de dichos planes, incluyendo y no exclusivamente los precios, restringiendo así los términos para negociar la contratación competitiva de los servicios de alguna de las dos asociaciones implicadas, ambos asuntos terminaron a través de ordenes de aceptación de culpabilidad y consentimiento.

Durante los últimos años, las agencias investigadoras estadounidenses y Cortes se han opuesto a la concentración en los mercados de la salud, entre ellos, se opusieron a las fusiones, en atención al porcentaje de determinados servicios que prestan de **Da Vita/Gambro Health Care** y la fusión entre **Johnson & Johnson /Guidant Corp.** la primera implicaba una fuerte concentración de poder de mercado en cuanto a la prestación de servicios de diálisis, al permitir la fusión de los segundos y terceros proveedores más importantes de servicios a nivel nacional, razón por la cual, se les obligo a desincorporar sus instalaciones y facilidades para la prestación de los servicios de diálisis asegurando que entraran nuevos prestadores al servicio. En el caso de la fusión de Johnson con Guidant Corp, esta entrañaba una concentración en los prestadores de servicios para el tratamiento de los pacientes con deficiencias en las arterias coronarias, específicamente la Comisión intervino para asegurar la competencia en los procedimientos quirúrgicos, de *bypass* coronario y desbloqueo de arterias, la primera concentración se autorizó una vez acatada la desincorporación de activos, la segunda finalmente no se realizó y se encontró un mejor postor para Guidant cuya intervención en la operación no planteaba las mismas amenazas para la intensidad de la competencia.

**Concentración en mercados diversos.**- Otros mercados altamente concentrados son el de la comercialización de cigarros, combustibles y el mercado de bienes raíces, este último el

<sup>92</sup> *Idem.*

<sup>93</sup> *Idem.*

detonador de la reciente desaceleración de la conducta norteamericana, debido a los términos en que se concertaron las hipotéticas su desregulación y, el haber considerado que las fallas de mercado en dicha industria se auto corregirían, a esto hay que agregar, que los servicios de venta de los inmuebles en muchos Estados de la Unión, se encuentran limitados por agentes que impiden la competencia con agentes que ofrecen una serie de servicios relacionados con la venta de bienes inmuebles no tradicionales curiosamente, como podemos ver, diversas conductas colusivas dentro del mercado estadounidense se orquestan a través de cámaras y asociaciones de profesionales e industriales, en el caso de los bienes raíces a través de Cámaras se acordaron términos para desincentivar la competencia en cuanto a fuentes diversas al precio.

La industria tabacalera norteamericana es la que ha dado lugar a los análisis sobre depredación de precios más importantes, en el desarrollo jurisprudencial de aquel país, nos referimos principalmente al caso Brooke en 1993, año en el que dicho mercado contaba tan solo con seis firmas participantes, a dicho caso también se le conoce como Liggett por el nombre de la marca de cigarrillos genéricos implicados producidos por Brooke Group Ltd.

Desde épocas históricas el mercado estadounidense presentó concentraciones en la industria tabacalera, al ser dominada por entre 4 y 6 agentes económicos a lo mucho encabezando el oligopolio Phillip Morris, seguida de R.J. Reynolds, Brown and Williamson y en su momento Liggett, estas empresas tenían el poder de comportarse aún a pesar de las condiciones de mercado ya que dos veces al año elevaban los precios de sus cigarrillos independientemente de las condiciones de crisis o inflación que viviese la economía norteamericana, aún sin que les interesara la pérdida de demanda sobre sus productos, la industria disfrutó por mucho tiempo los beneficios de precios por encima de niveles competitivos.<sup>94</sup>

El oligopolio en el mercado estadounidense es analizado utilizando los elementos de la teoría de los juegos, ya que esta pretende explicar como interactúan los agentes económicos cuando estos se encuentran conscientes de su interdependencia.

Las decisiones sobre precio y producción no son tan libres, cuando existen pocos competidores, cada uno de ellos debe pensar sobre la manera que el otro responderá al tomar sus decisiones de negocios. Como en el caso de un agente en un mercado atomístico, un oligopolista debe pensar que, la mejor forma para incrementar sus ventas es reducir el precio de sus productos, y para ello debe bajar el costo marginal de producción. Sin embargo, el oligopolista tal vez se frenará en su reducción de precios ante la amenaza de iniciar una guerra de precios con rivales que tienen el poder para depredarlo. La teoría de los juegos provee los elementos matemáticos para analizar esta clase de estrategia y es ampliamente empleada en el análisis de la organización industrial contemporánea. Una de las ventajas de la evaluación bajo la teoría de los juegos y la observación empírica de la conducta de los oligopolios es que permite identificar ciertas prácticas que incrementan el bienestar de los agentes económicos a costa de los consumidores, sus competidores o

<sup>94</sup> **Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.** [ 509 U.S. 209] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 2578, 125 L. Ed. (1993)

bajando la intensidad de la competencia.

Las nuevas tendencias en el análisis antimonopolio estadounidense suelen cuestionar el enfoque absoluto de presunción pro eficiencia en la conducta empresarial de la escuela de Chicago.

Como podrá observarse a lo largo de la presente tesis, Estados Unidos se ha visto afectado y enfrentado cara a cara con los efectos del poder monopsonico, sin embargo uno de los resquicios más fuertes de la corriente chicagonita que persiste hasta hoy es la negación y el silencio respecto a la figura del monopsonio, a la que indebidamente, sigue considerando casi como un mito económico, sin embargo como veremos la fijación de precios alcanzada en el caso *Socony Vacuum* no puede entenderse sin el ejercicio de poder monopsonico de los revendedores mayoristas de gasolina y su poder para comprar los combustibles de los llamados distribuidores independientes, tampoco puede entenderse el boicot orquestado por Toys R 'U' S, de efectos horizontales contra su competencia, si no es por que, la citada Toys, hizo uso coercitivo de su poder de compra contra sus propios proveedores.

Aún así y siendo que, en algunos casos el mismo Juez Posner se ha visto encarado por los efectos de una conducta monopsonica en diversas ocasiones, entre ellas el caso **JTC Petroleum Co. vs. Piasa Motor Fuels Inc.**,<sup>95</sup> la tradición norteamericana omite pronunciarse sobre sus efectos, su existencia y mucho menos da parámetro alguno para su sanción, ahondaremos en esta figura y en esta aseveración en el capítulo IV de la presente tesis.

Por parte de las agencias de investigación y persecución de conductas monopólicas, parece estarse gestando un cambio de enfoque, al incluir entre sus filas a doctrinarios que cuestionan la efectividad absoluta de la teoría neo positivista y sugieren una acción más firme del Estado para atacar las fallas del mercado, tal es el caso del nombramiento del Dr. Kovacic al frente de la Federal Trade Commission. El cambio a las legislaciones y Lineamientos antimonopolio, acontecidos durante 2006 en la legislación estadounidense, incrementó el periodo de cárcel para aquellos que se encuentren culpables de cometer ciertas conductas monopólicas elevando el periodo de confinamiento mínimo de un promedio de 27 a 33 meses, esto después de incrementarse la pena corporal máxima contenida por la *Sherman Act*, de un máximo de 3 años a un máximo de 10 años.

Se ha reconocido el incremento en el nivel de sofisticación que envuelven las conductas y el incremento en su nivel de daño financiero a la sociedad. Se busca reforzar la persecución de cárteles de gran escala.

A su vez, la preocupación contemporánea de los investigadores recae en las conductas unilaterales que dañan a los competidores o consumidores. En una serie de audiencias realizadas por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio, se denoto un resurgimiento del interés por conductas que distorsionan la libertad de oferta; tales

---

<sup>95</sup> **JTC Petroleum Co. vs. Piasa Motor Fuels, Inc.**[179 F. 3d 1073.], Corte Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito. (1999), documento número 98-3919, 98-4251.

como la depredación de precios, una vertiente de nuevo estudio denominada compras depredatorias, que no serían a nuestro parecer más que una forma de manifestación del poder monopsonico al que por mucho tiempo los chicagonitas negaron existencia, denegaciones de trato, conductas internacionales, estudios empíricos, la importancia de considerar la historia de los negocios en el derecho antimonopolio y sus estrategias comunes, ha tomado fuerza en aras de reconciliar la libertad comercial con los elementos estructurales del mercado.

En cuanto al sector servicios, se han desarrollado mayores criterios para determinar que constituye una práctica anti-competitiva en determinadas profesiones, a este respecto llevan la delantera los servicios creencia como los servicios médicos, legales y de tecnología, en los cuales una práctica monopólica tiene mayores probabilidades de éxito debido a la asimetría de la información que caracteriza el consumo de este tipo de servicios.

Finalmente, ha tomado relevancia el poder de mercado acumulado en las industrias de alta tecnología, las cuales a través del desarrollo de compatibilidades específicas están encontrando manera de eludir competencia y, sobre dichas conductas aún faltan elementos que permitan dilucidar su ilegalidad, una pequeña prueba de esto, es la persecución internacional que realiza hoy día el gobierno de los Estados Unidos sobre un Cártel que fijaba precios para la comercialización de memorias DRAM, entre los conspiradores se encontraban empresas de tecnología de alto perfil, tales como Samsung Electronics Company Ltd, Samsung Semiconductor Inc, una manufacturera coreana y su subsidiaria estadounidense, las compañías estadounidenses implicadas se declararon culpables, y fueron sentenciadas a multa de 300 millones de dólares, dentro del proceso penal que se les seguía, ejecutivos tanto de la compañía coreana como de la Estadounidense fueron sentenciados a servir entre cinco y ocho meses de cárcel.

En este mismo producto, memorias DRAM el Departamento de Justicia, inició un caso contra un fabricante japonés Elpida Memory, para sancionar una coordinación de licitaciones en la que fue parte, las multas fueron de 84 millones de dólares para cada participante, en total la sanción a este esquema colusivo detectado en el 2005 sumaba un total de 731 millones de dólares, esta colusión fue viable y exitosa en su momento, debido a las barreras de compatibilidad que imperan en la industria.

### **2.3. Los problemas y conductas frecuentes observadas en el mercado estadounidense**

En Estados Unidos se consideran prácticas ilegales por si mismas las siguientes:

La colusión tanto a nivel horizontal o vertical que tenga por efecto o intención la fijación de precios, o condiciones estandarizadas de oferta.

La asignación de territorios.

La asignación de clientes.

La coordinación de posturas en licitaciones, tanto para abasto de gobierno como para adquisición de una empresa pública o la obtención de permisos, concesiones o licencias.



Coordinación de oferta.

Adicionalmente, el artículo 1º de la *Sherman Act*, previene la formación de acuerdos que tengan como finalidad restringir el abasto, incrementar el precio, dividir mercados, excluir competidores, es un precepto enfocado a sancionar los efectos sin tomar como limitante para su aplicación, el medio utilizado para alcanzar el fin

El considerar un práctica como violatoria por si misma implica que la Corte no tiene que pronunciarse sobre la intencionalidad de la conducta, poder de mercado, mercado relevante afectado y, en la mayor parte de las ocasiones, no se entra al estudio de eficiencias ya que se considera que dichos acuerdos pocas veces traen beneficios significativos y en el mejor de los casos esos beneficios pudieron derivarse en condiciones de competencia efectiva

Sin embargo y debido a dicho desarrollo jurisprudencial, podemos hablar en la práctica de un tipo intermedio de conductas, aquellas que por si mismas no tienen un resultado evidentemente contrario al proceso competitivo de claridad tal que merezcan ser juzgadas como *per se*, sin embargo las eficiencias de dichas restricciones tampoco saltan por si solas a la vista, a esta forma intermedia de conductas se les aplica la **Regla de la restricción accesoria**, bajo la cual se ha permitido el análisis últimamente de conductas otrora consideradas *per se* con variaciones, ante esta regla que no es otra cosa que la regla de la razón adaptada se tiene que demostrar que la restricción solo es accesoria a un fin económico lícito ulterior, que la restricción no presupone el objeto de la conducta, que no existe otro medio menos restrictivo de derivar eficiencias sustantivas y la eficiencia que con elementos debe demostrarse, debe ser sustancialmente mayor y suficientemente deseable en relación al daño que la conducta planteada pudiese causar, sin embargo la aplicación de la teoría de la restricción accesoria a conductas anteriormente calificadas por la casuística como *per se* es una facultad ampliamente discrecional de cada Corte. En el seno de la escuela de Chicago se ha impulsado esta teoría para retirar la calificación *per se* de ciertas conductas, buscando el análisis de eficiencias relativas aún sobre conductas reconocidas como tradicionalmente dañinas al determinar esta corriente que “toda conducta debe estar sometida a un análisis para determinar sus efectos y eficiencias reales y potenciales”<sup>96</sup>, sin embargo y retirándonos de la discusión sobre su aplicabilidad, a título personal encuentro viable la aplicación de esta regla a conductas protegidas al amparo del derecho contractual, cuyo impacto anticompetitivo ha sido indebidamente minimizado y que en una *rationale* jurídica eficaz debieran demostrar que el objeto de la conducta no es la restricción en sí, específicamente me parece interesante, su aplicación al estudio de los contratos de exclusividad y cláusulas del cliente más favorecido o de igualación de precios, los cuales generalmente son manifestaciones accesorias de un ejercicio amplio de poder de mercado, que sin embargo para tener validez al amparo del derecho contractual debieran demostrar que su ulterior objeto no es el de cerrar mercados.

Este criterio alcanza su expresión más extensiva en el caso **Addyston Pipe**, sin embargo sus primeros elementos se ven ya translúcidos en casos como **United States vs.**

<sup>96</sup> POSNER, Richard A. *Vid supra n.15.*, p.36

**TransMissouri Freight Association.**<sup>97</sup>

En el caso **United States vs. Addyston Pipe & Steel Co.**<sup>98</sup>, que versa sobre una de las industrias de concentración constante, este acuerdo involucraba a importantes fabricantes de acero que intentaban dividir territorios entre ellos y establecer precios, los implicados argumentaron en su defensa que, la intención del acuerdo era evitar una guerra competitiva que pudiese depredar a la industria y que el acuerdo debía ser válido al ser razonables los precios. La Corte no admitió este planteamiento y estableció como precedente aún hoy día firme que, la razonabilidad de los precios no era un argumento válido para calificar la legalidad de una conducta, ya que, lo que sanciona la fijación de precios no es lo excesivo o razonable de los mismos, sino su determinación, realizada de manera coordinada, desprendida de las condiciones normales de mercado y carente de acción independiente entre competidores. En la mayor parte de los casos la conducta de fijación de precios se entiende como una restricción pura del poder de mercado obtenido por ciertos productores, ejercido en contra de la sociedad, por tanto se considera de entrada que no permite eficiencias argumentables *prima facie*, y se presumen ilegales. Adicionalmente esbozo el criterio fundamental de la teoría en cita al determinar que; “ninguna restricción al comercio era válida salvo en el caso de que dicha restricción fuese accesoria a acuerdos con fines legales, así aunque en el caso **Standard Oil**, se estableció que aún ciertas restricciones directas al comercio podían ser legales si resultasen benéficas, se acoto este criterio a que dichas restricciones fueran un elemento accesorio a una conducta y un objetivo lícito.

Resulta necesario señalar que, aún cuando se llegue a aplicar un mínimo estudio al amparo

de la regla de la restricción accesoria a conductas *per se* en Estados Unidos, la Corte ha determinado que, en caso de fijación horizontal y vertical de precios, asignación de territorios y clientes, coordinación de posturas en licitaciones y coordinación horizontal de la oferta, la carga de la prueba será del denunciado, a él le corresponde probar que tiene una eficiencia suficiente como para invitar a la Corte a estudiar la conducta, bajo alguna modalidad de la regla de la razón, antes de declarar su ilegalidad de facto

**Fijación de precios.-** Esta es la práctica *per se* más castigada históricamente en Estados Unidos, mientras la mayoría de las prácticas *per se* de los últimos años han tenido la posibilidad de estudiarse mediante una cuasi regla de la razón o bajo la regla de la restricción accesoria, en este caso pocas eficiencias se entienden como suficientemente importantes como para ser argumentables, la conducta tiene la naturaleza de restricción pura sin justificación de eficiencia sustancial o posible. Existe una hostil predisposición en el análisis de la fijación de precios entre competidores, ya que estos precios fijos se traducen generalmente en baja intensidad de competencia en un mercado y, en transferencias de excedentes y bienestar a través de conductas concertadas e indeseables de negocios.

<sup>97</sup> **Trans-Missouri Freight Assn, United States vs. United States** [166 U.S., 290], 17 SCT, 540, 41 L. Ed. 1007 (1897).

<sup>98</sup> **United States vs. Addyston Pipe & Steel Co.** [85 F. 271], 6to Circuito, 1898.

En el caso de los Estados Unidos, se considera ilegal la fijación de precios tanto vertical como horizontal, por tanto la carga de la prueba en estos casos siempre será del denunciado.

La figura se ha extendido a través del tiempo para sancionar a través de ella, variantes de la fijación de precios, tales como la fijación de porcentajes de aumento de precio, acuerdos para restringir la producción, acuerdos para dividir mercados y algunos boicots colusivos de grupo.

Dentro de los casos básicos para el análisis de la figura de fijación de precios podemos encontrar el **United States Vs, Trenton Potteries**<sup>99</sup> y el caso **Standard Oil**, dentro de los casos donde se ha analizado la fijación de precios de una manera más flexible podemos revisar el **Chicago Board of Trade**<sup>100</sup>. El primer caso **Trenton Potteries**, verso sobre la revisión de una condena penal alcanzada al amparo de la *Sherman Act*, sobre empresas productoras e individuos que, acordaron los precios de ciertos objetos de porcelana sanitaria, en específico muebles para baño, la fijación se realizó a través de su Cámara empresarial, vale la pena recordar que, en el caso de las prácticas absolutas en Estados Unidos, su sanción no esta sujeta a demostrar ni poder de mercado ni a determinar el mercado relevante, o a estudiar la magnitud económica del daño, de hecho fue en este caso donde quedó firme el precedente para determinar que las Cortes no tienen por que dilucidar sobre la racionalidad del precio fijado, evidentemente los inculpados alegaron que el precio fijado era razonable, este principio fue establecido por el caso **Trans Missouri**, sin embargo fue **Trenton Potteries** el que confirmó su vigencia.

Los apelantes en este caso adujeron que, la Corte había determinado que, solamente las restricciones al comercio que se consideran irracionales estaban prohibidas por la Ley Sherman, como fundamento se apegaron a los criterios establecidos en los casos **American Tobacco** y **Standard Oil**. Al analizar dicho argumento, la Corte determinó que el criterio racionalidad no es un concepto constante, incambiable ni ilimitado, tampoco se trata de un concepto totalmente definido, más bien se trata de conceptos que varían dependiendo del campo legal en el que pretendan aplicarse, con mayor razón cuando se acoge un peticionario a dicho concepto como parámetro para acotar la aplicación de determinadas doctrinas legales, en este caso el juzgador determinó que, su significado debe ser acotado e interpretado legalmente en armonía con el propósito de las leyes sobre las que se elaboran las doctrinas y criterios que busca acotar, en el caso de las leyes antimonopolio, este objetivo, que se ha mal entendido se determinó como el de propiciar la competencia por la competencia en sí, por lo tanto la racionalidad de la conducta se mide en atención a su efecto en el proceso competitivo de manera tautológica.

En este orden de ideas la Corte partió de la premisa de que se considera que el resultado de cualquier acuerdo de fijación de precios es, la eliminación de una forma de

<sup>99</sup> **United States vs. Trenton Potteries** [ 273 U.S. 392],47, S Ct., 377, 71 L. Ed. 700 (1927).

<sup>100</sup> **United States vs.Chicago Board of Trade**, [246 U.S., 231], Supreme Court of Justice of The United States of America, L. Ed. 98 (1918).

competencia y el hecho de que el poder de fijar precios, implica el poder de controlar las condiciones del mercado, o como en el caso del Canadá el poder de comportarse aún a pesar de ellas, así el efecto de eliminar una fuente de competencia, el precio y el despliegue de poder de mercado que implica el lograr una fijación de precios provoca que no sea necesario analizar la racionalidad del precio o las condiciones fijadas, la Corte Estadounidense con una visión amplia determino que:

**“El precio racional de hoy, puede convertirse, debido a los cambios en las decisiones de negocio, en el precio irracional de mañana”<sup>101</sup>”**

Consideración que países como México, debieran tener en cuenta al analizar ciertas conductas anticompetitivas, la racionalidad del precio no mitiga la desaparición de una fuente de competencia, no limita el poder potencial adquirido mediante el acuerdo para sentar las condiciones de competencia en otras fuentes distintas al precio, ni mitiga la ausencia de conducta independiente entre los agentes de mercado, de hecho sería recomendable para ciertos países adoptar una disertación extendida de la determinación anteriormente citada extendiendo el principio **Trenton Potteries** a las condiciones de venta en general, por lo tanto proponemos:

“Las condiciones racionales de venta acordadas entre agentes económicos competidores entre sí o relacionados pueden convertirse en las condiciones irracionales de mercado del mañana”<sup>102</sup>”

La Corte estadounidense determino que, una vez que el precio razonable se hubiese convertido en irracional se tenía el riesgo agravado de no poder ejercer presión para obligarlo a regresar a parámetros competitivos debido a la ausencia de competencia intensiva y, en algunos casos dicho retorno se volverá más complicado al tratarse de precios acordados sobre bienes de consumo necesario o de demanda poco elástica. No se puede sujetar la legalidad de la conducta, a la mera racionalidad de los precios que fija, así como sería indebido el determinar el nivel de intensidad de competencia de una rama industrial atendiendo meramente al precio como eje único de la competencia, dicha intensidad y en su caso si existen precios no competitivos deben estudiarse como el producto de diversas conductas que inciden en la organización económica empresarial y la filosofía de competencia de los agentes económicos.

**Coordinación de posturas en licitaciones.-** En los Estados Unidos el coordinar posturas o fijar precios para licitaciones de gobierno aún cuando la licitación es para obtener un contrato de suministro de consumibles para el gobierno o para ser proveedor del mismo, se equipara a realizar una conspiración, se vigila de tal manera que el gobierno no sea víctima de fraude en sus licitaciones, que las primeras acciones de clase en materia antimonopolio vieron la luz debido a una conspiración para fijar precios ante una

<sup>101</sup> *Idem.* n.326.

<sup>102</sup> Redacción propia.

licitación de varias municipalidades a niveles estatales para la adquisición de equipo eléctrico, los culpables fueron condenados a sendas reparaciones del daño al triple.<sup>103</sup>

En el caso de las prácticas que encuentran cabida para la regla de la razón y que se configuran frecuentemente en el mercado americano, encontramos ejemplificativamente, las siguientes:

**Denegación de trato.** Esta práctica en especial se refiere a la negativa unilateral a establecer relaciones comerciales con un agente económico. Mediante el caso **United States vs. Colgate Co**<sup>104</sup>, esta práctica que con anterioridad era vista como absoluta, interpretó que un fabricante válidamente y en atención a su libertad de comercio, puede negarse a vender unilateralmente los productos a distribuidores que no respeten los precios sugeridos, excluyéndolos si así lo determina conveniente, de su red de distribución para evitar la depredación de sus otros canales de distribución. Esta significa una manera mucho más viable de luchar contra el *free riding*, sin necesidad de imponer precios mínimos de reventa, como una expresión válida de su derecho a decidir con quien se negocia, sin embargo cuando esta defensa se acompaña de elementos coercitivos como lo es la implementación de penalidades económicas frecuentes, para el que no respetase las condiciones de venta sugeridas. Si el productor establece mecanismos para sondear y manipular el mercado, o toma acciones que pudieran facilitar un comportamiento coordinado de distribuidores, la defensa Colgate pierde su validez.

Esta denegación de trato se caracteriza por ser una conducta unilateral *per se*, de darse una denegación concertada entre varios agentes económicos contra una especie de agentes económicos la conducta se convierte en un boicot con fines excluyentes o colusivos.

También puede configurarse la negación de trato, con fines monopsónicos cuando un agente con gran poder de consumo, se niega a tratar con determinados productores que se resisten a bajar costos, usando su poder de consumo para dictar su costo de adquisición en esta vertiente, también debe considerarse que, de darse esta denegación entre varios agentes estaremos ante un boicot y no ante una denegación unilateral.

A su vez esta conducta requiere que se tenga el control sobre un insumo esencial el insumo negado o un gran poder de compra, el agente afectado es incapaz de allegarse por otras vías del recurso de manera competitiva, ante esta situación el que posee el control del recurso, se niega a negociar aún cuando, dicho agente cuenta con posibilidades para otorgar acceso a terceros al recurso que domina. Estos parámetros toman especial

---

<sup>103</sup> HOWREY Simon Arnold. **Trends on antitrust litigation the new breed of class action.** [en línea], Estados Unidos, White LLP, 2005, [citado 02-08-2008] The Antitrust Review of the Americas, U.S. Private Enforcements, Formato Pdf. Disponible en Internet en: <http://www.howrey.com/docs/ARA2005USPrivate.pdf>

<sup>104</sup> **United States vs. Colgate & Co.** [250 U.S., 300], Supreme Court of Justice of The United States of America, (1919).

relevancia en los mercados de redes.

Como ya lo mencionamos, fue Estados Unidos el pionero en el uso del criterio de elasticidad precio demanda, dicho criterio fue desarrollado por la jurisprudencia y se utiliza para determinar tanto el mercado relevante de una práctica como el producto. Esto es, si ante una significativa y sostenida alza en el precio utilizando un criterio *de minimis* de 5 a 10% de incremento durante un tiempo sostenido, cierto número de consumidores acuden a otros productos o a otra área geográfica a satisfacer su demanda provocando pérdidas para el agente que ha elevado los precios se habrán de incluir en el mercado relevante todas las áreas geográficas a las que pudieren acudir los consumidores y todos los productos que puedan sustituir el producto del agente bajo investigación. Uno de los inconvenientes de este sistema, es que esta basado en el parámetro precio cuando no siempre es el elemento precio el afectado, puede haber afectación sobre condiciones de venta, calidad de los productos, versatilidad, descuentos en los mismos, abasto, restricciones a la distribución etcétera, además no permite diferenciar entre tipos necesidades de consumo dando lugar a falacias.

Cundo derivado de la aplicación a ultranza por terceros países más heterogéneos de este principio, se definen mercados nacionales, se pierde de vista que, este sistema no permite valorar las diferencias en poder adquisitivo que pueden darse entre una zona y otra, tampoco permite apreciar las discontinuidades en materia de desarrollo entre zonas geográficas, ni la diferencia en las dotaciones iniciales de mercado entre sub-mercados. Tanto México como Estados Unidos suelen realizar la determinación de mercado a nivel nacional, Canadá por sus condiciones históricas, geográficas y económicas suele realizar estudios de corte más micro-económico, enfocando sus esfuerzos a mercados regionales para proteger la diversidad de opciones en los mismos. El establecer mercados nacionales presupone indebidamente que las condiciones de competencia para un producto y de consumo del mismo así como el poder adquisitivo de los habitantes, son similares en todo el país obviando las condiciones de cada región.

A su vez mediante criterio jurisprudencial en Estados Unidos se considero que competencia factible de ser dañada es únicamente la ya existente al momento de la conducta del agente económico<sup>105</sup>. Sin embargo, para efectos de eficiencias se permite especular con los resultados de competencia aún no presente y que podría no presentarse, por eso mismo las Cortes restringen el estudio de la competencia especulativa factible a aquella capaz de entrar dentro de un año calendario a la fecha de investigación de la conducta.

**Precios depredatorios.-** En el caso **Standard Oil Co. Vs, United States** la Suprema Corte estadounidense había vislumbrado evidencia de una reducción de precios diseñada para eliminar la competencia en American Tobacco, la Corte sancionó expresamente a la compañía por iniciar una guerra de precios cuya finalidad sería obligar a los pequeños productores de tabaco a integrarse perdiendo su independencia comercial o a desaparecer del mercado.

<sup>105</sup> International Shoe y Standard Fashion Co., Compare Industrial Assn. v. United States, [268 U. S. 64] Supreme Court of Justice of the United States of America, L. Ed. 84, (1925).

Fue con la *Clayton Act* y la *Robinson Patman Act*, con los pronunciamientos mediante los cuales se sentaron las bases para sancionar los precios predatorios, el caso que establece en aquella nación los elementos para calificar un precio de predatorio es el **Utah Pie vs Continental Baking Co.**<sup>106</sup> en esta figura lo que alerto de la posible intención depredatoria de la compañía demandada, a las autoridades, fue la irracionalidad consistente en bajar precios del producto en una zona donde la participación de la corporación era demasiado baja, estos precios bajos por lo tanto no podían responder a la actividad eficiente de Utah Pie en la zona donde se reflejaba dicho precio bajo, sino a una forma de apalancar costos repartiendo las pérdidas en base a la ganancia que le reportaban otras zonas para bajar los precios ahí donde no tenía preferencia y sacar del mercado a su competidor Continental Baking Co., que a nivel nacional carecía de la estructura para amortiguar pérdidas en caso de seguir la guerra de precios que le planteaba Utah Pie, como resultado saldría del mercado al perder su participación en una de sus principales zonas y, al no poder igualar un precio artificialmente bajo.

**Matsuhita Electric Industrial Co. Vs. Zennith Radio Corp.**<sup>107</sup> Este es un caso de especial importancia ya que, aunque el demandante americano estableció que los productores japoneses soportaban el precio desmedidamente bajo de sus bienes a través de altos costos de los mismos en Japón, la Corte consideró que la conducta no era sancionable ya que al momento de realizarla las firmas japonesas no contaban con poder de mercado significativo, sin embargo después de una practica constante de esta conducta acumulando poder de mercado a la larga, dichas firmas desplazaron a todas las firmas americanas del mercado de televisores, mismo efecto vemos hoy en día con los subsidios otorgados por gobiernos que permiten penetrar mercado a compañías capaces de desplegar poder sustancial en poco tiempo, las cuales presentan precios de introducción hasta 73% menores costo al costo marginal de producción de los productores nativos que pueden mantenerse, en virtud de subsidios, facilidades legales y apalancamientos hasta por años hasta que logran desplazar a la competencia y reacomodar la participación de mercado y finalmente logran, acaparar el abasto de insumos como es el caso del grano y hasta modificar las estructuras de los mercados al acabar con los agentes económicos independientes ya sea en grado de competencia directa, o de agentes relacionados, además de concentrar el poder de consumo sobre los mercados de factores.

El uso de poder económico, para depredar mercados también produce efectos laterales entre los nuevos entrantes ya que puede ser tal el poder de mercado que adquiera a la larga el depredador que, logre instalarse en la percepción del consumidor como la única opción de abasto viable además de que, la depredación de la competencia puede sentar un precedente lo suficientemente fuerte como para disuadir a cualquier nuevo entrante sin una estructura macroeconómica de entrar a contender en dicho mercado por muy atractivos que sean los precios posteriores a la depredación, al asentarle la idea de que en

<sup>106</sup> *Vid supra n, 52.*

<sup>107</sup> **Matsushita Electric Industrial Co. vs. Zennith Radio.** [475 U. S. 574] Cerciorati ante La Corte Federal de Apelaciones de los Estados Unidos de América del Tercer Circuito, L. Ed 3-2004., (1986).

dicho mercado “no hay lugar para los pequeños” ya que, ante las primeras escaladas depredatorias del ente controlador del mercado tiene pocas expectativas de subsistir por un tiempo considerable.

Del caso *Liggett*<sup>108</sup> derivaron algunos elementos que la Corte determinó como constitutivos de la conducta:

- a) que el precio este por debajo del costo medio de producción.
- b) que exista la posibilidad de que el agente recupere las pérdidas generadas por la depredación, sin embargo este criterio es altamente relativo ya que vía fiscal se pueden conciliar dichas pérdidas, utilizarlas o incluso no incurrir en ellas si se esta apoyado en algún momento por subsidios, este elemento se vuelve más relativo dependiendo del tiempo en el cual se analice que, el nivel de precios después del periodo predatorio deberá ser tal que genere ganancias suficientes para recuperar las pérdidas ocurridas en el periodo predatorio, sin embargo en empresas subsidiadas y estimuladas fiscalmente se puede dar que dicha recuperación de costos no les obligue a un alza de precios súbita y evidente en el corto plazo, se puede dar escalonada mediante porcentajes, a través de la creación de escasez ficticia se puede subir el precio sin romper el tope monopólico del mismo o llevarlo a la zona gris sin sobrepasar el máximo que el consumidor estaría dispuesto a pagar para obtener el producto o servicio, sin que esto signifique que son precios competitivos pero si suficientes para que al ser mantenidos sistemáticamente generen ganancias y perpetúen nichos de mercado a favor del otrora depredador.
- c) Debe demostrarse que los precios son lo suficientemente bajos como para, sacar al competidor del mercado, forzarlo a subir sus precios so pena de quebrar y no debe perderse de vista que, otro efecto que pueden tener los precios depredatorios son el forzar a un agente económico independiente a integrarse con los depredadores so pena de ser depredado.

**División de mercados.**- Algunos autores estadounidenses consideran que, cuando los competidores acuerdan dividirse mercados, ellos están conviniendo en crear cierto tipo de monopolios para cada uno y se considera que, existen diversas formas de hacerlo, dividiendo la oferta por territorio, asignando clientes, dividiendo a los clientes y asignándolos por categorías, dividiendo líneas de producción, acordando el no competir por determinados clientes o acordando no competir en líneas de producción, Se trata de una práctica que, al igual que la fijación de precio aísla a los competidores de la interacción de mercado y la competencia natural por los clientes, creando monopolios acordados con límites que aseguran una tajada de mercado fija para cada agente económico, acuerdo que solo funciona acompañado de sus correspondientes barreras a la entrada así, la práctica colusiva obliga para su preservación a realizar prácticas anticoncurrentes, de hecho se considera que ciertos acuerdos de división de mercados más allá de su vertiente geográfica pueden ser aún más restrictivos de competencia que la

<sup>108</sup> **Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.** [ 509 U.S. 209] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 2578, 125 L. Ed. (1993).



fijación de precios, ya que al menos en la fijación de precios pueden quedar otras fuentes de competencia como la calidad de los productos, surtido, tiempo de abasto del mismo etc, sin embargo en la división de mercados no hay otras opciones disponibles y suele cerrar la competencia en todos los campos, además de obstaculizar la concurrencia de nuevos entrantes.

En 1951 la Corte en el caso, Timken Roller Bearing Co. vs. United States<sup>109</sup>, determinó que esta conducta recaía en la clasificación *per se* establecida para la fijación de precios, aunque la litis se complicó debido a la propiedad cruzada de los participantes sobre la Timken Roller, la Corte determinó al grupo accionario como un cártel y a la conducta como una modalidad agravada equiparable a la fijación de precios.

Esta división de mercados y su carácter absoluto se vieron puestos a prueba en el caso Topco, cuando el gobierno de Estados Unidos condenó a una serie de tiendas pequeñas y medianas bajo la figura de división de precios al haber suscrito un acuerdo para distribuir cada una de las tiendas pequeñas y medianas, se trataba de agentes económicos independientes. Entre ellas desarrollaron y distribuyeron la marca *Topco brands*, marca que les permitía competir con los productos marca libre de los grandes supermercados, sin embargo solo podía existir un distribuidor de productos Topco por región, si otro miembro quisiese vender los productos en la misma zona tenía que obtener el permiso de la asociación y el miembro cuya zona geográfica se vería afectada tenía una especie de derecho de veto.

Mientras la Corte de Distrito al considerar que, la ventaja de segmentar la venta de la marca Top Co permitía competir eficientemente a las pequeñas y medianas tiendas con los grandes supermercados determinó que, la práctica sería legal ya que el resultado pro competitivo sobre pasaría la restricción, la Suprema Corte determinó ilegal el estudio realizado por la Corte de Distrito al aplicar la regla de la razón a una conducta absoluta y evaluar para ella una serie de eficiencias derivadas de una división de mercado, práctica que como se había pronunciado anteriormente la Corte, recaía dentro de la categoría *per se*.

En este mismo caso el Juez Warren Burger, esgrimió una opinión disidente, al considerar que se estaba sancionando una conducta perfectamente legal solo por que accesoriamente implicaba el despliegue de una conducta anticompetitiva sin la cual, el desarrollo de una marca propia, en proporción al elemento necesidad de la conducta, hubiese sido económicamente menos costeable, además de considerar que la conducta tenía solamente efectos de limitación de la competencia intra marca y no entre las marcas razón por la cual la conducta no podía haberse calificado como ilegal *per se*. Además no quedaba claro que, los agentes que concertaron la marca Topco y que se dividieron su distribución hubiesen competido directamente entre sí, al situarse en mercados geográficos bien determinados y distintos.

---

<sup>109</sup> Timken Roller Bearing Co. vs. United States, [ 341 U.S. 593] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, L. Ed. 352, (1951).

La restricción intra-marca de este caso, parece ser más compatible con un distribuidor exclusivo de una marca que puede llegar a fomentar la competencia entre las marcas, al limitar el número de cadenas que pueden distribuir el bien que a una división de territorios total.

El criterio *per se* para esta conducta de división de territorios, sigue vigente en el pensamiento judicial americano cuando la restricción afecta la competencia entre marcas distintas y es producto de la colusión de agentes económicos independientes, esta visión se refuerza cuando la conducta no presenta eficiencias relevantes a simple vista que, ameriten un acercamiento de la Corte a través de algún tipo de cuasi regla de la razón.

**Boicots.-** Dependiendo de sus efectos han presentado criterios de evolución ambiguos, en algunas épocas y casos han recibido tratamiento *per se* y en otros se ha permitido su estudio bajo la regla de la razón, dependiendo de si su efecto fue colusivo o excluyente.

Los boicots colusivos se caracterizan por coordinar las posturas y el poder de mercado de varios competidores en orden de violentar la voluntad de un tercero, frecuentemente, un suministrador o un cliente, se puede concertar un boicot para obligar a un suministrador a aceptar precios más bajos usando su poder de compra, para los insumos que de él adquiere el grupo so pena de no volver a comprarle y cerrándole las opciones de venta, a su vez puede usarse el poder de mercado para presionar a un cliente para que este acepte un precio alto y determinado so pena de no poder adquirir de ningún otro vendedor el producto. El impacto que tienen estas conductas en la economía, es solamente el resultado del esfuerzo de los boicoteadores por distorsionar el mercado artificialmente.

Se trata de conductas que constituyen boicot, al implicar la coordinación de poder de mercado para ser utilizado de manera coercible contra un tercero no parte de la colusión, aquí el elemento importante es el de coerción, el impacto de dicha coerción sobre el proceso competitivo es absolutamente directo. Esta conducta y este uso coercible del poder de mercado da lugar a muy pocas eficiencias alegables a su favor, sino es que a ninguna.

El boicot exclusionario por otra parte se considera que, es aquel que se dirige contra los rivales de las firmas coludidas, en este caso se utiliza la coerción para disciplinar la conducta de otros participantes del mismo mercado, esta conducta puede tomar la forma de una denegación de trato, de cierre de acceso a insumos, de la destrucción infundada de su prestigio comercial, de elevar sus costos de entrada en mercados de redes o, en los que depende de interacción con sus competidores, es decir puede derivarse de cualquier forma que disminuya su habilidad para expandirse, entrar en un mercado o competir en él de manera intensiva, el propósito de este boicot es el distorsionar la oferta, eliminar o disciplinar competidores, en este caso el boicot y su carácter de *per se* ilegal a diferencia del boicot colusivo, esta sujeto a la modalidad que tome en contra de la víctima y en el caso de modalidades indirectas su sanción se sujeta también al poder de mercado que la colusión detenta, dependiendo también de la modalidad que tome la conducta de los coludidos será la posibilidad de poder argumentar eficiencias a favor de dicha conducta,

mientras más indirecta sea la modalidad mayor posibilidad de considerar eficiencias hay, mientras la exclusión, cuando esta sea producto de una medida directa para afectar al competidor como objetivo principal menos eficiencias serán aceptables para evaluar la conducta.

Como métodos de disciplina los boicots pueden ser accesorios a un cártel, como una forma de castigar a la firma que rompe la colusión. El boicot es también otra conducta que puede acabar con firmas Maverick de actuación positiva. Al final el resultado de excluir a un competidor rebelde, Maverick o independiente, es el de facilitar el alcance de precios anticompetitivos, disminuir y homogeneizar la oferta y concentrar el mercado.

Fue en el caso **Eastern States Retail Lumber Dealers**<sup>110</sup> donde la Corte trazó la línea para diferenciar entre denegaciones de trato unilaterales y el boicot colusivo:

"Un proveedor tiene el derecho incuestionable de dejar de tratar con un revendedor por razones suficientes para sí mismo, y podría hacerlo debido a pensar que dicho revendedor está tratando de dañar su negocio. Pero cuando el proveedor va más allá de su derecho y decisión personal y conspira y se combina con otros, en aras de obstruir el libre curso de los negocios y del comercio y de indebidamente suprimir la competencia, al colocar entre los posibles proveedores del revendedor bajo una influencia coercitiva, circulando un reporte condenatorio sobre la conducta del revendedor entre otros posibles proveedores o clientes del revendedor, se considera que el proveedor se ha excedido de la esfera de sus derechos personales de no tratar con el revendedor"

En este caso el Juez Scalia evidenció esta conducta como el boicot colusivo, ya que estaba dirigida a dañar competidores que, a su vez eran distribuidores de los bienes de los asociados en el boicot, dicha conducta al correcto arbitrio de este Juez, buscaba disciplinar a los revendedores para que abandonaran la distribución dual o, excluirlos efectivamente del mercado.

Uno de los casos fundamentales en el análisis de la ilegalidad del boicot fue el caso **Klor's Inc. vs. Broadway Hale Stores Inc.**<sup>111</sup>

Bajo el ejercicio particular de la acción de competencia Klor's buscaba la indemnización por daños triples y un pronunciamiento judicial que requiriera el cese de las conductas

<sup>110</sup> **Eastern States Retail Lumber Dealers Assn vs. United States.** [234 U.S.600], Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, (1914).

<sup>111</sup> **Klor's Inc. vs. Broadway Hale Stores Inc.** [395 U.S.207], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, L. Ed. 76, (1959).

alegadas.

Klor's, era un revendedor mediano de artículos domésticos, los productores de electrodomésticos de prestigio al igual que una tienda rival; Broadway - Hale, habían conspirado para no vender electrodomésticos a Klor's y los pocos que podían venderle lo hacían a precios discriminatorios o condiciones de venta altamente desfavorables, al parecer Broadway Hale había utilizado su monopsonico poder de compra para orquestar este boicot de los suministradores, bajo la amenaza de no comprarles si vendían a Klor's, la imposibilidad de adquirir electrodomésticos básicos para Klor's había dañado seriamente su posibilidad de competir intensivamente, su prestigio, ganancias y reputación.

Al analizar este caso la Corte admitió por primera vez que podía configurarse un daño a la competencia, aún cuando el sujeto directamente dañado no fuese el consumidor ni el precio al público, declaro que ciertos acuerdos y su validez dependen de las circunstancias que los rodean.

A su vez, fue en este caso en el que la Corte estableció dos criterios vitales en el análisis de estas conductas, el primero implicaba que, el boicot, es una conducta ilegal *per se* que no requiere para ser calificada de esta manera traducirse directamente en precios altos, reducción concertada de la producción, o deteriorar la calidad de los bienes y por el otro lado estableció que dicha conducta tiene que ser sancionada por la ilegalidad del medio empleado, sin importar si la víctima es solamente un competidor pequeño cuya ausencia a primera vista no causaría un desequilibrio visible en la economía y que, su salida del mercado no sería producto de una ineficiencia productiva en comparación de su competencia sino de una colusión para impedirle competir activamente. Así la Corte literalmente indicó:

"Los boicots o denegaciones de trato concertadas por un grupo en contra de otros comerciantes han sido por mucho tiempo calificadas como conductas *per se* Estas no se han visto favorecidas por alegaciones de racionalidad en circunstancias específicas, ni por que el denunciante hubiere fallado en probar que ellas fijaban o regulaban los precios, fraccionaban o limitaban la producción, o traían como consecuencia un deterioro en la calidad de los bienes. Aún cuando los precios en la industria se mantuvieran bajos o estimularan temporalmente la competencia, dichos complots se consideraban prohibidos "

El boicot de distribuidores para obligar a los manufactureros a no tratar con distribuidores que venden a precio de descuentos también ha sido una práctica constante.

Al final este tipo de boicots también tienen consecuencias para el consumo final, al limitar

las opciones del consumidor sobre agentes económicos de los cuales adquirir productos.

Como veremos en el capítulo IV, una de las defensas más opuestas por aquellos a los que se ha denunciado por un boicot excluyente ha sido el negarse a tratar con un determinado agente económico con el fin de evitar el aprovechamiento por parte de terceros, sin embargo esta no es una defensa válida para un boicot, tal vez el negarse unilateralmente a vender a un distribuidor que hace aprovechamiento a base de terceros pueda justificarse cuando no exista una medida menos restrictiva para evitar dicho aprovechamiento; pero es irracional aceptarlo como defensa para un boicot excluyente de grupo ya que, esta conducta a diferencia de la denegación de trato implica una colusión de voluntades, una pérdida de independencia en las decisiones, además de que su uso implica una contradicción con los pilares del pensamiento neo-positivista, al permitir que se proteja a un agente económico á costa del proceso competitivo, de tener coherencia la doctrina chicagonita dicho aprovechamiento por parte de terceros sería visto como una parte natural de la teoría de la destrucción competitiva creativa, ampliamente promovida por dicha corriente.

Este tipo de disertaciones, toma mayor relevancia cuando, el que niega el trato es por ejemplo, un *joint venture* en el que participan la mayor parte de los proveedores, compradores o de los manufactureros, o cuando se coordina el poder de compra a través del *joint venture* para distorsionar el mercado, como pudiera ser el caso de Gimsa-ADM..

Otro punto que se torna difícil de distinguir es aquel que plantea la prohibición de los boicots comerciales y aquellos en que, se utiliza la presión económica o el poder de consumo para lograr la afirmación de ciertos derechos económicos que, no están dentro del comercio, estos últimos estarían protegidos por la primera enmienda de la Constitución Estadounidense al amparo de la libertad de pensamiento, en esta categoría caería el caso de una colusión de tenderos mexicanos que se niegan a comprar productos Coca Cola por un día como protesta para lograr la afirmación de la regularización de migrantes latinos, en este caso como el boicot es un elemento secundario, solo una forma de expresarse que persigue, no el menoscabo de la competencia económica o un beneficio económico directo y principal, sino el ejercicio de presión para lograr la afirmación de ciertos derechos civiles, no se podría considerar como boicot comercial, por lo tanto los daños por pérdidas provocadas por esta conducta, no proveen una fuente de responsabilidad.

Un caso interesante que nos muestra la delgada línea entre los boicots comerciales y los que utilizan solamente la actividad económica como medio de reafirmar un derecho es el **Federal Trade Commission vs. Superior Court Trial Lawyers Association**<sup>112</sup>. Caso dirimido en el año 1990 y donde la pregunta era si se trataba de un boicot anticompetitivo, un simple boicot comercial, o de una conducta protegida por la Primera Enmienda de la

---

<sup>112</sup> **Federal Trade Commission vs. Superior Court Trial Lawyers Association**, [493 U.S.411, 110 SCT 768 p.107], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, L. Ed. 2d. 851,(1990).

## Constitución.

En el Distrito de Columbia existe una Ley que permite, a ciertos abogados particulares independientes de la defensoría de oficio, que deseen realizarlo tomar la defensa de algunos criminales promedio y con delitos menores, a cambio el Estado paga las horas de preparación del caso y las horas de Corte de los abogados, tarifas por hora que se encuentran reguladas, por estricta letra de Ley. Los abogados particulares del Distrito de Columbia que solían tomar algunos casos criminales llevaban largo tiempo buscando un aumento en las cuotas, aumento que las Cortes no podían concederles sin modificaciones a la legislación, los abogados decidieron coordinarse para ejercer presión, dejando de tomar casos de la Corte, hasta que se les asegurara un aumento de honorarios en las tarifas por hora fuera de Corte y en juicio, los abogados no tomaron ningún caso nuevo hasta meses después cuando se hicieron los cambios legislativos, en el tiempo que duró el boicot el 90% de los abogados criminales privados se negaron a tomar nuevos casos de la Corte Criminal del Distrito de Columbia.

Como resultado, la Comisión Federal de Comercio inició una investigación, en contra de la asociación de abogados y sus dirigentes, alegando que, se habían coludido para restringir el comercio y rehusar la competencia, al negarse a aceptar nuevos casos, a cambio de dicha negativa buscaban elevar sus honorarios, lo cual para la Comisión se traducía en un boicot que tenía como finalidad última la fijación de precios, el procedimiento se sustanció al amparo de la Sección 5 de la *Federal Trade Commission Act*, sección que detalla la figura del boicot.

La defensa argumentó que el boicot se trataba simplemente de un método pacífico de petición para provocar cambios legislativos, razonamiento que constituye una excepción a la aplicación del derecho antimonopolio en Estados Unidos y, aún más importante, se trataba de una forma de acción política protegida por la Primera Enmienda.

Cuando en una conducta económica, pudiera estar comprometido el ejercicio de un derecho civil fundamental, para determinar si la conducta económica es principal o accesoria a dicho derecho la Corte se ve obligada a estudiar a fondo el caso para determinar el carácter de la conducta como principal o accesorio, una vez determinado dicho carácter, de ser principal el boicot, se le puede condenar *per se*; de ser accesorio como un medio de presión para la consecución de la actividad gubernamental su sanción no es posible ya que, su fin no es el de distorsionar el proceso competitivo ni manipularlo sino, el utilizar su poder económico para propiciar cambios en el gobierno, a este respecto la Corte se había pronunciado sobre el criterio a utilizar para desprender la conducta de su contenido, en el caso **United States vs. O'Brien**<sup>113</sup>.

El primer paso para el análisis de la Corte fue, el determinar si los participantes en el boicot presencia de mercado suficiente, al determinar que, estaba presente un importante poder de mercado, se centró la discusión en determinar si el mismo contenía un elemento

<sup>113</sup> **United States vs. O'Brien**, [391 U.S.367], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, L. Ed. 232,(1968).

expresivo protegido por la Primera Enmienda, considerando que, los boicots han sido históricamente usados como medios dramáticos de petición y expresión de mensajes políticos, simplemente la Independencia de los Estados Unidos de América inició con el famoso boicot al té y su impuesto. Entonces la cuestión sería dilucidar si, el demandado intentaba a través del boicot transmitir mensajes políticos al público en general.

En general las Cortes americanas, suelen ver como candidato principal a condena bajo la categoría *per se*, a los boicots colusivos y, tienen un criterio mixto para los boicots excluyentes, dependiendo de las circunstancias en que se dan estos últimos y sus efectos absolutos, relativos, de largo plazo, horizontales, verticales o como medios de orquestar cárteles y disciplinar a los disidentes de colusiones.

La Corte no omitió considerar que, el cambio legislativo que los abogados perseguían de alguna manera estaba encaminado a afectar el precio de los servicios legales y fijarlo en un parámetro más alto y que, el boicot fue implementado a través de una denegación de trato en contra del único cliente de los servicios legales de los abogados privados que, prestan servicios por hora bajo la *Court of Justice Act*.

Nuevamente la defensa de parte de la asociación adujo que, el boicot debía encontrarse como una práctica razonable ya que más allá de su contenido axiológico, los precios resultantes de él se traducirían en precios razonables, excusa que fue nuevamente rechazada por la Corte. De hecho la Corte en este caso reafirmo un precedente que ha tomado nueva fuerza a partir de la década de los 90's en la ideología del derecho antimonopolio:

"La Ley Sherman prohíbe a las Cortes el plantearse la pregunta sobre si la competencia es buena o mala."

El punto se limitó a analizar la finalidad principal y el contenido axiológico de la conducta, a saber, si la restricción al comercio era meramente la consecuencia entendida de la acción pública, traduciéndose en el medio mediante el cual, los activistas buscaban obtener una legislación favorable.

En el caso **Claiborne Hardware Co.**, donde los pobladores negros de un Estado de la Unión boicotearon las actividades económicas de una serie de mercaderes de Missisipi, en orden de presionar al gobierno para que actuara en favor del respeto de los derechos de igualdad racial, siendo este un caso donde claramente el boicot era una restricción accesoria al ejercicio de un derecho fundamental la Corte estableció:

"El derecho de los Estados de regular la actividad económica no podría justificar una prohibición total en contra de los boicots motivados políticamente mientras estos sigan siendo una expresión no violenta, diseñada para presionar al gobierno para que actúe en aras de

garantizar derechos Constitucionales<sup>114n</sup>

En el presente caso, la Corte determinó que el fin último del boicot independientemente de su contenido era la obtención de una ventaja económica exclusiva para aquellos que participaron en el mismo. Determinó textualmente que:

"El razonamiento de la Corte en el caso *Claiborne Hardware*, no es aplicable aun boicot conducido por competidores, quienes intentan conseguir un beneficio financiero, de una restricción en la competencia realizada, en el mismo mercado boicoteado<sup>115n</sup>

Nótese que, en este caso la Corte no diferencia entre beneficio directo o indirecto. A su vez en el presente caso la Corte llegó a la consideración de que la aproximación *per se* hacia los boicots era inaplicable para el estudio de dichas conductas cuando a través de ellas se comprometiera el ejercicio de un derecho de expresión.

Dicha regla no atacaba la prohibición *per se*, de los boicots colusivos en sí, al considerarse que, la mayor parte de los mismos no conllevaban implícito, el ejercicio de derechos constitucionales o la protección de la libertad de expresión mandada por la Primera Enmienda, ni comprometían un contenido expresivo significativo, la prohibición de los boicots se da para desincentivar una conducta que busca indebidamente, distorsionar las condiciones de mercado.

Cabe mencionar que, el privilegiar el boicot como medio de expresión política puede traspasar esa fina línea entre una forma efectiva y libre de obtener acción gubernamental y la forma de mantener a un regulador atrapado, y presionarlo para adoptar medidas gubernamentales que permitan a los boicoteadores coartar la libre competencia. Para hacer una distinción entre estos dos escenarios resulta necesario atender a quienes son los participantes en el boicot y que buscan, si son simples civiles o consumidores sin poder monopsonico que buscan el reconocimiento de un derecho civil o fundamental o, si son participantes mismos del mercado ya que, en este último caso podríamos estar ante una forma de coerción hacia los reguladores, para legitimar medidas anticompetitivas desde el poder, al analizar este tipo de conductas no debe olvidarse que, toda coordinación entre agentes económicos participantes en un mercado significa cierta amenaza a la libre operación de las fuerzas de mercado.

Para dilucidar la diferencia y el impacto de este tipo de boicots la Corte, en el presente caso atendió en principio, al poder de mercado de los abogados participantes, sin embargo al final llegó a una determinación tomando en cuenta, no solo la participación de mercado de los boicoteadores, sino el efecto del boicot y la gravedad de su conducta y consecuencias, la Corte declaró finalmente:

<sup>114</sup> **N.A.A.C.P.V. vs Claiborne Hardware Co.** [450 U.S. 886], 102, S.Ct. 3409, L. Ed. 2d (1982).

<sup>115</sup> *Vid supra*, n.339.



"Algunos boicots y algunas fijaciones de precio resultan más dañinas que otras, algunos son solamente exitosos de manera parcial, y otros solo son exitosos cuando se ven acompañados por otros factores causales, tales como la influencia política. Sin embargo el asumir que, debido a la falta de poder de mercado, el boicot realizado en este caso sería totalmente inocuo, aún cuando existe un aplastante testimonio que demuestra que, esta acción por poco provoca una crisis en la administración de justicia penal y cuando al alcanzar su objetivo final, este resulta ampliamente incompatible con el curso de la jurisprudencia antimonopolio. Los conspiradores no requieren alcanzar las dimensiones de un monopolio o aún así un nivel de poder de mercado mayor que aquel que ya han ejercido, para provocar consecuencias lo suficientemente graves como, para merecer condena bajo las leyes antimonopolio".

La Corte interpretó que, se trataba de un acuerdo entre competidores para alcanzar una tarifa horaria, convenida por sus servicios y, demandar la implementación a cargo de su cliente más importante, el Distrito de Columbia, demanda que buscaron coercionar a través del boicot, como mecanismo para obtener un precio más alto por sus servicios anteriormente contenido y dejando sin opciones a la Corte de Distrito.

Cabe mencionar que, la figura del boicot y el término fueron utilizados por primera vez en la Sección 3 (b) de la *Mc Carren Ferguson Act*.

**Coordinación en licitaciones.** Tanto para los Estados Unidos como para el Canadá la coordinación de licitaciones se traduce en un fraude al Estado, equiparable a la felonía y por tanto factible de significar cárcel para los entes coordinados que privan de oportunidades de consumo o de oferta al Estado. Se trata de una conducta intrínsecamente agravada, así interpretada por los precedentes judiciales estadounidenses recordemos que, la acción de clase en la materia de competencia económica fue ejercitada por primera vez por varios municipios que sufrieron un traslado de su bienestar económico hacia el bienestar de un productor que cometió una especie de fraude al Estado al privarlo de condiciones de adquisición competitiva, a través de una coordinación de posturas a presentar en la licitación.

Este tipo de conducta, parte de la premisa de que el precio, visto con todo y las condiciones de oferta, formas de pago, financiamiento y tiempo que lo integran es el centro nervioso del sistema económico, que un acuerdo que interfiere con el establecimiento de precios en el libre mercado redundaría en ilegal por sí mismo, cuando mediante dicha ilegalidad se priva al Estado representante de los intereses de la sociedad, de opciones válidas de abastecimiento, infligiendo un daño directo al conjunto social, que puede traducirse en un fraude de dimensiones considerables. Priva al cliente de la

posibilidad de utilizar y comparar precios para seleccionar un servicio accesible a sus posibilidades.

Uno de los más significativos casos de coordinación de licitaciones, fue el relacionado con el *E-rate*<sup>116</sup>, un programa de redes de acceso a Internet para las escuelas de condiciones más precarias en los Estados Unidos, el programa incluye los fondos para el equipo, servicios a escuelas y librerías que requieren acceso a Internet. Sobre este programa el Departamento de Justicia en su división anti monopolio, abrió tres casos, incluyendo una acusación radicada en el Distrito Norte de California del Sur, en contra de seis compañías y seis individuos acusados de defraudar el programa *E rate* al coordinar licitaciones sobre los proyectos ofrecidos a escuelas localizadas en siete estados distintos, a los cargos de coordinación de posturas equiparado al fraude, fijación de precios y fraude electrónico se acumularon cargos por fraude bancario, conspiración, lavado de dinero y, se agravó la conducta al aplicarles la figura de Comisión de fraude en contra de un programa federal, las investigaciones se tradujeron en sentencias penales por responsabilidad corporativa, así como en tres condenas individuales y multas penales por 40 millones, además de la restitución del daño.

Se considera que, quienes cometen este tipo de conductas en licitaciones públicas se equipara a robar fondos del Estado o a cometer fraude contra el mismo.

Esta conducta, no se limita a los precios, puede versar sobre calidad de los productos, cantidad, formas de suministro etc. Todas ellas eliminan fuentes de competencia importante entre competidores que impiden al adquirente encontrar opciones versátiles y adecuadas para sus necesidades.

En conclusión, el tratamiento *per se* para la fijación de precios y coordinación de licitaciones en Estados Unidos, sigue siendo aplicable aunque, en casos muy excepcionales se permite que la Corte considere ciertos factores además de la mera fijación de posturas, sin embargo estos casos son pocos y no han logrado revertir la presunción *per se* de los efectos de la fijación, el estatus de esta conducta como ilegal por si misma sin necesidad de abundar sobre cuestiones de razonabilidad o poder de mercado se vió finalmente restablecido en el caso **Maricopa**.<sup>117</sup>, para la figura de la fijación de precios.

Por lo que respecta a la división de territorios su estatus *per se* sigue siendo considerado como preeminente al dilucidar que muchas de las restricciones más nocivas no versan directamente en los precios de venta, muchas veces las divisiones de territorio eliminan fuentes de competencia aún más significativas en conjunto que el mero precio de un

<sup>116</sup> Fischer David. **Antitrust & Crime**, [en línea], Estados Unidos, FCC, 2006, [citado el 02-10-2008], Antitrust Review, formato HTML.

Disponible en Internet en:

<http://www.antitrustreview.com/archives/443>

<sup>117</sup> **Arizona vs. Maricopa County Medical Society**, [457 U.S. 332] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América . L. Ed. 80-419, (1982).

producto.

Por último y en el caso de los boicots, el mismo en su faceta colusiva sigue siendo considerado principalmente ilegal *per se* aunque pueden hacerse consideraciones sobre el contenido de la conducta, cuando esta se utiliza como medio de expresión o presión para la reafirmación de derechos de orden superior, sin embargo la protección del boicot bajo la Primera Enmienda requiere que, se cumplan estrictos estándares, a su vez cuando un boicot excluyente no tiene mayor fin que el de eliminar indebidamente a un competidor se sanciona en carácter *per se* .

Prácticas que admiten estudio bajo la regla de la razón.

**Cláusulas de no competencia.-** La prohibición de este tipo de convenios tanto en la Constitución Mexicana como en la estadounidense, atiende a dos cuestiones principales, la primera era la consideración de que, dichos contratos implicaban que, un hombre se privara a si mismo de la posibilidad de derivar ganancias de una actividad determinada, con el riesgo de volverse una carga pública y privar a la comunidad de los beneficios de su trabajo.

La segunda atiende a que, dichas restricciones tendían a facilitar el monopolio del comercio de aquellos que habían quedado en el mercado incluyendo, a aquel que logro el compromiso de no competencia. Para que a la luz del derecho norteamericano este tipo de prácticas se salven de la prohibición *per se* requiere que cumplan con varios elementos:

a) Debe probarse que, la cláusula es necesaria y es el medio menos restrictivo para asegurar que el negocio adquirido no enfrentará competencia inequitativa y ruinosa con su antiguo dueño, en virtud de la cartera de clientes, el conocimiento que de los mismos tiene el vendedor de la negociación y las características de cada industria esto es considerando si la misma consigue sus ventas a través de contratos a largo plazo, la facilidad de contratación, la concentración de la misma y los costos de inversión de entrada y creación de marca que la misma exige para poder competir de manera intensiva. La obligación se considera como meramente un accesorio de la venta de la negociación, en ausencia de dicha venta, la razón de ser de la restricción se vuelve ininteligible.

b) La cláusula debe establecerse ya sea con motivo de la venta de una negociación con todo y cartera de clientes, por un socio retirado de importancia en una firma que conoce todo su manejo cuya acción pudiera interferir significativamente con el negocio de la firma, a su vez puede pactarse una cláusula de no competencia para el comprador de una propiedad o parte de una negociación para que no use la misma en competencia con los negocios establecidos por el vendedor sin embargo, esta vertiente es mucho más controvertida al traducirse en una limitante no claramente justificada al ejercicio del derecho de propiedad para un adquirente, además de una barrera a la libre competencia y no tanto a la libre competencia, este último supuesto resulta ser el menos justificable de todos y el que requerirá eficiencias más significativas para defenderse, al no tener una causa de necesidad tan apremiantemente clara.

- c) Debe asegurarse de que dicho medio, es el menos restrictivo para asegurar la compra de buena fe de un negocio
- d) Debe establecerse por un tiempo razonable, que la corte juzgará caso por caso para permitir el debido asiento del adquirente en el mercado, tomando en cuenta el carácter de lo enajenado en la operación.
- e) Debe limitarse a las actividades críticas, donde la competencia sería indebidamente ruinosa o desventajosa para el nuevo adquirente.
- f) Debe evidenciarse el carácter accesorio de esta restricción, a un contrato de objetivos legales para proteger al contratante en el completo disfrute de los derechos legítimos adquiridos en virtud del alcance del contrato, o para protegerle de los peligros de un uso injusto de dichos frutos por otra parte que le vende de mala fe y con dolo la negociación.
- g) La validez de la restricción y sus alcances siempre serán calificados por un órgano judicial.
- h) El alcance de la restricción no puede exceder la necesidad representada por el objeto del contrato, de lo contrario será nulo. Este exceso tiene tres resultados indeseables, primero restringe al contratante sin ningún beneficio correspondiente, segundo por que este tiende a facilitar la creación de monopolios y, tercero significa una pérdida de opciones a la sociedad sin estar avalada por algún objeto lícito principal.

**Exclusividades.**-Como se mencionó anteriormente, la exclusividad suele defenderse como parte de una libertad malentendida de obligarse de las partes en un contrato privado, dicha tendencia hoy en día en jurisdicciones como la estadounidense empieza a tomar alcances preocupantes, que son estudiadas casi con una presunción de legalidad *per se*, presunción que, indebidamente es imitada, sin mayor reflexión en jurisdicciones menos noveles en el estudio de prácticas anticompetitivas como la mexicana, si a esto aunamos la reciente tendencia del derecho estadounidense de tratar a las exclusividades como una figura de derecho privado, ignorando por completo su efecto en el bienestar público, el escenario de la práctica se complica<sup>118</sup>.

De facto el derecho norteamericano, considera estas restricciones como accesorias sin reparar si las mismas versan sobre restricciones intra marca, (establecimiento de distribuidores exclusivos) o extra marca (distribución exclusiva de una marca por un canal de distribución independiente).

Hoy en día, las Cortes americanas reparan poco en estudiar si los acuerdos de comercio exclusivo se refieren a obligar a un distribuidor a no negociar o comprar los productos de otros fabricantes o si se trata meramente del establecimiento de canales de distribución exclusiva para sus productos, limitando la conducta propia del productor a la obligación

<sup>118</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *Vid supra n.3.*, p 402-407.

de comercializar su producto, únicamente a través de un cierto canal, esta última es la vertiente de acuerdos de exclusividad con efectos intra-marca, la cual será menos invasiva dependiendo si contempla el establecimiento de distribuidores exclusivos no independientes u obliga al productor a comercializar su producto únicamente a través de un canal de distribución, mientras que, el obligar a un distribuidor independiente solamente a vender una marca de un determinado producto de los muchos existentes en el mercado, tiene efectos de competencia entre las marcas ya que, de facto ata la voluntad del distribuidor a la del productor, perdiéndose un agente económico con actuaciones y decisiones independientes al abandonar este, su facultad de negociar con otros productores, para venderlos dentro de su mismo canal, este último escenario empeora cuando, el acuerdo de exclusividad se da entre un distribuidor con poder sustancial de mercado y un productor que también cuenta con un gran poder de mercado prácticamente, se cierra el nicho de distribución y al menos se encarece la entrada de nuevos productores, tanto en el mercado de distribución como el de producción al obligarlos a entrar en los dos mercados simultáneamente para ser funcionales en la rama industrial.

En el caso *Trenton Potteries* la Corte estableció sobre ciertos acuerdos de exclusividad que:

"No existe competencia entre dos corporaciones, las cuales cada una por su lado acuerdan el comercializar un producto similar o directamente competidor, negándose a venderlos a través de los mismos canales de distribución o de canales de distribución convergentes, el evitar la competencia en los mismos canales de distribución es también una manera de limitar la intensidad de la misma"<sup>119</sup>

Muchas veces estas prácticas, suelen justificarse bajo la defensa del *free riding* cuya efectividad abarcaremos a fondo en el capítulo siguiente y que, a nuestro parecer no justifica la proliferación de estos acuerdos, otra defensa común esgrimida para estos acuerdos es la relativa a la reducción de costos de transacción entre comprador y distribuidor sin embargo, habrá que evaluar dicho ahorro de costos de cara con el costo social que implica el que un agente económico dejará de acudir al mercado para adquirir servicios de distribución o para influir en la demanda y oferta del bien producido más aún, cuando dicho ahorro o eficiencia transaccional no se traduce directamente en costos más bajos para el consumidor.

La Sección tercera de la *Clayton Act*, prevé la prohibición de estos acuerdos cuando su efecto sea el de disminuir sensiblemente la competencia, dentro de alguna de las líneas implicadas en el acuerdo, (distribución o producción por poner un ejemplo) y, el daño de la conducta se resienta dentro de alguna de las líneas de daño contempladas por la legislación americana a saber, daño de primera línea o daño en la segunda línea a los que nos referimos ya en el capítulo anterior.

<sup>119</sup> ***United States vs. Trenton Potteries*** [ 273 U.S. 392],47, S Ct., 377, 71 L. Ed. 700 (1927).

Al estudiar el impacto de estos acuerdos, bajo el derecho público en atención a los comandos de la *Clayton Act*, los jueces estadounidenses solían reparar en diversos elementos entre los cuales están<sup>120</sup>:

- 1) las diferencias de tamaño entre las partes en el acuerdo y sus respectivos competidores en cada nicho.
- 2) Las porciones de mercado restantes para los competidores.
- 3) Las barreras a la entrada generadas para los competidores entrantes.
- 4) Las justificaciones de eficiencia económica del acuerdo.
- 5) Duración del acuerdo de exclusividad.
- 6) El grado y tendencia a la concentración del mercado en el que se concuerda la exclusividad.
- 7) La probabilidad de que el acuerdo excluya del mercado a competidores intensivos.
- 8) Balance entre las defensas sustantivas de eficiencia que se esgrimen para el acuerdo y sus efectos anticompetitivos<sup>121</sup>.

En los Estados Unidos por mucho tiempo, las exclusividades fueron tratadas como figura anticompetitiva de derecho público, poco a poco su tratamiento se diversificó y se dieron dos vías para resolver los conflictos que, las mismas planteaban, el litigio y los acuerdos extrajudiciales, para esta conducta en específico la doctrina chicagonita ha pugnado por que se utilice un método alterno de solución de conflictos que deja de lado el daño causado al interés público, la ultranza neo-positivista ha llevado a someter algunas disputas de exclusividad a arbitraje, a juzgar efectos que recaen en la esfera del derecho público bajo instituciones creadas para analizar conductas de efectos privados, como lo es el derecho civil restringiendo indebidamente el análisis de la exclusividad al estudio del cumplimiento de obligaciones contractuales.

Hasta la Administración Reagan en 1985, cuando se relajó la aplicación del derecho anti monopolio, las Cortes se negaron al uso del arbitraje en los casos antimonopolio, en especial para el estudio de los contratos de trato exclusivo entre un distribuidor y un productor, durante el caso ***American Safety Equip. Corp vs. J.P. Maguire & Co.***<sup>122</sup>, la Suprema Corte en un razonamiento adecuado determinó un criterio mediante el cual se consideró nulo el arbitraje en los asuntos antimonopolio, aunque estos tuvieran por origen obligaciones contractuales ya que, se consideraba que sus efectos eran de interés público, el razonamiento de la Corte en dicho caso fue el siguiente:

“Un argumento bajo las leyes antimonopolio no es un asunto de interés privado. La *Sherman Act* fue diseñada para promover el interés nacional en una economía

<sup>120</sup> PÉREZNIETO, Leonel, *vid supra* n.51., p. p.171.

<sup>121</sup> ***Roland Machinery vs. Dresser Industries*** [84 U.S. Ct App. 7mo Circuito 1509], (1977-1984)

<sup>122</sup> ***American Safety Equip. Corp vs. J.P., Maguire & Co.***[391 F.2d.821] Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito (1968).

competitiva, por tanto el demandante que exige sus derechos bajo dicha Ley ha sido asimilado a un procurador general privado que a su vez con su acción coadyuva a proteger el interés general. Las violaciones al derecho antimonopolio pueden afectar cientos, miles o tal vez a millones de personas e infligirles daños económicos. No consideramos que el congreso considerara que dichos daños pudieran ser resueltos por ninguna otra instancia que no fueran las Cortes".

Debe considerarse además que, los argumentos sometidos a consideración de las Cortes en los casos de derecho anti monopolio suelen contener puntos de especialización complicados, la evidencia suele ser extensiva y diversa y la apreciación de estas particularidades parece serle más viable a los procedimientos judiciales que a los procedimientos arbitrales<sup>123</sup>.

Para 1985, durante la administración Reagan, se permitió con la anuencia de las Cortes de Apelación y Primera Instancia de esa misma época el arbitraje en argumentos antimonopolio para los contratos de exclusividad, pero únicamente en lo relacionado a transacciones internacionales, que involucraban transnacionales con distribuidores americanos que, en cuyo contrato hubiesen pactado el arbitraje para la solución de las disputas generadas de la relación de negocios, sin embargo persistió la nulidad del arbitraje de violaciones a la *Sherman Act* en el contexto local.

Aunque el reconocimiento del arbitraje en las disputas nacidas de negocios se dio en ese entonces, únicamente en atención al carácter internacional de la transacción en el caso que le dio origen Mitsubishi Motors Corp vs. Soler Chrysler –Plymouth<sup>124</sup>, los productores que sujetaban a exclusividad a distribuidores diversos comenzaron a consignar cláusulas de arbitraje en sus contratos como una forma de acordar el medio de solución de controversias y de acordar el foro y, plantearon la posibilidad de que los arbitrajes pactados se extendieran, al ámbito local de las disputas nacidas de las relaciones de negocios, dejando los efectos anticompetitivos de estos en un plano secundario, aunque el arbitraje no elimina los derechos sustantivos que deben preservarse ante una violación antimonopolio, somete su reconocimiento y estudio a un foro no apropiado para el reconocimiento del interés público que ellos entrañan cuando, el foro apropiado para la preservación reconocimiento e interpretación del contenido de derechos de interés público siempre ha sido la Corte. Una corriente de jurisconsultos, como es el caso del Juez Boudin, sostiene que el arbitraje en el ámbito local sería viable para aquellas reclamaciones anti-monopolio traídas a la Corte que solo envuelven una lucha de intereses particulares, sin embargo, consideramos que este argumento es poco sustentable ya que los paneles arbitrales no tienen la fuerza para proteger los derechos que pueden violentarse a través de prácticas anticompetitivas, como la pérdida de bienestar social

<sup>123</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *vid supra n.3.*, p 404 - 406

<sup>124</sup> Mitsubishi Motors Corp vs. Soler Chrysler –Plymouth, [473 U.S.614] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América L. Ed.83-1569, (1985).

neto, que no son los foros ideales para la protección del interés público que encierra el derecho de la competencia económica y que, al permitir la solución de controversias a través de paneles arbitrales aleja a los gobiernos de la posibilidad de alcanzar el objetivo debidamente entendido del derecho de la competencia mismo, el de utilizar un sistema de libre competencia para derivar resultados socialmente deseables del mercado, al restringir el estudio de las conductas a sus efectos en los derechos privados de las partes, al estudio del cumplimiento de obligaciones contractuales con independencia de sus efectos laterales en la sociedad y, al limitar el entendimiento de su impacto a una “simple pelea de intereses particulares”, se pierde de vista la afectación de derechos que puede significar para una sociedad y su desarrollo económico así como para su desarrollo democrático.

El costo de sobre castigar una conducta de exclusividad mediante la aplicación del derecho antimonopolio desde su perspectiva de derecho público resulta menor al costo social de permitir cierres de mercado y concurrencia; favorecer a ultranza el argumento de que se trata de la interpretación de la libertad contractual de las partes y sus derechos lesionados y por tanto sometidos a arbitraje, implica desconocer el papel que juega la conducta empresarial en las oportunidades de desarrollo de los individuos, sus comunidades, sus regiones y por último en el desarrollo de las naciones, que al ser altamente dispar encuentra en la política pública la herramienta del Estado útil para diseñar el modelo económico social ponderando metas de interés público, y no la atención prioritaria obligaciones concebidas unidimensional y fragmentadamente como privadas o limitando la expresión de estas obligaciones a su beneficio o perjuicio solo para el otro individuo implicado en el contrato sin considerar como tercero perjudicado siquiera, a la sociedad misma.

Esta tendencia de sacar de la administración de justicia económica al Estado anularía la posibilidad de calificar y monitorear la conducta de los particulares en el mercado, de derivar de ella resultados socialmente deseables, sometiéndola únicamente al reconocimiento de los derechos privados de las partes contenidos en la relación contractual, de esta manera se privaría al Estado de una herramienta vital para propiciar el desarrollo de las sociedades en aras de privilegiar las relaciones privadas, aún a costa del interés público, de aceptarse esta teoría y su aplicación a la regulación de la conducta económica en los mercados, quedaría insubsistente la posibilidad de la planeación económica de las naciones a través de instrumentos de política pública, además de que, se permitiría que fueran organismos privados con intereses propios y no sujetos al interés público, los que juzgaran la conducta de actores también privados y se les permitiría interpretar cuestiones que sobrepasan el contenido el de las obligaciones contractuales y permean en el contenido de las leyes y políticas públicas.

Aún así las exclusividades presentes en algunos mercados, se siguen viendo como asuntos de interés público, en el caso de la adquisición por Boeing de Mc Donnell Douglas, ante la renuencia de la Comisión Europea para autorizar la fusión, la Comisión de Comercio Estadounidense sujetó la misma a que Boeing se comprometiera a no establecer convenios de exclusividad con aerolíneas civiles para el suministro de equipo, por los próximos 10



años, y a terminar los tres contratos de exclusividad que a esa fecha tenía vigentes <sup>125</sup>, tiempo al final del cual, se reabría la posibilidad de celebrar dichos contratos pero bajo el escrutinio estatal.

**Establecimiento de requisitos de compatibilidad en bienes y servicios heterogéneos.-**

Se trata de formas tecnológicas de encadenar líneas enteras, de atar ventas y asegurar que solo se adquirieran aditamentos o accesorios para un bien principal de la misma marca, a diferencia de la venta atada, este tipo de práctica si bien obliga a adquirir todos los aditamentos deseados de un mismo productor, no obliga al consumidor a comprar bienes que no desea o necesita para adquirir un bien principal. Estos requisitos de compatibilidad concentran los mercados y facilitan la consecución de prácticas anticompetitivas.

En esta faceta citamos ilustrativamente, el caso **Eastman Kodak Co vs. Image Technical Services**,<sup>126</sup> cuando Kodak, estableció una estrategia comercial consistente en vender refacciones de las maquinas Kodak solamente a las personas que a su vez contrataran a servicio Kodak para su reparación o a las que buscaran reparar sus equipos personalmente, buscaba desplazar a los talleres de reparación que no fuesen Kodak, el punto que agravaba y estrangulaba las opciones de reparación del consumidor; las maquinas Kodak tenían sistemas que solo las hacían compatibles con las refacciones Kodak las cuales estaban a su vez atadas al servicio de reparación Kodak, a través de requisitos de compatibilidad la empresa, provocó que la elasticidad de demanda de sus refacciones fuera excesivamente limitada, no pudiendo prescindir el consumidor principal, de las refacciones de marca, al no poderlas sustituir, así Kodak se aseguró su propio mercado de refacciones al no poder ser sustituidas sus piezas por otras piezas similares, pero incompatibles, a su vez y para extender el anclaje de su poder de mercado en la línea, la empresa estableció una política anticompetitiva, mediante la cual se negaba a vender las refacciones si con ellas no se adquiría el servicio de reparación, logrando atrincherar su poder de mercado en dos eslabones de la cadena productiva, a través de los requisitos de compatibilidad, se aseguró su propia cuota de mercado en cuanto a las refacciones de las máquinas, sin importar las preferencias de sus consumidores los cuales quedaban cautivos de la compatibilidad al no poder sustituir las piezas por refacciones que no fuesen Kodak, como escaño final ató la venta de estas refacciones, a la adquisición de sus servicios técnicos de reparación, servicios no necesariamente deseados por el consumidor que pudiera preferir contratar con otro taller la reparación.

Si el consumidor no quiere verse envuelto en esta cadena y anclado a ella deberá abstenerse de adquirir el producto principal fotocopiadora Kodak, debido a su incompatibilidad y, a que con las refacciones le están anclando la contratación de los servicios de reparación. A través de la compatibilidad de las refacciones con la copiadora Kodak, esta incrementó artificialmente su participación en el mercado de refacciones, y a través de atar las ventas de las refacciones cuando consiguió suficiente participación en

<sup>125</sup> Boeing/ Mc Donnell Douglas, decisión de la Comisión Europea de 30 de Julio de 1997, IV/M.877.

<sup>126</sup> **Eastman Kodak Co vs. Image Technical Services**, [504 U.S. 451], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, L. Ed. 90-1029, (1992).

este mercado, a partir de un solo producto atrincheró su poder de mercado, en tres eslabones distintos de la cadena productiva y a su vez en tres mercados distintos y distinguibles susceptibles de individualizarse. A partir de su participación de mercado en un bien principal que goza de la preferencia del público, impuso restricciones de compatibilidad para ese bien que le aseguraron dos mercados cautivos más.

El éxito de los requisitos de compatibilidad, para mantener cautivos mercados relacionados depende en gran parte del poder de mercado que, se hubiere conseguido con el bien o servicio principal.

Otro punto que suele presentarse en los mercados de productos y servicios de alta tecnología es el relevante a la información imperfecta y sus efectos en la demanda de productos, a este respecto Estados Unidos ha empezado a pronunciarse y, se ha reconocido expresamente la posibilidad de obtener poder de mercado derivado de conducta estratégica, desplegada en mercados donde los compradores tienen información imperfecta sobre los productos o servicios adquiridos, dicho criterio se determinó también a la luz del caso **Eastman Kodak Co. V. Image Technical Services, Inc.**

Otro caso más reciente que, nos ilustra la importancia que las barreras de compatibilidad están significando en el mercado americano y que, evidencia que aún no existen reglas ni criterios firmes al respecto, se ventiló en el año 2006, la compatibilidad de elementos se tradujo en la venta atada de ciertas tintas para un cierto grupo de impresoras, nos referimos al caso **Illinois Tool Works Inc. vs Independent Ink, Inc.**<sup>127</sup>

A su vez el sonado caso **Microsoft**<sup>128</sup> marcó una pauta para la persecución de estas figuras, sobre las que aún no existe parámetro legal claro e inamovible, mientras en el caso anterior **Illinois Tool**, la venta atada de ciertas tintas a través del uso de patentes, no se consideró violatoria de los derechos antimonopolio, el cierre al acceso de plataformas compatibles para la interacción de programas no propiedad de Microsoft se consideró una violación a las leyes antimonopolio, hasta el año 2007, se siguió vigilando el comportamiento de la compañía para verificar que diera acceso indiscriminado y oportuno a los desarrolladores de programas ajenos a Microsoft a la plataforma Windows con lo que, la compatibilidad con Windows dejó de considerarse como un valor agregado exclusivo de los programas Microsoft y se sancionó como lo que era, una barrera a la libre competencia, sin embargo no será sino hasta 2009, que dicho acceso a la plataforma podrá concretarse de manera eficiente a través del sistema Windows Vista.

**Depredación de precios.-** Esta es una conducta de temporadas en el mercado Estadounidense, cuando se trata de bienes o servicios beneficiados por redes o de agentes económicos suficientemente grandes como para entrar en distintos mercados geográficos en forma de cadena en un solo momento podemos encontrar que, frecuentemente realizan

<sup>127</sup> **Illinois Tool Works Inc. vs Independent Ink, Inc.**[200 U.S.321-337], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, L.Ed. 04-1329,(2006).

<sup>128</sup> **United States vs. Microsoft Inc.** [Acción civil 98-1232] Corte Federal de Apelaciones de Columbia, (2002).

su entrada en el mercado depredando el precio de sus productos, alargando precios de promoción en introducción apalancándolos con las ganancias que producen en otros mercados donde ya detentan gran poder de mercado, o acreditando las pérdidas contra sus ganancias en materia fiscal y absorbiéndolas de manera que no pongan en peligro su subsistencia, es por ello que con anterioridad nos referimos someramente a esta conducta como ejemplo de aquellas que se presentan en el mercado estadounidense, en el presente apartado abordaremos su evolución y génesis.

El momento en que esta práctica empieza a proliferar es durante las recesiones económicas, específicamente cuando existe desaceleración de consumo dentro del mercado, de la mano de las condiciones de desaceleración históricas en el mercado estadounidense podemos apreciar guerras de precios que sacan del camino a los pequeños comerciantes, concentrando el consumo en los grandes agentes que pueden soportar las pérdidas por un tiempo, cabe recordar que no toda desaceleración en el poder de consumo se da por una baja en el ingreso de los consumidores y que, no a toda pérdida de poder económico de consumidores se acompaña una baja de precios de los productos, muchas veces la baja de consumo puede darse por el miedo a condiciones macroeconómicas inestables y frecuentemente ante una pérdida de poder adquisitivo de los consumidores, los precios se mantienen altos especialmente en los productos de demanda inelástica. La lógica que ha permitido en Estados Unidos recurrir a precios depredatorios para introducir productos, es la teoría de la destrucción creativa que hoy en día esta cobrando una factura alta como falla de mercado, al concentrar el poder económico en unos pocos emporios comerciales que operan en un marco regulatorio laxo y sin competencia potencial significativa capaces de devorarse, en virtud de dicha teoría de la destrucción creativa ilimitada y sin regulación oportuna, a las pocas firmas Maverick o capaces de convertirse en firmas Maverick del mercado.

Cuando la depredación se ha dado, por virtud de una desaceleración económica lo que la ha permitido y sustentado dentro del mercado americano es la excusa de mantener operando las producciones a al menos algún nivel<sup>129</sup>, sin embargo, ha servido para que sea precisamente al momento de las desaceleraciones cuando se destruyen creativamente, a más pequeños y medianos competidores independientes, como resultado puede observarse que cada vez que se sale de una crisis económica o baja de consumo que, como respuesta de la clase empresarial tuvo una guerra de precios para “mantener la producción andando a algún nivel”, emerge un mercado mucho más concentrado con menos participantes en él que concentran tanto la oferta de un producto como la demanda de insumos para su producción y la mano de obra, impactando la variante ingreso de la población y por tanto erosionando el poder adquisitivo de la misma.

Como puede verse actualmente y repasarse históricamente, con el caso Appalachian Coals<sup>130</sup>, es en recesión y desaceleración donde las depredaciones y guerras de precios terminan por exterminar a los competidores medianos y pequeños que, no pueden absorber una sobre pérdida además de la provocada por la recesión, es entonces cuando al

<sup>129</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *vid supra* n.3., p.87.

<sup>130</sup> *Vid supra* n. 11.

menos en el caso estadounidense, interviene el gobierno, cuando tenía una economía embrionaria intervino para evitar dichas guerras de precio y así impedir que bajo la teoría de la destrucción creativa, desaparecieran varias empresas pequeñas y medianas que entonces eran las encargadas de repartir lo que se llamaba el *American pie*, distribuyendo y atomizando el mercado, por tanto desconcentrando también el ingreso. La postura del gobierno estadounidense sobre los precios depredatorios en la etapa de pensar en los agentes económicos grandes, ha consistido en la tolerancia ya que estas bajas de precio en una economía de agentes económicos de gran tamaño, aseguran la colocación de su sobreproducción en mercados foráneos, que son los que verán la depredación de sus pequeñas y medianas empresas en virtud de los bajos costos de las transnacionales y a través de intermediaciones políticas; serán presionadas, dichas economías, a apearse a la teoría de la destrucción creativa, así la influencia de por parte de la política económica estadounidense ha ido variando, en atención estricta a las necesidades de las empresas americanas. Hoy en día estamos cerca de un parte-aguas por que los agentes económicos americanos ya no son los únicos de gran tamaño necesitados de colocar excedentes pero que a la vez son grandes consumidores de insumos, alimentos y combustibles, ahora para colocar sus excedentes, las guerras de precios se han vuelto más riesgosas y en algunos casos ruinosas y han buscado el evitarlas creando escasez falsa de algunos insumos, como los alimentos segmentando, la distribución y racionalizándola dependiendo del poder adquisitivo, buscando a la vez a través de dicha escasez distorsionar la oferta y la demanda del producto en el mercado, para así pasar el incremento de costos de producción al consumidor, el cual ante la falsa escasez de distintos bienes pagará más, ese pago de más permite al especulador cubrir más allá de los costos marginales aún cuantificando ya los incrementos relativos de los insumos y aún así, aumentar su renta dejándola en zonas grises, vemos hoy en día la colusión de grandes agentes económicos para mantener los precios al menos en zonas grises en los productos de gran elasticidad y de plano en precios monopólicos en cuanto a productos inflexibles, precios que logran y justifican causando escasez ficticia o racionalizando la producción, distribución y oferta de los bienes y servicios.

Ante dicho extremo diversas economías como la estadounidense que, a principios del modelo neo-positivista presionaban para que los mercados a donde se destinaban los excedentes de la producción se apegaran a la teoría de la destrucción creativa permitiendo que los precios depredatorios acabaran con sus pequeñas y medianas industrias que no gozaron de subsidios reales y periodos de incubación, hoy justifican ciertas conductas anticompetitivas como las fijaciones de precios y especulaciones con el abasto a costa de economías en desarrollo, obligando a dichos países destino, a no sancionar por si mismas ni por sus efectos las prácticas anticompetitivas, sino obligándolos, a lo nunca visto en sus propias Cortes, a valorar la “racionalidad de los precios ” en la evaluación de conductas como la depredación de precio al invitarlas a no sancionar precios irracionalmente bajos cuando el denunciante o perjudicado no pueda probar que el infractor tiene un margen de recuperación, lo anterior resulta paradójico y totalmente contrario al criterio que por muchos años han sustentado sus propias cortes, consistente en que el precio razonable de hoy y las condiciones de oferta razonables de hoy sostenidas por una colusión o un ente con gran poder de mercado, en el cual se carece de independencia, serán las condiciones

irracionales y de empobrecimiento del mañana, así por muchos años se ha justificado la permanencia de precios en zonas grises, promoviendo ante los países cuya economía se ve afectada dichos precios depredatorios que, no se sancionen dichas conductas y obligando a sus Cortes a valorar la racionalidad de los precios justificando, que los bienes se mantengan en estos precios grises bajo la premisa de que, así se asegura que los productos y servicios los obtengan quienes están dispuestos a pagar más por ellos.

Cuando se toleran estas condiciones de colusión y falta de competencia en aras de evitar la guerra de precios en mercados concentrados, a diferencia de cuando se toleran en mercados atomizados no se promueve el fortalecimiento y crecimiento de las economías sino el atrincheramiento del poder de mercado, se debilita la regla de la cantidad mínima y de la idealidad suficiente y, se permite que unos pocos particulares asignen los bienes y servicios en atención a parámetros discrecionales alrededor del mundo, en cuanto dichos agentes económicos con gran poder de mercado tengan excedentes que colocar en mercados foráneos de nuevo, se volverá a presionar a las economías para que toleren las depredaciones de sus agentes locales bajo la teoría de la destrucción creativa, cayendo en un círculo vicioso que, dicta la reforma de leyes y criterios judiciales sin un objeto social definido al haber tomado indebidamente como objeto de la competencia económica la competencia en sí y no haber establecido a esta como una mera vía que tiene como eje rector la consecución de objetivos definidos como la mejora de las condiciones económicas de la sociedad o la derivación de resultados distributivos tangibles en economías con grandes disparidades en la materia, así se permite que el precio racional, gris y hasta monopólico de hoy sea el precio aún más irracional, obligatorio y de traslado indebido de bienestar de los consumidores del mañana.

Bajo este criterio, parecería que, una conducta puede considerarse como anticompetitiva o no dependiendo de las circunstancias de la industria y las necesidades de la economía de cada sector, evidenciando que en Estados Unidos, el derecho de la competencia económica tampoco tiene un objetivo estrictamente pre establecido sino que, el objetivo será el que se determine en virtud de las circunstancias económicas nacionales y la planeación industrial proyectada por el gobierno por tanto, si se quiere un mercado atomizado, se aplicará la Ley para impedir el atrincheramiento, si se quiere colocar excedentes se promoverá el acaparamiento y la destrucción creativa y se presionará a otras naciones para que, independientemente de su circunstancia económica nacional y necesidades industriales toleren la acción de la teoría de la destrucción creativa, manteniendo una acción estatal pasiva y un marco regulatorio permisivo, minimizando el impacto económico de las fallas que dicho mercado genera.

Como ejemplo de que cuando se piensa en grande y se encuentra en recesión económica, Estados Unidos ha permitido la colusión y de que contrariamente a lo que han predicado los doctrinarios americanos, el objetivo de la libre competencia estadounidense no es simplemente la libre competencia *per se*, citamos el siguiente extracto del caso **Appalachian Coals:**

“Cuando una industria se encuentra gravemente dañada,

cuando las preocupaciones de producción fallan, cuando el desempleo se propaga y, las comunidades dependientes de la actividad productiva se postran, los beneficios del comercio libre se secan. Debido a las condiciones de la industria en el caso anterior, se puede considerar que las conclusiones de la Corte al determinar que, los implicados estaban involucrados en un acuerdo justo y en un esfuerzo válido para provocar una recuperación razonable de la industria dañada por la apremiante situación, sustentan de manera suficiente el fallo pronunciado<sup>131</sup>»

**Depredación de precios.-** Un caso reciente sobre depredación de precios es el resuelto por la Suprema Corte de Justicia de aquel país es **Brooke Group LTD vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.**<sup>132</sup> (Liggett). La opinión de la Corte de Distrito inicial fue el liberar de responsabilidad a Brown and Williamson, al no haber podido Liggett probar un elemento especulativo como es la probabilidad de que, Williamson subiera el precio después de depredar a Brooke convirtiendo el precio bajo de hoy en el precio irracional de mañana, cabe notar como dato curioso que, en este caso se enfrentaron no solamente dos competidores directos, sino dos teorías del derecho económico, por parte de la defensa y alegando la teoría de la destrucción creativo-competitiva el entonces abogado y posteriormente Juez Bork, fiel creyente de la teoría Chicago, que da casi una presunción *per se* de legalidad a los precios bajos, por el lado de la demandante, el ilustre doctrinario Areeda, autor del enfoque Areeda & Turner, pilar de la figura de los precios depredatorios. Aunque la Corte de Distrito liberó de responsabilidad a Williamson, se negó a establecer un criterio de legalidad *per se* para los precios bajos.

En el caso *Liggett* una tabacalera cuya participación de mercado había decaído sensiblemente, desarrollo una línea de cigarrillos genéricos con los cuales aumento su participación de mercado y logró mantenerse en él, se trató de una firma Maverick, ya que el precio bajo de sus cigarrillos genéricos lograba equilibrar el precio anticompetitivo de los cigarrillos de marca, a tal grado que, uno de sus competidores tuvo que producir sus propios genéricos y otro de sus competidores replanteo el precio de su línea de Dorados, disminuyendo su renta monopólica, el primer competidor Brown and Williamson lanzó su línea de genéricos, como lo argumentó Liggett, para obligar a esta última a subir sus precios o salir del mercado, al iniciar la guerra de precios bajos con Liggett a través de su producto dorados, Brown otorgó a sus mayoristas retornos y devoluciones de utilidad muy grandes mucho más grandes que las otorgadas por Liggett, a tal grado que los genéricos de Brown and Williamson se vendían a costo de pérdida debido a los reintegros que Brown hacía a sus mayoristas que entonces dejaron de interesarse por vender los genéricos Liggett, cabe resaltar que, en esta conducta no se vió beneficiado el consumidor

<sup>131</sup> **Appalachian Coals vs. United States** , 288 U.S. 344, 53 S.Ct. 471, 77. L. Ed. 825 (1933), p.61.

<sup>132</sup> **Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.** [ 509 U.S. 209] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 2578, 125 L. Ed. (1993).

final ya que este no encontró los cigarrillos a menor costo, sino que se vio beneficiado el distribuidor, el cual obtuvo de Brown mayores márgenes de retorno a costa de pérdida. Esto obligaba a Liggett o a subir el costo de sus genéricos y estrechar el costo de dichos genéricos con los de marca para obtener mayor utilidad y entonces poder dar mayor retorno a mayoristas o a vender con pérdida y salir del mercado.

Liggett perdió la apelación del caso, al no poder probar un elemento que no contemplaba la *Clayton Act*, la probabilidad de recuperación, determinar la probabilidad de recuperación, no depende solamente de los precios que podría establecer el ente, una vez habiendo depredado a su competencia, cuestiones de estructura, poder del depredador y concentración del mercado debían atenderse. Al final la Corte arrojó al demandante la ambigua obligación de probar la posibilidad de que, una vez depredado del mercado el competidor, el depredador incrementaría el precio, sin considerar las distorsiones que este podía realizar a otros puntos fuente de competencia y evitando considerar la aplicación de la conducta a mercados previamente sobre concentrados que no aumentarán el precio pero buscarán restituir, como sucedió en este caso, el precio gris anterior a la conducta sin que esto implique una alza significativa de precios por encima de los anteriores a la existencia del competidor depredado, como prueba, el segmento de cigarrillos genéricos una vez depredado Liggett, desapareció

El caso llegó hasta la Suprema Corte, la cual analizó los precios y el argumento de Liggett que establecía que, como estrategia depredatoria Williamson ofrecía volúmenes de reembolso discriminatorios a los mayoristas en orden de obligar a Liggett a subir sus precios. El análisis de la conducta se planteó a partir de cuatro ejes:

- El estudio del daño a la competencia.
- Estudio del daño anticompetitivo al denunciante.
- Nexo causal entre los precios bajos o los reintegros a pesar de pérdida y, el daño causado al denunciante.
- La posibilidad de recuperación de las pérdidas por parte del demandado.

Así aunque Liggett a través de más de 3,000 piezas de evidencia, acreditó los tres primeros elementos, no pudo acreditar el cuarto y último elemento por ser especulativo y no contar con información confidencial de su competencia como sus proyecciones de ventas a largo plazo. El elemento recuperación a través de un alza de precios inmediata, resulta excesivamente complicado de probar en una industria como la tabacalera, golpeada por cambios de tendencia de consumo y sufría de un exceso de capacidad y poca colocación de producto, dicho exceso de capacidad favoreció la guerra de precios y dificultaba la posibilidad de probar que, después el mismo precio subiera, más en una línea de comercialización de bienes genéricos.

En la primera instancia a Liggett le fue otorgado el derecho a exigir una indemnización por el daño causado por Williamson de 148.8 millones, Williamson apeló el veredicto y la Corte lo revirtió y estableció el derecho para Williamson, de recibir sentencia en atención a tres puntos separados: falta de daño a la competencia, falta de daño de su conducta hacia

Liggett, falta de nexo causal entre los márgenes de devolución discriminatorios y depredatorios con el daño a la competencia alegado. Respecto al primer punto, la Corte de Apelaciones pareció comprar por completo la teoría de Bork afirmando que la práctica era prácticamente un mito económico, de hecho estableció que :

“El paralelismo dinámico consiente entre oligopolistas, no podría producir daños competitivos a través de el establecimiento de esquemas de precios depredatorios, el cual necesariamente implica el corte de precios por parte de uno de los coordinado. El confiar en las características de un mercado oligopólico para asegurar la recuperación de pérdidas de un sistema de precios depredatorios, después de que un oligopolista ha realizado un movimiento competitivo es económicamente irracional”

A su vez, al obligar a probar el daño causado por la conducta a Liggett la Corte se refería a probar daño en primera línea, tal y como se estableció en el caso Utah Pie antecedente de precios depredatorios, el cual trataba de un acuerdo entre tres compañías de cobertura nacional que intentaron excluir del mercado a un productor local de pasteles. Bajo las premisas de Utah Pie, la Suprema Corte revirtió en su momento, el fallo de la Corte de Apelaciones y estableció que de la evidencia presentada debía desprenderse una probabilidad de daño a la competencia entendiendo a este como daño en primera línea más aún, descontinuo la idea propuesta por parte de los Chicagonitas de que, perseguir la depredación de precios y el daño que esta causa contraviene la protección de los intereses de los consumidores y la competencia en base a precios, teoría especialmente defendida por el ahora Juez Richard Posner y el entonces litigante Robert Bork en “*The antitrust paradox*”.

En el caso Utah Pie, la Suprema Corte determinó que existían elementos de prueba suficientes para sustentar un daño al denunciante y, en base a este daño confirió acción, en el caso Brooke la Corte consideró a Utah Pie como un criterio primitivo que no establecía estándares para valorar una violación bajo la *Robinson Patman Act*. La Corte en el caso Brooke, perdió de vista que el caso Utah no hacía partir la sanción de la conducta de determinar la línea de daño, sino de la ilegalidad e intencionalidad de los efectos de la conducta.

Aunque se considera que el caso Utah Pie es un primer acercamiento a la conducta de depredación de precios ya que, este sentó las directrices para la posibilidad de castigar el daño de primera línea derivado de dicha depredación, ahora el caso Brooke, analiza que dicha depredación puede ser cubierta con diferentes alcances por dos ordenamientos propios del derecho antimonopolio estadounidense, las enmiendas introducidas a la Sección 2 de la *Clayton Act*, por la *Robinson- Patman* y la Sección 2 de la *Sherman Act*:

"La sección 2 para condenar precios depredatorios requiere acreditar que esta significa una posibilidad peligrosa de



monopolización actual<sup>133</sup>»

Durante el juicio Brooke se consideró que la *Robinson Patman* establecía que:

“Se considerara ilegal para cualquier persona involucrada en el comercio o en su curso, discriminar ya sea directa o indirectamente en precios entre diferentes compradores de insumos de grado y calidad similar, cuando el efecto de dicha discriminación, sea dañar sustancialmente la competencia, o tiendan a crear monopolios en cualquier línea de comercio, o dañar, destruir o inhibir la competencia con cualquier persona que recibe o conoce los beneficios de dicha discriminación así como entre las personas que la practiquen.”

Bajo la *Robinson Patman*, se requiere solamente que exista una posibilidad razonable de daño sustancial a la competencia<sup>134</sup>.

Esto es, la *Robinson Patman*, permite sancionar la depredación como una discriminación de precios en primera línea que requiere solamente, que exista una posibilidad razonable de daño sustancial a la competencia, antes de que sus protecciones sean activadas mientras que, la *Sherman Act* se plantea sancionar la depredación cuando esta se signifique en una probabilidad peligrosa de monopolización actual. Aunque la letra de la *Robinson Patman* es más flexible para acreditar el daño causado por la depredación de precios, ambos estatutos buscan regular dos aspectos distintos de la misma conducta, que convergen al analizar la conducta consistente en:

“Un rival ha impuesto el precio de sus productos de una forma injusta con el objeto de eliminar o retrasar la competencia y a través de ello ganar y ejercer control de los precios en los mercados relevantes<sup>135</sup>”

Bajo el tratamiento de ambos estatutos para acreditar la conducta, el primer paso es establecer que los precios utilizados por el rival resultan por debajo de una medida apropiada de los costos de producción, en este caso Brooke se estableció que la medida apropiada podía obtenerse a través del método del costo variable promedio, sin embargo no se deja de dilucidar que existe conflicto para establecer que método puede derivar dicha medida apropiada, conflicto que al día de hoy no ha sido totalmente resuelto. Omisión que ha planteado serias dudas sobre que se entiende por un precio

<sup>133</sup> ***Spectrum Sports Inc. vs Mc Quillan***. [506 U.S.447], Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, (1993).

<sup>134</sup> ***Falls City Industries Inc. vs. Vanco Beverage Inc.***[460 U.S. 428] Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica (1983).

<sup>135</sup> ***Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.*** [ 509 U.S. 209] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 2578, 125 L. Ed. (1993).

“irracionalmente bajo” de acuerdo con la Sección 3 de la *Robinson-Patman Act*.

El estricto supuesto de la Sección 2 de la *Sherman Act* por otro lado, al interpretarse en las Cortes exige para su aplicación, acreditar que el depredador tiene una perspectiva razonable de recuperar su inversión y pérdida auto inflingida, esta especulación provoca una carga de la prueba sobre hechos que no le son propios y son futuros carga que, indebidamente se ha hecho recaer en el demandante, quien seguramente no cuenta con la información suficiente de su rival para probar este resultado especulativo.

Las Cortes estadounidenses indebidamente, a mi parecer hacen de esta recuperación el elemento central y *sine qua non*, de la conducta volviendo a confundir términos y criterios, ya que, en general se trata de una práctica excluyente, cuyo objetivo es el retirar competidores del mercado a través de un precio irracionalmente bajo o disciplinar a los mismos para provocar que, los independientes se adhieran a las condiciones monopólicas de mercado, arrojar la carga de la prueba al depredado sobre las posibilidades de recuperación de su depredador puede llegar a un extremo ilógico, hacer del elemento recuperación un núcleo por encima del efecto de la conducta puede llegar a ser irónico ya que, solo se perseguirá y castigara la misma cuando podamos probar el beneficio obtenido de la ofensa por parte del infractor y, peor aún cuando pueda probarse beneficios diversos a los precios en monetarios, paradójicamente restringiendo a este elemento el concepto de daño competitivo, además de que, resulta difícil de comprender que se interprete que, la recuperación es el objetivo ultimo de una practica depredatoria ya que si esta se da en un mercado oligopólico para volverlo monopólico, desde un principio el infractor ya esta obteniendo rentas neo ricardianas que no arriesgará simplemente para bajar el precio sin retirar competidores, es precisamente el retiro de competidores lo que permitirá que suban los precios después y no la mera posibilidad de recuperación lo que perfecciona la ilegalidad de la conducta ni realiza su objeto excluyente.

Ahora recordemos que, el derecho de la competencia económica no tiene como objetivo principal beneficiar a los consumidores así que, aunque estos a corto plazo se beneficien de la conducta esto no la dota de legalidad o inmunidad por tanto, resulta simplista considerar como en el caso Matsushita que:

“Mientras depredaciones poco exitosas pueden impulsar sustituciones ineficientes hacia el producto vendido por debajo de su costo, una depredación poco exitosa es en general una bendición para los consumidores”

Su fracaso y su efecto temporal en el bolsillo del consumidor, no deben ser parámetros suficientes para presumir legalidad de la conducta, en estricto sentido legal, estaremos ante una tentativa punible, cuando la depredación no se materialice por causas ajenas a la voluntad del actor, además de que, esperar a que la depredación sea un éxito para castigar la conducta inhibe el carácter preventivo de la legislación antimonopolio y el principio de oportunidad de la justicia, ya que estaremos ante actos irremediables, se pierde de vista que, aunque la depredación no llegue a sacar del mercado completamente a los

competidores sí inflige a ellos daños materiales y puede inhibir la intensidad de la competencia, de disciplinar mercados oligopólicos a las empresas participantes o a las probables Maverick aún cuando no logre el objetivo final de reducir el número de participantes, este no es el único daño al proceso competitivo que puede materializarse a través de esta conducta.

Algunos pronunciamientos totalitarios de las Cortes Estadounidenses llevaron a concluir que la conducta se trataba prácticamente de un imposible, al negar la posibilidad práctica de su existencia, nuevamente en la decisión Matsushita,<sup>136</sup> se llegó a afirmar:

“Aún comprobándose que el último efecto del corte de precios es el inducir o reestablecer precios por encima del nivel competitivo, existe un beneficio temporal al consumidor, y en el caso de conspiraciones, un incentivo para romper el acuerdo, ya que a alguno de los conspiradores le convendrá mantener el precio bajo para hacerse de los consumidores de otros conspiradores, por lo tanto el falso negativo de no combatir esta conducta resulta menos costoso que el costo de desincentivar las estrategias de precios bajos.”

Este parámetro pierde de vista la posibilidad de conducta económicamente anormal y unilateral, el apalancamiento, la pérdida de opciones y que, el precio es solo un elemento de la oferta, tampoco considera el planteamiento anteriormente manifestado de que la oferta a precios bajos de hoy, puede abonar el camino para la oferta de condiciones monopólicas de mañana.

Sin embargo; dentro de los elementos fundamentales que Brooke permite considerar se encuentra la duración de la práctica, como tiempo suficiente para producir el efecto de purgar el mercado de ciertos competidores u obligarlos a subir sus precios al rango oligopólico y, el estudio de la fuerza financiera del depredador y su proporcionalidad con la fuerza de la víctima, a su vez, permite evaluar los incentivos y motivaciones que pudo haber tenido el depredador para iniciar la práctica.

En contraposición al elemento recuperación, cobra una fuerza vital, el concepto de precios en zona gris y la falacia del celofán; si antes de la depredación el precio estaba en zona gris por encima del competitivo pero por debajo del monopólico, el costo de recuperación se situará artificialmente a nivel de precio ya monopólico, por tanto es probable que no veamos después de la depredación que el depredador o el oligopolio eleven el precio hasta romper el límite monopólico que tuvieron antes de aplicar una medida disciplinaria al desertor del acuerdo o de depredar a las firmas competidoras independientes. Menos forzarán la recuperación hasta este techo monopólico, si del precio gris pueden seguir obteniendo rentas neo ricardianas, sin peligro de ser investigados y sin provocar sustituciones imperfectas. Para estudiar la posibilidad de recuperación exigida tanto por la

---

<sup>136</sup> *Vid supra*, n.334.

leyes norteamericanas como por criterios no escritos utilizados por la autoridad mexicana en la materia, se requeriría establecer, que se entiende por precio no competitivo, por precio monopólico y finalmente precio competitivo así como, diseñar mecanismos que evidencien la existencia de la falacia celofán y determinar en cada caso, que se entendería por tiempos razonables para la recuperación.

Tampoco nos será posible apreciar idóneamente dicha recuperación si consideramos que, existe competencia únicamente atendiendo al número de participantes presentes en el mercado, sin estimar la intensidad de competencia que la actividad de cada uno imprime al proceso competitivo.

Como se puede observar el establecer la posibilidad de recuperación, va más allá de estimar el costo invertido en la alegada depredación y las pérdidas, no puede evaluarse sin atender a la estructura del mercado, su historia, tamaño de los agentes competidores del mercado e, intensidad de competencia presente en el mismo.

La construcción de un modelo que permita evaluar objetiva y estandarizadamente la posibilidad de recuperación, ha sido una tarea inconclusa y controvertida por tanto, resulta indebido obligar al demandante, a probar una posibilidad aun no materializada para la cual aún no se cuenta con un modelo objetivo de evaluación; los requisitos para comprobar la posibilidad de recuperación aún no han sido establecidos de manera clara.

Recordemos que, las cortes estadounidenses han establecido a ultranza que dicha posibilidad de recuperación debe manifestarse en el posterior establecimiento de precios no solo anticompetitivos, sino monopólicos-, recordemos también que existen aquellos precios que aún no rompen el techo monopólico y artificialmente son mantenidos lejos de costo competitivo, manutención que frecuentemente realiza un oligopolio, lo cual crea una gravísima falla de mercado y perspectiva, llamada falacia celofán, falla del mercado contra la que no se han establecido leyes ni parámetros en Estados Unidos

México reconoce esta figura de precios depredatorios, sin embargo realiza la investigación apoyándose en la teoría chicagonita de que es prácticamente una leyenda económica inexistente y adopta la exigencia de la prueba sobre la posibilidad de recuperación en forma de precios monopólicos, en el artículo 10 fracción VII de la LFCE reformada. El establecimiento de este requisito, vulnera las garantías del gobernado, al no existir en la Ley ni en pronunciamiento judicial, que se considera un precio monopólico, un precio en zona gris y al no preveer medidas para detectar la referida falacia del celofán.

Indebidamente en los Estados Unidos, se considera a esta conducta como una práctica relativa que causa únicamente daño en primera línea, sin considerar que si bien, va dirigida a depredar a un competidor y le inflige pérdidas al mismo, la conducta a la larga tiene efectos de segundo grado, al ser una vía de pérdida de opciones para el consumidor y peor aún, de reunir el requisito de recuperación que exige, se convierte en una práctica absoluta que le permite manejar el mercado de manera independiente, obteniendo rentas monopólicas a pesar del bienestar del consumidor traspasando el umbral de las primeras y

segundas líneas, no hay que perder de vista que, se trata de una conducta que, a la larga permite concentrar poder de mercado.<sup>137</sup>

Vale la pena analizar estas figuras, tomando en consideración el entorno actual y el hecho de que algunas de las empresas con mayor poder monopólico y monopsónico, fueron en su momento acusadas de depredaciones que posteriormente fueron descartadas *de facto* casi al amparo de esta presunción de legalidad de los precios bajos *per se*, sin considerar el poder tanto de compra como de oferta que adquirieron al depredar a su competencia y a potenciales Mavericks, tal es el caso de **Cargill Inc. vs. Monfort of Colorado Inc.**<sup>138</sup>

Contrasta este tratamiento de la depredación de precios con la suma y contradictoria importancia que da el derecho estadounidense a la prevención del *free riding* o aprovechamiento por parte de terceros ya que, otorga a este hasta la capacidad de invocarse como justificación para reducir la competencia entre las marcas y dentro de las marcas, con tal de proteger la inversión de un competidor particular sin importar si dicho aprovechamiento deriva o no en precios más bajos al consumido y, cayendo en franca contradicción con la premisa de ultranza defendida por esta jurisdicción sobre el punto de que el derecho de la competencia no tiene como finalidad proteger el bienestar de los competidores.

Se presume de facto que, estos precios bajos simplemente reflejan una estructura de costos menores y que, por tanto representa competencia en el fondo, lo cual no siempre es cierto y más allá en el caso Cargill, se estableció que se considerará posible una recuperación cuando:

"el precio en cuestión, este por encima en alguna medida del costo incremental"

Una medida absolutamente variable y subjetiva, de hecho muchos neo-positivistas han ido aún más allá de esta apreciación y establecen que :

"Aún cuando el último efecto del corte de precios es inducir o reestablecer precios supra-competitivos, el desalentar un Corte de precios y forzar a las firmas a mantener ciertos precios, privaría a los consumidores de los beneficios de precios menores en el intermedio, lo cual es contrario a la política antimonopolio<sup>139</sup>".

Esta perspectiva pierde de vista el hecho de que dicho precio bajo no será constante y sin

<sup>137</sup> **FTC vs. Anheuser-Busch, Inc.**, [363 U.S.536], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, (1960).

<sup>138</sup> **Cargill Inc. vs. Monfort of Colorado Inc.** [479 U.S. 104] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (1986) L. Ed. 45-873.

<sup>139</sup> **Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.** [ 509 U.S. 209] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 2578, 125 L. Ed. (1993).

embargo los daños provocados por este, si son duraderos, como es el atrincheramiento o acumulación de mayor poder de mercado en pocas entidades, la pérdida de opciones y el establecimiento al final del camino de precios supra competitivos que sobrepasaran el ahorro temporal y especulativo del consumidor. Como lo mencionamos con anterioridad, otros criterios judiciales habían determinado ya que, el precio racional de hoy será el precio irracional del mañana.

Sin embargo en el caso Brooke se estudio a la depredación en sí como una manera de forzar a una firma no coludida a establecer precios aquiescentes con el oligopolio, lo cual puede a su vez funcionar para disciplinar el comportamiento o eliminar a una Maverick, y aunque con presunciones ligeras se estimo que esta práctica no era en teoría atractiva para el oligopolio, el Juez Stevens en su opinión disidente explica de manera clara como dicha práctica si constituye, además de una conducta anticompetitiva autónoma una forma de disciplinar firmas independientes, a este respecto el mismo Juez recordó uno de los principios del caso Eastman Kodak:

"Un esquema de precios predatorios diseñado para preservar o estabilizar un oligopolio, si tiene éxito puede dañar a los consumidores en la misma forma y al mismo grado que uno diseñado para configurar un monopolio. De todas maneras no importando lo improbable que en la teoría pueda verse la posibilidad, cuando la realidad del mercado y los hechos comprobados indican que ha ocurrido dicha depredación, y esta tuvo éxito o tenía probabilidades de tener éxito, la teoría no deberá impedir el fincamiento de responsabilidades"<sup>140</sup>.

A la participación del Juez Stevenson se sumaron, el Juez White y el Juez Blackmun todos ellos disidentes, a ellos se debe a que aunque la Corte omitió sancionar la conducta de Brown, se negara a crear una regla *per se* de legalidad para la depredación de precios, como lo pretendían doctrinarios como Posner y Bork. De hecho se empezó a configurar una especie de teoría de daño anticompetitivo a través de la coordinación de poder oligopólico, aunque para ella se fijaron estándares de prueba demasiado altos y estrictos, perspectivas que hoy, se ven superadas por las colusiones que aquejan los mercados, entonces se pensaba que la consecución de un oligopolio dependía de la existencia de condiciones de mercado estables que, solo podían darse sobre productos fungibles y donde hubiera un pequeño número de participantes, hoy en día estos elementos se ven como facilitadores de la colusión, sin embargo se ha comprobado que la colusión puede darse en ausencia de uno o todos estos elementos, en bienes no fungibles y diferenciados, en condiciones cambiantes de mercado para manejar dichas condiciones y en un mercado con un número significativo de participantes sin independencia, resaltando que, lo importante no es el número de firmas sino la independencia de comportamiento entre ellas, aún puede darse la depredación, en un mercado donde hubiesen varios competidores

<sup>140</sup> **Eastman Kodak Co vs Image Technical Services Inc** [504 U.S. 451] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica,(1992).

independientes aunque aquí, el acuerdo resulta más difícil de conseguir y vigilar, de hecho, la depredación puede ser una conducta que facilite cárteles al purgar el mercado de competidores y facilitar el acuerdo entre menos agentes económicos, a su vez como despliegue de poder de mercado, que haga a los rebeldes apegarse al oligopolio o demuestre el poder de mercado ante los otros competidores persuadiéndolos de negociar.

La depredación como en el caso Brooke, puede darse a través de métodos distintos al precio al consumidor, a través de cupones de descuento, altos márgenes de devolución, etcétera. Como comentamos en el presente capítulo el precio y la oferta pueden componerse de diversos elementos no necesariamente monetarios, esta vertiente ha sido poco estudiada en las tres jurisdicciones materia de disertación de la presente tesis

El requisito de la recuperación de los costos incurridos, no solo arroja una carga de la prueba descomunal sobre el depredado o el denunciante sino que, da al traste con la posibilidad de prevenir la conducta ya que, para probarla y probar este elemento no solo se requiere que, la misma conducta haya ya tenido éxito al momento de llevarla a Corte, se requiere además probar una especulación en el futuro, el hecho de que el depredador recuperará los costos incurridos a través de precios altos.

Para los jueces disidentes del caso Brooke, hubo suficiente evidencia para probar tanto el daño a la competencia, como el daño al denunciante por parte de Brown y se probó la existencia del nexo causal del daño sufrido por Brooke debido los altos márgenes de retorno de Brown resaltando que, la Corte llega a un fallo equivocado a partir de considerar desde una sola vertiente, que se entiende por daño a la competencia, concepto apreciado de manera sesgada, parcial e impropia. A su vez establecieron un razonamiento, con el que coincidimos y consideramos que, debiera ser tomado en cuenta con mayor frecuencia en las cortes tanto americanas como mexicanas:

"El hecho de que una guerra de precios no haya alcanzado ya sus propósitos de una manera tan rápida y completa como se planeo originalmente, no inmuniza la ilegalidad de la conducta. Un debido entendimiento del presente caso, requiere una breve descripción de la situación antes del inicio de la guerra, de los eventos ocurridos durante el periodo de Julio de 1984 y finales de 1985, y finalmente atender, los hechos que inciden en la viabilidad del daño a la competencia durante el final de dicho periodo<sup>141</sup>".

Echando mano del análisis de las condiciones económicas en la industria tabacalera en el periodo mencionado, White evidenció que, desde antes de la introducción de Liggett de los cigarrillos genéricos, los precios de los cigarrillos de marca que establecían sus competidores estaban ya en zonas grises y tenían capacidad de comportarse con

---

<sup>141</sup> **Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.** [ 509 U.S. 209] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 2578, 125 L. Ed. (1993).Dissenting opinion Justice Stevens. p 245.

independencia de las condiciones de mercado; esto lo prueban los dos incrementos al precio de los cigarrillos que perpetraban sin mayor problema y sin importar la inflación del periodo, ni los cambios en la demanda de tabacos por lo que se insensibilizaron a dichas condiciones de mercado.

A su vez, consideró que, a través de la evidencia se probaba que las tabacaleras gozaban de rentas neo ricardianas, no solo a base de la obtención de poder económico suficiente para subir el precio del cigarro, sino que, se veían beneficiados de comprar a precios especialmente bajos la hoja de tabaco. Este tipo de consideraciones se probaron, para los disidentes a partir de comunicados emitidos por las mismas tabacaleras, en los que entre otras cosas, admitían que a través de la introducción de los genéricos de Liggett, por primera vez, se daba una competencia, donde el precio era una estrategia de comercialización dentro de la industria tabacalera de los Estados Unidos, evidenciando el comportamiento oligopólico anterior de la industria y la necesidad de disciplinar al no coordinado o a la firma Maverick. No había anteriormente competencia en precios, se habían realizado en la industria incrementos de hasta el 100 y 200% del valor de los cigarrillos.

En uno de esos memorándum, Brown and Williamson estableció que estaba dispuesto a redistribuir sus ingresos enteros para convertirlos en reintegros e incentivos adicionales para sus mayoristas, con tal de mantener la posición de mercado, y que ella misma esperaba recuperar sus pérdidas conforme el sector se volviera más rentable, especialmente cuando alcanzara la madurez de su comercialización, aceptando que existían intenciones y posibilidades de recuperar precios a través de precios altos.

De la gran cantidad de evidencia notaron que, los descuentos anunciados por B&W aún antes de que embarcara su primer pedido de cigarrillos genéricos, constituían una depredación de precios, donde los descuentos y márgenes de reintegro no estaban justificados por ninguna defensa y menos justificados en términos de costos.

Conforme Liggett buscaba mejorar sus incentivos a mayoristas Brown, les aseguraba un margen de utilidad mayor aún a costa de vender a pérdida los productos y cada vez el margen se hacía más suicida, se trato de una constante en el aumento de los reintegros a costa de la rentabilidad de los cigarrillos cuya perdida se sustentaba por los cigarros de marca de B&W, algo parecido a lo sucedido en la carrera armamentista que al final no lleva como resultado una mayor seguridad, en este caso tampoco tiene como resultado condiciones más competitivas a largo plazo, sino una depredación a manos del otro y una destrucción del sector. Parte de la crisis que hoy vivimos en materia de independencia entre agentes económicos, es el efecto de permitir comportamiento económicamente irracionales y desreglados de varios agentes económicos, especialmente de aquellos considerados *too big to fail*.

Especialmente B&W ofrecía mayores márgenes de descuento a aquellos que habían sido los mayoristas de Liggett, buscando obligarla a vender a precio de pérdida o salir del mercado. A su vez, estos jueces notaron que, al final de la guerra que sacó de mercado a



Liggett, se incrementó el precio de los cigarrillos genéricos hasta en un 40%, precio que continuó creciendo hasta en un 20% y que, posteriormente derivó en la equiparación del precio de este segmento con los de marca.

Los incrementos como lo demostró Turner, no estaban relacionados con incrementos en costos de mano de obra, impuestos, publicidad, mucho menos en el precio de la hoja de tabaco. Para finales de 1985 después de la guerra de 18 meses que sacó a Liggett del mercado, el sector empezó a hacerse rentable para Brown y no dejó de incrementar su precio hasta desaparecer el segmento, desaparición que inició en 1987, volviendo al predominio del cigarrillo de marca.

A su vez, recordaron a la Corte que, los dos elementos *sine qua non* que repite tanto la *Sherman Act* como la *Robinson Patman* para sancionar la depredación de precios eran:

- La venta anticompetitiva por debajo de costo
- La intencionalidad

Elementos ambos presentes en el caso Brooke, Turner, le hizo ver a la Corte que, se había excedido en su mandato:

"Ninguno de los dos estatutos requiere probar que un plan depredatorio ha tenido éxito en alcanzar su objetivo, la *Sherman Act* requiere prueba simplemente, de una conspiración, es decir del acuerdo de voluntades en el caso de conductas bilaterales para restringir el comercio y, en el caso de las unilaterales prueba de la intención pero no requiere prueba de su éxito, esto viola el carácter preventivo de la legislación, cuando más, la Sección 2 solicita la prueba de una posibilidad peligrosa de que un intento de alcanzar poder monopólico pueda tener éxito más no de su éxito alcanzado. La Clayton Act, enmendada por la Robinson Patman, cuando mucho requiere que, el efecto de la conducta sea el dañar o desincentivar la competencia o, tender a crear un monopolio en cualquier línea del comercio<sup>142</sup>".

La anterior interpretación resulta armónica si consideramos que, el objetivo de la *Robinson Patman Act* es preventivo, esta diseñada para detectar las discriminaciones incipientes, antes de que dañen la competencia<sup>143</sup>. El impedir la conducta en su gestación y antes de su florecimiento.

<sup>142</sup> **Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.** [ 509 U.S. 209] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 2578, 125 L. Ed. (1993).Dissenting opinion Justice Stevens. P 251.

<sup>143</sup> **Corn Products Refining Co. vs. FTC** [324 U.S. 726] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, (1945).

Sobre el hecho de que, la depredación es meramente una conducta de daño en primera línea y particular, se limitaron a citar las declaraciones del Procurador General en el Comité Nacional para Estudiar las Leyes Antimonopolio, de donde salieron los primeros bosquejos de la *Robinson Patman* y que declaraba que:

"En algunas circunstancias, el daño a un solo competidor, acciona los mecanismos de protección de la Ley, la depredación de precios diseñada para eliminar a las pequeñas y medianas industrias rivales, es por ejemplo una práctica que inevitablemente frustra la competencia al excluir a los competidores del mercado o deliberadamente desequilibrar su fuerza competitiva. La invalidación de dichos intentos de guerra de precios para los propósitos de destruir aún a un solo competidor, requiere un reconocimiento hacia los análisis más estrechos de daño agregados a las cláusulas de discriminación de la Clayton Act, a través de las enmiendas de 1936 de la Robinson Patman. Las previsiones originales de la Clayton Act, fueron vistas por los legisladores como inadecuadas para prevenir la victimización de hombres de negocios individuales, por cortes de precio predatorios que provocan disparidades de las condiciones competitivas en un mercado amplio, evitar que se alcancen precios destructivos que amenazan la supervivencia y la intensidad de competencia, de los rivales pequeños de un vendedor poderoso fue uno de los objetivos expresos de las enmiendas a la cláusula de daño realizadas por la Robinson Patman Act<sup>144</sup>".

Cabe resaltar que, en el estudio de estas conductas la Corte ha utilizado al consumidor como medida de justificación para las mismas, sin embargo se olvida de que el objetivo del derecho de la competencia no es directamente la protección al consumidor, sino en el caso estadounidense "la protección del proceso competitivo", que no parece verse beneficiado de esta guerra de precios, la cual como comentamos podemos comparar con la carrera armamentista y el deterioro de las condiciones económicas que la misma implica para la población en general ya que, muchas veces los precios bajos se consiguen a costa de la pérdida de poder de consumo de los trabajadores, de salarios menores o significan la pérdida de fuentes de empleo.

<sup>144</sup> THOMAS E Kauper. **Report of the Attorney Generals National Committee to Study the Antitrust Laws** [en línea], Michigan, Business Network, Junio 2002, [citado 16-08-2008], Michigan Law Review, Government Industry, p. 165-166. Formato Html.

Disponibile en Internet en:

[http://findarticles.com/p/articles/mi\\_hb6402/is\\_200206/ai\\_n25611074](http://findarticles.com/p/articles/mi_hb6402/is_200206/ai_n25611074)

A la luz de esta figura, cabe analizar las posibilidades de recuperación y absorción de pérdidas que la política fiscal estadounidense da a un conglomerado de empresas o a una empresa con varias líneas de acción; existe el sistema *check the box*, el cual es una buena arma de penetración en el mercado extranjero para algunas empresas norteamericanas, ya que permite absorber los gastos de entrada de su filial, a la matriz, reduciéndole a esta los impuestos a pagar, debido a los costos hundidos y pérdidas que registro su inversión, le permite declarar y salvar los impuestos y pérdidas tanto en el país de la matriz, como en el que se encuentra asentada la inversión, por un lado la nueva empresa no genera impuestos por ser empresa de nueva actividad y las pérdidas a su vez les reducen la carga fiscal en EU a las matrices, por tanto pueden acreditar las pérdidas producto de la depredación a la empresa en EU para compensar y obtienen un doble beneficio fiscal.

**Ofertante depredador o postor depredatorio.-** A través del caso **Weyerhaeuser Co. Vs. Ross -Simmons Hardwood Lumber**<sup>145</sup>, la Suprema Corte determinó que, el estándar establecido en el caso Brooke resulta aplicable en los casos en que los demandantes aleguen una oferta predatoria y que en caso de cumplirse con dicho estándar la conducta se consideraría violatoria de la Sección 2 de la *Sherman Act*, además de permitir a los jurados evaluar aspectos tales como la necesidad proporcionalidad y justicia de las conducta .

Así, este caso define esta modalidad de depredación en atención a su potencial monopsonico declarando:

"La oferta predatoria implica el ejercicio de poder de mercado en el lado de la compra o de los insumos, para comprometerse en la oferta predatoria un comprador dispara el precio de mercado con su oferta para la adquisición de un insumo, elevándolo tan alto que los compradores rivales no podrán sobrevivir, ni adquirir el insumo, así adquirirá poder monopsonico, el poder de mercado desde el lado de la demanda. Una vez que un ofertante predatorio provoque que, los compradores competidores salgan del mercado, intentará deprimir los precios de la materia prima para derivar rentas neocardianas, que al menos podrán cubrir los costos incurridos al adquirir los insumos a precios inflados."<sup>146</sup>

A su vez, marca un avance aunque relativo, ya que a través de este caso se estudió una forma de ejercicio de poder monopsonico empleando abiertamente el termino, lo cual podría ser indicio de que la negación absoluta que de su existencia hizo la teoría neopositivista, podría estarse derrumbando aún en las Cortes estadounidenses. En parte se permitió explorar la posibilidad de utilizar el poder de consumo, para subir el precio de

<sup>145</sup> **Weyerhaeuser Co. Vs. Ross- Simmons Hard-wood Lumber Co., Inc.** [411 F.3d 1030], Supreme Court of The United States, Certiorari, (febrero 2007). L. Ed.05-381.

<sup>146</sup> *Idem.*

los insumos y perjudicar a la competencia.

En este caso, se consideró que al igual que en Brooke y en la depredación de precios los demandantes tenían que comprobar el elemento retorno, y se le arrojó al demandante la misma carga de la prueba excesiva, sobre la que nos pronunciamos con anterioridad, en resumen obligo a la demandante a probar al menos los siguientes extremos:

- Que la madera se había comprado a un costo mayor que el precio competitivo, aún incurriendo en pérdidas. En específico que el precio al que se obtiene la materia prima resulta aún mayor que el precio al que se venden los productos finales.
- Que es la oferta depredatoria del demandado la que ha causado el alza de costos en el mercado relevante de la materia prima para incrementarlos por encima de los márgenes generados en la venta de los productos finales para la que es empleada
- Que había posibilidades de recuperar los costos incurridos en el alza artificial del precio de los insumos.
- Para el caso de evaluar las posibilidades de recuperación, la misma decisión establece que será fundamental estudiar la estructura, naturaleza y comportamiento del mercado así como sus condiciones especiales.

Aún cuando, arroja esta carga de la prueba desproporcionada ya criticada en el apartado anterior, cabe resaltar que, el mismo caso, hace un estudio sobre la figura y plantea que tanto el monopolio como el monopsonio tienen efectos anticompetitivos graves. Al respecto la decisión en estudio textualmente señala:

"La cercana conexión teórica entre el monopolio y el monopsonio sugiere que un estándar legal de estudio debe aplicarse a ambos tipos de conducta, ambos se tratan de conductas unilaterales y del uso de medidas de precio para propósitos anticompetitivos, a su vez ambos requieren a las firmas incurrir en ciertas pérdidas de corto plazo para que posteriormente esta puedan obtener ganancias supra competitivas".

En este caso, el alza del precio del insumo se da sobre la madera, la cual representa el 75% del costo de producción de un aserradero y, se realiza por parte de un agente, que compra el 65% de la madera de la zona. En las primeras instancias y en la Corte de Distrito, Ross Simmons ganó su caso, sin embargo Weyerhaeuser's logró que se abriera juicio de *cerciorati* sobre el mismo y que se sujetara a Ross a probar todos los extremos de la evaluación esgrimida por el caso Brooke, como en el mismo caso falló al probar la posibilidad de recuperación de costos para el depredador.

La Corte de Apelaciones afirmó el veredicto de la Corte local aún cuando dicho veredicto

perdía de vista una arista que válidamente la Corte de Apelaciones había analizado, esto debido a que, la Suprema Corte desestimó dicho análisis, el cual estipulaba:

"Aunque los precios depredatorios como la depredación a nivel de compra puedan verse de manera similar, se trata de conductas materialmente diferentes, la compra depredatoria de insumos no necesariamente trae beneficios a los consumidores o estimula la competencia, ni siquiera de la manera temporal que se presume que los precios depredatorios lo hacen, por lo tanto las preocupaciones que llevaron a la Corte a establecer un alto estándar de prueba en el caso de los precios depredatorios en Brooke para evitar el desincentivar competencia o privar beneficios temporales a los consumidores, no aplica en el presente caso de compras depredatorias ni con la misma fuerza, debido a que esta conducta pocas veces beneficia al consumidor<sup>147</sup>"

Aunque el caso se perdió por parte de Ross- Simmons, al no poder nuevamente cumplir con la carga de probar especulaciones y proyecciones de ventas futuras, implicó el estudio de la Corte sobre ciertos conceptos que, antes simplemente desechaba de plano como irrealizables, la Corte omitió considerar que, en este caso se encontraba ante una conducta y un daño materializados ya que Ross Simmons salió del mercado en 2001, Ross Simmons logró acreditar sin embargo que, Weyerhaeuser's compraba la madera a precios por encima de los competitivos aún cuando sus ganancias durante el mismo periodo decrecían gradualmente en la misma proporción en que aumentaba el precio de la oferta que hacía para la madera, la Corte omitió contemplar que, el demandante probó la irracionalidad de la conducta.

Sin embargo, se estudió la posibilidad de obtener poder monopólico y de usar este mismo poder para excluir competidores, depredar el mercado y el mismo para deprimir posteriormente a la depredación del competidor; el precio de la materia prima y, a través de este poder monopólico, recuperar los costos de la depredación a costa de los productores de insumos y sin perder demanda del producto final. Lo anterior sin pasar el costo de la depredación al consumidor, sino al productor de la materia prima en base a bajar el precio aún por debajo del costo de obtención o de fijar su precio de compra en parámetros artificialmente bajos, el caso reflejo podemos verlo en la venta de azúcar en México que se vende a los ingenios azucareros monopsonistas a precio de pérdida para el productor de caña.

La Corte dentro de su análisis abrió la puerta para considerar alrededor de la conducta los elementos estructurales, para detectar su irracionalidad, como parte del análisis consideró pertinente estudiar si, los aumentos se relacionaban con un proceso productivo más

---

<sup>147</sup> Idem.

intensivo o, una mayor producción de bienes finales que impulsaran la demanda de la materia prima o incrementarían su escasez, y dejo entrever que, en los casos en que un agente utilizara su poder monopsonico para provocar escasez ficticia o para derivarse rentas monopolicas cuyo único fin fuera verse beneficiado del manejo monopsonico del insumo, al no tener competidores que cuenten con la materia prima necesaria para producir bienes idénticos o directamente competidores, esta conducta podría ser sancionada, sin embargo la carga de la prueba de la recuperación de beneficios futura resulta un obstáculo bastante grande que impide la efectiva disuasión de la conducta, aún cuando demostremos su irracionalidad, su intención ilegal y el daño que la misma causa.

Un escenario que a mi parecer queda en zona gris, aunque la decisión de la Corte lo tilda de legal, se da cuando, la oferta depredatoria se da para adquirir materia prima en exceso como una medida contra el riesgo de futuras alzas en los costos futuros de la materia prima. Me parece que, aunque podría ser una forma de protección del abasto de la empresa para asegurarse la producción, este argumento de no detallarse debidamente y exigir una prueba de la defensa favorece los modelos acaparadores y especulativos.

Resulta útil mencionar que, la presente conducta no solo puede manifestarse en una alza del precio de oferta para la compra de determinados insumos, sino en la compra excesiva de materia prima, para lograr el desabasto del mercado, su escasez, la indisponibilidad de insumos para la competencia, volúmenes de compra cuya racionalidad deberá compararse con la intensidad del proceso productivo que lleva a cabo, la que aumenta sus compras, y sus requerimientos normales para determinar si la finalidad es la de incrementar la producción o simplemente dejar en desabasto, de un insumo vital a los competidores o provocar escasez,.

Esta conducta tiene efectos sensibles, cuando recae en ciertos productos como los combustibles o los alimentos y demás bienes de demanda inelástica, que pueden derivar en inflación general del mercado. Este esquema de conducta depredatoria no debe medirse por su efecto en los consumidores en sí, ya que estos pueden no ser el objetivo principal de la conducta y no reportar efectos mientras la misma se efectúa por periodos prolongados de tiempo ya que, el oferente depredador no siempre querrá recuperar sus pérdidas a base de subir los precios al consumidor, puede hacerlo deprimiendo en su momento los costos a los cuales adquiere de sus proveedores, la materia prima en mercados cerrados recuperándose y aumentando su margen de ganancias a partir de su poder monopsonico.

**Discriminación con base en descuentos o formas de pago.**-Consiste en el ofrecimiento de condiciones distintas de pago en atención a características particulares de los clientes y/o sus formas de pago, el acceso a los descuentos no se realiza ni se redacta de manera general, por el contrario, el acceso a los descuentos o a mejores condiciones de comercialización es discriminatorio.

En el caso **Catalano Inc. Vs. Target Sales Inc.**<sup>148</sup>, Catalano termino con un acuerdo

<sup>148</sup> **Catalano Inc. Vs. Target Sales Inc.** [446 U.S 643], Cerciorati contra la sentencia en

entre proveedores de cerveza que, se rehusaban a vender a crédito. En este caso no había evidencia de que los proveedores coludidos hubiesen fijado el precio de reventa de la cerveza, estos habían discontinuado colectivamente y más o menos en los mismos tiempos su práctica anterior de extender crédito sin intereses, al discontinuarla estabilizaban y uniformaban las condiciones de la oferta, cerrando una forma de financiamiento, los demandantes aducían que, previo a dicha estandarización de la oferta existían intensa competencia entre los distribuidores, relacionada a los términos de pago del producto, créditos y descuentos. Los distribuidores argumentaban que el crédito se trataba solo de promociones, sin embargo aún en este supuesto cabía la pregunta; cuando una promoción es uniforme entre todos los competidores, ¿no supone cuando menos la existencia de coordinación en las condiciones de oferta?, además de que, las formas de pago no son solo promociones sino medios de financiamiento, esta medida tuvo como efecto que todos los pedidos tuvieron que pagarse por adelantado o, en el momento de la entrega; en una decisión histórica y que pone de relieve la importancia de cuidar que existan condiciones de oferta independientes, más allá del elemento precio, la Corte decidió que la denegación a otorgar crédito era equiparable a los efectos absolutos de una fijación de precios, ya que, un acuerdo de este tipo elimina la competencia relacionada con un componente de la oferta, el financiamiento y tendía a estabilizar las condiciones de pago, reforzando entonces el criterio de que:

“El sistema empleado por una colusión para afectar el precio o las condiciones de oferta en una industria es inmaterial<sup>149</sup>,”

El gran aporte de esta decisión y, que contrasta con los ejes torales de jurisdicciones menos desarrolladas en la materia como la mexicana, es que evidencia como primera premisa que el precio no es el elemento *sine qua non*, de una conducta anticompetitiva, por otro lado, llama la atención el considerar que, la oferta y sus condiciones tienen diversos componentes a través de los cuales puede estandarizarse la competencia, a su vez determino que, el eliminar la competencia sobre un solo componente del precio o de la oferta, tiene el efecto absoluto de facilitar la fijación de precios.

En atención al argumento anterior, puede realizarse la analogía ante las Cortes americanas que una estandarización de las formas de financiamiento, momentos de pago o descuentos en una industria evidencia su concentración y colusión.

El descuento es en muchos casos, un elemento del precio y una fuente importante de competencia o un filtro en la misma, todo depende de que tan general es su acceso, si esta abierto a todos los clientes o adquirentes, o diseñado precisamente para encarecer los costos de adquisición de algunos, como forma de orquestar y mantener la concentración de las comercializadoras, como lo expusimos en el caso mexicano de la industria farmacéutica, es por eso que, en otras legislaciones las promociones comerciales y términos de venta como los descuentos, deben notificarse a las agencias federales de

---

apelación de la Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito L.Ed. 79-1101. (1980).

<sup>149</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *vid supra* n.3. p.106.

competencia económica, para su consideración, este es específicamente el caso de Canadá, a través de dicho aviso se impide la propagación de descuentos discriminatorios y se revisa que el acceso a los mismos sea general y su establecimiento sea voluntario.

#### **2.4 El desarrollo de la jurisprudencia antimonopolio en Estados Unidos**

Como lo mencionamos, a partir de la Administración Reagan la corriente chicagonita tomo el mando de la política económica estadounidense, sacando la mayor parte de la influencia del Estado en la planeación de mercados, sin embargo muchos de los postulados de la teoría chicagonita como la capacidad del mercado de auto corregirse, la visión de que hay poca probabilidad de que dos competidores se coludan, así como la presunción de que la estructura de una industria tiene poco que ver con las posibilidades de concentración de poder de mercado y la concurrencia de prácticas anticompetitivas, en la misma, fueron creados simplemente sobre bases teóricas y evidencia empírica, en la práctica en los últimos años la misma economía estadounidense y los principales expositores de este tecnocratismo como el Juez Posner, han tenido que admitir que muchos de los postulados mas recalcitrantes de la teoría chicagonita han fracasado en la operación práctica del mercado<sup>150</sup>.

El mayor logro de los críticos y estudiosos que han tenido que desarrollar el derecho económico con posterioridad a la influencia de la escuela de Chicago ha sido demostrar varias de las falacias de los pilares en que se sienta la ideología de dicha escuela, como el demostrar que la estructura de los mercados influye en la proliferación dentro de los mismos, de prácticas anticompetitivas, así como el demostrar ante las Cortes la existencia de prácticas excluyentes que los chicagonitas en el mejor de los casos recomendaban no perseguir so pena de desincentivar comportamiento competitivo o simplemente calificaban dichas prácticas como neutrales, o dándoles el grado de pro-eficientes *per se*, los doctrinarios más neutrales como Robert Porter y otros que vinieron después de Posner y Bork y disintieron de ellos, logrando revirar la visión de las Cortes, sobre las prácticas excluyentes y poco a poco han logrado que las mismas tomen con seriedad el análisis de estas conductas y cuestionen la trascendencia de sus eficiencias. La presunción pro-eficiencia que benefició la impunidad de ciertas prácticas excluyentes y verticales durante los 80's y parte de los 90's, derivó en un bajo número de casos federales que cuestionaran prácticas verticales o exclusionarias, sin embargo y de la mano con nuevos doctrinarios como Steven Salop, tanto el gobierno federal como las Cortes a principios de este milenio comienzan nuevamente a cuestionar e investigar la racionalidad de ciertas conductas exclusionarias y verticales que, bajo el régimen ideológico anterior gozaron de neutralidad y presunción *de facto* sobre su eficiencia.

Bajo esta nueva óptica, el gobierno ha cuestionado prácticas de grandes corporaciones tendientes a distorsionar y modificar la estructura de los mercados, tal fue el caso de

---

<sup>150</sup> Veremos a fondo en próximos capítulos de esta tesis el caso **Jtc Petroleum Co. vs. Piasa Motors Fuels Inc.**, en el cual la Séptima Corte de Apelaciones, a la que pertenece el Juez Posner tuvo que estudiar una evidente concentración de poder de compra en el mercado, aunque omitió referirse a dicho poder como monopsónico u oligopsónico en sí.



Microsoft, Intel, Visa y MasterCard, Toys U'R' S, JMAF, etc el éxito de promover el reconocimiento de los efectos anticompetitivos de prácticas verticales y exclusionarias, se ha dado al estudiar no solo el poder de mercado que atrincheran, o despliegan, sino ante el reconocimiento de la coordinación, y pérdida de independencia que, las mismas implican y facilitan. Otro paradigma que esta cayendo, es la presunción hacia el pensar en las megas estructuras como seguras, por ser demasiado grandes para quebrar literalmente *too big to fail*.

Durante 2006, las Cortes norteamericanas tuvieron uno de sus periodos más activos en cuanto a pronunciamientos derivados de las comunicaciones escritas, sometidas por diversos agentes económicos o consumidores como *Amicus curia*, dichas comunicaciones ofrecían a las Cortes diversos razonamientos en materia de fijación de precios y prácticas verticales de hecho de uno de ellos se reconoce una nueva modalidad para la fijación de precios, la oferta depredatoria, figura analizada en el apartado anterior.

## **2.5 Criterios para la revisión de fusiones en Estados Unidos**

En el caso de las fusiones, se estima que cualquier fusión existente entre dos entidades ya sea legal o ilegal tiene el potencial de producir ajustes económicos, sin embargo el gobierno no condena las fusiones por dicho potencial, las condena solo cuando pueden producir efectos anticompetitivos o crear concentración importante en el mercado.

El derecho antimonopolio estadounidense desde 1914, controla las fusiones a través de la Sección 7 de la *Clayton Act*, esta sección prohíbe adquisiciones cuyo efecto sea el de disminuir sustancialmente la competencia o el de facilitar la creación de monopolios.

En los Estados Unidos fue el caso, **Federal Trade Commission vs Stapples Inc**<sup>151</sup>, el que sentó los parámetros para la determinación de un producto relevante y, desde la década de los 60's se planteo dentro de la evaluación de fusiones la posibilidad de evaluar si, el ente fusionado se traduciría en un agente económico que facilitase o tendiese hacia la colusión del mercado, en atención a sus índices de concentración. Como ya se comentó durante los 80's, la visión pro eficiencia fue casi una presunción *per se* y, al amparo de dicha visión se permitió la perpetuación de diversas fusiones verticales, sin embargo en los 90's el gobierno volvió a investigar. tanto los efectos de estas fusiones verticales como los efectos del comportamiento unilateral de los entes resultantes de una fusión y su tendencia a provocar concentración, así como sus efectos en la probabilidad de entrada al mercado y, dicha probabilidad como una variable, dicho cambio de tendencia, se ve cristalizado en los Lineamientos para Fusiones de 1992 (*Merger Guidelines 1992*).

Cabe mencionar la importancia que las autoridades de competencia americanas, le dan a una firma Maverick de existir esta, en un mercado donde esta por llevarse a cabo una fusión. Si se considera que, uno de los efectos de las concentraciones que preocupan a las autoridades de competencia, es la pérdida de una firma ya sea mediante fusiones o

<sup>151</sup> **Federal Trade Commission vs Stapples Inc** [Caso 1:97CV00701] (decidido el 10 de abril de 1997).

prácticas excluyentes cuyo resultado sea el mejorar las posibilidades de coordinación en la rama industrial, se puede entender que las firmas Maverick pueden significar un contra peso a dicho poder de mercado, su adquisición puede significar una amenaza mayúscula aunque ni la Maverick ni la adquirente tengan una preocupante participación de mercado revelada bajo el IHH, o la fusión puede afectar los incentivos para la operación de efectos beneficiosos de la Maverick, siempre que se analice esta figura desde la vertiente en que la misma sin implicar prácticas anticompetitivas o sin tener objetivos excluyentes sirve como parte aguas para mantener la oferta diversificada en un mercado o mantener los precios cercanos al costo marginal de producción, al tener una política sistemáticamente beneficiosa de precios bajos y condiciones de oferta regidas por el mercado.

Cuando la fusión involucra la adquisición de una Maverick, el daño es evidente ya que removerá los efectos benéficos de la misma sobre el mercado, existen altas posibilidades de que se adquiera a la Maverick para realizar alzas de precio en el mercado y facilitar la coordinación provocando menor variedad e independencia en las condiciones de oferta, conductas coordinadas, distorsiones artificiales de mercado o simplemente atrincheramiento de poder de mercado. Esto se dio en su momento en el mercado de las llantas donde gigantes corporativos como Goodrich, adquirieron a las Maverick, empresas medianas que mantenían la intensidad de la competencia en el mercado e impedían a las grandes llanteras incrementar precios y concentrar condiciones de venta.

Es decir, se trata de la adquisición de una firma que tal vez no tenga un poder sustancial de mercado evidente, tal vez no sea la número 1 o 2 del mercado, la calidad de sus productos no sea la misma que la del fusionante, sin embargos su mera existencia independiente y su política de determinación de precios atendiendo a las condiciones reales de mercado la identifica como la firma alternativa, independiente, presente en el mercado que, de romperse el límite máximo en la disposición a pagar por parte del consumidor de otra marca competidora captaría a los consumidores disidentes de las marcas que incrementaron su precio o limitaron las condiciones, la existencia de la firma Maverick garantiza un mínimo deseable de intensidad en la competencia del mercado y un obstáculo latente para el alza de precios en un mercado que, de retirarse o fusionarse la Maverick se convertiría en concentrado<sup>152</sup>.

La adquisición de una Maverick, tiene altas probabilidades de dañar la intensidad de la competencia, por ello la importancia de identificarlas en los mercados tendientes a concentración, y una vez identificadas se requiere desarrollar presunciones u estándares que permitan apreciar el daño real a la intensidad de la competencia que la, adquisición de la Maverick significa, independientemente del porcentaje de poder de mercado de los fusionantes y de la fusionada, puede ser que el IHH no aumente de manera dramática pero los efectos en la intensidad de la competencia sean graves, como ya mencionamos el IHH no puede medir intensidad de la competencia, no mide si mediante una fusión donde se adquiere una Maverick disminuyen los incentivos para los competidores restantes de establecer una política de precios competitiva o afecta la competencia con base a parámetros distintos al precio, las decisiones que incentivan o frenan la intensidad de la

<sup>152</sup> **In re BF Goodrich, 110 F.T.C.** 207 (1988), affidavit, 112 F.T.C. 83 (1989)

competencia y, las apreciaciones sobre el impacto en el mercado que puede significar la adquisición de una firma pequeña o mediana pero que tomaba sus decisiones comerciales de manera independiente, va más allá de la suma matemática al cuadrado de las participaciones de mercado de los fusionantes.

Sin embargo, los parámetros para determinar si una firma puede considerarse o no como Maverick, no se han establecido de manera clara y firme, lo que provoca que, el calificativo de Maverick sea adjudicado discrecionalmente en cada caso a las firmas envueltas en la operación, un esbozo de dicha discrecionalidad podemos verlo en el caso **Boeing/Mc Donnell Douglas**, en este caso la Comisión de Competencia de la Unión Europea<sup>153</sup>, consideró de manera distinta a la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos el peso que tenía Mc Donnell Douglas en el mercado de producción de implementos para la aviación y la intensidad de competencia que significaba, mientras la Comisión Europea la consideró algo equivalente a una firma Maverick que permitía balancear las opciones para compra de equipo aéreo para la milicia y la aviación civil, la Comisión Estadounidense no vió mayor problema en su adquisición y, sin mayores bases consideró a la empresa adquirida algo equivalente a una firma en decadencia, este caso lo veremos a detalle en los capítulos siguientes de la presente tesis<sup>154</sup>.

Bajo esta perspectiva, debió estudiarse el significado de Mac Donell, en la fusión con Boeing, no solamente por sus ganancias, utilidades, rentabilidad y participación de mercado, debió estudiarse si la presencia de Mac Donell, significaba un obstáculo para el ejercicio del poder de mercado de Boeing o Airbus.

Firmas en Estados Unidos que, pueden significarse como Maverick son por ejemplo, los clubes de descuento por mayoreo, en el caso de mercados suntuarios heterogéneos y de tendencia, como son los juguetes, cosméticos, tiendas que por su política de descuento al mayoreo pueden significar una barrera al alza de precio de los vendedores por unidad.

En los casos en que las fusiones no impliquen efectos sobre la Maverick, esta firma puede constituirse como un escudo, para aminorar los efectos de una fusión donde se concentra cierto poder de mercado relativo, la eficacia de su presencia como escudo dependerá de la estructura del mercado, así como de su peso real en el mismo.

Sin embargo, si la fusión representa cambios y distorsiones en las condiciones de mercado, en sus dotaciones iniciales o en la operación, el caso de una fusión que no involucrara a una Maverick pero le significa un menor acceso a insumos o canales de distribución, por concentrar el poder de compra en la entidad fusionada o el acceso a dichos canales, pueden significar exclusión de oportunidades de competencia para la Maverick, y por tanto pueden forzarla a competir menos agresivamente, lo mismo pasa en

---

<sup>153</sup> Boeing/ Mc Donnell Douglas, decisión de la Comisión Europea de 30 de Julio de 1997, IV/M.877.

<sup>154</sup> **Boeing/Mc Donnell Douglas** Pronunciamento de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica, (procedimiento sustanciado bajo el expediente número 971-005) pronunciada el 27 de Julio de 1997.

fusiones verticales cuando la entidad fusionada adquiere el poder de controlar un insumo vital para la Maverick, o el acceso a las redes, el ejercicio del poder adquirido pudiera aminorar el peso significativo de la Maverick como agente capaz de mantener condiciones competitivas dentro del mercado.

El efecto de las fusiones en las Mavericks, se refiere a la pérdida de un competidor significativo en el mercado, por su adquisición o la pérdida de significado sustantivo de la competencia que representaba una firma, antes de la fusión en el caso de las fusiones que no involucran Mavericks pero que, distorsionan el mercado obligando a estas firmas a competir de manera menos agresiva al tener menos acceso a insumos del mercado, canales de distribución, o al circunscribirlas a condiciones menos favorables de producción o prestación de servicios que disminuyen su importancia en la intensidad de la competencia estandarizándola, se estudia el efecto de la fusión entre las firmas si este tiene como resultado que una de las fusionantes con posibilidades de convertirse en la Maverick de un mercado concentrado por virtud de la fusión, ya no se significa en este tipo de firma deseable para la rama industrial en la que actúa, por tanto se traduce en un factor menos que sortear para alcanzar la efectividad de conducta coordinada entre los entes restantes en el mercado .

Cabe resaltar también que, en el caso de mercados concentrados donde solo hay tres o cuatro participantes significativos, una fusión tiene un 75% de posibilidades de involucrar o afectar el nacimiento de una Maverick, creando un vendedor nuevo con menores incentivos de mantener competencia intensiva en el mercado, así sucedió con el citado caso de fusión de **Boeing/ Mc Donnell Douglas**<sup>155</sup> donde, la transacción implicaba la fusión de dos competidores directos entre uno que contaba con el 60% de las ventas de mercado y otro cuyas ventas no eran tan significativas en aeronáutica civil pero que, mantenía condiciones competitivas de oferta en cuanto a los servicios de mantenimiento y variedad en la adjudicación de contratos de desarrollo de armamento y aeronaves, Mc Donnell en este caso aunque no tenía un poder de mercado significativo y el IHH no reflejaba un aumento total, tampoco era una firma decadente en un mercado de tres firmas y tenía a su cargo distintos contratos a largo plazo de desarrollo de aviones, armamento y mantenimiento de los mismos, por tanto Mc Donnell podía ser vista como firma Maverick ya que, mantenía los costos de servicio de mantenimiento competitivos y aún se le consideraba un competidor significativo y de intensidad aceptable en distintos servicios y condiciones de venta accesorios y complementarios a la aeronáutica, razón por la cual Boeing y Airbus tenían que mantener cierta intensidad de competencia *so* pena de perder participación de mercado a manos de Mc Donnell. Sin embargo, por motivos político económicos, la Comisión de Comercio estadounidense decidió no dar mayor importancia a Mc Donnell, minimizando su importancia como firma Maverick en el mercado, en aras de la creación de un gigante de la industria norteamericana que compitiera con Airbus, en el más optimista de los casos puede decirse que esta adquisición significó la pérdida de la oportunidad de convertir a Mc Donnell en la Maverick de la industria de la aviación, ya que aunque no detentaba gran participación de mercado en la aeronáutica civil, aún ejercía una influencia competitiva en los servicios relacionados con mantenimiento, desarrollo de

---

<sup>155</sup> *Idem.*

armamento y venta de bienes aeroespaciales, al ser aún capaz de captar al menos el 11% de las ordenes de compra de las aerolíneas civiles más prestigiosas y, de prestar servicios de mantenimiento a los aviones Mc vendidos con anterioridad, siendo los principales clientes de la empresa no los civiles sino los gobiernos, aquí el 75% de posibilidad de estar fusionando la Maverick no fue contemplado por el investigador norteamericano, quien basó sus consideraciones en la poca probabilidad de encontrar otro comprador para Mc Donnell aunque no se trataba de una firma en decadencia o que fuera a salir del mercado de no fusionarse y en la poca participación porcentual de la fusionada en las ventas de aviones a aerolíneas civiles de escala mundial, atendiendo únicamente a los criterios matemáticos y minimizando los efectos que la fusión tendría para consumidores medianos y pequeños y peor aún minimizando sus efectos en la intensidad de la competencia del mercado. El criterio contrario podemos observarlo en la fusión de *Stapples Inc por Office Depot*.<sup>156</sup>

Otra fusión objetable, fue la de una empresa con poder sustancial de mercado, en el ramo de la comercialización de medicamentos genéricos como **Teva Pharmaceuticals**<sup>157</sup> con la quinta más importante comercializadora de los mismos insumos IVAX, realizada en marzo de 2006, para su aprobación solamente se pidió a la fusionada que desincorporara quince productos de su gama entre los que estaban diversas formas de amoxicilina, sin embargo este tipo de fusiones toman un carácter relevante en mercados de por sí concentrados.

Irónicamente uno de los mercados históricamente concentrados que han puesto en crisis por el manejo del poder de mercado que atrincheran en manos de algunos pocos agentes económicos, es el de los energéticos, este mercado sigue presentando tendencias a la concentración y se siguen autorizando fusiones en él aún cuando hay precedentes que demuestran que, concentrar la capacidad estatal de generación de energía eléctrica, reviste de un gran poder económico político a los prestadores de dichos servicios, como sucedió con el caso Enron.

La más reciente de estas fusiones significativas fue la de **Exelon/Public Service Enterprise Service Group**<sup>158</sup> las dos firmas de electricidad más grandes de Pennsylvania, juntas se significan en el 40% de capacidad de generación del área, la transacción hubiese creado una de las firmas más grandes en el mercado Estadounidense con poder de mercado como para influir en las condiciones de la oferta de la electricidad en la región del Atlántico Medio.

<sup>156</sup> *Vid supra n. 378.*

<sup>157</sup> **In the Matter of Teva Pharmaceuticals Ltd/IVAX Corporation**, Orden de enajenar una línea de producto emitida por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica, al estudiar la fusión de estas dos empresas del ramo farmacéutico, (fusión investigada bajo el expediente número 051-0214, Archivo C-4155) Autorización con orden de desincorporar emitida el 7 de marzo de 2006.

<sup>158</sup> **United States of America vs. Exelon Corporation/ Public Service Enterprise Group Incorporated**, Corte Federal de Apelaciones del Estado de Columbia, (Junio de 2006), Expediente 1:06CV01138.

Durante el año 2007, se modificaron los Lineamientos para fusiones horizontales, en aras de clarificar, la toma de decisiones. Dichas modificaciones, se dieron a través de la emisión de un documento conjunto por parte de la Comisión de Comercio y el Departamento de Justicia en su División Antimonopolio, el cual lleva por nombre "Comentarios sobre los Lineamientos para la evaluación de fusiones horizontales" y clarifica la manera en que la Comisión interpreta diversos principios insertos en los Lineamientos, esto además de implementar sistemas de prenotificación de fusiones vía Internet que permiten a los particulares cumplir con mayor eficiencia sus deberes de notificación dictados por la *Hart Scott Rodino Act*.

## **2.6. Interés jurídico en el derecho antimonopolio estadounidense**

Como lo comentamos en el capítulo anterior de la presente tesis, en Estados Unidos bajo el derecho de la competencia se le concede interés jurídico tanto a particulares afectados hasta en la segunda línea de daño, tanto a las entidades públicas, desde el departamento de justicia y las entidades encargadas de investigar las conductas que pueden realizar su labor a través de investigaciones de oficio, como a las entidades públicas que concurren al mercado ya sea como particulares, para satisfacer sus propias necesidades y para adquirir insumos necesarios para prestar los servicios a su cargo o como autoridad.

La primera entidad pública, dentro de los Estados Unidos, a la que se le concedieron facultades para perseguir conductas anticompetitivas e interés jurídico para iniciar acción contra agentes que violasen la legislación de competencia, fue el Departamento de Justicia, original y técnicamente se trata de la única agencia federal que tenía jurisdicción para exigir el cumplimiento de la *Sherman Act*. Respecto a la *Clayton Act*, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio tienen facultades concurrentes respecto a la *Federal Trade Commission Act*, solamente la Comisión Federal de Comercio tiene facultades para exigir su cumplimiento. Dentro de la *Federal Trade Commission Act* se encuentra el procedimiento para la revisión de fusiones, y la citada sección 5 que no admite acción privada, ya que se trata de las facultades preventivas para evitar el uso de prácticas anticompetitivas, declaración de ilegalidad de ciertas conductas para posteriormente emitir órdenes que lleven a su supresión o al desistimiento de las conductas, antes de que deriven en efectos dañinos para terceros.

El único organismo que tiene facultades para iniciar acciones penales contra diversos tipos de infracciones al derecho de la competencia económica, es el Departamento de Justicia así mismo, esta entidad puede iniciar acciones ante los tribunales civiles para obtener reparación de daños triples, a favor del gobierno de los Estados Unidos cuando este ha sido lesionado en su calidad de concurrente al mercado, también, puede iniciar acciones ante los tribunales persiguiendo se decrete la disolución de sociedades, la separación de lo fusionado, acuerdos extrajudiciales, remedios provisionales u ordenes judiciales. La actuación regional de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia, se lleva a cabo a través de 12 oficinas representativas asentadas a través del territorio, las cuales atienden los asuntos antimonopolio de distintas provincias

colindantes<sup>159</sup>.

Dentro de las facultades de la División Antimonopolio también se cuenta la posibilidad de resolver consultas, emitiendo “Cartas de Revisión de prácticas de negocios”, mediante las cuales da a conocer al consultante si cierta conducta empresarial podría ser objeto de análisis por parte de la División, la División no está obligada por estas consultas y las mismas no generan excepciones a la aplicación del derecho antimonopolio o de contravenirse en la práctica estas no son fuente de *estoppel*.

La época en que históricamente, menor ejercicio de la acción antimonopolio se ha registrado por parte del Departamento de Justicia, fue durante la administración Reagan, la cual, consideraba conductas como la fijación de precios mínimos de reventa como legales, favoreció la proliferación de acuerdos extrajudiciales y los desistimientos de la acción antimonopolio, poco a poco el Departamento, ha replanteado estas conductas reactivado acciones y ha mostrado una faceta mucho más dinámica en la persecución de las prácticas que concentran el poder de mercado. Durante el citado periodo Reagan, este evitó cuestionar las prácticas de este tipo, y prohibía al Departamento el invertir recursos para cuestionar varias prácticas verticales, en dicha época proliferaron los contratos de exclusividad, las ventas atadas, los cierres de canales de distribución, el boicot vertical y el establecimiento de precios mínimos de reventa, así se favoreció la proliferación de prácticas verticales ante la inactividad del Departamento quien como mencionamos, es el organismo encargado de iniciar las acciones criminales bajo las leyes antimonopolio.

Fue en la administración Clinton, cuando se revirtió esta tendencia retomando acciones contra la proliferación de prácticas verticales toleradas por Reagan y modificando estatutos y Lineamientos que, propiciaban el estudio superficial de dichas prácticas. Mientras la administración Reagan llegó a intervenir en un caso de establecimiento de precios mínimos de reventa ante la Suprema Corte con el afán de aportar elementos que legalizarán la conducta; Clinton revirtió la tendencia haciendo dicha práctica cuando menos revisable, conforme a la regla de la razón.

Por parte de los particulares, a estos se les reconoce el interés jurídico principalmente cuando ejercitan acciones *antitrust* que permiten intervención de la iniciativa privada ante las Cortes de Distrito, principalmente en el ámbito civil, ya que en esta vía buscan a su vez la adjudicación de daños al triple y la emisión de ciertos mandatos judiciales como los referentes al descubrimiento de probanzas que faciliten el proceso.

El ejercicio de la acción antimonopolio, por parte de los entes privados a los que se ha reconocido interés jurídico asciende al 90% de los casos Federales.

---

<sup>159</sup> JONES A. Clifford. **Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA.** [en línea], Estados Unidos, Universidad de Oklahoma y Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 2007, [citado 03-12-2007], Formato PDF.

Disponible en Internet:

[http://links.jstor.org/sici?sici=0026-7961\(200011\)63:6%3C933:PEOALI%3E2.0.CO;2-6](http://links.jstor.org/sici?sici=0026-7961(200011)63:6%3C933:PEOALI%3E2.0.CO;2-6)

Dentro de los Estados el ente facultado para representar el interés jurídico de las entidades es el Abogado General o Procurador General, quien puede llevar casos bajo las leyes locales, ante las Cortes estatales y distritales o casos federales ante Cortes Federales.

A su vez el Procurador General del Estado, puede representar el interés jurídico de personas residentes en su territorio que han sido dañadas por conductas prohibidas ya sea en la *Clayton Act*, *Hart Scott Rodino Act*, e incluso en parte de la *Sherman Act*. A través de las acciones *parens patriae*; el Estado acoge, ejercita, y exige el respeto de ciertos derechos tutelados a favor de sus naturales y residentes, mediante esta acción se adjudica la tutela de los derechos violentados en contra de sus residentes o naturales, al materializarse conductas anticompetitivas prohibidas por el derecho antimonopolio.

La doctrina *parens patriae* puede invocarse por cualquier Estado, para hacerse de interés jurídico suficiente para demandar ante las cortes en representación de su población una práctica anticompetitiva. La *Clayton Act*, faculta expresamente a estos procuradores estatales para llevar ante la corte acciones en virtud del *parens patriae*, mediante la *Hart Scott Rodino Act*, se concede interés jurídico a los Estados para utilizar esta misma doctrina al objetar fusiones que amenazaren los derechos económicos de la población o, entrañasen amplios riesgos anticompetitivos que repercutirían en los naturales o residentes de un Estado, esta vía representó y sigue significando una eficaz manera de llevar a juicio restricciones verticales. Aún cuando la administración Reagan le negaba recursos a las agencias federales para entablar estas acciones contra conductas como los precios mínimos de reventa<sup>160</sup>, los Procuradores estatales estaban en posibilidad de iniciar juicios bajo esa doctrina contra las citadas prácticas relativas, de hecho y para evitar los laxos Lineamientos federales dictados contra las prácticas verticales por el gobierno Federal, varios Estados se conjuntaron y dictaron sus propios Lineamientos contra estas prácticas.

Cabe mencionar la dualidad de la *Clayton Act*, la cual reconoce a los Estados como personas sujetas al estatuto, capaces de llevar acciones bajo el mismo para resarcir los daños que una conducta puede infligir al patrimonio estatal y como autoridades susceptibles de tutelar los derechos económicos de su población, bajo la sección 4 de la *Clayton Act* esta tutela también le permite al Estado exigir el pago de daños triples en beneficio de sus residentes y naturales, esta tutela esta restringida a resarcir el daño sufrido por los ciudadanos del estado y no aplica para proteger el patrimonio de empresas residentes en el Estado, al no tener estas el carácter de ciudadanía.

Las reglas del procedimiento bajo la acción de *parens patriae*, son muy parecidas a las de las acciones de clase, pudiendo desistirse de la tutela estatal los ciudadanos, en cualquier momento y, teniendo que ser públicamente informados por el Estado de la existencia de la acción, para darle publicidad entre los ciudadanos que quisiesen participar en ella. Así mismo, a los Estados, se les permite cobrar reembolso de los gastos erogados por sus procuradores en el ejercicio de la acción, en caso de que, la misma resultase exitosa. Esta acción tiene la ventaja de que los procuradores estatales, cuentan con acceso a

<sup>160</sup> **In re Compact Disc Minimum Advertised Price**. Antitrust Litigation., 216 F.R.D. 197 (D. Me.)



información gubernamental estatal y federal restringida, a los particulares para armar el caso, otro beneficio adicional es que bajo esta acción, no es necesario probar el daño proporcional ni la cantidad económica del perjuicio ocasionado a cada persona de las representadas por el Estado en la acción ejercitada, esto es especialmente ventajoso para consumidores finales al inenudeo que, no suelen guardar registro del volumen y costo de compras que les representan un “gasto hormiga” a través del tiempo.

Al ganar el caso, cada persona puede buscar que se le asigne una proporción de participación en lo recuperado, en el caso de proporciones no reclamadas, estas se asignan a fondos generales estatales para obras sociales<sup>161</sup>. Estas acciones han sido especialmente beneficiosas en el caso de bienes de demanda inelástica, tales como los medicamentos y sus condiciones de venta dentro de algunos Estados<sup>162</sup>.

También se ha reconocido, el interés jurídico a los estados para actuar como *parens patriae*, contra algunas violaciones del título I de la *Sherman Act*, esto es para prácticas antimonopólicas de gravedad *per se*, tales como la fijación de precios

El principal vigilante del cumplimiento de las leyes antimonopolio, ha sido el sector privado, por cada acción iniciada por los entes gubernamentales, se iniciaron 10 de denunciantes privados, aunque una conducta no se cuestione de principio por un organismo gubernamental hay grandes posibilidades de que esta sea llevada a conocimiento de las Cortes por parte de los entes privados en ejercicio de su interés legal.

En el caso **Brunswick Corporation vs. Pueblo Bowl- O-Mat. Inc.**,<sup>163</sup> se analizó el interés jurídico que podía alegar un competidor para invocar los preceptos antifusión de la *Clayton Act*, para controvertir la adquisición de su principal rival por una aún mayor cadena que entraría con la adquisición al mercado. La pregunta del demandante, se centraba en saber sí, la reparación de daños por practicas anticompetitivas estaban disponibles, cuando por la fusión de un competidor con una cadena que lo mantendría dentro del negocio se, dejaba de producir un incremento en la participación de mercado del demandante. Para el estudio la Corte dividió la naturaleza de dos figuras contenidas en la *Clayton Act*, las relativas a fusiones como medidas profilácticas o preventivas y, la relativa a daños triples como medida resarcitoria determinando que, bajo la figura de daños triples se pone a disposición de los competidores dañados una acción para resarcir

<sup>161</sup> SCOTT Kennon. **Federal Antitrust Actions by States.** [en línea], Maryland, Estados Unidos, Abogados de Maryland, 2008, [citado 2 -05-2008], Formato HTML, Disponible en Internet:

<http://www.skennonscottlaw.com/article.jsp?practArea=35&articleIndex=1>

<sup>162</sup> BETH Farmer Susan, **More Lessons from the Laboratories: Cy Pres Distributions in Parens Patriae Antitrust Actions Brought By State.** [en línea], Washington Estados Unidos, Attorneys General, 2008, [citado 02-05-2008], Fordham Law. Rev. Num 361, 391. Formato HTML.

Disponible en Internet:

[www.ftc.gov/bcp/workshops/classaction/writ\\_materials/hornby.pdf+parens+patriae+antitrust+actions&hl=en&ct=clnk&cd=5](http://www.ftc.gov/bcp/workshops/classaction/writ_materials/hornby.pdf+parens+patriae+antitrust+actions&hl=en&ct=clnk&cd=5)

<sup>163</sup> **Brunswick Corporation vs Pueblo Bowl- O- Mat. Inc.**, Supreme Court of the United States, 1977 429 U.S. 477, 97 S. Ct., 690,50 L. Ed. 2d 701.

la lesión y multiplica la indemnización en base al daño materializado y probado ante la Corte. Por tanto el interés jurídico puede nacer para los particulares, del daño efectivamente causado como un hecho ya materializado o ante la realización de una conducta indebida que puede derivar efectos a la competencia. En cuanto a la acción de triples daños para las conductas que admitieron estudio bajo la regla de la razón, no basta con probar que el actor se sitúa debido a la conducta en una peor posición que la que hubiere tenido de no realizarse los actos impugnados, en el caso de las conductas *per se* la sola materialización de la hipótesis normativa genera un interés jurídico general.

En el caso de medidas profilácticas, como las fusiones y prácticas relativas donde hay posibilidad de que se actualicen efectos anticompetitivos, pero también hay posibilidad de derivar eficiencias significativas, solo nace el interés jurídico cuando el daño al denunciante, sea una posibilidad real de sucederse y reflejarse en el ciclo competitivo y entrañe efectos no deseables para el mismo. Una vez que una fusión viola los parámetros marcados por la sección 7 de la *Clayton Act*, todas las distorsiones causada por la fusión y derivadas de las razones por las que la fusión fue encontrada ilegal, dan nacimiento a un interés jurídico. Por estas razones, en el caso en estudio se determinó que ni la acción de daños triples ni la sección de fusiones de la *Clayton Act*, otorgaban interés jurídico suficiente al demandante original para reclamar las sumas correspondientes a la cantidad de poder de mercado que la fusión le impidió obtener y que, seguramente hubiera disfrutado de no haberse mantenido los activos de la entidad fusionada en el mercado, este no es el tipo de daño que da lugar a un interés jurídico, daños especulativos no relacionados con los puntos que viciaron de ilegalidad a la fusión. Los daños que dan lugar al interés jurídico en el derecho antimonopolio norteamericano deben ser el reflejo de la conducta anticompetitiva perpetrada a través de la violación de la Ley y deben provenir de aquellos elementos que vician de ilegalidad la actuación de la entidad a la que se le imputan los hechos<sup>164</sup>. Es decir, el enfrentar meramente nueva competencia no se considera un daño de los destinados a desincentivar bajo las leyes de competencia.

### **3.1. Las prácticas industriales en el Canadá a la luz de la casuística**

Durante la Revolución industrial, se dio la primera ola de fusiones en Canadá, la innovación tecnológica, el movimiento del factor trabajo, el flujo de capitales, así como las comunicaciones, provocaron que se buscara integrar el mayor número de actividades a la producción; las primeras industrias que implementaron las concentraciones verticales en el Canadá fueron las industrias químicas, comidas empacadas, acero y las manufactureras de maquinaria agrícola. Para 1870 había incrementado la participación de la inversión extranjera, mientras las comunicaciones hacían que la información financiera, estuviera lista con mayor oportunidad que antes, a la par el patrón del sistema monetario internacional basado en el oro promovía la estabilidad de los mercados.

Las materias primas a granel, como el trigo habían aumentado su mercado, al poder ser transportadas a través de largas distancias sin afrontar tarifas altas; con el desarrollo del ferrocarril entre provincias productoras y consumidoras del trigo se inició lo que en

---

<sup>164</sup> Idem.

Canadá se conocería como la “economía del trigo”, la cual dependía de los financiamientos de los bancos locales y de la inversión en telecomunicaciones para expandirse. Aquí la política de competencia canadiense se convirtió en un parte-aguas, que blandió como blasón la persecución de concentraciones, para evitar que los grandes agentes económicos abusaran de su creciente poder económico.<sup>165</sup>

La herramienta más utilizada, para evitar el abuso de poder económico de los grandes capitales relacionados a la economía del trigo en Canadá, fue el establecimiento de tarifas, al establecer montos para la prestación de ciertos servicios se intentaba controlar la economía y dirigirla en un principio.

El temor que originó la creación de la *Combines Investigation Act*, no fue en si la mera acumulación de poder de mercado sino su abuso, creían que aunque Canadá como un todo podía beneficiarse de los grandes capitales, con el tamaño de las corporaciones aumentaba su responsabilidad, y en base a esta debía vigilarse que el consumidor, los trabajadores y los competidores no fueran explotados, desde un principio conductas como la fijación de precios no fueron consideradas como el pilar de su legislación sino, como una manifestación entre varias de gravedad, de un comportamiento empresarial abusivo, una de las muchas manifestaciones que el abuso de poder de mercado podía tomar.

El canadiense es un mercado que tiende a la coordinación oligopólica, a visión de el Consejo Económico de Canadá, los competidores más pequeños, suelen agruparse en una franja competitiva, suponiendo que, la empresa dominante fija sus precios tomando en cuenta la fracción del mercado que representan sus competidores de menor tamaño e importancia, por su parte, los competidores consideran y aceptan el precio que fija la empresa de mayor tamaño<sup>166</sup>.

La industria manufacturera canadiense, por mucho tiempo fue incapaz de alcanzar una escala de producción óptima, los ciclos cortos de producción fueron, lo normal al tratar de producir líneas enteras de productos en un solo acto, fomentando la concentración y generalización de las etapas de la producción. Esto provocó que la actualización de los factores y técnicas de producción fueran más costosos.

A través de disposiciones civiles y administrativas en su mayoría, se pretende desincentivar el comportamiento oligopólico de Courtnot descrito anteriormente ya que, el canadiense se trata de un mercado interior con pocos consumidores, distribuidos a lo largo de un vasto territorio, donde las distancias son factores importantes a considerar para

<sup>165</sup> Competition Bureau **Competition policy in Canada past and future, background for Canadian Competition Policy. Preparing for the future**, [en línea], Canadá, Competition Bureau, 2001, [31-08-2008], Competition Bureau Bulletin, Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/en/00443e.html>

<sup>166</sup> Consejo Económico de Canadá; **Informe provisional sobre la política de la competencia, Canadá**, [en línea], Canadá, Competition Bureau [31-08-2009]. Formato Html

Disponible en Internet en:

<http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site>

efectos de inversión o entrada en un nicho de mercado a su vez, lograr cobertura nacional para los servicios o bienes no resulta fácil, esta situación es vital y debe ser considerada al estudiar la estructura del mercado canadiense, a menor posibilidad de expansión más concentración de poder de mercado en las empresas más grandes. Es por ello que, uno de los objetivos del modelo competitivo canadiense, es la aún incubación de pequeñas y medianas empresas regionales para propiciar su participación en el mercado nacional y la derrama económica que el consumo pueda traer hacia dichas empresas nacionales.

Como lo mencionamos anteriormente, Canadá enfrenta retos tanto sobre la competencia internacional de sus agentes económicos, como en la competencia interprovincial, las facultades de las provincias han sido ejercitadas de manera frecuente para impedir el intercambio comercial entre ellas, como barreras técnicas, la vasta normatividad regional y su aplicación discriminatoria plantean un reto para el desarrollo sinérgico del Canadá, para evitar esto y establecer Lineamientos de competencia y leyes de mercado común, se creó el Tribunal de la Competencia.

Este cierre histórico al intercambio interprovincial dió como resultado un mercado de naturaleza concentrada, para el cual las autoridades de competencia han fijado especial atención en el abatimiento de las barreras a la libre competencia, esfuerzos que si bien no han logrado terminar con el localismo de las provincias canadienses, en buena medida las ha abierto a la competencia con los productores internacionales, desconcentrando dicha competencia extranjera en cierta medida, lo concentrado de los mercados provinciales canadienses. Es de tal grado la preocupación de los canadienses por evitar una mayor concentración de su mercado, y la pérdida de opciones económicas, que hasta se estipula la posibilidad de reestablecer una empresa en el mercado cuando esta sea víctima de un comportamiento aunque no ilegal, si dominante por parte de otro participante de mercado que a la larga se traduzca en barreras a la entrada a dicho nicho económico, ese reestablecimiento se aseguró mediante las medidas adoptadas para sancionar el abuso de posición dominante.

Este tipo de normas permiten mantener en el mercado empresas Maverick o posibles Maverick que pudiesen equilibrar el mercado o evitar que una empresa se vuelva insensible a las condiciones del mismo, a su vez permiten la preservación de opciones de consumo desconcentrando tanto el poder de oferta como de demanda.

### **3.2 Características del mercado canadiense y sus concentraciones históricas**

Los sectores agrícola, energético y bancario siempre han planteado serios problemas de competencia, a su vez, estos quedaron fuera del ACI<sup>167</sup>, estos sectores muestran poca movilidad competitiva limitando el número de proveedores de estos bienes y servicios en determinados mercados regionales del Canadá<sup>168</sup>.

<sup>167</sup> Acuerdo sobre Comercio Interno del Canadá, conocido por su nombre en inglés como *Agreement on Internal Trade, AIT*, Firmado en Ottawa el 18 de Julio de 1994.

<sup>168</sup> DÁVALOS, Elisa. *Vid supra n.141.p.87.*

De hecho el sector bancario y, muchas de las actividades financieras, se encuentran exentas expresamente de la aplicación de los regímenes de competencia, actividades tales como los depósitos y préstamos pagables en el extranjero, están a resguardo de la aplicación de preceptos sobre confabulación, las uniones de crédito, sociedades cooperativas y cajas populares se encuentran a salvaguarda de las reglas respecto a discriminación de precios.

En estos sectores, el Canadá ha preferido atender directamente áreas focalizadas, así ha emitido reglas aplicables a las tasas de interés y comisiones por pagar en todos los servicios bancarios exigibles en territorio nacional, de esta manera busca fomentar la competencia directamente en cuanto a estos elementos, resulta oportuno señalar que, el sector financiero es sujeto de regulación sectorial, donde el ente regulador puede autorizar fusiones o conductas cuestionadas por el Buró de la Competencia, cuando se considere que dicha operación beneficiará al sistema financiero (artículo 94 *Competition Act*). A su vez los reguladores sectoriales pueden ordenar el inicio de una investigación de competencia.

Cuando un acuerdo de voluntades amenaza con disminuir la intensidad de la competencia en cuanto a el establecimiento de tasas de interés y comisiones sobre los servicios bancarios, se actualizan conductas prohibidas directamente por la *Competition Act* en su artículo 49, y que pueden hacer acreedor al infractor, además de a una multa a enfrentar un proceso penal

Otras actividades sujetas a regulación sectorial, son los sectores energéticos y de telecomunicación, este último sector presenta complejidades específicas, al tener que sopesar la aplicación de las leyes de competencia económica con el cumplimiento de los mandatos de las Leyes de Patrimonio Cultural del Canadá.

La competitividad en cuanto a las compras gubernamentales redunda en un aspecto que también se ve ampliamente dañado. Los gobiernos siempre han sido importantes y significativos consumidores de bienes y servicios, algunas veces son los demandantes únicos de determinadas mercancías. En el caso canadiense, las compras realizadas por los gobiernos provinciales se ven fuertemente influidas por regionalismo, sin atender necesariamente a la calidad y precio de los mismos, a su vez, la competencia en un país pluricultural y de formación disímbolas como el Canadá esta concebida a diferencia de México y Estados Unidos, como un medio para lograr resultados sociales ulteriores, en caso canadiense la competencia esta condicionada a las decisiones que se estimen, son las mejores para el desarrollo regional y nacional, como resaltábamos anteriormente el Canadiense tiene mayor identificación con el provincialismo que con el nacionalismo, lo cual implica que tengamos diferentes políticas de competencia, reglamentaciones y problemas específicos, determinados de conformidad con la región de Canadá en estudio.

Derivado de lo anterior, tenemos una menor movilidad de los bienes y servicios interprovinciales en el Canadá, incluso las importaciones tienen un paso más ágil que el intercambio de bienes entre provincias, esto provoca que una concentración de mercado

en una región canadiense sobre productos donde el Canadá es un productor principal a nivel mundial o autosuficiente, alcance grandes proporciones económicas, ante la mayor dificultad de acudir a otro mercado geográfico a realizar la sustitución del producto o servicio, haciendo su elasticidad precio demanda menos sensible a las variaciones de las condiciones de oferta- demanda, para productos nacionales y, en el caso de las importaciones existen algunos bienes, que no son sustitutos perfectos o viables para productos nacionales, como el caso de los servicios informativos, los libros y los periódicos que, en ciertas provincias como por ejemplo Montreal, la segunda ciudad más grande de la francofonía en el orbe, en la cual los bienes culturales importados en muchos casos no se significan como sustitutos viables de los periódicos, libros y programas regionales.

Estudiando el mercado nacional canadiense, podemos percatarnos de que a las licitaciones gubernamentales en muchos casos, no pueden concurrir productores de otras provincias, la salida contra dichos obstáculos a la competencia se ha traducido en la celebración expresa de pactos entre provincias, que permiten a los productores de una acudir a las licitaciones de los gobiernos de otras provincias y presentar posturas, se reforman estatutos de gobierno para permitir a las dependencias adquirir los bienes y servicios de las provincias con las que hay convenio, sin embargo, aún no funciona debidamente el pacto nacional que liberalice internamente el tránsito interprovincial de bienes y servicios.

Son precisamente las compras gubernamentales para abasto, las que mayores quejas sobre favoritismo y falta de competitividad presentan en el ámbito interprovincial, desavenencias que no han sido solucionadas bajo el marco del ACI, sin embargo se ve al regionalismo canadiense como fuente de identidad, empleo, desarrollo económico, bienestar social, y como una forma de incubar a la pequeña y mediana industria, no se busca extinguir el regionalismo ni satanizarlo subjetivamente, se reconoce que muchas provincias como las pesqueras sobreviven de su mediana y pequeña industria, se busca una mayor interacción provincial sin que ello implique la desaparición de las industrias locales, razón por la cual se pone especial atención en la evaluación de fusiones tanto verticales como horizontales así como en la titularidad, nacionalidad e impacto de las inversiones extranjeras. Encontrar el punto de equilibrio en estos intereses resulta complicado, es por ello que la economía canadiense tiene claro que la competencia, es solo un medio, una herramienta para derivar resultados sociales de mayor alcance y no un fin en sí mismo.

Tal y como se mencionó, en el capítulo II de la presente tesis uno de los objetivos que piensan derivarse de la herramienta competencia económica como directriz de la economía canadiense, es el asegurar a las pequeñas y medianas empresas y a las economías regionales del país la posibilidad concreta y real de participar en la economía canadiense razón por la cual, el análisis de las prácticas empresariales a la luz de la *Competition Act* no gira en torno al precio competitivo como elemento unidimensional de la materia, este es solo uno de varios elementos a considerar.

Cabe resaltar que, ciertas entidades de participación gubernamental se encuentran exentas

del acatamiento del ACI en sus compras gubernamentales, entidades tales como paraestatales, escuelas, municipios, universidades, hospitales, servicios sociales y sector salud.

Existe mayor competitividad en cuanto a los mercados internacionales que competencia y presencia multi provincial en el mercado nacional. La demanda local de algunas provincias presenta la particularidad de ser abastecida por solo dos fuentes significativas, producción regional o importaciones.

A su vez, las provincias que más aportan, a los mercados internacionales tienen menores relaciones y demandan menos productos de otras provincias, mientras menos participación en el mercado internacional, mayor es su relación con el mercado nacional, Columbia Británica, Alberta, Ontario y Quebec, son las provincias de más presencia en exportación y las que presentan menor relación con el comercio interprovincial y menos intereses en el mismo.

Los servicios en la economía canadiense, son de gran importancia y en regiones como Ontario se significan en la base de la diversificación de su economía, el desarrollo de esta provincia contrasta con el de otras de primera línea ya que debe su dinámica tanto al sector servicios como al industrial y la producción de artículos de valor agregado, lo cual la hace más estable en contrapartida a las regiones que basan su desarrollo en la obtención de uno o algunos recursos naturales específicos y plenamente identificados.

De hecho ante incrementos en el ingreso de los canadienses se da un mayor incremento de la demanda de importaciones que de bienes extraprovinciales, en este mercado se sustituyó la oferta nacional de productos por la oferta de importaciones. Esta tendencia solo se controvierde en contados casos como la industria del transporte, sin embargo, esto se da por la localización de las plantas automotrices y su empleo de trabajo intensivo, el cual significa una importante fuente laboral en Canadá que se ve afectada por el nivel de consumo de los bienes producidos por la industria canadiense.

Varios sectores de la agricultura enfrentan barreras regionales para la comercialización de sus productos, a su vez los sectores energéticos, de recursos naturales y bancarios, plantean aún retos en la intensidad de la competencia que entrañan

La economía canadiense enfrenta los retos de ser una economía basada en el conocimiento, en la cual, la creación de nuevas tecnologías, productos, estructuras de negocios y mercados plantea retos para la autoridad de competencia, el cumplimiento de leyes de la propiedad intelectual suficientes para incentivar la experimentación pero que no aseguren concentración de mercados e impunidad en los mismos, es uno de los retos principales, analizados por el Canadá, el cual busca aún respetando dichas leyes de propiedad evitar su abuso y frenar la adquisición de poder de mercado excesivo en las economías del conocimiento.

A su vez las economías e industrias de redes tales como; el gas natural, la electricidad, las

telecomunicaciones, representan grados de producción que se convierten en monopolios naturales, planteando serios problemas de acceso, desde su apertura al sector privado, la re-estructura de la participación de las redes presenta retos significativos, empezando por distinguir entre comportamiento eficiente y comportamiento anticompetitivo en los segmentos mencionados, que inicialmente fueron dominados por pocas firmas, esto depende también del control que se haga de la integración vertical que suele proliferar en estos mercados y que a la larga eleva los costos de sus rivales al obligarlos a entrar no en uno sino en dos mercados relacionados.

En el caso del mercado de telecomunicaciones la mejor solución para desconcentrar el poder en la administración y acceso a las redes la ha dado la tecnología diversificada, a través del bucle de opciones y la innovación constante, la cual convierte el poder de mercado o el monopolio de un recurso tecnológico en un poder relativo y perecedero.

Mientras las técnicas anticompetitivas de los participantes en el sector de los dispositivos de alta tecnología aún son poco conocidas, sus efectos son evidentes, el cierre de compatibilidades, el cierre de acceso a plataformas y a mercados, el inducir a los rivales a no competir, el tratar de forzar a los consumidores a comprar otros productos y el elevar la base de costos de los rivales o reducir sus ganancias a través de conductas depredatorias ha sido la constante, así como la proliferación de integraciones verticales y la menor concurrencia de compradores a los mercados de materias primas y bienes semiterminados debido a esta integración vertical, con su correspondiente pérdida de independencia en los mercados relacionados y de factores.

A su vez la manufactura, comercialización y mera existencia de estos dispositivos han creado la necesidad de reconsiderar la manera en que se definen los mercados donde participan, el poder de mercado, el grado de diferenciación del producto, y como se consideran los bienes sustitutos o complementarios para dichos bienes.

En el caso de la industria de las telecomunicaciones, nos encontramos ante una rama de por sí de estructura compleja y en el Canadá reviste una dificultad especial ante las preocupaciones sobre preservación del patrimonio cultural, los proveedores de servicios frecuentemente dependen del acceso que tengan a importantes componentes de las redes de competidores para poder proveer un servicio de punta a punta, sus clientes, aunque las Comisiones de Radio Telecomunicaciones tienen marcos regulatorios para el acceso a ciertas instalaciones, la funcionalidad y viabilidad de los servicios, es posible debido al intercambio local entre proveedores de servicios y la accesibilidad que brinden a estos a las redes a tasas reguladas. Al mismo tiempo, los proveedores están integrados casi totalmente para poder ofrecer al consumidor un amplio rango de servicios en paquete y así poder competir por diversos tipos de consumidores.

Durante los últimos 20 años, la industria de la telecomunicación ha mudado de un servicio monopólico a modelos de sectores más competitivos con varios suministradores, desde principios de los 80's la Industria Canadiense ha concesionado múltiples espectros para servicios móviles e inalámbricos, ya el agente regulador sectorial, ha abierto casi todos los



mercados de telecomunicaciones a la competencia.

Es en esta rama de la industria en la que se han aplicado frecuentemente las disposiciones de abuso de posición dominante, de las secciones 78 y 79 de la *Competition Act*, una vez que el Comisionado ha obtenido evidencia a través de una investigación y que, considera hay elementos que demuestren abuso de posición dominante, el Comisionado solicitara al Tribunal de la Competencia se pronuncie sobre la materia, solo el tribunal puede emitir una orden conductual para subsanar una práctica de la Sección VIII, de la Ley.

La Subsección 79 en su párrafo 1 exige que se conformen tres elementos para que el Tribunal considere la existencia de un abuso de posición dominante y en consecuencia emita órdenes conductuales:

- “a. Una o más personas, controlen sustancial o completamente, a través del Canadá o en alguna parte dentro de su jurisdicción, una clase o especie de negocio
- b. Dicha persona o dichas personas se comprometan o se estén comprometiendo en la práctica de actos anticompetitivos
- c. La práctica tenga este teniendo o pueda tener efectos contrarios a la competencia o pueda dañarla la intensidad de la misma en un mercado.”

Ciertas características provocan que, el mercado de las telecomunicaciones sea especialmente tendente a incurrir en abusos de posición dominante, especialmente el hecho de tratarse de una actividad dependiente de redes de usuarios con grandes costos hundidos y economías de escala significativas, densidad y alcance implicando que ciertas firmas, especialmente las primeras en el mercado, tienen amplias probabilidades de detentar gran poder de mercado. La interconexión entre competidores en el mismo mercado y a través de las fronteras comerciales, es una necesidad tanto para los usuarios como para la diversificación de los servicios y productos de las firmas.

Una correcta definición del mercado relevante en la industria de las telecomunicaciones representa un reto particular ya que se trata de un sector dinámico conformado por cambios tecnológicos rápidos y constantes, finalmente ciertos actos tienen mayor probabilidad de ser objeto de investigación que otros, dentro del sector.

La definición del mercado es necesaria para establecer el primer elemento requerido por la subsección 79 (1), esto es para demostrar que una o más personas controlan sustancial o totalmente dentro de Canadá o una de sus áreas, una clase o especie de negocios.

Una precondition para detectar el poder de mercado, es el identificar a los competidores existentes y evaluar, si son capaces de constreñir la habilidad de una firma o grupo de

firmas para comportarse independientemente de las condiciones de mercado, tales competidores se identifican por su aportación de productos alternativos o fuentes alternas de suministro, a las cuales los compradores estarían dispuestos a realizar la sustitución si el precio de el producto se eleva por encima de precios competitivos.

Las fronteras de un mercado para el análisis de competencia, son delineadas usando el escenario del monopolista hipotético y proveyendo un incremento sostenido pequeño pero sustancial en el precio por encima del nivel que prevalecería si el mercado estuviera libre de actos anticompetitivos, previniendo a su vez la posibilidad de incurrir en la falacia del celofán.

En acusaciones por abuso de posición dominante, el pequeño incremento sustancial de precios por periodos no transitorios se refiere a un incremento en el precio por encima del nivel que prevalecería si las alegadas prácticas anticompetitivas no existieran, sin aplicar el pequeño aumento sostenido de precio directamente a los niveles de precio actuales, que pudieran estar ya en una zona gris o anteriores en tiempo, este parámetro se aplica considerando el precio hipotético que los bienes tendrían, de no existir prácticas anticompetitivas, a diferencia de México y Estados Unidos donde el aumento se aplica sobre el precio actual que puede ya de por si ser anticompetitivo y provocar la sustitución y pérdida de clientes solo por haber roto el techo monopólico, de hecho al aplicar el aumento sobre precios actuales solo se da una especulación sobre que pasaría si el precio se aumentara sobre niveles actuales y solo permite apreciar a en que punto del aumento se dará la sustitución de bienes la cual puede ser imperfecta y dejar consumidores cautivos.

El sistema estadounidense no nos permite apreciar si un competidor tiene el poder para fijar el precio, independientemente de las condiciones de mercado, solo nos muestra en que punto se da la sustitución, sin que sea en ese punto donde el precio deja de ser competitivo, es frecuente que el alza hipotética se aplique sobre precios que ya se vieron incrementados por prácticas anticompetitivas dando como resultado que se aplique el alza sobre precios en zona gris.

Una vez definidos, tanto el producto relevante como el mercado geográfico y, habiendo determinado que una firma o grupo de firmas tiene poder de mercado, el segundo elemento requerido bajo la subsección 79 (1), es el establecer si el comportamiento de una firma es cuando menos económicamente anormal. Se deberá evaluar a su vez, si dicha conducta es persistente o continua y sistemática o si se trata de una serie de actos realizados en conjunto. También deberá valorarse si se trata de un solo acto aislado pero de magnitud tal que pudiera dañar la competencia.

Un acto anticompetitivo, según la Corte Federal de Apelaciones es:

”Aquel cuyo propósito es provocar un efecto negativo en un competidor, ya sea su depredación, su exclusión o busca disciplinarlo”<sup>169</sup>.

<sup>169</sup> **Commissioner of Competition Vs. Canada Pipe Company Ltd./ Tuyauteries**, Canadá

Las siguientes conductas son frecuentemente consideradas como potencialmente anticompetitivas por el Buró de la Competencia:

- A) Conductas para elevar los costos de rivales o para reducir los márgenes de utilidad de los rivales.
- B) Conducta depredatorias.
- C) Conductas tendientes a facilitar el comportamiento coordinado entre firmas, o lo que anteriormente abordamos como conductas tendientes a facilitar colusiones.

Ciertos tipos de conducta anticompetitiva pueden ser más típicas en determinadas industrias.

Al abordar el primer tipo de conducta, la elevación de costos de rivales y el cierre de mercados, debemos recordar que, este tipo de conductas se encuentran previstas en los Lineamientos sobre el Abuso de Posición Dominante, dentro de las prácticas que provocan el cierre de mercados o "*foreclosure*" encontramos, un esencial énfasis en los acuerdos de exclusividad, aunque se busca también desincentivar el cierre de mercados alcanzado a través de otras estrategias, en cuanto a la elevación de costos los Lineamientos están redactados de tal manera que permitan castigar dicha elevación sin importar la estrategia mediante la cual se implemente así, la adquisición de inventarios, boicots, compras ficticias y adquisiciones para generar escasez se encuentran cubiertas.

El Canadá ha aplicado este estándar a la creación de incompatibilidades que reducen la interconexión de servicios o redes, considerándola una forma de *foreclosure*.

Por otra parte, existen diversas conductas que pueden ayudar a una firma que detenta poder de mercado en el manejo de redes y facilidades de acceso para a orquestar un cierre de mercado, entre otras podemos identificar:

- La creación de costos de intercambio artificiales y la instauración de penalidades por cambio de proveedor de bienes o servicios
- Adquirir a través de fusiones, co inversiones, inversiones sustanciales y exclusividades, el control de suministradores de materia prima o distribuidores del producto final
- Inducir a los mercados relacionados a no abastecer a la competencia.
- La denegación de acceso o suministro solo tiene dos defensas validas, cuando se da bajo justificaciones legítimas de negocios o existen suministradores alternativos del insumo.

- La *Competition Act* sanciona específicamente bajo el precepto 78 (1) (a), el exprimir los márgenes del competidor, a través de un suministrador verticalmente integrado, cuando esta integración represente la pérdida de un margen disponible para un competidor no integrado quien compite, con el suministrador del producto, con el propósito de impedir o prevenir la entrada del competidor en o la expansión del mismo en el mercado. Para exprimir estos márgenes pueden adoptarse diversas estrategias y conductas.

### **3.3 Los problemas y conductas frecuentes observadas en el mercado canadiense**

En el Canadá, la mayor distinción apreciable entre conductas anticompetitivas, se da entre aquellas consideradas infracciones civiles o administrativas y las consideradas delitos, en atención a tal distinción, muchas veces la naturaleza de una conducta se evalúa de conformidad con los términos en que se realizó el acuerdo y considerando el tipo de daño que puede causar al proceso competitivo, así el elemento intencionalidad, determina si se opta o no por la vía penal. Esto lo podemos ver en el artículo 45 de la *Competition Act* párrafos 1,3, 4 y 7, así como en su capítulo IV, donde se evidencia que, todas las ofensas punibles bajo la rama penal se equiparan a la conspiración.

**Conductas civiles.-** Con las primeras enmiendas a la *Combines Investigations Act*, se definieron y agregaron nuevas conductas bajo la vertiente civil de la legislación, entendidas, principalmente como “Prácticas Comerciales Restrictivas o Anticoncurrentes”. Con estas reformas se reconoció la existencia y sanción civil para la denegación de trato, ventas de consignación, trato exclusivo, ventas atadas, acuerdos de especialización, precios de entrega, restricciones de mercado, aplicación extraterritorial de sentencias extranjeras que dañan la competencia en el Canadá, denegación de suministro por parte de un competidor extranjero y una de las aportaciones principales de esta enmienda, la figura del abuso de posición relevante.

**Denegación de trato.-** esta figura quedó encuadrada en el artículo 75 (1). La figura comenzó a regularse específicamente en la legislación canadiense desde 1952, y de ahí hasta las primeras reformas a la *Combines Investigations Act* en 1976, dio lugar a cerca de treinta penas corporales, así como al levantamiento de multas fuertes como en los casos *Black & Decker* de 1974 y *Kito Canada* en 1975.<sup>170</sup>

Actualmente, se sanciona bajo la rama civil y no es necesario que exista una intención de parte del proveedor de no querer surtir el producto requerido, basta con demostrar que, debido a la escasez de proveedores de mercado, la empresa no encuentra quien le surta el producto que requiere y sin el cual no puede funcionar adecuadamente. Este supuesto reconoce a *contrario sensu*, el derecho que tiene un proveedor de escoger a sus clientes,

<sup>170</sup> Competition Bureau **Competition policy in Canada past and future, background for Canadian Competition Policy. Preparing for the future,** [en línea], Canadá, Competition Bureau, 2001, [31-08-2008], Competition Bureau Bulletin, Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/en/00443e.html>

más aún, de negarle un bien o un servicio a quien no está dispuesto o no tiene la capacidad para conformarse con las condiciones usuales del comercio de la venta del producto; por ejemplo, las relativas a las modalidades de pago, a las cantidades solicitadas o a otras exigencias de orden técnico o de mantenimiento, siempre que estas sean razonables.

Lo que busca salvaguardar el artículo 75(1) de la Ley de Competencia es la permanencia de la empresa en el mercado, por lo que debe demostrarse el vínculo directo que existe entre la denegación de trato y la insuficiencia de competencia, lo que incluye a los proveedores de productos sustitutos nacionales o de importación, así como el impacto de la denegación sobre la actividad de dicha empresa, es decir, las consecuencias sobre sus ventas totales y beneficios. Para ello, el Buró de Competencia examina todas las fuentes de abastecimiento y determina el mercado relevante en función de los requerimientos de la empresa que solicita el producto su uso y su destino. Una vez demostrada la dependencia económica de la empresa hacia un proveedor, queda por examinar los motivos de la denegación de trato: el Tribunal de Competencia consideró que se debe examinar el contexto y la manera en la cual se presenta la denegación, la forma en la cuál está organizada su red de distribución, la naturaleza de su relación con la empresa quejosa así como el comportamiento de esta última, entre otros.

Como veremos posteriormente, la denegación de trato admite básicamente dos defensas sustanciales, las causas legítimas de negocios y, no es perseguible cuando la denegación no implica cierre a la fuente de abasto general.

Cuando la denegación de trato, se configura como una denegación coordinada para excluir o disciplinar a una tercera parte, se considera que, se esta ante una variante de la conspiración, la cual puede también acarrear consecuencias penales.

La denegación de trato, también puede tratarse como una forma de abuso de posición dominante cuando esta denegación implica el cierre al acceso de un insumo necesario y afecta la libre concurrencia y óptima competencia en el mercado, bajo la figura de abuso de posición dominante, este escenario se agrava cuando la denegación de trato o acceso se configura sobre facilidades cuyo uso, disfrute, mantenimiento y goce no son debidamente regulados, cuando se trata de este tipo de facilidades, el poder de mercado que tiene el principal proveedor del acceso no es relevante, lo relevante es la importancia del insumo en la producción.

Cuando es insumo vital, el poder de mercado del que lo cierra antes o después del cierre es irrelevante, la conducta es por si misma sancionable, también lo es cuando producir de mano propia el insumo o crear la red es incosteable o significa altos costos hundidos para el nuevo entrante ya que, estamos ante un costo de sustitución prohibitivo.

**División vertical del mercado.**- Se trata de restricciones al intercambio comercial entre dos o más determinaciones geográficas, a través de ella se coordinan las diferentes etapas de la producción y se le mantiene ya sea segmentada o integrada, en una o varias regiones sin concurrencia a determinado nivel, de distintos competidores, en diferentes hipótesis la

*Competition Tribunal Act* contempla la prohibición a los contratos de exclusividad en atención al territorio que provoquen el cierre o *foreclosure* de un mercado

**Abuso de posición dominante.**- Es una figura *sui generis*, para configurarla no se requiere actualizar un comportamiento ilegal, simplemente atiende a la manera en que una empresa hace uso de su posición dominante y los efectos del ejercicio de ella en el mercado, este concepto se inspira para la jurisdicción canadiense en el artículo 86 del Tratado de Roma de 1957.

En tal precepto se estableció:

“El concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que trata de los comportamientos de una empresa en posición dominante que influyen en la estructura del mercado en donde, debido a la existencia de dicha empresa, el grado de competencia es ya tenue y que tienen por efecto u objeto obstaculizar, por medios diferentes de aquellos que regulan la competencia normal de bienes y servicios con base en las prestaciones de los operadores económicos y la conservación del grado existente de competencia en el mercado o el desarrollo de dicha competencia”

La legislación canadiense, ubica esta figura bajo la Sección VII referida a los asuntos que el Tribunal puede examinar dentro de los artículos 78 y 79. En virtud de estos artículos el Tribunal puede prohibir, emitiendo orden conductual un comportamiento no necesariamente ilegal pero sí riesgoso, de las personas en situación de posición dominante. Ahondando en el concepto de abuso de posición dominante tenemos que, el artículo 79 fracción I establece, que se esta ante una posición dominante cuando:

- a) Una o más personas sustancial o completamente controlan dentro del Canadá o un área dentro del mismo una clase o tipo de negocio
  - b) Esa o esas personas se han enrolado o se están por enrolarse en una práctica de actos anticompetitivos.
  - c) La práctica ha tenido o es factible que tenga el efecto de desincentivar o dañar la competencia en un mercado
- El Tribunal en estos casos expedirá una orden prohibiendo a cualquiera de estas personas el participar en la práctica”

Fue en el caso **Laidlaw**<sup>171</sup> en el que, apreciamos que aún cuando se emplee un método

<sup>171</sup> **United States of America vs. First Group/Laidlaw International Inc.** (Revisión realizada por la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos durante, Julio de 2006).

comercial legítimo, la adquisición, para entrar en un mercado o desarrollar una actividad en él puede constituir en ciertas condiciones, un comportamiento anticompetitivo prohibido por la ley, siempre que el autor tenga una posición dominante en dicho mercado.

Según el caso Nutra Sweet uno de los elementos del comportamiento anti competitivo es que se trata de un acto reiterado.

La valoración del abuso de posición dominante, va de la mano con la posibilidad de confabulación ilícita o puede agravarse con una fusión, se trata también de la sanción a conductas unilaterales que facilitan colusiones.

Por ejemplo, en la industria de telecomunicaciones, el poder de mercado, se ve segmentado en algunos casos por el suministro local del servicio y su acceso e interconexión a las redes locales, en base a esto, se aumenta o disminuye la voluntad de un usuario para cambiar de proveedor de servicio de telecomunicación local, así como la gama de tecnologías que en diversas modalidades ofrece cada uno de los proveedores, para así determinar si son sustitutos perfectos, viables o en que grado, o simplemente, para determinar que consumidores estarían dispuestos y en posibilidad de sustituir. A su vez, deberán considerarse otros elementos específicos de la industria como la calidad del servicio, oportunidad y cobertura, la heterogeneidad del servicio, los costos del cambio, las penalidades asociadas con las terminaciones anticipadas de contrato, cargos por servicio, costos de la migración del número telefónico o equipos, etc.

Los bucles o diversos servicios de comunicación en paquete diversificando una red o un método de transmisión son ventajas comunes en las telecomunicaciones, que al final debieran redundar en beneficios de precios, al usar economías de red para proveer varios servicios sin incrementar significativamente los costos, el adquirir un servicio de paquete debiera ser en general más barato que comprar varios individuales. El bucle puede incluir cualquier número de servicios de comunicación, tales como video, Internet de alta velocidad, accesos inalámbricos, larga distancia o telefonía local y otros servicios locales opcionales, al analizar un bucle deberá tomarse en cuenta que conviene más el estudiar el servicio relevante como un paquete que como un servicio por separado lo anterior, dependiendo de la escala de la conducta investigada.

Así mismo, para estudiar un servicio relevante como bucle debe atenderse a que tan significativa es la diferencia de precios entre la adquisición del paquete y la adquisición del servicio individualmente. Muchas veces, la creación de un bucle solamente obedece a la explotación debida de la eficiencia asignativa en oportunidades de la red. Por lo tanto, para lograr dicho aprovechamiento eficiente lo que debe cuidarse es, la oportunidad y la igualdad en la concurrencia a la red por los posibles competidores, es decir en los casos de servicios bucle el perseguir prácticas anticoncurrentes redundan en el debido desarrollo de las oportunidades de la red misma y en avance tecnológico.

El abuso de posición dominante, en las telecomunicaciones también puede verse

favorecido por el hecho de atar un servicio a determinada localidad, en este caso, al evaluar las conductas deberán solo considerarse como probables sustitutos los servicios con acceso efectivo y viable a la localidad. En el caso canadiense en específico, la complicada geografía del país y su extensión, son puntos a considerar, a ella se suman pequeños hoyos en la cobertura de ciertos servicios de telecomunicación así como, ciertas diferencias culturales y determinaciones de conservación de patrimonio cultural ya que, de no considerar todos los aristas del mercado geográfico podría incluirse un área que presenta hoyos de cobertura dentro de un mercado comunicado o viceversa.

A su vez, el derecho canadiense no se atiene solamente al porcentaje de participación de mercado para determinar el poder concentrado dentro de este, evalúa además barreras ala entrada, estructura, cambio tecnológico, poder de contrarrestar una conducta, en general características que definen, diferencian o influyen en el comportamiento del mercado.

No se considera que, una alta participación de mercado sea la condición sine qua non para perseguir un abuso de posición dominante, lo que se considera que evidencia una alta concentración de mercado son las pocas opciones que tiene el consumidor para realizar la adquisición de un producto o servicio. Se considera que, la participación de mercado puede medirse tanto en términos de ventas en dólares, unidades demandadas, minutos de prestación de servicio, usos de línea, comisiones cobradas, capacidad operativa, etcétera, mientras más diferenciado es el producto sobre el que versa la investigación, la forma de medir la participación de mercado difiere, por lo tanto resulta necesario recolectar toda la información posible para encontrar la mejor base de cálculo o armar una base de cálculo integrada con varios de los elementos anteriormente mencionados, en aras de reflejar la realidad de dicho mercado.

En cuanto a las barreras a la entrada el Buró suele estudiar si la probable entrada se dará de manera oportuna y con la suficiente intensidad como para que, puedan contener el ejercicio de poder de mercado, por oportuna se entiende, que la entrada debe ocurrir relativamente rápido en un término máximo común de dos años, probable se refiere a la viabilidad de la misma y la intensidad suficiente se mide en base a diversos factores, tales como la cantidad de mercados integrados a los que tendría que entrar un competidor para ser una amenaza significativa, la inversión, cobertura, costos hundidos, red de distribución a construir etc,

Por ejemplo, es mucho más difícil competir intensamente con marcas arraigadas en mercados de bienes y servicio experiencia y prestigio, donde las asimetrías de la información juegan a favor de estas marcas arraigadas, a las cuales les es más fácil consolidar relaciones con los clientes en estos mercados.

Cabe mencionar que, medir el poder de mercado en industrias que llevan poco tiempo, en el campo de la iniciativa privada es complicado, para Canadá este es el caso de las telecomunicaciones, donde hay poca información sobre los precios de los servicios en ausencia de coordinaciones oligopólicas, tácitas, monopolios o prácticas anticompetitivas, entonces el Buró ha decidido considerar como evidencia, los planes de negocios,



estrategias de mercado e información histórica disponible. Esta falta de información también perjudica en caso de querer adoptar medidas de precios máximos y mínimos regulados.

A su vez, para medir la sustituibilidad de un producto, se analiza si los productos comparados son sustitutos cercanos, perfectos o imperfectos, para que tipo de consumo, la habilidad y voluntad del consumidor de cambiar de producto.

**Abuso de patentes.**- aún para las limitaciones impuestas por virtud de patentes, marcas y propiedad intelectual encontramos la figura del abuso de patentes, cuando una patente ha sido abusada, la Corte Federal puede ordenar que las personas que abusaron de ellas otorguen las licencias o los permisos necesarios para la explotación, fabricación, distribución comercialización y el uso de bienes y productos, puede llegarse hasta la cancelación de los citados registros, en estos casos los requerimientos de competencia económica se imponen a las observaciones de los reguladores específicos y pueden llegar a modificar la propiedad industrial y los derechos de autor.

**Conductas penales.**- Se reserva la acción penal para los casos de daño más serio, desde que el Buró ha podido lidiar con conducta anti-concurrente común, a través de la vía civil, la menor saturación de la vía penal ha ayudado a mejorar la capacidad de la dependencia para perseguir los asuntos criminales y enfocarse en ellos y su gravedad, principalmente los asuntos perseguidos por esta vía, son los susceptibles de equipararse a conspiraciones.

**Prohibición de confabulaciones.**- Artículo 45 de la *Competition Act*. El carácter penal de las configuraciones es reconocido desde siempre, en un principio formaban parte del Código Penal canadiense de 1892, como mencionamos al inicio. A su vez, mencionamos que el elemento central de esta conducta gira en torno a la intencionalidad o *mens rea* de la conducta que redunde en la pérdida de bienestar de los consumidores. Requiere, de una convergencia consciente de voluntades para la obtención de un fin ilícito.

El enfoque preventivo de esta Ley resulta mucho más evidente cuando, para acreditar el daño exige únicamente que exista una probabilidad razonable de que la conducta afecte la competencia de conformidad con el artículo 45 *Competition Act*.

Dentro de dichas confabulaciones ilícitas, se encuentran las fijaciones de precios, las restricciones al abasto, las restricciones a la calidad de los productos, la división de mercados, la creación de barreras a la entrada y los contratos de distribución exclusiva, así como las conspiraciones para coordinar licitaciones.

El mismo artículo 45 permite a los Tribunales inferir la existencia de una conspiración de evidencia circunstancial, liberándolos de probar la existencia del elemento acuerdo en estricto sentido, así mismo se establece que, no es necesario probar que la conspiración, si es que se llevó a cabo, eliminó o tenía probabilidades de eliminar completa o virtualmente, la competencia en dicho mercado. El mismo precepto asimila a la conspiración a los esfuerzos conjuntados en orden de deteriorar o inpedir la competencia

en cuanto a canales y formas de distribución, o si la conspiración ha restringido o puede disuadir a cualquier persona de entrar o expandir su actividad comercial.

**Acuerdos de no competencia y exclusividades.-** El artículo 32 de la *Competition Act*, atribuye facultades a la Corte Federal para declarar nulos los acuerdos o entendimientos que limitan o disminuyen indebidamente el acceso a los mercados de bienes o productos, limitan o condicionan el intercambio comercial o la competencia de los bienes o productos, además como vimos anteriormente, los acuerdos que buscan restringir o impedir la competencia en cuanto a canales y formas de distribución, cuando se prueba el elemento intencionalidad son equiparables a la conspiración y por tanto perseguibles en la rama penal, con sanciones de hasta cinco años de prisión y hasta diez millones de dólares o ambos.

**Trato Exclusivo.-** Canadá es el país de los tres en estudio que, con más seriedad toma esta conducta y solo la justifica cuando se practica de manera ocasional y por un periodo de tiempo definido y limitado, además de requerir que, se notifique este trato exclusivo entre dos agentes económicos al Tribunal, detallando el tiempo por el cual se aplica dicha limitante, solo justifica esta restricción cuando se trata de un nuevo producto o un nuevo proveedor de un producto, entonces deja de ser trato exclusivo y se denomina trato de introducción

El tratamiento es altamente específico y controlado para impedir la proliferación de contratos de exclusividad. A diferencia de México, donde los contratos de exclusividad son vagamente tratados y su seguimiento por parte de la autoridad de competencia es casi nulo y de Estados Unidos donde se sobre entienden permitidos, siempre que no causen un daño excesivo a la competencia, esta figura se comprende en el artículo 77 de la *Competition Act* y prevé sanción para una primera, segunda y hasta una tercera línea de daño. Busca combatir el caso de un canal de distribución que, se compromete a vender exclusivamente el producto de un vendedor, busca evitar el cierre de canales de distribución, ataca la pérdida de independencia en dichos canales.

El artículo 77 (1), describe la hipótesis mediante la cual el distribuidor se integra verticalmente a un proveedor, abandonando su facultad para relacionarse con los demás proveedores competidores, de esta situación, resulta una cuasi integración vertical que, agrava la dependencia del distribuidor con el competidor e inhibe su toma de decisiones y comportamiento independiente, así mismo, provoca mayor concentración en perjuicio de los competidores del proveedor respecto de su red de distribución para poder acceder al mercado. Cuando dicho proveedor es una empresa dominante en el mercado del producto, los competidores, que no tienen la capacidad de crear su propia red de distribución se encuentran de facto excluidos del mercado al negárseles la distribución, disminuyendo así la competencia.

El carácter sensible de la afectación a la competencia, resulta del poder de mercado que obtiene el proveedor gracias a estos acuerdos que constituyen una barrera para la entrada a los demás competidores.

Sanciona específicamente dos vertientes que puede tomar esta conducta: el obligar al distribuidor bajo pena de negársele el abasto, a respetar la condición para el comercio exclusivo o, la de incitar al distribuidor bajo pena de negársele modalidades o condiciones de venta más favorables a respetar la condición del comercio exclusivo.

La importancia del proveedor o de la práctica supone que, la mayoría de los distribuidores que practican estos acuerdos, fueron afiliados por un proveedor importante, lo que justifica la gravedad de afectación a la competencia. También puede darse el caso de que una exclusividad ayude a concertar un cártel en el mercado de distribución desde el proveedor.

En los casos previstos por los párrafos 4 y 5 del artículo 77 el Tribunal, puede ordenar a uno o varios proveedores que, cese la exclusividad o las ventas atadas que operan contra la empresa víctima a solicitud de la cual se expide la orden de prohibición, así como prescribir cualquier otra medida necesaria que a su juicio suprima los efectos anticompetitivos en el mercado del producto o restablezca la competencia.

**Regulación del intercambio de información.-** Un intercambio de información delicada sistemático en una industria tendiente a la coordinación, puede ser visto como evidencia de conspiración, o en el menor de los casos puede dar origen a una orden de conducta que dicte el cese de dicho intercambio. El mismo artículo 45 determina que, no se presumirá un intercambio de información como evidencia de conspiración, cuando el mismo carezca de efecto dañino en la competencia, no facilite la colusión y verse sobre: intercambio de estadísticas, definición de estándares de producción, intercambio de información crediticia, definición de terminología usada en la rama industrial, cooperación para el desarrollo y la investigación, la restricción de promociones y anuncios distintas a la restricción discriminatoria dirigida en contra de un agente económico, los tamaños o formas en que los artículos son envasados, la adopción de sistemas métricos o las medidas tomadas para proteger el medio ambiente.

**Coordinación de posturas en licitaciones.-** El artículo 47 de la *Competition Act*, contempla esta figura y la equipara a conspirar contra el Estado, agravándola de la misma manera que en Estados Unidos, al impedirle al gobierno el contar con condiciones competitivas para adjudicarse bienes y servicios, la figura requiere el elemento intencionalidad, el cual prevé la hipótesis normativa, puede presentarse en dos vertientes en la existencia de un acuerdo o entendimiento entre los licitantes, siempre que, se de entre dos agentes económicos de los cuales se espera una conducta independiente o, en la omisión de parte de los participantes de notificar a la entidad licitadora que participaran en el proceso con una postura conjunta, esto es, se puede presentar una postura conjunta pero siempre que, se haga del conocimiento del licitante que dos entes concurren y presentan la oferta previamente acordada, como en el caso de una *joint venture* para la licitación.

Esta conducta además de ameritar una multa discrecional por parte del Tribunal puede

perseguirse vía penal

**Discriminación con base en precios y/o descuentos por tiempo no determinado y sin haber sido notificados al Buró de la Competencia.**- A diferencia de México, el Canadá prevé mecanismos para notificar una conducta pretendida o una estrategia promocional por parte de las empresas, así como la creación de *joint ventures*, sin que se trate de fusiones, lo cual representa dos ventajas, permite a la autoridad conocer las estrategias y el comportamiento de mercado de las empresas y la empresa obtiene una seguridad jurídica de que su conducta al haber sido analizada de manera preventiva y no haber sido controvertida no dará lugar a una posterior e imprevista investigación de competencia sobre la conducta exactamente planteada a la autoridad.

Las disposiciones relativas a la discriminación de precios, existen desde la *Combiner Investigation Act* y, se les consideró un mecanismo para evitar el incremento desmedido de los precios

Así es posible notificar de promociones, precios bajos de introducción y exclusividades temporales al Tribunal para obtener su visto bueno preventivo, dentro de estas conductas se encuentran los descuentos promocionales, de no ser notificados no hay seguridad de que no pudieran ser controvertidos una vez instaurado, la notificación se da sobre las bases de jurisdicción voluntaria.

La Ley de Competencia sanciona penalmente, al vendedor que concede precios distintos o que otorga descuentos en proporciones diferentes, con fines promocionales a los compradores o distribuidores de su producto, el objetivo del precepto consignado tanto en el artículo 50 como 51 de la *Competition Act*. Es impedir que, se distorsione el mercado de reventa de los productos por políticas de venta discriminatorias de los proveedores o impedir que desde la proveeduría se orqueste un cártel en el mercado de distribución.

Además de apreciar la diferencia evidente de que, la discriminación de precios versa sobre el precio en monetario, de un bien o servicio y los descuentos discriminatorios sobre condiciones que, no solo se refieren al precio pero que conforman las premisas de la oferta del producto, cabe señalar que la discriminación requiere una conducta reiterada mientras que para el otorgamiento de descuentos desproporcionales basta que el vendedor realice la conducta una sola vez para actualizar la infracción<sup>172</sup>.

En la discriminación de precios Canadá, se apega a la defensa Colgate, reconoce el derecho de un vendedor a ofrecer precios distintos a todos los clientes, siempre que haya diferencias entre ellos, sus volúmenes de compra, o los productos adquiridos y no exista coerción para aceptar el precio, la disposición se aplica solamente, cuando sin fundamento se diferencia entre iguales, tanto el precio como las bases del descuento, deben esgrimirse de manera general y estar disponibles para todos aquellos que cumplan con dicha condición objetiva general, como lo es el adquirir determinada cantidad de producto o recibir el descuento por comprometerse a dar seguimiento a las ventas por si mismo.

<sup>172</sup> PERÉZNIETO, Leonel *Vid supra n.51*, p.224.

En cuanto a los descuentos y, al igual que en la legislación americana los canadienses reconocen que la forma de pago es parte de las condiciones que conforman la oferta del producto, por lo tanto su concesión o el acceso discriminatorio a dichas formas de pago o financiamiento otorgadas en bases subjetivas y no generales pueden provocar una ventaja indebida que distorsione las condiciones de oferta y demanda del mercado de manera artificial, por tanto dichas condiciones están también sujetas a análisis.

Para el caso de los descuentos, el acceso a condiciones de pago y a precios no discriminatorios, dentro de las obligaciones del vendedor esta la de dar a conocer a todos los interesados el descuento, la promoción o la forma de pago disponible para no crear desigualdades entre sus compradores, derivadas de asimetrías en el acceso y contenido de la información.

**Depredación de precios en Canadá.** Es precisamente este país el que, en la región, ha tomado una posición más firme en la sanción de este tipo de conductas, lejos de considerarla como los chicagonitas estadounidenses un mero mito económico, el Buró de la Competencia Canadiense ha puesto especial énfasis en el estudio de la conducta que, de no controlarse pudiera sepultar a su pequeña y mediana industria regional, es por ello que, en marzo de 2008, publicó sus "Lineamientos sobre prácticas comerciales ilegales; precios irracionalmente bajos"<sup>173</sup>.

En el Canadá, se entiende por esta figura la venta de bienes o servicios a precios irracionalmente bajos, cuando el efecto o el objeto de dichos precios es disminuir la competencia o elimina un competidor. El cálculo que hace una empresa depredadora es sencillo, baja sus precios a un nivel tal que si sus competidores los siguen sufrirán pérdidas irre recuperables, que los obligarán a salir del mercado y a sus competidores potenciales les impedirán entrar en el mercado relevante.

La figura de los precios depredatorios se insertó en la legislación canadiense a través de enmiendas a la *Combines Investigation Act* desde 1935<sup>174</sup>. Dichas enmiendas, se dieron como respuesta al Reporte generado por la Comisión Real sobre el Incremento de Precios que estudió en su momento las condiciones del mercado canadiense.

El riesgo no es el mismo cuando una empresa puede apoyarse en las ganancias que le genera alguna otra actividad o que puede sostener en base a otros mercados (*leverage*), para absorber las pérdidas que, la política de precios que sigue le acarrea. El artículo 50

<sup>173</sup> Competition Bureau. "*Predatory pricing enforcement guidelines 2007*". Formato Pdf.

Disponibles en Internet:

[http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Pred\\_price\\_e.pdf/\\$FILE/Pred\\_price\\_e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Pred_price_e.pdf/$FILE/Pred_price_e.pdf)

<sup>174</sup> Competition Bureau **Competition policy in Canada past and future, background for Canadian Competition Policy. Preparing for the future,** [en línea], Canadá, Competition Bureau, 2001, [31-08-2008], Competition Bureau Bulletin, Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/en/00443e.Htm>

(1) (b) prevé esto y toma medidas contra el apalancamiento, comparando los precios en los que vende la empresa en cada región de Canadá, cuando el objeto o efecto sea el de disminuir la competencia o eliminar un competidor. La empresa subvenciona los precios depredatorios que fija en un mercado particular con los ganancias que extrae de los precios superiores en otros mercados geográficos o realiza subvenciones cruzadas.

Este precepto permaneció intocado por las reformas de 1976 y por la *Competition Act*, a la fecha el mismo establece:

"50(1) Cualquiera involucrado en un negocio que:

Se enrole en una política de venta de productos en cualquier área de Canadá a precios por debajo de aquellos determinados por el mismo en cualquier otra parte del Canadá teniendo el efecto o la tendencia de disminuir sustancialmente la competencia o eliminar a un competidor en una parte del Canadá o diseñado para tener dicho efecto, o;

50(1) (c) se enrole en una política de vender productos a precios irracionalmente bajos, teniendo el efecto o la tendencia de disminuir sustancialmente la competencia o eliminar a un competidor o diseñado para tener dicho efecto.

Se le declarará culpable de una ofensa imputable y acreedor a una pena de prisión por un término que no excederá de dos años"

Como vemos, el numeral 50 sección (1) se refiere al precio depredatorio, el inciso (b) a la depredación dada de manera geográfica y comprobable con los precios diferenciados entre regiones, y el inciso (c) a la tendencia de eliminar a un competidor o disminuir la competencia con la particularidad del uso de precios que tendrán que ser calificados simplemente como irracionales. Una de las variables contenidas en el precepto reconoce como elemento de la conducta la eliminación de un competidor, lo cual ha dado lugar a debates, sin embargo y, aunque se considera que la *Competition Act* busca proteger a la competencia y no a los competidores, también se considera que, en ciertos mercados la presencia de ciertos competidores como las Mavericks pueden ser de vital importancia para la supervivencia del mercado, después de todo ¿quien querría invertir en un mercado donde el ente dominante ante la entrada de un nuevo competidor responde siempre con una guerra de precios desregulada y que goza de una presunción de legalidad *per se*.

Uno de los casos que estudió la variable del inciso 8b) sobre la depredación por bases geográficas fue el caso **Carnation**<sup>175</sup>, donde la empresa solía vender a precios más bajos

<sup>175</sup> **R. vs. Carnation Co.** (1969), [58 C.P.R. 112] (C.A.)

en Columbia Británica, de lo que lo hacía en Alberta para contrarrestar a un nuevo competidor en el mercado de la Columbia Británica, sin embargo la conducta no fue sancionada al considerarse que, no estuvo suficiente tiempo en vigor como para dañar la competencia.

Bajo la Sección (c) resulta ejemplificante la cita del caso Hoffman La Roche<sup>176</sup>, donde dicha empresa fue acusada de introducir y vender valium a precio cero y precio de pérdida a ciertos hospitales en respuesta a la entrada de un nuevo competidor, aunque la Corte encontró que la firma depredada podía dar competencia sanciono la conducta sobre las bases de que dicha política estaba diseñada para disminuir la competencia, es decir sobre el elemento intencionalidad y sobre la irracionalidad de la conducta reflejada en el precio, elemento en el que ahonda de una manera acertada, al determinar que dicha racionalidad no se establece por el mero precio final en sí sino por varios elementos que influyen en la oferta, como la duración de los mismos precios, su proceso de formación, el hecho de que el depredador hubiera desaprovechado oportunidades legítimas de incrementar los precios, y los objetivos de negocios subyacentes a la conducta, las formas de financiamiento, etc. En dicho caso la Corte determinó que todos estos elementos debían ser tomados en consideración para valorar la "racionalidad de los precios"

Para que una práctica de depredación de precios pueda sancionarse, el precio de venta debe situarse al menos por debajo del costo promedio variable, de fabricación de un producto.

La calificación de irracionalmente bajo, se concreta cuando la empresa vende a precio de pérdida como resultado de una estrategia deliberada, el elemento intencionalidad es presupuesto *sine qua non* para esta conducta, por lo que se excluyen los actos aislados o las reacciones puntuales a las fluctuaciones de mercado.

Con excepción de los servicios las personas que resulten culpables según estos artículos se exponen a proceso tanto por vía civil como penal para el cual existe una sanción de hasta dos años.

A diferencia de los Estados Unidos en el Canadá no existe una presunción a favor de los precios bajos ni se cree que la depredación es una conducta prácticamente inexistente, desde 1992 existen Lineamientos penales para la investigación de los precios bajos, sin embargo estos Lineamientos eran mucho más compatibles con la teoría chicagonita al darle al elemento recuperación un carácter esencial en la conducta, los Lineamientos de 1992 demandaban del buró el comandar la investigación con base en dos ejes, en primer

<sup>176</sup> R. vs. Hoffmann La Roche Ltd. (1980), 28 O.R. (2d) 164 (H.C.J.) confirmado en el expediente 33 O.R. (2d) 694 (C.A.). Este caso es un parte aguas en el derecho de la competencia canadiense, ya que estableció que los productos suministrados gratuitamente por un periodo cercano o mayor a seis meses constituían una política sistemática de venta, y que entonces cabía estudiar la intencionalidad de la conducta así como la razonabilidad de la misma. Así la Corte concluyó que las ventas repetitivas de productos precios irracionalmente bajos aún sin la autorización de los paneles directivos de dichas empresas constituían una política de venta sancionable de probarse el elemento intencionalidad.

lugar atendiendo al poder de mercado del depredador, considerando únicamente grandes participaciones de mercado y barreras significativas a la entrada, en segundo lugar la conducta solo se sancionaría si se probaba más allá de cualquier duda que, el depredador recuperaría la pérdida incurrida. Los Lineamientos de 1992 fueron rebatidos y criticados por incluir políticas de precio con intención depredatoria como la base del caso de depredación.

Un intento intermedio por matizar el estricto estándar de los Lineamientos de 1992 fue la enmienda C-235 de 1997 que, aunque no fue aprobada en su momento, si dio gran forma a los cambios que se proyectaron en la conducta a partir del 2002 y provocó que, el Comité Van Duzer se enfocara a una investigación sobre los preceptos de precios de la Ley y los esfuerzos de ejecución de dichas leyes por parte del Buró, dando como resultado el “Reporte Van Duzer de 1999<sup>177</sup>”, parte aguas para el cambio de visión de la política de competencia canadiense sobre los precios depredatorios. Fue este reporte el que hizo las siguientes apreciaciones que provocaron los cambios en los Lineamientos de 2002 y 2008, sobre la forma de valorar la depredación de precios:

- a) Deben emplearse nociones revisadas de poder de mercado y comportamiento estratégico así como un acercamiento diferente a las órdenes remediales que deberán extenderse a las disposiciones de abuso de posición dominante, revirtiendo la renuencia de l Tribunal de la Competencia de aceptar dominancia cuando la participación de mercado es menor al 50% y por tanto provocar su intervención en las decisiones de preciso de firmas que presentan dominancia en sus mercados aunque su participación sea menor al 50%
- b) Se considera que, el requerir establecer más allá de duda que el depredador tiene suficiente poder de mercado para recuperar pérdidas, representa una carga de la prueba demasiado onerosa para el denunciante. Los Lineamientos adoptan una interpretación demasiado estricta de este elemento, sin considerar nuevas teorías de depredación así como asuntos nacientes de las nuevas conductas que se manifiestan en las economías basadas en la información y sin considerar como la depredación pudiera ser considerada bajo los preceptos de abuso de posición dominante
- c) Se recomienda que el Buró controvierta más casos de depredación, el criterio de selección del Buró y los Lineamientos del 92, provocan poca investigación sobre las denuncias de depredación.
- d) Se recomienda no darle un peso absoluto al examen de dominancia para encuadrar las figuras dentro del precepto de abuso de posición dominante y dotar al Tribunal de la Competencia, con facultades para imponer penas administrativas, adjudicar daños y

<sup>177</sup> VAN DUZER J. Anthony, Giles Paquet. **Anticompetitive Pricing Practices and The Competition Act, Theory, Law and Practice**, [en línea], Ottawa, 22-10-1999, [citado el 22-10-2008], Formato PDF.

Disponible en Internet en:

<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/vdreport.pdf>



permitir la acción privada para perseguir la depredación como una manifestación de abuso de posición dominante por el depredador.

Desde 2002, este enfoque ha cambiado y se ha buscado no volcar una carga de la prueba tan grande como es la especulación de la recuperación de lo perdido en las espaldas del competidor afectado o la autoridad investigadora. Así, estos Lineamientos tuvieron tres cambios fundamentales:

a) La recuperación no se convertiría en el eje del escrutinio de la conducta al menos en las etapas iniciales de investigación

b) El concepto de costos ineludibles, como opuesto a los costos promedios variables y costos promedio totales, se usaría para evitar la caída en zona gris de ciertos precios y para determinar su racionalidad. Considerando que, probar la posibilidad de recuperación requiere análisis sofisticados sobre información que muchas veces no posee el denunciante, por tanto en este punto sería más fácil conseguir una orden de *discovery*, a su vez se consideró que, una Comisión sin poderes formales de investigación tendría casi como misión imposible el probar dicha posibilidad de recuperación, la cual depende de una teoría sofisticada de daño competitivo, al menos en casos donde el depredador tuviera más de 35% de la participación de mercado, resultaba perverso que el Buró se negara a investigar un precio irracionalmente bajo, utilizando la premisa de que el denunciante o el Buró no habían podido probar la posibilidad de recuperación de costos, por tanto se consideró que la recuperación debía verse como una presunción rebatible por las condiciones de mercado mismas.

c) Se incorporó la figura de la depredación, resultante de la expansión del mercado para su investigación. Esta incorporación respondió principalmente a las inquietudes de la pequeña y mediana industria regional canadiense, las cuales pudieron observar la extensión del dominio hacia nuevos mercados, por parte de grandes capitales a través del uso de la depredación

A esto debe agregarse que, durante la última década se ha determinado el estudiar el ejercicio de la reputación como una barrera a la entrada que influye en la determinación de poder de mercado, así aunado al efecto de un precio depredatorio pueden demostrarse los daños causados por el uso indebido de la reputación del depredador para dañar al depredado.

El debate sobre la existencia de esta conducta y si dicho comportamiento es sujeto de investigación bajo las leyes de competencia ha sido resuelto de manea afirmativa dentro del Canadá

Objetivamente el derecho canadiense ha analizado dos posibles resultados de los precios depredatorios:

a) La eliminación de los competidores, dejando al depredador con una participación de

mercado lo suficientemente grande para obtener rentas monopólicas o;

b) la depredación como respuesta de entes con poder económico para disuadir a otros participantes de mercado de adoptar determinada conducta competitiva que, el depredador considera amenazante o inconveniente;

En la doctrina canadiense, queda establecida claramente la relación entre la depredación de precios y agentes económicos con "grandes bolsillos", es decir se cree que es más factible que un agente económico con grandes recursos económicos, los emplee para soportar precios a nivel de pérdida, sobre todo cuando sabe la proporción de sus recursos y su fuerza es desproporcional con la del depredado.

A su vez las autoridades de investigación de las prácticas anticompetitivas en el Canadá, han encontrado que este tipo de prácticas son mucho más viables en mercados donde existe poco acceso al capital y al financiamiento de las inversiones, sobre todo de inversiones de negocios de nuevos entrantes, este es también el caso poco estudiado de México.

Otro problema implícito en esta conducta es que, para su realización se hace cómplice de corto plazo de la misma al consumidor y sin una adecuada educación y política de competencia se maximizan sus posibilidades de éxito, al no concientizar al consumidor que el precio depredatorio es un precio bajo temporal que a la larga le significará a él menos opciones de consumo y que el precio bajo de hoy puede ser el precio monopólico o de zona gris del mañana.

Para el estudio de esta conducta el Canadá ha seguido a la corriente del "Nuevo Entendimiento"<sup>178</sup>, la cual reconoce que, los mercados de capital son de competencia imperfecta y presentan barreras importantes a la competencia, más allá de las regulatorias, considera como parte de estas imperfecciones el apalancamiento de productos, la asimetría de la información, firmas multi producto o multi mercados y el uso de la teoría de los juegos para la toma de decisiones corporativas. Ha estipulado que, muchas veces el depredar el precio de mercado puede ser aunque ruinoso menos costoso que las fusiones verticales para el ente depredador, a su vez la depredación puede ayudar a consolidar una barrera de reputación como un "vendedor de bajo precio" o un agente económico "capaz" de disciplinar a sus competidores cuando bajen los costos .

Considera que, la probabilidad de éxito de esta estrategia esta estrechamente relacionada al tamaño de la firma, la estructura de mercado y el número de productos y mercados geográficos en que participa un depredador, así considera que es viable para una firma con amplios recursos el financiar internamente la depredación de ciertas ramas. Por otro lado la conducta y sus efectos se agravan si se dirige contra un objetivo incapaz de convencer por su posición comercial a financiadores banqueros e inversionistas para financiar la guerra de precios o las pérdidas financieras Como resultado la firma objetivo o desaparece en la guerra de precios o, subsiste elevando precios.

---

<sup>178</sup> Idem.

Se considera que, estamos ante un precio depredatorio cuando la venta de cada unidad adicional solamente causa pérdidas al vendedor y no ayuda a costear su producción, para determinar lo anterior se atiende al costo variable promedio. Sin embargo se considera que precios que están por encima del costo promedio variable, pero por debajo de los costos promedio totales se encuentran en una zona gris que impiden determinar si se esta o no ante esta figura.

La depredación de precios puede también ser analizada civilmente, por el Tribunal de la Competencia cuando, se le encuadra bajo la figura de abuso de posición dominante y por tanto pueden ser sujeto de acción privada, prueba de ello son los casos **Nutrasweet** y **Teledirect**<sup>179</sup>

Respecto a la posibilidad de que un combate vigoroso a los precios irracionalmente bajos, pudiera asustar el ejercicio de prácticas comerciales agresivas de precios pero legítimas, las autoridades canadienses, están conscientes de este riesgo y tratan de minimizarlo, sin embargo no dejan de percibir que, este efecto desincentivador puede ser difícil de verificar en la realidad de los mercados<sup>180</sup>.

El buró para compensar la salida del elemento recuperación, como pilar de la conducta ha optado por evaluar la utilidad que la conducta reporta tanto al depredador como al mercado, sin embargo, cuando ambos, tanto el depredador como el objetivo están enfrascados en una guerra ruinosa se considera que, la conducta tiene altas probabilidades de derivar en efectos anti competitivos, entonces el Buró procede a estudiar si las características estructurales del mercado pueden conducir al ejercicio post depredatorio de poder de mercado.

Se busca que, el estudio de estas conductas recaiga en el carácter preventivo de la Ley al evitar que las autoridades esperen a que la firma objetivo, este ya fuera de mercado, para iniciar una investigación. Cuando un probable blanco de depredación acude al Buró, es comúnmente cuando aún tiene esperanzas de reparación y no para que le levanten el acta de defunción, por ello el Buró debe analizar la capacidad de la firma objetivo para significarse como un competidor efectivo durante un periodo de precios por debajo de costos.

Los nuevos Lineamientos, no solo considera que un depredador cuenta con poder de mercado cuando cumple con una participación mayor al 35%, sino que también investigan la conducta cuando el alegado depredador tiene al menos el doble de participación de mercado que el ente depredado, y para obtener mayores elementos el Buró estudiara el tipo de condiciones, para determinar si estas son consistentes con teorías sobre depredación o, si se trata solamente estrategias agresivas pero no ilegales ni abusivas de

<sup>179</sup> **Director of Investigation and Research v. NutraSweet** (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Competition Tribunal.).

<sup>180</sup> Draft enforcement guidelines on illegal trade practices: Unreasonably low pricing policies, the way ahead.

competencia, para ello también se permite considerar las ventajas estratégicas con que cuenta el de predador, tales como su nivel de integración, canales de distribución pactados en exclusividad, control sobre insumos estratégicos de la producción, reputación construida en mercados de bienes o servicios creencia o experiencia.

Otra variante en la que el derecho canadiense pone especial énfasis, es cuando el acceso a redes queda en poder de un agente económico específico y dicho acceso no se regula, utilizando las tarifas de conexión, portabilidad, interconexión etcétera, como medio para depredar a la competencia, al bajar los precios del servicio final utilizando como apalancamiento las cuotas que los agentes económicos competidores le pagan para tener acceso a la red, encareciendo a ellos el servicio y abaratando el producto final o servicio a precios que otros agentes, que no cuentan con red propia no pueden alcanzar, amplificando la eficiencia que le da la integración vertical de la red y su acceso preferente.

En este sentido y al amparo del artículo 79 (2) de la *Competition Act*, el Tribunal puede ordenar el acceso a la red o a ciertas facilidades de servicio, sin embargo el Tribunal no puede regular el precio al cual se otorga el acceso, pudiéndose establecer un precio prohibitivo, ni el Tribunal ni el Buró tienen facultades para actuar como reguladores de precios en disputas de acceso a redes o facilidades, generalmente el precio de dicho acceso en otros países es regulado y monitoreado por organismos especializados, administrativos, conocidos como ente u organismo regulador del sector.

El Canadá busca reformas tendientes a considerar el precio y las condiciones de acceso, como parte de la evaluación para determinar si una firma está cumpliendo o no con la orden del Tribunal, en caso de incumplimiento como lo hemos comentado anteriormente se abre la vía penal para la sanción de la conducta por el desacato a un mandato judicial.

Aún con todos estos cambios de vanguardia, ciertas asociaciones de productores nacionales como la Federación Canadiense de Misceláneas Independientes, consideran que el criterio canadiense aún no ha analizado todas las formas posibles de conducta depredadora.

**Precios señuelo.**- Se equipara a la depredación de precios el Buró considera que, esta práctica se da cuando, se ofrece a ciertos clientes un precio significativamente mejor que el que se venía ofreciendo previamente, o que se diferencia del precio que generalmente se cobra a otros clientes en el mercado, con la intención de ganar o retener clientes ante una oferta más competitiva en general, por ejemplo, cuando el precio es dirigido a clientes de la alegada víctima, los costos de la firma al bajar los precios son menores que los costos de cambiar toda su política de competencia y el precio entendido como un concepto integral.<sup>181</sup>

En estos casos, resulta necesario determinar si la firma dominante tiene la información

---

<sup>181</sup> Information Bulletin on the Abuse of Dominance Provisions as Applied to the Telecommunications Industry.

necesaria para identificar a los consumidores objetivo, y si mientras lo hace se desvía significativamente su estructura y política de precios, así como si la práctica significa algún tipo de barrera o desincentiva la entrada.

Esta figura se hace análoga a la depredación debido a que, desincentiva la entrada al mercado y la competencia ya que, un posible entrante que enfrentase una estructura de precios señuelo no entraría al mercado bajo la amenaza de no recuperar los costos hundidos de entrada y no conseguir clientes. A sí mismo, se reparó en la dificultad que presenta para el Tribunal el diferenciar entre un precio señuelo y una conducta competitiva legítima, por esto mismo se adoptó para esta conducta el examen de los elementos requeridos por la depredación de precios, analizar si el precio señuelo está por debajo del costo promedio variable, provee un indicio importante de conducta irracional en esta modalidad, siempre que se analice este elemento en conjunto con otros, como la estructura de la industria y el poder de mercado del agente económico actuante

### **3.4 Los objetivos del *antitrust* canadiense y su medición del poder de mercado**

Resulta necesario destacar que, la legislación canadiense utiliza la competencia como medio para fines ulteriores y no como un fin en sí misma, parte de estos fines ulteriores son el fortalecimiento de la pequeña y mediana industria, textualmente consigna como una finalidad el crear oportunidades viables para dichas industrias, a su vez, enfoca la aplicación de la legislación a las decisiones que permitan a las empresas canadienses, generar mayor competitividad en los mercados exteriores, subordinado el *laissez passé laissez faire*, a la conveniencia de las empresas regionales y tomando diferentes estándares para medir las conductas dentro del mercado canadiense y sus efectos fuera de él, se trata de proveer un marco para un desarrollo que inhiba las desigualdades interprovinciales, por ello no es extraño que se lleguen a desconocer ciertos principios dogmáticos absolutos de la tendencia chicagonita, supeditándolos a la obtención de resultados deseables en una región del Canadá, tales como el fortalecimiento de ciertas empresas regionales o la detracción de determinada estructura corporativa que pudiese impactar el bienestar económico regional.

Como lo mencionamos en el capítulo anterior, el derecho de la competencia económica canadiense no busca solamente prevenir la concentración de poder de mercado, el enfoque de esta legislación implica el prevenir que, los agentes económicos desarrollen la capacidad de comportarse de manera independiente a las condiciones del mismo, esto les permite atacar un poder anormal de mercado o conducta anormal incipiente sin tener que esperar a la concentración o a los efectos negativos del ejercicio de un poder de mercado determinado.

De hecho, el enfoque preventivo canadiense va más allá de lo normal y prevé que, en el caso de agentes económicos con poder de mercado importante, todos sus acuerdos e interacciones con otros agentes deben examinarse, aún considerando aquellos acuerdos que ciertas teorías han presumido como *de facto* competitivos. No es necesario que la conducta amenace con destruir la competencia también se persigue aquella conducta que

disminuye la intensidad de la misma

Aunque la Ley Canadiense no esgrime medidas cuantitativas para presumir que una persona tiene poder de mercado, los tribunales han establecido mediante decisiones, que basta que se reconozca en dicha persona la capacidad de comportarse independientemente de las condiciones de mercado, para considerar su conducta como capaz de producir efectos en el proceso competitivo

Otra forma de ver el poder de mercado por parte del jurista canadiense nos dice que este se define :

“Respecto a la habilidad de una firma de manera gananciosa de causar que uno o más componentes de la competencia se desvíen significativamente de los niveles competitivos por un periodo significativo de tiempo”<sup>182</sup>

Como vemos esta óptica reconoce que, pueden ejercerse presiones anticompetitivas sobre elementos diversos al precio en numerario y que, dichas presiones también desvían la competitividad de los mercados

**Weidman vs Shragger vs, Lyons Fuel hardwares & Supplies LTD**<sup>183</sup> nos demostró que, basta el indicio de conducta irracional o anormal para iniciar una investigación, y en dichas investigaciones, se sigue considerando la estructura del mercado en que se configura el comportamiento, dando lugar a una regla de la razón parcial, así y hasta hoy, el Tribunal de la Competencia cuenta con medidas tales que, le permiten ordenar a un proveedor el reestablecer a la empresa víctima de la práctica dentro del mercado como orden conductual, obligándolo a suministrarla según las condiciones normales del comercio, así como las demás medidas que a juicio del Tribunal resultan necesarias para favorecer la competencia

Las adiciones de 1976 a la entonces *Competition Act* se realizaron, en aras de proteger a la pequeña y medianas empresas de los comportamientos excluyentes de las transnacionales que les permitían consolidar su poder de mercado

“El poder de mercado en el sentido económico significa el poder de mantener los precios por encima de los niveles competitivos sin perder suficientes ventas para que deje de ser benéfico.”<sup>184</sup>

El umbral común *sine qua non*, de la legislación mexicana y estadounidense que exige

<sup>182</sup> Information Bulletin on the Abuse of Dominance Provisions as Applied to the telecommunications industry p.6

<sup>183</sup> **R. v. Lyons Fuel Hardware & Supplies Ltd.** (1961), 30 D.L.R. (2d) 6 (Ont. H.C.) (1961) (caso sobre posturas idénticas en licitaciones)

<sup>184</sup> PÉREZNIETO, Leonel. *Vid supra n.51* p.235

medir el poder de mercado con base en los resultados de un aumento menor pero sostenido de precios puede descartarse en el Canadá, cuando el comisionado de la competencia considere y demuestre que el uso de dicho parámetro no refleja con veracidad las condiciones del mercado, evitando así la falacia celofán <sup>185</sup>

Es decir, antes de aplicar un alza sostenida gradual al precio cabe analizar si ese precio difiere y cuanto difiere del precio que prevalecería en un mercado ausente de actos anti competitivos, la autoridad canadiense entonces primero evalúa la competitividad del precio al que se aplicará el alza sostenida y, en base a ello determina si el precio de partida es competitivo.

Evidencia directa de un cambio de tendencias como respuesta a un incremento mínimo sostenido de precios, indica el principio de sustituibilidad, sin embargo en ausencia de evidencia directa, el Tribunal puede considerar un cierto número de factores para determinar dicha flexibilidad de sustitución, a su vez estos factores se consideran para conocer el grado de sustituibilidad, cuando hay evidencia directa de la misma, sabemos que existe con el simple cambio de tendencia, pero no que tan perfecta es la sustitución, estos factores son entre otros, las estrategias mercadológicas, comportamiento e identidad de compradores y vendedores, cantidad de participantes en el mercado, uso final o compatibilidad funcional, intercambiabilidad de los productos; características físicas o técnicas de los productos, los costos que acarrea el intercambio y otras barreras de mercado.

Un producto relevante, se conoce como el grupo más pequeño de productos en relación a los cuales un monopolista hipotético puede imponer una alza sostenida de precios. El problema es cuando la alza no se da por el monopolista hipotético, sino que los precios y condiciones de venta de los sustitutos cercanos son elevados por oligopolistas hipotéticos o mantenidos en zona gris por coordinaciones tácitas, a si mismo el problema se agrava cuando lo que se coordina no son los precios sino otras condiciones de competencia y no se consideran dichas condiciones como parte del concepto precio, como vimos con anterioridad en el presente capítulo. <sup>186</sup>

Por otro lado, resulta necesario sobre todo cuando se habla de prácticas perseguidas en la rama civil, atender a lo que la legislación de competencia Canadiense entiende por daño sustancial a la competencia, esta figura se enfoca en detectar una disminución en la intensidad de competencia, producto de la conducta de uno o varios agentes económicos, y no tanto como en el caso mexicano en detectar simplemente un mayor o menor número de competidores, se pone especial énfasis en la efectividad de competencia que los competidores presentes significan, en la intensidad de su proceso. La pregunta directa que las autoridades investigadoras se plantean en este supuesto es ¿habría una competencia más intensiva de no haberse dado determinada conducta de un agente económico?, siendo a parecer personal esta, la pregunta correcta para medir la competencia en un mercado y

<sup>185</sup> Merger enforcement guidelines p 236.

<sup>186</sup> Information Bulletin on the Abuse of Dominance Provisions as Applied to the Telecommunications Industry.

no el preguntarse de manera simplista ¿habría precios más bajos si no se hubiera dado tal conducta o habría más agentes económicos en el mercado? ya que, esta última pregunta se enfoca simplemente a dos consecuencias de una competencia abierta y no a buscar medir el impacto de la conducta de un agente económico sobre la competencia en sí.

Una conducta que disminuye la intensidad de la competencia, no se traduce sola y necesariamente en un menor número de competidores, preserva y mejora barreras existentes a la entrada, facilita colusiones y atrinchera poder de mercado o ayuda a conseguirlo de manera anormal, así mismo inhibe el desarrollo y el surgimiento de firmas Maverick, finalmente, se traducirá como último efecto y el más visible, en pérdida de opciones al consumidor y ya en última instancia en precios no competitivos.

### **3.5 Revisión de fusiones en Canadá**

Desde 1910 Canadá incluyó disposiciones relacionadas con la revisión de fusiones, dentro de la *Combines Investigation Act*, en 1910, naciendo dichas disposiciones al amparo del derecho penal, teniendo un breve lapso de cobijo bajo el derecho civil en 1929 se creó la primera agencia encomendada a verificar la observancia de las disposiciones en materia de fusiones de la *Combines Investigations Act*.

En 1976, comenzó la tendencia en el derecho canadiense de despenalizar las fusiones, estudiando la figura desde la óptica de un derecho más civilista, mientras las mismas se sancionaron penalmente dieron lugar a 18 penas de prisión en toda la vigencia de la disposición en su faceta penal.

Desde la instauración de la *Competition Act* en 1986, el Buró ha investigado y cuestionado cerca de 5000 fusiones, principalmente en el sector manufacturero, financiero, en la producción de bienes agrícolas y finalmente, en el sector servicios.

Cabe mencionar que, la legislación canadiense no se limita a estudiar la acumulación de participación accionaria en una o más empresas competidoras, la participación de ejecutivos de una competidora en la mesa directiva de la otra o las co-inversiones expresamente a su vez, evalúa para efectos de medir la concentración de mercado, el abuso de posición dominante, el poder de mercado, la participación en él y las fusiones el elemento de control efectivo<sup>187</sup> de una corporación, es la base en torno a la cual determina si se esta en estudio de la conducta de dos agentes económicos independientes o correlacionados, cuyo poder de mercado deberá sumarse para encontrar el peso específico de su conducta y las posibilidades de su acción coordinada en el mercado.

Las sanciones primigíneas para fusiones, consistían en prohibiciones de la fusión y no fue hasta 1952 que, se adoptó como sanción una medida estructural consistente en ordenar la desconcentración de lo fusionado.<sup>188</sup>

<sup>187</sup> **Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. Case**, [1970] International Court of Justice. Rep. 3, 64 A.J.I.L. 653 (1962),(1970).

<sup>188</sup> Competition Bureau **Competition policy in Canada past and future, background for**



Precisamente, tocando el punto de la desconcentración de activos, fue el caso **Hillsdown Holdings LLC**, el que hizo ver a los tribunales canadienses que muchas veces el remedio de la desconcentración era difícil de implementar y que lo más viable era el análisis de la fusión desde un punto de vista preventivo antes de tener que desconcentrar lo concentrado, especialmente en mercados dependientes de la estructura y cuya demanda se ha ido reduciendo, las cuales producen bienes de producción poco diversificables. Fue precisamente este caso el que instituyó uno de los principios generales para remediar la concentración de poder de mercado de las fusiones que ha regido el criterio de las autoridades canadienses:

"Si tuviera que escogerse entre un remedio que va más allá de lo estrictamente necesario para restaurar la competencia hacia un nivel aceptable y un remedio que no produce el efecto suficiente para siquiera alcanzar un nivel necesario de competitividad, entonces seguramente la primera opción deberá ser la preferida por la autoridad encargada de sancionar<sup>189</sup>."

Muchas veces y debido a su importancia, se han estudiado bajo el parámetro de fusiones los impactos de la adquisición de una patente, una marca o un proceso industrial, yendo más allá de la protección que la propiedad intelectual da a estas conductas, sin entender dicha protección como una excluyente absoluta del escrutinio de los efectos de estas operaciones en el derecho antimonopolio. En ocasiones también se estudian al tenor de la presente figura las adquisiciones de algunos contratos, obligaciones, pasivos, inventarios y activos de una empresa, con independencia de ser valoradas como conductas que facilitan la coordinación de conducta en un mercado, o que influyen en la falta de independencia de los agentes económicos<sup>190</sup>.

Hoy en día, las fusiones en el derecho canadiense se encuentran valoradas por los artículos 91 y 92 de la *Competition Act*.

A diferencia del derecho estadounidense y mexicano, el estar por debajo de un índice de concentración numérico, solo refleja para los canadienses, la participación porcentual de mercado y no una presunción absoluta de legalidad de la concentración, imposible de controvertir para provocar el inicio de la investigación, estos índices solo constituyen un instrumento de evaluación más, sin embargo no acarrear una presunción favorable o desfavorable de la operación, para calificarla debe acudir además del índice a otros

---

**Canadian Competition Policy. Preparing for the future.** [en línea], Canadá, Competition Bureau, 2001, [31-08-2008], Competition Bureau Bulletin, Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/en/00443e.html>

<sup>189</sup> Idem.

<sup>190</sup> Merger Enforcement Guidelines. Director of Investigation and Research Competition Act, Minister of Supply and Services Canada 1991 p.2.

elementos como la estructura del mercado, la naturaleza y temporalidad de la operación etcétera.

La participación de mercado pudiera analizarse de manera más flexible a discreción del Buró cuando:

La concentración no sobrepasa el 35% de participación de mercado.

Después de la concentración la participación de mercado de las cuatro empresas más grandes es inferior al 65%.

La participación de mercado de la nueva entidad fusionada no sobrepasa el 10%.

Por otro lado y en el caso específico de las *Joint venture*, cuando estas son sometidas a análisis y por jurisdicción voluntaria para obtener un documento que certifique que no será cuestionada bajo las leyes de competencia, de aprobarse reciben un certificado que les da seguridad jurídica de su legalidad respecto a las leyes de competencia, de conformidad con la letra del artículo 95 *Competition Act*.

La determinación de los mercados relevantes, afectados por las prácticas anticompetitivas y fusiones es un asunto de especial complejidad en el Canadá, las barreras en el comercio intra provincial en Canadá impiden la entrada de ciertos competidores estandarizados al mercado de ciertas provincias, y provocan que la inversión directa en dichos lugares sea costosa para las empresas. Generalmente una corte estatal limitará el mercado relevante a un mercado provincial, por que no solo se trata de determinar en caso de un encarecimiento, escasez o especulación con el producto a donde acudirían los consumidores, sino que en la segunda faceta del mercado geográfico ¿ante una modificación de las condiciones de mercado cuantos competidores se instalarían en el mercado geográfico afectado? habrá que considerar si dicha entrada será conveniente para los competidores o meramente se mantendrán en la periferia, significando para el consumidor el costo de ir a buscar sustitutos fuera del mercado provincial, pongamos el caso de la margarina de Quebec como ejemplo. En caso de un alza sostenida en el precio de la margarina, alza de precio que, no rompiera el techo del precio monopolístico aún, ¿cuantos productores tendrán la liquidez, la capacidad y la voluntad suficiente no solo para entrar a abastecer el mercado quebequense de margarina, sino de invertir en el diseño de una línea de producción distinta que les de como resultado una margarina sin colorantes que cumpla con las especificaciones de la provincia para ser vendida dentro de sus fronteras?

Para las fusiones, específicamente el artículo 93 considera barreras tanto arancelarias como no arancelarias al comercio regional e internacional, así como las derivadas de las legislaciones que reglamentan el acceso al mercado, la subsistencia de competidores reales que signifiquen una intensidad de competencia determinada, después de realizada la operación, la naturaleza y el alcance de los cambios tecnológicos en el mercado, costos de entrada, colocación apertura de los canales de distribución homogeneidad o

heterogeneidad de productos y mercados, el acceso o acaparamiento de insumos vitales o materias primas, si con la fusión se logra el poder de influir en el comportamiento económico y las decisiones de las demás empresas.

El buró plantea especial atención cuando:

- a) Existe la posibilidad de que la operación de concentración haga desaparecer a un competidor dinámico y eficaz.
- b) Cuando en un mercado caracterizado por la independencia de las empresas presentes la operación de concentración realizada o proyectada facilita el ejercicio de comportamientos anticompetitivos como la discriminación de precios.

En la legislación canadiense al evaluar las concentraciones verticales se analiza si las mismas pueden facilitar el comportamiento monopsónico, al estudiar si hacia abajo el poder de mercado que se obtiene es suficiente para incrementar los precios de un insumo o disminuir los precios que paga a los proveedores del mismo para su beneficio, y si dicho aumento o detrimento habría sido posible o no en ausencia de la operación de concentración.

A su vez, se examina el impacto de la concentración en la reducción de opciones al consumidor, la calidad y variedad de los productos y servicios, su impacto en productos y servicios accesorios, la publicidad, la innovación, etcétera, elementos que pueden ser ejes de rivalidad competitiva y sobre los cuales una concentración pudiera bajar su intensidad, limitarlos o eliminarlos como parámetros de competencia en detrimento del consumidor.

El artículo 97 de la Ley, permite al Buró examinar cualquier operación de concentración dentro de los tres años a partir de su realización, incluyendo las operaciones debidamente notificadas, su debida notificación no impide que, en caso de que las concentraciones notificadas difieran o su situación se modificara dentro de los tres años siguientes, se pueda impugnar ante el Tribunal de la Competencia la fusión, o su operación conjunta, además de su comportamiento anticompetitivo.

Actualmente, el artículo 79 (2) de la *Competition Act*, permite al Tribunal, en los casos en que los efectos negativos de una fusión no puedan ser mitigados ordenar la separación de lo concentrado, hasta el extremo racionalmente necesario, para revertir los efectos de la fusión.

### **3.6 Interés jurídico en el derecho de la competencia económica canadiense.**

Hoy en día, las víctimas de una práctica prohibida por la *Competition Act* para ciertas conductas pueden recurrir directamente a los tribunales, sin embargo en otras recurren al comisionado de la competencia quien ejerce facultades de investigación y decide el procedimiento más adecuado para el caso, y dependiendo de la conducta este presentara el caso ante la Corte Superior en materia Penal o, en el Tribunal de la Competencia para la

vertiente civil.

El Comisionado de la Competencia que puede cuestionar ciertas conductas empresariales e iniciar una investigación, tiene también poderes para intervenir frente a paneles y autoridades provinciales, en el caso de ciertos sectores existe un investigador y regulador sectorial, por ejemplo la posibilidad primigenia de iniciar acciones contra fusiones en el sector bancario recae en el Inspector General de Bancos.

Fueron las Enmiendas a la *Combines Investigations Act* de 1976, las que permitieron al Comisionado de la Competencia representar al Estado, ante los tribunales Federales y Locales, así como abordar preocupaciones sobre la competencia ante los organismos reguladores, así el Comisionado ha representado los intereses de la competencia sobre la aplicación de tarifas, licencias y aplicaciones de acceso, regulaciones, acuerdos sobre fusiones, asuntos de política de competencia, y participando en asuntos como el manejo de suministros y el *dumping* de importaciones, su participación se ha visto especialmente reflejada en los sectores de comunicaciones y transportes. En la agricultura el Buró de la Competencia ha iniciado acciones para oponerse a los esquemas de manejo de suministros y control de precios tratando de combatir la adquisición de poder monopsonico sobre los recursos alimentarios del Canadá.

#### **4.1 Esquema de autoridades de competencia, su naturaleza y sus facultades en los tres países.**

El Comisionado del Buró de la Competencia, recibió facultades para investigar los acuerdos, los abusos de posición dominante y las concentraciones y deberá remitir en su caso a los tribunales competentes (Corte Superior o Federal en materia penal o al Tribunal de la Competencia en materia civil), las infracciones probadas para su condena .

El Comisionado de la Competencia, recibió facultades para presentar de oficio o a solicitud de los reguladores interesados sus observaciones sobre los sectores regulados y los efectos de su conducta, acompañados de las respectivas pruebas, cuando dichas conductas puedan interferir en la producción, abasto, adquisición, distribución de bienes o servicios, o distorsionen las condiciones de mercado conforme a los artículos 125 y 26 de la *Competition Act*.

Como parte de la interacción entre comercio exterior y competencia económica expresamente reconocida por el régimen canadiense, se permite al Buró que se recomiende al Primer Ministro la disminución o supresión de aranceles, cuando se entiende que dichos aranceles disminuyen la oferta de bienes, limitando la concurrencia y favoreciendo la Comisión de prácticas anticompetitivas y que esta medida ayudaría al restablecimiento de la competencia al incrementarse los productos importados disponibles.

En el caso de Estados Unidos , el DOJ tiene facultades exclusivas en materia de procedimiento penal, derivadas de las infracciones a las fracciones 1 y 2 de la *Sherman Act*.

La Comisión Federal de Comercio aplica en exclusiva la Ley de la Comisión Federal de Comercio y la Sección 13 de la *Clayton Act*, esta división de facultades puede ser realmente relevante en conductas como la fijación de precios, la cual esta contemplada por ambos ordenamientos, las dos autoridades pueden investigar en facultad concurrente las violaciones a las Secciones 2,3,7 y 8 de la *Clayton Act*.

Aunque las infracciones de la *Sherman Act* en sus secciones 1y 2 son facultad de investigación exclusiva del DOJ, la FTC ha podido iniciar procedimientos sobre estas violaciones cuando las analiza bajo la figura de "método de competencia desleal", como lo describe la sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio.

En el caso de los Estados Unidos, cabe resaltar el papel de los procuradores de justicia locales quienes aplican los estatutos antimonopolio que algunos Estados han promulgado.

La división antimonopolio del departamento de justicia se creó en 1933, esta a cargo de un procurador asistente general nombrado directamente por el Presidente de EUA y, con aprobación requerida por el senado. Su trabajo se divide en tres direcciones; una que analiza fusiones, otra que estudia las aristas civiles de las conductas y otra encaminada a fincar responsabilidades penales, tiene representación en los Estados a través de los Burós interestatales, tiene una sección encaminada a realizar estudios económicos sobre la influencia de las conductas en el mercado (*economic litigation section*), así como uno encaminado a preparar los elementos para el desarrollo de las políticas de competencia, el cual esta en coordinación constante con el Congreso, y sus dependencias colaboran con otras entidades reguladoras nacionales.

La Comisión de Comercio, fue creada en 1914, se trata de un regulador independiente cuya mira principal es el comercio interestatal de los Estados Unidos de Norte América, este organismo también se encarga de aplicar la legislación de protección al consumidor con independencia de la investigación de las practicas anticompetitivas comprendidas en las secciones 2,3, 5 y 8 de la Ley Clayton y la 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio, ente otras se trata de las cláusulas de exclusividad, discriminación de precios, ventas atadas y participa en el control de las concentraciones, así como de la evaluación de independencia en los mercados a través de la aplicación de directrices que analizan la participación de directivos de empresas que acumulan cargos en empresas competidoras, participación que se encuentra prohibida por la sección 8 de la Ley Clayton.

La Comisión, se integra por cinco comisionados, nombrados también por el Presidente de EUA con aprobación del Senado y con una duración de siete años en funciones, se trata de un órgano de visión bipartita, una de sus divisiones se encarga de las leyes de protección al consumidor y otra de la aplicación de las provisiones antimonopolio

La representación legal de la Comisión, recae sobre un Consejero General, quien actúa a nombre esta frente a los tribunales y participa en la elaboración de sus políticas, la oficina de la competencia, se apoya de estudios económicos para medir el impacto económico,

mediante los estudios que esta realiza en los mercados, la industria y las regulaciones económicas.

La Comisión cuenta con oficinas regionales en los Estados, encargadas de elaborar opiniones e investigaciones sobre la influencia de ciertos programas estatales sobre el mercado y, promueven el conocimiento de las reglas de competencia en el gobernado.

Tiene la facultad de ordenar medidas cautelares y suspensiones de practicas contrarias a las leyes de competencia (*Injunctive reliefs e interim orders*), puede ordenar el cese inmediato de conductas (*cease and desist orders*). Sus decisiones pueden apelarse ante la Corte de Apelaciones Federal de Washington y la SCJ de aquel país.

Las conductas *per se* son perseguidas principalmente por el DOJ debido a la posibilidad de derivar de estos procedimientos responsabilidades penales y juicios de Gran Jurado

En el caso del Canadá, bajo la vigencia de la *Combines investigation Act* había organismos encargados de la investigación de las prácticas monopólicas en aquel país, en 1952 fue creado el puesto de director de investigaciones, el cual se encargaba de aplicar la ley en materia de concentraciones bajo la supervisión y el control de la Comisión de las Prácticas Restrictivas al Comercio. Para 1960, dicho director podía poner a disposición del Departamento de Justicia canadiense los casos en que encontrara indicios de la Comisión de una práctica prohibida por la *Combines Investigation Act*.

Al amparo de la nueva *Competition Act*, nace el Comisionado de la Competencia dentro del Buró de la Competencia, el cual administra la aplicación de dicha Ley junto con las leyes sobre etiquetado y empaquetado de productos de consumo, marcas de metales preciosos y etiquetado de textiles. Este Comisionado, se nombra por el gobernador en Consejo y depende del Ministerio de la Industria, es asistido de siete sub-comisionados encargados de un área específica del buró de la Competencia.

El Buró de la competencia tiene cuatro direcciones operativas y una división especial de prácticas legales;

- La dirección de asuntos civiles que investiga prácticas de dicha naturaleza como la denegación de trato, las ventas atadas , la división de mercados, las ventas de consignación, así como el abuso de posición dominante, prácticas sobre las que se pronuncia el Tribunal de la Competencia;
- La dirección de asuntos penales, investiga las prácticas del título VI de la Ley , conocidas como confabulaciones. Las confabulaciones, contra las que se inicia acción penal son juzgadas por la Corte Superior Federal;
- La dirección de concentraciones, que estudia las fusiones;
- La división de prácticas legales de los negocios, la cual investiga las conductas

relativas a publicidad y otras prácticas que si bien no son *per se* anticompetitivas, pueden impactar el mercado, su función es disminuir la asimetría de la información como factor desestabilizador de los mercados.

- La dirección de conformidad y operaciones de estudios económicos y asuntos internacionales, se ocupa, de asuntos de política de competencia, estudios de impacto económico, *comity*, y la cooperación internacional del Buró.

La oficina del Comisionado, puede iniciar investigaciones de oficio o a petición de parte obteniendo órdenes ya sea de jueces federales o de las Cortes de condado que le permitan llamar a las personas implicadas a comparecer ante un investigador del Buró y exigirles la declaración oral o escrita de la información que poseen. El artículo 15 de la *Competition Act* le faculta para realizar investigaciones y cateos, en todos los lugares que pudieran resguardar documentos probatorios incluso a solicitar la ayuda de la fuerza pública y proteger la confidencialidad de la información recabada.

A través de las *Interim injunction*, se puede solicitar por medio del Procurador General, se prohíba que quienes están sujetos a investigación, adopten cierto tipo de comportamiento, hacer cualquier cosa que pueda constituir una infracción en términos de la ley, cuando existe el riesgo de que el daño a la competencia o hacia algún implicado no pueda repararse si no se asegura el interés en litigio.

La Regla 74, de las Reglas del Tribunal de la Competencia protegen la jurisdicción de este sobre los vicios de forma que pudiera tener la investigación, ya que dispone que un vicio de esta índole o irregularidades de procedimiento no invalida el proceso, las decisiones del *Competition Tribunal* son apelables solamente ante la Corte Federal de Apelación.

En el Canadá la *Competition Act*, faculta tanto al comisionado de la competencia en asuntos civiles como al Procurador General en materia penal, para solicitar órdenes conductuales de los Tribunales así como medidas cautelares, con el fin de preservar la materia de los juicios, a su vez tanto el comisionado como él procurador, pueden negociar acuerdos extrajudiciales para la conclusión de los procedimientos entablados.

## **CAPÍTULO IV RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS PRÁCTICAS EN CONTRA DE LA COMPETENCIA EN AMÉRICA DEL NORTE**

En la creación y aplicación del derecho económico de los tres países inciden distintas aristas. Los tres, se apegan a distintas teorías para calificar tanto la posibilidad de ejercer jurisdicción, como para evaluar qué se considera un agente económico, un agente económico independiente y para, sancionar la responsabilidad corporativa. En esta materia notamos aún una amplia territorialidad, como principio general reina la autodeterminación económica del Estado, como pilar en las decisiones de competencia económica que aún no encuentran un marco regional armónico, no obstante la importancia que tiene el entorno internacional en las inversiones extranjeras y el comportamiento industrial de diversas transnacionales, en distintos países, ha sido imposible adoptar a nivel internacional un marco jurídico que determine el tratamiento de los estados sobre las inversiones extranjeras y el comportamiento empresarial.

La falta de adopción de un marco internacional sobre competencia económica, y la inacción regional en el campo, con nuestros socios comerciales, deriva del hecho de que mientras los países que tienen exceso de producción, buscan colocar dicho exceso en países cuyo marco de competencia se caracterice por la menor interferencia posible de la acción estatal hacia la iniciativa privada, países con disparidades de desarrollo como México o, cuya permanencia como Federación depende del equilibrio regional económico interno como Canadá, no pueden darse el lujo de desreglar totalmente el intercambio comercial y desproveerlo de objetivos más allá del de obtención de la riqueza, ya que la estabilidad en las oportunidades de mercado vigilada por el Estado, ya que este, es un elemento *sine qua non* para su crecimiento. De ahí que también la jurisdicción en la materia, por parte de los tres países tenga un punto de partida diferente.

Estados Unidos como lo mencionamos, suele ejercer jurisdicción extraterritorial no solo sobre las conductas que tienen efecto en su territorio, sin importar si dichas conductas se dieron dentro de su territorio o tuvieron efectos en él, basta con que tengan efecto en algún interés estadounidense. Un agente económico estadounidense, que deja el país o exporta, se lleva con él la protección de su Estado, el cual podrá exigir a otros Estados respondan por las responsabilidades en que han incurrido al dañar un interés norteamericano, siguiendo la teoría de la responsabilidad por actos de Estado que provocan daños a extranjeros, protección que se ejercita a través de mecanismos diplomáticos, este razonamiento ve su máximo pronunciamiento en la idea de que un daño a un interés económico estadounidense, es un daño a los Estados Unidos en sí<sup>1</sup>, fue precisamente utilizando esta misma teoría en sentido contrario como Canadá ha logrado proteger a sus empresas de la acción extraterritorial de los Estados Unidos y librarlas de la exigencia de pago de daños triples bajo el derecho antimonopolio estadounidense.

Esta defensa diplomática de agentes económicos nacionales la utilizó Estados Unidos a principios de los ochentas para presionar a gobiernos de países anfitriones de inversiones

<sup>1</sup> BROWNLIE Ian, Principles of International Law., Washington D.C., Oxford University Press, 2004,( 7ª edición), p.121.



estadounidenses en aras de adoptar cambios legislativos que, propiciaran una menor intervención gubernamental sobre dichas inversiones, logrando así que, en los lugares a donde se enviaban los excedentes de producción estadounidenses, estos enfrentaran poca vigilancia estatal. Este ha sido el estándar mínimo que las economías desarrolladas como la estadounidense han establecido como tratamiento mínimo aceptable a la inversión extranjera, e implica el reblandecimiento del marco jurídico del derecho de la competencia económica.

Muchos países en desarrollo, conscientes de su situación y de la necesidad de regular el mercado buscaron limitar este tratamiento mínimo a garantizar un trato igualitario al de los ciudadanos del país destino de la inversión, expresión pura de esta directriz es la cláusula Calvo, que implica la renuncia a este ejercicio de jurisdicción bajo protección diplomática, asegurando que los capitales extranjeros tengan el mismo tratamiento que los nacionales y que las controversias derivadas de su operación se dirimirán ante las Cortes locales. El alcance de esta cláusula ha sido en el mejor de los casos limitado, ante la instauración de paneles arbitrales, mecanismos especiales y organismos de defensa multinacionales, e internacionales que permiten a un Estado acceder a fueros extranjeros para la resolución de disputas relacionadas a la actuación de capitales de sus nacionales en determinadas jurisdicciones.

Los Estados Unidos, fueron el único país que aplicó y siguió aplicando la protección diplomática extraterritorial sobre sus inversiones desde los 30's hasta nuestros días, cabe mencionar que adoptó esta doctrina cuando se volvió un país de *think big* con excedentes que exportar, por que mientras fue un país receptor de inversión europea, se aferró a lo que entonces eran los principios de la posterior cláusula Calvo. Sin embargo, durante todo este tiempo las naciones latinoamericanas se opusieron reiteradamente a reconocer este ejercicio de jurisdicción extraterritorial<sup>2</sup>. En la década de los 90's se abrió una nueva vía para el ejercicio activo de esta jurisdicción, entre particulares a través del arbitraje privado y entre empresa y Estado receptor de inversión a través de paneles internacionales.

Es evidente que, aún cuando al amparo de la cláusula Calvo las corporaciones que invierten directamente en determinado territorio, tendrán que considerarse como nacionales respecto a dichas inversiones del Estado receptor, a través de los paneles internacionales pueden encontrar foros de discusión sobre aplicabilidad de ciertas costumbres corporativas y principios regentes en sus países de origen. Aún a pesar de dicha cláusula siguen amoldando sus conductas corporativas a regulaciones extranjeras, como el caso de las leyes Sarbanes Oxley o la Hecce Burton, sin importar que a sus contrapartes mexicanas jurídicamente no les sean obligatorias, existe una presión económica para amoldar su comportamiento, haciendo del acatamiento extraterritorial de dichas legislaciones una costumbre corporativa.

En México, con el auge del neopositivismo en los 90's, las inversiones transnacionales tuvieron acceso a un gran poder de mercado que les permitió presionar a los reguladores y lograron la desregulación de varios aspectos de la conducta empresarial, a través de

---

<sup>2</sup> *Idem.*

tratados se les aseguró el acceso a medios alternativos de solución de diferencias que, implicaron la posibilidad de valorar la actuación de capitales privados, por organismos distintos a las Cortes locales, dándole de alguna forma la vuelta a la Cláusula Calvo. Ante la imposibilidad por parte de los países desarrollados, de imponer un trato mínimo generalizado para sus inversiones en el exterior y de dar lugar a la aplicación de su derecho económico de manera extraterritorial, y ante el fracaso para la creación de un marco jurídico internacional general congruente para el tratamiento de las inversiones extranjeras, se acudió a los tratados bilaterales como forma de asegurar dicho trato mínimo a las inversiones de sus nacionales, fue esta la forma en que los Estados desarrollados, impulsaron la realización de inversión extranjera de sus corporaciones en el exterior. El interés de seguir protegiendo estas inversiones aún en el exterior, nace de los beneficios que, su adecuado manejo derivan al Estado de origen de la corporación, la expansión de las corporaciones nacionales, asegura la supervivencia de dichas empresas al tener acceso a recursos naturales más extensos que los nacionales, le reporta captación de recursos obtenidos en otros países a través del consumo de los ciudadanos de otras naciones, respaldando la prosperidad de los ciudadanos del Estado original de la corporación así, mientras siga creciendo la empresa, los empleos en el Estado original con sus variaciones en cuanto a tipo, clase y remuneración se mantienen en niveles aceptables, al menos más aceptables que la pérdida de los mismos por quiebra de una empresa o estancamiento.

De alguna manera, los activos de la corporación representan parte de la riqueza del Estado nacional, así que, es normal que dicho estado siga teniendo intereses en la conducta y el trato dado a dichos activos, aún cuando estos salieron de su jurisdicción territorial en aras de garantizar la obtención de los beneficios derivados de la expansión para el Estado nacional detallados anteriormente y, para asegurar que la conducta realizada por la corporación en el extranjero o en aras de cumplir con la regulación del Estado receptor de la inversión, no se signifique en efectos negativos o diversos de aquellos establecidos por la política económica del Estado nacional.

Desde inicios del siglo pasado, Estados Unidos ha ejercido jurisdicción extraterritorial sobre la actividad económica de sus nacionales o sobre sus intereses, desde regular el intercambio de bienes producidos a partir de tecnología estadounidense a ciertas naciones, hasta el ejercicio de jurisdicción sobre corporaciones que hubiesen realizado acciones anticompetitivas en los mercados internacionales en detrimento de los intereses económicos nacionales, sin importar si la conducta se dio en su territorio o si participan en el mercado geográfico estadounidense, basta con que su conducta traiga aparejado un efecto contrario a los intereses nacionales ya sea presentes en Estados Unidos o en el extranjero. Este ejercicio de jurisdicción no se limita a corporaciones con capital norteamericano, se ha extendido a corporaciones de otros Estados cuya conducta hubiese afectado la competencia con intereses norteamericanos, en cualquier mercado del mundo.

La importancia de la teoría de la protección diplomática extraterritorial de un Estado sobre sus agentes económicos nacionales o sus intereses económicos, toma dimensiones considerables, si consideramos que dicha teoría contempla responsabilidad estatal no solo

por el daño causado al agente económico extranjero por un acto de Estado, sino que, contempla la posibilidad de ejercitar la jurisdicción del Estado protector cuando el Estado receptor de la inversión, actúe con negligencia y no provea protección al agente económico extranjero<sup>3</sup>. Es decir podría llevarse a cabo un ejercicio de jurisdicción sobre estas bases contra un Estado que hubiere dejado de proteger a un agente económico extranjero o un interés económico, de prácticas anticompetitivas o depredatorias.

Por otro lado, el entender como en el caso mexicano la Cláusula Calvo de limitación de jurisdicción en sentido negativo para el Estado, limita la posibilidad de ejercer acción únicamente sobre aquellos agentes económicos presentes, a través de inversiones directas en el mercado mexicano, trayendo como efecto que, el Estado solo ejerza jurisdicción sobre empresas que tengan inversiones en el territorio nacional, visión que falla en proteger a su mercado y sus nacionales de prácticas ilegales concertadas en el extranjero por agentes presentes en otros mercados, pero cuyos efectos se resienten a nivel nacional.

México ejerce y entiende la jurisdicción sobre la conducta corporativa, desde su sentido más limitado, apegado a la teoría objetiva del territorio mediante la cual reconoce competencia para sus leyes únicamente, cuando la conducta de negocios que se lleva a cabo dentro del territorio nacional, considerando a su vez las obligaciones contraídas por el Estado mediante tratados o derecho internacional solamente aplacándolos a la conducta desplegada dentro del territorio. Condicionando innecesariamente la acción de la justicia mexicana al elemento nacionalidad, en relación con el territorio geográfico, esta idea de jurisdicción es de las más primitivas y parte del punto de que la sociedad humana para su desarrollo parte de una base territorial, sin embargo el libre tránsito de capitales y la conducta empresarial ha evolucionado más allá de la base territorial para su despliegue por lo que se requiere ajustar a sus efectos a las teorías de jurisdicción y no sujetarlas al territorio o a la pertenencia del agente económico al mismo, se ha perpetuado esta arista conservadora del ejercicio de jurisdicción únicamente sobre el territorio en aras de abarcar únicamente una vertiente del principio de autodeterminación económica como parte de la soberanía territorial sin ahondar en el punto de que dicha autodeterminación económica y soberanía territorial pueden ser vulneradas por conductas que se llevan a cabo fuera del territorio por corporaciones extranjeras o no participantes con inversión directa en el mercado mexicano.

Esta doctrina mal entendida, provoca que, se restrinja la jurisdicción a un sentido de territorialidad y personalidad mal entendido que deriva en que, los únicos sujetos a la legislación de competencia sean aquellos que poseen inversión directa en el territorio mexicano y se encuentran directamente presentes en el mercado nacional. Así, el daño al mercado y al interés público por efectos de la conducta de entes no presentes en territorio nacional no se investiga ni castiga, dejando sin fuente ni posibilidad de acción o restitución a sus propios ciudadanos y agentes económicos, cuando han sido víctimas de una práctica anticompetitiva realizada por agentes transnacionales que no son inversionistas directos en territorio nacional.

---

<sup>3</sup> Ibidem p.124.

Las autoridades de competencia mexicana innecesariamente limitan su actuación y la aplicación de la ley a personas y propiedades presentes dentro de las fronteras territoriales, y solo ejercen dicha jurisdicción sobre los eventos ocurridos en el territorio nacional y realizados por agentes a los cuales se les ha reconocido personalidad jurídica, bajo las leyes mexicanas. Prueba de esto, es la sentencia recaída al Cartel del ácido cítrico, la lisina y las vitaminas en México, sentencia en la que abundaremos a continuación, sobre este cártel no obstante que daño tres productos relevantes, la Comisión solo investigó su efecto en el caso del ácido cítrico.

Este cártel fue orquestado desde México, en aras de evitar la jurisdicción antimonopolio estadounidense, se gesto a través de la cortina ficticia de las reuniones de una inexistente cámara comercial, cortina que sirvió para ocultar las reuniones y comunicaciones de los cartelistas. No obstante haber sido sancionada la conducta desde 1995 en Estados Unidos, México ejerció jurisdicción hasta 1998, y fue una jurisdicción limitada ya que, solo sancionó la fijación de precios en el mercado del ácido cítrico, consideró que solo podía aplicar jurisdicción en el mercado del producto relevante donde tenían inversiones directas los agentes económicos coordinados, evitando pronunciarse sobre la misma colusión por los mismos agentes económicos en el cártel de las vitaminas y la lisina al considerar, que ni Haarman ni ADM tenían inversión directa en el mercado nacional de vitaminas y lisina y perdiendo de vista que, el aumento del precio internacional de estos bienes también erosionó el mercado nacional y el poder de consumo de los mexicanos, lo cuales vieron elevados los precios de la misma manera en que se elevaron en el mercado internacional no obstante que Haarman y ADM no comercializaran directamente dichos insumos en el país. De hecho sus productos si se importan.

#### **Prácticas monopólicas absolutas en el mercado de la producción comercialización y distribución de ácido cítrico.**<sup>4</sup>

En este caso la Comisión en Pleno, declaró responsable a Archer Daniels Midland Company, Haarman & Reimer Corporation y F. Hoffman- La Roche Limited, por la realización de una práctica monopólica absoluta en el mercado de la producción comercialización distribución y venta de ácido cítrico, la investigación se inició de oficio, después de que, entre 1995 y 1998 diversas empresas se declararon culpables ante el DOJ de Estados Unidos, de concertar una fijación de precios y segmentación de mercado a escala internacional del ácido cítrico, que a su vez evidenció la Comisión de la misma práctica para la fijación de precios en el mercado mundial de vitaminas y lisina. Debido a ello y hasta, noviembre de 1998, la Comisión Federal de Competencia inició acciones, que versaron sobre la comercialización por estas empresas presentes en el mercado mexicano, solamente en el caso del ácido cítrico, la investigación se apoyó en los hallazgos dados a conocer por la investigación en Estados Unidos, estos fueron los ejes del caso en México:

---

<sup>4</sup> Pleno de la Comisión Federal de Competencia económica. Expedientes IO-14-98; RA-66-2001 y RA-68-2001

- El ácido cítrico, es usado como acidulante y conservador de alimentos así como en cosméticos, medicinas, detergentes, productos de limpieza, químicos y textiles.
- El mercado relevante afectado se determinó como la producción, comercialización, distribución y venta de ácido cítrico en territorio nacional, dejando de perseguir la fijación de precios para vitaminas y lisina que acordaron los mismos agentes económicos. Estos productos relevantes no fueron investigados por la Comisión, no obstante el cartel se orquestó desde México, esto debido a que se consideró que, algunos de los agentes económicos participantes en el cartel de vitaminas y lisina no estaban presentes con inversiones directas, en territorio mexicano.
- La fijación de precios se realizó desde julio de 1991 hasta junio de 1995, y tuvo efectos negativos durante dicho periodo en México sin embargo CFCE sancionó solamente a partir de junio de 1993, fecha en que entró en vigor la LFCE a junio de 1995, al estar imposibilitada la Comisión para aplicar la Ley retroactivamente.
- Se basó la investigación en el poder de los cartelistas de imponer precios a los productos finales, sin ahondar en el poder de compra y el porcentaje de participación en la demanda de los insumos necesarios para producir el ácido cítrico de parte de estas corporaciones.
- El fallo se restringió a sancionar la participación de estas empresas en el mercado de producto relevante, en el cual tenían inversión directa dentro de territorio nacional, razón por la cual se dejó de investigar el efecto de la misma coordinación en el mercado del producto relevante, vitaminas y lisina.
- La investigación se inició, bajo los artículos 8 y 9 fracciones I y II del texto anterior de la Ley Federal de Competencia Económica, Archer aceptó su participación y se allanó a las pretensiones de la Comisión mientras Haarman y La Roche no lograron desvirtuar la práctica monopólica.
- La Comisión sancionó a los tres entes por fijación de precios, sin embargo omitió evaluar el poder oligopolio de los mismos el cual evidentemente debió existir en algún grado para darles la facilidad de fijar precios sin que otro ente les hiciera competencia suficiente.
- La Roche y Harmann se inconformaron presentando recurso de reconsideración, al final La Roche no siguió el procedimiento y también se allanó quedando solo los agravios de Harmann.

Los agravios de Harmann, versaron principalmente en intentar extender la base de la inactividad de la Comisión respecto del mercado de producto relevante de vitaminas y lisina, buscando que la Comisión reconociera que Haarman no comercializaba ni participaba directamente en el mercado mexicano, pretendiendo que, la CFCE se declarara sin jurisdicción para perseguir el asunto respecto a Haarman también para el producto ácido cítrico. Sin embargo, y debido a que al menos Haarman tenía distribuidores de ácido cítrico propios en territorio nacional, aunque con personalidad jurídica distinta, se le aplicó la teoría del levantamiento del velo corporativo, no escrita aún hoy en día en nuestra Ley y se le sancionó por su participación en el cartel del mercado del ácido cítrico.

Al final indebidamente, la Comisión redujo la sanción a La Roche sin tener en ese tiempo

facultades para hacerlo, al considerar que aportó elementos para denunciar un cártel que, no solo había sido ya denunciado investigado y sancionado en otras jurisdicciones, la mayor parte de la investigación de fondo había sido ya realizada con recursos y tiempo de otros países. Además redujo la pena sobre un cártel que fue sancionado en México tres años después de la sanción que recibió en los Estados Unidos.

Bajo este ejercicio limitado y sesgado de jurisdicción, se ha omitido sancionar conducta especulativa orquestada desde el extranjero que ha tenido efectos en los precios; como ha sido el acaparamiento de la producción de alimentos básicos como el maíz y la fijación de su precio, tanto de reventa como de adquisición y producción por corporaciones transnacionales como Cargill y Archer Midland, bajo el argumento específico de que no participan directamente en el mercado mexicano, y se ha dejado de considerar que sus decisiones afectan el mercado, en el cual si existe participación, prueba de ello es la *joint venture* constituida en Estados Unidos por Gimsa y Archer, la cual fue creada para realizar la compra de maíz a nivel internacional para ambos *venturers* en las condiciones más favorables para las mismas, acción conjunta que impacta las condiciones en que se compra el maíz mexicano y en las que se ofertan sus productos, condiciones manipuladas artificialmente a través de coordinar el poder de compra de estas sociedades que, cuya conducta queda sin vigilancia.

No sobra señalar que, como es de esperarse no se han realizado investigaciones serias en materia de competencia sobre este *Joint venture* monopsónico, constituido y operado en el extranjero pero que provoca efectos patentes en México.

Esta visión limitada de la Comisión, sobre el ejercicio de jurisdicción únicamente sobre inversiones directas presentes en el territorio nacional, obedece a la teoría del respeto irrestricto a la autodeterminación de los pueblos y al repudio del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial a grado casi irracional de algunos países.

La jurisdicción extraterritorial, aún la universal ha sido especialmente rechazada a nivel internacional cuando se le relaciona con el derecho que rige las inversiones, pero se ha entendido como más aceptable si lo que se busca es fincar responsabilidad sobre delitos de *lesa* humanidad por ejemplo, esto acontece por que a la persecución del delito de *lesa* humanidad se le reconoce una importancia vital para la seguridad y el orden de los Estados en contraste con el derecho de las inversiones el cual se entiende como una rama más bien civil, donde la aplicación extraterritorial implica la extensión del ejercicio de voluntad de un Estado sobre otro Estado soberano. Al delito de *lesa* humanidad se le reconoce la posibilidad de ser perseguido sin importar la jurisdicción, siendo esta una clara expresión de lo que se conoce como jurisdicción universal, esta jurisdicción se permite sobre conductas especialmente graves que amenazan valores supremos y bienes jurídicos tutelados por toda la humanidad en común, independientemente del sistema jurídico, generalmente se permite este ejercicio de jurisdicción universal sobre conductas que recaen en el ámbito del derecho criminal y, aunque no queremos de forma alguna equiparar las practicas anticompetitivas a los delitos de *lesa* humanidad, si debemos recordar que, la rama del derecho de la competencia si bien forma parte del derecho

económico, tiene su génesis en el derecho criminal como forma de tutelar el interés público primordial, un interés público que, se comparte a nivel mundial, el acceso por parte de la sociedad a los medios económicos de desarrollo, así que limitar su ejercicio al apego de teorías de jurisdicción territorial objetivas limitadas, es también indebido.

Si bien el derecho a la competencia y concurrencia a los mercados, no tiene el estatus para ser sujeto de jurisdicción universal, si reviste la suficiente importancia como para que exista la posibilidad por parte de un Estado, de ejercer sanciones sobre agentes económicos no presentes en su territorio por conductas no materializadas dentro de sus fronteras geográficas, pero que tienen inminente efecto en su mercado económico, y en el bienestar social, siendo el mayor grado de expresión de este pensar el buscar sancionar conductas que dañen no solo el mercado nacional, sino los intereses nacionales no importando donde se encuentren, a través del ejercicio de jurisdicción preventiva.

La especulación no tiene nacionalidad, ni el capital, en atención a ello es necesario concientizarse sobre la importancia de perseguir conductas que distorsionan las condiciones de los mercados nacionales, que erosionan el poder de consumo y terminan con la libertad comercial de una sociedad, no importando donde se gesten dichas conductas o si los agentes económicos participan con inversión directa o no en los mercados nacionales dañados. Se debe reconocer el derecho del Estado de sancionar la conducta empresarial sobre la base de que una conducta ilegal tuvo un impacto adverso en su mercado, siempre que se demuestre que dicho efecto adverso es resultado directo y *sine qua non* de la conducta anticompetitiva de determinada empresa. Ejemplos de conductas económicas cuya proliferación causan un daño suficiente como para poder ser perseguidas extraterritorialmente, conductas cercanas aunque no propias del derecho antimonopolio son; el caso del fraude, el lavado de dinero y el antecedente de la jurisdicción universal que solía ejercerse sobre la piratería<sup>5</sup>. Así que, el miedo de las autoridades mexicanas de perseguir conductas que se gestan fuera de nuestras fronteras geográficas o por agentes no presentes en territorio nacional pero que dañan el bienestar social, parece altamente infundado.

Estas conductas son prueba a su vez de la existencia de ciertos comportamientos económicos que desde otras épocas le han sido igualmente ofensivos a la mayor parte de los sistemas político-económicos que conforman a la comunidad internacional, en el caso de la piratería se reconoció que le era tan ofensivo a la comunidad que su totalidad debía tener jurisdicción para perseguirla, aún si la conducta no era perpetrada por sus nacionales o se realizaba fuera de las fronteras geográficas de determinados Estados.

Con la interdependencia global encima, es imposible pensar que se pueden defender los derechos económicos de una nación, sus intereses y su soberanía económica limitándose a perseguir las conductas anticompetitivas que se realizan dentro de su territorio geográfico o por personas actuantes en dicho territorio, resulta necesario reparar en el hecho de que, para proteger el mercado nacional, es necesario estar atento al comportamiento del mercado internacional, para ello no es necesario que se declare jurisdicción universal para

---

<sup>5</sup> *Vid supra* n.356, p.158.

la persecución de conductas anticompetitivas, basta con entender el concepto “mercado nacional o regional” de una manera más amplia y sutil, como un concepto dinámico y variable, de esta comprensión del mercado nacional como un conjunto de elementos que se ve afectado por elementos internos y externos, se puede entender a la jurisdicción territorial como un concepto más amplio que permite perseguir conductas realizadas fuera del territorio por agentes no presentes en él pero que tienen efectos adversos en el mismo y de esos efectos nace el derecho del Estado dañado para sancionar la conducta.

Estas diferencias toman relevancia especial en un contexto globalizado, donde la toma de decisiones de ciertas empresas respecto al mercado de un país permean y afectan la intensidad de la competencia a nivel mundial, es entonces cuando nos preguntamos: ¿Quién puede perseguir la conducta? ¿Bajo el cobijo de que norma jurídica?, ¿de donde nace la facultad de sancionar o no dicha conducta? ¿Qué entiende cada nación por una práctica anticompetitiva y por responsabilidad corporativa? y una en la que, México no ha ahondado; ¿Qué se entiende por agentes económicos independientes o por conducta corporativa independiente?

Tanto Estados Unidos como Canadá convergen en una doble línea de sanción, una sanción corporativa, administrativa o civil para el ente colectivo llamado empresa que realiza una práctica prohibida por la ley, y una sanción individual para los directivos que tomaron las decisiones que guiaron al ente corporativo por caminos contrarios a la legislación. Aquí la teoría de las responsabilidades corporativas no exime a los sujetos de su responsabilidad individual en la toma de decisiones. En México la separación de personalidades a ultranza y la poca persecución de las conductas, parecen hacer de esta teoría de la personalidad jurídica separada, una barreras para castigar el comportamiento poco ético de directivos corporativos, los cuales saben que en el remoto caso de ser sancionada la conducta de su empresa, el castigo caerá sobre la entidad económica que goza de personalidad jurídica separada por ficción y no sobre ellos, limitando los efectos laterales que la sanción pueda tener en la toma de decisiones de la clase empresarial mexicana.

Por otro lado, las leyes económicas mexicanas exigen para sancionar la responsabilidad de un agente de mercado, que esta responsabilidad sea directa, mientras que en Estados Unidos y Canadá dicha responsabilidad bien puede ser indirecta, es decir, consecuencia secundaria de una acción. Nuestros dos socios comerciales primigineos, no consideran como inquebrantable la desincorporación de la responsabilidad empresarial de la esfera jurídica del individuo; el velo corporativo no es razón para que una conducta no se castigue rastreando la toma de decisiones hasta su último origen y no se limita a sancionar los efectos directamente relacionables a la primera conducta de la empresa. Por ello en Estados Unidos, hay posibilidad de reclamar daños en segunda línea y en Canadá hasta en una tercera.

Inclusive Estados Unidos sobre organizaciones empresariales más recientes y cuya existencia implica la pérdida de algún grado de independencia económica, ha ido más allá de hacer a los participantes responsables de las pérdidas y daños económicos resultantes



de la conducta del ente corporativo, de hecho para las *joint ventures*, los *venturers* o participantes, sin importar si contribuyen o no a la formación del capital o se trata de otro tipo de participaciones, tienen responsabilidad solidaria e ilimitada<sup>6</sup>, lo que permite, llevarlos a juicio tanto civil como criminal; tanto a la empresa como a sus directivos derivado de una sola acción y habiendo invertido una sola vez recursos en la investigación, así sucedió con el cártel de las vitaminas, como veremos más adelante.

Joseph A. Schumpeter, ya en 1942, se pronunciaba sobre la variedad de fórmulas institucionales y del binomio de responsabilidad divisible entre directivo y agente, sobre la responsabilidad de los que gestionan independientemente de la forma de estructuración del capital, así planteaba la evaporación de las sustancias materiales de la sociedad, donde la gestión de los medios de producción no esta necesariamente en manos de los dueños del capital que buscan la maximización de su patrimonio e inversión, la gestión de la propiedad privada, puede ser encargada a juntas directivas que responden ante los propietarios del capital, quienes también son responsables de los efectos de su gestión y son entes separados a los dueños del capital, estos gestores responden a los incentivos de un mercado de trabajo, que permite sustituirlos si su desempeño no es el esperado, pero en países donde no se repara en la responsabilidad individual sobre la toma de decisiones sobre la conducta de un agente económico, pueden incubar impunidad entre la clase empresarial. No todos los capitales son manejados por sus diseños, de hecho son los gestores los que muchas veces incurren en prácticas ilegales, comprometiendo no solo el capital de quienes los contrataron sino la libertad y seguridad jurídica de los accionistas de la empresa y de los clientes de la misma. Las formulas institucionales que puede revestir la estructura corporativa representa un abanico demasiado amplio, pasando desde las cooperativas, los *trust*, los *joint ventures*, las sociedades mercantiles tradicionales hasta los *kiretsu* japoneses, quienes responden a instituciones bancarias que supervisan su desempeño. Resulta entonces evidente que, se requiere una doble línea de sanción, hacia la empresa como ente con personalidad jurídica propia y hacia quienes toman las decisiones de su comportamiento quienes pueden diferir de los dueños del capital.

Empecemos por recordar los conceptos, empresa, jurisdicción, nacionalidad y responsabilidad. Para el Doctor Barrera Graf, la empresa es; "la organización de una actividad económica que se dirige a la producción o al intercambio de bienes o servicios para el mercado"<sup>7</sup>. El concepto anterior nos indica lo importante que es la planeación de mercados por parte del Estado, como parte de la política económica para derivar resultados deseables de el, incluyendo la supervivencia de las empresas mismas.

Por Jurisdicción hemos entendido; "la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto"<sup>8</sup>, dicha aplicación dependerá de los objetivos que el Estado persiga al traer a la vida, tanto normas jurídicas abstractas como sustantivas, generalmente esta aplicación debe realizarse por

<sup>6</sup> ADAME Goddard. **El Joint Venture los negocios jurídicos relacionados**, México, Porrúa, 2007, p.42.

<sup>7</sup> *Vid supra*, n.77, p.263.

<sup>8</sup> *Idem* p.339.

jurisconsultos, peritos en la interpretación del orden jurídico, la ejecución del derecho, cuando toma vida en la esfera del individuo se da, a raíz de la necesidad de ejecutar la decisión pronunciada por un juez que ya analizó a detalle todas las aristas de la norma.

Para Ian Brownlie, doctrinario versado en los principios de common law, jurisdicción implica:

“ El ejercicio de poder por un estado sobre las personas propiedades y eventos que afectan la paz del Estado, su orden o buen gobierno”<sup>9</sup>.

Existen tres principios básicos sobre los cuales, se han construido las diversas teorías de la jurisdicción, estos son<sup>10</sup>:

I. El principio de territorialidad, el cual implica dentro del mismo las siguientes variantes:

a) El principio de territorialidad objetiva.- El cual permite el ejercicio de jurisdicción cuando: “cualquier elemento esencial constitutivo de la conducta ilegal es cometido en el territorio del Estado”.

El caso mexicano se apega a este principio, sin embargo la óptica de la Comisión limita innecesariamente su actuar, no solo a que un elemento constitutivo de la conducta se realice en el territorio, sino que dicho elemento se realice por un agente presente de manera directa, en dicho territorio

b) Principio de jurisdicción territorial por los efectos.- El cual busca ejercer jurisdicción en un Estado sobre actos cometidos en el extranjero, pero que tienen efectos dentro de su jurisdicción. Se trata de una extensión del principio de territorialidad, mediante la cual, al principio se pretendía sancionar conductas que se gestaban y planeaban fuera de la jurisdicción de un Estado pero sus efectos se dirigían entera o sustancialmente a dicho Estado; ahora en una interpretación extensiva de dicha conducta no es necesario probar que se tenía la intencionalidad de dirigir el efecto de la práctica anticompetitiva a un Estado, basta con que la conducta calificada de ilegal tenga efectos anticompetitivos en el mercado de dicho Estado.

La oposición de algunos países a este tipo de jurisdicción, nace del miedo de que Estados más desarrollados utilicen estos principios jurisdiccionales para asegurar condiciones económicas y criterios favorables a sus agentes económicos cuando buscan mercados en el exterior.

c) El principio de jurisdicción preventiva el cual busca ejercer jurisdicción sobre actos que trastornan o pudieran trastornar los intereses de cualquier tipo, del Estado desde el exterior.

<sup>9</sup> *Vid supra* n.356, p. 151.

<sup>10</sup> *Idem.*

La jurisdicción ejercida por los Estados Unidos fluctúa en el límite entre la jurisdicción por los efectos y el ejercicio preventivo de jurisdicción, esta faceta se ha acentuado en los últimos años y se ve reflejada en el hecho de que este país se arroga la facultad de ejercer jurisdicción, sobre cualquier acto que tenga efectos en el mercado americano (jurisdicción por los efectos) o; dañe intereses económicos norteamericanos (ejercicio preventivo).

El ejercicio de jurisdicción del derecho económico norteamericano por los efectos, se dio desde principios del siglo pasado. El caso Wickard vs. Filburn de 1942, mencionado en capítulos anteriores, ya se pronunciaba sobre el ejercicio de leyes de competencia económica a conductas solamente por los efectos de las mismas, de ahí fue evolucionando hacia el ejercicio de una jurisdicción más preventiva conforme la economía estadounidense se fue industrializando y expandiendo, hasta propiciar la corriente de pensamiento *think big* y, la colocación de excedentes en el extranjero convirtiéndose en un eje de la política y el derecho económico estadounidenses.

II. Jurisdicción ejercida sobre el principio de nacionalidad.- La cuál incluye una extensión relacionada con el principio de nacionalidad objetiva

III Jurisdicción universal. Anteriormente comentada para el caso de delitos de *lesa humanidad* y piratería.

La nacionalidad, es en algunas ocasiones un punto que permite ejercitar jurisdicción sobre un ente, se trata del vínculo jurídico que liga a una persona con determinado territorio, que marca su pertenencia a un determinado conjunto de personas que tienen en común origen, creencias, identidad o circunstancias, este vínculo que, primigineamente era tan sencillo hoy se ha vuelto uno de los conceptos jurídicos más complicados sobre todo en lo que hace a la nacionalidad de agentes económicos, bien se dice que el capital no tiene nacionalidad, sin embargo, resulta necesario ligar estas ficciones jurídicas con el derecho de alguna nación o entenderlas como nacidas al amparo del derecho de un ente soberano que les reconoce existencia y personalidad. Así, la nacionalidad de una empresa se vuelve complicada de determinar ya que existen diversas teorías sobre dicha nacionalidad atendiendo a dichos factores como; lugar de constitución, origen del capital aportado, lugar de actuación, lugar de asiento de sus oficinas centrales, figuras de renuncia a nacionalidad.

Las teorías sobre responsabilidad corporativa, ejercicio de jurisdicción, nacionalidad de las empresas e independencia económica, deben adoptarse de conformidad con los objetivos de política económica que, se establezcan para cada nación, así un país regionalizado como Canadá se preocupa por desarrollar teorías avanzadas de independencia corporativa y responsabilidad. Países cuya economía nacional es más homogénea y se encuentra sustentada por grandes corporaciones que buscan mercados hacia donde canalizar los excedentes y donde colocar esa unidad extra de producción, buscaran teorías de aplicación de jurisdicción territorial más amplia con el afán de seguir a sus empresas y protegerlas en el extranjero.

Otro punto coyuntural lo constituye el determinar que se entiende por un agente económico independiente y por un agente económico competidor potencial y viable. La legislación mexicana es alarmantemente omisa al respecto, las Cortes Federales Estadounidenses dentro del mandato amplio que como mencionamos les concede la *Sherman Act* para acotar el derecho antimonopolio, han considerado como entrantes potenciales solo a aquellos que pudieran concurrir al mercado relevante determinado dentro de un año, sin incurrir en costos de entrada, significativos y, para ello deberán estar entrando en un mercado donde haya todavía posibilidades de concurrencia, con facilidades de salida para que la entrada no implique una inversión descomunal, ni la permanencia de una acción ruinosa, estos entrantes potenciales, con capacidad de respuesta dentro de un año en mercados donde el *hit and run* es posible, son los únicos que las autoridades norteamericanas consideran para incluir dentro de la definición de mercado o producto relevante.

A su vez Canadá y Estados Unidos de manera cada vez más constante empiezan a definir los mercados relevantes, no solo desde la perspectiva de los agentes económicos independientes participantes en ellos, sino desde la perspectiva de los consumidores y suministradores que podrían verse adversamente afectados por una conducta anticompetitiva, sin embargo esta tendencia aún es naciente ante la crisis económica de consumo y poder adquisitivo que inicia en nuestro hemisferio.

De lo anterior, se explica que tanto, Canadá como Estados Unidos a nivel de política de competencia han instruido a sus Cortes y agencias ejecutivas para realizar un acercamiento cauteloso firme y profundo a la hora de evaluar eficiencias a las conductas anticompetitivas relativas, acercamiento que, en el caso mexicano es incipiente, dudoso, arbitrario y complaciente con los grandes capitales. La Ley mexicana, por mucho tiempo ha parecido preocuparse únicamente por efectos inmediatos, absolutos, horizontales, unilaterales, estudiados únicamente desde la perspectiva de la oferta y, definitivos, descuidando la faceta preventiva, permitiendo que, muchos ahorros que alegan varios entes económicos y se quedan únicamente en su arcas se conviertan en conductas que facilitan colusiones, concentran mercados y establecen condiciones de oferta o distorsionan la demanda. Al final se traducen en medios para reforzar la dominancia en lugar de generar algún tipo de competencia sustancial que derive resultados deseables para la nación.

Estas teorías y conceptos, dan marco a la interpretación judicial de los ordenamientos jurídico económicos, la preeminencia en la aplicación de las sentencias judiciales, las directrices para la priorización de la investigación de ciertos comportamientos en la materia, el peso específico que tanto los entes encargados de la investigación como las Cortes dan a ciertas eficiencias, la posibilidad de terminar la investigación con ciertos acuerdos extrajudiciales, la concesión de inmunidades y el reconocimiento de ciertas excepciones a la aplicación del derecho antimonopolio son resultado del cambio en la letra y aplicación de las normas, guiado por el diseño de mercado que un Estado realiza encaminado a conseguir de la actividad económica determinados resultados. Diseño que,

se contiene en lo que se llama "política de competencia económica, entonces nos encontramos de manera lateral con una coyuntura que revisan dos ramas del derecho económico, la acción del Estado en el otorgamiento de subsidios a determinados productores, lo cual distorsiona el precio al que venden productos de exportación, distorsiona las condiciones de oferta y producción de los bienes y servicios, depreda industrias nacionales concentrando ciertas actividades en las manos de algunos entes transnacionales que manejan los patrones de demanda local de manera especulativa y, desreglada, sabiendo que, se enfrentarán en el peor de los casos a una sanción para la empresa y no para los individuos encargados de la toma de decisiones, estos subsidios, apoyos e incentivos distorsionan de manera artificial los patrones de oferta y demanda, provocando desigualdad en las dotaciones iniciales de mercado.

Es por eso que, numerosos instrumentos de política comercial internacional y de fomento al comercio exterior, otorgados de manera discrecional, se convierten en medidas que impactan el derecho antimonopolio, esta interferencia no se restringe al comercio exterior se da también cuando hay cambios u afectaciones en los regímenes de propiedad, propiedad intelectual, patentes, marcas y derechos de autor, exenciones fiscales, regulaciones fitosanitarias, techos en la inversión extranjera, normas de seguridad, regulación o desregulación de las nuevas formas de organización empresarial, etc. Las cuales distorsionan también estas dotaciones iniciales o las condiciones de entrada al mercado convirtiéndose en barreras técnicas. Hoy en día, aunque el carácter del derecho antimonopolio y la construcción de las políticas de competencia se realizan de manera preventiva, para evitar que, determinados agentes económicos alcancen dominancia empleando medidas que anulen la competencia y las opciones en el mercado, este resultado puede conseguirse como lo mencionamos, a través de conductas indirectas, que no necesariamente encajan en la letra de lo que se conoce tradicionalmente como una práctica anticompetitiva. A través de variaciones o utilizando presión económica y política para legitimar una actuación que a la larga dañará mercados.

La CFCE se limita a la aplicación de la Ley, bajo la arista de la jurisdicción territorial subjetiva, basándose en la presencia del agente económico en el territorio o mercado mexicano, no suele aplicar la jurisdicción por los efectos.

A su vez, en el derecho de las tres naciones en estudio encontramos tanto excepciones como defensas contra la aplicación de la legislación de competencia diferenciando las defensas como aquellos argumentos de fondo que mitigan o aminoran la ilegalidad del acto, aunque implican la necesidad de un pronunciamiento de fondo que analice la juridicidad y efectos de la conducta en contra posición a sus atenuantes, en esta caso las defensas que generalmente se formulan como eficiencias y entendiendo las excepciones como las cuestiones que un demandado opone para evitar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, como la prohibición que se tiene de aplicar una Ley a la situación concreta ya que queda por mandato expreso fuera de su ámbito de aplicación y por tanto no ha lugar a pronunciamiento alguno sobre la juridicidad de las conductas, su materialización ni mucho menos sus efectos.

En aras de aportar claridad en este punto nos permitimos citar las disertaciones al respecto del Profesor Ovalle Favela, el cual nos indica que por excepción se entiende:

"con la expresión excepción se designa con un sentido abstracto, el poder que tiene el demandado para oponer frente a la pretensión del actor cuestiones que o bien impidan un pronunciamiento de fondo sobre dicha pretensión, o que, en caso de que se llegue a tal pronunciamiento produzcan la absolución del demandado"<sup>11</sup>

Por otra parte, el Profesor Ovalle retomando el pensamiento de Devis Echandia establece que:

"La defensa en sentido estricto, existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido o por el actor o los hechos en que este se apoya o su exigibilidad o eficacia en el proceso"<sup>12</sup>

Las defensas, al menos en el derecho mexicano se entienden como las circunstancias a favor del demandado que obran *ipso iure*, es decir que pueden ser tomadas en cuenta para el pronunciamiento de fondo del Juez en orden de excluir la condena de la conducta, mientras que la excepción destruye la acción ejercitada contra el demandado.

### **1.1 Aplicación de las leyes de competencia canadienses, la naturaleza de sus sanciones aplicables y principios desarrollados.**

La aplicación del derecho de competencia canadiense, se ve ampliamente influenciada por el regionalismo imperante en aquel país y esta supeditada como lo determina la *Competition Act*, a los objetivos socialmente deseables programados como derivables de su aplicación.

El Canadá se concibe a si mismo, como una economía mediana con disparidades regionales que es necesario atender, con necesidades de diversificación en determinadas provincias y con retos importantes para cuya consecución decidió utilizar como una herramienta entre varias posibles la libre competencia.

En el Canadá la equidad regional, ha sido reconocida como un objetivo primordial y explícito de la política de competencia, así la libertad corporativa será restringida cuando esta se signifique en una amenaza para la consecución de dicha equidad y a través de dicha equidad se reconoce la importancia de derivar eficiencias distributivas de la interacción comercial a nivel tanto nacional como regional<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> OVALLE Favela José. Derecho Procesal Civil, México, Oxford University Press, 2005, 7 edición p. 104.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> DÁVALOS, Elisa. *Vid supra*, n.141, p. 120.

Así los montos de las sanciones administrativas impuestas por la violación de la *Competition Act*, al igual que lo recaudado por impuestos se integran al sistema de transferencias provinciales del gobierno federal a través del método de pagos de nivelación, el cual busca inyectar mayores recursos a las provincias con las economías menos diversificadas con fines redistributivos ya que el bien final que persigue la transferencia de estos recursos es la aproximación de los ingresos personales percibidos por las mismas o similares actividades en diferentes provincias, reduciendo las discontinuidades de desarrollo provincial, ya que por sí mismos y dejándolos solo al libre mercado los ingresos por la actividad económica no tienden a converger o fluir entre las provincias canadienses. Como lo mencionamos en apartados anteriores mientras más exporta una provincia en el Canadá, menos de los ingresos recibidos por la colocación de bienes o servicios en el exterior derivan en ingresos a otras provincias de la Federación, prefiere comprar en el extranjero, así que, sin intervención estatal las provincias altamente exportadoras que no suelen acudir al mercado interprovincial no aportarían recursos para disminuir las mencionadas discontinuidades de las provincias con actividad económica menos dinámica, menos diversificada o menos atractiva para la exportación, como en el caso del Canadá Oriental o de las provincias pesqueras, a la larga estas disparidades se convertirían en factores importantes de fragmentación del Federalismo.

La transferencia de recursos y el enfocar la herramienta competencia a objetivos ulteriores como la disminución de las discontinuidades interprovinciales, busca evitar que, la ganancia de unas provincias en eficiencia productiva y asignativa se de a costa de la pérdida de eficiencia distributiva y desgaste de otras, especialmente de aquellas cuya riqueza principal son los recursos naturales. A su vez, busca evitar conflictos entre provincias que redunden en denegaciones de trato entre provincias que, por ejemplo, son ricas en energéticos y las que, tienen una economía diversificada pero que dependen de dichos energéticos para echar a andar sus industrias productoras de bienes principales, y que el régimen jurídico canadiense permite a estas provincias ser dueñas de sus recursos naturales y no reconoce como titular de los mismos directamente a la Federación.

Como resultado de definir objetivos ulteriores para el intercambio económico dado en condiciones de competencia el Tribunal de la Competencia canadiense, valora intrínsecamente que, las eficiencias que, para una conducta aduce un agente económico, ayuden a lograr esta disminución de discontinuidades, generen avances para ciertas provincias o cuando menos no contravengan ni dañen sus objetivos trascendentales. Es decir, si una conducta por ejemplo reporta grandes eficiencias para una provincia de economía fuerte y centralizada con los mayores ingresos dentro de la Federación como Ontario, pero tiene como efecto lateral acrecentar significativamente la brecha de desarrollo e ingreso entre los habitantes de Ontario y Saskatchewan, dicha eficiencia no será defensa suficiente para precluir la ilegalidad de los efectos de la conducta.

Es por esta misma razón que, el Canadá cuenta con un sistema descentralizado y desintegrado de persecución de las conductas, como veremos en el presente capítulo.

Al ser una Federación más preocupada por el tamaño y las diferencias en sus economías provinciales, con un intercambio segmentado, reconociéndose como productor de bienes semiterminados con necesidades específicas que utiliza la libre competencia como herramienta y no como fin en si misma, además de ser un país con un sistema de derecho dual, tanto canónico romano como con aplicaciones del *Common Law*, presenta aristas importantes; diferencias de conceptos encaminadas a aplicarse en concordancia con los objetivos ulteriores de su derecho de la competencia, uso de parámetros distintos a los imperantes en otras Federaciones como México y Estados Unidos y representa una mirada interesante a la manera en que un país ha logrado una interacción de mercado eficiente, atendiendo a las necesidades regionales que a largo plazo han traído cierto equilibrio a las condiciones político económicas nacionales.

Muchas de las soluciones económicas implementadas en el derecho canadiense podrían ser de interés para países que muestran discontinuidades económicas regionales importantes como México, y que, no han sabido conciliar ni ponderar las eficiencias productivas contra las distributivas. Un nuevo enfoque de este tipo en nuestro país puede ayudarnos a evitar diferencias entre los servicios y oportunidades de desarrollo económico e ingreso a mercados, en provincias mexicanas que concentran el ingreso como Guadalajara, Monterrey y Distrito Federal, y provincias que captan poca inversión y tienen servicios de menor calidad.

### **2.1 Aplicación de los principios de la regla de la razón, de *minimis* y mejor información disponible**

En el Canadá la regla de la razón es aplicable únicamente para las conductas no derivadas de la conspiración y que, por ende no implican el ejercicio de una acción penal, en específico no puede aplicarse la regla de la razón al estudio de conductas como:

- Mantenimiento de precios mínimos de reventa y conductas encaminadas a dicha manutención de precios de reventa como denegación de trato, discriminaciones y boicots que tengan por objeto fijar el precio de reventa y reducir la independencia de los distribuidores finales.
- Conspiraciones para fijar precios.
- Conspiraciones cuyo único fin sea disminuir la competencia.
- Asignación de clientes.
- Asignación de mercados.
- Establecimiento de cuotas entre competidores que afecten la oferta de bienes y servicios.
- Coordinación de ofertas en licitaciones. Siempre que, las concertantes de la oferta no hubieren anunciado a la autoridad licitadora que presentarían una oferta conjunta y coordinada.

Estas conductas, se han considerado del tipo "*hard core*", del tipo de aquellas que no derivan resultados socialmente deseables y por tanto, castigables *per se* sin necesidad de un mayor análisis que valore eficiencia alguna como defensa.



Las conductas perseguibles por vía civil, o mejor entendido las no consideradas *hard core*, son analizables al amparo de la regla de la razón, sin embargo aquí, la evaluación de las eficiencias como lo mencionamos anteriormente se sopesara con su viabilidad y con los ahorros a nivel social y no solamente a nivel producción que de ellas deriven. Debe existir una eficiencia social por encima o directamente relacionada y derivable en un tiempo determinado de la eficiencia productiva aducida, no es suficiente alegar eficiencias de producción recortes de costo marginal, etcétera, que redunden en ganancias que no permearán a los demás factores del mercado independientemente del agente económico productor o proveedor del servicio. Se considera que, si la conducta únicamente representa un cambio en la situación del agente económico productor que implica la transferencia de bienestar económico de los consumidores al productor entonces, se esta permitiendo una distribución indeseable de los recursos y se esta avalando una conducta equiparable al fraude y, perpetrada contra el bien social <sup>14</sup>

En el caso canadiense, el primer elemento, al que hubo de aplicar la regla de la razón fue para determinar si una conducta restringía la competencia de manera “innecesaria” en algún sector. El interpretar qué se consideraba una restricción innecesaria, fue el primer parámetro que dio lugar al análisis de las conductas, sopesando sus efectos anticompetitivos con sus posibles eficiencias, como mencionamos en un principio, probar esté elemento de necesidad junto con el acuerdo de voluntades hizo inaplicable la *Combines Investigation Act*, por ello para la creación de la *Competition Act* se determinó innecesaria la prueba del elemento acuerdo y del elemento restricción, más allá de lo necesario para conductas evidentemente dañinas, absorbiendo el margen de error que ello implicaría el cual tendría consecuencias mucho menos onerosas que, la inversión de tiempo para analizar eficacias insignificantes, ante la pérdida de certidumbre jurídica y este negativo sería mucho menos grave que el permitir que algunas de estas prácticas quedaran impunes, reforzando la regla de la certidumbre absoluta a través de el reconocimiento de las medidas *hard core* y de un tratamiento *per se* para ellas.

Para el resto de las conductas se permite el estudio de sus resultados pro competitivos, al amparo de esta regla, las conductas civiles revisables ante el Tribunal de la Competencia podrán acreditar un estándar de racionalidad económica, congruente con eficiencias o resultados socialmente deseables derivables al mercado, para así precluir la ilegalidad presupuesta en la conducta.

Cabe mencionar que, el Tribunal esta perfectamente consciente de que, el análisis a la luz de la regla de la razón de las conductas resulta altamente empírico por ello limita la aceptabilidad de las eficiencias aludidas a que sean viables y realizables en el mercado en

---

<sup>14</sup> OCDE. **Canada Interim Report on Competition Law and institutions 2005-2006.** [En línea], actualización 2004, Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 2004, [citado 09-09-2008], Estudios por país, Formato PDF.

Disponible en:

<http://www.oecd.org/dataoecd/51/17/34425393.pdf>

un plazo no mayor a dos años y, en general dentro del primer año de realización de la conducta. Evidentemente la carga de la prueba de las eficiencias alegadas, una vez acreditada la existencia de la conducta y la probabilidad de causar daño, es de quien aduce en su favor dichas eficiencias, a su vez cabe mencionar que, el enfoque pro bienestar social y equilibrante de la legislación canadiense evita que la misma se enfrasque como en el caso mexicano y estadounidense en calificar y determinar quien cumplió o no con la carga de la prueba y proceda decididamente a balancear tanto los posibles resultados anticompetitivos de la conducta y el *dead weight loss* o pérdida de bienestar social visto en general, y más allá de parámetros numéricos, en contraste con las ganancias en eficiencia, estas si cuantificables y materializables aducidas por los perpetradores de la conducta o proponentes de la concentración.

La regla de la razón de la conducta, requiere a aquel que la invoca para defender una conducta de negocios probar los siguientes extremos:

- Que la conducta derivará eficiencias en el mediano plazo de máximo 2 años, eficiencias deseables para la sociedad.
- Que el objetivo principal de la conducta no es una simple restricción al comercio o la eliminación de la competencia.
- Que se buscaron medios distintos menos restrictivos, o que no existen formas alternativas para derivar las mismas eficiencias.
- Que la restricción del comercio que acarrea la conducta es necesaria para la consecución de eficiencias deseables socialmente
- Que la pérdida de competencia o de bienestar social a corto plazo, es decir, la pérdida de opciones en el mercado es significativamente menor a la ganancia en eficiencia social general que generará la operación.
- Que la conducta desplegada por el ente económico, bajo investigación se trata de una conducta racionalmente esperable, natural y normal ante el entorno industrial del momento en que se analiza el comportamiento.

Otra característica del análisis de competencia económica canadiense en relación con las conductas civiles es que, para medir el *dead weight loss* considera directamente el impacto de la conducta sobre la estructura del mercado canadiense, específicamente sobre la intensidad de competencia presente en el mercado al evaluar si, la conducta permitirá competir con mayor intensidad y significarse con mayor peso en las decisiones de mercado a una micro mediana o pequeña empresa local o si por el contrario, puede crear un precedente, una barrera o una simple fama, que desincentive la entrada al mercado o la competencia intensiva y completa en el mismo, en este mismo orden de ideas dentro de la regla de la razón canadiense se considera el impacto de las conductas en los mercados de factores y en el consumidor, no olvidemos que, el Tribunal tiene también facultades para proteger al consumidor proferidas por la misma legislación, así que, de los análisis al amparo de la regla de la razón realizados por las tres jurisdicciones en estudio podría considerarse que el canadiense es el que tiene un alcance más general, real y extendido. A su vez, recordemos que, este tribunal se permite evaluar el daño al mercado hasta en una tercera línea, es decir hasta por vía indirecta, abarcando de una manera más exhaustiva

hasta los primeros efectos indirectos de la conducta.

Por lo que hace al uso del concepto de mejor información disponible, en el derecho canadiense, si bien, no se estipula textualmente que, el Tribunal podrá sentenciar con base a la mejor información de la que disponga y en base a información proporcionada por terceros, esta instancia cuenta con importantes herramientas para allegarse de medios de convicción que le permitan dilucidar la verdad histórica del caso, así mismo cuando una investigación se considera de relevancia, generalmente se publica en los periódicos de los lugares donde la práctica pudo haber tenido efectos, así los particulares informados pueden aportar evidencia relevante al caso.

Si bien los programas de inmunidad promueven el flujo de información hacia las investigaciones, también los acuerdos de cooperación judicial con otros países facilitan la obtención de evidencia, al igual que Estados Unidos, las Cortes canadienses pueden ordenar el descubrimiento de evidencia, secuestro de archivos y otras diligencias necesarias para allegarse de pruebas y no existe limitación alguna para utilizar pruebas aportadas por terceros no parte.

En cuanto al elemento *de minimis* Canadá, al igual que México y Estados Unidos, tienen un índice mínimo a partir del cual una alza sostenida de precios empieza a ser preocupante, dicho índice empieza a partir de 1 5% sostenido, sin embargo Canadá considera que se puede concentrar la competencia en elementos distintos al precio, y que se puede perseguir una conducta de agentes económicos que no representen el citado 35% de poder sustancial de mercado, ya que como mencionamos anteriormente para Canadá el poder sustancial no se basa en el porcentaje de participación de mercado de una empresa, sino en su capacidad para distorsionar las condiciones de oferta y manipular la demanda.

## **2.2 Tratamiento de las eficiencias en el antimonopolio canadiense**

Como mencionamos en el apartado anterior, las eficiencias aducidas a una conducta bajo investigación o cuestionamiento en el Canadá serán sopesadas con su efecto en los objetivos ulteriores de la actividad económica, objetivos tales como la reducción de las discontinuidades y descentralización de la producción de las provincias canadienses, o la reducción de la disparidad de ingreso entre habitantes de una y otra provincia.

A su vez, esta forma de ver la conducta de manera integral y desde la perspectiva del efecto de la misma en la provincia menos desarrollada busca nivelar las condiciones nacionales, el mismo sistema de pagos de nivelación permite apoyos a la micro pequeña y mediana industria, objetivo reconocido por la *Competition Act* textualmente, y permite que las multas impuestas a las grandes corporaciones por violaciones a la legislación federal de competencia sean distribuidas a las provincias con mayores discontinuidades de desarrollo, busca garantizar no solo la nivelación de ingresos y la inyección de los mismos para resarcir los daños al mercado, sino dotar a dichas provincias con ingresos suficientes para adquirir u ofrecer servicios públicos de la misma calidad a sus habitantes, evitando que, los canadienses residentes de las provincias más desarrolladas tengan servicios de

primera calidad a costa del bienestar de los canadienses de menores ingresos o presentes en las economías regionales menos diversificadas. Como vemos en Canadá la eficiencia distributiva es un parámetro, no solo de evaluación de conductas en el derecho de la competencia, sino un parámetro de conducción de la política nacional ya que, una inadecuada distribución de oportunidades entre las provincias significa una amenaza importante al federalismo canadiense.

Así, las provincias que se encuentran por debajo del ingreso impositivo promedio reciben cada año pagos de nivelación hasta empatar al menos dicho promedio, se tiene una conciencia de que la equidad es un bastión del federalismo.

El tratamiento de eficiencias se traduce en su uso como defensas y se contiene en los Lineamientos canadienses, nacen de la sección 96 de la *Competition Act*: Este ordenamiento legal, prevé en su apartado (1), que no se considerará una eficiencia como defensa:

**“Si dichas eficiencias derivan únicamente efectos redistributivos en su naturaleza”.**

Por meros efectos redistributivos, entiende el simple traspaso de un grado de bienestar del consumidor al productor, o de sus rivales al mismo. Esta perspectiva reafirma la visión del derecho canadiense de que, un peso de ganancia del productor no pesa lo mismo que un peso de pérdida del consumidor, de sus competidores o de pérdida para el erario.

Los Lineamientos canadienses determinan que, si las eficiencias pueden alcanzarse por vías menos restrictivas el Buró examinará la práctica industrial y la considerara negativa, la *Competition Act* faculta al Buró para considerar si las eficiencias podrían resultar en aumento de exportaciones o sustitución de importaciones, lo cual es una forma de usar la legislación de competencia como medida proteccionista, objetivo contrario a los compromisos internacionales del Canadá suscritos bajo el GATT.

Por otra parte, los Lineamientos canadienses suelen distinguir entre eficiencias productivas y eficiencias dinámicas, considerando que, las eficiencias de producción pueden ser cuantificables, medidas objetivamente, estudiadas y apoyadas por ingenierías, contabilidad u otras herramientas.

La inclusión de la consideración de la teoría de la eficiencia dinámica que es parecida a la eficiencia asignativa en oportunidades, marca un parte aguas en el hemisferio al buscar desprenderse de la corriente americana que busca hacer de la eficiencia paretiana, el eje principal y único de la teoría económica que evalúa a la eficiencia como un concepto estático.

La teoría de la eficiencia dinámica parte de examinar la manera en que se asignan los recursos y el acceso a dichos recursos en una economía, a diferencia de la eficiencia

paretiana, esta teoría parte del conflicto distributivo que a la larga erosiona la libertad económica de los individuos que se vieron afectados por la falta de eficiencia distributiva, eficiencia que es retenida y coordinada por ciertos grupos con mayor acceso a la información, sobre la que se sustentan las promesas de ganancias y que tienen los elementos para evaluar la inminencia de las pérdidas provocadas por las fallas de mercado y, por lo tanto actuar coordinadamente en consecuencia. Esta teoría toma como punto relevante en contraposición de los chicanitas la variable poder de consumo y establece que:

“El mercado puede funcionar como un mecanismo de discriminación de acceso a recursos que opera basado en las diferencias de poder de compra de los individuos; mecanismo que no obstante sus fallas sigue siendo indispensable para una valoración correcta de las alternativas de inversión y consumo”<sup>15</sup>

Esta teoría, al referirse a los resultados sociales de la acción desregulada de mercado establece que, mientras menos reglas de operación tengan los agentes económicos en un mercado, mayor será la pérdida de libertad positiva de los individuos con menor acceso a fuentes de riqueza y menor poder de consumo, erosionando a largo plazo las libertades compartidas en sociedad., esto en contraposición a la teoría de las voluntades individuales basadas en la soberanía del consumidor enarboladas por neoliberales clásicos retomando el pensamiento de Von Mises.

Esta teoría comienza a cuestionar la eficiencia paretiana recordando que, desde su creación ha sido imposible determinar qué se considera una economía eficiente para quien y en atención con que fines. La teoría de la eficiencia dinámica establece que no es suficiente identificar en que punto se produce la mayor riqueza, se requiere identificar el grado de acceso a dicha riqueza, como se distribuye y como impacta el poder de consumo para ver si la eficiencia en la generación de dicha riqueza esta produciendo resultados socialmente deseables. Así como los efectos de la producción masiva de riqueza en la micro economía.

En el ámbito de la eficiencia dinámica, el mercado negro es producto de las fallas asignativas del mercado que dependen del eje, sobre el cual se ha diseñado la política de competencia.

La falla asignativa se da cuando, no se ha cuidado el poder de consumo y el acceso a la riqueza y se materializa tanto en sociedades de corte socialista, por la mala asignación de recursos por parte del Estado, como en el capitalismo por las fallas de mercado no atendidas y aceptadas como costos inevitables al amparo de la teoría de la destrucción

<sup>15</sup> HUERTA DE Soto Jesús. La teoría de la Eficiencia dinámica., [en línea], La Rioja, universidad de La Rioja, 2004, [citado 20-09-2008], Revista europea de economía política (Num.1), Formato pdf.

Disponibile en Internet:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1292130ISSN.1697-6797>

creativa al privilegiar la asignación para aquel que este dispuesto a pagar más por una unidad extra del bien, sin atender al poder adquisitivo que tiene una sociedad o a la permeabilidad de la riqueza en una nación así como a sus discontinuidades de desarrollo.

En una economía de constante intercambio con disparidades en el poder de consumo y acceso a la riqueza, es imposible alcanzar el óptimo paretiano ya que, supondría que todos valoramos los mismos bienes de la misma manera, razón por la cual no existiría el intercambio, al ser todo lo existente igualmente importante e indispensable. Por ejemplo, el valor de la mayoría de los medios de producción más durables tiene poca conexión con los costos en los que se ha incurrido para su producción, estableciéndose su valor en razón con los retornos que de ellos se espera., el valor del bien se establece a través de jugar con las oportunidades para su consumo y no en relación al costo que tiene producir cada unidad extra.

Canadá a través de esta teoría, reconoce algo fundamental que en México no se ha analizado debidamente, al no establecerse como eje la mejora de una situación actual sin dañar la situación de otro como en el óptimo paretiano se reconoce que, al empresario no le interesa el precio actual, sino el precio futuro, invierte y crea el escenario para el precio futuro consciente de que se encuentra en una economía no estática, busca asegurarse el rédito futuro y no el mantener una situación actual, cuando mantiene una situación estática es solamente para asegurar un dividendo seguro en el futuro, el precio de hoy no existe por que no es algo estático ni invariable. Así reserva, administra asigna y manipula los recursos , insumos y condiciones para lograr una expectativa futura, Canadá percibe al precio como el conjunto de condiciones de la oferta que representan la oportunidad de consumo.

Que tan perfecta es la determinación de condiciones de oferta futura, depende de la información disponible en un mercado para realizar estimaciones, el objetivo de la eficiencia dinámica, es el garantizar que, las unidades productivas sean inducidas mediante incentivos a explorar las alternativas que tengan menores costos de oportunidad.

Esta teoría, busca estudiar el precio genuino de mercado, el precio futuro por encima de los precios paramétricos. Aunque esta teoría ve a la eficiencia como algo dinámico cuyo propósito va más allá de generar la mayor cantidad de riqueza posible, es incapaz aún de determinar cual sería la manera de asignar recursos escasos, es incapaz de proveer una escala de valores universalmente válida para asignarlos ya que no puede acceder a la mente de cada sujeto para determinar el universo de preferencias posibilidades y distribuir los recursos en base a dichas preferencias individuales y diferenciadas. Sin embargo aleja a la interpretación canadiense de la consideración a ultranza de la eficiencia asignativa paretiana y de la eficiencia en sí, como eje rector único de la economía.

Reconoce expresamente que, la determinación de preferencias, está gobernada por una escala de valores monistas, específicamente el valor precio, el cual privilegia la jerarquización de las necesidades de aquellos que tienen mayor disponibilidad a pagar. En esta perspectiva paretiana aplicada al neo positivismo, el voto de los que tienen mayor

poder adquisitivo tiene mil veces mayor peso que, el voto de los que carecen de dicho poder, un peso de un ciudadano en un país desarrollado vale mil veces más que un peso de un ciudadano en un país tercermundista y será el destino del peso del ciudadano del país desarrollado el que defina que producir y hacia donde se asignarán los recursos económicos, por lo tanto será el peso de aquellos con mayor poder adquisitivo el que determine el modelo de producción y distribución a seguir. Si un país subdesarrollada se apega a esta vertiente de eficiencia neoliberal paretiana sin considerar la importancia del poder de consumo en el binomio, y del factor pago por trabajo, le será imposible derivar resultados económicos deseables para la situación específica de su nación, de la acción de mercado. Lo único que logrará, será acrecentar las diferencias entre los que tienen mayor poder adquisitivo en su sociedad y los que no tienen ya que se incrementará la importancia de los primeros en la toma de decisiones de la producción., relegando a un segundo plano las preferencias y necesidades de consumo de los segundos. Esto lo entendió a tiempo y claramente el Canadá cuya estabilidad político regional depende de que como resultado del óptimo funcionamiento de mercado, se vayan disminuyendo las discontinuidades de desarrollo entre sus regiones.

Sin embargo y aún con toda la disposición, por parte de la autoridad canadiense de valorar la eficiencia dinámica, no puede abandonarse la valoración de la eficiencia productiva ya que esta aún constituye un parámetro matemáticamente cuantificable en contraposición con la eficiencia distributiva y los efectos de una práctica en ella y en el poder de consumo, en una decisión *ober dictum* sin precedente, el Tribunal de la Competencia Canadiense determinó en el caso **Director of Investigation and Research vs, Hillsdown Holdings**<sup>16</sup>, que:

“las ganancias en eficiencia se evaluarán contra el peso muerto asociado con un monopolio y la transferencia de bienestar de los consumidores a los productores”

Este *dictum* bajo la figura del precedente, puede ser citado como autoridad, y como lo vemos busca analizar el impacto de la transferencia de bienestar, en una economía dinámica de consumidores a productores, impacto que no puede analizarse sin reparar en la variable de poder de consumo de la fórmula.

### **2.3 Tratamiento de los índices de medición.**

El Canadá se asume a sí mismo como una economía mediana de productos semiterminados donde para medir la influencia de un ente y de su conducta en un mercado no basta sumar las participaciones del mismo en las ganancias.

Fue por esta razón que, privilegió el uso del índice Lerner para medir la concentración en un sector de la economía canadiense, Canadá concibe a la competencia económica como

<sup>16</sup> **Director of Investigation and Research vs, Hillsdown Holdings** Ltd 41. CPR (3d) 289 (Competition Tribunal) 1992.

un concepto dinámico en el cual más allá de medir el tamaño de los agentes presentes en el mercado se requería identificar la transferencia dinámica de bienestar de un participante en la economía, a otros, considerando las desigualdades en el peso de sus erogaciones, así buscaba cuantificar el monto de transferencia de bienestar del consumidor al productor, consideró entonces que, el índice Lerner al medir la diferencia entre costo marginal y precio final de reventa podía cuantificar mejor la pérdida de bienestar social que una transacción, una conducta o una tendencia podía significar en el mercado canadiense, esto en aras de vigilar que, no se acrecentaran las discontinuidades de desarrollo ente provincias e individuos de distinto ingreso per capita en la Federación.

Así el índice de Lerner, es utilizado en Canadá en concordancia con su poder de mercado, si bien este índice evidencia el margen de diferencia entre costo marginal de producción y precio final de reventa este margen se ve influenciado directamente por el poder de un agente económico, de elevar el techo de dicho precio de reventa independientemente a las condiciones de oferta y demanda, mientras más insensible sea a dicha oferta y dicha demanda podrá fijar un precio de reventa mayor que el índice Lerner le permitirá esquematizar y reflejar.

#### **2.4 Excepciones a la aplicación de la legislación de competencia en Canadá**

En el régimen canadiense, se encuentran claramente determinadas las excepciones a la aplicación de la legislación antimonopolio así en la *Competition Act*, se establecen las siguientes excepciones a la aplicación de la Ley, estas pueden ser directas o indirectas:

- Asociaciones de trabajadores constituidas para proteger sus intereses profesionales.
- Asociaciones de patrones para su representación en cuestiones laborales.
- Cooperativas pesqueras. Excepción concedida en atención expresa a las provincias canadienses mas castigadas por las discontinuidades económicas, o los organismos conjuntos que conformen para la comercialización de sus productos.
- Los acuerdos para el manejo de deportes amateur.
- Cárteles de exportación, organizados por asociaciones de exportadores de bienes o servicios, debidamente registrados y cuyas mercancías o servicios no tengan como destino el mercado nacional, siempre que su actividad conjunta no tenga como efecto reducir o limitar las operaciones de exportación de productos canadienses.
- La comercialización exclusiva de bienes o servicios protegidos por las leyes de propiedad intelectual en virtud de la sección 79 de la *Competition Act*.
- Los monopolios públicos producto del *imperium estatal*.
- Las corporaciones de la Corona, las cuales son propiedad del gobierno y sirven tanto a exportadores como a compradores de bienes y servicios canadienses. Se trata de una fórmula que siempre ha intentado promover el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. Son instituciones propiedad del gobierno pero están estructuradas como del sector privado, pretenden combinar la necesidad de organizar fiscalmente los dividendos de una determinada actividad con la libertad de iniciativa que goza la empresa privada.



Se trata de formas de organización de los recursos productivos de ciertas regiones o ciertos sectores sociales de menor desarrollo, que les permite conjuntar capitales y esfuerzos para disminuir disparidades económicas, a través de sus actividades como agentes económicos como corporación, pueden operar diversos números de firmas subsidiarias.<sup>17</sup>

- Se exceptúa a su vez de la aplicación de la Ley, la conducta que se entiende realizada en virtud de un comando legal o un mandato del Estado, esta excepción se conoce como la excepción de la conducta regulada.
- La Sección 45 de la *Competition Act* a su vez exenta de la aplicación del derecho antimonopolio, ciertos tipos de intercambio de información, a saber; los relativos a; intercambio de estadísticas, definición de estándares de calidad en el producto, información relativa a tamaños o formas de los contenedores de productos y empaques, el intercambio de información crediticia, información sobre investigación y desarrollo, sobre restricciones acordadas en materia de publicidad y medidas para proteger el medio ambiente, así como la adopción de patrones métricos y de peso.
- Las *joint ventures* notificadas y aprobadas por el Tribunal.
- Acuerdos de especialización y promociones notificadas y autorizadas por el Tribunal siempre que, se mantengan dentro de los términos autorizados.
- Las actividades de corredores de valores en cuanto a la emisión de títulos valores sobre el mercado, se encuentran exentas de persecución bajo la figura de conspiración para fijación de precios.
- La excepción de la firma en decadencia.
- Las uniones de crédito, cajas populares o sociedades cooperativas, están exentas de la presunción de discriminación de precios bajo el artículo 50(3) de la *Competition Act*.
- Indebidamente en texto general, se exenta de todas las provisiones de trato exclusivo a las franquicias entre sociedades afiliadas, sin reparar si la franquicia versaba sobre la adquisición del derecho exclusivo de distribución de un producto, donde entonces el trato exclusivo de comercialización del producto es parte del contrato o, si se trata de la adquisición completa de un concepto de negocio donde no solamente se limita la libertad de los franquiciantes respecto a los productos distribuidos o a comercializar, sino sobre la adquisición de terrenos, la forma de suministrar un servicio y diversas decisiones de negocios. Esto de conformidad con la sección 77 de la *Competition Act*.
- Inmunidades.

Abundaremos a continuación en algunas de estas excepciones y sus alcances.

**Concesión de Inmunidades** . Se puede otorgar inmunidad, a quien denuncie haber sido parte de una conspiración de las que afectan los mercados y se traducen en alguna de las

<sup>17</sup> LOXLEY John., Desarrollo económico para los indígenas de Winnipeg, Canadá, [en línea], Manitoba, Departamento de Economía de la Universidad de Manitoba, 2003, [citado 22-09-2008], Formato Html. Disponible en Internet en. [http://www.yorku.ca/hdrnet/images/uploaded/Loxley\\_ESP.pdf](http://www.yorku.ca/hdrnet/images/uploaded/Loxley_ESP.pdf)

conductas perseguibles criminalmente, la inmunidad únicamente se concede respecto a la responsabilidad penal, subsiste la sanción administrativa y la posibilidad de entablar acciones para restituir los daños causados a agentes económicos afectados, y solo se concede si hay total cooperación del denunciante, si este aporta elementos sustanciales para sentenciar a los demás infractores y si se hace en una época en que el Buró no hubiere notado aún la ofensa, ó si se encontraba en etapas tempranas de investigación, siempre que, los daños causados sean reparables. El denunciante no debe ser el instigador o único beneficiario canadiense de la ofensa, debe cesar la conducta ilegal y asegurar la persecución de la actividad.

Al tratarse de inmunidad contra la responsabilidad penal, el encargado de acordarla y conferirla es el Procurador General del Canadá, el cual sin embargo puede recibir recomendaciones del buró sobre las solicitudes y su procedencia.<sup>18</sup>

**La excepción de la conducta regulada.** Implica la presunción de la ilegalidad de una conducta desplegada por un agente económico, que encuadra con la descripción de una conducta anticompetitiva, por el hecho de haberse realizado para cumplir con, o bajo la protección del mandato de una Ley especializada, estas leyes pueden ser tanto regionales como federales recordando que, los Estados tienen facultades exclusivas para regular ciertas actividades económicas dentro de su jurisdicción como es la actividad económica que se realiza con base en el aprovechamiento de sus recursos naturales, en pos de la cual puede imprimir restricciones comerciales en aras de administrar dichos recursos, contrayendo o controlando la oferta de los mismos.

Para que, la excepción sea considerada por los tribunales se requiere que esta sea expresamente autorizada o mandada por una regulación emitida con todos los elementos de legalidad, es decir emitida por un organismo con facultades y sea resultado del debido seguimiento del procedimiento de creación de leyes.

**Abuso de patentes.** El abuso de la protección a la propiedad intelectual ha propiciado monopolios con y sin discriminaciones de precios, generalmente el monopolio u oligopolio con discriminación, permite vender ciertos productos más baratos, en países o regiones con menor poder adquisitivo, esto en la teoría, sin embargo, en la práctica, en regiones pobres no se venden en realidad más barato, se vende dentro del máximo de disposición u oportunidad de pago del consumidor, no es lo mismo un peso de gasto de un consumidor en una región de economía primer mundista que un peso de gasto de un consumidor en una región con menor ingreso per capita por el mismo trabajo. Aunque el precio en numerario sea menor el beneficio del productor, sigue obteniéndose a través de jugar con el margen de disposición máxima de pago del consumidor, a partir de precios no competitivos y grises en el mejor de los casos.

El subir los precios en productos de primera necesidad, por encima de la disposición de pago máxima del consumidor con la que especula el productor de un bien o servicio, producido bajo patente, provoca una presión social que, no conviene a los productores

<sup>18</sup> *Vid supra n. 148. p. 4.*

mismos ya que, en condiciones inestables la extracción de materias primas se vuelve más complicada, la presión ahoga a los gobiernos y puede llegarse a la nacionalización de patentes y la revisión de la política de propiedad intelectual como sucedió en La India, además de que en caso de exceder la disposición de pago se fomenta la concurrencia al mercado negro.

El mantenimiento por tiempo, más allá de lo necesario de la protección de la patente impide la redistribución de recursos, cuando se busca prolongar la patente con fines de abuso, Canadá tiene medidas directas para remover la protección de la patente y restablecer la competencia en los mercados.

### **La debilidad o decadencia de una firma como excepción a la prohibición de fusiones en Canadá.**

Los Lineamientos canadienses, que rigen el uso de la excepción de la firma decadente o débil para fusiones entre competidores están contruidos de una manera más estricta. Una firma es considerada en situación decadente para el derecho de la competencia económica canadiense cuando:

- a) Se encuentra en insolvencia o probablemente afronte insolvencia total en el corto plazo.
- b) Ha iniciado voluntariamente procedimientos de bancarrota.
- c) Es o será un probable peticionario de bancarrota.

d) No se haya encontrado un comprador competitivamente preferible o una oferta alternativa menos restrictiva de la competencia. En este punto, la legislación canadiense es aún más específica, ya que establece, que la búsqueda de comprador deberá hacerse a través de un tercero. Así mismo los Lineamientos exigen que la firma decadente haya agotado la vía de la reducción de gastos de la firma para explorar si existe la posibilidad de que la firma permanezca, aunque con un tamaño reducido en el mercado.

Esta excepción, no es total, aún apeándose a ella el Buró puede determinar si una quiebra de la empresa puede facilitar la nueva entrada de una firma competitivamente superior.

A su vez y vía estatuto o Ley especializada, existen en Canadá dos excepciones específicas relevantes a las fusiones que concentran gran cantidad de poder de mercado:

- 1.- La amalgama o adquisición de bancos: cuando el Ministerio de Finanzas hubiese certificado que la transacción es en beneficio del sistema financiero.
- 2.- Coinversiones: cuando estas hayan sido notificadas voluntariamente al Tribunal de la Competencia y este hubiera determinado que las mismas no daban lugar a lesión

sustancial de competencia.

En el caso de las fusiones actualizadas en determinados sectores, sobre las cuales la Ley específica determina que son jurisdicción del organismo regulador especializado, el Buró no podrá investigarlas de primera mano bajo el régimen general de fusiones. Esto se conoce como *excepción de la conducta regulada*, sin embargo el Buró puede proveer información y dar puntos de vista en materia de competencia general a los entes regulatorios, así tiene una oportunidad aunque indirecta de dirigirse sobre los efectos competitivos de la fusión en el sector regulado aunque no decidirá sobre ella.

### **2.5 Política de competencia en Canadá.**

En el Canadá existe un organismo especializado dentro del Buró de la Competencia, encargado exclusivamente de dictar las directrices necesarias para determinar los objetivos sociales deseables de la actividad económica, a nivel nacional, la política de competencia canadiense, estudia la estructura de los mercados por región y por industria y diseña las normas jurídicas que rigen la actuación de las corporaciones en dichos mercados dependiendo de las necesidades y disparidades regionales, buscando una redistribución de ingresos y un flujo de inversiones global que acerque a las provincias.

Los creadores de la política económica canadiense, están conscientes de que, en su país impera el regionalismo que las economías se evalúan por resultados regionales dentro del Canadá, que la política de competencia y la actuación de los mercados no puede pasar por encima de los valores culturales de la región, de sus intereses y necesidades, de su identidad, ni mucho menos ir en contra del bienestar de la misma. Así para tomar una decisión sobre, por ejemplo, fusiones o licitaciones, se requiere tomar en cuenta a las legislaturas locales, a los comités de patrimonio cultural, las tradiciones comerciales de la provincia y los usos y costumbres mercantiles de las mismas, por tanto el diseño de mercados regionales y con base a ellos la creación de una estrategia nacional son puntos coyunturales en la economía canadiense.

Como parte de la atención a la política de competencia, el Buró cuenta con personal asignado que buscará armonizar parámetros esenciales de las legislaciones, que incluyen el intercambio económico interprovincial, la regionalización es un punto vital en la política de competencia canadiense. A su vez, la división de asuntos civiles del Buró realiza gestiones y lo representa ante reguladores sectoriales y provinciales, tanto esta rama, como la de asuntos penales se mantienen en estrecho contacto con los procuradores provinciales en aras de atender necesidades regionales como las acciones de clase.

Otro punto medular en la política de competencia federal, es la identificación de legislación local anticompetitiva o proteccionista, para enfrentar esta contingencia es común que se realicen diversos estudios que permitan dimensionar los efectos anticompetitivos de las leyes y, en base a ello, el Buró realiza gestiones, cabildeos y emite opiniones sobre dichas legislaciones, sin que las mismas sean vinculantes, en los puntos en que dichos pronunciamientos pudieran significarse una invasión de esferas, se evita

litigar sobre la validez de la legislación estatal, en su lugar se promueve una cultura de competencia firme utilizando acciones de refuerzo<sup>19</sup>.

Son las legislaciones provinciales las que marcan la pauta de licenciamiento para diversas profesiones y la manera de ejercer las mismas, así como los Lineamientos que deberán seguir las asociaciones de tales profesionales, estas políticas de acreditamiento divergentes entre provincias, puede coartar la movilidad de servicios profesionales y concentrar la prestación de los mismos y provocar condiciones anticompetitivas en ciertas regiones, sin embargo este licenciamiento forma parte de las facultades de las provincias, facultad que muchas veces se ejerce de manera proteccionista, como respuesta a estos escenarios el Buró ha buscado enfocar la cultura de competencia a aspectos específicos en el ejercicio de dichas profesiones, ha buscado la proliferación de acuerdos de reconocimiento mutuo que faciliten la movilidad y limiten la discrecionalidad de los estados derivando certeza jurídica para los prestadores de servicios, se ha enfocado en identificar como las asociaciones profesionales restringen la competencia entre sus miembros y la deseabilidad de autorizar cambios en las actividades de las provincias que están dentro de la esfera Federal. El Buró ha considerado que, al enfocarse en tareas específicas tiene mayor probabilidad de éxito si al estudiar dichas tareas y conductas se atiende a la estructura de los mercados industriales y regionales, esto resulta más beneficioso que el emprender una cruzada frontal contra las leyes provinciales.

Como resultado, se tienen ya acuerdos de reconocimiento mutuo entre las provincias canadienses para al menos 42 de las 52 profesiones, cuyo licenciamiento constituye facultad exclusiva de las provincias<sup>20</sup>.

En resumen, dentro de los objetivos de política económica para el Canadá diseñados a nivel general para los próximos dos años se encuentran:

- A) Buscar una reducción de las barreras a la concurrencia y a la interacción competitiva de los mercados y agentes económicos interprovinciales.
- B) Promover una mayor independencia del comisionado de la Competencia para la toma de decisiones.
- C) Ampliar los campos de aplicación de la acción privada en la materia para reforzar esta tercera vía de denuncia e investigación de las conductas y, a través de ella afianzar la cultura de la competencia entre la población.
- D) Promover sanciones fuertes, más allá de las conductuales, contra la violación de disposiciones civiles de la *Competition Act* y promover una acción más contundente en contra de los abusos de posición dominante y coordinaciones tácitas de mercado.

## **2.6 Naturaleza de las sanciones aplicables por la violación de la legislación de competencia en Canadá.**

Las sanciones que puede imponer el Tribunal de la Competencia, provienen de las

<sup>19</sup> *Vid supra n. 148.* P.116.

<sup>20</sup> *Idem.*

previsiones civiles de la *Competition Act* y la *Consumers Labelling Packaging Act*. Las sanciones penales derivadas de conductas equiparables a la conspiración, deben imponerse por las Cortes Federales pertenecientes al Poder Judicial de la Federación, sin embargo es el Tribunal de la Competencia, quien puede adjudicar daños, imponer remedios conductuales y multas administrativas.

Sin embargo, y al igual que en los Estados Unidos, las decisiones tanto del Tribunal de la Competencia como de las Cortes Federales en materia civil y penal respectivamente, son solo revisables ante las Cortes Superiores de Apelación de jurisdicción Federal, esto blinda la acción en materia de competencia y asegura que el procedimiento será expedito y oportuno evitando el alargamiento innecesario de instancias y favoreciendo la posibilidad de reestablecimiento del *status quo ante* o de la reparación oportuna de los daños.

Esto además de contar con un sistema desintegrado de persecución de las conductas y adjudicación de las responsabilidades. La investigación esta a cargo de una agencia administrativa especializada el Buró de la Competencia, el cual remite el caso al Tribunal de la competencia, tanto en la investigación como en el procedimiento las vías se bifurcan, la investigación puede ser realizada y llevada ante el Tribunal por el Buró de la Competencia o, en algunos casos a través de acción privada directa.

En cuanto a la sustanciación del juicio, si se trata de las previsiones civiles se llevara ante un tribunal con funciones jurisdiccionales pero de constitución administrativa, el *Competition Tribunal* y, en el caso de las previsiones penales las Cortes Federales de la materia dependientes del poder judicial, conforme a las leyes internas de estos últimos. El establecimiento de un tribunal especializado en la materia, ha favorecido el desarrollo de jurisprudencia, el arraigo de una cultura de competencia entre la comunidad de negocios, la transparencia en los procedimientos y ha permitido al Buró de la Competencia centrarse y enfocarse en la persecución de las conductas.

La especialización de los fallos ha beneficiado entre otras cosas al; desarrollo de nuevas teorías de comportamiento corporativo, independencia, el análisis de variantes de las conductas no estrictamente descritas en la *Competition Act* y ha marcado el cambio en la forma de ejercer jurisdicción por parte del Tribunal, hacia una jurisdicción en atención a los efectos de las conductas, independientemente de sus formas, el eslabón de la cadena donde se encuentra el perpetrador, o de su nacionalidad.

Las resoluciones en materia de competencia, tienen un limitado número de posibilidades de ser recurridas, permiten cuando mucho tres instancias de revisión y, los casos se resuelven en un tiempo máximo estimado de dos años, hasta la última instancia.

### **3.1 Aplicación de la Legislación de Competencia en Estados Unidos, la naturaleza de sus sanciones aplicables y principios desarrollados.**

Como ha quedado patente a lo largo de la presente tesis, al hablar del antimonopolio

estadounidense estamos hablando de la jurisdicción de mayor tradición de la materia, la cual ha marcado la tendencia de la doctrina, reconoce o desconoce figuras y tiene una amplia influencia en las legislaciones de economías emergentes y/o menos familiarizadas con la materia, independientemente de la familia jurídica a la que pertenecen y en muchos casos pasando de largo las diferencias en tamaño y diversificación de su economía.

Resulta imposible entender el antimonopolio estadounidense, sin revisar las decisiones piramidales de sus Cortes a lo largo del tiempo, sin denotar los elementos que sigue compartiendo con su rama *mater* el derecho criminal. A través de las Cortes, se ha dado definición a este derecho, se ha interpretado su objeto, contenido y objetivo a través del tiempo, la legislación es solo una parte aguas que permite a las Cortes allegarse de elementos, valorar investigaciones, y pronunciarse sobre el fondo de la materia.

A través de dichas decisiones, se ha enriquecido la materia o se le ha limitado como en la época Reaganeana; sacrificando su aplicabilidad para favorecer la desregulación más que la eficiencia transaccional, sin embargo entre las mismas decisiones presentes en esta jurisdicción encontramos aquellas que obligan a valorar las condiciones competitivas en un mercado relevante más allá de que, las mismas se reflejen en precios en numerario más elevados. Como resultado, se ha entendido en aquel país al concepto precio no solo como el dinero por pagar para la adquisición de un bien o servicio, sino como un conjunto de elementos integrados por la forma de financiamiento, oportunidades pago, momentos, valor agregado, accesibilidad a contenidos y compatibilidades que, el mismo bien pone al servicio de distintos consumidores. Resulta interesante resaltar que, a esta decisión se llegó a través de la disidencia a la tendencia reaganeana de limitar el contenido del derecho antimonopolio al mínimo posible, esta posibilidad de ver al precio como un concepto integrado, nació de una opinión disidente, la del Juez Wald en **Rothery Storage vs. Van Co. Vs. Atlas Van Lines**, sobre esta opinión abundaremos en el último capítulo de la presente tesis.

El sistema americano ha aportado y arrojado experiencias importantes y evidencia a su vez paradigmas preocupantes; ha demostrado la importancia y necesidad realizar la investigación de las conductas anticompetitivas y su calificación y juicio por organismos independientes y seriados, aún más, ha planteado y temido cierto éxito en dicho planteamiento que, la investigación se ve beneficiada cuando puede realizarse o iniciarse a través de vías distintas. En el caso específico de Estados Unidos las vías son tres: la iniciativa privada, que lleva un caso con sus propias pruebas ante las Cortes, una agencia administrativa especializada como la Comisión Federal de Comercio que lleva el caso a las mismas Cortes y un departamento dependiente del Poder Judicial Federal. El departamento antimonopolio del DOJ, a su vez ha demostrado fehacientemente que, tanto la investigación como la persecución de conductas anticompetitivas, es una tarea donde la descentralización es vital, las facultades dadas a los procuradores estatales para coadyuvar y perseguir por sí mismos, estas conductas dentro de las localidades es parte de la columna vertebral de este derecho y de la estabilidad económica del país.

Dentro de sus paradigmas encontramos las razones de la presente crisis, resulta difícil de

entender el por qué desde 1906 el Reporte Armstrong sobre Economía Nacional, evidenciaba que, existía una concentración en los mercados financieros, de aseguramiento e hipotecas y que dicha concentración era aún más peligrosa que, la que podía darse para la producción de bienes tangibles por que concentraba en círculos de poder estrechos una gran parte de la liquidez nacional y, comprometía los recursos de los americanos destinados a su futuro, como sus pensiones, seguros de estudio, hipotecas etcétera, teniendo este conocimiento sobre el impacto y alcance de la concentración en los mercados financieros debió haber derivado en una mayor vigilancia de los mercados, en el desarrollo de marcos regulatorios adecuados para garantizar el movimiento de los activos que concentran dichos sectores, los cuales cuentan con la característica de ser inmediatamente convertibles e intercambiables en dinero, faltaban mecanismos que aseguraran la inversión de las pensiones de los norteamericanos en aras de no comprometer el futuro y la liquidez de tres cuartas partes de la población, que confiaba su dinero y su retiro a estas instituciones, sin embargo, la fiebre de la desregulación ponderó la libertad de acción como atractivo del mercado americano sobre la seguridad de los activos manejados por el sector financiero, aún cuando el manejo de dichos activos comprometiera la liquidez de la macroeconomía y la calidad de vida de la población.

Se abandonaron no solo los patrones éticos de comportamiento empresarial sino los legales, se permitieron concentraciones de poder a favor de eficiencias productivas y asignativas relativas que solamente levantaron la inflación y no siempre se materializaron en la realidad, se favorecieron criterios como, el *too big to fail* y se dejó de atender a uno de los bastiones de la economía americana, el garantizar a la micro pequeña y mediana empresa acceso al financiamiento, al proceso económico y al consumo. El gigantismo desregulado, la permisibilidad en cuanto a ciertas interrelaciones realizadas por los agentes económicos principales e históricamente oligopolizadores en mercados históricamente concentrados, bajo la forma de *clusters* de integración vertical o *Joint ventures* ampliamente diseñadas y aprobadas como “de investigación y cooperación”, que permitían el intercambio de información sensible el cual se ha utilizado muchas veces por estos grupos como facilitador de coordinaciones favorecieron la concentración de la actividad económica.

Aún con toda la tradición jurídica sobre la materia, el derecho estadounidense omitió reparar en la creciente concentración de mercado, se toleraron las mega concentraciones y mega inversiones especulativas, que no derivaban beneficios a la sociedad o a la riqueza nacional, en aras de dar seguridad a los inversionistas y se cayó en una crisis de valoración de lo intangible y de liquidez comprometida, que en una crisis macro económica, en la cual no se puede evitar valorar el papel de la desregulación propagada por el neopositivismo a ultranza de los 80's y 90's y, en la cual también tiene un rol primordial la negación teórico práctica de figuras que, en la realidad erosionaron y siguen erosionando una de las variables de la ecuación económica como el poder adquisitivo, el monopsonio, como trataremos más adelante en la presente tesis.

### **3.2 Aplicación de los principios de la regla de la razón, de *minimis* y mejor información disponible**



En sí, la existencia del derecho antimonopolio estadounidense obedece a la intención de disminuir el poder de las compañías ferrocarrileras que, artificialmente incrementaban el precio del maíz al fijar el precio del transporte de dicho grano por tren, esto toda vez que, en ese entonces como ahora, los beneficios de los altos costos de los bienes agrícolas no los recibían los agricultores, sino que se quedaban en las manos de los ferrocarrileros e intermediarios. En un principio, se vió a la *Sherman Act*, como una medida populista creada para evitar la fijación de precios y la monopolización, esta medida fue controvertida desde el principio por los dueños de grandes capitales, quienes, intentaban restringir la aplicación de la legislación y limitarla a aquellos casos que reportarán una restricción pura al comercio, sujetándola a la doctrina de la restricción comercial prevaleciente desde hacía años en el *common law*.<sup>21</sup>

El desarrollo de la Regla de la Razón, se dio en las Cortes estadounidenses, al intentar sopesar la gravedad de la restricción al comercio que planteaba una conducta y sus eficiencias, este desarrollo inició en 1918, aunque empezó a inferirse un sistema de valoración desde el caso *Standar Oil* en sus inicios en 1911.

El punto departida de *Standard Oil*, fue el pedir a las Cortes que se evaluara si una conducta controvertida se traducía en una conducta irracionalmente restrictiva siendo que la irracional podía derivar, de la naturaleza del acuerdo, su carácter o su objeto y/o de las circunstancias que rodean a la industria, siendo este un incipiente elemento estructural, todo esto para determinar si la conducta controvertida en realidad se significaba como una restricción al comercio como lo estipulaba la *Sherman Act*.

Fue el Juez Brandeis durante el caso **Chicago Board of Trade**, el que empezó a esbozar los parámetros de esta regla de la razón permitiéndose, en dicho caso disertar sobre la intencionalidad y los efectos de la conducta para derivar de ahí su legalidad o ilegalidad, al dar entrada e importancia, a los argumentos de la asociación que aducía haber concertado un acuerdo para romper el monopolio del almacenamiento del grano mantenido por cuatro o cinco almacenistas en Chicago. El Juez permitió disertaciones al respecto aún considerando que:

“No significa que una buena intención podría salvar una regulación objeccionable bajo el derecho antimonopolio o pudiera revertir su ilegalidad, sin embargo el debido conocimiento del elemento intencionalidad puede ayudar a la corte a interpretar los hechos y predecir las consecuencias. Por tanto la Corte de Distrito se equivocó al no considerar las alegaciones relacionadas con la historia y propósito de la regulación y excluyendo la evidencia sobre dichos puntos, aún así la evidencia admitida califica que la regla era razonablemente consistente con las provisiones

---

<sup>21</sup> *Vid supra n.356*, p. 151p.165

del derecho antimonopolio estadounidense<sup>22</sup>,

Así el principio que se desprendió de este caso estipulaba que, para evaluar conductas cuyo efecto negativo no fuese tan manifiesto era necesario reparar en el hecho de saber si la restricción impuesta era de aquellas que simplemente regulara y promoviera una competencia ordenada con parámetros o se trataba de una conducta que podría suprimir o destruir la competencia. Para llegar a una conclusión sobre el efecto preponderante de la conducta y su legalidad, debían considerarse diversos factores, como la naturaleza, alcance efecto, forma.

Estos factores podían determinarse del estudio de hechos inherentes a la actividad económica del negocio, entre estos: la estructura industrial, las condiciones de la misma industria antes y el escenario después de que se impuso la restricción, naturaleza y efecto de la restricción, entendiendo por efectos aquellos ya actualizados o probables, historia y propósito de la restricción, la intencionalidad hacia la violación de la ley existente, las razones para adoptar una conducta en particular y la finalidad buscada, los efectos para los cuales fue diseñada la conducta.

Estos fueron los parámetros iniciales de la regla de la razón y, merecieron poco estudio, permanecieron sin evolucionar significativamente hasta la década de los 70's cuando se decidió el caso **Continental TV Inc. Vs. Sylvania**, fue en este caso Sylvania que se empezó a considerar de importancia sopesar las eficiencias derivadas de las conductas frente a la restricción comercial, aún tratándose de restricciones horizontales enfatizando que las investigaciones debían considerar los efectos competitivos de las conductas. Este criterio se reitero en el caso **NCAA**<sup>23</sup> sobre la transmisión de partidos de futbol americano intercolegiales a distintas horas y segmentados sin competencia directa, en aras de evitar que la transmisión a determinadas horas de los partidos desincentivara la asistencia a los estadios y representara una baja en los recursos económicos de los equipos intercolegiales por menor boletaje, que a la larga repercutirá en la calidad del deporte, sin embargo la NCAA sólo permitía la adquisición de los derechos de transmisión si se aseguraba la compra de la transmisión completa de todos los partidos colegiales, limitando indebidamente la concurrencia a dichas transmisiones, solo disponibles para aquellas televisoras que pudieran pagar por transmitir la temporada completa de todos los equipos colegiales y minimizando el efecto de las preferencias del consumidor sobre el valor de los derechos de transmisión, ya que no podía llegarse a un acuerdo, donde se adquirieran solo los partidos que el consumidor prefería o de mayor *rafting*. Tenían que adquirir la temporada completa, teniendo como efecto el establecer el precio de la transmisión sin importar la demanda que la misma tuviese, ante este último argumento la conducta fue sancionada, pero debido a que la misma restricción derivaba algunos efectos benéficos secundarios menores a la restricción que planteaba se permitió ahondar en su estudio y

<sup>22</sup> **Chicago board of trade of the city of Chicago vs. United States**, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos(1918), [246 U.S.231, 38 S.Ct. 242, 62] L. Ed. 683.

<sup>23</sup> **National Collegiate Athletic Association vs. Board of Regents of the University of Oklahoma**, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, (1984), [468 U.S.85, 104 SCT 2948] L. Ed. 2d 70.

reparar en dichas eficiencias, al final el acuerdo fue proscrito, sin embargo la sanción al mismo se atenuó en atención a estos efectos benéficos laterales. En la aurora de estos casos, en los 70's la aplicación de una poco evolucionada regla de la razón, contraía el riesgo de violentar la seguridad jurídica de los gobernados ya que la misma carecía de límites claramente establecidos y de elementos particularizados, lo cual provocaba que, no hubiera escenarios previsibles derivados de la aplicación de la regla de la razón a los cuales pudiesen ceñirse las Cortes.

Así, empezaron a evaluarse en las Cortes restricciones que, anteriormente hubiesen sido catalogadas de puras, pero que alegaban en su favor la conjunción de voluntades o la supresión de competencia para evitar, caída en la calidad de los bienes, abaratamiento de costos en época de crisis, creación de intermediarios de compra de insumos conjuntos, o creación de agentes de venta y colocación comunes etcétera, sin embargo el dar cabida al estudio de estas alegaciones, al menos en los primeros tiempos no aseguraba que las mismas precluyeran o compensaran la ilegalidad e la conducta ni el daño al mercado. De hecho, las primeras conductas a las que se aplicó esta regla no versaban sobre fijación de precios como unidad monetaria en sí o alteración de los mismos, más bien se trataba de acuerdos para establecer bases de mercadeo comunes en elementos componentes accesorios del precio, tales como la prohibición de negociar descuentos, la obligación de negociar y vender a través de un agente colectivo etcétera. Se sopesaba si los efectos derivados de la restricción eran a favor del interés público o eran simples restricciones ilegales al comercio.

Una de las disertaciones que abrió el camino para la existencia de la regla de la razón fue, que, las mismas Cortes determinaron que el estricto lenguaje de la *Sherman Act*, no podía traducirse y aplicarse textualmente, no podía querer prohibir todo tipo de arreglos entre competidores, ya que la sujeción de una voluntad independiente entendida en un sentido *lato* es la esencia de todo contrato, entre particulares.

Así, se entendió la regla de la razón como un instrumento para dar flexibilidad y definición particular a la Ley en cada caso, por otra parte, es curioso notar que, la regla de la razón no da lugar a pronunciarse sobre la racionalidad de la conducta o de los precios establecidos a través de ella o de las condiciones de mercado, solo permite evaluar el impacto de la conducta en el mismo. Esta génesis de la regla se ha distorsionado e ignorado en los últimos años, provocando que algunas autoridades como las mexicanas evalúen la racionalidad de los precios obtenidos y no el impacto en los efectos.

Con el desarrollo del precepto, se fueron clarificando sus límites así, se retoma el criterio del Juez Taft esgrimido en 1898 en el caso Addyston Pipe, sobre la aplicabilidad de la regla para las Cortes de los Estados Unidos, no podía considerarse dentro del estudio de las Cortes un argumento tendiente a demostrar que los precios en numerario derivados de la conducta eran razonables. Con una visión amplia prescribió que, considerar legal una conducta solo porque su efecto inmediato no es el de precios irracionales, era peligroso ya que permitía acumular un poder económico latente que, si bien no sería ejercitado a través de precios en numerario podía dañar el mercado a través de otras conductas o en otro

espacio temporal. Este criterio de 1898, fue revivido y armonizado con la posibilidad de no interpretar estrictamente la letra de la sección 1 de la *Sherman Act*, para así dar un piso a la naciente regla de la razón.

En este caso se estableció la necesidad de dilucidar si se esta ante una restricción pura o una restricción accesoria a un objetivo principal predominante y deseable en términos de interés público, este elemento sirve para calificar la racionalidad de la restricción en base al objetivo de la conducta, conducta que, en caso de ser considerada accesoria y razonable tendrá que pasar además por tres filtros más consistentes en comprobar la necesidad de la restricción, el de la proporcionalidad con el objetivo, es decir el establecer que la misma no limita la competencia más allá del punto necesario para derivar efectos deseables y el de que la misma es el medio menos restrictivo para lograr dicho resultado. Se considera que, el objetivo principal de la conducta es la restricción de la competencia, cuando no existe en dicho contrato otro propósito principal que el de subvertir o restringir la competencia o evitar la misma. Para que una conducta califique como accesoria y se le permita estudio a través de la regla de la razón, la restricción no debe ser el objeto principal de la conducta, esta restricción debe ser necesaria para la consecución del objetivo principal, la restricción es proporcional y no excede el propósito principal de la conducta, la conducta tiene como objetivo principal un fin legal y deseable, más importante que la restricción al comercio que plantea, es decir un fin trascendente. Estas apreciaciones sobre el objeto principal de la conducta dieron lugar a la creación de las categorías de restricción accesoria o pura.

Dichas apreciaciones fueron complementadas en casos posteriores, donde se estipuló que para clasificar a una conducta como restricción accesoria, las partes debían probar que eran proporcionales a la consecución del fin legal, sin que los efectos de la restricción excedieran los fines benéficos del objeto principal, necesaria para dicho fin y significarse en los medios idóneos y menos restrictivos para conseguir dicho fin

Hoy en día, la aplicación de estos parámetros pudiera verse distorsionada al permitir que en foros de solución de controversias contractuales que no tienen como fin el ponderar el interés público contra el beneficio reflejado por una conducta, se pronuncien sobre la legalidad de contratos que restringen la competencia basándose únicamente en las leyes que rigen la validez de las obligaciones contraídas por particulares en la rama civil. Solo las Cortes son capaces de discernir, que tanta restricción del comercio es soportable y susceptible de derivar eficiencias, tutelando económicamente el concepto de intereses público y cuáles no, además de ser los organismos facultados e ideales para determinar que se entiende por “interés principal” o medios menos restrictivos a la competencia.

A la luz de varios criterios judiciales, se estableció, también en este caso como límite de la regla que, no es válido argumentar ante las cortes, que determinadas industrias funcionan más eficientemente como monopolios ya que, si este fuera el caso sería una premisa que tendría lugar a discusión más bien en el Congreso, para que se estudien todas las aristas y se creara una legislación que exentará de la aplicación a dicha industria, reconociendo que a las Cortes no les compete el legislar ni crear excepciones donde la Ley no distingue,

mucho menos excepciones a título general de industria.

También se estableció que, no era factible controvertir a través de la regla de la razón, si una determinada política que favorecía a la competencia, estaba acorde con el interés público o con el interés de los miembros de una industria, ya que esta decisión ha sido ya tomada por el Congreso al momento de adoptar las leyes que reconocen a la competencia económica como medio para derivar resultados de dicho sistema económico. Es decir, no está sujeto a controversia bajo la regla de la razón y por tanto no es un argumento de defensa viable contra el derecho antimonopolio, el establecer que la competencia es un método irracional o indeseable.

No se puede alegar como defensa que, la restricción se adopta para protegerse de los efectos ruinosos de la competencia a un agente económico, a su vez se prohibió valorar como defensa el hecho de que los precios o condiciones de oferta concertados de manera coludida son económicamente razonables o no, lo que se sanciona es la forma de llegar a estos precios, la colusión y la falta de competencia en el mercado que provocan.

Otro punto que se revisa con especial atención, para determinar la aplicación de la regla de la razón, es el establecimiento de la voluntad, si la restricción emana de varias voluntades unilaterales tomando la misma decisión de manera voluntaria tendrá más cabida que la restricción pueda aducir eficiencias en su favor y se avoque a su estudio al calor de la regla de la razón, a que si se logra probar que se trata de restricciones al comercio concertadas o establecidas a través de coerción.

En el caso **BMI** el parámetro evolucionó aún más pronunciándose ya sobre la posibilidad de valorar eficiencias, cuando una conducta califique para ser estudiada bajo la regla de la razón o la regla de la restricción accesoria, de hecho y de una manera simplista los recién ascendidos jueces, nacidos del neopositivismo recalcitrante como Bork y Posner intentaron revertir la regla *per se* y aplicarla solo a aquellas restricciones no accesorias, intentando así cambiar el parámetro y lograr que todos los acuerdos de voluntades entre los agentes económicos se estudiaran primero a la luz de la regla de la razón, metodología que jurídicamente de haberse aceptado de manera general acarrearía graves riesgos y errores ya que obligaría al Estado a aplicar primero un análisis de regla de la razón o de la restricción accesoria a conductas que son restricciones comerciales desnudas nacidas del comportamiento anti ético del agente económico, dando mayor lugar a la impugnación de sanciones recaídas a conductas manifiestamente restrictivas, violentando la seguridad jurídica del mercado y reduciendo la misma eficiencia transaccional del Estado el cual tendría que invertir tiempo y recursos en pronunciarse sobre una conducta que por si misma persigue una restricción y no aporta eficiencias significativas derivables al mercado o que no son relevantes para el interés público, ampliando el escenario factible para que se actualizasen y multiplicasen las fallas de mercado ante la pasividad de la acción estatal.

Ni siquiera en la tradición norteamericana, se adoptó este razonamiento como regla de evaluación de la conducta, se le tomo como una excepción a la calificación *per se* de la

ciertas conductas cuya viabilidad debía probarse caso por caso, ya que, su adopción generalizada significaba desvirtuar los fines de interés público que radican en el corazón del derecho antimonopolio y reducir la administración de justicia de la materia a verificar, si el acuerdo contenía un fin legal tomándolo meramente como algo que pudiera viciar la voluntad de las partes, si la restricción versaba alrededor de dicho fin era proporcional y necesaria sin estudiar sus efectos en el interés público, la estructura de mercado, y sin evaluar si dichas conductas son afines con las metas planteadas para la política de competencia económica, o se trata de las prácticas menos restrictivas, únicos medios a través de los cuales derivar eficiencias deseables con el menor impacto anticompetitivo en el mercado.

Lograron establecer la existencia de un escenario donde una pequeña restricción a la competencia podía fomentar la misma como en el caso de BMI<sup>24</sup>, el crear un organismo conjunto de comercialización podía lograr que se gastara menos y se mejoraran los precios de la industria haciéndola más competitiva ante otros medios de comercialización de música. Lo que olvidaron, fue establecer que, la restricción sería razonable mientras derivara los efectos deseados, y estos se traspasaran como beneficios al mercado, habiendo autoridades encargadas de vigilar que esto sucediera por periodos prolongados de tiempo y no simplemente como un pretexto lateral y de corta duración para concentrar la comercialización a través de un monopolio de distribución

Sobre como determinar si una conducta es la vía de acción menos restrictiva del comercio, vale la pena mencionar que, la carga de la prueba puede recaer en ambos ya sea en el actor si alega que una restricción no tiene razón de ser por existir otros medios menos anticompetitivos para devengar los mismos resultados o en el defensor si argumenta como defensa a determinada conducta, que la misma es la forma menos restrictiva de devengar los resultados deseados. Para evaluar si merece ser calificada como restricción accesoria en base al elemento de conducta menos restrictiva disponible, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en el caso United States vs. Brown estableció:

“Para evaluar si una conducta, se presenta como la opción menos restrictiva para derivar un resultado lícito, consideraremos los Lineamientos Antimonopolio para la Evaluación de Colaboraciones Entre competidores, emitidos de manera conjunta en el 2002 tanto por la Comisión Federal de Comercio como por el Departamento de Justicia, que en su sección 3.36(b) prevé que las agencias deberán determinar, si los participantes pudieron haber derivado o alcanzado eficiencias similares a través de medios práctica y

---

<sup>24</sup> Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., [441 U.S. 1], United States Supreme Court of Justice, (1979). Documento número: 77-1578

significativamente menos restrictivos.<sup>25</sup>”

No es necesario que el fin que se podía alcanzar con medios menos restrictivo sea idéntico, o la eficiencia sea igual a la planeada con la restricción, basta con que puedan derivarse eficiencias similares.

Ahora bien, a través de los criterios judiciales precedentes hemos establecido los requisitos que debe reunir una conducta para ser evaluada como accesoria y merecer un estudio a través de la regla de la razón, existen otras conductas que no serán accesorias pero podrían ser evaluadas bajo esta regla en las Cortes Norteamericanas, ya que consideran que pueden derivar eficiencias significativas aquí, el punto será determinar si la eficiencia pura, es de mayor peso que la conducta principal que aunque es restrictiva podría ser deseable. Este ha sido el mayor avance de la ideología Chicagonita y se dio en el terreno de las conductas verticales, para las que, casi estipulo una presunción de legalidad *per se* con base en el razonamiento anterior.

El siguiente paso del desarrollo de la regla de la razón, fue el dilucidar una regla más estructurada, que derivara alguna certeza jurídica sobre como aproximarse al estudio de determinadas conductas y, saber si las mismas tenían cabida en el estudio bajo la regla ya fuera por poder considerarse accesorias o ya sea por que aunque la conducta restrictiva fuera el objeto principal, este objeto derivase eficiencias significativas, trascendentales y deseables para el mercado, la estructuración dio como resultado la evaluación bajo la regla de la razón de casi todas las conductas verticales en el derecho norteamericano, hasta épocas recientes en que, repararon que a través de dichas conductas pueden también derivarse efectos que encadenan industrias completas, o se aísla a nichos enteros de la competencia, como lo vimos en el caso Toys URS, las restricciones verticales podían tener trascendencia a largo plazo y más allá del mercado relevante originalmente determinado sobrepasando las eficiencias de primera mano y valoradas a través de apreciaciones superficiales propuestas por los Chicagonitas.

Esta valoración rápida, promovida por los Chicagonitas para propiciar que cualquier conducta que no versara sobre el elemento precio, tuviera cabida a través de una evaluación superficial para alegar eficiencias aunque fuesen insustanciales bajo la regla de la razón fue desafiada y derrotada en el caso NCAA, sin embargo, aún existe controversia sobre que profundidad de estudio es deseable para determinar si una conducta es susceptible de ser analizada bajo la regla de la razón, o es notoriamente irracional a la competencia, sin obsesionarse en categorizarla como absoluta o relativa meramente por el eslabón de la cadena productiva en que participan los agentes económicos involucrados. Principalmente, el reto a la regla *per se* que querían establecer los chicagonitas lo configuró la posibilidad de *foreclosure* de mercados a través de colusiones o conductas orquestadas verticalmente.

Otro parámetro que se utiliza para medir el efecto negativo de una restricción y que,

<sup>25</sup> **United States vs. Brown University**. United States Court of Appeals for the Third Circuit (1993), [5 Fd. 658].

puede ser muy engañoso es una especie de principio *de minimis*, al definir que se entiende por un aumento significativo de precio, el aumento del precio hipotético que se aplicará siempre al estudiar una conducta será de al menos 5%, de facto la FTC deja de cuestionar cualquier aumento de precio por debajo de dicho porcentaje no importando si se trata de un precio en zona gris o, si el aumento menor al 5% coloca al precio en el límite del techo monopolístico, simplemente, no se invertirán recursos en investigarlo, dando lugar a sí a la formación no escrita de una cuasi presunción de legalidad o al menos a la impunidad en aumentos menores al 5% proclamando un porcentaje de aumento mínimo de precio necesario para que la conducta sea cuestionada además dicho aumento debe ser sostenido por un tiempo importante, sistemático y no esporádico. Una regla de aumento mínimo parecida a la que en sentido contrario opera en el comercio exterior para la evaluación del dumping.

Este principio fuera de la región de América del Norte, específicamente en la Comunidad Europea constituye un acuerdo base, es un punto de partida para el análisis de las ayudas estatales ya que la Comunidad por ejemplo ha convenido aplicarlo, pero solo a los subsidios y se compromete únicamente a no controvertir aquellos subsidios estatales que no sobrepasen determinados parámetros especificados en términos mínimos, esta ha sido una vía para entrar al estudio de dichos subsidios desde la perspectiva de su impacto en la competencia. Así mismo, se ha utilizado el principio *de minimis* para clasificar en esa jurisdicción, que tipo de información de menor importancia, puede compartirse entre competidores sin que la misma de lugar a ser increpada en foros antimonopolio, fuera de esta lista limitativa, las demás conductas son investigables.

En muchos casos la Comisión o el Departamento de Justicia estadounidenses, podrán iniciar investigaciones antimonopolio con base en la mejor información disponible que encuentren sobre el caso, aun cuando no encuentren a un participante de la colusión atraído por los programas de inmunidad, tienen diversas herramientas, para obtener evidencias, entre ellas el descubrimiento en acciones de clase o *Discovery*, ordenes de presentar documentación, etcétera, la mejor información disponible en el derecho antimonopolio estadounidense se compone de toda la información que con las herramientas conferidas a las agencias investigadoras puedan allegarse. Esta información puede utilizarse como mejor información disponible en caso de que, el agente llevado a juicio no aporte pruebas en su defensa, lo que más bien se asemeja a un veredicto de culpabilidad en rebeldía o una mala defensa.

La finalidad de estas medidas es siempre la misma, propiciar la mayor actividad probatoria posible de las partes para asegurarse de que se presenten ante las Cortes la mayor cantidad de evidencia a examinar de manera exhaustiva. Los cárteles, colusiones o participantes en conductas que previo al veredicto del jurado son catalogados como no cooperativos, reciben tratamiento más estricto y se imputan un elemento que agrava las sanciones, provocándose no solo provocará sanciones más severas y una vigilancia más atenta entre las autoridades, sino una mala imagen ante competidores, proveedores y clientes. La cooperación al igual que en Canadá, empieza a ser ponderada y a promover el efecto preventivo de la legislación antimonopolio, una especie de jurisdicción voluntaria



que deriva beneficios a los proponentes de una estrategia de negocios fue incorporada a los procedimientos antimonopolio en Estados Unidos, esto en aras de extender la faceta preventiva de esta rama del derecho a las prácticas que no implican fusiones o coinversiones, a través del Manual de Procedimientos de Revisión de Negocios del Departamento de Justicia, o *Department's Business Review Procedures*, un agente económico puede someter a análisis una práctica de negocios proyectada y obtener de la autoridad una declaración sobre si la misma práctica daría o no lugar a una investigación bajo el derecho antimonopolio<sup>26</sup>.

### **3.3 Tratamiento de eficiencias en el derecho antimonopolio estadounidense.**

En el caso estadounidense las agencias investigadoras suelen evaluar eficiencias netas cara a cara y sopesarlas con los efectos anticompetitivos de las conductas y las fusiones, la carga de la prueba sobre el peso y viabilidad de dichas eficiencias recae en el agente económico que las aduce como defensa, dentro de dicha carga de la prueba deberá demostrar que, dichas eficiencias son alcanzables de manera óptima solo con la conducta desplegada y son inasequibles a través de medios menos restrictivos de la competencia<sup>27</sup>, además de que las eficiencias deberán redundar en efectos positivos de largo plazo. Solo se admite la argumentación sobre eficiencias, cuando nos encontramos ante conductas que si bien de primera mano pudieran calificarse de restrictivas, las restricciones que plantean son accesorias y se espera de ellas un beneficio o la consecución de un fin legal de mayor importancia que la proporción de comercio que restringen, las restricciones impuestas que no reportan beneficios al interés general, se condenan *per se*. Si la conducta implica una restricción pero a la vez obtención de resultados deseables, deberá evaluarse la proporcionalidad y necesidad de dicha restricción para derivar esos mismos efectos, la posibilidad de alcanzar los mismos resultados con conductas menos restrictivas y el impacto de las restricciones sobre el comercio en relación con el impacto de los beneficios sobre el interés público más allá de una simple transferencia de bienestar económico entre agentes participantes en la operación.

Es decir, para que las eficiencias de una conducta restrictiva sean dignas de considerarse, no basta con que la restricción sea un elemento accesorio en un contrato o al objetivo de una conducta principal, aún habrá que evaluarse su impacto, necesidad, proporcionalidad, y efectos para determinar si pueden alegarse eficiencias en su favor. De la existencia de estos elementos no se desprende que, se considere inocua la conducta simplemente, se desprende que la misma pueda ser evaluada bajo la regla de la razón, a la luz de la cual entonces sí pueden argumentarse eficiencias mismas cuya importancia, contrapeso, validez, viabilidad, trascendencia y deseabilidad deberán evaluarse singularmente.

<sup>26</sup> Department of Justice of the United States. Justice Department approves cost information exchanges among truckload motorcarriers., [en línea], Washington DC, United States Department of Justice, 2001,27/03/2001, [citado 3-09-2008], Antitrust Documents. Formato HTML, Disponible en Internet:

[http://www.usdoj.gov/atr/public/press\\_releases/2001/7745.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/7745.htm)

<sup>27</sup> *Vid supra* n.76, p. 29.

Estos parámetros fueron establecidos como eficiencias, por los Lineamientos Federales sobre fusiones de 1994 anteriormente mencionados. En tales eficiencias se incluyen:

- Desarrollo de economías a escala. Contrapesándolo con el impacto de la pérdida de un agente económico independiente en un eslabón de la cadena y con la posibilidad de forzar a nuevos entrantes a tener que, entrar simultáneamente a dos eslabones de la cadena para significarse en competencia intensiva, significativa o al menos viable. Durante la época del think big y en una economía de bienes finales como la de los Estados Unidos de los últimos treinta años se sobrevaloró la creación de economías de escala, esto para propiciar el fortalecimiento de las mega empresas nacionales.

Para los chicagonitas esta eficiencia sin lugar a dudas traería precios más bajos y mejores condiciones de oferta, sin embargo los ahorros derivados de la economía a escala no siempre se permean a los consumidores

- Mejor integración en facilidades de producción. Cabe señalar que, por años se le ha dado un peso indebido a la eficiencia productiva, sin considerar que se trata de una mera eficiencia estática cuando muchas veces las restricciones que trae aparejada una conducta, distorsionan no las condiciones estáticas del mercado sino la dinámica de comportamiento económico del mismo y por tanto la intensidad competitiva.
- Eficiencia asignativa: Se trata de un concepto cuyo contenido principal más teórico que práctico, trata de englobar en una sola categoría los intereses de una sociedad. Siendo que las circunstancias de una sociedad varían dependiendo del grupo y aún más de los individuos que componen cada grupo categoría o estrato, dicha identidad se convierte en una falacia. Parte del principio unidimensional, de que las sociedades cuentan con determinados montos de recursos limitados, y se pregunta ¿Qué tipo de uso satisface mejor las necesidades de dicha sociedad?, considerándola como un conglomerado donde existe la identidad y se vuelve un parámetro uniforme y predecible con variaciones que se auto corregirán solas por la propia acción del mercado.

Es este tipo de eficiencia entiende y evalúa indebidamente a la competencia como un proceso estático de resultados uniformes ya que define este tipo de eficiencia en la mayor parte de los sistemas, exclusivamente a través de la eficiencia asignativa que evalúa la mejor manera de colocar los recursos e irremisiblemente concluye que, estos estarán mejor asignados a aquel que este dispuesto a pagar la mayor cantidad por recibir una unidad extra del bien y da un lugar terciario a la eficiencia asignativa en oportunidades.

Pierde de vista que, el proceso de mercado es dinámico, que no necesariamente están mejor colocados los recursos con aquel que decide pagar más por los mismos sino con quien hace mejor uso de los mismos y los diversifica mejor, siempre que permean los beneficios de dicha diversificación al mercado en general y en específico a otros agentes

económicos. La eficiencia asignativa en el mejor de los casos, debe concebirse como un concepto dinámico de variables cambiantes a evaluar en su conjunto y no como un concepto que simplemente determina como se encuentran mejor asignados los bienes tomando en cuenta únicamente el óptimo paretiano, ya que, esto trae como consecuencia las fallas demarcado.

Estados Unidos, sigue basando su sistema a través de la eficiencia asignativa derivada del óptimo paretiano y buscando asimilar los fallos que esta produce en el mercado bajo la idea de que se corregirán solos sin mayor necesidad de mayor regulación. De hecho el peligro de concebir esta eficiencia en su sentido estático como uno de los dos pilares de eficiencia de su sistema económico y de determinar que los bienes están mejor asignados a quien esta dispuesto a pagar más por ellos sin verificar si en realidad esta en posibilidades de derivar dichos pagos, en el uso y diversificación del recurso adquirido, sin verificar las circunstancias especiales de cada demandante, fue lo que dio lugar ala predilección de la asignación de créditos en el sistema financiero americano a sujetos *Ninja*<sup>28</sup> sobre los créditos a nuevos negocios y nuevos proyectos. Cabe mencionar que, estos créditos *Ninja* proliferaron cuando se adelgazó la regulación sobre el otorgamiento de créditos y la adquisición de riesgo financiero para los bancos americanos.

Un cambio bajo el rígido esquema estático paretiano que pudiera calificarse como mejora, solo es posible si no empeora la situación de nadie, incluyendo la situación de las firmas que ya cuentan con presencia dominante u oligopólica de mercado, así que, esté parámetro en su sentido estático simplemente deriva en la preservación de un *status quo* sin importar si este es realmente competitivo o no.

Una mayor regulación aunque aumentaba la seguridad de los ahorradores no mejoraba la situación de los bancos y les imponía mayores limitaciones y cargas limitando su actividad. Indebidamente se sopesaron dos objetivos como si fueran absolutamente idénticos en prioridad estatal, la seguridad de los ahorradores y depositantes versus un incentivo para la expansión en la actividad privada bancaria, se determinó que, en un óptimo paretiano no era viable aumentar la seguridad vía regulación del ahorrador sin desincentivar la actividad del banco y sin embargo, se consideró que, era viable retirar regulaciones para mejorar la eficiencia bancaria aunque, esta mejora fuera en detrimento de la situación de los ahorradores, se consideró que el depositante al ser parte de la masa anónima no protesta ni castiga la pérdida de eficiencia en su esfera jurídica, más que cuando tiene el derecho a un voto político-económico.

Aunque el óptimo paretiano modificado por los potencialistas, demanda como segunda parte de la ecuación para considerar un cambio eficientemente asignativo que el que gana con el cambio gane lo suficiente para compensar a los perdedores, esa compensación no se da, cuando el cambio se origina o va de la mano con un adelgazamiento regulatorio que libere de la obligación de compensación, capitalización o limite la responsabilidad socio económica del agente beneficiado. Además de que, esta visión aún deja de lado considerar

---

<sup>28</sup> Ninja, acróstico para denominar el crédito otorgado a personas sin trabajo, sin ingresos y sin activos literalmente en inglés (*no job, no income, no active*)

que, un peso de ganancia del productor no es igual a un peso de ganancia/pérdida de su proveedor, un peso de ganancia/pérdida de su consumidor ni es igual a un peso de ganancia/pérdida del gobierno.

Estos mismos pesos no valen lo mismo en una economía de mercado. Por otro lado, es poco probable que, la compensación teórica propuesta por los potencialistas paretianos, se cumpla de manera satisfactoria si no se realizan acciones emanadas del *imperium* del Estado para demandar y vigilar que se cumpla y posteriormente calificar la calidad de dicho cumplimiento. Ante esta poca posibilidad de cumplimiento de la compensación potencialista, los mismos proponentes de esta variación del óptimo de Pareto determinaron indebidamente que, si se actualiza o no dicha compensación no importaba,<sup>29</sup> basta con que las ganancias en numerario o matemáticamente de unos sobrepasen las pérdidas de otros aunque sus pesos no sean siquiera equivalentes en contenido.

El parámetro de ganancias netas y pérdidas netas tiende a ocultar que, el peso, las circunstancias y el significado de dichas ganancias y pérdidas son relativas y dispares dependiendo de quien las sufra o, quien las goce, por lo que, no puede concluirse que, determinada ganancia constituye una ganancia social neta o una pérdida total neta, cuando se atiende únicamente al potencialismo paretiano o a la estática paretiana en general.

En cuanto a la eficiencia productiva, la actitud de las leyes antimonopolio es casi absolutista, como si una mera eficiencia pudiera sobrepasar cualquier efecto anticompetitivo, la actitud hacia esta eficiencia es afirmativa y a la vez pasiva<sup>30</sup>, ya que, por una parte, la política antimonopolio americana permite actividades que, elevan la eficiencia productiva de las empresas, sin embargo, este incremento de eficiencia productiva puede alcanzarse de muchas formas, desde una reestructuración corporativa, un mejor empleo de los recursos disponibles, especialización de plantas, hasta fusiones verticales, ventas atadas, contratos de exclusividad, tendiendo estas últimas formas, a contraer indebidamente la actividad económica. Tiene una actitud pasiva ya que, por el contrario de lo afirmado por la corriente liberal más recalcitrante, el ser ineficiente tampoco es ilegal bajo ninguno de los parámetros antimonopolio. Sin embargo, aunque se permite que, el mercado deprede a los ineficientes, no en todos los mercados se vigila que la eficiencia trascienda a la esfera de sujetos distintos del agente económico que la genera.

Así que, esta actitud pasiva hacia la eficiencia se da en sus dos vertientes; se espera que el mercado devore activamente a los ineficientes y pasivamente se espera que, el mercado corrija solo sus fallas, especialmente en el campo de eficiencias distributivas, y que, solo derive resultados deseables no expresamente planeados, que permeen al mercado mismo y ala actividad económica del resto de la sociedad sin intervención estatal. Es en la pasividad, al revisar la realización de estos dos últimos supuestos, donde los beneficios de la eficiencia productiva se estancan en las manos del agente productor de la eficiencia.

Los siguientes son algunos ejemplos de eficiencias productivas frecuentemente citadas y

<sup>29</sup> *Vid supra* n.57, p.75.

<sup>30</sup> *Idem*.

admitidas, sin embargo, se mencionan también los inconvenientes que pueden traer, de exagerarse sobre el peso de las mismas:

Mejores precios para el consumidor. El término se vuelve ambiguo, si consideramos que, todos somos consumidores de algo en la economía, aún las firmas dominantes cuyo peso de ganancia no es igual ni equivalente al peso del consumidor, de un productor de menor tamaño, de un monopsonista, o al peso de pérdida de un competidor o del gobierno.

Sobrevalorar este elemento, puede derivar, sino se vigila debidamente, en una eficiencia temporal, y sin trascendencia que encubre una práctica más perjudicial a largo plazo como una depredación. El considerar solo el bienestar del consumidor, nos regresa al punto de partida paretiano, donde la estática del concepto y lo simplista de su adopción nos llevó a catalogar el beneficio o la pérdida como socialmente deseable o no, sin atender a las particularidades de la ganancia y de la pérdida.

Especialización en plantas. Si bien, esta especialización puede traer productos de mejor calidad, un mejor manejo de los costos y una mejor producción, el limitar a una planta a una actividad, da lugar muchas veces a una ineficiencia asignativa de oportunidades, al no permitir a dicha planta afin a la producción de otras mercancías, incursionar en dicha producción, por ejemplo el especializar una fábrica de bebidas en agua y no incentivarla a incursionar también en el mercado de jugos contribuye a la concentración del mercado de jugos, con menos competidores potenciales deseosos de entrar al mercado en aras de la especialización en plantas, así se pierde una opción potencial de competencia y de consumo que, pudiera traer muchas más eficiencias al mercado de los jugos. Este resultado de creencia total en los beneficios de la segmentación de la producción, se maximiza cuando, se aplica a toda la actividad económica de un país, el cual se limita a producir ciertos bienes y servicios específicos, sin incursionar en mercados relacionados e importando aquellos bienes y servicios en los que se especializa otra economía ya que, no todas las mercancías ni las producciones son iguales, no es lo mismo el peso de un país productor de bienes finales con economía diversificada como Estados Unidos, que un peso de pérdida de un país productor de bienes semi terminados o materias primas y economía limitada y segmentada a ciertos productos, ese país esta limitándose y, propiciando una economía no diversificada, débil e impactable. Está siendo ineficiente asignativamente en oportunidades, debido a que, sobre pesa la eficiencia productiva, esta concentrando su mercado en unas pocas actividades llevadas a cabo por unos pocos, condenando a la desaparición a otros entrantes con esquemas de costos de producción más altos que los participantes que ya cuentan con poder de mercado, ya que estos últimos no incurren en costos de entrada, además de que está limitando las opciones de consumo de los agentes económicos de mercados relacionados, proveedores de materia prima y consumidores finales.

Integración de procesos productivos. Esta puede lograrse de dos maneras; cuando una empresa presente en un eslabón de la cadena productiva decide diversificar sus recursos y entrar en mercados relacionados u otros eslabones de la cadena a base, de crearse las facilidades para integrar cada vez más procesos a su producción y realizarlos sin

intermediación de otros, sin adquirir empresas participantes ya en los mercados relacionados, agregándole valor puro a su producción primigénea, o a través de la integración vertical por adquisición simple.

Aunque ambas pueden redundar en integración de procesos productivos, la primera implica la diversificación de los recursos para expandirse y la segunda una mera integración que priva al mercado de un agente económico independiente en uno de sus eslabones, tanto para la variable oferta como para el consumo de materias primas, concentrando el poder de mercado a la compra y a la venta. Aunque ambas implican que, dejará de acudir un consumidor al mercado de insumos, la ganancia y la pérdida en las mismas en las Cortes Estadounidenses se evalúa de diferente manera, en este caso las Cortes evalúan con mayor rigidez una combinación de pérdida de un agente económico independiente, que podía significar un pie de balanza de competencia en el mercado, que el hecho de que un demandante de materia prima dejará de concurrir al mercado. Sin embargo, esta última variante debiera ser revalorada y valuada como primordial para los países productores de materia prima o bienes semiterminados ya que, como resultado aumentará el poder monopsónico de los agentes dominantes que queden en mercados concentrados, poder de mercado que, no es susceptible de medirse con el parámetro precio elasticidad cruzada.

Ahorro en costos de transporte: En el caso estadounidense, esta eficiencia se ha visto afectada por las medidas proteccionistas.

Cabe señalar que, aún cuando la legislación estadounidense no especifica claramente como deberán tasarse las eficiencias, existen ciertos parámetros dibujados a través de la casuística de qué se considera una eficiencia suficiente y qué se considera un argumento de eficiencias insostenible. La evaluación parte de la teoría de la restricción desnuda y la restricción accesorio, esbozada en la resolución Addyston Pipe

Indebidamente se consideran algunas conductas que no derivan eficiencias, más que para quienes las implantan como defensas suficientes de la acción anti monopolio, tal es el caso del *good will*, el *free riding*, el aseguramiento de abasto y distribuidores, como defensa para los contratos de exclusividad, a la larga, la proliferación bajo el ojo tolerante del Estado de estas conductas, al tratarlas como casi *per se* legales, han provocado cierres en el mercado o *foreclosure*.

A continuación analizaremos la trascendencia teórico práctica de estas y otras figuras alegadas como defensas ante la acción antimonopolio:

*Good will*. Se trata del acuerdo de voluntades concertado entre dos o más competidores, en el cual uno se compromete a no entrar en el nicho de negocio, no establecer contacto con los clientes ni competir con la comercialización de los productos o servicios del otro contratante, se trata de una restricción que busca evitar la competencia entre dos otrora competidores directos.

Este convenio ha encontrado relevancia y algunas veces justificación controversial cuando se vende una negociación, se considera entonces, una restricción accesoria a la venta de la negociación, sin embargo habrá que evaluar el tiempo por el cual establece la restricción y la necesidad de la existencia de dicha restricción.

Si la operación a la que se está añadiendo el contrato de *good will*, implica solo el traspaso del concepto de negocio, la venta de locales o cualquier operación que no involucre el traspaso de la cartera de clientes, será altamente dudosa la necesidad de imponer esta restricción. Así mismo, se trata de una conducta que requiere pronunciamiento de las Cortes, las cuáles deberán valorar tanto el elemento de necesidad de la restricción como el tiempo por el cual resulta indispensable que este vigente atendiendo a la estructura de cada mercado e industria, donde impacta la restricción, a su vez, se hace más necesario que las Cortes abunden en las soluciones posibles y determinen si este contrato de no competencia es en realidad la mejor, única y más deseable forma de proteger la negociación adquirida, dichas Cortes, deberán sopesar que es de mayor interés público la conservación del valor de la negociación adquirida o la permanencia de un competidor potencial que conoce ya el mercado y puede imprimir intensidad a la competencia en el mismo. Esto además de que, deberá probarse que la restricción es accesoria a un fin principal distinto del cierre a la competencia.

Históricamente, el derecho anglosajón buscó desmotivar estas restricciones que muchas veces de manera voluntaria, y otras con coerción económica no aparente, adoptaban los hombres de negocios, Tradicionalmente se negaron a reconocer la validez de estos contratos.

La repulsión jurídica hacia esos contratos nace históricamente, de dos consideraciones principales: primero se consideraba que, a través de dichos contratos un hombre se discapacitaba y se privaba a sí mismo de un medio de vida con el riesgo de convertirse en una carga pública y de privar a la comunidad del beneficio de su trabajo, por el otro lado, se consideraba que dichas restricciones tendían a favorecer al contratante al otorgarle un monopolio del comercio del cual había excluido a un competidor y que, por los mismos u otros medios podía incentivarlo para excluir otros competidores.

Sin embargo en los últimos tiempos se ha permitido el estudio de estos contratos para evaluar su racionalidad cuando:

- 1) El vendedor de una negociación se compromete a no competir con el comprador para evitar que, de esta manera se derogue el valor de la negociación comprada. Sin embargo, este precepto es contrario aún a las teorías de los *chicagonitas*, los cuales para otras consideraciones como la existencia de la depredación de precios afirmaban alarmados que “la competencia no está para beneficiar a los competidores sino al proceso competitivo”, siendo puristas en este sentido al proceso competitivo no le conviene que un agente económico se prive de participar de un mercado con intensidad y eficiencia, mucho menos para beneficiar al competidor-adquirente, al permitírsele protegerse bajo la cláusula del *good will*

se esta permitiendo que, se utilicen las leyes de competencia para proteger la inversión de un competidor, en detrimento del mercado.

- 2) Se actualiza el retiro de un socio fundamental en una negociación y, para asegurarse que no competirá con la firma y proteger el valor y la cartera de clientes de la misma se adopta una cláusula de no competencia. Esta *rationale* nuevamente crea contradicción con los paradigmas de la competencia al exceptuar de la aplicación de la legislación una restricción considerando el bienestar de un agente económico frente a la pérdida de opciones.
- 3) Restricciones parciales al adquirente del negocio para obligarlo a no competir en alguna área de la actividad que el vendedor se reservó para sí y de la cual no realizó el traspaso. Nuevamente implica el uso de la excepción para la protección de un competidor.
- 4) Restricciones impuestas a los empleados, funcionarios o dependientes de una determinada firma al constreñirlo a no realizar actividades que lo pongan en competencia con su patrón. A esta razón le son aplicables los argumentos vertidos para las tres hipótesis anteriores.

En el caso de esta defensa, la evaluación del elemento proporcionalidad es de vital importancia, debe sopesarse que es más importante el mantener variedad de elementos presentes en un mercado o el proteger la adquisición de un agente económico. Sin embargo, muchas veces las cortes han fallado a favor de la protección de la adquisición de buena fe del agente económico. Sin embargo, aún en este tipo de fallos se requiere mayor abundamiento en el elemento proporcionalidad ya que, se requiere que la restricción no excedía la necesidad de lograr el propósito principal del contrato, de lo contrario se considera que oprime la libertad del contratante de manera excesiva y en segundo lugar por que facilita la concentración del mercado

*Free riding*, o aprovechamiento con base en terceros. Muchas veces se utiliza esta defensa para casos de precios mínimos de reventa, ventas atadas, exclusividades etcétera, generalmente se utiliza para defender prácticas verticales intra marca. En aras de proteger la inversión de un productor, o a ciertos distribuidores de precios más bajos o condiciones de oferta más beneficiosa conseguidas con base a evitar inversión en accesorios del bien, capacitaciones, publicidad etcétera, generalmente, se trata de proteger de la competencia en base a precios las inversiones realizadas por un agente económico. Cabe señalar que, aunque su efecto es el de limitar la competencia *intra marca*, de proliferar este tipo de conductas y no ser vigiladas, bajo la defensa del *free riding*, terminarán por impactar las formas de comercialización de la industria teniendo efectos latentes en la competencia entre las marcas

Sin embargo, y, aunque a parecer personal esta defensa resulta tautológica con el principio base de la competencia económica actual de que las leyes de competencia no están para proteger competidores sino el proceso mismo o el mercado. Aún de aceptarse esta defensa no debe considerársele como sólida por si misma mucho menos absoluta, las medidas tomadas deben ser las menos restrictivas posibles, calificarse si las inversiones que desea proteger son deseables para el mercado o la sociedad y si las medidas implantadas para



dicho fin son proporcionales.

Por ejemplo, resulta desproporcional el intentar defender una práctica de precios mínimos de reventa, para proteger el margen invertido por los distribuidores en publicidad y fomentar la competencia en publicidad si se trata de publicidad que no proporciona información técnica deseable sobre el aprovechamiento del producto, o no agrega valor al mismo. Aún cuando fuera publicidad deseable, si existen medios menos restrictivos como el crear un fondo común de publicidad manejado por el proveedor a partes iguales entre sus distribuidores para el mismo fin, dicha defensa no tiene razón de ser, al no ser el medio menos restrictivo para derivar el objetivo deseado, ahora bien, si la inversión en publicidad implica un monto de 3\$, más el valor de producción del bien no sobre pasa los 2\$ tampoco sería justificable, menos cuando el valor de producción del bien y el de inversión en publicidad en nuestro ejemplo representan 15\$ y el precio mínimo de reventa es de 30\$ no existe proporcionalidad entre la medida y la inversión que se busca proteger.

Reiteramos que, de todas maneras la sola defensa en sí es tautológica ya que en la pura teoría del neoliberalismo económico, no se supone que exista una sola razón válida para asegurar y proteger la ganancia de un agente económico con detrimento de otros de la libre acción de las fuerzas de mercado, y esta defensa equivale a permitir el blindaje de los distribuidores de la influencia del demandante sobre el precio de los bienes, ya que, elimina la competencia en precio. Su aceptación en exceso y sin parámetros promueve la competencia en cuanto a valores intangibles y la creación de mercados negros que no reportan beneficio alguno de las ventas posteriores, al productor que estableció el precio de reventa ya que, al no encontrar competencia en precios entre los distribuidores establecidos, el consumidor probablemente acuda a mercados negros. En sí, la génesis de la defensa contraviene los pilares del antimonopolio estadounidense, especialmente el principio del objetivo de las leyes antimonopolio tal y como lo estableció el neopositivista punto de vista bajo el que fue resuelto el caso **Utah Pie Co. Vs. Continental Baking Co.**, abordado anteriormente en esta tesis.

Además de que, no es viable aceptar esta conducta como eficiencia, el que la invoca no demuestra tampoco el tener algún plan o herramienta de monitoreo que le ayude a sondear que los beneficiados del precio mínimo en realidad compensen la pérdida del consumidor reinvertiendo el margen de ganancia esperado en los servicios extra precio que se supone esta encaminada la defensa a fomentar.

Las conductas defendidas a través del *free riding*, pueden tomar formas muy diversas, desde la implantación de precios mínimos de reventa, divisiones territoriales o de producto relevante, ventas atadas, exclusividades y compromisos de no competencia, hasta la prohibición de otorgar descuentos para los servicios como de manera similar lo vimos en el caso **National Society of Professional Engineers vs. United States**<sup>31</sup>, donde la asociación argumento para defender su política de evitar la negociación sobre los precios de los servicios de los Ingenieros que, una intensiva competencia en precios podía

<sup>31</sup> **National Society of Professional Engineers vs. United States**, [435, U.S.679], (1978) Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América.

erosionar la calidad de los materiales y servicios utilizados en la construcción. En este caso se sancionó a la asociación y se instituyó que, no es el papel de las Cortes el cuestionarse si la competencia en precios es deseable o no, esto ya lo resolvió el Congreso al establecer como objetivo de la economía americana la Competencia, en atención a estos criterios es que establecemos que, esta defensa resulta tautológica ya que permite aislar de la competencia en precios determinadas conductas, bajo la premisa de que permite preguntarse sobre la deseabilidad de la competencia en precios y aún más permite determinar que, la competencia en dichas áreas no es deseable. El aplicar la defensa del *free riding* para evitar la competencia en precios volvió a actualizarse en el caso Toys U R S.

Un ejemplo de *free riding* aducido para defender una división de mercado, es el caso **In re Fair Allocation System Inc.** Se trató del boicot de los distribuidores de un área del Este de Washington asociados en una organización llamada FAS, hacia sus proveedores Chrysler, Jeep y otros para cambiar sus políticas de asignación de unidades y realizar dicha asignación con base a las áreas geográficas y no, a las ventas totales por distribuidor en aras de sacar del mercado a un distribuidor de nombre Dave Smith Motors, quien vendía por Internet los vehículos a precios más bajos debido a que no incurría en los mismos costos de publicidad, *show rooms* y comercialización, que los distribuidores autorizados en agencias locales.

Se argumentó el *free riding* como defensa al boicot realizado por Fast, consistente en limitar los servicios y negarse a vender determinados modelos Chrysler, hasta que las automotrices cambiaran su asignación de vehículos.

En este caso, la conducta defendida bajo el *free riding* no era proporcional ni era la medida menos restrictiva para “proteger la inversión” de los distribuidores. El boicot fue sancionado en atención a que:

“Aún cuando hubiesen razones para creer que Dave Smith Motors u otros distribuidores similares estuvieran operando a través de aprovechamiento a base de terceros, a diferencia de los esfuerzos de distribuidores más tradicionales, no era necesario ningún boicot (*u acción anticompetitiva*) para lidiar con el problema....

...Aun cuando Chrysler hubiese accedido a las demandas de FAS, no se justificaría en los términos citados el boicot de los distribuidores<sup>32</sup>”

Esta medida, se ha invocado consuetudinariamente para defender boicots y medidas que restrinjan el abasto o las posibilidades de venta de agentes económicos de descuento con resultado inixto, sin embargo, su aceptación plena es peligrosa, ya que el permitir que

<sup>32</sup> **In re Fair Allocation System, Inc.** Federal Trade Commission ,(1998), [ 63 Fed. Reg. 43182].

estas conductas restrictivas que aíslan de la competencia en elementos componentes del precio a agentes económicos independientes, muchas veces redundan en efectos anticompetitivos a largo plazo superiores a las eficiencias relativas, particulares y no trascendentales que reportan.

Tampoco tiene razón de ser esta defensa, si los servicios se proporcionan a través de terceros en condiciones de acceso no discriminatorio.

Esta defensa ha sido preferencialmente invocada para proteger incrementos en precio o estandarización de condiciones de oferta eliminando competencia en base a la construcción de marcas.

La misma defensa no es invocable para todo tipo de mercancías, ni para todo tipo de servicios, el *free riding* es probable únicamente entre bienes poco homogéneos que requieren inversión para resaltar sus aplicaciones y diferencias en la percepción del consumidor, cuya elasticidad precio de manda no varía en función al precio en monetario como componente principal, si el consumidor ve el bien como insustituible o aprecia que trae aparejadas incompatibilidades, el parámetro de compra no es el precio en numerario sino las especificaciones y características únicas del bien. Es decir ya que, en productos heterogéneos y diferenciados la elasticidad precio demanda es menor, la decisión de compra se da en función a las características que diferencian el producto como un valor agregado, por tanto, aquí sí podría tener un impacto el *free riding* como defensa al no traducirse en la pérdida del elemento competitivo principal.

*Meeting the competition defense.* Se trata de una defensa esgrimida especialmente contra la acusación de precios o prácticas depredatorias, las Cortes no castigarán un precio predatoriamente bajo si este se dio únicamente para igualar a la competencia. Esta defensa se elaboró a partir del caso United States vs. AMR Corp. El raciocinio detrás de esta conducta no es del todo acorde con los propósitos de la legislación de competencia, parece radicar en la llamada falacia *tu quoque* la cual, radica en defender la legalidad de una conducta con el argumento de ser una defensa ante otra conducta también ilegal desplegada por otro sujeto, literalmente significa “tú también”.

Esta rationale de defensa, perpetua la posibilidad de dotar de legalidad el ojo por ojo diente por diente. Sin considerar que, la depredación de precios, no se soluciona vendiendo bienes o servicios por debajo de sus costos competitivos hasta quebrar el mercado, sino determinando la legalidad de la conducta desplegada. Esta defensa únicamente se ha aplicado en precios depredatorios donde la depredación se basa en el precio y no en otras variables de conducta ilegal excluyente.

La defensa no plantea parámetros, sobre como evaluar su oportunidad y proporcionalidad para considerarle una defensa. Detrás de los proponentes de esta defensa, se atrincheran varios pensadores económicos que consideraban el abolir la figura de precios depredatorios por considerarla no punible, y por creer que es contrario a la competencia sancionar a un agente económico por mantener precios bajos, sin considerar que, los

precios bajos de hoy son las condiciones de concentración económica y los precios irracionales de mañana.

La misma línea de razonamiento se esgrime en esta defensa, cuando se considera que aún las firmas con posición dominante en un mercado, aún los oligopolios tienen derecho a competir y a igualar los precios bajos de introducción o promoción de los nuevos entrantes. Si de manera abierta y plana se le permite sin mayor investigación a las firmas dominantes usar esta defensa y emparejar los costos de introducción y promoción de las pequeñas y medianas firmas o los nuevos entrantes que buscan hacerse de clientes, aún cuando el nuevo entrante o competidor independiente, fuera muy eficiente no podría hacerse nunca de los clientes necesarios para sobrevivir, no habría la posibilidad de firmas Maverick ni de propiciar intensidad de competencia en dicho mercado.

Por otro lado esta defensa no contempla el escenario de aquella firma presente en varios mercados, que depreda precios solo en uno en aras de construirse una reputación como un depredador de precios agresivo, capaz de soportar pérdidas para excluir competidores con estructuras de costo más altas, agentes con dicha reputación abundan y dicha reputación les atrae dividendos como en el caso de *Wall Mart*, ya que dichas reputaciones desincentivan la entrada de nuevos competidores.

La defensa estipulada en los términos generales en los que hoy en día se encuentra, no contempla las diferencias en calidad que puede permitir a un depredador el igualar prácticamente el precio de sus rivales o llevarlos por debajo de costos mientras mejora la calidad de su producto incurriendo en pérdidas, con tal de sacar a la competencia del mercado al asegurarse de que, para competir mantenga un precio tan bajo que no le permita ganancias a reinvertir en la calidad de los productos.

Debido a la discrecionalidad con la que se ha evaluado y utilizado esta defensa, su grado de incertidumbre jurídica y poco desarrolló, aún organismos económicos internacionales que en su momento apoyaron la inexistencia de los precios depredatorios, hoy recomiendan la reevaluación de la figura y el abandono de defensas tan especulativas como esta.<sup>33</sup>

Este tipo de defensa solamente precluye la ilegalidad de conductas bajo la premisa de que, fue una respuesta a otra conducta ilegal desatando guerras de precios que, deprimen los valores reales de los insumos y mercados relacionados, jurídicamente el aceptar ampliamente esta defensa sería una tautología parecida a permitir que en la carrera armamentista se permitiera a los comparadores de armamento violar tratados de desarme solo por que otra nación ha violado el tratado.

La doctrina de los actos de Estado y la defensa de la conducta regulada. Se trata de un

<sup>33</sup> OECD. Preserving Competition: Keeping predators at Bay. Policy Brief. [en línea], París, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2005, [citado 05-09-2008], Revisiones de política de competencia, Formato Pdf. Disponible en Internet en: <http://www.oecd.org/dataoecd/59/20/35871625.pdf>

parámetro vital, en este caso se precluye la antijuridicidad de la conducta ya que, la misma esta excluida, validada o mandada por una regulación emanada de los poderes públicos, se trata de conductas que si bien, encuadran prácticas anticompetitivas fueron mandadas por una Ley o Reglamento, cuando no fueron exceptuadas de la aplicación de la legislación antimonopolio por mandato legal expreso. Esta defensa toma especial relevancia en los Estados Unidos, donde encontramos excepciones y defensas, basadas en la conducta regulada que emanan tanto de legislaciones federales como de legislaciones estatales, en aquellos campos de la actividad económica reservadas a los Estados.

Siendo este un parte aguas importante para un conflicto de leyes que, las Cortes estadounidenses, han tenido que resolver con base a reglas claras, esto es, constantemente tendrán que dirimir la controversia de la validez de la aplicación de la legislación federal antimonopolio en contra parte con la validez de la legislación estatal sobre cierta actividad económica, que a través de su texto suprime en algún grado la competencia, la resolución debe evitar debilitar la aplicabilidad de la legislación federal sin pisar la facultad de los estados de organizar su intercambio económico interno. Estos conflictos pueden ir desde, acciones anticompetitivas realizadas por los estados y sus condados y municipalidades, acciones realizadas por entes particulares actuando en concordancia con alguna legislación estatal y el combate a presiones por parte de los agentes económicos para la adopción de medidas en forma de regulación estatal para establecer barreras a la competencia o concurrencia o para legitimar y precluir la ilegalidad de determinadas conductas típicamente anticompetitivas, dentro de las fronteras regionales.

Cabe mencionar que, esta figura de la defensa de la conducta regulada puede tomar la forma tanto de defensa, al reconocer la existencia de una conducta anticompetitiva a la cual se le precluye la ilegalidad al realizarse al amparo de un acto de Estado o, tomar la forma de excepción al contenerse en mandato expreso que determinadas acciones se sustraen del estudio del derecho antimonopolio.

En cuanto a la doctrina de los actos de Estado, debemos mencionar que, se trata del genero que incluye la defensa de la conducta regulada, esto es, ya que la conducta regulada emana de un acto de Estado, en este caso una regulación o pronunciamiento estatal, la doctrina de los actos de Estado aplica cuando la conducta de un agente económico es resultado de un acto de Estado en cualquiera de sus formas de manifestación y, se encuentra también protegida de responsabilidades en el derecho antimonopolio, calificando a la conducta desplegada como si fuera parte del acto estatal en si misma. Ejemplo de esta conducta podemos encontrarlo en el caso **Interamerican Refining Corp. Vs. Texaco Maracaibo Inc**<sup>34</sup>, donde la negativa de Texaco Maracaibo de vender petróleo crudo a Interamerican, fue encontrada como legal debido a que, Venezuela había impuesto medidas de boicot contra aquellos que realizaran dichas ventas a corporaciones extranjeras, siendo la negativa una reacción a un acto del Estado, el boicot. La Corte determinó textualmente:

<sup>34</sup> Caso que enfrentó a la jurisdicción estadounidense y venezolana. **Interamerican Refining Corp. Vs. Texaco Maracaibo Inc.** [307 F. Supp.1291], (1970).

“Cuando una nación restringe una práctica comercial, los agentes económicos no tiene mayor opción que obedecer, entonces los actos de dichos agentes se convierten efectivamente en actos derivados del ejercicio soberano del Estado”

Sin embargo, esta defensa también tiene sus restricciones, ya que no solo por que en la delimitación de una práctica comercial este envuelta la voluntad de un agente del Estado, se configura una conducta dictada por la soberanía estatal, tal fue el caso de **United States vs. Sissal Sales**<sup>35</sup>, donde, directivos de Sissal acusados de conspirar para monopolizar la venta de un material usado para la fabricación de cuerdas desde México hacia Estados Unidos, indujeron a agentes del Estado Mexicano, a reconocer a Sissal como comerciante exclusivo del insumo y a establecer impuestos discriminatorios a los rivales, como vemos con este caso un acto emanado de un agente regulador de mercado perteneciente al Estado, producto de la presión de los regulados en la hipótesis de regulador atrapado, no configura la defensa de un acto de Estado

### **3.4 Tratamiento de los índices de medición en Estados Unidos.**

Significativamente empezaremos por señalar que, el desarrollo de índices de concentración se dió en la unión americana y se dio, a partir de una investigación sobre la economía nacional que evidenciaba que existían corporaciones que habían acumulado mayores derechos y poder que los mismos Estados que buscaban regularlas, irónicamente las mayores concentraciones se reportaban ya entonces en los mercados de seguros, telecomunicaciones y servicios bancarios. Las solas ganancias del entonces cártel bancario superaban el producto interno bruto de al menos dieciocho Estados de la Unión, poniendo en riesgo entonces, como ahora la gobernabilidad, la economía nacional y el federalismo.

Simplemente con anterioridad a la década de los 40's, tres compañías aseguradoras tenían ya en sus manos el futuro de al menos dos terceras partes de los norteamericanos y no enfrentaban mayor regulación sobre como invertirlo.<sup>36</sup>

El reporte Armstrong en 1906 establecía:

" Ninguna tendencia en las condiciones financieras modernas ha creado más aprehensión que la tendencia a la colusión de capitales y recursos, pero mientras, en el caso de los ferrocarriles manufacturas estos amplios montos son fijados para actividades particulares de producción de bienes tangibles, se pierde de vista que, de acumulación se da en los servicios, en el caso de los

<sup>35</sup> **United States vs. Sissal sales Corp.**, [274 U.S. 268](1927).

<sup>36</sup> LYNCH David., **The concentration of economic power.** Washington, 3<sup>a</sup> ed, 1949 Columbia University Press New York p.120.

servicios financieros y de aseguramiento, se trata de la concentración de activos inmediatamente convertibles en dinero y liquidez y susceptible de ser usados de diversas maneras, dándoles poder económico político inmediato a estas sociedades sobre la vida de los americanos"<sup>37</sup>

Se consideró entonces que, dichas compañías aseguradoras podían usar el dinero de los americanos para obtener beneficios económicos para ellas que, a su vez dañaran el poder de consumo de los americanos mismos o pusiera en riesgo su retiro y calidad de vida futura.

La gradual obtención de distintos derechos y de reconocimiento de personalidad jurídica propia e independiente al nuevo sujeto de derecho empresa, sin regulación promovía, la concentración de poder económico en contradicción del bienestar nacional. Los Estados reconocían personalidad y legalizaban entes más poderosos que ellos mismos, y estos entes denominados corporaciones empezaban a actuar más allá de las fronteras del reconocimiento legal que les había sido conferido, o a derivar resultados incompatibles con el interés público avalados por el reconocimiento legal que les había sido conferido en cuanto a derechos y personalidad.

Durante la gran depresión y años posteriores, los procuradores norteamericanos notaron que, la gran concentración de poderes económicos se daba debido a los *trust*, organizaciones descritas anteriormente, jurídicamente diseñadas para agrupar a varias empresas o *clusters* grupos de grandes empresas que, acaparaban un mercado y que promovían y fomentaban la existencia única de grandes estructuras como el caso de los bancos. Al notar esta concentración, se percataron de el papel protagónico de las corporaciones en la vida económica nacional y al traducir la participación de estas corporaciones en actividades vitales para la sociedad, encontraron que, en forma de los citados cárteles o *clusters* concentraban el 100% de las comunicaciones, 100% de la generación de energía eléctrica, 96% de la minería y el 92% de la actividad manufacturera, que estos grandes porcentajes a su vez eran explotados por unas pocas corporaciones, en manos de las mismas personas físicas presentes en los paneles directivos de una y otra corporación.

Entonces, se hizo necesario esquematizar e idear alguna fórmula que reflejara la participación en el mercado de cada una de las grandes empresas en cada sector, para medir su capacidad de determinar las condiciones del mercado de manera unilateral o conjunta, para así tener una idea del papel que tenía dicha participación de mercado y, el poder que les daba para auto determinar las condiciones del sector. Era hacer una radiografía en porcentajes de participación resultante en un estrecho círculo de poder económico que empezaba a convertirse en poder político.

Se consideró entonces que, si los activos de las corporaciones presentes en la nación

---

<sup>37</sup> *Idem.*

estaban concentrados, los recursos de la economía nacional estaban en pocas manos. Se dieron cuenta de que, las grandes corporaciones eran pequeñas en número pero enormes en poder e influencia, especialmente en materia de servicios públicos, transportes, servicios financieros, petróleo y acero. Esto se evidenció cuando al realizar reportes técnicos diversos sobre la economía estadounidense entre 1927 y 1940, los investigadores notaron que, las principales 90 corporaciones en su mercado tendían a aparecer juntas en su actividad, se llevaban de la mano en *trust*, cooperaciones o *clusters*.<sup>38</sup>

No obstante en 1945, dichas corporaciones se anotaron un éxito más contra la regulación de su conducta por el gobierno Federal, a través de la **McCarran Ferguson Act**, la cual prevé explícitamente que la *Sherman Act*, la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*, solo resultan aplicables a las aseguradoras en tanto se trate de conductas no reguladas por las legislaciones estatales, dando la prelación a la legislación local en la rama de seguros. Las Cortes americanas interpretaron el texto de esta ley como una excepción a la aplicación del derecho antimonopolio a la actividad de las aseguradoras, solo sería aplicable cuando estas realizaran conductas que, además de ser anticompetitivas no estuvieran específicamente reguladas por un Estado. Esta perspectiva dió la posibilidad de legitimar conductas anticompetitivas por parte de un Estado, que no sufre sus efectos a través de la defensa de la conducta regulada, ya que entonces el Estado que resiente los efectos no podrá invocar contra la conducta de la aseguradora la Ley Antimonopolio Federal, para resolver por jerarquía el conflicto de leyes, aplicará la legislación del Estado pudiendo fallarse a favor de una conducta anticompetitiva protegida por otro Estado a través de la mencionada defensa de la conducta regulada. Además de perderse de vista que las esferas locales de gobierno están más desprotegidas ante el uso de poder económico como medio de presión política. Para que la conducta anticompetitiva de una aseguradora en los Estados Unidos quede exenta de la aplicación del derecho antimonopolio Federal, basta con probar los siguientes tres extremos:

- Que la conducta controvertida forma parte de la actividad del negocio de aseguramiento.
- Que la conducta se encuentra regulada por un Estado.
- Que la conducta no se configura como un boicot o en intimidación directa.

Así la industria del aseguramiento en Estados Unidos, se ha cubierto bajo esta pseudo excepción por años, realizando conductas para las que, en el mejor de los casos no se ha podido probar el elemento ilegalidad, los esfuerzos para derogar esta prescripción que ha dado cobijo indebido a esta industria por más de 60 años hasta el año 2007 habían fracasado, con la crisis en los mercados financieros de hoy se abre una puerta para reexaminar los efectos adversos de esta protección en el sector, que ha redundado en la fijación de condiciones mínimas para la contratación de seguros, de enrolamiento en planes de aseguramiento masivos, sin que esto, se signifique en condiciones competitivas y planes que permiten la exclusión de pequeños y medianos prestadores de servicios en diversas industrias relacionadas al aseguramientos como la industria de la salud.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> LERNER, Arthur N. **Bill to repeal the McCarran-Ferguson Act** [en línea], Washington,



Lo anterior es fácilmente ejemplificable en el sector financiero, donde los grandes bancos, las grandes aseguradoras o los grandes administradores buscaban directamente participar, financiar, invertir o asegurar los activos y proyectos de las grandes corporaciones manufactureras, petroleras o acereras. Esto privilegiando aquella perspectiva de conseguir clientes de rentabilidad segura, de esos que se consideraban "demasiado grandes para quebrar" *too big to fail*. Así se cerraba aún más el círculo de poder económico perpetuando la concentración en ambos sectores ya que las pequeñas y medianas compañías financieras no conseguirían asegurar o captar los activos de las grandes corporaciones y las grandes financieras no respaldarían ni extenderían créditos para nuevas empresas o pequeños y medianos competidores independientes.

Al analizar la concentración en el mercado, se pueden ver también dos escenarios alarmantes que los procuradores de entonces buscaron combatir y medir, escenarios que hoy se han olvidado, el primero que entre un 80 o 90% de los bienes concesionados considerados necesarios para el servicio público presentaban concentración y falta de competencia, el segundo, que al menos cuatro de los diez principales recursos naturales de los Estados Unidos eran históricamente tendientes al monopolio, estos eran son y siguen siendo, el petróleo, el gas, la electricidad y el acero. Estas empresas concentraban entre 80 o 90% de la participación de mercado cuando mucho, en diez empresas principales, al ver esta tendencia era necesario expresarla en un parámetro numérico.

A su vez se percataron de que, estas grandes corporaciones no enfrentaban competencia significativa, las pequeñas y medianas empresas, eran una sombra para las corporaciones, incapaces de influenciar sus decisiones de mercado o de balancear las condiciones del mismo. No representaban una competencia intensiva, aunque nunca se plantearon la manera de medir dicha intensidad de competencia, y se confió en el desarrollo de un índice porcentual numérico reflejara con números basados en compras y ventas, la participación de mercado de cada corporación para medir su tamaño e influencia, muchas veces este índice termina midiendo solo el número de operaciones realizadas más no las condiciones de dichas operaciones. Así, nació el Índice Herfindahl Hirsch un índice que cumple ya más de medio siglo de vida y, que no hemos sido capaces de mejorar o complementar con algún índice que mida no solo la participación de mercado, sino la intensidad de competencia en el mismo; la cual esta constituida por la independencia en la misma, viabilidades de sustitución, presencia de marca, inmediatez en la sustitución, influencia neta de la conducta de firmas independientes en el mercado, etcétera.

El IHH nace a partir tanto de la necesidad de medir numéricamente la participación en ventas de mercado o en ganancias en numerario de las corporaciones principales para así presumir, suponer o bosquejar su poder de mercado y, en menor medida la medición de la capacidad productiva de estas firmas, de considerar en cuantos mercados actúan principalmente y, cuanto define su presencia dichos mercados. Sin embargo, este índice es

---

Crowell Moring,(01-03-2007), [citado el 02-11-2008], publications. Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://www.crowell.com/NewsEvents/Newsletter.aspx?id=306>

incapaz de medir la pérdida en eficiencia asignativa de oportunidades o el perjuicio causado por la pérdida de diversificación de producción, no puede medir la pérdida de bienestar o *deadweight loss* provocado, por que una o varias firmas se abstengan de entrar en los mercados relacionados con su conducta principal. Fue incapaz de medir el daño causado por ejemplo por el hecho de que la American Steel Corporation, participara en todos los segmentos y formas del mercado del acero y la pérdida de eficiencia que significaba que sus competidores más cercanos asustados por la fama depredadora de la American, se abstuvieran de entrar en mercados relacionados, "especializándose" o más bien limitándose a una rama del acero, canalado, en láminas, en rolado caliente etcétera.

Un notable estancamiento en capacidad instalada de producción o, un aletargamiento en la expansión de un mercado sin barreras significativas a la entrada, puede ser indicio de pérdida en eficiencia asignativa de oportunidades, sin que este parámetro se haya contemplado fielmente como parte de aquello que el IHH debiera evaluar y reflejar.

Este índice que nació hace más de medio siglo, y a partir del cual el derecho estadounidense y después el neopositivismo señalaron una medida numérica arbitraria general, sigue siendo incapaz de aportarnos información sobre la intensidad de competencia presente en un mercado, la diversificación de opciones o su eficiencia asignativa en oportunidades. Sin embargo, sigue siendo el parámetro vigente en los Lineamientos norteamericanos sin dar lugar a la aplicación de otros índices como el de Lerner, del cual hablaremos más adelante, el IHH no obstante sus limitaciones y fallas que, tienen mayor impacto en las economías en desarrollo, sigue aplicándose a ultranza como un dogma en México y Estados Unidos.

### **3.5 Excepciones a la aplicación de la legislación de competencia en Estados Unidos.**

A continuación reproducimos un listado de Leyes que, establecen excepción a la aplicación de los estatutos antimonopolio a nivel Federal, para determinadas áreas de la actividad económica norteamericana<sup>40</sup>:

#### *I) Sector Agricultor :*

Excepción a favor de las cooperativas agrícolas y hortícolas al amparo de la *Agricultural Act*.

Excepción a favor de las cooperativas en materia pesquera, a través de la *Fishermans Collective Marketing Act*.

Excepción a favor de empacadores de ganado contenida en la *Packers and Stockyards Act*.

#### *II) Sector telecomunicaciones:*

---

<sup>40</sup> GAVIL. *Vid supra n.3., p.906*

Excepciones contenidas en la *Communications Act* de 1934 y ratificadas en la de 1996.

Protección específica hacia las telecomunicaciones por cable especialmente la televisión por cable, cristalizadas en la *Cable communicactios Policy Act de 1984*, *Cable consumer Protection and Competition act de 1992* específicamente el título 47.

### III) Sector energético:

Excepciones contenidas para el gas natural, el petróleo sus derivados y otras formas de energía tanto en la *Federal Power Act*, y la *Natural Gas Act*.

### IV) Exportaciones:

*Reciprocal Trade Act*.

*Export Trading Company Act, de 1982*.

*Webb Pomerene Act*.

*Foreign Sovereign Immunities Act*.

### V) Sector bancario y financiero:

Protegido de la legislación de competencia, a través de la *Bank Merger Act de 1960* ratificada en 1966 y, las enmiendas que constituyeron la *Bank Holding Company Act Amendments de 1970*.

La división de aseguramiento por la *Mac Carran Ferguson Act*, en los términos anteriormente referidos.

### VI) Servicios de Salud:

Aislado de la aplicación de la legislación de competencia por la *Health Care Quality Improvements Act de 1986*. En el sector de aseguradoras, la protección la provee la *Mac Carran Ferguson Act*.

VII) Excepción para las asociaciones de trabajadores a través de la *Norris La Guardia Act*.

VIII) Las Co inversiones o *joint ventures*, originalmente exentas, únicamente en su faceta de coinversión para la cooperación en investigación en aras de eficiencia en innovación por la *National Cooperative Production Research Act* de 1984.

Cabe mencionar que en 1993 la excepción regulada por la ley original fue enmendada para extenderla a ciertos *joint ventures* de producción y aseguró que estos mismos *joint ventures* así como los de desarrollo e investigación directa debían ser controvertidos cuando mucho al amparo de la regla de la razón. A dichas reformas se les conoce como *National Cooperative Production Amendments*.

VIII) Acciones del Gobierno a través de la *Local government antitrust immunity Act de 1984*.

IX) Periódicos y prensa protegidos al amparo de la *Newspaper preservation Act*.

X) Transporte marítimo a través de la *Shipping Act de 1984*.

XI) Transporte terrestre y carretero a través de las diversas Leyes en materia de seguridad controles para registro, acceso etcétera.

Excepción expresa de la acción de la *FTC* a través de reconocimiento textual en la *Federal Trade Commission Act*.

XII) Transmisión de eventos deportivos a través de la *Sport Broadcasting Act*:

Las excepciones de la aplicación de la legislación de competencia a cambio de requisitos de exportación, han sido utilizadas y mantenidas localmente por los Estados Unidos durante décadas, sin embargo en el discurso internacional y, cuando se discuten dichas excepciones y beneficios a cambio de requisitos de exportación cambia el discurso y presiona a las economías menos desarrolladas a no conceder beneficios ni excepciones sobre estas bases aún cuando ella misma los mantenga, esto último en aras de asegurarles un mejor acceso a las inversiones norteamericanas, sin tener que comprometerlas a obtener cierto grado de sus riquezas del exterior del país huésped de la inversión, recordemos que, durante mucho tiempo el objetivo de la política económica estadounidense fue la colocación de los excedentes de mercado de las mega empresas.

Se opone a la adopción de excepciones, con base a requisitos de exportación bajo el argumento de que, estas excepciones y beneficios distorsionan el mercado favoreciendo artificialmente a productores locales y fomentando la discriminación de los capitales con base en nacionalidad y lugar de origen, de donde obtienen su riqueza, castigando la intervención de la voluntad estatal en las decisiones de la iniciativa privada. El argumento de política exterior económica estadounidense se estructura más o menos de la siguiente manera:

"Los requerimientos de exportación al extremo de provocar exportaciones por subsidiarias, que no hubiesen ocurrido en su ausencia, tienen efectos similares a los subsidios a la exportación, los cuales aumentan artificialmente el suministro de los productos en cuestión en los mercados mundiales, y puede provocar el desplazamiento de productos locales más eficientes, o productos más eficientes provenientes de terceros países que no otorgan estos beneficios o excepciones a las ententes de exportación"<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> *Vid supra* n.356, p. 142.

Aún con la posición ambivalente de los Estados Unidos y, sin considerar que este mismo pronunciamiento no lo aplica a su propia conducta de Estado, debemos apuntar que, la validez de los requisitos de exportación y por tanto de las excepciones y beneficios concedidos a través de dichos requisitos fueron reconocidos como no contrarios *prima facie* al GATT. En un caso ventilado ante dicho organismo en el cual se analizó la compatibilidad de la *Canadian Foreign Investment Review Act* de 1982<sup>42</sup>, la cual entre otras cosas establecía como requisito de entrada para la inversión extranjera alcanzar objetivos específicos en volumen de exportación, se decidió que, siempre que dichos requisitos se establecieran de manera clara y equitativa para toda la inversión extranjera, formaba parte del derecho de autodeterminación económica de los Estados, sin embargo, y aún cuando el derecho internacional no le dió la razón a los estadounidenses en este caso, estos siguieron presionado políticamente hasta que Canadá abatió dicho requisito de entrada y, posteriormente con el ALCEU primero y después con el TLCAN se aseguraron de que Canadá se comprometiera a no imponer requisitos de exportación como condición para la aceptación de inversión extranjera, o como un parámetro de escrutinio y evaluación de la actividad empresarial de empresas con inversionistas o capital extranjero, esto especialmente para el rubro de las inversiones en el sistema financiero. Aunque, el otorgamiento de excepciones a las ententes de exportación de la aplicación de la legislación de competencia se reconoce como un derecho legítimo del Estado o al menos no se cuestiona, ya que los tres países otorgan esta excepción, el cuestionar este parámetro como contrario a los compromisos internacionales de alguno de los socios comerciales traía aparejado el riesgo de *stoppel*.

En contraste, podemos mencionar que, existe una excepción específica aplicable al sector, agricultor consistente en desafectar de la aplicación de la legislación de competencia a las asociaciones de exportadores de bienes agrícolas. Esto sin considerar los subsidios directos a la exportación de los mismos bienes, y sin ahondar en el punto de que este mismo tipo de excepción, se repite para otros sectores de exportación directa de la economía norte americana, esta excepción en específico se encuentra contenida en la *Agricultural Act*. Citaremos textualmente una explicación sobre la aplicación y creación de estos regímenes de excepción, a la par con la creación de estatutos que daban mayor poder de investigación al Estado en conductas antimonopolio, explicación resumida que, dilucida el panorama de la siguiente manera:

"Una excepción a las Leyes antimonopolio fue la Web Pomerene Act, la cual diluía la aplicación de estos regímenes fuera de las fronteras de los Estados Unidos, por otra parte la Capper Volstead Act, exceptuaba a las cooperativas de granjeros de las provisiones de las legislaciones de competencia, la segunda sección de este ordenamiento prohibía la discriminación pero la sección 6 les garantizaba a las uniones de trabajadores el derecho al boicot económico y la huelga. En 1976, la

---

<sup>42</sup> *Idem*.

Hart Scott Rodino Improvements Act, reformo estos preceptos y requirió para su viabilidad aprobación Federal explícita. Un año después se promulgo la Tarifa Underwood Simmons la cual era acompañada por una Ley que creaba la Comisión Federal de Comercio con su propia acta, la cual contenía hipótesis legales encaminadas a complementar el régimen establecido por la Sherman Act<sup>43</sup>

Como se puede observar, la creación de excepciones en la legislación estadounidense empezó prácticamente a la par de la creación de la *Sherman Act*, sus alcances, frecuencia y deseabilidad variarían conforme fueron variando las necesidades de la industria americana y conforme fueron variando las necesidades de la sociedad industrial, así como, de conformidad con los cambios de tendencia de cada época, sin embargo, llama la atención que existen sectores concentrados históricamente, que no obstante su ineficiencia o concentración manifiesta, siguen hoy en día gozando de la excepción de su conducta al escrutinio antimonopolio.

Las excepciones de la *Webb Pomerene Act* y la *Complementary Export Trading Company Act*. En estas leyes se contienen consideraciones encaminadas a beneficiar a los cárteles de exportación, de hecho a través de ellas, se les exenta de la aplicación de las disposiciones antitrust, siempre que se cumpla con determinados requisitos. Un cártel de exportación es una asociación de firmas cuya finalidad primordial, es la venta de productos al extranjero que regulan el precio del producto a exportar, mediante la restricción de abasto, acuerdos, o alguna medida que uniforme los términos de oferta, restringiendo la competencia entre ellas, el ánimo de proteger estas asociaciones, radica en que se significan en un ingreso obtenido desde el exterior, que beneficia al Estado del que es originaria la firma al garantizar fuentes de ingreso para la misma obtenidas del exterior a través de la captación de consumo en el extranjero, captación que permite crecer, mantener empleos, encontrar nuevas fuentes de materia prima o simplemente captar liquidez para una industria que, puede significarse en un interés económico regional o nacional.

Estas organizaciones estandarizan principalmente las condiciones de oferta de un producto, y muchas veces también controlan el poder de consumo de los asociados adquiriendo poder monopsónico, algunas veces, como en el caso del maíz la asociación tiene como fin coordinar la compra de materias primas para asegurar a los industriales de cierta nación un precio distinto al establecido por el accionar normal del mercado a través del ejercicio conjunto y coludido del poder de compra.

Especialmente las asociaciones creadas al albergue de la *Webb Pommerene Act* suscitan amplias dudas sobre esta excepción a la legislación de competencia, originalmente esta excepción se creo para promover la expansión de pequeñas y medianas firmas a través de su organización como firmas *Webb Pommerene*, se buscaba que, conjuntaran esfuerzos

---

<sup>43</sup> *Vid supra* n.57.

para acceder a mercados extranjeros, para facilitar los trámites aduaneros, coordinar la búsqueda de mejores condiciones de venta y abasto de materia prima, etcétera. Sin embargo, hoy en día las firmas arropadas por la *Webb Pommerene* son conglomerados grandes y, varias de ellas actúan en industrias que se caracterizan por su amplia concentración.

Este esquema como forma de organización de las exportaciones parece haber fracasado, mientras en la década de los treinta el 20% de las exportaciones se hacían a través de firmas Webb Pommerene, hoy en día menos del 2% de las exportaciones estadounidenses están relacionadas con este tipo de firmas<sup>44</sup>. Las que aún se siguen viendo ampliamente beneficiadas son las Asociaciones de Agricultores, tanto para la exportación como para el mercado interno ya que, estas tienen una doble vía, constituirse como firmas *Webb Pommerene*, para proteger su actividad de exportación de las medidas antimonopolio o atenerse a la *Agricultural Act* para salvaguardarse de estas medidas aunque muestren un comportamiento colusivo en el mercado interno.

Originalmente la *Reciprocal Trade Act*, autorizaba al ejecutivo, cuando este encontrara que existían obligaciones existentes o restricciones a las importaciones provenientes de los Estados Unidos o de cualquier otro Estado extranjero, las cuales resultarán indebidamente gravosas al punto de considerarse restrictivas del comercio exterior de los Estados Unidos a tomar las siguientes acciones:

- 1.- Entrar en acuerdos de comercio internacional con gobiernos extranjeros para realizar armonización de instrumentos legales.
- 2.- Proclamar modificaciones de obligaciones existentes y otras restricciones a la importación, o restricciones adicionales de determinados bienes originarios de diversas naciones así como, la continuación de restricciones.
- 3.- Otorgar tratamiento de exención a determinados bienes procedentes de algunas naciones cuyo comercio este cubierto por tratados de libre comercio internacional o sus políticas fueren compatibles con las de los Estados Unidos o, cuyo comercio exterior necesite estar apoyado por disposiciones gubernamentales (posteriormente de este enfoque nació el Sistema General de Preferencias).
- 4.- Suspender ventajas de trato preferencial a artículos obtenidos, producidos, manufacturados por determinados países que realicen un trato discriminatorio del comercio Americano o debido a otras acciones, incluyendo la operación de cárteles nacionales o políticas que en su opinión tiendan a obstaculizar la obtención de los propósitos anteriormente mencionados.

Fue bajo estas leyes, el marco a través del cual cuando Canadá decidió limitar la circulación de diarios norteamericanos en su territorio para beneficiar las prensas locales que, los estadounidenses pretendieron prohibir la entrada de papel prensa canadiense

<sup>44</sup> GONZÁLEZ de Cossío, Francisco, *vid supra* n. 21, p. 296.

como acción recíproca de presión para obligar al vecino a levantar las limitaciones que protegían a la prensa escrita canadiense. Sin embargo, dicha represalia no funcionó ya que, Estados Unidos no consideró que el papel local era excesivamente más caro y de menor calidad, lo suficiente como para poner en aprietos financieros a sus propios periódicos al cerrarles la oportunidad de importar papel prensa canadiense más barato y de mejor calidad<sup>45</sup>.

Sumado a estas excepciones, pueden encontrarse estatutos que si bien no exentan a ciertas actividades industriales de la aplicación del derecho antimonopolio, si las protegen de ciertas sanciones, por ejemplo, no se puede obtener reparación triple de daños por conductas cometidas en el campo del transporte naviero, si se controvierte el daño derivado del establecimiento de una tarifa que fue aprobada ya por el regulador sectorial.

Otra forma en la que puede manifestarse la defensa de la conducta regulada, es cuando se decide no darle eficacia a la acción de competencia cuando el reconocer su aplicabilidad pudiera limitar la actuación deseada de los reguladores sectoriales o implica invadir la esfera de autodeterminación económica de las entidades federativas.

La misma Suprema Corte ha determinado qué, la inaplicabilidad de la acción antimonopolio frente a sistemas de regulación sectorial o estatal debe limitarse a aquellos escenarios donde, la aplicación de esta acción es amplia y costosamente antagónica al plan regulatorio, cuando signifique una verdadera contradicción de fondo insalvable que amerite sacrificar el derecho antimonopolio en aras de un bien ulterior permeable a todo el sector industrial.

La defensa de los actos de Estado ha requerido un amplio pronunciamiento de las Cortes americanas sobre su viabilidad, límites y coberturas, por ejemplo, las Cortes tradicionalmente se han negado a reconocer como actos de Estado que precluyan la acción antimonopolio las acciones de agencias federales o individuos pertenecientes a agencias federales, aún cuando estén actuando dentro de su carácter de autoridades

Cuando una conducta se reconoce como un acto de Estado puede dar lugar a una defensa en base a alegar que se esta en cumplimiento o al amparo de una conducta regulada por entes con facultades para dictar, aplicar y ejecutar dicha regulación dentro del Estado precluyendo entonces la aplicación de la legislación a antimonopolio aun cuando esta sea Federal, es decir se puede decir que se estaba realizando una conducta regulada cuando al momento de realizar la práctica anticompetitiva se demuestra que se estaba dando cumplimiento con un imperativo legítimo contenido en un acto de Estado. Esta defensa es relevante ya que en Estados Unidos las autoridades estatales, principalmente las legislaturas suelen adoptar disposiciones tendientes a diseñar precios, limitar producción o restringir la entrada en ciertas industrias como parte del planeación económica estatal, o de su política económica regional, aunque dichas medidas se significan en barreras técnicas para productos competidores no regionales y se traducen muchas veces en

---

<sup>45</sup> GUTIERREZ H. Teresa, Vereá C. Mónica [coord.] **Canadá en Transición.**, México, UNAM, 1994 p.257.



restricciones a la competencia planteando un conflicto de leyes con las Federales.

La respuesta limitada y matizada a este conflicto de leyes que, supone la defensa de la conducta regulada o mandada por un acto de Estado, viene resolviéndose desde los años posteriores a la gran depresión, especialmente la década de los 40's donde de principio se favoreció el cumplimiento de los planes estatales de desarrollo, producción y precios, pero qué con el paso del tiempo han tenido que ir siendo delimitados, limitados y atender a la existencia de empresas con un poder económico de tal magnitud convertido en poder político capaz de atrapar reguladores, para que, bajo la cubierta de política estatal, regulen como legislación estatal diversos estatutos que convaliden sus prácticas anti competitivas.

El planteamiento primigéneo en este conflicto, se dió a través del caso **Parker vs. Brown.**<sup>46</sup> ; En el cual un plan de prorrateo de la venta y precio de las pasas producidas en el Estado de California, se traducía en una forma de fijación de precios, eliminando la competencia entre productores del Estado que a su vez, significaban el 75% del abasto de pasas en Estados Unidos y, una gran parte del abasto de pasas a nivel mundial.

Lo anterior, al determinar que, dependiendo la calidad de las uvas, estas tendrían que concentrarse en determinados tipos de graneros del Estado, quien las vendería y repartiría el ingreso obtenido de cada tipo de uvas a los granjeros a prorrata, dejándoles solo el 25% de su producción total para venderla en mercado libre sin la intermediación estatal.

En el citado caso, la Corte valoró el hecho de que el plan en estudio no fue ideado para que operara por medio de acciones individuales o colusiones, se trataba de una conducta regulada, un imperativo dictado por la legislatura local diseñado, monitoreado y operado por las autoridades Estatales, tal imperativo emanaba de la autoridad legislativa con facultades para ello. Además consideró que, nada en el texto de la *Sherman Act*, sugería que el propósito de la misma fuese el restringir al Estado de actividades comandadas por su legislatura, esto en atención de que las actividades encaminadas a echara andar y operar el programa de prorrateo serían realizadas por el Estado mismo y sus funcionarios. Textualmente determinó que:

"En un federalismo dual, donde bajo el mandato constitucional, los estados se reconocen como soberanos, excepto solo por las facultades que el Congreso se ha reservado a nivel federal, un propósito no expreso de nulificar el control estatal sobre sus funcionarios y agentes económicos no es factible de ser inferido"

Es decir, se concluyo que aquello no reservado al Congreso, les es propio a Estados y que, las restricciones que no les están prohibidas sobre la actividad económica de manera textual, no pueden inferirse como inválidas.

---

<sup>46</sup> **Parker vs. Brown.** Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, (1943) [317 U.S. 341, 63 S.Ct. 307, 87 L. Ed. 315.

Se concluyó de manera restrictiva que el texto de la Ley, solamente versaba sobre las colusiones de agentes económicos particulares, que su propósito era suprimir combinaciones y conducta anticompetitiva emanada de los gobernados y no era su propósito limitar el ámbito de acción de las autoridades estatales en cuanto a la planeación de la economía regional, siempre que se atribuyó a un acto de Estado, la creación de la maquinaria que soportaba el programa de prorrateo aun cuando la segmentación de la producción en zonas a prorratear fue una propuesta de algunos productores, fue el Estado el que adoptó el programa, realizó las tareas para su ejecución y sanciona su incumplimiento atribuyéndole responsabilidad penal por la violación de una norma que considera parte de su política estatal.

Siempre que el programa contaba con características como para catalogarlo como acto de Estado, se determinó que, el mismo no era objeto de escrutinio bajo los parámetros de la *Sherman Act* y se le excluyó de la acción antimonopolio.

La teoría del acto de Estado y de la conducta regulada quedó esbozada en términos demasiado amplios, el resultado económico de esta decisión fue permitir que los granjeros de California establecieran a través del programa de prorrateo sin sanción alguna, el precio de las pasas en detrimento de otras regiones no productoras pero consumidoras de pasas en la Federación. No fue sino hasta 1980 que, la doctrina del acto regulado por el Estado encontró limitantes expresas y se cuestionó su aplicabilidad aunque la conducta estuviese avalada por legislación o acto de Estado, a la luz de determinados parámetros. Lo anterior fue a raíz del caso **California Retail Liquor Dealers Association, vs. Midcal Aluminium Inc**<sup>47</sup>. Aunque desde controversias anteriores la Corte había intentado revisar la defensa Parker, fue hasta este caso que pudo destilar un marco limitativo concreto para la defensa.

El primer elemento consistía en evaluar la legislación o el Acto de Estado que permitía la restricción al comercio, y este acto debía tener los elementos para ser calificado como un acto claramente articulado y expresamente reafirmado a través de la *opinio iuris* y al menos la *inventariata consuetudo*, como una política estatal, que el gobernado discierna como que le es obligatoria al ser un acto congruente con lo demandado por el Estado en su práctica jurídica.

El segundo elemento, se traba de un elemento de control, la conducta debía contar con elementos que comprobaran que se estaba ante un acto activamente supervisado en cumplimiento por el mismo Estado. No bastaba con que el precio estuviese fijado por el gobierno, la producción segmentada por una Ley o el abasto y la concurrencia al mercado regulada por un acto de Estado, se requería que el mismo órgano gubernamental monitoreara su cumplimiento ejecutara acciones encaminadas al mismo y estableciera las penas del incumplimiento mismo, esta parte no podía quedar en manos de los particulares un precio, como en este caso que simplemente avalaba precios establecidos por los particulares, no cumplía con el parámetro para la defensa Parker de los actos de Estado en

<sup>47</sup> **California Retail Liquor Dealers Association, vs. Midcal Aluminium inc**, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (1980), [445 U.S.977, 100 S.Ct 937, 63 L. Ed.233].

Estados Unidos, a su vez se consideró que la restricción no era sustentable bajo la defensa Parker ya que, el estado no establecía revisiones sobre la racionalidad del precio establecido, no establecía métodos de monitoreo de cumplimiento ni regulaba los términos de los contratos comerciales que implicaban el bien sujeto a precios regulados, tampoco había establecido mecanismos para reexaminar los resultados del programa. Ante esta amplia manga del Estado a los particulares la restricción se traducía más bien en una fijación de precios establecidos por particulares y avalados por la legislación local.

Entonces se retomo y reforzó una parte del veredicto Parker que había quedado suelta en la teoría y olvidada:

"Un Estado no otorga inmunidad a aquellos que violan la *Sherman Act*, autorizándolos a violarla declarando su acción como legal"<sup>48</sup>

La participación activa del Estado en el monitoreo del mecanismo regulado, busca asegurar que, la inmunidad funcione solo para aquellas partes cuya intención es cumplir con la conducta mandada y no el facilitar o legitimar prácticas anticompetitivas a través de la legislación. Así mismo, este parámetro busca lidiar y aminorar el problema de la presión al regulador atrapado para crear defensas de conducta regulada hacia sectores tradicionalmente concentrados, tal vez este parámetro de defensa hubiera dado lugar a un panorama más claro si a su calor se hubiera revisado el caso **Chicago Board of Trade**, como una conducta regulada por las leyes emanadas en la época del *New Deal*.

Con el paso del tiempo y la desregulación, se evidencio la necesidad de búsqueda de una conducta empresarial prudente y con responsabilidad. Este segundo parámetro ha ido exigiendo mayor evaluación de las Cortes, para considerarse que se cumple con el mismo, no basta con acreditar que existen métodos de ejecución y monitoreo de la conducta ordenada implementados por el Estado, se requiere además probar su eficacia e importancia.

Un tercer elemento ha sido agregado, esta inmunidad solo esta disponible cuando el Estado actúa no en su faceta de consumidor o participante sino como regulador al amparo de su *imperium*, cuando la regulación emana para favorecer al Estado como participante en un mercado determinado no se puede alegar el que el acto comandado sea un acto de Estado, al estar dictado no al abrigo y entendimiento del *imperium* sino de intereses particulares. Lo anterior atendiendo al punto de que, cuando el Estado actúa resguardado por su *imperium* es irracional considerar que esta conspirando en contra de otro igual o de un individuo, sin embargo, cuando el acto se vicia por los intereses de los representantes del Estado como participantes en un mercado o entes privados pueden utilizar la posición en la que se encuentran para legalizar una conspiración, un acuerdo de voluntades ilegal en su génesis, legitimado por los intereses como agente económico privado del Estado o sus funcionarios Así, al no tener disponible esta defensa en el segundo escenario se busca evitar que, el atrapar un regulador origine legislaciones y actos estatales que convaliden

---

<sup>48</sup> *Idem*.

conductas viciadas de origen por la motivación de las mismas y evitar la corrupción del sistema jurídico económico estadounidense.

En México, podemos ver el escenario contrario cuando se pactan los precios con las cámaras empresariales, como en el caso de la tortilla donde el precio regulado es el precio negociado por los agente económicos y simplemente ratificado por el Estado aunque, en los últimos años a esta fijación de precios se ha adicionado una serie de mecanismos de vigilancia de cumplimiento por parte del Estado echando mano de las instituciones al servicio del consumidor. Sin embargo, si se le evaluara bajo este parámetro a los acuerdos sobre el precio de las tortillas como acto de Estado, habría lugar a controversia, por la participación activa y de gran trascendencia del ente regulado en la adopción de los precios.

Cabe mencionar por último una particularidad del régimen sobre las *Joint ventures o coinversiones*. Al igual que en el Canadá, reforzando el arista preventivo de la legislación de competencia, la *National Cooperative Research Act* de 1984, expandida por la *National Cooperative Research and Production Act* de 1993, permite el escrutinio antitrust sobre las *joint ventures* ya que, en su texto primario de 1984 crea un sistema de registro o prerregistro de inversiones, este mismo sistema otorga la facilidad de poder anunciar la intención de constituir una coinversión al Departamento de Justicia, quien deberá estudiar la *joint venture* propuesta, a partir de la regla de la razón y pronunciarse sobre ella, si da luz verde sobre la misma no podrá ejercitar acción antimonopolio sobre su constitución siempre que no varíen los términos en que se aprobó. Sin embargo, este escrutinio contiene a su vez una visión que relaja los controles sobre las coinversiones de producción de acuerdo con la perspectiva Reagan, ya que, aún cuando una *Joint venture* ya en operación no pase el escrutinio antimonopolio realizado al amparo de la regla de la razón, no podrá exigirse de ella triples daños limitándose la indemnización al pago de daños simples<sup>49</sup>.

Sin embargo es esta misma Ley es la que obliga a notificar las coinversiones en Estados Unidos, ofreciendo uno de los pocos controles sobre las *Joint ventures*.

### **La debilidad o decadencia de una firma como excepción a la prohibición de fusiones en Estados Unidos**

Esta excepción solo tiene aplicación para el caso de fusiones, mediante esta se permite a una fusión que, concentra una importante cantidad de poder de mercado, adquiera a una firma competidora en debilidad financiera o franca decadencia, siempre que no se haya encontrado un mejor comprador viable, en aras de evitar que los activos de la firma con dificultades financieras salgan del mercado, a través de ella se trata de evitar los altos costos económicos y sociales de una quiebra y busca evitar la pérdida de una opción. No

<sup>49</sup> LINK Albert N. Research Joint Ventures in the United States, [en línea], Washington D.C., Department of Economics University of Carolina, 2005, 12/12/2005, [citado 9-09-2008]. Formato pdf. Disponible en Internet en: <http://www.springerlink.com/content/q6q3357157v07417/>

existe un régimen que garantice que la adquirente sin lugar a dudas mantendrá los activos en el mercado, puede comprarla y desmantelarla a su vez, con lo que los beneficios de la excepción pueden ponerse en duda en el mundo práctico.

En Estados Unidos esta defensa nace al amparo de la Sección 7 de la *Clayton Act*, y para calificar a una firma como en situación de decadencia económica se requiere que:

- a) La firma sea incapaz de cumplir con sus obligaciones financieras en el futuro cercano y sea incapaz de reorganizarse corporativamente.
- b) Demostrar que, se han hecho esfuerzos de buena fe infructuosos para vender sus activos a un comprador que mantendría los activos en el mercado relevante o se signifique como una opción menos restrictiva del comercio que la fusión propuesta.
- c) Demuestren que activos de la compañía que se fusiona corren riesgo real de abandonar el mercado si no se permite proceder con la fusión.

A su vez establece a través de los Lineamientos para fusiones que se considera una oferta alternativa razonable, y califica de esta manera a cualquier oferta realizada por encima del valor de los activos en liquidación, si existe esta oferta las agencias pueden insistir en no autorizar la fusión, al existir una alternativa viable menos restrictiva.

Los fusionantes generalmente argumentan que, la fusión no supone ninguna amenaza competitiva ya que, de no darse simplemente se pierde un competidor y el poder que se concentra es el de una firma estable con otra que, ya no representa competencia en sí, sin embargo, esto es relativo sobre todo en los mercados de consumo planeado a largo plazo, altos costos de entrada, creación de tendencia, caracterizados por una profunda construcción de marca e información imperfecta. Es decir argumentan que la firma que se adquiere ya no representa una competencia ni dinámica ni intensiva.

Se considera que, la firma es incapaz de afrontar sus obligaciones financieras si es incapaz de cubrir un nuevo ciclo de producción en el curso de un año próximo, o de cubrir sus créditos y necesidades inmediatos, de nuevo en un plazo de uno a dos años dependiendo de la industria. Para evaluar si se está en esta situación, la óptica preventiva y la prenotificación de fusiones, ha permitido al gobierno analizar los efectos de dichas fusiones de manera oportuna, identificar y diferenciar cuando se trata de una compra hostil, de una fusión que tenía opciones alternativas menos restrictivas o, si se trata efectivamente de la única opción para que los activos de la firma que califica plenamente como decadente, no abandonen el mercado.

Como era de esperarse los parámetros estrictos para aplicar esta defensa, han provocado las quejas de muchos empresarios quienes objetan que es prácticamente necesario iniciar los procedimientos del famoso Capítulo XI de quiebras, para calificar como firma en decadencia y poder llevar a cabo la fusión, sin embargo el relajar los estándares propicia solo olas de fusiones entre firmas que, tal vez con reestructuraciones internas u otras

opciones podrían seguir significando una presencia benéfica en el mercado y provee poca protección ante las compras hostiles por rivales.

La decisión del caso **FTC vs. International Shoe Co.**, contiene razonamientos que permiten ejemplificar el ánimo que llevó a tomar a una firma en estas circunstancias como una excepción para la aplicación del derecho antimonopolio. Este criterio judicial fue el punto de partida para empezar a esbozar la defensa de la firma en decadencia. Se dictó en 1930 por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

Esta decisión aportó los criterios básicos, posteriormente las cortes ahondarían sobre el punto de que se consideraba una oferta de buena fe y que se consideraba la búsqueda de alternativas menos restrictivas, adicionando estos elementos a los básicos aportados por International Shoe.

El uso del criterio de firma débil o en decadencia prevé que, una fusión cuyos índices de concentración sean relativamente altos podría ser aprobada aún bajo este escenario cuando se demuestre que .

- a) Una de las partes podría quebrar o sus activos abandonar el mercado.
- b) No puede reestructurarse corporativamente la empresa bajo otros medios previstos por los procedimientos de bancarrota.
- c) Existe ausencia de compradores alternativos, después de un esfuerzo de buena fe de encontrar uno, o existe ausencia de ofertas que se consideren alternativas razonables.
- d) No existen medios menos restrictivos a la fusión o la fusión se plantea en su versión menos restrictiva posible, para permitir a la firma permanecer en el mercado.

Los Lineamientos para fusiones de los Estados Unidos, desde 1994, han ahondado en lo que se considera una oferta alternativa razonable, estipulan que, una oferta hecha de buena fe, que considere el más alto valor usado fuera del mercado relevante o una oferta equivalente para comprar los activos de la firma en quiebra se considerará como una oferta alternativa razonable, esto en contraposición a las adquisiciones de firmas competidoras que pudieran determinarse como hostiles o anticompetitivas.

Esta defensa es también reconocida por los procuradores estatales, sin embargo en el ámbito local, en fusiones, cuyo impacto es meramente regional la interpretación no es tan estricta como la realizada por las Agencias Federales de los Estados Unidos, en esta jurisdicción, el estudio se centra en la inminencia de quiebra o desaparición de la firma, la imposibilidad fáctica de encontrar un comprador después de un esfuerzo de venta de buena fe y, la inexistencia de alternativas menos anticompetitivas.

En el derecho norteamericano, existe aplicación específica de esta defensa en el sector bancario, por lo que, ante la presente crisis podemos pensar que será ampliamente utilizada y al final, podemos visualizar el escenario de un sistema bancario con menos participantes.

Esta defensa se estructuró al amparo de la Sección 7 de la *Clayton Act* y diferencia entre adquisiciones realizadas por inversionistas institucionales (inversión directa), y otras hechas solo por inversión sin intromisión en la administración del banco (especulativas), así tanto la Ley de Fusiones Bancarias como la Ley de Grupos Bancarios, dan forma a una defensa modificada de firma decadente, especializada para fusiones de bancos y adquisiciones, la cual, permite aprobar una fusión en el sector que desencadenaría alta concentración cuando el interés público en la fusión sobrepase el efecto anticompetitivo. Curiosamente y, aunque la Ley mexicana no prevé esta excepción a la letra, esto fue lo que sucedió una vez que emergieron los bancos recapitalizados con el Fobaproa, se dió una segunda ola de fusiones que concentró mucho más el mercado bancario bajo el argumento de interés público o lo que fue, en otras palabras el crear bancos *too big to fail*, al amparo de este pensamiento y esta lógica no escrita en Ley, en México se permitió la adquisición de Banamex por City Group y de Bancomer por BBVA, las cuales, concentraron más del 75% de la captación de los depósitos en efectivo y el otorgamiento de crédito personal revolvente, así como en su momento las afores.

Otro tipo de excepciones a fusiones que concentran gran poder de mercado, son las que dictan los organismos sectoriales, los cuales pueden exentar a una operación de fusión en un sector regulado, por ejemplo telecomunicaciones, del escrutinio del derecho antimonopolio cuando, se considere que, persiguen objetivos ulteriores de mayor importancia. Sin embargo la facultad de exentarlos de dicho escrutinio deberá establecerse en letra de Ley directamente.

### **3.6 Política de competencia en Estados Unidos.**

Las directrices seguidas por la política de competencia de los Estados Unidos en los últimos años, se fueron gestando desde 1890, partiendo de los principios económicos delineados por Alfred Marshall en su obra escrita, de sus parámetros se tomaron las definiciones y elementos para determinar costo marginal, margen de ganancia, eficiencia asignativa, beneficio del consumidor, curva de demanda, excedente del consumidor, y otros conceptos, esta obra fue publicada un poco antes de la *Sherman Act*, así, los legisladores tomaron varios de sus principios para dar estructura al cuerpo normativo.

Durante los primeros años de vida de este ordenamiento, cuyo texto es amplio, inclusivo y general de manera intencional para ser acotado por las Cortes, existieron debates sobre la tendencia que su aplicación debía tomar, debates que, se debieron a la existencia de dos corrientes de pensamiento liberal. Si bien el enfrentamiento entre capitalismo y socialismo no impactó de manera significativa ni la génesis ni la exégesis de la Ley, la controversia entre liberales progresistas, posteriormente conocidos como neoliberales y los New Dealers, o posteriormente conocidos como estructuralistas, dieron lugar a diversos criterios de aplicación e interpretación de la Ley, lo que dió origen a precedentes mixtos sobre la lectura de las Cortes de el texto de la Ley.

La diferencia entre ambos grupos, era el grado de creencia en el mercado y su regulación, los progresistas creían en el mercado como un todo capaz de autorregularse y auto

dirigirse, y veían la intervención del Estado como un punto desincentivador de la actividad privada. Los New Dealers, por su parte, veían la intervención estatal como necesaria para la preservación de la existencia del mercado, su libertad, independencia y correcto funcionamiento, y creían que la proliferación de varias conductas empresariales, era contraria al mercado mismo, a la libertad y a la autodeterminación económica de los pueblos y por tanto un obstáculo para la democracia económica.

Como es evidente durante la época de los 60's se adoptó a ultranza el pensamiento progresista, pensamiento que se volvió un dogma en la época de los 80's. Durante los 90's prácticamente, las crisis económicas déficit sociales y la pérdida de equilibrios de mercado, hicieron evidente lo no declarado aún, que la desregulación del mercado promovía su depredación, se vió así la aplicación por parte de economistas y abogados menos dogmáticos, de la teoría de los juegos la cual probaba que, varias prácticas de mercado eran ineficientes y dañinas para el mismo y que la intervención estatal era necesaria para derivar algún resultado deseable de la operación del mismo mercado, se atrevieron a lo proscrito, a demostrar que el mercado era y es incapaz de auto corregirse solo y que la competencia por la competencia como objetivo y medio a la vez, redundaba en tautologías de las que es incapaz destilar un objetivo social deseable, que rompe el equilibrio y únicamente acentúa las disparidades económicas regionales y las discrepancias en las dotaciones iniciales de mercado.

Otro punto que ha predominado en la política económica estadounidense, de las últimas décadas a partir de los 60's y que contradice todo el sistema de leyes estadounidense, es que la materia se ha vuelto cada vez más teórica y retórica, se basa y cimienta sobre escenarios hipotéticos calculados matemáticamente cuyos cálculos son comprensibles solo para los versados de la materia y no están accesibles en realidad ni para la población ni para los pequeños ni medianos agentes económicos, incapaces de costearse un economista asesor de cabecera. Así, la materia se ha vuelto inaccesible e incomprensible para la mayor parte de los gobernados, abatiendo el principio de legibilidad y accesibilidad de las leyes que muchas veces y en otras materias y aún a principios de la aplicación de la *Sherman Act*, imperó en el *Common Law*, como citamos textualmente en el primer capítulo de la presente tesis.

Un problema aún más grande que ha permeado todo el sistema se deriva en que el neoliberalismo expresado matemáticamente se convirtió en ilegible y muchos de los escenarios calculados presumidos y dados por hecho matemáticamente fueron incapaces de realizarse en la realidad humana al concebir los conceptos fundamentales de este sistema como estáticos, para ellos, la eficiencia fue algo estático, la eficiencia distributiva se derivaría sola, el mercado actuaría solo, la demanda y la oferta interactuarían y disciplinarían todo solo por regla. Sin embargo, el dinamismo del mercado lo aporta algo que aún no puede calcularse a través de fórmula matemática certera, el libre albedrío. Es imposible verificar en la realidad, la existencia de muchos de los escenarios y principios establecidos matemáticamente por los progresistas, por tanto, muchas de las conclusiones que, se calificaron como autodeterminadas nunca se manifestaron en la realidad, muchas de las consecuencias que se derivarían automáticamente de la autorregulación de los



mercados y su actuar sin vigilancia se convirtieron en simple retórica, consecuencias programadas para una realidad distinta a la que vive la mayor parte de la humanidad, aplicable solo a la realidad de unos cuantos.

Así la adopción dogmática del libre mercado desreglado, hizo perder el equilibrio y la finalidad objetiva de la actividad humana primigénea, los creadores de la política económica perdieron de vista su obligación y compromiso de hacer sus teorías significativas accesibles y atendibles para la mayor parte de la audiencia a la que van dirigidas, más aún cuando se trata de regulaciones, se perdió la finalidad de hacerle inteligible la Ley al gobernado, quien, si la entendiera, tendría mayor facilidad para ajustar la conducta a la regulación, al perderse la regulación la confusión fue mayor por que el gobernado ya no podía ajustarse ni siquiera al texto de una Ley, debía ajustarse al parecer del regulador que podía estar presionado por diversos intereses económicos y cambiar de parecer a cada momento violentando la seguridad jurídica del sistema. El momento de mayor pérdida de equilibrio fue cuando los creadores de política económica de diversos países, adoptaron lo dicho por los economistas como dogma, sin siquiera ellos mismo entender el significado y alcance de que los nuevos economistas chicagonitas proclamaban como medio para la competencia económica o como nuevas reglas de mercado. Entonces sucedió algo sin precedentes, ante el vacío de significados se valoró lo intangible, dejándolo auto valorarse solo sin verterle un contenido, ante la adopción del dogma y la satanización absoluta de cualquier grado de oposición al principio irrefutable de la autorregulación de mercado y la confusión ante la adopción automática de teorías económicas sin significado o ininteligibles, ante el miedo de parecer retrógrada, ni siquiera las oposiciones más fervientes se avocaron a la creación de teorías compatibles con el capitalismo, la libre iniciativa y el mercado pero alternativas al dogma neoliberal, dejándonos sin alternativa viable preparada para cuando la falla del mercado fuera tan grande que se tuviera que revirar el rumbo, permitiendo que la falta de contenido en el valor la sobrevaluación de lo intangible y la rectoría de la actividad económica sobre dogmas desprovistos de significado o ininteligibles erosionarán la credibilidad en la actividad económica humana en una crisis inusual como la que hoy vivimos, al no poder siquiera asignar un valor a ciertas obligaciones contraídas irracionalmente.

La política de competencia de un país, se puede analizar desde dos perspectivas, su trabajo en abogacía por la competencia el cuál en los últimos años tiene una visión preventiva y, la faceta ejecutiva del mandato económico.

Por abogacía por la competencia tomaremos la definición estructurada por la Red Internacional de Competencia económica<sup>50</sup>. La cual implica:

"La labor de protección y promoción de la competencia la libre concurrencia en los mercados, distinta de la que representa la aplicación de la Ley, (faceta ejecutiva); es la labor de gestión y comunicación para procurar un entorno favorable

<sup>50</sup> RICE. Red Internacional de Competencia, informe comparativo, México, página 27.

entre las entidades gubernamentales y para crear conciencia en la población de las ventajas y los beneficios de la competencia."

A través del presente, se aborda la faceta de abogacía de la competencia de Estados Unidos, tocando únicamente de manera lateral la faceta ejecutiva, ya que, sobre esta última se han realizado distintas disertaciones a lo largo de esta tesis.

La abogacía por la competencia, tanto en Estados Unidos como en México, como en Canadá, debe aplicar a la actividad tanto de agentes económicos privados como estatales, y a la actuación de los reguladores sectoriales. Se trata esta conducta de la realización de campañas, esfuerzos, concientización y educación de los diversos agentes de la sociedad para el conocimiento de la herramienta competencia económica, su utilización, los resultados que de ella esperarían derivarse en su caso, sus ventajas y su funcionamiento en torno a los parámetros establecidos por el Estado, cuando realiza, lo que en capítulos anteriores denominamos como planeación de mercados. Estas directrices influyen decisivamente en el marco regulatorio y posteriormente en la ejecución de la Ley.

Se trata del nivel de fomento, difusión y la claridad que tienen las directrices establecidas sobre legislación de competencia, mucha parte del éxito de una política de competencia depende de la fortaleza de las instituciones involucradas en su adopción, seguimiento y aplicación, así como las directrices que se toman para asegurar condiciones mínimas de calidad, oportunidad y precio en los bienes y servicios. Es la política de competencia la que debe valorar si la conducción del mercado esta derivando o no resultados sociales óptimos y deseados.

Como parte de la política de competencia, se pueden ver las determinaciones de ciertas naciones de que la información sobre, servicios, productos, precios y comportamientos fluya, entre los diversos niveles involucrados en una actividad económica, aquí vemos una tendencia permanente desde los 60's en los Estados Unidos, tendiente a considerar únicamente la información generada en relación con la oferta y el orden económico necesario para determinarla y delimitarla, desestimando la información relacionada con el ejercicio del poder de consumo, sus patrones y resoluciones.

En este mismo campo encontramos la evaluación sobre la independencia de los agentes económicos, es parte de la política de competencia de cada país, determinar qué se considera un agente económico independiente.

Para establecer una política de competencia nacional, se requiere estudiar diversos puntos, como la estructura de costos de cada sector industrial, acceso a financiamiento, estado de la tecnología, estructura del mercado, poder de consumo, estabilidad de las condiciones macroeconómicas, interacción de las variables microeconómicas etcétera, debemos conciliar todos estos conceptos, con el interés público, con aquello que su sociedad quiere derivar de la interacción en la actividad económica, utilizando la herramienta competencia económica. Sin embargo, en el caso de los Estados Unidos como en el caso mexicano, la

política de competencia es poco clara en sus objetivos al caer en la tautología de confundir fin con medio.

Así, al perder un objetivo establecido de la acción de los mercados, se perdió el equilibrio de la economía estadounidense, entre la actividad económica particular y el bienestar social, la teoría del *american pie* fue segmentada al tamaño de la rebanada artificial y, no se atendió al completo y debido reparto y circulación del pastel, a esto ayudó la desregulación a ultranza. Gran parte del éxito de la planeación de una política económica, depende de las herramientas de las que dispone un organismo de investigación como el Departamento de Justicia, con las órdenes de *Discovery*, en caso de acciones de clase, o la Comisión Federal de Comercio, a través de órdenes preprocesales de secuestro de archivos, inspección etcétera, sobre la obtención de la evidencia, las Cortes americanas, han aplicado principios parecidos a los que han ejercitado sobre detenciones criminales arbitrarias, *male captus bene detentus*. Este principio aplicado a la jurisdicción personal, implica que no importa como se consigue al sujeto solo importa que a través de la detención, aún cuando fuera alcanzada de manera ilegal, se puede ejercer jurisdicción sobre él, entendiéndose que el medio de captura no vicia la jurisdicción, en el caso de la información sobre agentes económicos en diferentes casos, se ha determinado que, no importa la legalidad del medio a través del cual se consiguió la información, esto no vicia la calidad ni el peso ni la admisibilidad de la evidencia para las Cortes americanas, mientras el medio no afecte la veracidad de la información.

Los procedimientos de función pública establecidos para evitar la captura de reguladores, forman también parte de una política de competencia, esto puede lograrse a través de un control de legalidad estricto sobre las decisiones de los organismos reguladores, una mayor sujeción de las decisiones de estos mismos a revisión, la adopción de códigos y reglas de procedimiento estricto para los mismos o la realización de auditorías obligatorias sorpresivas que cuestionen, desde los mecanismos de decisión hasta los resultados de los mismos, auditorías llevadas a cabo por terceros no parte del sector industrial regulado o del gobierno, para garantizar su imparcialidad, un ejemplo de un esfuerzo para regular la toma de decisiones y evaluar su impacto en la competitividad de los mercados lo tenemos en la *Ley Sarbanes Oxley*. La cual, sin embargo, fue incapaz de evitar la valoración subjetiva de elementos intangibles e inestables, ni de provocar un comportamiento ético ente los tomadores de decisiones de los mercados financieros al estar diseñada para vigilar un mercado, cuyos parámetros de operación carecían de significado.

La falla de la política de competencia para evitar la captura de reguladores en algunos sectores industriales de los Estados Unidos es evidente, para muestra, bastan las excepciones a la aplicación de competencia en transacciones específicas que el sector transporte ha conseguido en reiteradas ocasiones en aras de evitar la competencia con transportistas extranjeros, aunque este objetivo resulta una finalidad sin contenido, a la larga permite simplemente, la concentración del mercado del transporte en manos de los pocos transportistas ya existentes en dicho país, a través de presión principalmente al Congreso y después a organismo ejecutivos han logrado mantener y legalizar barreras

anticompetitivas contra la entrada de nuevos competidores.

Un punto que aportaba una correcta política de competencia y que, ha sido una de las fallas principales en el presente entorno económico, es que una de sus labores era el evidenciar cuando era necesaria la regulación y cuando no, al mantener siempre una visión preventiva de la aplicación de la Ley, parte de su trabajo era identificar situaciones riesgosas y actividad económica riesgosa a tiempo, en determinados sectores clave para corregir dicha actuación antes de que, fuera necesario adoptar medidas de rescate o contracíclicas. Evidentemente la desregulación, fue eliminando los instrumentos de detección del Estado provocando que, la intervención estatal se diera únicamente cuando los efectos de la actividad de ciertos agentes económicos altamente riesgosa, se habían ya manifestado, permitiéndole únicamente actuar en faceta correctivo paliativa y no en su faceta preventiva.

No se contemplo que, la falta de regulación el exceso de integraciones, el desmantelamiento de medios de control y la incertidumbre creada por estos factores en los mercados, pueden también desincentivar la competencia, al permitir el crecimiento libre desreglado y sin vigilancia del poder económico de determinados grupos económicos. Así, se malentendió en los últimos años el papel de la política de competencia en los Estados Unidos, como un elemento encaminado a convencer a ciertas autoridades públicas para que se abstuvieran de adoptar medidas de control que, según los grupos de interés "obstruían la toma de decisiones de empresa", limitando su participación a medidas de rescate y al levantamiento de escombros resultado de la conducta desreglada.

En un principio, se avocaron a persuadir a los organismos gubernamentales de adoptar medidas que protegieran grupos de interés, incluyendo grupos sociales en desventaja, haciendo penetrar en el subconsciente del Estado y población la falacia de que un peso de productores y agentes económicos oferentes vale lo mismo que un peso del consumidor y del gobierno. Así se presionó a las instituciones para que, dejaran de aplicar o crear legislaciones que protegieran grupos económicos de desigualdad bajo el argumento macroeconómico, de la generación de déficit en la cuenta pública que, a la larga la empresa privada pagaba a través de impuestos. Bajo este orden de ideas, el gobierno no solo desmanteló la serie de leyes que vigilaban, normaban y monitoreaban el comportamiento empresarial, dejando únicamente esqueletos normativos sino que, limitó su actuación para la protección de grupos en desventaja en la sinergia de la interacción económica, como los consumidores, grupos socialmente desfavorecidos como mujeres, enfermos, trabajadores de bajo ingreso, hasta que paulatinamente se fue sacando el poder de consumo como parte de la ecuación maximizadora del bienestar nacional.

Todo esto en general, contribuyó a debilitar a la regulación como herramienta disciplinadora del mercado. Irónicamente, el punto más fuerte de la política de competencia desarrollada por los norteamericanos se ha dado en el nivel de conciencia, información e interacción de sus consumidores con el mercado, estos están plenamente conscientes del perjuicio que causa la concentración del mercado, y de que sus decisiones de compra les otorgan un cierto poder democrático sobre la conducta empresarial, al

comprar un producto no solo se compra el bien sino la ética empresarial, la toma de decisiones del agente económico se respalda o se repudia en la caja registradora. Sin embargo, en los últimos años estos consumidores descuidaron el mismo punto que el gobierno, no consideraron que un dólar suyo no es igual ni equivalente a un dólar de un productor.

La concientización del consumidor americano fue lograda gracias a la activa interacción entre derecho de la competencia y derecho del consumidor concebidos como dos ramas del mismo pilar que, sostenía a la economía americana y al acceso a oportunidades de la misma y fue este último termómetro el que, a menor escala siguió funcionando aún cuando se desregló el sistema para hacer algún tipo de freno a la actuación empresarial.

Sin embargo, ese último freno también fue superado a través de la sobrevaloración de marcas y creación de tendencias e incompatibilidades calculadas. El consumidor perdió la claridad ante la sobrevaloración de lo no tangible, es decir, el último valuarte de la política de competencia estadounidense se sostuvo de la cultura de competencia ampliamente difuminada en su población y no de la valoración de los elementos de los bienes y servicios.

Es precisamente esta cultura de la competencia permeable entre la población americana, la que ha provocado el respeto a las decisiones de los organismos de competencia, ya que, se entiende que, estos organismos cuidan que se preserven en el intercambio económico una serie de fines ulteriores de mayor jerarquía que, la simple creación de riqueza o la actividad productiva. Es esta misma cultura la que hace que, los acuerdos de inmunidad sean beneficiosos y atractivos para romper el dilema del prisionero en una jurisdicción donde hay regla de la cantidad mínima, se cumple con la regla de la certidumbre absoluta y dentro de los efectos laterales, se crea una cultura de respeto al orden económico, se sabe que es beneficioso tanto para evitar sanciones penales como para evitar el desgaste del nombre de la negociación, el atenerse a estos acuerdos de inmunidad y valorar el repudio social que generan en la sociedad americana, ser visto como participante de este tipo de colusiones que el americano considera, lo dañan a él a su vecino y al país en general.

La creación de esta cultura de la competencia, no se debe solamente a las instituciones federales de competencia, se logró permear la conciencia americana independientemente del Estado, donde se reside, gracias a las labores de prevención, cultura y abogacía de la competencia de los procuradores locales, los cuales reconocen como parte de sus obligaciones, la salvaguarda de la libertad del mercado y la tutela de los intereses económico-productivos, así como, de los objetivos económicos de sus localidades.

Se pierde de vista que, a nivel política de competencia, el dólar del consumidor tampoco es equivalente al del productor ya que, los dólares de ganancia del productor generalmente están concentrados en grupos pequeños bien organizados que pueden dirigir los recursos político económicos, para presionar cambios regulatorios, mientras que, un dólar de ganancia del consumidor es un dólar disperso desorganizado incapaz de concentrarse para

provocar cambios regulatorios de largo plazo, mucho menos en un sistema adaptado para monitorear el poder económico concentrado en la oferta y a no reparar en la concentración de poder de consumo, ni para organizarlo en el caso de los particulares ni para combatirlo en el caso de las transnacionales. Por estas razones, el cabildeo por parte de los productores es más eficiente e implica el gasto de menos recursos, que un cabildeo organizado por el consumidor aunque, de organizarse su impacto político sería mayor al concentrar mayor número de votos, la organización de este poder fácticamente resulta imposible y caótica así como, impermanente ante las diferencias en necesidades de consumo entre los particulares, que conforman el grupo denominado consumidor aún en países con cultura de consumo y competencia como los Estados Unidos.

A la larga, la actuación de las autoridades de competencia se basó en la política de perseguir solo aquellas conductas cuya nocividad era evidente y que se desprendían de las formas más tradicionales de conducta anticompetitiva de negocios. Así, se descuidó la integración y concentración de poderes en mercados verticales y relacionados, en erosión al poder de consumo, ingreso y a la diversificación regional de actividades y durante la época de Reagan se dejó la existencia de la regulación de competencia únicamente para conductas notoriamente nocivas, como acuerdo verticales y fusiones, siendo aún estas evaluadas desde la óptica estatal más benevolente posible. Se dejó la aplicación de la legislación de competencia para etapas de incubación de la economía americana pasada y, si acaso futura y se descuidó la aplicación en la actualidad, lo cual debilitó la abogacía por la competencia en los mercados presentes.

Se segmentó la elección de actividades de aplicación de la legislación de competencia, limitándola a lo evidente indebidamente.

El modelo de aplicación de la legislación, de competencia en concordancia con la política de competencia en los Estados Unidos, atiende a una estructura bifurcada, entendiendo por esta estructura, aquella donde las facultades de investigación de las conductas anticompetitivas y la adjudicación de responsabilidades, recae en dos organismos distintos e independientes, haciendo las decisiones resultantes apelables únicamente ante los organismos de mayor jerarquía del país redundando en una justicia económica más certera y expedita.

La toma de decisiones en materia de política de competencia ya sea para el delinear principios como para adjudicar responsabilidades en los Estados Unidos es colegiada esto es por que es menos corrompible por el capital extranjero la toma de decisiones por organismos colegiados que por organismo no colegiados.

Existen en este modelo bifurcado mayores libertades para las autoridades investigadoras y un mayor campo de ejercicio para la acción individual, de hecho como lo vimos en capítulos anteriores, se le concibe al consumidor americano como una especie de procurador de los mercados.

La creación de jurisprudencia por el poder judicial, de Lineamientos y criterios de

evaluación, por las agencias ejecutivas especializadas, en lenguaje inteligible y sencillo así como, las gestiones de cooperación interna intensiva, orientadas a castigar conducta anticompetitiva y a dismantelar de la manera mas rápida sus efectos, son herramientas que ayudan a la formación de una firme política de competencia, como base del sistema estadounidense; de la efectividad en la persecución de conductas anticompetitivas y, de su efectiva sanción, depende la fortaleza del sistema de derecho de la competencia económica para el ciudadano y el empresario americano, ahí se forjó la base del milagro americano y dicha base fue abandonada a principios de los 60's, al desconocer el papel del ingreso y validar toda la acumulación de riqueza por parte de los chicagonitas.

La política de competencia económica estadounidense de los últimos 50 años, vació el contenido de las leyes de competencia y las revistió con el único objetivo expreso de adoptar dos eficiencias como dogmas, asignativa y productiva. Aunque se creía que el combate a los monopolios le abriría en si mismo automáticamente los caminos a la pequeña y mediana empresa, al relajarse las sanciones sobre las conductas excluyentes y descartarse de facto la posibilidad de incurrir en una conducta depredatoria como una tautología teórica, se dejo fuera a las estructuras medias de producción y se permitió su depredación.

Nunca se dio el combate frontal, a las maxi estructuras ni a los monopolios solo se favoreció el estatus *quo*, tampoco se vigiló que, el mercado derivara en su faceta dinámica en una debida redistribución o simplemente circulación material de ingresos, el movimiento de capitales que se favoreció fue el especulativo e intangible sin respaldo.

### **3.7 Naturaleza de las sanciones aplicables por la violación de la legislación de competencia en Estados Unidos**

Como se estableció en el capítulo II de la presente tesis, las sanciones de la materia en el derecho estadounidense, son de distinta naturaleza y origen, administrativas y penales por daño al fisco y civiles por daño patrimonial a la competencia que, establece responsabilidades en primera y segunda línea de daño, que castiga aún con base a principios de jnrisdicción por los efectos y hasta jurisdicción preventiva, que existe una vía doble de persecución de las conductas monopólicas a través de los organismos federales y los estatales y al amparo tanto de legislación estatal como federal, que considera la posibilidad de fincar responsabilidades a los individuos con base a la teoría del levantamiento del velo corporativo desarrollada por sus jurisconsultos y reconocida como fuente del derecho, al establecerse a través del precedente judicial, que para efectos de fuente de responsabilidad considera también la aquilana o extracontractual.

Sin embargo, un punto que no hemos abordado, es la firmeza de sus resoluciones. Las resoluciones derivadas de la aplicación de un precepto contenido en un estatuto antimonopolio federal, son únicamente apelables ante las Cortes Superiores de Apelación Federal, las nacidas de una legislación estatal se pueden apelar ante la Corte Superior del Estado o del Circuito sin embargo el camino es corto y definido.

Desde la decisión del caso **International Shoe Co vs. FTC**, se estableció que, los hechos establecidos por la Comisión en violación a una de las legislaciones antimonopolio que tiene encomendada en administración, siempre que, los hallazgos realizados por el ente administrativo estén fundamentados, no pueden ser cuestionados ante cortes locales y solo pueden impugnarse bajo ciertas bases establecidas, textualmente el citado pronunciamiento expresa:

"Que los hechos encontrado por la Comisión son o no una violación a la sección 7 de la *Clayton Act*, no esta a discusión, se aclara que bajo el título 15 del Estatuto Judicial 730 se determinó que los hallazgos de la Comisión siempre que estén fundados en testimonios e inferencias que razonablemente puedan establecer los hechos como probables o existentes son admisibles ante las Cortes Federales. El Congreso prohibió la sustitución del juicio de las Cortes por el criterio de la Comisión pero solamente cuando se demuestre con evidencia que sus conclusiones carecen de fundamento. Aún cuando no existiera dicha limitación estatutaria las Cortes Federales no pueden hacer de lado los hallazgos de un organismo administrativo o Comisión, a menos que los archivos de la investigación demuestren que dichos hallazgos se basan o constituyen errores manifiestos"

La definitividad y limitación de la revisión de las decisiones en materia federal de derecho antimonopolio, indudablemente han contribuido al arraigo cultural de la materia entre la población, a que se de la regla de la cantidad mínima, certidumbre absoluta y efectos laterales, ya que, el estadounidense sabe que, tiene posibilidades de apelación limitadas, que sobre él recae la carga de la prueba en la apelación y que, además de esta carga deberá solventar la carga de la prueba de sus eficiencias que también es propia, este sistema de apelaciones controladas resulta contrastante con el mexicano, procura una justicia expedita y por tanto mucho más certera, tanto en Estados Unidos como en Canadá los únicos organismo facultados para revisar y echar abajo una sentencia de primera instancia del orden federal en materia Antimonopolio, son las Cortes superiores de Apelación, este control permite contar con un sistema aún más disuasivo de la conducta anticompetitiva.

Además de contar con un sistema de ejecución de las leyes, descentralizado que permite el efectivo castigo de las conductas en todos los Estados de la Unión, se considera que se cuenta con un sistema de investigación diversificado que los protege de la falla de un agente único de investigación, permite concentrar los recursos de ambas vías de investigación y finalmente se considera que, al tener dos agencias de investigación, en este caso el departamento antimonopolio del Departamento de Justicia y la FTC, ambas competirán por realizar investigaciones de la manera más eficiente y fructífera posible.

Así, las acciones que derivan de la investigación de una Comisión administrativa de



competencia especializada como el FTC en Estados Unidos, son solo revisables judicialmente a través de los tribunales de Apelación de mayor nivel, después del fallo de estos tribunales, solo quedaría el derecho a *cerciorati* y recursos últimos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cuando la acción tiene como origen los procuradores estatales o el departamento de Justicia, estas serán apelables ante el tribunal de Apelaciones del Estado o la Corte Superior, cuando emanen de una ley local y ante los Tribunales de Circuito de Apelación cuando emanen de Legislación Federal.

Las acciones origimadas por la iniciativa privada son también apelables en la Corte Superior Estatal o en los Tribunales de Circuito de Apelación dependiendo de la legislación que se considera violentada.<sup>51</sup>

Aunado a esto, se busca que, las investigaciones y hallazgos aportados por estos elementos sean revisados solo por Cortes especializadas y que el camino al *stare decisis* para las agencias, los afectados y el indiciado sea corto.

#### **4.1 Aplicación de la legislación de competencia en México, la naturaleza de sus sanciones aplicables y principios desarrollados.**

Como se destacó con anterioridad, la aplicación del derecho económico mexicano se da dentro de los estándares de la familia romano-canónica, un derecho escrito de aplicación textual preferentemente, donde no se pueden considerar como anticompetitivas las prácticas que no coincidan exactamente en la hipótesis legal.

A su vez, se trata de una legislación cuya aplicación es meramente territorial desprovista de estándares de independencia corporativa y de índices de medición definidos en Ley para medir la intensidad de la Competencia, así como de flexibilidad, para adaptar la calificación de las conductas tipificadas a las diferentes variables a través de las cuales pueden llevarse a cabo para derivar los mismos efectos.

Se trata de una legislación que privilegia la calificación de conductas en mera atención al eslabón de la cadena productiva en que se presentan, o de los agentes económicos coludidos sin atender a los efectos absolutos o relativos, restrictivos puros o accesorios de la conducta independientemente del grado de la cadena utilizado para orquestarlas, tampoco evalúa si la restricción comercial constituye el objetivo principal o accesorio de la conducta, carece de elementos que evalúen el tiempo y los efectos derivados de dicho tiempo en que estuvo vigente la conducta, carece de parámetros para limitar conductas que aportan eficiencias relativas en escenarios controlados como las exclusividades, las cuales requieren de vigilancia y calificación sobre su proporcionalidad y temporalidad.

A su vez, en el derecho mexicano es escasa la participación de los particulares en la acción de competencia por lo que, lo mismo no funge como procurador o vigía del

<sup>51</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *vid supra* n.3., p.-57.

mercado, esta poco relacionado y poco coordinado con las acciones a favor del consumidor y con las disposiciones determinadas por los reguladores sectoriales, se trata de una materia cuyos resultados son poco difundidos.

En cuanto a acuerdos judiciales e indemnizaciones se convierte en una tabla rasa que desplaza a los particulares que hubieren denunciado la conducta, al no imponer multa o imponer multas mínimas a la conducta y prohibir el ejercicio de posteriores acciones judiciales con base a dichos acuerdos extrajudiciales e inmunidades, sin reservar expresamente el derecho de los particulares y sin darles derecho de inconformarse sobre la oportunidad, eficacia y alcance del acuerdo extrajudicial autoimpuesto por el infractor, ni de la inmunidad concedida por la autoridad con la cual da por terminada la investigación.

Se trata de un derecho de la competencia, que ha hecho como eje toral de la rama, el precio en numerario, sin definirlo y sin considerar a todos los demás elementos, condiciones de venta, pago financiamiento y oportunidad que, como hemos visto en otras legislaciones se consideran partes integrales del precio.

Los parámetros fundamentales de la materia, no se encuentran bien definidos mucho menos difundidos o arraigados en la cultura de la población económicamente activa, la Comisión aplica algunas veces si y otras no, conceptos comunes en otras legislaciones de competencia pero no definidos en la legislación mexicana, la discrecionalidad con que realiza esto es preocupante. En diversos casos, ha declarado usar, la defensa de la firma decadente y la teoría del levantamiento del velo corporativo.

Sobre la defensa de firma decadente abundaremos más adelante en el presente apartado de esta tesis, sobre la teoría del levantamiento del velo corporativo para fincar responsabilidades, sobre aquellos que toman decisiones en los agentes económicos, cabe mencionar que, esta teoría no esta definida ni contenida en la legislación de la materia, esta teoría es comúnmente aplicada en países como Chile y España y, originaria de los Estados Unidos, creada para ser interpretada y aplicada al amparo del *Common Law* nuevamente; se trata de una herramienta jurídica recomendable, como hemos expresado anteriormente, que busca evitar que se utilice la personalidad jurídica separada de la persona moral para realizar conductas antijurídicas por parte de las personas físicas que constituyeron o dirigen la sociedad, una manera de buscar profundizar en la responsabilidad individual por el manejo de una persona moral, que aún siendo una teoría de aplicación recomendable, debe definirse su ámbito de aplicación en Ley para no violentar la seguridad jurídica del gobernado. La primera Sala del Tribunal Supremo de España la refiere como:

“Doctrina jurisprudencial acerca de la penetración en la realidad económica de la persona jurídica en pos de aflorar “ad extra” la verdad material subyacente cuando la misma se encuentre con el formalismo de ficción de la apariencia societaria<sup>52</sup>,”

<sup>52</sup> Tribunal Supremo de España. Sala Primera de lo Civil. Expediente 201/2008.

Es decir, se trata de retirar la ficción de una personalidad jurídica distinta de la persona moral cuando esta ficción obstruye la verdad material de una conducta antijurídica. El problema con la adopción de esta teoría, es que en el derecho mexicano no se encuentra cristalizada en ninguna fuente formal, no se trata de un criterio jurisprudencialmente reconocido por la Corte aplicable de manera general ni específica en la materia de competencia, mucho menos, se encuentra reconocido por la legislación y, aún hoy en día pocos doctrinarios mexicanos nos hablan de la aplicación moderna de dicha teoría.

La teoría se conforma de varios elementos, busca el levantamiento de la ficción de personalidad moral distinta a la de los accionistas en cuanto a responsabilidad criminal, económica, daño civil, emisión de deuda, elección de directivos, cuando existe un daño a terceros en su patrimonio, representación, etcétera. Los países que la han adoptado en sus legislaciones, han especificado los alcances de la adopción, algunos solo lo hacen para cuestiones criminales otros patrimoniales, algunos más adoptan todas las facetas de la teoría, México obviamente no se ha pronunciado sobre este alcance, lo que provoca una gran inseguridad jurídica en los remotos casos en que la Comisión la ha aplicado y, aunque dicha aplicación resulte benéfica para el mercado, es indebida al no estar facultada para considerar dicho criterio la Comisión por Ley.

Así mismo, se deben regular los efectos de aplicar esta teoría que pueden ir, desde la imposición de multas a personas físicas, hasta decretar la inexistencia jurídica de la sociedad con todas sus consecuencias, la nulidad de ciertos actos llevados a cabo por la misma o la responsabilidad solidaria, mancomunada entre sociedad y directivos en todas las acciones de esta o solo en algunas, los alcances varían según el criterio adoptado por cada legislación. La aplicación de la teoría es deseable, sin embargo para realizarla también es necesario su reconocimiento en la legislación de competencia, que se integre como un elemento más de la legislación de la mano de la Comisión, y no aplicarla algunas veces sí y otras no, como lo ha venido haciendo dicho organismo en detrimento de las garantías de seguridad jurídica y legalidad de los mexicanos, así podemos ver que esta teoría, sin estar siquiera mencionada en la Ley correspondiente, se ha aplicado por ejemplo en el caso de ácido cítrico anteriormente referido, y a su vez, no se utilizó para sancionar la misma coordinación en el mercado de lisina, volviéndose a usar en el caso de bebidas carbonatadas que abordamos a continuación, destacando así la inconsistencia e incertidumbre que su aplicación discrecional provoca.

Un pronunciamiento de la Comisión en el caso, que versaba sobre prácticas excluyentes de Coca Cola y sus filiales, así como, Femsa contra Big Cola o Ajemex, evidencia la poca pericia jurídica de la misma en estas cuestiones, al extender la letra de la Ley, e intentar arrogarse facultades que no le confiere expresamente la LFCE y, su poco entendimiento de las fuentes del derecho en México.

"El artículo 3° de la LFCE permite a la CFC determinar la existencia de grupos de sociedades que realizan actividades dentro de la economía nacional, al actuar en

conjunto, como es el caso de grupo Coca Cola. La CFCE se respalda además en las nuevas teorías y corrientes como son la teoría del levantamiento del velo corporativo,"<sup>53</sup>

Así tenemos que, aún cuando nuestra LFCE tiene una carencia fundamental, al no proveer concepto o pronunciamiento alguno sobre que se considera un agente económico independiente, esta laguna es utilizada y suplida indebidamente por la CFCE quien se declara con facultades que el artículo 3° no le otorga como la de declarar que determinados agentes económicos forman parte o no de un grupo, al amparo de parámetros no descritos en la Ley, arrogándose la facultad de pronunciarse sobre la existencia de litis consorcio, cuando en ninguna parte de la Ley se contempla la figura.

Por otro lado, cita como fuentes del derecho que dan fundamento a la resolución, la teoría de levantamiento del velo corporativo sin embargo, pierde de vista que, en el derecho mexicano la doctrina y la teoría no son fuentes formales del derecho, por tanto no se pueden considerar como fundamento suficiente, para una sanción, menos cuando sus expresiones no se cristalizan en la letra de la norma jurídica so pena de violentar los requerimientos de los artículo 14 y 16 Constitucionales que exigen la fundamentación de los actos de autoridad en leyes directamente aplicables, y no conceden el carácter de fundamento a las doctrinas, mucho menos un organismo administrativo puede basar sus resoluciones en doctrinas que, por otro lado, pudieran ser consideradas como razonamiento lógico por un tribunal pero que tampoco fundamentaría totalmente un considerando de sus sentencias en él.

Si bien es cierto y favorable, que se haya sancionado la conducta de Coca Cola, el precedente se vuelve endeble cuando la sanción se hace con bases legales subjetivas e interpretadas extensivamente por un organismo sin facultades para ello, organismo que se arroga facultades que la Ley no le confiere, y si a esto sumamos que, en base a dichas arrogaciones ilegales se evita colmar la laguna legal ya sea con una reforma que toque el punto de que se entiende por agentes económicos independientes, o con el desarrollo de jurisprudencia, nos da como resultado una rama del derecho con un desarrollo retrasado, disímulo y discrecional a aplicar por un organismo administrativo que no tiene la base técnica para desarrollar el criterio jurídico sobre el fondo de la materia, labor que sería mucho más viable para un tribunal. Cuando las sanciones se consiguen sobre estas bases, no producen certeza jurídica ni cumplen con la regla de la idealidad suficiente, ya que no provienen de mandato inequívoco de la Ley, sino de apreciaciones discrecionales de la Comisión, tal discrecionalidad da como resultado una litigiosidad constante un resquicio para atacar la legalidad de las resoluciones resquicio que, en este caso provocó un retraso de seis años para la aplicación de la justicia.

El derecho mexicano de la competencia adolece de lagunas importantes, de una incertidumbre sobre su aplicación, de una falta de cultura de la competencia y de poco

---

<sup>53</sup> Practicas monopólicas relativas en el mercado de bebidas carbonatadas. Expediente DE-06-2000 Reconsideraciones RA-30-2005 y RA -45-2005.

entendimiento por parte de la comunidad de negocios especialmente de las pequeñas y medianas empresas, sobre los preceptos de la materia, oscuridad que no ha sido debidamente aclarada por un ente administrativo, como la Comisión y a cuyo fondo no han contribuido los criterios judiciales al versar la mayoría de ellos sobre cuestiones de forma en la investigación o en las resoluciones de la Comisión.

#### **4.2 Los Primeros criterios de la Suprema Corte de justicia de la Nación en materia de Competencia Económica**

Los primeros criterios de la Suprema Corte de Justicia de la nación evidenciaban un desconocimiento latente de los conceptos técnico económicos fundamentales de la materia, dicha carencia se reflejaba desde la mala definición de agente económico al entender a este únicamente como aquel que obtenía un lucro y hacia del comercio su actividad habitual y principal, equiparándolo indebidamente al concepto de comerciante y limitándolo indebidamente, lo mismo sucedió cuando se estudió el elemento daño a la competencia, pasando hasta su declaración de inconstitucionalidad, elemento que a su vez omitió definir La respuesta no era declarar solo la inconstitucionalidad del artículo 10 fracción VII, sino ahondar en el concepto para emitir criterios que permitiesen dilucidar los conceptos fundamentales de la ciencia económica a los gobernados.

Esta falta de abundamiento en los conceptos técnicos de la materia ha afectado a su vez el concepto de: concentración, poder de mercado, poder sustancial, precios grises, precios competitivos, precios monopólicos, independencia corporativa mercado relevante, participación de mercado, interés jurídico, improcedencia notoria, posibilidad de recuperación en el caso de precios depredatorios, índices de medición, concentración, acuerdo de voluntades, coordinación, proceso competitivo, competencia significativa o intensiva, definitividad, actividad económica y la libre concurrencia como un derecho humano, etcétera. La existencia de muchos de estos preceptos ni siquiera se ha planteado ante las autoridades ya sea administrativa o judicial.

En otros casos se ha llegado a conceptos parciales que no tienen la jerarquía de criterio jurisprudencial, pero tampoco en momento alguno arrojan luz sobre el concepto que intentan definir, tal es el caso del mercado relevante sobre el cual se pronuncio alguna vez la Corte en el caso Warner Lambert, confundiendo evidentemente el mercado relevante con la regulación del mismo, así llego a afirmar que:

"Es el conjunto de principios y normas equitativos convenidos unilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas aprobadas por al Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas según la resolución número 25/63 de fecha cinco de diciembre de mil novecientos ochenta, cuando en su sección "D" relativa a los principios y normas aplicables a las empresas, incluidas las empresas

transnacionales"<sup>54</sup>

Como apreciamos, este intento de definición resulta técnica, jurídica y económicamente desafortunado, no contempla ninguno de los elementos del mercado relevante que como vimos se compone de producto relevante, facilidad o elasticidad en la sustitución y mercado relevante, no nos habla de ese universo de productos sustituibles entre sí y viables para la satisfacción de un grupo de necesidades, presente en un determinado mercado geográfico o asequible para determinados consumidores, ni de la flexibilidad de sus sustitución, simplemente se limita a citar que, para su determinación se atiene a lo esgrimido en una resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre cuya fuerza como fuente del derecho abundaremos en el capítulo siguiente de la presente tesis.

La mayor parte de los litigios versan y se resuelven sobre el acatamiento de las formas, en el procedimiento y pocas veces se desarrollan en torno al fondo de la materia o aportan luz sobre las múltiples lagunas jurídicas de esta materia en México. La falta de definiciones necesarias aportadas por el criterio judicial en el derecho de la competencia mexicano ha contribuido a que, no se realicen diseños de mercado con base en dichos conceptos, a que no se diluciden objetivos claros destilables del proceso competitivo.

La falta de desarrollo de dichos criterios judiciales necesarios para la correcta aplicación y delimitación de una legislación de competencia copiada de un ordenamiento diseñado para ser acotado por las Cortes del *Common Law*, provoca serios conflictos de constitucionalidad y seguridad jurídica en la materia de competencia económica en México, su poco desarrollo se debe a varios factores pero los principales son:

- La poca participación del poder judicial en el fondo de los asuntos de competencia económica, al ser calificado y decidido dicho fondo técnico, por un ente administrativo como la Comisión.
- La poca familiarización de los jueces con los preceptos técnico económicos de la materia.
- La poca especialización de la materia entre la comunidad académico jurídica mexicana.
- El enfocar el litigio de la materia en México, en los vicios de forma para decidir los juicios, hace que los Tribunales tengan poca oportunidad de pronunciarse sobre el fondo de las mismas.
- La tradición de juzgadores que, ante el desconocimiento de la materia prefieren declarar los conceptos laxos o mal definidos como inconstitucionales sin proponer una interpretación viable, que contemple los elementos principales de dichos conceptos, aportaciones que se dificultan, cuando no se cuenta con una política de competencia debidamente difundida y diseñada que guíe la herramienta competencia libre a objetivos ulteriores socialmente deseables.

Así tenemos que, los pronunciamientos judiciales en México están en etapas más que

<sup>54</sup> Aguilar Álvarez de Alba la libre competencia en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación p.20.

incipientes, sin embargo, su desarrollo y debida disertación son torales para el afianzamiento de la materia en nuestro país, para asentar las bases de una cultura de competencia que permee tanto en las comunidades de negocios como en la población en general, siempre que, se dote de contenido inteligible para el gobernado a los conceptos principales de la materia y se le demuestre que la presencia o ausencia de competencia efectiva afecta su esfera jurídica y sus oportunidades de desarrollo económico.

El limitar los conceptos a índices, porcentajes y mínimos no le dice nada al gobernado del concepto que dichas cantidades y cálculos buscan medir o demostrar.

### **4.3 Aplicación de los principios de la regla de la razón de *minimis* y mejor información disponible**

En la legislación mexicana, existe un incipiente e incompleto desarrollo de la regla de la razón, se entiende esta como el parámetro en que se califican las conductas relativas y como una presunción *per se* a las mismas, no se trata de que se demuestre que la conducta es accesoria, ni que deriva en eficiencias aún más deseables que las restricciones a la competencia que plantea, por el contrario, la carga de la prueba en el derecho mexicano es negativa, una vez configurada la conducta debe probarse que la misma constituye un daño sustancial, que se tiene poder de mercado y que la misma es una conducta principal, dándole una presunción de legalidad, de entrada a las conductas relativas al amparo de una regla de la razón entendida en sentido negativo.

En los pronunciamientos judiciales y en la legislación se omite tratar o tocar los principios de la regla de la razón aplicable, se omite declarar que, la misma solo será aducible cuando la conducta en estudio manifieste ciertas eficiencias deseables como producto apreciable de las mismas y de tabla rasa a todas las conductas que no están estrechamente descritas por el artículo 9 de la Ley, se les aplica esta regla, no importando si los efectos de la conducta son manifiestamente negativos, o si la restricción de la competencia es el objetivo principal de la conducta, si se dan entre o a través de eslabones distintos de la cadena productiva, se presumen *de facto* verticales y se estudiarán a la luz de la regla de la razón.

En cuanto al principio de *minimis* este lo vemos en el incremento mínimo controlado del 5% del precio hipotéticamente utilizado. Cualquier alza por debajo de este porcentaje, aunque esta se de para mantener precios en zonas grises, no será activamente estudiada en una especie de principio de *minimis*.

A su vez, existe un porcentaje mínimo de poder de mercado a partir del cual, una concentración comienza a preocupar a la Comisión, este índice no se refleja en legislación alguna más bien, se establece como práctica no escrita de la Comisión, toda vez que el mismo índice de medición utilizado para su determinación solamente se encuentra estipulado a través de circulares y directrices administrativas internas. Para que la acumulación de poder de mercado en la jurisdicción mexicana empiece a preocupar debe traducirse en un mínimo del 35% de poder, detentado por los participantes en la practica a

investigar o del ente resultante de la fusión, contrasta este factor numérico pocas veces confiable, ya que, en varios mercados es un porcentaje inusualmente alto, con la determinación de poder de mercado como Canadá quien define su existencia por la simple posibilidad de afectar las condiciones de venta de un producto o servicio independientemente del comportamiento natural de la oferta y la demanda.

Como se desprende de lo anterior, si bien la legislación de competencia mexicana no prevé textualmente un margen *de minimis* a partir del cual cuestionar el poder de mercado de ciertos agentes económicos o a partir del cual, cuestionar una alza sostenida de precios *de facto* si establece patrones mínimos, patrones que el gobernado desconoce al no estar contenido en el instrumento legal idóneo para ello y que resultan altamente subjetivos ya que, un incremento sostenido del 2% aunque no se califique de sustancial por si mismo al no cumplir con el 5% del SSNIP marcado por la teoría, si puede estar ayudando a mantener precios en zonas grises los cuales son también anticompetitivos.

Mucho menos, existe en la legislación mexicana el principio *de minimis* para calificar o cuestionar los subsidios a la exportación o para cuestionar las importaciones subsidiadas bajo parámetros de competencia.

Tampoco se reconoce a la Comisión la facultad de fundar sus fallos o de concluir investigaciones y desprender conclusiones a partir de la mejor información disponible, como hemos visto y seguiremos viendo a lo largo de la presente tesis, la Comisión es un ente con facultades de investigación limitadas, muchas de las pruebas de una práctica anticompetitiva son inaccesibles a la autoridad o a otros agentes económicos, ya que obran en manos principalmente del infractor y la conducta económicamente irracional en general, no es una base sobre la que la legislación mexicana, le permita a la Comisión inducir la existencia de una práctica anticompetitiva, como en los Estados Unidos, ni siquiera la existencia de coordinación tácita en general, obligando tanto a denunciantes como a fiscalía a subsanar y cumplir la carga de la prueba sobre la ilegalidad de la conducta empresarial con elementos de convicción suficientes, elementos que como mencionamos generalmente están fuera del alcance de terceros ajenos a la coordinación de conducta o que, simplemente no existen, como en el caso de la coordinación tácita de tipo Cournot y en los comportamientos que se dan en aras de seguir al líder de mercado, los cuales se presumen casi legales por sí mismos sin cuestionar a los perpetuadores de la coordinación tácita, o del seguimiento, si dicha conducta es económicamente racional, si se decidió realizar dichas decisiones individualmente, o si la conducta resultante es la menos restrictiva posible.

#### **4.4 Índices de medición usados en el derecho mexicano.**

En México como en Estados Unidos, en otra confusión de génesis se utiliza el índice Herfindahl Hirsch o IHH, no como un indicador meramente de las participaciones de mercado de determinados agentes económicos, sino para intentar predecir el efecto competitivo de una conducta, en específico concentraciones, arrojándole al índice capacidades y circunstancias que es incapaz de reflejar, al tratarse de la simple suma de



cuadrados de la participación porcentual en ventas y rendimientos en el mercado determinado, no es un índice, insistimos, diseñado para medir el efecto de una conducta en la competitividad de mercados sino, para reflejar porcentajes de participación, por eso aún cuando no se sobre pasen los 35 puntos de IHH, usados en la mayor parte de las naciones de la OCDE incluyendo México como parámetro, se puede estar presumiendo como legal una conducta que realizada por agentes o por un agente que, si bien no tiene más del 35% de participación de mercado si tiene efecto sustancial, sin embargo, como México parte de este 35% para determinar poder sustancial indebidamente y ese poder sustancial es requisito *sine qua non*, para la evaluación de las prácticas relativas del artículo 10 de la LFCE esta confusión, en las cualidades del índice, termina por esconder ciertas prácticas de efecto anticompetitivo que aunque no reúnen en numerario más del 35% de la participación o el tamaño en ventas de los agentes económicos involucrados, su conducta si tiene un impacto negativo en la competencia económica, dicho índice solo es un bosquejo del tamaño de las ventas de un agente económico en un mercado de determinadas proporciones.

Aunado a esta confusión sobre la naturaleza y utilidad del índice encontramos que, ni la Ley Federal de Competencia Económica ni su Reglamento, facultan a la Comisión para el uso de este parámetro y tampoco se le informa al gobernado a través de estos medios, al ser ellos los encargados de definir facultades de la autoridad y en el caso del Reglamento, el como ejercitar dichas facultades, que su conducta corporativa será evaluada al tenor de este índice, peor aún, matizado con otro índice creación de la Comisión para aminorar los resultados del IHH y que, no esta regulado en ningún instrumento legal, este último índice se conoce como índice de dominancia y lo abordaremos al final del presente apartado.

Siguiendo con el Índice Herfindahl Hirsch, cuya naturaleza hemos comentado a lo largo del presente capítulo resulta necesario señalar que su fórmula textual expresa:

Sumatoria de  $I =$  participación de mercado de  $i$  al cuadrado o  $((H - E_i q_i^2)$ .

Así la manera en que la Comisión determina si una concentración envuelve un poder económico significativo o si un agente económico cuenta con poder de mercado, se basa en la mera suma de cuadrados de su participación en los dividendos monetarios del mercado y, dicho parámetro de medición en contravención a la seguridad jurídica de los gobernados, no le parece lo suficientemente importante determinarlo ni siquiera a través del reglamento reformado. La manera que da a conocer este índice es por una resolución, publicada en el diario oficial en 1998, es decir, cinco años después de que iniciara operaciones la Comisión por lo que, el entorno jurídico en que medía la participación de mercado e incorrectamente en base a esta el poder de mercado malentendido como sinónimo, era aún más incierto y caprichoso, antes de dicha publicación.

El único lugar donde encontramos mención y una breve descripción de la existencia tanto del índice Herfindahl Hirsch y el Índice de Dominancia así como de su aplicabilidad en México es en una Resolución emitida por la Comisión, no revisada por otro poder y emitida al amparo de una Ley cuyo texto entonces vigente no facultaba a la Comisión a

establecer dichos parámetros a través de meras Resoluciones de trámite. La citada resolución establece textualmente:

"20 DIARIO OFICIAL Viernes 24 de julio de 1998

**COMISION FEDERAL DE COMPETENCIA**

**RESOLUCION por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación.**

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Comisión Federal de Competencia.

Con fundamento en los artículos 1o., 2o., 3o., 13 fracciones I, III y VI, 18 fracciones II y III, 23, 24

fracciones II, III y IX, 25 y 29 de la Ley Federal de Competencia Económica, 13 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica y 3o., 8o. fracción I, 14, 15, 16 y 20 fracciones I, III y XII del Reglamento

Interior de la Comisión Federal de Competencia, el Pleno de la Comisión Federal de Competencia emite el

método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios de su aplicación:

**CONSIDERANDO**

**I.** Que el artículo 13 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica establece la obligación a cargo de la Comisión Federal de Competencia de publicar en el **Diario Oficial de la Federación** el método de cálculo de los índices para determinar el grado de concentración en el mercado relevante y los criterios de su aplicación.

**II.** Que a efecto de dar cumplimiento a dicha disposición, que implica dar seguridad y certeza jurídica a todos los agentes económicos, el Pleno de la Comisión Federal de Competencia

**RESUELVE**

**PRIMERO.** Los índices de concentración se calcularán a partir de las participaciones de los agentes económicos en el mercado relevante, sin considerar otra información para determinar el grado de competencia.

De ahí que sólo sean auxiliares en el análisis de la existencia de poder sustancial en el mercado relevante.

Ello implica que deberán analizarse en forma separada las

demás cuestiones señaladas en los artículos 13 y 18 fracciones II y III de la Ley Federal de Competencia Económica y 12 de su Reglamento, tales como barreras a la entrada, el poder de los competidores, el acceso a fuentes de insumos, el comportamiento reciente de los agentes, el acceso a importaciones, la capacidad de fijar precios distintos de los de competencia y la existencia de diferenciales elevados en costos que pudieran enfrentar los consumidores al acudir a otros proveedores.

Las participaciones de mercado se determinarán tomando en consideración indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la Comisión estime pertinente.

La Comisión considerará preferentemente el valor monetario de las ventas totales del mercado relevante, toda vez que son más confiables y su interpretación más directa, sin perjuicio de utilizar otros indicadores en términos de volumen, peso o cualquier otro tipo de unidades que pudieran ser más relevantes en un determinado asunto.

En lo sucesivo, se denominará **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**  $q_i$  a la participación del agente económico "i" en su mercado respectivo.

El cálculo de la participación de mercado se calculará en términos porcentuales. Es decir si  $Q_i$  es el valor de sus ventas, y  $Q$  es el valor de ventas de todos los agentes económicos en el mercado  $Q = \sum Q_i$ , entonces  $q_i = \frac{Q_i}{Q} \times 100$ .

**SEGUNDO.** El poder sustancial en el mercado relevante de un agente económico depende tanto de su tamaño reflejado en su participación  $q_i$ , como de su tamaño relativo respecto de los demás agentes económicos en el mercado relevante. A efecto de considerar tanto el tamaño de los agentes en términos de su participación de mercado, como el tamaño relativo de unos agentes con otros, la Comisión procederá al cálculo de dos índices, de la siguiente forma:

**2.1.** Se calculará el índice de Herfindahl (H), que es la suma de los cuadrados de las participaciones de cada agente económico  $\sum q_i^2$ .

. Este índice puede tomar valores entre cero y diez mil. El valor mínimo corresponde a una situación de mercado altamente

atomizada, en la cual el mercado se divide entre un gran número de agentes económicos, cada uno de tamaño poco significativo. En el otro extremo, el valor máximo corresponde a una situación de monopolio puro, en que un solo agente económico detenta el cien por ciento del mercado.

Al calcularse directamente a partir de las participaciones, el índice H es un promedio de los tamaños de los agentes económicos expresados en proporción del mercado ( $q_i$ ). Este índice de concentración está referido al tamaño de los agentes económicos.

**2.2.** Se calculará también el índice de Dominancia (ID). Para ello se determinará primero la contribución porcentual  $h_i$  de cada empresa al índice H definido en el párrafo anterior ( $h_i = 100 \times q_i^2 / H$ ). Después se calculará el valor de ID aplicando la fórmula del Herfindahl, pero utilizando ahora las contribuciones  $h_i$  en vez de las participaciones  $q_i$  (es decir,  $ID = \sum h_i^2$ ).

Es de resaltarse que ID es un índice de concentración referido a las contribuciones  $h_i$ , las que dependen del tamaño de cada empresa en relación con el tamaño de las demás. Es por ello un índice que para su cálculo toma directamente en cuenta el tamaño relativo de unas empresas con otras. Este índice también varía entre cero y diez mil, según corresponda a un mercado atomizado o monopolizado.

**TERCERO.** Para el cálculo de los índices que resultarían de una concentración, se supone que en caso de realizarse esa operación, los agentes no incluidos en ella mantendrían sus participaciones de mercado. Bajo ese supuesto, cualquier concentración en un mismo mercado siempre aumenta H. Por su parte, ID puede aumentar o disminuir, dependiendo del tamaño de los agentes que se concentran en comparación con el de los demás agentes del mercado. El índice disminuye cuando los agentes que se concentran son de tamaño relativamente pequeño en comparación con el de los agentes más grandes.

Esto refleja el que cuando se concentran agentes económicos de tamaño pequeño, pueden competir en circunstancias menos desiguales con el o los agentes dominantes en el mercado.

**CUARTO.** La Comisión considerará que una concentración tiene pocas probabilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia cuando el

resultado estimado de la concentración, arroja alguno de los siguientes resultados:

- 4.1. El aumento de H sea menor de 75 puntos;
- 4.2. El valor de H sea menor de 2,000 puntos;
- 4.3. Disminuya el valor de ID;
- 4.4. El valor de ID sea menor de 2,500 puntos.

**QUINTO.** La Comisión considerará que una concentración puede disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia, aun cuando las estimaciones de los índices actualicen alguno de los resultados referidos en el punto inmediato anterior, cuando los agentes económicos involucrados en la concentración, se ubiquen en cualquiera de los siguientes casos:

- 5.1. Hayan participado en concentraciones previas en el mismo mercado relevante.
  - 5.2. Por su relación patrimonial con otros agentes, puedan adquirir acceso privilegiado a algún insumo importante, u obtener ventajas en la distribución, comercialización o publicidad del bien o servicio del mercado relevante.
  - 5.3. Tengan o puedan llegar a adquirir poder sustancial en mercados relevantes relacionados.
  - 5.4. Actualicen algún otro supuesto que a juicio de la Comisión pudiera significar una concentración de poder de mercado que no se refleja en las participaciones actuales en el mercado relevante y, por tanto, su efecto no es captado por los índices de concentración.
- La Comisión Federal de Competencia resolverá en términos del artículo 49 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, las dudas o aclaraciones que los agentes económicos tengan en relación con la presente Resolución."

Como podemos ver, el índice mismo sus características y hasta los puntos a partir de los cuales se considera existe concentración de poder, fueron tomados textualmente de los Lineamientos estadounidenses, Lineamientos, parámetros y puntajes calculados para una economía más industrializada, grande y diversificada, cuya concentración se da en oligopolios de entre 4 y 10 participantes, no como en México que se caracteriza por los duopolios, por la producción de productos semiterminados materias primas y poco valor agregado en los productos.

Del estudio del índice de dominancia al amparo de la resolución anteriormente transcrita podemos ver que, se trata solo de una segmentación del IHH, de una forma de hacer que el mismo baje para medir que tan grande es una corporación con relación a otras

corporaciones presentes en el mercado, pero que, no nos aporta ningún indicio sobre la intensidad de competencia en dicho mercado el peso de los competidores en las decisiones del mismo, la influencia de cada uno de ellos en las condiciones de oferta y demanda, la interdependencia de los mismos, ni mucho menos nos da un parámetro para verificar si se realizaran efectos anticompetitivos, solo nos permite saber, que tan grande terminara siendo el ente resultante de una fusión o que tan grande es el orquestador o perpetrador de la práctica en comparación con sus competidores .

Además resulta interesante analizar el artículo 5°, transitorio del mismo decreto, el cual establece hipotéticamente que, aún cuando no se rebasara el límite de 1000 puntos establecido por la misma resolución, la Comisión podrá objetar una operación cuando la misma signifique o evidencie riesgo competitivo, a través de otras manifestaciones. Es ilusorio dicho párrafo, en la práctica no sucede, de hecho sucede algunas veces lo contrario, la supuesta premisa le permite únicamente, objetar operaciones aún cuando no rebasen los 1000 puntos, pero haya indicios de sus efectos dañinos, sin embargo no le permite autorizar concentraciones que sobrepasan el parámetro en consideración, y pasar de largo la concentración mayor a 1000 puntos, como lo hizo en el caso de BBVA-Bancomer referido en el capítulo III de la presente tesis.

El IHH mide únicamente la participación de mercado, otros índices, como el Lerner utilizado por la Comunidad Europea y Canadá, dan un parámetro más amplio, miden la diferencia entre costo marginal y precio, permitiendo al menos detectar precios en zona gris o no competitivos; este parámetro se acerca más a dar un panorama sobre la competitividad de los precios, sin embargo, aún no puede decirse que, permita medir la intensidad de competencia. El medir la diferencia entre costo marginal y precio final y ubicar precios no competitivos en zona gris para combatirlos, es vital para economías medianas y pequeñas, ya que dilucidan mejor los puntos a trabajar en distintos sectores, nos unimos a la propuesta de algunos tratadistas de implementar el índice Lerner además del IHH, al menos para industrias tradicionalmente concentradas como la bancaria, la manufacturera, la refresquera etcétera. A final de cuentas, estos índices no son auto excluyente solo miden y reflejan variables distintas y podrían complementarse, a continuación describiremos puntos relevantes a los mismos, en los cuales aún a pesar de que su uso conjunto nos daría una medición más completa, aún se requerirá mayor trabajo:

1.- El índice Lerner no permite apreciar el daño a la industria, solamente el daño al consumidor, por lo que, aún aplicándolo en combinación con el IHH se requiere un parámetro adicional que nos permita medir el efecto en mercados relacionados relevantes y de factores.

2.- El IHH no permite apreciar si se da la falacia del celofán. En este punto, el índice Lerner puede ser de gran ayuda, ya que la elevación elasticidad precio-demanda no puede detectar precios grises cuando la demanda se establece y determina a través de parámetros distintos, complementarios o periféricos al precio o se parte de un precio ya en zona gris.

3.- El ID o índice de dominancia solo es comparativo, permite apreciar el tamaño del ente investigado en contraste con el de sus competidores, sin embargo la comparación será útil siempre que se haya definido un mercado relevante suficientemente detallado, como para considerar a los competidores viables y no se esté incluyendo competidores imperfectos e indirectos de gran tamaño que vicien la comparación.

Aún cuando ningún índice ofrece una panorámica completa por sí solo, ni utilizado complementariamente con otro, sería recomendable aprovechar los resultados que arrojan ambos sistemas ya que, el Índice de Lerner puede reflejar la diferencia entre costo marginal y costo final del bien en mercados altamente concentrados en condiciones de precios coordinados como en el bancario.

En el derecho de la competencia mexicano, se requiere dimensionar justamente al IHH y reconocer que, este solo nos dice cuantos participantes y de que tamaño en el caso del ID existen en un mercado que de por sí, puede estar ya mal definido, no nos mide ni poder sustancial de mercado, ni efecto anticompetitivo, ni influencia en el mismo, mucho menos mide intensidad de la competencia.

Uno de los retos del derecho económico nacional, será diseñar un índice que mida la intensidad de competencia en mercados determinados, siquiera para dimensionar dicha intensidad de competencia en términos estáticos, se requiere que al menos dicho índice a desarrollar contemple los siguientes factores:

- a) Producción el bien o producir el servicio de la forma más eficiente en tiempo y circunstancias y menos costosas posible.
- b) Los niveles de producción y prestación de servicios y sus relacionados sean óptimos desde el punto de vista social y de mercados.
- c) Que la derrama económica derivada de la venta del bien, beneficie a todos los eslabones de la cadena productiva significándose en utilidades o una mayor eficiencia distributiva de las ganancias que provocara mayor eficiencia en los mercados relacionados.
- d) Que los bienes y servicios se asignen a aquellos consumidores que más los valores y que tengan un mayor poder adquisitivo.

Aún habiendo encontrado un índice que nos permita valorar los puntos anteriores, la tarea estará incompleta ya que estos factores solo medirán la eficiencia de la competencia y su intensidad a través de hipótesis estáticas, faltando aún considerar el elemento dinámico de cada mercado. Sin embargo nos dará una medida más integral de las condiciones competitivas del mercado, y no solo porcentajes de participación o tamaño de operaciones.

#### **4.5 Excepciones a la aplicación de la legislación de competencia mexicana.**

La posibilidad de establecer excepciones a la aplicación de la legislación nacional de

competencia, se ha entendido tanto en la mayor parte de las tradiciones jurídicas conocidas como en el derecho internacional, como parte del ejercicio del derecho de autodeterminación económica de los Estados soberanos, siempre que, dichas excepciones se den a través de bases claras y generales, de un acceso no discriminatorio, y a través de mecanismos que aseguren cierto grado de equidad para los agentes económicos, serán respetadas en mayor medida por la comunidad internacional.

Las excepciones a la aplicación de la legislación de competencia mexicana derivan tanto de la Constitución Federal como de Leyes Federales reglamentarias de un sector específico de la competencia que, por la especialidad de la materia y mandato expreso prevalecen sobre la Ley Federal de competencia Económica.

La Constitución mexicana en su artículo 28 contempla como excepciones expresas a la persecución de los monopolios las siguientes:

- 1.- La emisión de moneda por parte de un banco central.
- 2.- Excepción para las asociaciones de productores de **bienes** que se signifiquen en la fuente principal de ingreso de una región particular, cuando dicha asociación venda sus productos en mercados extranjeros, siempre que las mismas estén expresamente autorizadas por la legislación federal y estatal, y se mantengan bajo supervisión estricta.
- 3.- Excepción para las asociaciones laborales y cooperativas que defienden los intereses de los trabajadores.
4. – Quedan exceptuadas las empresas constituidas por el gobierno y las facilidades adyacentes a las mismas para la explotación de áreas estratégicas entendiéndose por estas los correos, telégrafos, radiotelegrafía, minerales radioactivos, petróleo, electricidad, energía nuclear etcétera.
- 5.- Los derechos de autor, patentes, marcas, así como los derechos sobre sus inventos, además de ser una excepción a la legislación de competencia, se debe investigar su impacto como una barrera a la entrada, de conocer su impacto podríamos evaluar si la restricción se impone por el tiempo estrictamente suficiente para derivar los efectos de la protección a la innovación o, si se trata de la forma de garantizar beneficios exclusivos por tiempo desproporcional, aquí lo que debe evaluarse es el elemento proporcionalidad.

Como observamos por mandato constitucional expreso, quedan exentas de esta aplicación las asociaciones o cooperativas de trabajadores que venden sus productos directamente en el extranjero, esta excepción tiene su origen histórico en el fomento a las exportaciones para las industrias henequeneras de Yucatán, y prevalece hasta nuestros días, sin embargo para esta excepción, deben cumplirse diversos criterios adicionales que se encuentran delimitados en el artículo 6 de la Ley Federal de Competencia Económica, el cual se reproduce en su parte conducente :



“Artículo 6o. No constituyen monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas que vendan directamente sus productos en el extranjero, siempre que:

I. Dichos productos sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o no sean artículos de primera necesidad;

II. Sus ventas o distribución no se realicen dentro del territorio nacional;

III. La membresía sea voluntaria y se permita la libre entrada y salida de sus miembros;

IV. No otorguen o distribuyan permisos o autorizaciones cuya expedición corresponda a dependencias o entidades de la administración pública federal, y

V. Estén autorizadas en cada caso para constituirse por la legislatura correspondiente a su domicilio social.

Los agentes económicos referidos en este artículo estarán sujetos a lo dispuesto en esta Ley respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos dentro de la protección que señala el artículo 28 constitucional. “

De la anterior transcripción desprendemos los siguientes elementos, como necesarios para estar dentro de la excepción referida.

- a) Los productos deben ser la principal fuente de bienestar de la región donde se producen y deben ser distintos de productos de primera necesidad.
- b) Deben estar registradas como cooperativas o asociaciones de exportación. Este registro o reconocimiento se realiza a título de una industria regional completa, ante las Legislaturas, se trata del registro de cooperativas locales. Contrasta con la formalidad de este requisito lo sucedido en el caso de la fusión de Industrias Parras, a quien se le permitió realizar una fusión que sobrepasaba los índices de concentración bajo un argumento parecido a este, solo que enfocado a la exportación y sin exigírsele estar registrada como una industria regionalmente benéfica para una población o como una entente de exportación.
- c) Los productos no deben venderse en México. Nuevamente recordamos que por ejemplo en el caso Industrias Parras anteriormente mencionado durante esta tesis, esta premisa no se cumplió ya que aunque, sin base teórica se concluyó que el fin de Industrias Parras era la exportación no se comprobó que los productos de esta fusión no fueran a destinarse a mercado mexicano.
- d) La pertenencia es voluntaria.

- e) Deben ser aprobadas y licenciadas. Cumpliendo con todos los requisitos mandados por la legislación estatal de su lugar de constitución y que, no se signifiquen en una instancia que cierre la concurrencia de productores locales al arrogarse facultades de admisión, regulación o de emisión de permisos que le corresponden a la administración pública. Su actuación debe ser la de una entidad civil.

La excepción esta diseñada desde un punto de vista plenamente unilateral, contemplada únicamente para la producción de bienes, sin considerar la posibilidad de regiones cuyo sustento es la prestación de servicios como sería la prestación de servicios turísticos.

Esta misma excepción, existe en el derecho norteamericano y canadiense, sin embargo en dichos regímenes jurídicos la misma esta condicionada a que la asociación no se de para la Comisión de prácticas anticompetitivas, elemento que la legislación mexicana omitió considerar.

El derecho mexicano carece de un marco jurídico que permita la debida valoración de eficiencias como defensa a las conductas anticompetitivas, como resultado se ha sobrevalorado la eficiencia especulativa alegada por algunos agentes económicos, eficiencias que en algunos casos jamás se ha materializado o no han producido resultados deseables para el mercado mexicano, no existe un precepto o lineamientos que establezcan de quien es la carga de la prueba, que guíen la valoración de dichas eficiencias ni que obliguen a la Comisión a analizar si las mismas eficiencias son asequibles a través de otras conductas menos restrictivas, no existe ni siquiera un parámetro para evaluar cuales agentes económicos pueden significarse como competidores viables o nuevos entrantes viables y significativos y cuales no, como para incluirlos con seguridad jurídica en las definiciones de mercado relevante. Esto es en parte, resultado de el error de génesis de la legislación mexicana que confunde el medio competencia económica con el fin, sin diseñar mercados ni establecer objetivos deseables a corto y mediano plazo del funcionamiento de dicho mercado, al no tener delimitados estos objetivos, no tenemos contra que sopesar las alegadas eficiencias, no se puede ver claramente si dichas eficiencias contribuyen o denostan la consecución de un objetivo claro.

El siguiente fragmento del artículo 28 Constitucional, nos evidencia que la génesis indebida de nuestro derecho de la competencia económica es la concepción de una eficiencia estática paretiana donde un peso de un productor es igual al del consumidor sin importar las desigualdades regionales o en el poder de consumo del comprador, sin importar que tampoco es igual un peso del productor a un peso del gobierno o de sus competidores en la mediana y pequeña industria.

“En consecuencia, la Ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de

los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.”

A su vez, y debido al apego a la teoría de la jurisdicción territorial subjetiva de la Legislación Mexicana, la mayor parte de las conductas que se realizan fuera del territorio nacional o por entidades que no tienen personalidad reconocida en el territorio nacional no son perseguidas por la Comisión.

Como se puede observar, la Comisión permite y aún peor deduce eficiencias para ciertas conductas que, no se encuentran en la legislación, provocando incertidumbre jurídica, tal fue el caso de la fusión de activos de Cintra, la cuál se permitió, no obstante disparar los índices de concentración, al igual que la de Bancomer, bajo el argumento de la debilidad económica de las adquiridas, sin embargo al no haber ley que regule esta excepción, no se tienen elementos para determinar a quien se considera firma en decadencia en el derecho mexicano. Como garantizar que no había opciones menos restrictivas posibles, si no se le obliga a la firma a intentar soluciones menos restrictivas al comercio antes de garantizar o no esta fusión, asimismo alguien que estuviera en situación decadente y quisiera atenerse a este tipo de excepciones al estar su consideración en la discrecionalidad de la Comisión y haber un vacío en la regulación sobre ellas, podría aún a pesar de acreditar una situación económica apremiante y esfuerzos de buena fe para mantener los activos en el mercado, enfrentarse con una negativa de la Comisión quien a capricho reconoce o no la existencia de estas situaciones, sin tener un marco jurídicamente aplicable a la conducta.

Otra defensa eficiencia que permite la Comisión sin mayor estudio es la atracción de distribuidores. La defensa consiste en permitir precios mínimos de reventa o asegurar ganancias mínimas, a los distribuidores aunque dichas ganancias provoquen un cierre de mercado en la distribución, precios en zona gris o se traduzcan en medidas depredatorias. Esta es otra defensa tautológica con el principio esbozado por los chicagonitas, mismos proponentes de esta defensa de que la competencia no debe reparar en parámetros para proteger a competidores, viola el principio de preguntarse si la competencia es deseable o no. No se puede alegar como defensa el fijar un precio de reventa, concertar exclusividades o atar ventas para atraer distribuidores y evitar que la competencia arrebate canales de distribución ya que redundan en un aislamiento de la competencia por conseguir nichos de distribución.

El reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, en su artículo 16 enlista una serie de circunstancias que pueden considerarse como eficiencias, pero limita su aplicabilidad al caso de fusiones, señala que, las mismas eficiencias deben sobrepasar sus efectos negativos, sin identificar que entiende por sobrepasar dichos efectos o si evaluará dichos efectos considerando que un peso de ganancia de los productores no vale lo mismo

que un peso de ganancia de los consumidores y competidores, o en que sentido evaluará dichos efectos positivos y que las mismas deberán ser permanentes, jamás habla de su viabilidad y trascendencia en el hecho de que, deberán derivar efectos positivos que sobrepasen los efectos restrictivos pero que a su vez se derramen dichos efectos positivos, más allá de la esfera jurídica del agente económico hacia el mercado, la sociedad o la industria.

Las cinco variables que contempla limitativamente el artículo 16 del Reglamento se enfocan a sobrevalorar eficiencias productivas relativas, que pueden solo mejorar la situación del productor, sin obligación de mejorar la situación del consumidor o pueden no actualizarse en un tiempo determinado y establecido, ( al final del camino fracasar en las eficiencias esperadas o ser ineficiente al final, no es delito), o en torno a eficiencias asignativa cuantitativas que benefician solamente la distribución de los bienes y el aumento de la producción para colocar los productos entre quienes están dispuestos a pagar más por ellos, sin evaluar si las condiciones de oferta en general son competitivas.

Las citadas cinco eficiencias son, como podemos ver más bien reducciones de costos y beneficios internos para el productor que, eficiencias para el mercado en general, así el precepto establece como eficiencias:

- “I. La obtención de ahorros en recursos que permitan, de manera permanente, producir la misma Cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo;
- II. La obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera Conjunta que separadamente;
- III. La disminución significativa de los gastos administrativos;
- IV. La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado, y
- V. La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red De infraestructura o distribución.”

Como podemos observar, la primera fracción se refiere a un simple ahorro en el costo marginal de producción por unidad, en el cual el precepto no exige que el ahorro traspase la esfera económico-jurídica del productor, la obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta. Esta eficiencia se refiere a la integración de la producción y una cierta eficiencia asignativa de oportunidades o posible diversificación del mercado que, puede ser beneficiosa siempre que supere el costo de perder a un agente económico independiente en otro mercado o el costo de que un cliente significativo deje de acudir a los mercados relacionados, a adquirir insumos, sin embargo, el precepto no exige que, en contrapeso se valore esta oportunidad o se analice la estructura ni el impacto en mercados relacionados.

La tercera fracción nos habla de una eficiencia productiva que es meramente significativa para el productor y pocas veces se comprueba su traspaso al consumidor o a los mercados relacionados, de hecho el precepto solo dice que contemplará el ahorro en gastos administrativos como eficiencia, una pseudo eficiencia transaccional, sin embargo jamás condiciona la viabilidad de la eficiencia como defensa a que dicho ahorro derive en beneficios que traspasen la esfera jurídico económica del productor.

Da por sentado que, cualquier innovación tecnológica aunque la misma se sujete a incompatibilidades que provoquen el cierre o exclusivismo en el mercado y la mera disminución del costo de producción derivada de la expansión de una red, aunque también provoquen el cierre del mismo mercado ante la proliferación de exclusividades o de integraciones que obliguen a nuevos entrantes a competir simultáneamente en dos mercados son eficiencias puras, sin obligarlas a sobrepasar un estándar claro que garantice que su actuación no se desviará, propiciando un cierre por exclusividades o poca disposición de canales de distribución de dos mercados simultáneos o de un mercado orquestado verticalmente, tampoco considera que no todo avance tecnológico es *de facto* un avance competitivo, ya que, muchas veces estos avances provocan cierres al diseñar sistemas de redes, provocando problemas de acceso a redes compatibilidades y cortes en la interconexión.

Cabe recordar que, estas eficiencias y la condición de que las mismas sobrepasen los efectos negativos y sean permanentes, están únicamente contempladas en el Reglamento para el caso de fusiones, por lo que, la evaluación de eficiencias para prácticas anticompetitivas en México, no se encuentra regulada específicamente, dejando todo al arbitrio de la Comisión y creando una importante y peligrosa laguna legal en la materia.

Otras excepciones que son fundamentales en la estructura de mercados de nuestros socios comerciales y que en México no se contemplan, son excepciones como la debilidad o decadencia de una firma, la Comisión ha afirmado que en casos como Cintra la ha aplicado, sin embargo, al no estar esgrimida en Ley su aplicación evaluación y disponibilidad quedan a amplia discrecionalidad de la Comisión la cual sin mayor parámetro decide si considera o no a una firma como decadente, si en atención a esto permite o no fusiones. Al no existir contemplada en Ley, la excepción no esta disponible para todos los gobernados, no cuenta con límites exactos que permitan valorar si es la salida menos anticompetitiva ni con parámetros que permitan controlar que las empresas que se atienen a ella pueden calificarse como débiles o decadentes.

Esta excepción es además una facilidad de salida de mercado más, en Estados Unidos y Canadá los inversionistas saben que aún cuando su inversión no funcione, queda la posibilidad de venderla a un competidor para salvar los activos, esto facilita la entrada al permitirles saber que podrán abandonar una inversión riesgosa

En la *rationale* de la conducta se establece que, la adquisición de una *failing firm* no daña la concentración de mercado directamente, ya que, la firma decadente en condición

financiera deplorable en sí ya no representa una competencia intensiva capaz de influir en las condiciones de mercado, pero precisamente para evaluar la significación de la firma adquirida y su neutralidad en la estructura del mercado se requiere regular la conducta.

Esta lógica en Estados Unidos y Canadá, ha llevado a la Corte a delimitar el impacto de la figura hasta en segunda línea por lo que, han determinado en criterios judiciales que no es dable exigir la reparación de daños causados por la adquisición de una firma decadente o en quiebra, es decir un tercero no interviniente en la adquisición no puede oponerse a la misma o exigir el pago de daños simplemente sobre las bases de que, de no haber sido adquirida la firma y permitirse su quiebra, el competidor superviviente hubiera recibido a los clientes de la firma quebrada y aumentado sus ventas, no se permite tal grado de especulación, por que la finalidad de la defensa es evitar que los activos de la decadente salgan del mercado y así, se cause un daño mayor a la simple redistribución de clientes, la pérdida de intensidad competitiva por la salida de activos.

Para evitar la discrecionalidad de la Comisión en la aplicación de esta defensa y transparentar su actuación resultaría necesario reglamentar la defensa en la Ley y al crear el precepto debiera atenderse a los siguientes elementos:

- La defensa solo aplicaría cuando se demuestre que se realizaron esfuerzos para vender la firma a no competidores, esfuerzos por encontrar un comprador no presente en el mercado o de buena fe, por evitar compras hostiles y se demuestra que se buscaron medidas con efectos menos adversos al mercado.
- Se demuestre que, de no realizarse la fusión los activos abandonarían el mercado.
- Se defina ampliamente qué se considera una oferta de buena fe.
- No existan opciones menos anticompetitivas para salvaguardar la situación de una firma.
- Se reúnan los elementos para declarar la firma como decadente o en quiebra.
- Se defina qué se considera una firma débil o en posibilidad de decadencia, en relación con un periodo de tiempo claramente establecido. Por ejemplo, en Canadá se considera que una firma es débil cuando de las proyecciones económicas de la misma se desprenda que, en el periodo de un año la misma pudiera enfrentar una situación en la cual sería incapaz de cubrir sus pasivos y obligaciones.
- Se comprometa a la firma resultante de la fusión a mantener los activos operando y en el mercado, por un periodo determinado y razonable de tiempo dependiendo de la estructura del mercado.
- Se analice el efecto de la adquisición en los mercados relevantes.

En este mismo orden de ideas, las autoridades deben evaluar los medios y los esfuerzos realizados para encontrar otras ofertas menos anticompetitivas, en algunos países como en el Canadá la labor de buscar ofertas se realiza a través de un tercero no involucrado, un agente que evalúa y pone en oferta los activos para garantizar la neutralidad en el proceso y que, de verdad se realice un esfuerzo no viciado por encontrar una oferta de buena fe, el tercero califica la oferta y la ofrece a la compañía.

Por último cabe mencionar que, la legislación mexicana carece de elementos para evitar el abuso del derecho de patentes como barrera competitiva, este puede darse cuando se interponen frecuentes e infundados litigios para renovar patentes sobre mejoras no sustanciales o para exigir a los competidores respeten una patente contra un producto que están desarrollando, cuando la misma, ya ha caducado su vigencia y se utiliza el litigio en materia de patentes para retardar la entrada al mercado de competidores por un tiempo mayor al que la patente autorizó en su momento

#### **4.6 Política de competencia en México.**

En México hace falta un mayor trabajo de abogacía por la competencia y la creación de una cultura de la competencia económica, labores que, como vimos son propias de la planeación de política de competencia.

El primer punto que salta a la vista de la política de competencia mexicana, es que al igual que la americana y al haber adoptado dogmáticamente los principios neoliberales sin entenderlos, carece de objetivo, cae en la tautología que a su vez contamina la Ley, de considerar que el objetivo de la política de competencia es la competencia económica por sí y no una herramienta.

La política de competencia en nuestro país carece de objetivos y de planeación de mercados, se trata únicamente de la adopción de dogmas a ultranza, se confunde política de competencia con un objetivo de la misma; eficiencia transaccional y un medio teórico derrotado en la práctica como es la desregulación a ultranza.

En el diseño de una acertada política de competencia convergen varios componentes, la aplicación de sanciones, la creación de lineamientos, criterios y tendencias claras, la determinación de objetivos, la creación de una cultura de competencia, la transparencia, difusión e independencia en las actuaciones de las autoridades de competencia.

En el caso mexicano, la autoridad de competencia reside en un organismo de modelo integrado, que interactúa poco con la sociedad, cuyos logros y resultados son pocas veces difundidos, cuya interacción con otras comisiones económicas afines como la Profeco es trunca y escasa, y sobre cuya transparencia, independencia, criterios lineamientos y autonomía existe poca certeza. Se le percibe como una entidad cuya transparencia en decisiones es poca, de escasa penetración, cuyas facultades no están bien delimitadas en Ley y que monopoliza el ejercicio de la acción en la materia, a su vez, la mayor parte de los doctrinarios, agentes económicos y litigantes de la materia, muestran preocupación por el hecho de agrupar en una sola institución la capacidad de perseguir las conductas y a su vez de sancionarlas.

La rendición de cuentas sobre las actuaciones de la Comisión, aunque han ido mejorando en los últimos tres años, aún no es convincente, sus decisiones enfrentan numerosas instancias de apelación, ya que, las resoluciones emitidas por organismos integrados que

concentran en un solo agente la capacidad de investigar las conductas y pronunciarse sobre su legalidad son mucho más atacables, si a esto le sumamos la oscuridad sobre las facultades de la Comisión y el uso de lineamientos no expresos en Ley, empleados para calificar la legalidad de las conductas, tenemos como resultado resoluciones y actuaciones altamente endebles.

Las decisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica, mexicana se vuelven triplemente endebles si consideramos que, en la integración de su personal se optó por incorporar expertos técnicos en economía disminuyendo el número de expertos en legalidad de las conductas o peritos en derecho, por lo que muchas veces los fallos y actos de la autoridad, muestran deficiencias jurídicas de forma atacables, en los Tribunales del orden Común, que darán mayor importancia a la forma jurídica que a la técnica económica, por estar poco familiarizados con esta última.

En el caso mexicano, ni siquiera existe la posibilidad de planear la actividad investigadora y el uso de recursos, en ese rubro por parte de la autoridad de competencia, al ser ella la única facultada para iniciar investigaciones y ejercitar la acción de competencia, su trabajo es la persecución de todas las conductas, sin tener derecho a discriminar en su acción contra ellas ya sean verticales u horizontales, se traduzcan en precios altos o no, sobrepasen por mucho o poco los niveles de concentración de mercado. Deberá ser ella quien, persiga todas las conductas sin poder dejar a los particulares los casos de menor importancia que tienen impacto en la esfera jurídica solo de algunos individuos, que pudieran ser tratados con la acción privada.

Al tener el monopolio de la acción, debe entenderse que es obligación de las autoridades de investigar todas las demanda presentadas so pena de agraviar a particulares y mercados, ya sea a partir de una actuación desdeñosa que refleje negligencia en el cumplimiento de su deber hasta traducirse dicha negligencia en una denegación de justicia de plano en la materia de competencia. Nada de lo prescrito en Ley, le permite negarse a admitir una demanda o, a estudiar una conducta de manera preeliminar, siempre que se cumplan con los requisitos formales de la demanda.

Otro punto que ha coartado la posibilidad por parte de la Comisión de establecer una política de competencia, articulada, autónoma e independiente, es la dependencia de este mismo organismo hacia la Secretaría de Economía, la Comisión es fácilmente influenciable al no tener siquiera **autonomía presupuestal**, reporta directamente a esta Secretaría, habla al Congreso a través de esta Secretaría y responde a través de la misma, por lo cual no puede persuadirse al ciudadano de que las decisiones y políticas esgrimidas por la Comisión gozan de una autonomía de la que el mismo organismo carece.

El mecanismo para nombrar al Presidente de la Comisión y demás altos funcionarios ratifica esta falta de autonomía y la agravan. La reciente decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que deja sin posibilidad de ratificar dichos nombramientos al Senado<sup>55</sup>, afianzando la dependencia del organismo al ejecutivo y debilitando el

<sup>55</sup> Decisión recaída a acción de inconstitucionalidad referida en capítulos anteriores de la presente



mecanismo de rendición de cuentas ante una dualidad de poderes, cerrando la puerta para esta mejor interacción y mejoría de la imagen de la Comisión, la cual está enteramente entregada al poder ejecutivo, sin posibilidad de relacionarse con otros representantes al menos estatales, a través del Senado, esta decisión la estudiamos en el capítulo II de la presente Tesis, al referirnos a los conceptos bajo los cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inválido el artículo 26 de la reformada Ley Federal de Competencia Económica, que demandaba que, fuera el Senado el que ratificara a los comisionados designados por el ejecutivo en su encargo, facultad que indebidamente se consideró violatoria de la facultad reglamentaria y las facultades de nombramiento del Ejecutivo declarándose, una invasión de esferas donde no existe y destruyendo la posibilidad de promover el control de la actividad a través de varios órganos independientes.

Esta falta de autonomía afecta la imagen de la Comisión ante el gobernado, el cual la percibe como una institución carente de neutralidad política y por tanto poco confiable en cuanto a objetividad.

La naturaleza jurídica de la Comisión misma, limita su autonomía, según el mismo artículo 23 de la Ley Federal de Competencia Económica, estamos ante un organismo desconcentrado de la hoy Secretaría de Economía, con una autonomía teórica en los campos técnicos y operativos, pero cuyo presupuesto se gestiona a través de la Secretaría de Economía.

Según la teoría Administrativa y la organización del Estado mexicano la desconcentración, es el menor grado de autonomía para un ente, este sigue dependiendo de la autoridad central, esta subordinado a ella, solo se le reconoce competencia especializada para ciertos asuntos, pero su ejercicio esta subordinado a la autoridad central, en este caso la Secretaría de Economía, lo anterior, encuentra refrendo en el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, mediante la figura de la desconcentración, se reconoce que la Comisión y sus actuaciones, se encuentran sujetas al poder jerárquico emanado de la autoridad central, como consecuencia lógica de la naturaleza formal y material de la Comisión, entendida como un simple desconcentrado, carece de personalidad jurídica propia e independiente y de patrimonio propio dependiendo en estos dos rubros vitales, directamente de la Secretaría de Economía.

Otro punto que no ayuda a transparentar la actuación de la autoridad de competencia, es el hecho de que sus funcionarios son propuestos y nombrados libremente por el poder más políticamente vulnerable del Estado, el ejecutivo, en dichos nombramientos no intervienen ni siquiera a manera de sugerencia ni la sociedad civil, ni los otros poderes.

Los Comisionados, debido a la declaratoria de inconstitucionalidad de la segunda parte del artículo 26 de la Ley Federal de Competencia son nombrados sin cuestionamiento alguno por el Titular del Poder Ejecutivo, duran en su encargo un periodo de diez años y únicamente son removibles por causa grave. Cabe resaltar que, aún en muchos países que

---

tesis, sentencia pronunciada el pasado 11 de mayo de 2007.

han incorporado recientemente en su marco jurídico la rama de derecho de la competencia económica los cargos de decisión en las organizaciones encargadas de administrar dichas leyes van de tres a cinco años, como vemos la permanencia que permite la Ley mexicana, sobrepasa aún este periodo de tiempo, permitiendo que se construyan intereses de largo plazo y, comprometiendo la independencia teórica de los comisionados.

El grado de independencia de un organismo, tan sujeto a la voluntad, tanto para su presupuesto como para su representación, del ejecutivo es ampliamente cuestionable, el control que el gobierno ejerce sobre una autoridad al darle las directrices propósito e intención de su trabajo y al encargarse de cabildear, asignarle con discrecionalidad el presupuesto y revisar como lo gasta es amplio, el presupuesto no puede ser proyectado, solicitado ni usado libremente aún cuando ya hubiere sido asignado, por la Comisión.

La autonomía de un ente integrado y totalmente dependiente de la Secretaría de Economía como la Comisión y, la autonomía de organismos aún administrativos pero que su presupuesto es acordado por separado, directamente por el Congreso en partida separada como en el caso de los descentralizados, refleja una diferencia sustancial que, influye en la calidad de las investigaciones y resoluciones de estos entes, también contrasta el nivel de independencia de las decisiones de la Comisión con otros organismos parecidos, pero que cuentan con asignación de presupuesto multi anual, asignaciones apelables, o calculadas directamente por el Congreso bajo fórmulas establecidas en porcentajes incrementables, como resultado, se carece de los siguientes tipos de autonomía:

- a) autonomía presupuestal, desde la asignación, ejercicio y determinación del presupuesto.
- b) ausencia de autonomía en el nombramiento para los Consejeros.
- c) ausencia de autonomía operativa en general al no contar con mediadas que promuevan la actuación independiente de la Comisión, estar desprovista de personalidad jurídica propia, no contar con recursos para gastar libremente el presupuesto ni para cuestionar efectivamente a los Consejeros nombrados por el ejecutivo.

A esta falta de autonomía presupuestal que, indirectamente lesiona la independencia de las decisiones de la autoridad debe sumarse la ausencia de provisiones legales que garanticen la toma de decisiones objetivas e independientes.

La cultura de competencia en México, presenta graves atrasos, el ciudadano no considera que la actuación de la autoridad le reporte beneficios directos, ni siquiera percibe dicha actuación, mucho menos repara en su importancia, desconoce si la Comisión realiza alguna clase de planeación de mercados, si cuenta con organismos de difusión, si la existencia de las prácticas anticompetitivas daña su actividad económica, se siente poco vinculado con la materia y su importancia, no se perciben avances o incrementos de una difusión de la materia entre el empresariado mexicano, es por ello que la materia tiene poca importancia entre la cultura de negocios en México.

El consumidor no se percibe a sí mismo como parte de la procuración del mecanismo competitivo, es un consumidor que ha vivido económicamente rodeado de oligopolios y que permite fácilmente el abuso del monopolista u oligopolista, al no relacionar mentalmente que ese abuso configura una práctica contraria a las leyes de competencia, al no tener acción para exigir la investigación de tales conductas al amparo de la Ley de Competencia y al considerar los derechos del consumidor como algo separado y desvinculado del proceso competitivo, que a su vez, para ser exigido requiere de un exhaustivo procedimiento y papeleo. El oligopolio mexicano a su vez se comporta como satisfecho con el *status quo* desde hace años, percibe a ciertas empresas como verdaderos rompe huesos de las pequeñas y medianas empresas y prefiere arreglar con ellas que enfrentarlas en competencia frontal y ruinosa.

El consumidor y el productor mediano y pequeño, desconocen su importancia como agentes económicos dentro del proceso competitivo, así como conocen los detalles técnicos de la aplicación de la Ley, cuando más desconocen aquellos detalles que no se expresan en Ley, sino en lineamientos como los índices de medición, porcentajes de poder de mercado, eficiencias alegables, etcétera., la Comisión realiza pocas acciones tendientes a hacer que las reglas contenidas en la Ley, el Reglamento y sus lineamientos sean conocidas y comprendidas para el gobernado, haciendo énfasis en variables macroeconómicas que, el particular es incapaz de explicarse por sí mismo sin ayuda de conocimientos jurídico económicos específicos, ante la incapacidad de comprender la conducta que la Ley demanda de él, el ciudadano no se involucra y entonces no se desarrolla una cultura de competencia.

Si evaluamos la manera en que los preceptos de competencia han permeado el sistema judicial mexicano nos encontraremos con un panorama no menos desalentador de ralentización del crecimiento, se trata de un sistema poco familiarizado con los fundamentos técnicos, mas habituado a tratar con los errores de forma de la materia, el cual ha desarrollado pocos criterios de fondo aplicables a la materia.

En pocas palabras, no se ha terminado de incubar una cultura de la competencia en México, las comunidades de negocios, agencias gubernamentales de diversos grados, la academia y la sociedad no reconocen como parte necesaria de su interacción la preocupación por los problemas de la competencia, la labor de la Comisión en este punto a pesar de sus 15 años de existencia es verdaderamente raquítica en comparación a la cultura de competencia existente entre otras sociedades civiles.

Algunas de las razones que han obstaculizado la promoción y desarrollo de una cultura de competencia más allá de la inacción de la Comisión en la materia son: la poca participación de la Comisión en las reformas estatales y procesos de privatización, poca experiencia de los jueces, poca cobertura sobre la resolución de casos importantes en medios de comunicación, la no vinculación entre las actividades de organismos estatales y la Comisión de Competencia, poca discusión pública de implicaciones de competencia que recaen dentro de la jurisdicción de las legislaturas o del poder judicial, así como de

autoridades municipales y estatales, poca interacción entre reguladores sectoriales, autoridades relacionadas en las entidades federativas, procuradores estatales y la Comisión, poca interacción con asociaciones de prestadores de servicios, poca interacción con la comunidad académica, poca interacción con la comunidad empresarial y poca interacción con los consumidores, escasa publicación fuera de revistas especializadas de las decisiones y estudios, poca existencia de centros de información, la representación indirecta de la autoridad de competencia en el gabinete del ejecutivo, carencia de personalidad propia, carencia de autonomía presupuestal, poca difusión sobre técnicas de competencia, poca difusión sobre técnicas preventivas de competencia, falta de difusión de los principios de competencia, falta de adopción de objetivos claros para la política de competencia, objetivos emanados de la situación actual y futura del país en específico, adopción dogmática de solo dos tipos de eficiencia, conocimiento limitado de la estructura del mercado mexicano en las diversas actividades industriales, regulaciones de sectores específicos con deficiente técnica en materia de competencia y que precluyen la aplicación de la legislación de competencia, la poca profundización sobre diseño de mercados, estructura y viabilidad de los mismos en los informes de la autoridad de competencia, la imposibilidad de refutar dichos informes por terceros poderes, la falta de un departamento dentro de la misma Comisión, encargado exclusivamente de el diseño de mercados de política de competencia y rastreo de la estructura y evolución de la misma, de diversos sectores industriales y una estructura de mercado histórico que facilita las prácticas anticompetitivas y hacen ver a la sociedad mexicana, como normal la existencia de oligopolios.

En cuanto al otro brazo de la política de competencia, la aplicación de las leyes, encontramos que no existe la suficiente certidumbre jurídica sobre los criterios, parámetros y directrices que utiliza la Comisión, para evaluar y sancionar conductas, además de que, entre la población existe la percepción de que la actividad de la Comisión para investigar estas prácticas de mercado, esta por debajo de lo esperado.

A esto debemos sumar que, la inexistencia de diseños de mercado enfocados a objetivos socialmente determinados y deseables no se actualiza en el derecho mexicano, el cual cuenta con instituciones de mercado mucho más débiles, tanto en arraigo como en credibilidad que las de los socios comerciales, también tratados en este ensayo.

Agravando el escenario, contamos con una Comisión poco acostumbrada a rendir cuentas al gobernado, poco habituada a redactar sus informes de manera comprensible y accesible para el mismo y, la cual no es cuestionada directamente por los otros órganos de gobierno. Tampoco tiene representación directa y propia en el Gabinete, se hace presente en el mismo a través del Secretario de Economía, el cual la considerará o no dentro de los asuntos a tratar de su gestión, por tanto la Comisión no esta bien posicionada para influir en el resultado o diseño de proyectos de otras autoridades ejecutivas, esto complica la creación de una política de competencia uniforme ya que, a la Comisión se le dificulta llevar el mensaje a otras dependencias encargadas de la creación de políticas que influyen en la Competencia nacional, y tiene poca intervención en sus proyectos, todo esto deriva de la carencia de personalidad jurídica propia por parte de la Comisión.

La Comisión solo puede emitir opiniones vinculatorias para otras dependencias de la Administración Pública Federal, sus opiniones son meras recomendaciones para instituciones estatales, regionales, estatales o dependencias que, se encuentren fuera del Ejecutivo Federal, las cuales no tienen necesariamente que informar a la Comisión sobre las medidas que piensan implantar, ni tienen que responder el por que la opinión de dicho organismo no es considerada para el proyecto en cuestión, de conformidad con el artículo 24 de la Ley Federal de Competencia.

Sus opiniones, tampoco tienen efectos jurídicos vinculatorios para los agentes económicos particulares no implicados en la controversia, tampoco puede ser obligada aunque se le invite, a emitir opinión o pronunciarse sobre determinado punto de competencia, acrecentando esta falta de obligatoriedad, la incertidumbre jurídica en la actuación de la Comisión

La Comisión pocas veces es consultada por otras dependencias mucho menos por dependencias de mayor jerarquía sobre la compatibilidad de sus actuaciones y políticas con el proceso competitivo y, aún cuando, emite opiniones éstas son frecuentemente desestimadas por los organismos regulatorios encargados, los cuales omiten implantarlas de fondo, las descalifican de plano o, simplemente les dan vuelta, casos frecuentes en este rubro lo encontramos en el Sector Telecomunicaciones, donde a pesar de los pronunciamientos de la Comisión sobre la concentración de mercado que promovería la nueva Ley del sector, esta fue aprobada tanto en Senado como en la Cámara de Diputados, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores que, no obstante los índices de concentración que determinadas fusiones planteaban las aprobaron haciendo no solo caso omiso de la concentración, sino provocando que, la Comisión absolviera esas fusiones y permitiera la concentración de poder de mercado en atención a circunstancias extralegales y de corto plazo.

Otro punto que requiere ser considerado, es el momento en que se consulta a la Comisión, resulta fútil consultarla cuando por ejemplo, un proyecto de Ley esta ya armado, discutido y se han logrado consensos en las legislaturas locales para su aprobación, muchas veces la Comisión ha sido consultada a destiempo por las autoridades federales, mientras que las estatales y regionales, al no reconocer como vinculatorias o necesarias sus opiniones omiten comentarle de plano sus proyectos, nuevamente recordamos qué solo será obligatorio consultar a la Comisión en caso de los proyectos de la Administración pública Federal, sin ser dicha obligación imputable a actos emanados por otros poderes o por la administración pública Estatal, aún cuando las opiniones de la Comisión sean obligatorias para la Administración Pública Federal, la Ley es omisa en cuanto al momento de evolución del proyecto en que, deberá ser consultada la Comisión para tenerse por cumplida dicha obligación de notificación en tiempo y forma.

Como resultado de la ambigua participación de la Comisión en la creación de políticas que afectan la competencia, encontramos que, la discrecionalidad al crear la política de competencia nacional es alta y cuida más de no “pisar callos”, que de diseñar mercados

competitivos y de libre acceso o con objetivos socialmente deseables definidos.

Otra herramienta, escasamente utilizada por la Comisión, para la creación de una cultura de competencia es la redacción, de códigos, guías, y lineamientos de conducta que aporten comprensibilidad de las normas y seguridad jurídica al gobernado, por el contrario muchos parámetros usados por la Comisión en sus investigaciones y resoluciones son de conocimiento interno, expresado únicamente en circulares y Lineamientos diseñados para el uso de la propia autoridad y con los que casi exclusivamente tiene acceso la autoridad, dejando en indefensión contra dichos criterios al gobernado, partiendo desde el punto de vista de que, se le aplica un parámetro que no cuenta con la publicidad de las leyes, hasta el hecho de que su aplicación es discrecional y esta diseñada para la comprensión de aquellos que cuentan con un determinado grado de base técnica lo cual no sucede con todos los agentes económicos que regula.

Tocando el punto de la difusión, tanto de los parámetros y criterios observados consuetudinariamente por la autoridad de competencia como de la difusión de la actividad de la Comisión evidenciamos que, la misma no utiliza ni cuenta con canales apropiados o de cobertura suficiente para dicha difusión, ni siquiera si comparamos la intensidad de la Comisión en esta actividad con otros desconcentrados como la PROFECO, cuya actividad es más conocida por el gobernado y, este la siente más relacionada con su esfera jurídica, propiciando que sea más viable debido a dicha difusión avanzar en México, sobre la incipiente cultura de consumo que sobre la inexistente cultura de competencia entre la población. Cabe mencionar que, con frecuencia, aún cuando la autoridad de competencia se desarrolle en un marco jurídico donde sus opiniones no son vinculantes, los organismos reguladores sectoriales encuentran más difícil ignorar la posición de la autoridad de competencia cuando esta fija una postura pública y la difunde que, cuando esta se ausenta de los medios de difusión o no cuenta con los adecuados<sup>56</sup>.

Así el subdesarrollo de cultura de competencia en México se ve agravado por la falta de expertos, el escaso conocimiento público, de la actividad de la Comisión y poca cooperación con otras autoridades especialmente estatales.

En conclusión, México malentendió la creación de una rama de competencia económica y la correspondiente creación de una política de competencia con la adopción a manera de dogma a ultranza, de una serie de principios asociados con una corriente económica de liberalismo fundamentalista, confundió eficiencia transaccional, con el desentendimiento del mercado por parte del gobierno y limitó su actuación en la rama política de competencia a la promoción para la eliminación de regulaciones, en aras de hacer más atractivo el mercado mexicano, aunque se le despojara de seguridad. Como resultado, se desentendió de la planeación de mercados y extrajo de la actividad económica los objetivos socialmente deseables desnudándola de contenido social alguno, como objeto ulterior del intercambio económico.

Aunado a esto, vino una discrecionalidad y decreciente aplicación de la Ley, lo que

---

<sup>56</sup> RICE, *Vid supra* n. P 75.

erosionó la credibilidad en la labor de abogacía de la Comisión.

#### **4.7 Naturaleza de las sanciones aplicables por la violación de la legislación de competencia en México.**

La Comisión impone sanciones de naturaleza principalmente administrativa, ya que la imposición de sanciones conductuales por parte de este ente, ha sido controvertida ante los tribunales declarándose inconstitucionales algunas de estas sanciones.

Recordemos que, las resoluciones emitidas por la Comisión no están protegidas, es decir pueden ser recurridas ante cualquier Juez de Distrito en amparo Directo, no se reserva su revisión a Tribunales especiales o superiores dentro de la esfera Federal, sus resoluciones como las de cualquier otra autoridad administrativa, son recurribles en fondo y forma sin limitaciones, ante todas las instancias del poder Judicial de la Federación.

A su vez, la recaudación de multas, cuando se logra, tienen siempre como destino el erario federal, no se queda nada en las arcas estatales, lo cual desmotiva la cobranza en dichas instancias, esto aunado al hecho de que la Comisión no posee autonomía para el manejo de los recursos que percibe, se establece que, lo recaudado en concepto de multas por la Comisión termina formando parte de los fondos para los programas de Pequeña y Mediana industria supuestamente, que opera y coordina la Secretaría de Economía y sobre los cuales no tiene facultades, mucho menos intervención la Comisión, si bien, aún el destino de estos recursos es discutible, lo es más si consideramos que, los afectados nunca perciben directamente parte de lo recaudado con la sanción una reparación del daño, ya que, la multa en sí se consideraría la pena determinada por el daño al mercado, como concepto social y no al particular, sin embargo el ejercicio de los recursos recaudados por esta vía, aún no queda claro y no permean en el raciocinio de la sociedad ni de las comunidades de negocios.

La legislación de competencia carece de elementos para evaluar sancionar o remediar la falta de independencia corporativa en un mercado, es decir, no se sanciona como en otros países o se prohíbe que los directores ejecutivos o personas presentes en los paneles de decisión tengan participación accionaria o injerencia en los paneles de decisión de sus competidoras, tampoco cuenta con medidas encaminadas a sancionar el abuso de excepciones a la legislación de competencia como el abuso al derecho de patentes y marcas.

A su vez, es necesario señalar que, para que una resolución de la Comisión quede firme además de configurar la conducta y cumplirse con los elementos de poder de mercado y daño a la competencia, cuyos elementos constitutivos no se encuentran debidamente desarrollados por la legislación, dicha resolución deberá sobrevivir a al menos cinco instancias de controversia posibles contra ella, lo cual puede derivar en años de atraso para la aplicación concreta y definitiva de sanciones como ejemplificaremos en el apartado siguiente del presente capítulo.

El derecho de la competencia mexicano, no tiene una eficacia represora, muchos de sus preceptos están enfocados a prevenir el daño al consumidor, equivocando el mandato del derecho de la competencia económica, que es el utilizar la herramienta competencia para derivar resultados socialmente deseables en general y no solamente para una parte interviniente en el intercambio económico, pierde de vista de nuevo que el peso de ganancia del productor no es igual al de pérdida del consumidor y del competidor, la diferencia entre estos dos últimos pesos de pérdida es que, el primero recae en una masa anónima de la cual cada consumidor resiente solamente una parte de una conducta restrictiva llevada a cabo, y es menos frecuente aún que, resienta la tentativa inacabada de cartelización o monopolizador ya que, la pérdida se encuentra distribuida económicamente entre la masa de consumo, el segundo el peso de pérdida del competidor dañado y de los mercados relacionados, de factores o afectados indirectamente se significan en el 60% de los daños, absorbidos de manera particular, por agentes económicos individualizados, esto sin cuantificar la pérdida de expectativa y la imposibilidad de expandir y diversificar sus productos, pérdida en eficiencia asignativa de oportunidades, se trata de pérdidas directas, cuantificables e individualizables.

En cuanto a la sanción como instrumento de negociación, para descubrir prácticas anticompetitivas de las que la Comisión carece de información relevante, la Comisión cuenta con dos instrumentos principales, los acuerdos extrajudiciales y las inmunidades, figuras tomadas pero mal entendidas y aplicadas parcialmente del derecho anglosajón, donde la inmunidad se limita a proteger al que delata un cártel o una práctica anticompetitiva de la persecución criminal, de la conducta pero no lo exime de hacerse responsable de los daños causados a particulares ni al proceso competitivo

En cuanto a las inmunidades, la Ley Federal de Competencia Económica en el artículo 33 bis 3, contempla una especie de las mismas a través de la reducción de sanciones por parte de la Comisión, cuando un agente económico atendiendo a este artículo denuncie su participación en una práctica absoluta, sea el primero en denunciar, coopere plenamente con la Comisión y tome acciones para terminar su participación en la práctica violatoria.

Este precepto de redacción desafortunada que, en principio dice contemplar una simple reducción de sanciones para el primero que delate un cártel pero que, en su segundo párrafo determina que ante la resolución que decreta esta reducción de sanciones no procederá acción judicial ni administrativa alguna, no sujeta la inmunidad a que la información aportada sea de relevancia para la investigación o derive en sentencias, tampoco a que se trate de la primera vez que el agente incurre en estas prácticas. El beneficio contempla una reducción de las sanciones hasta del 50% y omite salvaguardar el derecho de los particulares para que, en base a esta resolución de reducción de multas donde el agente económico reconoce su participación puedan iniciar acción civil para la reparación del daño, inmunizando indebidamente al infractor de la obligación de reparar el daño que ha causado a otros competidores, mercados de factores o relacionados, al blindar la resolución de reducción contra acciones judiciales posteriores o impedir que de ella se derive la citada acción de daños y perjuicios.



Cabe señalar que, la fortuna de los acuerdos de inmunidad o reducción de sanciones, depende de que, en los agentes económicos se tenga fija la regla de la cantidad mínima y de la certidumbre absoluta, es decir que, los mismos prefieran apegarse a una inmunidad ante la inminencia de ser detectados y sancionados y que, las sanciones sean mayores a los beneficios obtenidos u obtenibles, solo cuando en un sistema económico funcionan estas dos reglas, resultan atractivas las inmunidades.

No condiciona el ser sujeto de reducción, al daño económico causado o al tiempo que estuvo vigente la práctica, tampoco la supedita a que los efectos de la práctica denunciada sean aún resarcibles y no definitivos, y no salvaguarda el ejercicio de la acción penal que pudiera nacer del reconocimiento expreso de culpabilidad del agente, tampoco reserva la aplicabilidad de la inmunidad a que la información se proporcione en un momento oportuno de la investigación, lo deja abierto durante todo el procedimiento.

En el caso de los acuerdos extrajudiciales, deja al arbitrio del infractor la forma de frenar la conducta sin mayor sanción, imponiéndole solo una multa ridícula de un salario mínimo, no sujeta la adhesión al acuerdo extrajudicial a que sea la primera vez que el agente económico se comporta de manera anticompetitiva, ni a que el daño a los competidores, mercados de factores o relacionados sea restaurable, tampoco limita la viabilidad del acuerdo a los casos en que la investigación hubiere sido resultado de investigación de oficio de la Comisión, en casos en que, la investigación derivara de denuncia, dejaría en indefensión al particular al concluir la investigación sin resolución sobre la clara culpabilidad del infractor ni permitirle al denunciante oponer argumentos contra el acuerdo extrajudicial, ni escuchar las disertaciones que sobre la efectividad del mismo el denunciante pudiera aducir, tampoco lo limita a conductas que estuvieron vigentes por un tiempo determinado o determinable que, no permitieran perpetrar o manipular tendencias de consumo sobre bases anticompetitivas.

No establece en cuanto tiempo los compromisos para suprimir la conducta deberán surtir efectos y tampoco salvaguarda expresamente el derecho de los particulares a exigir daños y perjuicios. En conclusión la principal sanción en materia de competencia económica en México es de naturaleza administrativa, ampliamente rebatible ante tribunales por vicios de forma jurídica, de aplicación incierta al no limitarse el número de instancias y las autoridades ante las cuales serán rebatibles, no considera para determinar quien es calificable para una reducción de sanciones o acuerdo extrajudicial, la pérdida en intensidad de la competencia o el impacto en la pérdida de bienestar sufrido por los varios agentes afectados directa e indirectamente.

#### **4.8 La necesaria judicialización del procedimiento de competencia económica en México.**

Tanto la investigación de prácticas anticompetitivas y fusiones, como la resolución en primera instancia sobre la legalidad de estas conductas, le fue confiada a un organismo integrado, dependiente del poder ejecutivo, desconcentrado que, por naturaleza carece de autonomía presupuestal, personalidad jurídica y representación ante el gobierno, el cual

no puede ser increpado directamente por los otros poderes de la nación.

A esto habrá que sumarle que, las facultades de dicho órgano, obligaciones, criterios y herramientas jurídicas se contienen en una Ley que ha tomado la mayor parte de su texto y génesis de la *Sherman Act*, un instrumento legal emitido en lenguaje general que solo sentaba las bases del derecho de la competencia económica para ser aplicado, desarrollado y delimitado por el criterio judicial como fuente general de derecho en el *common law*, génesis que, excede las capacidades de los organismos ejecutivos dentro de cuyas facultades no está el colmar lagunas, ni emitir criterios judiciales, razón por la cual aplicada esta legislación al derecho mexicano redundaba en un vacío de criterios parámetros y objetivos que, dañan la dinámica de los mercados y que, al encargar su interpretación y aplicación no a tribunales sino a un ente desconcentrado del poder ejecutivo dependiente de la Secretaría de Economía deriva en la creación de un organismo poco controlado respecto a la constitucionalidad de sus decisiones, decisiones que son ampliamente rebatidas y rebatibles, con el monopolio de la acción en materia de competencia, incapaz de desarrollar criterios de fondo de la materia sobre bases jurídicas técnicamente correctas y que a un mismo tiempo se erige como Juez y parte en el procedimiento, el cual, aplica en sus investigaciones y resoluciones, criterios no contemplados en la Ley al amparo de una ambigua y cuestionable discrecionalidad, la cual a través de un instrumento como el Reglamento se otorga más facultades y se permite la prescripción de mayores sanciones a las que le autorizó el Congreso durante la aprobación de la Ley Federal de Competencia Económica. Como ejemplo de esta irregularidad, basta ver el artículo 17 de dicho Reglamento el cual prescribe ordenes conductuales, facultades a favor de la Comisión de enajenar activos de las empresas de exigirles dejar de participar en una línea de producción y demás que, en la Ley no están comprendidas y que, en cualquier momento pueden ser declaradas inconstitucionales por exceder las facultades para sancionar, otorgadas por el Congreso mediante la Ley Federal, en detrimento de los gobernados, es consabido que los Reglamentos emanados del Ejecutivo no pueden ir más allá de lo aprobado en el texto de las Leyes Federales, mucho menos pueden imponer sanciones mayores a las que la Ley estipula.

Otro de los conceptos en los que se vio claramente el inconveniente de adoptar a ultranza una legislación extranjera diseñada para ser colmada en sus criterios esenciales por las decisiones judiciales y darle su administración a un ente administrativo, fue la determinación de daño, ya que el concepto que se pronunciaba sobre el concepto daño era excesivamente laxo, se le trataba en la fracción VII del artículo VII para el estudio de prácticas relativas, este no aclaraba cual era el parámetro para considerar que una práctica representaba un daño al proceso competitivo, entonces la Suprema Corte consideró que dicha laguna y su interpretación discrecional por parte de la Comisión trastocaba el principio de legalidad, lagunas como esta que provocan inseguridad jurídica abundan en el texto de la Ley por la naturaleza misma de la *Sherman Act*, ordenamiento del que fue copiada y es indebido dejar su resaneamiento a órganos ejecutivos y no a las Cortes.

La reforma a la Ley Federal de Competencia Económica de 2006, se quitó el problema de la ilegalidad declarada por la Suprema Corte, simplemente omitiendo pronunciarse sobre la

frase “daño sustancial a la competencia”, lo cual, no resuelve el problema ya que, la legislación mexicana carece entonces de un concepto sustancial de la materia y de criterios desarrollados por las Cortes o estipulados por la Ley para evaluarlos. Si a esto sumamos que, en una indebida técnica legislativa se consignó que el objeto de la Ley es la competencia por sí misma el no contar con el concepto “daño sustancial a la competencia”, equivale a no contar con un parámetro para calificar si una conducta daña o no el espíritu de la legislación misma.

Resulta interesante reparar en el hecho de que, el depositar la aplicación de las leyes de competencia en organismos judiciales a diferencia de organismos administrativos conlleva sus propias ventajas, por una parte el juzgador deberá preocuparse únicamente por los conceptos técnico económicos ya que, los jueces son ya peritos en derecho, así mismo se fomenta el hecho de que los litigios versen sobre el fondo de los asuntos y no sobre meros formalismos derivados de la inapropiada técnica jurídica de los economistas de la Comisión, los cuales privilegian el estudio económico de las conductas dejando de lado los requisitos de legalidad de sus investigaciones, sanciones y resoluciones.

Contra defectos técnicos jurídicos, de las resoluciones de la Comisión, durante sus primeros diez años de vida se presentaron más de 600 amparos.<sup>57</sup>

Otra de las facetas sobre la actuación de la CFCE que ha sido ampliamente criticada, es el hecho de que se actúe a un mismo tiempo como parte acusadora e iniciadora de la acción de competencia, investigadora de los hechos y Juez de primera instancia sobre la legalidad de las conductas, actuación que debilita la legalidad de sus resoluciones, esto a su vez, ha limitado la cuota de herramientas de investigación que se pone en manos de la Comisión. Esta es una de las razones principales por las que se requiere judicializar la justicia de competencia económica, donde si bien, la investigación la debe llevar CFCE y puede seguir siendo el garante de la acción de competencia en representación de la sociedad, no debe ser ella quien evalúe la legalidad de la investigación, sus actuaciones y a la vez la legalidad en la conducta de fondo, a este respecto en nuestros países vecinos, son los jueces civiles y administrativos los que se pronuncian sobre la primera instancia en materia de competencia, en Canadá se trata de jueces especializados contenidos en el Tribunal de la Competencia. En México diversos doctrinarios se han pronunciado sobre la necesidad de judicializar la materia, han coincidido en que de menos se requiere crear una sala de revisión en amparo especializada, dicha iniciativa se presentó en su momento para ser tomada en cuenta como parte de la reforma judicial, sin embargo dichos esfuerzos aún no se han cristalizado.

Por si fuera poco, también este desconcentrado denominado Comisión Federal de Competencia Económica, resuelve el recurso ordinario de alzada, la reconsideración, que

<sup>57</sup> PÉREZ Delgado Luis Uriel. “Comentarios de algunas resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de Competencia económica, con motivo del décimo aniversario de la Comisión Federal de Competencia.” [en línea], México, Goodrich Riquelme y Asociados, (junio 2003) [citado 3-11-2008]. Formato Pdf.

Disponible en Internet en:

[http://goodrichriquelme.com/PDF/Antitrust\\_Law\\_Luis\\_Uriel.pdf](http://goodrichriquelme.com/PDF/Antitrust_Law_Luis_Uriel.pdf)

es de interposición optativa, sin embargo, dicho recurso es procedente únicamente contra la resolución definitiva recaída a la primera instancia y pronunciada por la Comisión, no siendo viable en contra de otros actos realizados por la Comisión, dejando como único mecanismo de defensa contra estos otros actos, que no constituyen resolución definitiva el amparo indirecto.

Contra el acto que dicta el cierre de la investigación, sin ejercicio de la acción, la mayor parte de las veces se declara improcedente la reconsideración, además de que los supuestos en los cuales podrá desecharse una denuncia no están clara y delimitadamente esgrimidos en la Ley, el artículo 32 de la misma se limita a facultar a la Comisión a desechar denuncias por considerarlas notoriamente improcedentes, sin aclarar en que casos se considera dicha improcedencia, en una interpretación judicial armónica esta laguna busco colmarse a través del artículo 26 del Reglamento el cual indebidamente establece las causales de improcedencia, causales que debieran consignarse en texto de Ley, para transparentar el accionar de la Comisión, dicho precepto en su fracción I establece que serán notoriamente improcedentes las conductas que no estén previstas como prácticas monopólicas en la Ley, sin reparar en su efecto, no basta que una conducta se manifieste únicamente como variación de una práctica, si no reúne los elementos, por ejemplo, si no se realiza una discriminación sobre el elemento numerario precio, sino en base a promociones o márgenes de regreso, o si no se da un precio depredatorio sino una oferta depredadora, no serán investigables las conductas, prejuzgando como legales las mismas sin someterlas a escrutinio.

A su vez el mismo artículo 26 del Reglamento en comento, considera causal de desechamiento cuando los hechos denunciados no son de realización inminente, elemento no considerado por la Ley, con el que busca solventar el requisito del daño sustancial a la competencia, sin embargo, tampoco estipula que plazo de tiempo o que características tiene una conducta de realización inminente, razón por la cual esta fracción corre el riesgo de ser declarada inconstitucional debido a su ambigüedad misma, y al hecho de que el texto del numeral 26 del Reglamento, excede de la facultad reglamentaria consagrada en el artículo 89 fracción I de la Constitución, disposición legal de la que emanan dichos reglamentos y que, de conformidad con la jurisprudencia P.J. 30 /2007 de rubro “Facultad reglamentaria sus límites”, señala:

“La facultad reglamentaria contenida en el artículo 89 fracción I constitucional está limitada por los principios de reserva de Ley y de subordinación jerárquica y que atendiendo a ello es competencia exclusiva de la Ley del que quien donde y cuando de una situación jurídica general, hipotética y abstracta, mientras que, al reglamento competirá el como de estos mismos supuestos jurídicos, debiendo solo concretarse a indicar los medios para cumplir la ley [...]”

Como puede observarse, el reglamento, excede en varias ocasiones la Ley, al determinar

por ejemplo, cuando podrá equipararse una conducta a una fijación de precios como lo observamos en el capítulo II de la presente tesis y al determinar, cuando se considera que se esta ante una causal de desechamiento. Elementos de la hipótesis que, de conformidad con el criterio de la Corte debe determinar el texto de la Ley y que, excede la facultad reglamentaria del artículo 89 fracción I Constitucional.

Tampoco existe en Ley la facultad por parte de la CFCE de suplir los defectos técnicos de la denuncia realizada por un particular, facultad vital para un organismo que se reconoce actúa en un ámbito especializado cuyos elementos técnicos no son de simple conocimiento para la población, esto evitaría el desechamiento irracional de diversas denuncias que se abandonan sin la respectiva investigación, como en el caso de las cadenas de servicio denunciadas por las farmacéuticas de Cuernavaca, visto en apartados anteriores, donde si bien, indebidamente se denunció la conducta bajo una depredación de precios, que no calificaba los descuentos, que constituían la conducta podían investigarse a la luz de una discriminación de precios con base en descuentos.

El permitir la doble función de la CFCE como Juez, investigador y parte, además de debilitar sus resoluciones sobrecarga de trabajo y costos a la Comisión, la cual pudiera distribuir mejor sus recursos económicos y técnicos si se le encomendara como en nuestros países vecinos solamente la investigación de las conductas y se le facultara para junto con los particulares iniciar acciones ante los juzgados correspondientes, dejando a los Tribunales la tarea de dilucidar sobre la legalidad de las conductas llevadas a su seno.

El limitar la actuación de la Comisión a la investigación, permitiría dotar a esta con mayores herramientas de investigación al sujetar tanto su actuación como los resultados de la investigación de primera mano al escrutinio de los tribunales, los cuales controlarían la legalidad de las diligencias de investigación realizadas por la Comisión, entonces estos, podrían pronunciarse sobre la legalidad de las órdenes de conducta, cateo, investigación y demás ejecutadas por la Comisión misma, y darle una mayor seguridad jurídica a sus actuaciones, esto le daría mayores herramientas de investigación a la Comisión sin poner mayor presión sobre la legalidad de sus actuaciones.

Cabe mencionar brevemente, la diferencia entre la actuación del Ministerio Público en el área penal como garante del ejercicio de la acción y la actuación de la Comisión también como monopolista de la acción en materia de competencia, mientras el Ministerio solo realiza la investigación de los delitos y decide si ha lugar o no en base a elementos al ejercicio de la acción penal, para después consignar la investigación a un Juez para que este decida sobre la legalidad y verdad jurídica de las conductas y la investigación misma, la Comisión investiga las conductas, decide si ha lugar o no al ejercicio de la acción y, en primera instancia se pronuncia sobre la legalidad de las conductas, además, si decide no ejercitar acción no enfrenta mayores responsabilidades por el no ejercicio de la acción de competencia.

Al plantearse la existencia de un órgano jurisdiccional que sancione las conductas y limite la injerencia de la Comisión a la investigación de las conductas y al ejercicio de la acción,

se busca afianzar su actuación como fiscalía, representante del interés social, tanto de consumidores como de industriales, garante de un mercado accesible y competitivo, de alcanzarse este objetivo, se nivelarían las oportunidades de acceso efectivo a ciertos mercados relevantes, dañados por años de prácticas anticompetitivas, ya que, dicha acción fiscalizadora estaría enfocada tanto a investigar las conductas como a desarrollar diseños de mercado y crear política de competencia, pudiendo fomentar la cooperación internacional con otros organismos de investigación con herramientas de la misma amplitud que la fiscalía que se propone, aligerando la carga procesal de la Comisión misma al no requerir esta pronunciarse sobre la legalidad de las conductas

Otra carencia de la Comisión derivada en parte de su calidad de órgano federal desconcentrado en contraste con los tribunales federales es que, la misma carece de facultades para calificar la legalidad de las leyes estatales, actos de las legislaturas y jueces locales, ya que, esto se ha considerado una invasión de esferas por parte de un desconcentrado del ejecutivo federal, tampoco tiene mayores facultades más que, las de denuncia para sancionar a autoridades principalmente locales, que permiten, encubren, toleran o coadyuvan usando su *imperium* para realizar prácticas anticompetitivas, esto es debido a la poca influencia de la Comisión ante los procuradores y tribunales estatales, debido a su poca coordinación con los mismos y escasa presencia en los Estados que conforman la República, al mantener a la Comisión como un ente investigador de las conductas se facilitaría su cooperación con los procuradores estatales quienes podrían coadyuvar activamente previa reforma de Ley, y denunciar las prácticas anticompetitivas en su localidad para llevarlas directamente ante los tribunales, desconcentrando el monopolio de la acción de la esfera Federal a favor del desarrollo económico de los Estados.

Otro punto que resulta necesario considerar sobre la requerida judicialización de la materia de competencia económica es el hecho de que por jurisprudencia la Corte ha determinado que únicamente los Tribunales pueden decretar la nulidad de convenios, solo ellas pueden declarar un acuerdo de voluntades como nulo y no un ente administrativo, esto tiene especial énfasis cuando se califica en materia de competencia la legalidad de un acuerdo entre competidores o el efecto y la génesis de los acuerdos de exclusividad, de distribución exclusiva o división vertical de territorios y resulta de vital importancia en el caso de los acuerdos extrajudiciales, ya que, solamente un Tribunal podría declarar nulos los mismos, en caso de ser objetados por ejemplo, por el denunciante de la conducta. Existe además otro criterio jurisprudencial que, aunado al anteriormente mencionado ralentiza la proliferación de criterios uniformes en la materia y retarda su aplicación hasta que, el asunto llega a tribunales, es decir después de al menos tres instancias, dicho criterio versa sobre el hecho de que, la jurisprudencia no le es obligatoria a los órganos administrativos, dando como resultado que los criterios judiciales puedan hacerse valer únicamente a partir de que tiene conocimiento del asunto un órgano material y formalmente judicial, es decir tercera o cuarta instancia en su caso, cuando, de tener una justicia judicializada tendríamos un fallo especializado de fondo considerando los criterios judiciales de la materia desde un principio, lo cual fomentaría la evolución jurídica de la rama.

En atención a lo anterior consideramos que, es necesario redoblar los esfuerzos para propiciar una mayor participación judicial en la materia, para lograr una mayor autonomía de la Comisión que transparente sus investigaciones, las transparente y de mayor firmeza. En el remoto y no recomendable caso de pretender mantener a la Comisión como organismo integrado de investigación y decisión, se deberá buscar un mejor método de nombramiento de sus funcionarios, un mayor control de constitucionalidad de sus decisiones y una mayor independencia tanto en cuanto a personalidad jurídica como a presupuesto de la Comisión, respecto del ejecutivo, además de crear subdivisiones y separar las labores de creación de política de competencia, diseño de mercados, investigaciones y procedimientos al interior del mismo organismo. Sin embargo, para un mayor control de la constitucionalidad de su actuación se requiere al menos, permitir la intervención de otros poderes especialmente el legislativo en el nombramiento de sus funcionarios.

El procedimiento ante la Comisión es excesivamente largo, como se demostró, en un proceso reciente llevado a cabo por la **Comisión Federal de Competencia Económica vs. Prestaciones Universales**<sup>58</sup>, para sancionar la concentración en la que influyó la falta de independencia de los captadores y receptores de vales ya que las principales tiendas de autoservicio son accionistas de prestaciones universales y se negaron a recibir vales expuestos por otras emisoras, configurando lo que sería debidamente llamado boicot de efecto horizontal orquestado verticalmente, pero que la Comisión evitó llamar por dicho nombre. El inicio de la investigación se dio el 31 de junio de 1999, bajo el rubro de una fusión prohibida, en el 2000 resolvió ordenar la desincorporación de la empresa así como imponer multas simples a ciertos autoservicios, bajo la figura relativa de denegación de trato al negarse a recibir los vales de Prestamex, competidora de Prestaciones Universales, sin embargo, evito perseguir la conducta como una colusión entre autoservicios para coordinar otro mercado es decir, un boicot verticalmente orquestado con efectos horizontales. Ante esta resolución, recayeron dos reconsideraciones más por lo que el asunto termino de salir de la jurisdicción de la Comisión hasta julio de 2002, es decir casi tres años después del inicio.

En la primera reconsideración aminoró las multas a ciertos autoservicios pero confirmo la orden de desconcentraciones de prestaciones universales, sin embargo esta desconcentración no se llevó a cabo después de esos tres años ya que, la resolución a las reconsideraciones fue controvertida mediante amparo.

A su vez, cabe recordar que, aunque el caso anteriormente mencionado lo ganó la Comisión, la facultad de imponer como sanción la desincorporación de lo integrado a través de una fusión indebida fue declarada inconstitucional en 2007 como mencionamos en el capítulo II de la presente tesis. El amparo se sustanció bajo el número de expediente 1012/2005, el fallo de la Comisión después de pasar por amparo y amparo en revisión en el caso de Prestaciones Universales, quedó firme hasta noviembre de 2006, siete años después de iniciada la investigación, sin considerar la etapa de cumplimiento del fallo.

---

<sup>58</sup> Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica Expedientes; **DE-27-1999; RA-46-2000 y RA-38-2000**, de resolución 11 de julio de 2002 en la Comisión.

**CAPÍTULO V.- El estatus del derecho interno sobre el derecho internacional en materia de competencia y su efecto sobre el cumplimiento de obligaciones internacionales en materia económica.**

Si bien, existen tratados de cooperación en materia de investigación de competencia económica entre Estados Unidos, Canadá y México, la mayor parte de las determinaciones de la materia, se llevan a cabo a nivel local. Sin embargo, la efectividad y oportunidad con la que, una nación persigue las conductas anticompetitivas y la manera en que las concibe, afectan al mercado mundial.

Como hemos visto, a lo largo de la presente tesis, existen disparidades y diferencias esenciales entre los tres sistemas legales en estudio, tanto en las instituciones diseñadas para la investigación y sanción de la materia competencia económica, como en la manera de entender la misma, como herramienta o como objetivo en sí mismo, las formas de iniciar acción, las líneas de daño reconocidas, las bases de jurisdicción establecidas etcétera. No obstante, la intención de establecer una zona de intercambio económica activa con mas de 100,000,000 de consumidores, los principios de derecho de la competencia económica han tenido su propio desarrollo. Una uniformidad de principios legislativos por la misma diferencia de familias jurídicas, intenciones y niveles de desarrollo, ha sido y será a corto plazo poco probable, sin embargo, en contrapartida, al menos entre Canadá y Estados Unidos existe una activa y significativa cooperación para la sanción de los efectos de las conductas antimonopolio, actualizados de uno y otro lado de la frontera, así como, para el intercambio de evidencia, la realización de diligencias de probanza y la oportuna persecución de cárteles y conducta anticompetitiva a nivel trasnacional.

Esta cooperación se ve muchas veces dificultada o trastocada por la diferencia en las formas de entender una obligación internacional, en la manera de interpretar un tratado, de hacerlo valer frente a otro Estado soberano o simplemente ante la dificultad de validar una obligación claramente definida en un tratado internacional ante una Corte extranjera.

A pesar de ello, cada vez, se reconoce más la importancia de atacar la cartelización con una activa cooperación internacional, ya que, si bien el afán de conseguir una renta monopólica lleva a varias empresas trasnacionales a invertir recursos para presionar políticas estatales que cierren los mercados, o para realizar por su cuenta y cargo actividades anticompetitivas, muchas veces los Estados no cuentan con los recursos económicos ni técnicos para perseguir estas conductas, al contar con presupuestos y ámbitos de acción más limitados que la citada empresa trasnacional.

Efectivamente, en el escenario real, se han creado corporaciones que sobrepasan por mucho, en ganancias el producto interno bruto de muchos Estados y tienen influencia en varios mercados mundiales y por tanto en la calidad de vida y las posibilidades económicas de diversas sociedades.

Si bien, los capitales no conocen de nacionalidades, si conocen de pesos jurisdiccionales,



así muchas veces, un cártel destinado a atacar un mercado donde existe una intensa cultura de la competencia y fuertes sanciones para prácticas anticompetitivas orquestará su conducta desde fuera, para evitar el ejercicio de jurisdicción del Estado temido, es por esto que, tanto Canadá como Estados Unidos realizan un activo ejercicio de jurisdicción por los efectos y a veces hasta preventiva, teniendo una participación activa y significativa, en la persecución de estas conductas y su sanción. Así, el hecho de que, las autoridades estadounidenses encuentren elementos para sancionar una conducta que, a su vez afectó el mercado canadiense facilita la persecución de la conducta ya que Canadá, podrá tomar como base el pronunciamiento de las cortes americanas, reconocerlo y sancionar al ente anticompetitivo, el cual ya no podrá alegar sobre el fondo del asunto o la legalidad de la conducta, solo sobre la legalidad del procedimiento, que sirve de base para la sanción del Canadá, así se reduce el tiempo en que se finca la responsabilidad en ambos países.

Ejemplo claro de este escenario fue el caso **United States vs. Andreas**. El cual versó sobre la responsabilidad individual de los ejecutivos de Archer Midlands Corporation, en la organización de un cártel de vitaminas, lisina y ácido cítrico de escala internacional, detectado e investigado por el Departamento de Justicia y el Buró Federal de Investigaciones que, resultaron en sendas condenas, aceptaciones de culpabilidad y multas, que sirvieron de base para que, en Canadá se iniciaran también acciones de clase en contra de estas compañías, utilizando la información recabada por el gobierno estadounidense y los hechos aceptados y establecidos ante las Cortes Americanas. Se inició acción en contra de estos mismos cartelistas en Canadá, un juicio rápido y menos costoso para las autoridades canadienses, ya que, la litis ya solo podía versar sobre la forma del procedimiento y la afectación a los intereses canadienses y no sobre la ilegalidad de las conductas, esta había sido ya probada ante las Cortes Americanas.

El caso Andreas, deriva de las conductas desplegadas por Archer Daniels, Haarman, y La Roche para coordinarse y no competir en tres mercados; lisina, ácido cítrico y vitaminas, estas empresas eliminaron la competencia entre ellas y se repartieron el mercado pasando el costo de su comportamiento oligopólico a los consumidores, a decir del Presidente de Archer:

“Nuestros competidores son nuestros amigos y nuestros clientes los enemigos”<sup>1</sup>

Andreas, es el apellido de la familia que controla Archer Daniels Esta conspiración involucró a empresas norteamericanas, una subsidiaria de Bayer, Haarman y a pequeñas empresas asiáticas productoras de lisina, por tanto, su impacto fue global e intercontinental. Como resultado, las Cortes americanas sentenciaron a dos años de prisión a ejecutivos de Archer, la pena original se vio reducida por la cooperación de estos ejecutivos en la persecución del cártel, sin embargo, como la cooperación no fue completa

<sup>1</sup> **United States vs. Andreas**. [216 F.d.645], Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito (2000).

y oportuna no se les concedió inmunidad.

Cabe mencionar que, las corporaciones envueltas en esta conspiración no solo producían los insumos mencionados, se trata de competidores importantes en casi todos los mercados de materias primas, con poder monopsonico y monopolico sobre las mismas, son los principales compradores y vendedores de las cosechas de maíz, frijol y trigo, y los procesadores de etanol, endulzantes de alta fructuosa, aditivos para engorda de ganado y varios tipos de aceites producidos a partir de semillas. Como vemos, se encuentran presentes en la mayor parte de los mercados de artículos necesarios que han mostrado fallas en eficiencia asignativa, distributiva, prácticas de acaparamiento y cuyos precios se encuentran en zonas grises sin hablar de que, se trata de mercados donde se realizan compras de la materia prima al agricultor por debajo de los precios internacionales de mercado a los que los revenden, estas mismas empresas ya sea como insumo o como *commodities* en las bolsas de valores, aunque su conducta respecto a la división de maíz no fue materia del presente caso, resulta notoria la influencia de su conducta sobre esta materia prima y vale la pena recordar que Gruma el principal productor y vendedor de harina de maíz en México tiene una *joint venture*, en Estados Unidos con esta división de ADM para la compra de maíz a nivel mundial, por lo que, el comportamiento de esta división de ADM y su política de negocios tiene efectos en territorio nacional.

Para darnos una panorámica del impacto del cártel conseguido sobre la lisina, el ácido cítrico y las vitaminas, basta mencionar que, la lisina es un amino ácido utilizado para estimular la engorda de animales, principalmente pollos y cerdos, los conspiradores vendían directamente la lisina a los granjeros, antes de la conspiración el mercado presentaba una batalla intensiva entre empresas coreanas, japonesas, americanas y europeas, el líder en la división lisina era la japonesa Ajinomoto Co. Aún así, la lisina es un producto de amplia elasticidad precio- demanda ya que, es fácilmente sustituible, por lo tanto, el eje principal de competencia en este mercado solía ser el precio y las condiciones que lo conforman, esto hasta que ADM entró al mercado con una planta capaz de producir más de la mitad de la cantidad requerida a nivel mundial de lisina y destronó a Ajinomoto. Al principio, la incursión de ADM en el mercado junto con otra empresa coreana provoco una guerra de precios que rompió el oligopolio asiático, esto en la década de los 90<sup>2</sup>.

En 1992 una de las compañías coreanas Kyowa Hakko, organizó una junta con Ajinomoto y ADM en la Ciudad de México, nuestra ciudad fue escogida a decir expreso de los conspiradores, debido a que los participantes querían evadir la jurisdicción de las leyes antimonopolio americanas, en estas juntas las empresas discutieron mecanismos para fijar precios y asignar volúmenes de venta entre los participantes de mercado. Los acuerdos sobre precios, no fueron difíciles de alcanzar, se acordó un mecanismo para elevar el precio en dos etapas empezando a finales de 1992, el punto que presentó mayor problema fue el acordar las cuotas a vender, se compartió información sobre la capacidad de cada planta para producir, y se asentó a un auditor en cada planta encargado de reportar el comportamiento y cumplimiento del acuerdo de cada uno de los implicados a los demás

---

<sup>2</sup> Idem.

conspiradores, las reuniones del cártel para ajustar las determinaciones de precio y cuota de producción, se realizaron en distintos lugares a distintos tiempos, algunas veces en México, para disfrazar sus reuniones, crearon una falsa Cámara de productores de lisina, para así reunirse al amparo de la garantía de libertad de reunión que para dichos organismos, se reconoce que, para dicha asociación crearon una falsa agenda sobre derechos animales y ambientales.

A pesar de estos acuerdos, la falta de una asignación de cuotas de producción y la existencia de un entorno económico de crisis, bajaron los precios de la lisina en contra de la voluntad de los conspiradores.

Para provocar que se llegara a un acuerdo sobre las cuotas de producción, ADM amenazó a Ajinomoto con inundar el mercado con lisina barata, a menos que, se sentaran a dividirse el mercado, se llegó a un acuerdo, donde se asignó un tercio de mercado a ADM y el resto se repartió entre las demás empresas, a su vez, se acordó un mecanismo para rastrear los precios que, cada conspirador ofrecía a cada cliente.

El cartel estuvo operando casi diez años en el mercado, para la investigación el FBI recabó evidencia en video y notas sobre las juntas realizadas en México, y el resto del mundo para fijar precios y cuotas de producción, así como el testimonio protegido y encubierto de uno de los ejecutivos de ADM, el cual había cometido un fraude durante su gestión en la empresa y en aras de atenuar su responsabilidad en dicho fraude, delató el cártel y colaboró con el FBI, grabando horas de conversación de los conspiradores, fue durante la investigación de este cártel de la lisina que se descubrió que ADM había estructurado acuerdos con sus rivales para evitar competencia, los otros dos mercados afectados de manera evidente era las vitaminas y el ácido cítrico, cabe mencionar que, México país donde se orquestó el cártel de la lisina solamente sancionó la conducta de ADM por su participación en el cártel de cítricos, dejando impune la concentración en materia de vitaminas y lisina no obstante la conducta se orquestó en su territorio.

La oligopolización del ácido cítrico se dio a través de el establecimiento de niveles de producción entre ADM y sus competidores, la restricción de la competencia en el mercado de las vitaminas tomo la forma de control de niveles de producción y fijación de precios de las vitaminas a nivel mundial entre ADM y productores europeos, entre otros La Roche y Haarman que, a su vez, participaban también, en el cártel del ácido cítrico, el cártel de las vitaminas, era el de mayor escala, casi del doble del tamaño del cártel de la lisina, el menor era el del ácido cítrico. Este cártel, estaba destinado a elevar los precios de las vitaminas vendidas a grandes volúmenes, a los productores de alimentos que las integraban, no para el comercio al menudeo, sin embargo, como efecto lateral elevó el precio minorista de las vitaminas a nivel mundial. Desde 1991, los productores de vitaminas se reunían para analizar y compartir información que facilitaba la colusión, juntos lograban determinar el límite de pago del consumidor al que iba enfocada la práctica, de una manera lo suficientemente confiable, como para mantener el precio en ámbitos grises, así como, para detectar incumplimiento con el acuerdo y sancionar a aquellos que se habían alejado del mismo.

La implementación del cártel, estuvo a cargo de comisiones regionales, las cuales rastreaban el cumplimiento de conformidad con grupos de productos y regiones asignadas, la mesa directiva del cártel en sí, se reunía cada año en Suiza donde acordaban un fondo común de presupuesto para mantener el mecanismo colusivo y sus rastreos. Para obtener información de este cártel, los programas de reducción de penas a aquellos que denunciaran su participación y elementos necesarios para su persecución representaron un incentivo modesto, fue necesario que, en 1994 el Departamento de Justicia anunciara inmunidad completa contra la acción penal por conspiración para el individuo que denunciara hechos relevantes del cártel y aportara pruebas sustanciales, siempre que, dicho denunciante no fuera el autor principal del mismo.

El obtener elementos para perseguir y condenar el cártel de vitaminas implicaba un esfuerzo enorme, ya que cada productor estaba localizado más allá de las fronteras estadounidenses, y los participantes del cártel llevaban a cabo todas sus reuniones fuera de territorio norteamericano, además de que el cártel de las vitaminas tenía una estructura y organización más precisa e intrincada que el cártel de la lisina, sin embargo conforme se fue encontrando evidencia se reportaron avances en la investigación hasta que Thone Poulenc, una de las firmas más pequeñas enroladas en el cartel solicitó apegarse al programa de amnistía y dio información sustancial al Departamento.

El inicio de esta investigación, se dio cuando aún no existían suficientes acuerdos de cooperación internacional para la investigación de prácticas anticompetitivas, aún hoy no existen a nivel internacional compromisos firmes, el sancionar estas conductas y reunir elementos para ello llevó a Estados Unidos un promedio de ocho años, sin embargo una vez realizada la investigación por tal país, los demás países afectados pusieron en acción sus mecanismos anti-monopolio y sancionaron en cadena por el daño a su mercado local a las compañías parte de la Conspiración.

Muchas de estas naciones, como Canadá sancionaron los tres cárteles y a los intervinientes tuvieron o no inversión directa en Canadá ya que, sus acciones tuvieron efectos en territorio canadiense, al subir el precio internacional de vitaminas, lisina y ácido cítrico, y cerrar los mercados a través de mecanismos de sanción contra los no miembros del cártel e impidieron el acceso a mercado de compañías canadienses. En este caso, elevaron el precio al que los consumidores podían importar vitaminas al Canadá elevando por tanto el precio de las vitaminas dentro del mercado canadiense, fueran o no productos de las compañías aludidas y, estabilizaron artificialmente dicho precio estacionándolo en parámetros grises de competencia, efectos que se dieron no solo en los mercados canadienses o en el mercado internacional, sino que afectaron a cualquier mercado donde existiese al menos consumidores de vitaminas, aditivos y engordantes para la reventa de alimento como producto final.

Resulta importante remarcar que, no obstante el cártel de la lisina se orquestó en México y los efectos del cártel de vitaminas se resintieron también en nuestro país, la Comisión solo actuó en contra del cártel de ácido cítrico y solamente ejerció jurisdicción sobre las empresas con inversión directa en México, realizando investigaciones sesgadas e incompletas y una restringida impartición de justicia, que obviamente no restablecía la

competencia en todos los mercados afectados.

Otro caso de alcance global sustantivo fue el de **United States of America vs. Microsoft**, sobre el ejercicio de poder monopólico en la comercialización de sistemas de PC compatibles con Intel, comercializados por Microsoft, en este caso no se trataba de un acuerdo de voluntades entre agentes económicos de diversos países actuando en diversas regiones para no competir, monopolizar el mercado, sacar competidores de él o cerrarlo a nuevos entrantes, se trata del comportamiento de un solo ente, con la fuerza y capacidad de realizar conducta que afectó al mismo tiempo varios mercados.

Se determinó en este caso que, el establecimiento unilateral de Microsoft de requisitos de compatibilidad de plataformas extinguía la posibilidad de los consumidores de cambiar hacia otros proveedores de procesadores, so pena de perder funcionalidad, con lo cual se determinó que, la sustitución de opciones no existía en el mercado y por tanto no significaba una barrera para el alza de precios por encima del nivel competitivo por Microsoft.

El mercado relevante afectado determinado por la Corte de Distrito de Columbia fue:

“El licenciamiento de los sistemas compatibles con los procesadores Intel a nivel mundial<sup>3</sup>”

Se encontró que, a ese mismo nivel mundial no se contaba con sustitutos, no había opciones de productores de plataformas locales o a través de importaciones para obtener el licenciamiento de sistemas compatibles con procesadores Intel, sin tener que lidiar con Microsoft, lo anterior a su vez constituía en génesis un abuso del derecho de patentes y marcas, tampoco, había forma viable de cambiar de plataforma de compatibilidad ya que, la mayor parte de los usuarios de servicios de computación estaban en el sistema Intel, la sustitución del sistema Intel individual se traducían en incompatibilidad con los demás usuarios de procesadores y el emprender una campaña para la sustitución a gran escala implicaba costos inconmensurables, al ser necesario el cambiar el procesador completo para cambiar de plataforma y en ese entonces, además absorber una pérdida significativa en eficiencia asignativa de oportunidades al perder muchas de las aplicaciones soportadas por Intel. En conclusión la Corte considero que, no había nuevos entrantes significativos en el mercado.

Por otra parte y aunque Microsoft argumentó que, el sistema Palm Os podía ser considerado como competidor la Corte determinó acertadamente que, el mismo no era un sustituto del Intel sino un accesorio compatible con el mismo, no era sustituto ya que no cubría toda la gama de necesidades del universo de consumidores de Intel.

Otra aportación importante en el presente caso es que, la Corte evitó favorecer escenarios especulativos y se negó a considerar como un competidor significativo para Intel a los

---

<sup>3</sup> **United States vs. Microsoft Corp.**, [253 F.3d.34,346] Corte de Apelaciones en el distrito de Washington D.C., (2001).

navegadores con funciones como Netscape y Java, al considerar que estos no tienen suficientes aplicaciones de interfases programables, y no obstante reparar en el futuro de desarrollo de estas plataforma, al no tener un resultado cierto sobre la posibilidad fáctica de que dichas posibilidades se realicen. Sobre su costo no se incluyeron en el estudio, principalmente por que se consideraron solo las aplicaciones con las que contaban a la fecha de la investigación y se concluyó que estas no cubrían las necesidades principales de los consumidores de Intel y por lo tanto en el tiempo presente, estas plataformas no eran sustitutos viables para Windows.

En este caso, dando un giro a muchos años de tradición neo chicagonitas, la Corte interpretó que la *Sherman Act* le demanda considerar todos los sustitutos racionalmente intercambiables por consumidores en el presente y no le obliga a considerar sustitutos potenciales, que no sean en el momento de la investigación opciones viables de sustitución, criterio que, contradice la base especulativa de las eficiencias realizables en un tiempo determinado o determinable y la sustituye por sustitución viable al momento de la sustanciación del proceso judicial, que favorece la certidumbre jurídica de los mercados y que esperamos sea recurrido y utilizado con mayor frecuencia, por que permite atacar la concentración de mercado a que dio lugar la falta de competencia en el presente y no plantea meras esperanzas de que, el mercado mejore solo en el futuro. El pronunciamiento de la Corte de Apelaciones textualmente indica :

“Por que definir el mercado significa identificar productos razonablemente intercambiables por los consumidores y debido a que las plataformas no son en el presente intercambiables con Windows, la Corte de Distrito ha tenido buenas razones para excluir dichas plataformas de la definición de mercado relevante<sup>4</sup>”

A su vez, consideró limitar los productos sustitutos a las viabilidades presentes atendiendo a que, se estaba estudiando un mercado donde la construcción de redes y la reputación son elementos vitales.

En este caso, también se sentó un parte aguas al tratar abiertamente a la excesiva reputación y publicidad de Windows, como una seria barrera de entrada o sustitución de la cual, se beneficiaba Microsoft en un mercado de bienes experiencia. La decisión del caso, marca el regreso de las Cortes Estadounidenses, al estudio de la estructura de mercado para determinar poder sustancial en el mismo.

El caso no versaba sobre la acumulación de poder de mercado de Microsoft, el cual es cierto, adquirió a partir de ser más eficiente e innovador que sus competidores, versaba sobre los esfuerzos de Microsoft para mantener su posición dominante utilizando medios diversos a la competencia, tales como el establecimiento de barreras a la entrada del mercado, técnicas publicitarias, barreras de compatibilidad, el uso de ese poder de mercado para obstaculizar interconexiones y mantener mercados cautivos. Este es un caso

---

<sup>4</sup> *Idem.*

que versó sobre barreras de entrada, como medios no solamente de mantener poder de mercado, sino como formas aprovechables por ciertos agentes económicos para desplazar competidores del mercado, aún sin incurrir en prácticas tipificadas como fijación de precios, división de mercados etcétera, simplemente actuando al amparo de una barrera, apuntalándola y manteniéndola operativa.

En este caso, la barrera técnica de entrada además de la compatibilidad era la inexistencia de software desarrollado para plataformas distintas a Windows, dichas plataformas no contaban con aplicaciones capaces de competir con las cerca de 70,000 funciones de Windows, y no contaban con ellas ya que, era difícil encontrar desarrolladores para plataformas distintas de Windows, era difícil encontrar estos desarrolladores ya que los programadores no se sentían atraídos a desarrollar aplicaciones para plataformas que no contasen con un número significativo de usuarios y los usuarios no consumirían plataformas que no contasen con un número parecido a las aplicaciones que Windows ofrecía. El mantenimiento de este *status*, las conductas realizadas por Windows para mantener esta situación, así como, la creación de incompatibilidades, el bloqueo de acceso a la información de desarrollo de Windows y su discrecional licenciamiento, fueron las conductas controvertidas, por considerárseles la forma de apuntalar la barrera, de mantenerla y aprovecharla.

Desde una óptica teórica se buscaba sancionar lo que durante mucho tiempo en Estados Unidos se negó existiera, a la monopolización por si misma como una ofensa a la operación de los mercados, esta óptica parece empezar a permear las Cortes americanas y compatibilizar con los Tribunales Europeos.

Así, se sancionaron las barreras de compatibilidad, prácticas de comercialización y uso de poder monopólico de una corporación que, al no contar con rivales que vendieran sustitutos viables actuales a nivel mundial, afectaba a todos los mercados informáticos sin conocer de fronteras, a partir de la sentencia contraria a Microsoft, se multiplicaron los juicios por reparación de daños a la competencia, a consumidores y competidores en contra de la multinacional en diversas jurisdicciones, fue una especie de efecto domino.

Como lo comentamos, existen aún con estos acuerdos de cooperación y *comity* discrepancias importantes de criterio y aplicación en los países miembros del TLCAN, aún cuando como mencionamos Canadá, puede reconocer una sentencia norteamericana se ha negado a cooperar para que se realice a través de sus instituciones el cobro de daños triples a corporaciones canadienses, declaradas culpables de violaciones al derecho antimonopolio en Estados Unidos.

A su vez resulta necesario considerar las discontinuidades del desarrollo teórico de estas jurisdicciones, al estudiar la evolución de los criterios en Estados Unidos estudiamos prácticamente a la jurisdicción con mayor tradición en la materia, al estudiar los criterios y definiciones del derecho de la competencia económica canadiense, podemos ver el enfoque que le da a la materia un país de economía mediana, preocupado por su desarrollo interno con serias diferencias regionales que, pueden agravarse de no planear correctamente el manejo del mercado y mucho más enfocada al desarrollo del sector

servicios, en el caso mexicano, estamos ante una jurisdicción con un desarrollo aún incipiente, donde aún presenciamos ambigüedad y error en la interpretación de algunos conceptos, y donde el desarrollo de la forma aún sigue teniendo más peso y dinámica que el desarrollo del fondo técnico de la materia.

Si bien, los socios del Tratado de Libre Comercio no pudieron llegar a compromisos concretos de fondo en materia de competencia económica, si existía desde entonces la noción de que, el beneficio de abrir el mercado de consumo de más de 90,000,000 de consumidores podía menoscabarse, si se permitía que proliferaran las presiones por parte de agentes económicos con poder sustancial suficiente para establecer barreras a la entrada. Sin embargo, se hizo énfasis únicamente en las barreras transaccionales que podían establecer para encarecer o dificultar la entrada y no se reparó demasiado en las barreras técnicas de contenido que, dichos entes a través de regulaciones y presiones a los poderes estatales podían buscar legitimar. Así, se expresaron preocupaciones por que los grupos de poder presentes en mercados coordinados o recientemente privatizados y en los cuales, en el caso específico de México se vendieron importantes empresas integradas, pudieran promover el establecimiento de permisos, concesiones y licencias como barreras transaccionales a la entrada y, se dejó al libre albedrío del mercado el motivar que dichas empresas promovieran interconexiones, compatibilidades abrieran redes o enfocarán sus recursos a la creación de normas técnicas y de calidad, como barreras de entrada

En el caso de los Estados Unidos, la difusión del antimonopolio y su armonización a nivel internacional para proveer un marco legal uniforme y favorable a las transnacionales americanas, es un asunto de primera atención, esta nación ha considerado que, mientras el comercio se ha globalizado a escala, una promoción intensiva del derecho antimonopolio, es la llave para asegurar que, los negocios norteamericanos tengan oportunidad e incentivos para competir exitosamente, y para proteger al consumidor americano y a los compradores de conducta anticompetitiva llevada a cabo en otros países con efectos en territorio nacional, para lograr estos objetivos las autoridades americanas ven como necesario lograr la asistencia de otras autoridades de la competencia en los países que reciben sus inversiones, así, el ejecutivo de ese país desde 1994 enfocó sus esfuerzos en conseguir del Congreso una Ley que, les permitiera entrar en acuerdos internacionales con países anfitriones de inversiones americanas, para afianzar una vía de cooperación y asistencia en las investigaciones antimonopolio que los Estados Unidos, considerasen necesarios para ejercer su jurisdicción en dicha manera de forma preventiva como lo explicamos en el capítulo anterior, es entonces cuando nace la *Antitrust Enforcement Assistance Act*.

Posteriormente, los Estados Unidos crearían dentro de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia un Comité de Asesoría en Política de Competencia Internacional, la cual, sería encargada de promover y difundir los beneficios de la perspectiva estadounidense del derecho antimonopolio en todo el mundo, especialmente entre los países subdesarrollados que, apenas adoptaban legislación de competencia a los que además, proveerían de asistencia técnica, países como los latinoamericanos y africanos, y a las economías emergentes de Asia. Así, la asistencia del Comité iba de la mano con la firma de cada tratado de libre comercio en el que intervenía Estados Unidos,



bajo el argumento de asegurar que las barreras que se removían a través de dichos tratados no fuera reemplazadas por legislación local, por estímulos a las empresas nacionales, por planeaciones de mercado por parte de los Estados, con los que firmaba que favorecieran a sus empresas o por conducta privada acostumbrada en dichos países que, le impidiera el mejor acceso posible a las empresas norteamericanas.

En el ejercicio de jurisdicción preventiva, por parte de las Cortes y el ejecutivo estadounidenses han sido ratificadas recientemente en el caso **United States vs. Nippon Paper Industries Co. Ltd.** Donde, las Cortes interpretaron que, el Congreso dotó de jurisdicción a las agencias investigadoras para perseguir conducta anticompetitiva que se realiza fuera del territorio estadounidense pero que, tiene efectos en el mismo o en sus intereses.<sup>5</sup>

De hecho este ejercicio de jurisdicción preventiva ha llegado a tal grado que, Estados Unidos a través del *comity*, ha solicitado sancionar la conducta restrictiva de empresas que dañan a los exportadores estadounidenses, aún cuando no exista daño para sus consumidores.

La actividad de las agencias estadounidenses en el ámbito internacional, ha sido tan significativa y dinámica al ejercitar esta jurisdicción preventiva que, cerca del 90% de las multas impuestas en materia de derecho antimonopolio desde 1998<sup>6</sup>, provienen de la sanción a cárteles internacionales gestados fuera de los Estados Unidos pero con efecto en su territorio o en sus intereses.

El parámetro en multas y sanciones adjudicadas por las Cortes Estadounidenses a un cártel internacional, rompió todos los récords con las multas y penas de prisión dictadas para los participantes en el caso de la Lisina, el ácido cítrico y las Vitaminas, de La Roche, Haarman & Reimer Corporation, y Archer Daniels como principales orquestadores. El endurecimiento de las sanciones ante este tipo de cártel internacional, se da ante la *rationale* de que, los mismos son aún más peligrosos a los intereses norteamericanos que los cárteles domésticos ya que, estos tienden a orquestarse a través de organismos más sofisticados y su impacto es mucho mayor tanto, geográficamente como en la dimensión de comercio afectado por la conspiración, el principal efecto de estos cárteles ha sido la repartición de las cuotas de consumo ventas, mercados. En pocas palabras, la repartición del mercado a nivel global entre unos pocos y la no agresión entre los mismos, por lo que, no existe competencia entre ellas y los precios se quedan en estándares poco competitivos.

Se estima que, en el caso del cártel del ácido cítrico el daño únicamente a los

---

<sup>5</sup> **United States vs. Nippon Paper Industries Co. Ltd.**, Corte de Apelaciones del Primer Circuito [15 U.S.C.1] (1996-2001).

<sup>6</sup> KLEIN I. Joel, **International Antitrust Enforcement.** Department of Justice Washington DC Mayo de 199 public testimony of the Subcommittee on Antritrust, Business Rights and Cooperation, Committee on the Judiciary United States Senate.

consumidores estadounidenses fue de un billón de dólares al menos<sup>7</sup>.

### **1.1 Tratamiento que da el TLCAN a la competencia económica.**

A través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, fue imposible establecer un trato uniforme en materia de competencia económica en la región, hubo una fuerte reticencia por parte de Estados Unidos quien ya con el ALCEU había utilizado la legislación de competencia económica como barrera técnica a la entrada de productos como el trigo, las medicinas, los servicios de salud, los servicios bancarios y la cerveza canadiense, el caso mexicano era aún más incierto ya que México no contaba antes de las negociaciones del tratado con una legislación de competencia económica, aplicada en práctica a una economía de libre demanda y oferta, donde no era bien vista la intervención estatal para diseñar y controlar mercados.

La única mención sobre derecho de la competencia económica, a través de la cual se refuerza la directriz de que esta área quedó reservada al *imperium* de cada Estado, se contiene en el artículo 1504 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el cual demanda la creación de un Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia con duración únicamente de cinco años y cuyo trabajo fue poco trascendente en la región, se enfocó mucho más en presionar para la desregulación y así fomentar el acceso al mercado que en examinar que existiesen las bases jurídico fácticas necesarias o los remedios para fomentar un desarrollo económico de la región ordenado y continuo, nunca tuvo como objetivo el disminuir las discontinuidades de desarrollo en la región, nuevamente se privilegió como objeto de su trabajo el favorecer la desregulación, confundiendo dicha desregulación con un garante de la competencia.:

No obstante lo anterior, y no importando el silencio del TLCAN respecto al área de competencia económica, debemos considerar que, las tres naciones convergen en varios foros multilaterales donde han adoptado decisiones sobre competencia económica distintas, dichos foros son a manera ejemplificativa; la Red Internacional de Competencia Económica, la Organización Mundial de Comercio, La Organización de las Naciones Unidas, APEC, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y, el Comité creado al amparo del artículo 1504 del TLCAN. Si bien las resoluciones adoptadas en estos organismos multilaterales no tienen la misma fuerza legal por si mismas que un tratado o no se han cristalizado en convenciones completas, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, estas resoluciones pueden aportarnos un elemento de la costumbre internacional, su contenido expresa *opinio iuris* de los Estados Nacionales, es decir, contienen una serie de preceptos que reflejan principios, o conductas que reconocen como jurídicamente aplicables o deseables en su interrelación con otros países, cristaliza una serie de principios que la comunidad internacional, ve como necesarios para su convivencia y que cada Estado que las firma reconoce como existentes, compatibles con su orden jurídico y a cuyo apego esperan los demás Estados se sujete la conducta de los firmantes. Aportan un cierto

---

<sup>7</sup> Vid *Supra* n. 412.

elemento de seguridad jurídica, nos hablan de como esperan los Estados firmantes que se comporten en su interrelación, si además de esta *opinio iuris* o noción jurídica de que la conducta le es jurídicamente mandada al Estado aunamos que, existen elementos fácticos que demuestren una práctica por parte del Estado de conducirse consuetudinariamente conforme a dichas nociones fácticas, entonces se ha conformado costumbre internacional.

Tomemos por ejemplo, los acuerdos que los tres países han firmado en el seno de las Naciones Unidas, siendo el más relevante de los documentos en esta materia la Resolución 35/63 de la Asamblea General, fechada en el año 1980, en la cual otorga mandato a la UNCTAD para crear y armonizar una serie de principios que se sugerirán a los países miembro para promover una competencia económica ordenada., dicho mandato se cristalizó cuando la UNCTAD emitió su “Conjunto de principios y Norma sobre Competencia de las Naciones Unidas. Conjunto de Normas equitativos, convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas”.

Como mencionamos anteriormente, este instrumento, no constituye un tratado en sí, fue aprobado por los países miembros como una resolución, sin embargo y dependiendo las circunstancias, hay posibilidad de derivar derechos y obligaciones del documento, al menos hay posibilidad de presumir la existencia de una *opinio iuris* sobre los principios que contiene. La última confirmación de estos principios, se dio a través de una resolución de fecha octubre del 2000, desde su creación se han dictado al menos cuatro resoluciones, reconociendo la validez de este conjunto de principios<sup>8</sup>. Esta resolución busca desarrollar un conjunto de principios y normas universalmente aplicables y equitativas, estos principios tuvieron que, esgrimirse en forma de recomendaciones para no transgredir el principio de autodeterminación económica de las naciones y así obtener consenso suficiente para su aprobación. La definición que este ordenamiento realiza de las prácticas comerciales restrictivas, no se basan en el poder de elevar precios meramente, sino que, esta íntimamente ligada con el abuso u obtención de una posición dominante para cerrar mercados u obstruir competencia. Sin embargo, constriñe la aplicación de esta definición a que dicho abuso de posición dominante tenga efectos en el comercio internacional, no solo efectos en el territorio de un país miembro, la definición a su vez, elimina el elemento formal acuerdo cuando se trata de colusiones para evitar que dicho formalismo permita la impunidad en la materia.

A su vez, define la posición dominante como, la capacidad de controlar un mercado yendo más allá del simple elemento precio en numerario, a diferencia del criterio mexicano y estadounidense y reconoce que, dicha capacidad puede ser ejercida por un solo agente económico o por varios actuando en conjunto, el documento en sí, expresa un compromiso por parte de las naciones para realizar esfuerzos, sin especificar cuales, para contrarrestar prácticas restrictivas.

<sup>8</sup>Conferencia de las Naciones Unidas, Conjunto de principios y normas sobre competencia de las Naciones Unidas., [en línea], Ginebra, Naciones Unidas, 2000, 2ª revisión, [citado 18 -10-2008], Revisiones UNCTAD, Formato PDF.

Disponible en Internet en:

<http://www.unctad.org/sp/docs/tdrbpconf10r2.sp.pdf>

Este conjunto de principios, recomienda a los países considerar, al perseguir prácticas restrictivas, los objetivos socialmente deseables establecidos por la legislación de ciertas naciones, especialmente de las naciones en desarrollo, que buscan incubar a sus pequeñas y medianas empresas y al tomar esto en consideración, busca que dichos objetivos se sopesen en contra de la pérdida de competencia neta, priorizando la ganancia en beneficio social, sin embargo, como mencionamos, es solo una recomendación.

Resulta interesante resaltar que, aún cuando se trata de una práctica cuya simple existencia ha sido discutida por las economías de mayor escala, esta resolución recomienda a los países instruir a las empresas para que se abstengan de realizar depredaciones de precios y privilegio en su texto el considerar al precio no como un elemento numerario, sino como un conjunto de condiciones en el intercambio comercial así como sus modalidades, sobre las que también puede existir discriminación o aún depredación. Cabe mencionar que, entre las conductas mencionadas en la Resolución no se contemplan conductas que concentran la demanda de productos tales como el oligopsonio o el monopsonio.

A su vez, un avance de este documento fue que, previó la posibilidad de realizar consultas entre los países signatarios y de solicitar al Secretario General de la UNCTAD, el proporcionar servicios de conferencia para resolver dichas consultas.

A través de este conjunto de principios, se crea un grupo de expertos encargados de asesorar técnicamente a países en desarrollo interesados en desarrollar, modificar u actualizar sus legislaciones de competencia, este grupo actúa como una Comisión dependiente de la UNCTAD, sirve de foro para la intermediación en consultas y foro de discusión entre las partes, realiza estudios sobre las prácticas restrictivas a nivel global y su incompatibilidad con los principios y, a pesar de que, dicho grupo puede realizar exámenes a diversas políticas de competencia que impactan el ámbito global no puede emitir juicio vinculante alguno.

Por su parte, los trabajos de la Red Internacional de Competencia Económica, son más informativos sobre la competencia a nivel global, favorecen el flujo de información sobre políticas de competencia y formas de investigación entre los Estados miembros y, se enfocan a la asistencia técnica en general sobre los principios de la materia. Sin embargo, tampoco han logrado establecer compromisos firmes, más allá de los de proveer información y recomendaciones a nivel global.

El trabajo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, resulta de alguna manera más específico y estructurado, se enfoca en la revisión de las legislaciones de competencia y las normas que la conforman, analizando si determinadas normas dentro del marco jurídico de un país promueven u obstaculizan la competencia, reportando las acciones llevadas a cabo por dichos organismos para promover la cultura de competencia, acciones futuras y demás. Enfoca su trabajo en la eficiencia transaccional con un perfil marcado a la desregulación, sin embargo, en los últimos años ha reportado también el riesgo de no aplicar las pocas reglas aún vigentes para el diseño y sondeo de mercados. Un punto grave del enfoque de la OCDE es que al estar compuesta originalmente por

países de economías desarrolladas, negó doctrinaria y prácticamente la existencia de prácticas restrictivas de la competencia desde la demanda, y presionó políticamente a sus miembros a presumir su inexistencia, sino expresamente en sus legislaciones, sí criticando fuertemente el trabajo de investigación de las agencias que cuestionaran precios bajos en numerario o que investigan el regateo en las adquisiciones de transnacionales de materia prima, acusándolas de una intromisión excesiva e injustificada en el ejercicio y la libre toma de decisiones de las empresas, sin sopesar como lo demarcan los Principios de Naciones Unidas anteriormente referidos dicho beneficio pasajero de precios bajos o dicha intromisión en la vida empresarial contra la pérdida social neta que, tales regateos significaban para países en vías de desarrollo y productores de bienes semiterminados o materias primas.

A su vez, la cooperación internacional en materia de competencia económica en el área de Norteamérica se ve mucho más definida por los Tratados de cooperación y *comity* firmados de manera bilateral pero con cada uno de los países. Así tenemos que, Canadá y Estados Unidos firmaron su primer acuerdo de cooperación en materia de investigación de competencia en 1995.

México y Canadá firmaron un primer acuerdo de cooperación en materia de competencia económica en octubre de 2001 y el primer acuerdo de cooperación relativo entre México y Estados Unidos, entró en vigor originalmente en julio del 2000.

## **1.2 La política industrial en el mercado TLCAN.**

En el presente apartado, abordaremos las diferencias de la política de competencia acordada bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte con la política adoptada por otras regiones comerciales, como la Comunidad Europea y Asia, a su vez vemos que, ciertos principios chicagonitas permearon tanto en la región norteamericana, que aún cuando en dos de tres de las naciones que constituyen el mercado de libre comercio norteamericano, existen afectaciones por conductas que buscan concentrar poder de mercado a través del ejercicio indebido de su poder de consumo, o de su peso en la demanda de materias primas y bienes semiterminados, estas dos economías, México y Estados Unidos, siguen negando la existencia de monopsonios y oligopsonios

### **La política de competencia en el TLCAN, vs. La Unificación de la política industrial en Asia y la Comunidad económica europea.**

A diferencia del silencio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, sobre política de competencia en la región, el Tratado de Roma en sus artículos 81 y 82 dictan provisiones para sancionar a nivel comunitario, los cárteles de los clasificados como *hard core* y los abusos de posición dominante, proporcionando un marco base para la Comunidad Europea. El citado artículo 81 contiene una provisión de conductas que, para la Comunidad se consideran restrictivas de la competencia:

- Cualquier acuerdo de voluntades, coordinación, decisiones unilaterales que afecten el intercambio comercial entre los Estados Miembros y que, tengan por

efecto u objeto, la prevención, suspensión, distorsión, de la competencia dentro del mercado europeo.

- La fijación de las condiciones de compra o venta o las condiciones de comercialización de los bienes y servicios.
- Limiten o controlen la producción, los mercados, el desarrollo técnico o la inversión
- Se dividan mercados o fuentes de suministro.
- Permitan aplicar condiciones distintas a operaciones equivalentes, (el precepto no requiere que las operaciones sean idénticas), con otras partes contratantes, de tal modo que, se les coloque en desventaja competitiva.
- Condicionar la terminación de contratos a la aceptación de otra parte de obligaciones suplementarias, las cuales por su naturaleza y de acuerdo a los usos comerciales no tengan relación con el objeto de dichos contratos.

Por parte de las provisiones del artículo 82, considera como manifestaciones de abuso de poder dominante enunciativamente, las siguientes conductas:

- La depredación, ya sea en precios u otras vertientes.
- La fijación de precios injustos a la compra o de condiciones injustas de compra (monopsonios u oligopsonios).
- Limiten o controlen la producción, los mercados, el desarrollo técnico o la inversión en perjuicio del consumo de un Estado Miembro o de sus consumidores.
- Condicionamiento de contratos a circunstancias no relacionadas al objeto de dichos contratos principales.
- Discriminaciones diversas.

El mismo artículo prevé como primer efecto de la ilegalidad de estas conductas que, cuando las mismas tomen la forma de un acuerdo de voluntades, estos acuerdos y sus frutos serán nulos.

A su vez, se estableció un parámetro *de minimis*, para los subsidios que podía mantener u otorgar el gobierno de un Estado Miembro a determinadas actividades, sobre pasando dicho parámetro y teniendo efectos anticompetitivos en el mercado comunitario, dichos subsidios pueden ser controvertidos como prácticas restrictivas de la competencia, ya que, tienen como efecto distorsionar las condiciones de mercado y por tanto, son atacables de conformidad con el texto del artículo 81 del Tratado.

Sanciones de hasta el 10%, de las ganancias mundiales de las corporaciones, pueden imponerse como resultado de la violación a los artículos anteriormente citados.

La encargada de investigar estas conductas es la Comisión de Competencia de la Comisión Europea, quien ejercita la acción de competencia y remite el caso a la jurisdicción de la Corte de Primera Instancia y después de esta el caso puede ser revisado por la Corte Europea de Justicia.

Como vemos el marco jurídico de la comunidad europea es detallado, y presenta

diferencias sustanciales tanto de pensamiento como de aplicación con las legislaciones canadiense, estadounidense y mexicanas, cuando dichas discrepancias en puntos de vista para analizar conductas concurren, puede llegarse a conclusiones de legalidad sobre la conducta de una empresa con efectos en ambos continentes diametralmente distintas. Basta recordar el caso de la fusión **Boeing- McDonnell Douglas**<sup>9</sup>. Esta operación se dio en diciembre de 1996, cuando Boeing anunció su intención de comprar la corporación Mac Donnell Douglas, las operaciones de esta última en la rama de la aeronáutica civil disminuyeron considerablemente, durante los años previos a la fusión, con la adquisición Boeing mantenía los activos de Mac Donnell para diseño y producción de aeronaves de pasajeros en el mercado, sin embargo, la operación también implicaba la adquisición del portafolio de contratos de defensa adjudicados a Mac Donnell; a través de la fusión se esperaba que se incrementara la capacidad de producción de armamento de Boeing.

La fusión en general le daría a Boeing 70% de participación del mercado comercial, y reduciría a dos, el número de firmas dedicadas a la construcción de aeronaves, dejando como único competidor a Airbus, reduciendo a cuatro el número de firmas americanas que diseñarían y construirían sistemas de defensa para los Estados.

Mientras las autoridades estadounidenses aprobaron lisa y llanamente la fusión, la Comisión Europea la cuestiono y sujeto a condiciones. Cabe mencionar que, durante la historia del desarrollo de esta industria tanto europeos como americanos se han acusado de subsidiar tanto a Boeing como a Airbus respectivamente.

Las autoridades estadounidenses decidieron incluir en el mercado relevante en este caso a un posible competidor que produce aviones pequeños tipo charter, Bombardier, mientras que, para la Unión Europea la entrada de Bombardier no parecía ser tan viable, a su vez, los estadounidenses consideraron como parte del mercado relevante, la posible competencia en caso de constituir un *joint venture* de algunos sub contratistas que aún no estaban presentes en el mercado, como Mitsubishi, la Unión Europea se negó a considerar estas dos firmas como opciones viables de competencia.

Por otro lado, las autoridades estadounidenses decidieron no objetar la fusión al considerar la posición de MDC en el mercado comercial principalmente y, tratarla prácticamente como una firma decadente de la que esperaban mantener los activos en el mercado, para evitar desabasto de refacciones para los aún clientes de MDC y servicio, mientras que, las autoridades europeas repararon en los contratos de refacción, servicios y manufactura de armamento que, aún tenía adjudicados MDC y por las cuales la consideraron aún una fuente de competencia sustancial en el mercado de armamento

La adquisición del portafolio de contratos de defensa de MDC, se traducía en la adquisición de una fuente estable de ingresos en un mercado de demanda esporádica. Si bien, MDC solo proveía el 10% de los aviones comerciales, Boeing ya proveía un 60% del mercado de aeronáutica civil, la fusión aumentaba al 70% su participación de mercado y, aumentaba a un 80% la posesión de Boeing de la capacidad instalada para

---

<sup>9</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker. *Vid supra n.3.* p.14

producir aeronaves comerciales. A decir de la Comisión Europea, la fusión implicaba la adquisición de una firma que si bien, no poseía la fuerza suficiente como para determinar precios de mercado, si era una Maverick, entre el poder de mercado de Boeing y Airbus, por ejemplo consideró que, MDC producía el MD-11 una aeronave capaz de sustituir al Boeing 747 en largas distancias. Sin embargo, las autoridades estadounidenses no consideraban al MD-11 como sustituto de un Boeing 747, como único sustituto de este boeing consideraron al A-340 de Airbus.

Las autoridades europeas, se preocupaban por que Boeing tenia contratos para proveer de partes y aviones a tres aerolíneas American, Continental y Delta, por los próximos 20 años en exclusiva, la Comisión consideró que, la fusión permitiría a Boeing utilizar sus contratos de exclusividad para denegar acceso a Airbus y evitar que, esta ganara el mínimo número de ordenes requeridas para cubrir una cuota eficiente de producción del A 380, un competidor de ciertos MD.

Como resultado, la Comunidad Europea sujeto la fusión a que Boeing se deshiciera de sus contratos de exclusividad y enajenara por separado la división de armamento de MDC, y las autoridades estadounidenses dieron luz verde a la fusión en este continente sin condición alguna.

Otra decisión, cuyo impacto traspaso fronteras pero que, para evitar el despliegue de efectos negativos a nivel regional requirió de la cooperación de dos de los países en estudio, Canadá y Estados Unidos, fue la adquisición por parte de la empresa canadiense **Merieux Serums et Vaccines S.A.**<sup>10</sup> de su competidora, la también canadiense **Connaught Bio Sciences Inc.**, fusión que fue investigada tanto por la Comisión de Comercio estadounidense como por las autoridades canadienses, y fue aprobada de común acuerdo sujetando la transacción a la condición de que, Merieux desincorporara su división de negocios sobre vacunas antirrábicas, licenciando o arrendando el negocio a una compañía cuya propuesta aprobara tanto el gobierno canadiense como el norteamericano a través de sus autoridades de competencia, esto debido a que la adquirida Connaught era un productor independiente significativo de vacunas contra la polio y la rabia, la simple adquisición sin condicionamiento hubiera permitido a Merieux dominar completamente el mercado norteamericano, el cual en la industria farmacéutica y de la salud ya de por sí, presenta concentraciones de niveles preocupantes. En este caso, el Canadá consideró los intereses y efectos adversos de la fusión en el mercado vecino y condicionó la operación de dos corporaciones canadienses, cooperando con Estados Unidos, el licenciamiento se logró en 1993 y fue ganado por una empresa también canadiense pero independiente, **North American Vaccine Inc.**

Como podemos ver y como se comentó con anterioridad, el derecho de la competencia en Norteamérica no cuenta con parámetros de internacionalización comunes, la forma de valorar eficiencias difiere de la de la Comunidad Europea y, muchas veces es utilizado con fines proteccionistas. Si volteamos al caso de Asia, encontramos países que también

<sup>10</sup> **In re Pasteur Merieux Serums et Vaccines, S.A.** Expediente N°. C-3301, Registro [1987-1993 transferencia y cooperación FTC, órdenes].



empezaron a implementar legislaciones y organismos de competencia a finales de la década de los 90's, la mayoría de estos países adoptaron como modelo inicial, el de organismos de competencia administrativos integrados, tanto en Corea como en Japón la investigación de competencia recae en las Comisiones de Libre Comercio, Japón especialmente ha promovido la inclusión de puntos de competencia en las discusiones de la OMC, y ha enfatizado la necesidad de que, las naciones con las que comercia, adopten legislación para lidiar con prácticas restrictivas de la competencia, así como, por el establecimiento de un marco jurídico internacional para la cooperación en la materia más específico.

Durante los primeros años del nuevo milenio, hubo un incremento en el interés en el desarrollo de legislación de competencia por parte de los países asiáticos, dicho desarrollo es aún incipiente, igual que en América Latina, sin embargo es más dinámico, Tailandia e Indonesia han implementado ya legislaciones de competencia, asistidas por técnicos en la materia, tanto de Estados Unidos como de la Comunidad Europea, y de grupos de expertos proporcionados por organismos multilaterales; China estableció ya una legislación anti monopolio y una oficina para la investigación de ciertas aún limitadas prácticas reconocidas como anticompetitivas, sin embargo llama la atención que, dicha legislación incluye normas para el análisis y estudio de algunos subsidios y su legalidad, hasta un país de economía centralmente planificada fue más capaz de establecer un parámetro para evaluar subsidios, que los socios del Tratado de Libre Comercio, los cuales no llegaron ni a una definición de que se considera subsidio, mucho menos a establecer un mecanismo de evaluación para los mismos. La Ley China vio la luz en 1997, como uno más de los elementos preparados por dicha nación para facilitar su inclusión en la OMC, y su agencia empezó a trabajar a principios de este milenio, aunque cabe mencionar que, en las legislaciones asiáticas abundan las excepciones a la aplicabilidad de la legislación en contraste con las legislaciones latinoamericanas, norteamericanas y europeas.

Como foro tradicional para tratar problemas de competencia en Asia, encontramos a la Conferencia antimonopolio de Asia y Oceanía, en este foro se discuten tradicionalmente cuestiones sobre cooperación en el área, entrenamiento a oficiales involucrados en actividades de competencia y revisiones de avances en materia de competencia en el área. Uno de los retos que Asia comparte con Latinoamérica, es el desarrollo de una cultura de la competencia que permee a su población, sin embargo, para lograr dicho objetivo, ha detectado determinadas actividades que considera clave, como establecer y publicitar los lineamientos de interpretación de la Ley, ofrecer mayores posibilidades de consultas y otras medidas de acercamiento a negocios que, les ayuden a entender el contenido de la Ley y, por tanto facilite su cumplimiento, promover los principios en que se asienta su régimen de competencia, etc.

Los tres países que han marcado la política de competencia en el área, y ejemplificado las diversas formas de abordar prácticas anticoncurrentes han sido Japón, Corea y recientemente China<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Comisión Federal de Comercio Justo de Corea. Hacia el desarrollo de la política de competencia en

### **El monopsonio y el oligopsonio en países en vías de desarrollo, subdesarrolladas e industrializadas.**

Como mencionamos al principio de esta tesis, el monopsonio y el oligopsonio conceptualizan conductas que a través del abuso del poder sustancial de consumo, buscan controlar un mercado, especialmente tienen impacto en los mercados de materias primas, insumos y trabajo, a través de ser el comprador más significativo de estos bienes, o de coordinar a los pocos concurrentes al mercado de consumo de estos bienes, se busca controlar su precio de adquisición por debajo del costo marginal, cerrar el acceso a insumos básicos a otros consumidores, cuyo consumo pudiera originar competencia en el mercado del bien final, limitar o planear la producción de los insumos para controlar su disponibilidad en el mercado, provocar escasez ficticia, que a la vez permitan manejar los precios del bien final a través de dicha escasez ficticia, controlar los usos alternos y la diversificación en el uso de dichos insumos, controlar el flujo de bienes sustitutos o directamente competidores importados que, entran en el país para así provocar alzas ficticias en los precios de los insumos al no haber abundancia de sustitutos, etcétera, se trata del ejercicio de ese poder de consumo para manejar el mercado relevante, ya sea de las materias primas e insumos *comodities*, o del mercado del bien final a través de una conducta vertical y, el ejercicio de poder de mercado desde la demanda.

Esta variable de conducta ha ido incrementando su impacto en los últimos años, no solo respecto a bienes, sino también en servicios, así tenemos la escasez ficticia de electricidad provocada en los últimos años por Enron en California, quien a través de segmentar la distribución del fluido en California y comprar grandes cantidades de energía a bajo costo, al ser el principal comprador para distribución del mismo fluido, la almacenaba segmentaba la distribución de la misma haciendo un *by pass*, provocando escasez ficticia y, acaparando las fuentes de generación hacía que subiera el precio de la electricidad, al haber adquirido previamente el fluido disponible, las fuentes alternas de distribución y abasto no podían cubrir la demanda del Estado.

Sin embargo, la permisibilidad de países como Estados Unidos han provocado que el monopsonio y el oligopsonio al igual que las conductas depredatorias, sean tratadas como un mito económico en aquel país. En el caso del monopsonio la pregunta con la que buscan negar su existencia es ¿quien seguiría en el mercado si le compran los insumos a precios por debajo del costo marginal? Esta pregunta pierde de vista, el hecho de que los países productores de insumos y materias primas en su mayoría son países no desarrollados, no son los que pusieron esta pregunta en la mesa, son países con economías de mercado incipientes, poco diversificadas, variantes macroeconómicas inestables o deficitarias, donde los medios de producción son aún primitivos y en aras de ello no implican altos costos sino altas horas de trabajo, donde el precio bajo se compensa con

---

Asia de cara al siglo XXI, [en línea], Seúl, Comisión Federal de Comercio Justo de Corea, 2001, [citado 20-10-2008], vigésimo Aniversario de la Comisión Federal de Comercio Justo de Corea. Formato Html.

Disponible en:

<http://ftc.go.kr/data/hwp/Negoro.doc>

más horas hombre de trabajo, cuyo valor asigna el comprador del insumo, ellos venderán la cosecha, el producto, a cualquier precio, ya que requieren liquidez, liquidez mínima para hacer uso del factor moneda.

Un factor vital que pierde de vista el basar la existencia o inexistencia del monopsonio económico en esta pregunta, es el poco estudiado hecho de que, aún en la conducta monopsonica existe una zona gris de precios, mientras no se rompa el suelo monopsonico del límite, el productor del insumo seguirá en el mercado al no tener una economía diversificada, que le permita desarrollar otra actividad con bajo precio de inversión inicial, se mantendrá en el mercado hasta que, el precio le sea tan bajo que lo obligue a salir del mismo, por tanto el comprador monopsonico, tiene un amplio margen de juego con el precio, lo paga por debajo del costo del mercado a un margen no competitivo pero lo mantiene por encima de un costo ruinoso, comprar los insumos en estas condiciones, le es aún más beneficioso que una concentración vertical ya que, no acumula ni activos ni pasivos de la empresa adquirida, juega con el suelo de su costo de producción, calculando cual es un precio por debajo del costo de producción que maximice su ahorro pero que a coto plazo no signifique la ruina inmediata del productor, aunque sí un desgaste paulatino significativo y juega con él. El problema con el monopsonio y el oligopsonio, donde se vuelven aún más sancionables y provocan una pérdida social neta, es cuando además de comprar los insumos a precios por debajo del nivel competitivo, que impide el beneficio del productor de la materia prima y su desarrollo económico y por tanto implica una pérdida de bienestar para el Estado, además se traduce en un ahorro que, se queda en la empresa y no se traspasa al consumidor, entonces se cierra el círculo y se convierte en una pérdida de bienestar neta.

Los Estados Unidos, se han visto ya en varias ocasiones frente a esta figura, pero históricamente se han negado a reconocerla, dicha negación se da al amparo de una *rationale* de conveniencia macroeconómica *per se*, al tratarse de una economía diversificada y ya desarrollada, cuyo balance fiscal dependía de grandes empresas productoras de insumos finales y adquirentes de mano de obra barata e insumos baratos que no siempre se encuentran dentro de los Estados Unidos, como nos lo demostró el referido Informe Palay, al Estado le convenía difundir una percepción económica anti monopsonica, desvirtuar la figura, para asegurar que sus empresas no tuvieran problemas jurídicos en otras jurisdicciones al comprar sus insumos por debajo del precio competitivo, asegurarse de que, dicha variante no se viera como conducta anticompetitiva, legitimaba la conducta de sus empresas y les proveía un marco seguro en el extranjero. Es decir, la visión del monopsonio como mito económico es parte del ejercicio de jurisdicción preventiva por parte de Estados Unidos, ejercicio realizado de manera económica filosófica<sup>12</sup>, recordemos además que, Estados Unidos se caracterizó desde la época de los ochentas por condicionar el flujo de sus inversiones a la adopción de marcos jurídicos de competencia económica y comercio favorables a su pensamiento, entre dichos

<sup>12</sup> SCHWARTZ, Marius. Buyer Power Concerns and the Aetna Prudential Merger, [en línea], Washington, Departamento de Justicia, División Anti monopolio, 1999, 20/10/ 1999, [citado 22-10-2008]. Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/3924.-htm>

marcos jurídicos que ayudó a construir, en ninguno cabe la mención del monopsonio, por tanto en México tampoco existe la figura.

Sin embargo, aunque en México, no se reconoce la figura, en la realidad esta conducta, causa graves pérdidas de bienestar social en el país, basta ver la experiencia reciente y cruenta del maíz y su manipulación por parte de Gruma y, a través de esta ADM y Cargill, lo propio hace con nuestro café empresas como Nestlé.

Cabe mencionar que, en Estados Unidos el concepto de poder monopsónico se quedó en la insipiencia, es decir, simplemente como la forma de reducir las cantidades compradas de un insumo para bajar su precio, sin embargo se pierde de vista que, el mismo poder puede ejercerse para controlar la producción, provocar legislaciones que segmenten o asignen dichas producciones, coordinar posturas de compradores para presentar únicamente ofertas monopsónicas<sup>13</sup>. Las economías más diversificadas y desarrolladas, suponen poca presión sobre el ejercicio del poder de compra y dan casi por sentado que, el mismo se traducirá solo en ahorros para los compradores compensando, según ellos la pérdida del productor y la pérdida de bienestar. Se vuelve a perder de vista que, un peso de pérdida del ahorrador no es lo mismo que un peso de pérdida de un productor de bienes perfectamente sustituibles y poco diversificados, en una economía con pocas opciones, se deja de evaluar la pérdida en desarrollo económico de comunidades enteras, con medios de producción aún primitivos.

Uno de los oponentes más claros a la mera existencia del monopsonio, ha sido Posner, quien no obstante en su carrera judicial, se ha visto ya enfrentado con el ejercicio anticompetitivo de poder de consumo, se ha negado a sancionarlo, fincando responsabilidades en su caso a las conducta a través de figuras indirectas como veremos más adelante. Sin embargo, esto no es nuevo, en muchos de los casos antimonopolio base, ha existido el ejercicio de un poder de compra anticompetitivo y los jueces de la materia han evitado pronunciarse sobre el mismo. En la misma discusión que dio origen a la *Sherman Act*, el mismo John Sherman, senador por Ohio, destacaba la importancia de combatir todo ejercicio indebido de poder sustancial de mercado, incluyendo el poder de compra:

“Los cárteles determinan los términos a las compañías de transporte, dictan el precio del trabajo sin miedo a huelgas.

Si los poderes concentrados en esta combinación se confían a un solo hombre, se convierten en una peligrosa prerrogativa inconsistente con nuestra forma de gobierno, y debe ser contenida fuertemente por el Estado y las autoridades nacionales, si una conducta es errónea cualquiera de sus variantes, es también inaceptable. Si no toleramos a un rey como poder político, no debemos permitir la existencia de reyes en la producción,

<sup>13</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *vid supra* n.3. p 495.

transportación o venta de cualquiera de los insumos necesarios para la vida, si no nos sometimos a un imperialismo político no debemos someter a nuestro comercio a la autocracia"<sup>14</sup>

La anterior declaración, también revela la visión del Senador Sherman, él ya veía que la libertad política y el desarrollo estatal, podían verse amenazados por el acaparamiento de poder de mercado, en cualquiera de sus formas por cualquiera de los agentes presentes en el mercado.

A su vez, cabe mencionar que, se ha reparado poco en el hecho de que, en casos como el mencionado **Socony Vacuum Oil Co.**, además de la coordinación para la venta del bien final, se hizo uso indebido de un desmedido poder de compra, de hecho la conducta nace de una coordinación oligopsónica dada a través de programas de compra de gasolina, diseñados por los principales distribuidores de gasolina en el medio oeste estadounidense, los cuáles tuvieron como efecto el limitar ficticiamente el suministro de la misma y elevar el precio final de esta de manera artificial. Existían dos tipos de agentes de mercado, los principales como los hemos llamado, los cuales integraban dentro de una misma empresa la exploración y perforación de pozos petroleros, la refinación, la distribución y la reventa de combustible, y los independientes los cuales vendían su producto a distribuidores pequeños y medianos, los independientes vendían a los distribuidores independientes a precios de punto de venta que fluctuaban, en contraste, las firmas integradas vendían a otros distribuidores independientes a través de contratos de largo plazo, sin embargo, estos contratos ataban los precios de venta a precios de punto de venta, través de una fórmula negociada. Como resultado, cuando se deterioraron los precios en punto de venta debido a un incremento en el suministro de los perforadores independientes, bajaron los precios de la gasolina dañando la fórmula de los principales.

Entonces estos principales llegaron a un "acuerdo de caballeros", en el cual cada uno de los principales seleccionaría a uno o más de los perforadores independientes, con exceso de gasolina, como comparsa, entonces este principal se responsabilizaría de comprar el excedente de gasolina calculado y acordado para bajar el abasto de los independientes, y así reduciría la oferta de gasolina, considerando que, los principales tenían capacidad de almacenar grandes cantidades de combustible a diferencia de los independientes y podían cortar su propia producción para colocar la comprada, y no desequilibrarse, entonces, podían controlar el nivel de abasto de gasolina en el mercado y así, estabilizar los precios a través del ejercicio de poder de compra sobre los inventarios de los independientes. Así, se elevó al final el precio de mercado de la gasolina y se estabilizaron las condiciones de venta de la misma, tanto a distribuidores independientes como a consumidores al final traduciéndose en una pérdida neta de bienestar social.

La Corte sancionó la conducta, solo en atención al poder de mercado que tenían los participantes para realizar el alza de precio final, dejando impune el poder de consumo que habían temido, para coartar la llegada de los excedentes de gasolina producidos por los

---

<sup>14</sup> Declaración del Senador Sherman. Anales del Congreso Libro 2456-57.

independientes al mercado.<sup>15</sup>

Como podemos apreciar a partir de la salida de Estados Unidos de la gran depresión y su estructuración de mercado, como productor de bienes finales, a partir de la década de los cuarenta del siglo pasado, se evitó reparar en la acumulación de poder de compra en el mercado, de sus grandes corporaciones y se estructuró el derecho antimonopolio solo atendiendo al poder de elevar precios de sus corporaciones, dándoles un margen de permisibilidad para depreciar el valor de los insumos, bienes y servicios intermedios, permitiendo sustentar la ganancia del productor de bienes finales, sobre la pérdida de bienestar del productor de bienes semiterminados, quien generalmente estaba fuera de las fronteras estadounidenses, absorbiendo su propia pérdida en una economía poco diversificada, esta conducta no era sancionada si no se traducían al final en precios altos para los consumidores americanos, incluyendo sus industrias y legitimando así la pérdida de bienestar del productor de insumos básicos.

De hecho, en algunos sectores que hoy en día siguen siendo poco competitivos en el mercado estadounidense, como los servicios de salud se ha detectado el ejercicio indebido de poder de compra orquestado en este caso por co inversiones de redes de practicantes que, ejercen dicho poder de compra para conseguir contratos de exclusividad de acceso, aprovechando la atadura natural de los servicios de salud y hasta acuerdos de compra conjunta de insumos quirúrgicos, servicios intermedios y asistencia para asociaciones regionales enteras.

### **El monopsonio y el oligopsonio vistos por las instituciones económicas internacionales.**

Ha sido poca la atención que, las instituciones internacionales han dado al monopsonio, al menos, en sus comités económicos, han aceptado lisa y llanamente la postura estadounidense de su inexistencia ante la pregunta hipotética y descontextualizada que mencionamos en el apartado anterior. La OCDE durante algún momento negó lisa y llanamente su existencia y criticó duramente a las naciones que planteaban la necesidad de analizar el ejercicio del poder de compra, la mayor parte de los países miembro desertaron de dicho análisis, razón por lo cual, no se han desarrollado parámetros para medir el poder de consumo, ni su impacto en economías poco diversificadas, no obstante siendo que, esta colusión para fijar los precios de compra de insumos y servicios intermedios es mucho más fácil de mantener que, el oligopolio, no tiene sus dificultades y los participantes no se ven tentados a romper el acuerdo por que desde su nacimiento les es ventajoso, están obteniendo ganancias a través de la pérdida no sancionada de otros agentes de mercado, teniendo legitimación para dicha pérdida de bienestar provocada.

En la coordinación del poder de consumo, tienen gran influencia y son poco investigadas, las conductas de las cámaras y asociaciones industriales y de servicios, sin que exista tipo legal que sancione a las cámaras que se coludan o que faciliten la coordinación de

<sup>15</sup> United States vs. Socony Vacuum Oil Co., Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, 1940 [30 U.S. 150], 60 S.Ct. 811, 84 L.Ed. 1129.

posturas hostiles de compra, permitiendo la manipulación del mercado para estos organismos desde esta variante.

La vigilancia del ejercicio independiente del poder de compra, es vital para los países en desarrollo y subdesarrollado con diversificación de la actividad económica incipiente, esto preserva e incuba sus pequeñas y medianas industrias y, toda vez que, en materia internacional no existe compromiso específico sobre el contenido, excepciones y directrices de las legislaciones nacionales de competencia, no resulta contrario *prima facie* ni redundante en el incumplimiento de obligaciones internacionales específicas en materia de competencia, el sancionar el monopsonio o el oligopsonio, al estar todavía una gran parte de la materia competencia económica dentro del derecho de autodeterminación económica de los países insertos en la comunidad internacional.

En este orden de ideas, no bastaría con medir el poder de compra de un agente económico sobre las cosechas, bienes y servicios nacionales, habría que estudiar su poder para acaparar importaciones, y para evaluar el alcance de su conducta internacional, en caso de transnacionales, evaluar también su comportamiento a la compra en el mercado internacional. En México, tenemos un ejemplo claro de una empresa cuyo poder de compra y conducta a nivel internacional causa serios daños y ha sido poco cuestionada, Gruma y sus formas de adquisición pactadas internacionalmente a través de la *joint venture* que opera con ADM, esta co inversión permite a ambas empresas regular el abasto de maíz en el mercado relevante y destinarlo a usos distintos de la alimentación jugando especulativamente con su escasez y permitiendo a estas empresas y no a los Estados diseñar los mercados y determinar el uso del insumo a determinadas actividades prioritariamente lucrativas, para las corporaciones, en detrimento a las necesidades de la población, permite la planeación de mercados y de la aplicación de los insumos por parte de las transnacionales, dañando el citado derecho de auto determinación económica y la soberanía económica de la institución estatal.

Esta falta de visión, nace del hecho de, hacer girar el análisis del perjuicio de la práctica anticompetitiva en base a la pérdida *per capita* del consumidor, dando por hecho que, el mercado se regula solo, retribuyendo la pérdida de productores de bienes básicos, materias primas y semiterminados, o siendo excesivamente permisivo con la teoría de la destrucción creativa, sin reparar en que, los daños causados a un productor de este tipo en economías diversificadas con segmentos industriales desarrollados de fácil entrada y salida, difiere de la pérdida inflingida a un productor de este tipo de bienes, en mercados poco diversificados y sin opciones, haciéndoles pagar a ellos esa incapacidad del Estado de diversificar la economía y planear mercados, y dejándolos desprotegidos jurídicamente, en aras de la desregulación malentendida como eficiencia transnacional.

Cabe resaltar el caso canadiense, donde existen disposiciones específicas en contra de esta figura, desde siempre Canadá, ha buscado disminuir las disparidades económicas entre sus provincias, y ha hecho énfasis en el diseño de mercados, especialmente en el mercado de los productos principales del país como el Trigo, ante la conducta de varias empresas privadas poco transparentes en este mercado. El Estado mismo, ha regulado la compra y asignación del trigo, para asegurar que el mismo reporte un suelo de precio legítimo y

deseable que, asegure un sustento digno a las provincias del Oeste, impidiendo que la conducta de empresas como Cargill, manipulen unilateralmente el precio del trigo<sup>16</sup>, se ha preocupado por vigilar el ejercicio de poder de consumo de este tipo de corporaciones. El artículo 61 de la *Competition Act* canadiense determina:

"Artículo 61:

6.- Ninguna persona podrá mediante amenaza, promesa o cualquier otro medio similar, tratar de inducir a un proveedor, que este dentro de Canadá o en el extranjero, poniendo como condición para sus negocios el negarse a abastecer de un producto a otra persona o a un tipo de personas en razón de la política de precios bajos de esa persona o tipo de personas"

Esta disposición expresa, equivalente a la gravedad de una fijación de precios, se adoptó para evitar la orquestación de boicots verticalmente manipulados, en contra de las cadenas de descuento, sin embargo su extensión de interpretación por el Tribunal de la Competencia, la ha convertido en una variable de herramienta útil, contra el monopsonio ya que, le ha permitido a dicho Tribunal el utilizar presión y coerción sobre el elemento compra, por un ente con poder de consumo para causar un *by pass* de abasto en el mercado. Busca mantener el abasto de insumos disponibles de manera independiente y sí a esto le sumamos su acción en ciertas industrias a nivel estatal, con medidas encaminadas a asegurar un piso mínimo para la adquisición competitiva de sus materias primas, podemos concluir que, la planeación de mercado canadiense es la más integral de la zona.

### **1.3 Avances, estudios, obligaciones, naturaleza y *rationale* del grupo creado por el TLCAN para el estudio de la política de competencia económica de los tres países.**

Como lo mencionamos anteriormente, la única mención sobre derecho de la competencia en el TLCAN se refiere a la creación del Grupo de Trabajo del artículo 1504, los avances de este grupo fueron poco significativos ya que, los primeros tres años se dedicaron a dilucidar el alcance de su mandato, su logística de trabajo y a la emisión de informes, su única obligación era la emisión de un reporte anual no vinculante. En realidad, se trataba de un grupo consultivo de expertos cuyas decisiones carecían de peso a nivel internacional, en general sobre el área de competencia económica se carece de acuerdos internacionales, con obligaciones firmes y claras, más allá de la cooperación en investigación, intercambio de información y asistencia técnica, ya que, los diversos objetivos económicos nacionales, la forma distinta de entender los conceptos y la distinta forma de autodeterminación económica de las naciones, han impedido el entrar a compromisos de fondo, siquiera el reconocer fehacientemente qué prácticas se considerarían restrictivas a nivel global.

El Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia nació del artículo 1504, el cual expresa:

<sup>16</sup> GUTIERREZ H. Teresa, Vereá C. Mónica [coord.], *Vid supra n.18*, p.-309.



**"Artículo 1504.-** La Comisión establecerá un Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia, integrado por representantes de cada una de las partes para informar y hacer las recomendaciones que procedan a la Comisión dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de este Tratado, sobre los trabajos ulteriores referentes a las cuestiones pertinentes acerca de la relación entre las leyes y políticas en materia de competencia y el comercio en la zona de libre comercio"

Por lo que hace al trabajo del grupo en materia de competencia económica, creado por el citado artículo 1504, cabe mencionar que, el mismo se enfoca a la creación de informes no vinculantes para los países socios, que informa sobre las condiciones de acceso de los mismos. Durante sus primeros años de vida, el Grupo se reunió cada seis meses para evaluar modificaciones en el contexto de competencia de cada uno de los países miembro.

El mandato arrojado a este grupo lo obligaba a reportar a la Comisión del Tratado de Libre Comercio, asuntos de competencia que pudiesen menoscabar los beneficios logrados de la liberación del comercio, debía presentar sus reportes antes del último día del año y en dichos reportes podía hacer recomendaciones a las partes, para modificar circunstancias de competencia que afectasen el comercio en la región<sup>17</sup>.

El trabajo de dicho grupo no fue de peso relevante en el área, el primer año de existencia del mismo se enfocó a la discusión sobre el alcance y contenido del mandato del artículo 1504 para el grupo, los siguientes dos años se dedicaron a diseñar la dinámica de discusión del grupo y a iniciar análisis comparativos, el mandato de dicho grupo terminó el 31 de diciembre de 1998, con un reporte final. Dentro de los escenarios relevantes descritos por el TLCAN que pueden interrelacionarse con la materia de competencia económica, esta el que una medida presionada por ciertos agentes económicos con poder de atrapar reguladores y adoptada como normas técnicas u oficiales por un país, pueden llegar a cerrar tanto el mercado a favor de inversiones nacionales y hacer tan ruinosas las inversiones extranjeras que, pudiera hablarse de una medida equiparable a la expropiación ya sea, por que la norma técnica hace inviable la inversión de una corporación parte de un país socio o por que, una corporación llegase a ser sancionada en materia de derecho de la competencia con multas más que prohibitivas. Como mencionamos con antelación en la presente tesis, Canadá ya había sufrido la experiencia de ver sus beneficios comerciales derivados de un tratado comercial como el ALCCEU, violentados por normas anticompetitivas avaladas por las autoridades estadounidenses y, ver a sus corporaciones sancionadas por el derecho antimonopolio estadounidense, el cual le exigía al gobierno canadiense ejecutar los pagos de daños al triple, ante esto Canadá creo legislación que le permite negarse a ejecutar el pago de daños triples en contra de corporaciones canadienses.

---

<sup>17</sup> Artículo 1504 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Desde siempre, la forma de aplicar el derecho de la competencia en las tres naciones ha tenido tintes proteccionistas, muchas veces, se ha utilizado como escudo contra importaciones, especialmente por Estados Unidos, este fue uno de los principales motivos de desencanto del ALCCEU por parte de Canadá, motivo que pudiera repetirse bajo el TLCAN, ya que este, a diferencia del Tratado de Roma, por el cual se establece la Comunidad Económica Europea, no contiene provisiones que permitan analizar el daño a la competencia por la comercialización de bienes o servicios cuyo subsidio sobrepase un rango *de minimis*, como se explico a fondo en el capítulo anterior.

Esta falta de acuerdo, para revisar el daño de los subsidios a la competitividad ya fue motivo de tensiones entre Canadá y Estados Unidos, la liberalización comercial sin el combate a las prácticas restrictivas y a los subsidios que las alientan, no hace más que alegrar a los oligopolistas, los cuales podrán destinar dichos incentivos a romper un mercado donde la producción no esta subsidiada y por tanto, el costo marginal es mayor, la mejor vía para esto, son las conductas depredatorias en todas sus vertientes.

Si bien, muchas veces, los subsidios han sido utilizados como una forma de mejorar la oferta de un producto de exportación, también muchas veces la política de competencia económica ha sido utilizada para prohibir la entrada de un agente económico competitivo, procedente de un país que tendría acceso a una desgravación arancelaria bajo el argumento de que, este realiza prácticas anticompetitivas en mercados foráneos, así Estados Unidos evito la entrada de la madera canadiense, alegando desde el hecho de que las mismas estaban subsidiadas, hasta el que se vendían en condiciones de depredación de precios. Lo mismo sucedió, como veremos con el trigo al que acuso de ser un monopsonio, figura que ni siquiera reconoce en su régimen jurídico, argumentos de competencia económica han sido frecuentemente usados para fortalecer el proteccionismo canadiense, sin que, sobre la materia en específico puedan pronunciarse directamente los paneles del TLCAN, como no pudieron hacerlo los del ALCCEU.

Originalmente bajo el ALCCEU, no pudieron incluirse los subsidios debido a que Canadá y Estados Unidos fueron incapaces de llegar a una definición común sobre que significaría un subsidio prohibido, como resultado Estados Unidos aplicó tanto su legislación de competencia como de prácticas desleales contra el Canadá para controvertir su política de transportes, los precios a los que se vendía la cerveza, la madera y el trigo canadienses, para Canadá al llegar a la mesa del TLCAN la determinación de la aplicación de la política de competencia estadounidense a las empresas entrantes canadienses, sería un asunto prioritario, sin embargo, de nuevo se fracasó y no se lograron avances significativos.

La no inclusión de los subsidios como medida que pudiera afectar la libre competencia en el texto del TLCAN, se debió a que, Estados Unidos sujetó la negociación del compromiso de no exportar bienes subsidiados, a que en los países socios, México y Canadá, se les cerrará también la puerta a los bienes europeos que tuvieran subsidio. Así el TLCAN no alcanzó la determinación *de minimis*, que impera en la Comunidad Europea.

Ante la incapacidad de establecer principios de competencia comunes en la región por parte del TLCAN, el grupo de trabajo creado por el artículo 1504, más allá de prestar atención técnica y dar panorámicas sobre la accesibilidad de los mercados para las inversiones que se intentaran al aniparo del TLCAN tuvo poca trascendencia.

Como se señaló en su oportunidad, la cooperación internacional en materia de competencia económica se da a través de dos instrumentos principales, los organismos multilaterales y los acuerdos de cooperación bilaterales, los cuales, para no violentar derechos de autodeterminación económica y delimitar su modo de acción y jurisdicción han tomado la forma del *comity*, estos acuerdos tienen distinto peso en las tres naciones, principalmente debido a la no pertenencia de Estados Unidos a la Convención de Viena, como veremos a continuación.

En atención a lo anterior, señalamos que, en la región existen diversos tratados internacionales que enmarcan la cooperación en la investigación en materia de competencia dentro de la zona, siendo los siguientes los principales tratados de cooperación vigentes:

- Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre la aplicación del *Comity* Positivo, para la ejecución de sus Leyes de Competencia de Octubre de 2004.
- Acuerdo entre los Gobiernos de Canadá y los Estados Unidos Mexicanos relativo a la aplicación de sus leyes de competencia. En vigor desde Marzo de 2003
- Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos relativo a la aplicación de sus leyes de competencia.

### **1.3.1 Canadá y México y su política acerca de los acuerdos comerciales internacionales. La política de acuerdos comerciales estadounidense**

Existe una larga historia de encuentros y desencuentros en cuanto a cumplimiento de obligaciones contenidas en instrumentos internacionales entre Canadá y Estados Unidos, México y Estados Unidos y una mucho más incipiente entre México y Canadá, es tal vez por esos antecedentes que, se dificulta establecer una serie de parámetros a seguir a nivel regional en materia de competencia económica en el área, el temor al incumplimiento y a la tendencia de objetar y desconocer persistentemente por parte de Estados Unidos las obligaciones nacidas del ámbito internacional, de anteponer a las mismas, su derecho interno o de auto interpretarlas, todos los anteriores escenarios, han sido experimentados por Canadá y México a lo largo de la historia, haciendo en cierto grado, las relaciones internacionales de ambos con Estados Unidos frustrantes y proveyendo un importante grado de escepticismo sobre las mismas.

El sistema de implementación y cumplimiento de obligaciones internacionales estadounidense, es el más controversial de América y de los más controversiales de Occidente, dicha controversia versa sobre la jerarquía de las obligaciones internacionales en Estados Unidos y viene desde el considerar si, un presidente tiene facultades para

firmar acuerdos multilaterales que dan origen a organizaciones como el GATT, hasta el proponer que, el oponerse reiteradamente al reconocimiento de obligaciones internacionales genera costumbre internacional y por tanto, da origen a derecho internacional, la anterior postura configura la teoría de la objeción persistente como se le conoce. La historia de obligaciones comerciales internacionales entre Estados Unidos y Canadá, es mucho más añeja que la de México con cualquiera de estos países, México era en definitiva el nuevo socio al amparo del TLCAN, debemos considerar que México, entra al GATT hasta su versión de 1994, puede decirse que nuestros socios comerciales nos llevaban una ventaja de cerca de 40 años de práctica en cuanto a negociaciones comerciales internacionales, al momento de la firma del Tratado.

El primer tratado que permitía el intercambio de actividad comercial, entre Estados Unidos y Canadá data de 1854, este instrumento se negoció sobre bases de reciprocidad y establecía la primera zona de preferencia para el intercambio comercial entre ambos países, el interés estadounidense en Canadá y su intervencionismo hacia dicho país se incrementa a partir de la publicación de "*Resources for Freedom*", referido en esta tesis como *Reporte Palay*. En dicho reporte, se consideró el abasto de veintinueve productos como clave para la autodeterminación económica estadounidense, por tanto, como clave para su vida como nación Independiente, su desarrollo y expansión, doce de aquellas materias primas se encontraban en abundancia en territorio canadiense, entonces, se presionó a las colonias inglesas del Canadá para promover una mayor integración con Estados Unidos, agravando sus diferencias con las provincias francófonas.

Para entender el tratamiento interno que Estados Unidos da a sus obligaciones internacionales es necesario mencionar que, este a diferencia de México y Canadá no forma parte de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969. Esta convención, es una columna vertebral sobre el estatus y la seguridad jurídica del derecho internacional y las obligaciones que contienen, premisas básicas sobre la manera de interpretar y contraer obligaciones a nivel internacional.

La convención en su artículo 2º, determina que se considera tratado en materia internacional: "todo acuerdo de voluntades realizado entre dos Estados Soberanos, siempre que conste por escrito, sin importar el nombre que se le de al acuerdo de voluntades ni el número de instrumentos que lo contenga<sup>18</sup>". Por otro lado, el artículo 27 del mismo tratado, expresamente demanda que ningún Estado Parte en un tratado podrá invocar su derecho interno como justificación al desconocimiento o incumplimiento de sus obligaciones contraídas bajo tratados internacionales.

El hecho de no formar parte de la Convención de Viena para Estados Unidos, parece significarle a éste que puede contravenir su texto en la práctica internacional, esto no es jurídicamente correcto, no importando si se es parte o no de la Convención, esta contiene principios que rigen la interacción de las naciones en la esfera internacional, principios que dan seguridad y fundamento a todo el sistema y que se han convertido en costumbre congruente al ser acatados por la mayor parte de los países civilizados que los consideran

---

<sup>18</sup> Convención de Viena, sobre derecho de los tratados de 1969.

*opinio iuris*, la cual al materializarse en la realidad, es a su vez una fuente independiente de obligaciones internacionales, conformando costumbre, según el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia.

No importando la costumbre ni el marco jurídico internacional, Estados Unidos desconoce la *rationale* contenida en el artículo 2 de la Convención de Viena y establece diferencias entre los acuerdos de voluntades que firma como Estado con otros Estados soberanos. En su derecho interno reconoce al menos tres instrumentos que contienen dicho acuerdo de voluntades, adjudicándole a los mismos diferente jerarquía frente a las leyes locales:

- El primero de estos instrumentos es un acuerdo negociado por el Presidente, aprobado y ratificado por las dos terceras partes del Senado, este es El único documento que el vecino país reconoce como Tratado.

- El segundo, se trata de un acuerdo negociado por el Presidente actuando bajo la autoridad delegada al mismo por el Congreso, que se presenta al Senado para su discusión y anotación más no para su ratificación ni enmienda.

El Congreso en este caso puede emitir una Ley interna de Interpretación del acuerdo (contraviniendo el artículo 27 de la citada Convención y el principio de interpretación de buena fe de los tratados del artículo 31 del mismo instrumento) pero, no puede enmendarlo, se limita a votar a favor o en contra del mismo pero no lo discute parte por parte. Estos son los llamados acuerdos aprobados por la vía *Fast track*, estos acuerdos son para el derecho internacional un tratado, el cual no está sujeto a la interpretación por parte del derecho local de uno de los Estados Contratantes, sino a la luz del derecho internacional. Sin embargo para la validez interna de este tipo de tratados en Estados Unidos, es necesario que la Casa de Representantes promulgue legislación para su implementación dentro del territorio nacional, a esta legislación es a la que atienden las Cortes y los departamentos administrativos, desacatando el texto del tratado en sí, mediante este tipo de interpretaciones Estados Unidos, restringe, interpreta, o acota a nivel local el alcance de las obligaciones contraídas internacionalmente, muchas veces de esta interpretación resultan obligaciones diametralmente distintas a las pactadas en el instrumento internacional en detrimento del otro Estado Parte. El poder concertar este tipo de acuerdos depende de que el Congreso le ratifique al ejecutivo, la autoridad para negociar tratados en materia comercial, al amparo de la "*Trade Promotion Act*", ratificaciones que en los noventa significaron una nueva fuente de incertidumbre para los Estados que estaban en negociaciones comerciales para algún acuerdo con Estados Unidos. Ante estos acuerdos, Estados Unidos suele oponer legislación interna al interpretarlos a través de sus famosas *Interpretation Acts*, en las cuales se suele sujetar el cumplimiento de las obligaciones comerciales a la compatibilidad de las mismas con legislaciones locales.

- La tercera vía para conseguir acuerdos internacionales, son los Acuerdos Ejecutivos realizados bajo la autoridad independiente del Presidente los cuales no sobreseen legislación local precedente ni subsecuente aunque la misma sea legislación de los Estados de la Unión y sea incongruente con lo expresado en el tratado.

Tres cuartas partes de los acuerdos comerciales de los Estados Unidos son acuerdos *Fast track*. Esta naturaleza de acuerdos ejecutivos con revisión congresional que los diferencia de los tratados y de los acuerdos ejecutivos; es por esta estructura de tratados que, los socios comerciales de Estados Unidos desconfían de las obligaciones que firma internacionalmente este país y por tanto no se tiene una certeza jurídica sobre las bases que tendrían los acuerdos alcanzados a nivel regional en materia de competencia económica internacional, se tiene el miedo de que Estados Unidos interpretase unilateralmente las obligaciones contenidas en dichos acuerdos, utilizando dichos instrumentos en contra de sus socios regionales, en foros de solución de controversia internacionales, aventajándose de que dichos socios son parte de la Convención de Viena y a la vez, virar su postura oponiendo su derecho interno cuando dichos socios le exigieran el cumplimiento recíproco de obligaciones internacionales.

El caso mexicano y canadiense sobre la negociación de obligaciones internacionales es mucho más simple y directo, Canadá de hecho tiene una reputación consistente de cumplir con las obligaciones contraídas internacionalmente, Canadá es parte signataria de la Convención de Viena desde el 14 de Octubre de 1970 y reconoce la Convención como internamente vigente a partir de 1980<sup>19</sup>. En el caso mexicano, además de ser parte de la Convención de Viena, los Tribunales nacionales al interpretar la jerarquía de leyes establecida a nivel local, expresada en el artículo 133 Constitucional, han emitido criterio jurisprudencial colocando las obligaciones internacionales contraídas a través de tratados solo por debajo de la Constitución Política, y por encima de Leyes Federales.

### **1.3.2 Aportaciones del comity al derecho de la competencia en Norteamérica.**

La mayor parte de los Tratados bilaterales de cooperación para realizar investigaciones en materia de competencia en la zona de libre comercio de Norteamérica, funcionan sobre la base de la figura del *comity*. El *comity* positivo nace del reconocimiento de que, debido a necesidades legales y prácticas, una debida procuración del derecho de la competencia económica requiere acción por parte de las autoridades de más de un país.

Bajo un acuerdo de *comity* positivo, la autoridad *antimonopolio* de un país realiza una determinación preliminar de que existen indicios racionales que, ameritan una investigación antimonopolio, típicamente en un caso, en el cual una corporación con base en su país parece haber sufrido de denegación de acceso a los mercados de otro país. Entonces, el país sede de la corporación a la que se sospecha se ha denegado acceso, remite el análisis preliminar a las autoridades antimonopolio, cuyos mercados locales están siendo directamente afectados por la denegación, después de realizar consultas con la autoridad extranjera, la autoridad puede ya sea aceptar las conclusiones de los investigadores del otro Estado, modificarlas o llevar a cabo sus propias acciones.

<sup>19</sup> Canada Treaty Information Site. [Vienna Convention on the Law of treaties](#). [en línea], Viena, (2008), 11/08/2008, [citado 02-11-2008], Formato HTML.

Disponible en Internet en:

[http://www.treaty-accord.gc.ca/Details.asp?Treaty\\_ID=104068](http://www.treaty-accord.gc.ca/Details.asp?Treaty_ID=104068)

Este procedimiento busca retirar tensiones entre las naciones al no significar una violación de soberanía y, proveer un acercamiento sistemático y sensible para la investigación, reporte y consulta de ciertos hechos entre diversas autoridades.

En muchos países, parece creerse que el *comity* nace en 1991, con el acuerdo entre Estados Unidos y las Comunidades Europeas, sin embargo esta figura es mucho más antigua. Tradicionalmente, al *comity* se le conocía como una figura pasiva en la cual un Estado se abstenía de aplicar sus leyes de competencia, suspendía sus procedimientos de investigación, considerando que dicha investigación u aplicación podían dañar los intereses o derechos de otro Estado Parte, actualmente se distingue y se va más allá del *comity* entendiéndose como *comity* positivo y negativo.

El *comity* negativo nace de la *rationale* de que, un Estado debe considerar los efectos de la aplicación de sus leyes en los intereses de otro Estado Parte y en razón de ello se abstiene de dicha aplicación. El positivo consta de la solicitud de un Estado para que otro Estado aplique su propia legislación de competencia para sancionar o investigue las acciones de una empresa realizadas en el Estado requerido ya que, su conducta esta teniendo efectos en el territorio o intereses del Estado requirente.

Aunque la figura del *comity* nunca ha sido definida formalmente, la OCDE distingue entre el concepto de *comity* y cooperación para investigación, la figura sobre la obligación internacional de cooperar para sancionar conductas restrictivas que dañan el mercado de otro Estado Parte data del GATT de 1948 y es el genero, el *comity* es una especie de la cooperación; en la cual se solicita que un país abra una investigación o extienda la aplicación de acciones, para sancionar una conducta anticompetitiva y atiende a la solicitud de cooperación en la investigación como una solicitud de auxiliar en la acción de sanción, que lleva a cabo el país solicitante<sup>20</sup>.

Tanto los acuerdos firmados con México, como los firmados con Canadá, por parte de Estados Unidos, contienen provisiones de *comity*. Para la Comunidad Europea el *comity* para los Estados Unidos, ha sido una de las formas útiles para negociar el acceso a mercados y dirimir la discrepancia de opiniones en materia de competencia, uno de los retos del *comity*, es afinar y cumplir con tiempos para realizar acciones y dar conclusiones u opiniones por parte del Estado donde se lleva a cabo la práctica, generalmente el tiempo pactado, es de seis meses pero en jurisdicciones con sistemas más lentos como el mexicano o en los que, se requiere una investigación más compleja para la que no se cuenta con recursos o facultades, este plazo no siempre se cumple, el citado tiempo de seis meses por la complejidad en que se orquestan los cárteles ha resultado a largo plazo irreal. Existe un serio problema, para determinar el tiempo adecuado para enfrentar una

<sup>20</sup> OCDE. **Report of the OCDE Committee on competition Law and Policy. Making International markets more efficient trough positive comity in competition Law enforcement.**, Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 2008, [citado 02-11-2008], Formato PDF. Disponible en Internet en: <http://www.oecd.org/dataoecd/51/17/34425395.pdf>

conducta, realizar acciones expeditas y a la vez no ejercer una presión incomoda o fuera de lugar que dañe las relaciones internacionales entre los países involucrados, se ha discutido sobre la conveniencia de que, en lugar de sujetar la investigación a un término de seis nueve o determinado número de meses, se sujete a los países firmantes a mantener actualizado al país denunciante con reportes cada seis semanas en promedio.

A este respecto, también existen serias dudas sobre que tipo de información se puede dar a conocer, al país sede de la corporación afectada, de manera preeliminar y sin tener una investigación terminada, es decir sobre el como cooperar, cuando y el contenido de la cooperación que implica el *comity*.

Cabe mencionar que, bajo el *comity* ninguno de los países compromete su derecho a la acción es decir, se reserva el derecho en caso de que, no este de acuerdo con las conclusiones derivadas de la investigación de su contraparte de iniciar acción en sus propias Cortes a partir de su propio derecho y ejerciendo su propia jurisdicción. Es por ello que, la aplicación de jurisdicción de dos Estados sobre una misma conducta en esta materia no se considera que viole el principio *non bis in idem*, al estar enfocada a sancionar efectos distintos dados contra distintas víctimas.

En el caso de Canadá y Estados Unidos, su *comity* incluye la posibilidad más no la obligación de suspender una investigación llevada a cabo en un Estado Parte, cuando se determine que, el otro Estado Parte lleva su propia investigación y no existe un efecto sustancial y directo de la práctica en el Estado que considera la suspensión, o si la acción fue encaminada principalmente a dañar a los consumidores, competidores y mercados de la otra parte, esta variante esta contenida en el artículo IV del Acuerdo de cooperación entre Estados Unidos y Canadá

Las obligaciones contenidas en los acuerdos de *comity* son en su mayoría obligaciones respecto a cooperación, asesoría técnica, información de reformas, obligación de notificar el ejercicio de la acción de competencia sobre intereses de otro país, prevención de conflictos, confidencialidad y la concertación de reuniones informativas.

Los acuerdos de *comity* en la región, obligan a las partes a considerar los intereses de los otros Estados Parte, antes, durante y después de la aplicación de sus leyes de competencia, sin embargo no contienen compromisos específicos sobre el sentido de dicha aplicación. Las leyes que reconoce Estados Unidos, como parte de su legislación de competencia, sobre las que puede ejercitarse el *comity* son: la *Sherman Act*, *Clayton Act*, *Federal Trade Commission Act*, *Wilson Tariff Act*, y *Hart Scott Rodino Act*. Deja fuera del *comity* las legislaciones de sus Estados y otras de nivel Federal, con impacto significativo en la competencia económica, como la *Robinson Patman Act*.

## **2.1 Elementos de la legislación de competencia mexicana contrarios a los compromisos económicos internacionales suscritos por México.**

Como mencionamos con anterioridad, en el presente trabajo, nuestra legislación de competencia reconoce como una fuente viable de competencia la sustitución por



importaciones de un producto presente en el mercado nacional, dicha sustitución se ha utilizado para justificar fusiones que, concentraban gran poder de mercado como el caso de Textiles Parras y de Bancomer BBVA, sin embargo, se le utiliza como un concepto teórico hipotético cuya probabilidad no se monitorea en el futuro, no siempre una sustitución de importaciones es un elemento de competencia viable, significativa e intensiva para un mercado concentrado, tal es y fue el caso, del azúcar y el Jarabe de Maíz de Alta fructuosa, caso que tomaremos como ejemplo para dilucidar como medidas laterales del régimen legislativo mexicano, pueden convertir en una falacia, la existencia de productos sustitutos en un mercado relevante por si mismos no implican una sustitución viable. A la vez, algunas determinaciones laterales del Estado mexicano sobre importaciones pueden traducirse en un incumplimiento de obligaciones internacionales.

Desde 2002 y hasta 2006, diversas medidas impuestas por las autoridades mexicanas al uso de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa, fueron debatidas por los socios comerciales de nuestro país, al considerarlas discriminatorias, violatorias de los principios de trato nacional y nación más favorecida.

El Jarabe de maíz de alta fructuosa, es un ingrediente que se usa para endulzar, principalmente bebidas, cuya producción es mucho más barata que la azúcar, y en la cual México no tiene una participación significativa, durante varios años se le aplicó a la actividad de endulzar productos con JMAF una tasa de Impuesto Especial de Producción mucho más alta que, los tributos pagados en general por producir el mismo bien endulzado con azúcar, esto, sin una razón clara, sin embargo la situación económica de la industria azucarera del país hacía pensar que, se daba para propiciar la venta de los excedente azucareros de los ingenios que el gobierno había re comprado ya quebrados, como resultado, México era uno de los pocos países donde, los refrescos seguían endulzándose con azúcar y no con JMAF, ya que la alta tasa de IEPS de este último, hacía poco viable su importación.

Sin embargo, cuando el gobierno mexicano permitió años antes de imponer esta tasa del IEPS la fusión de varios ingenios azucareros que concentraban alto poder de mercado, aminoró la magnitud del impacto bajo el argumento de que el azúcar de dichos ingenios enfrentaría gran competencia con las importaciones de JMAF y ante tal sustituibilidad se mantendrían precios bajos, el precio del azúcar incrementó y en realidad no bajó antes de 2006, para los consumidores ni para los industriales ni para los consumidores finales, ya que para el consumidor particular que busca endulzar su café no es un opción viable de sustitución el JMAF y para el industrial tampoco lo era debido a las altas tasas impositivas interpuestas a su uso.

Así, la tasa adoptada para IEPS y mantenida por años por el gobierno mexicano obstruyó la competencia del azúcar con los productos sustitutos importados. En 2006, esta medida fiscal, fue declarada contraria a los principios de trato nacional y no discriminación, al percatarse el panel de apelación de la OMC de que, el impacto de la medida recaía principalmente en las importaciones, al no ser México productor de JMAF pero sí de un producto directamente competidor, que recibía un mejor trato presumiblemente por su origen nacional.

Aunque el panel no realizo pronunciamientos directos en materia de competencia se busco eliminar el bloqueo que mantenía México a través de legislación fiscal a la competencia de su azúcar con importaciones, vemos como una medida legislativa anticompetitiva obstruía la sustitución por importaciones contrariando el texto del artículo 12 de la LFCE, y configurándose a su vez como una medida violatoria de los compromisos contraídos por México ante el GATT y del régimen de competencia nacional ya que, aunque dicho artículo 12 estipule que se considerará la posibilidad de sustitución de producto relevante o servicio relevante por bienes de origen extranjero, medidas técnicas paralelas emitidas por un regulador atrapado por intereses económicos, pueden eliminar las posibilidades fácticas de dicha sustitución. Así que, el permitir fusiones que concentran gran poder de mercado o conductas restrictivas que dañan el mercado nacional bajo el argumento de que, en un futuro podrían enfrentar competencia con importaciones no es *per se* válido, habrá que reparar sobre la factibilidad, viabilidad e intensidad de dicha competencia y monitorear que dicha sustitución y convergencia equitativa se de en el mercado nacional, en un marco jurídico equitativo y claro.

## **2.2 Elementos de la legislación de competencia canadiense, contrarios a los compromisos económicos internacionales suscritos por Canadá.**

A lo largo de la presente tesis, comentamos los distintos parámetros a los que debía atener la legislación de competencia canadiense, la subordinación de la misma a los objetivos nacionalmente trazados y regionalmente reconocidos, tales como la preservación de la cultura, la disminución de discontinuidades de desarrollo y la preservación del regionalismo. También comentamos sobre la asimétrica y tirante relación de intereses económicos que, siempre ha tenido con el mercado estadounidense, cuyas inversiones son importantes para el Canadá, pero cuya independencia económica es también vital para su federalismo

Una expresión clara de esta necesidad de independencia de los intereses norteamericanos, que en cierto grado pudiese ser considerada contraria a la génesis de los acuerdos de *comity*, contraídos con dicho país es la *Foreign Extraterritorial Measures Act*, la cual como comentamos, fue adoptada en aras de proteger a los intereses canadienses del ejercicio de jurisdicción preventiva extraterritorial americana, blindándolas contra la exigencia de pago de daños triples, ejerciendo una especie de protección diplomática sobre estas empresas muy cuestionable, pero que, al no haber un compromiso claro sobre el reconocimiento de legislaciones de competencia y el alcance de los acuerdos de cooperación para sancionar dichas conductas no puede tildarse de ilegal.

Como vimos anteriormente, Estados Unidos mismo restringió el uso del *comity* aún en su vertiente positiva a solicitar la aplicación de las leyes de competencia del Estado requerido y no las del Estado requirente, ante esto, la medida canadiense de blindar sus intereses contra la exigencia de daños triples recibe una doble protección jurídica, ante la cual las corporaciones e intereses del Canadá, serán sujetas cuando mucho a sanción bajo las leyes canadienses y no a las norteamericanas. Esta legislación, junto con la incapacidad de definir subsidios anticompetitivos en la región, ha sido uno de los

principales temas de debate sobre el alcance de la obligación internacional, en materia de competencia económica entre estas dos naciones.

### **2.3 Elementos de la legislación de competencia estadounidense contrarios a los compromisos económicos internacionales suscritos por los Estados Unidos**

Estados Unidos fue el objeto de un pronunciamiento inusual de la OMC sobre el impacto de la legislación interna de competencia en la competitividad de los mercados internacionales, este fue el caso de la *Enmienda Byrd*, en dicho caso la Organización se pronunció sobre la compatibilidad de las enmiendas realizadas por Estados Unidos a su Ley de Compensación por continuación del dumping o mantenimiento de subvenciones del año 2000, con los compromisos adquiridos por dicha nación en el marco del GATT, estas enmiendas, a su vez, impactaban en la Ley de Créditos Presupuestarios para la Agricultura el Desarrollo Rural, la Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos y Organismos Conexos, 2001. Un sector, como hemos visto, tradicionalmente pagado de subsidios en Estados Unidos y de especial proteccionismo.

La citada reforma establecía que, los derechos compensatorios fijados conforme a la legislación *antidumping* de dicho país, se distribuirían directamente cada año a los productores que las autoridades de dicho país, consideraran como afectados, permitiendo que, las cuotas compensatorias redundaran en subsidios poco claros, ya que no se especificaba debidamente que se entendía para fines de dicha compensación, como “productor afectado” y, en una contradicción completa a la teoría que obliga a otros Estados a acatar, reconocía como posibles productores afectados a las asociaciones de trabajadores estadounidenses afectadas por el *dumping*.

A su vez, permitía a los participantes en la investigación, denunciantes o a cualquiera involucrado en la misma, solicitar dicha compensación, lo que, la comunidad vio como un incentivo para una litigiosidad proteccionista constante, por parte de los agentes económicos norteamericanos, quienes no solo frenarían la entrada de importaciones de otros países bajo el rango de *dumping*, sino que, recibirían indirectamente un subsidio con base en dicha reforma. Se estimo que, el mismo texto de la Ley incentivaba el apoyo proteccionista de ramas enteras de producción a investigaciones antimonopolio ejerciendo mayor presión sobre dichas investigaciones, viciando su objetividad. Resulta necesario recordar que, la litigiosidad constante ha sido una práctica que, cuando se realiza consuetudinariamente y, sobre puntos ociosos redundaba en una práctica restrictiva del comercio.

Como gastos admisibles a compensar y a alegar por parte de estos agentes económicos, contemplaba un espectro de conceptos demasiado grande, incluyendo las pensiones promedio pagadas y demás gastos de seguridad social que son de diferente impacto en diversas economías. Este sistema de compensación, violaba el conjunto de medidas admisibles para responder al *Dumping*, contenidas en el acuerdo respectivo en su artículo 1° el cual contiene un listado, limitado de medidas permisibles contra el *dumping* y delimita la aplicación de los derechos compensatorios adquiridos. Estados Unidos intentó hacer que, su conducta fuera revisada más bien en virtud del régimen jurídico de las

subvenciones, el cual no limita los tipos de respuesta y la aplicación que con las sanciones monetarias resultantes de las subvenciones puede hacerse, sin embargo se realizó el estudio a través del Acuerdo *antidumping*, toda vez que el mismo define, de limita y resulta aplicable al uso de cualquier medida compensatoria y a su adopción.

Aún considerando el texto del SMC, en sus artículos respectivos el panel determinó que:

"1.1 El análisis del Órgano de Apelación no se basó en ninguna disposición determinada del Acuerdo Antidumping tomada aisladamente, sino en el conjunto de ese Acuerdo. Como el análisis del Órgano de Apelación no se basó exclusivamente en el artículo 1 del Acuerdo Antidumping, no alcanzamos a advertir por qué habría de aplicarse un criterio distinto respecto de las respuestas permisibles a las subvenciones, simplemente por una diferencia entre el texto del artículo 1 del Acuerdo Antidumping y el artículo 10 del Acuerdo SMC. Al determinar las respuestas permisibles a las subvenciones consideramos que es importante tener en cuenta los tipos de soluciones previstas por el Acuerdo SMC. (Observamos que el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)*<sup>21</sup> adoptó un criterio análogo a los efectos de determinar las respuestas permisibles al dumping.) La Parte V del Acuerdo SMC prevé los derechos compensatorios definitivos, las medidas provisionales y los compromisos, mientras que la Parte III prevé contramedidas. Son éstas, por lo tanto, las respuestas permisibles a las subvenciones. En la medida en que la CDSOA pueda considerarse una "medida específica contra el dumping" pero no una de las respuestas permisibles a las subvenciones, sería incompatible con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 32 del Acuerdo SMC."<sup>22</sup>

Así, el panel especial ratificado después por el panel de apelación, determinó que, la Enmienda Byrd, constituía una medida específica contra las subvenciones y el dumping, contraria a los compromisos internacionales contraídos por Estados Unidos ante la OMC, ya que, no formaba parte de las respuestas permitidas contra estas conductas y específicamente el Acuerdo Antidumping demanda que no podrá adoptarse medida

<sup>21</sup> Estados Unidos - Ley de 1916 - Reclamación del Japón ("Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)", WT/DS162/R y Add.1, informe adoptado el 26 de septiembre de 2000 y confirmado por el informe del Órgano de Apelación (WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R), párrafo 6.216.

<sup>22</sup> Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, WT/DS217/DS234, informe adoptado el 16 de enero de 2003, por el Órgano de Apelación (WT/DS 217/ AB/R, WT/DS 234/AB/R).

distinta contra el *dumping*, a las comprendidas en el GATT de 94 y delimitadas por dicho acuerdo, específicamente en su artículo 18.

En este orden de ideas, el Órgano de Apelación, al considerar que el sistema de compensaciones descrito en la enmienda citada, constituía una medida contra el *dumping* y que era una medida que, iba más allá del texto del Acuerdo Antidumping, obligó a dicho país a poner sus leyes en concordancia con dichas obligaciones internacionales. Específicamente demandó de Estados Unidos, la derogación de este sistema de compensaciones aplicable a partir de apoyar una investigación o concurrir en denuncias *antidumping*. A través, de la determinación de ilegalidad de este mecanismo de compensación se busco cerrar la puerta a una litigiosidad constante anticompetitiva en aras de recibir a su vez subsidios y de desgastar a los agentes económicos extranjeros al obligarlos a defenderse de constantes acusaciones infundadas de *dumping* y se evitó que se distorsionara el mercado a través de la proliferación de denuncias *antidumping* utilizadas para protegerse de la competencia extranjera.

#### **2.4 Monopsonios presentes en América del Norte.**

La teoría clásica establece que, el paralelismo y estancamiento de precios en zonas anticompetitivas es más probable de ser detectado por los consumidores y ser controvertido por los mismos, en los países que reconocen acción al consumidor ya sea mediante acciones de clase, mediante la coordinación de las agencias de competencia y de protección al consumidor o dotándolo de acción privada<sup>23</sup>. Sin embargo, ¿Qué sucede cuando es precisamente ese consumidor el que determina el precio al que compra la materia prima con base en su gran poder de consumo organizado y deprime el precio del producto? tanto Estados Unidos como México, desconocen y descalifican de *facto*, la existencia de oligopsonios y monopsonios, práctica que, en mercados productores de materias primas, bienes primarios o semi terminados tiene efectos de estancamiento económico significativos.

Canadá, es el único de los tres países que cuenta con provisiones encaminadas a sancionar el monopsonio y el oligopsonio, cuando el ejercicio de poder sustancial de compra lo realizan agentes económicos privados y con fines anticompetitivos. La diferencia entre la concentración de poder de compra por parte de estos agentes económicos privados como forma de provocar ahorros, a costa de pérdida del bienestar de los productores de bienes semi terminados o materias primas que no se traspasan al consumidor y la organización de agencias controladas gubernamentalmente para la compra de insumos en aras de derivar resultados socialmente deseables del diseño de mercados a través de una comercialización conjunta y ordenada, es la pérdida de bienestar social neto que a la larga acarrear.

El hecho de que un agente económico en su faceta de consumidor tenga el suficiente poder como para determinar a que precio compra determinados insumos o bienes semi terminados, para después producir un bien terminado y obtener una renta neo ricardiana expone dos escenarios graves de ruptura con el óptimo paretiano y causa una doble

<sup>23</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *vid supra* n.3. p.281-286.

pérdida del bienestar social ya que, no solo obtiene una renta neo ricardiana sino que, lo hace a costa de la pérdida económica de un agente económico, que acude al mercado ya en condiciones de desventaja, un agente económico cuya dotación inicial de mercado es de por sí menor y que, debido a dicha limitación no ha perfeccionado sus métodos de producción. Si a esto le aumentamos que, su producto primario es comprado a precios fijados por el poder de consumo de grandes agentes económicos por debajo de los costos de producción, obtención o prestación de servicio, la pérdida se duplica, y si a esto le sumamos el hecho de que para que se considere que el agente comprador productor del bien final, esta obteniendo una renta neoricardiana se requiere que venda el producto final a un precio que ya rompa el techo monopólico, podemos ver que, mientras legitimamos el empobrecimiento del proveedor de insumos, privilegiando ahorros obtenidos por los agentes económicos productores finales a costa de su bienestar económico, también toleramos con precios en zonas grises la obtención de ganancias supra competitivas mientras no rompan el citado techo monopólico. El escenario se agrava y se vuelve mucho más sancionable cuando dichos ahorros no traspasan la esfera del monopsonista.

El Consejo del Trigo Canadiense, fue uno de los primeros motivos de disputa durante la vigencia del ALCCEU<sup>24</sup>, Estados Unidos intentó por todos los medios atacar este consejo, a través del mismo, el gobierno canadiense interviene y planea el comercio de granos, nació en su vertiente moderna como una Corporación de la Corona, en 1943 dicho Consejo adquirió, control monopólico sobre la exportación del trigo de las provincias de la pradera. Este Consejo a la fecha representa los intereses de los productores de trigo canadienses, cuando actúan como exportadores, pudiendo este consejo programar y ordenar el comercio entre las provincias y con otros países, algo parecido a lo que Estados Unidos justificó hacer en **Chicago Board of Trade**.

El Consejo y sus acciones, tienen impacto inmediato en el precio del trigo ya que, el mismo proporciona a los productores acceso equitativo a los mercados internacionales y participación en las exportaciones de trigo y granos, estabilizando así los precios y blindándolos de las fluctuaciones de oferta y demanda, sin dañar al consumidor canadiense.

Recordemos que, una institución así, esta totalmente justificada en el derecho canadiense ya que uno de los objetivos fundamentales de este derecho es el disminuir la discontinuidad económica entre las provincias con economía más diversificada y las provincias con menor desarrollo económico. En este caso, las provincias de la pradera forman parte de aquellas cuyo comercio esta poco diversificado y depende en gran parte de un solo recurso natural, el grano, principalmente el trigo rojo, de su comercio depende el desarrollo de varias provincias del Oeste canadiense. Se trata de una agencia reguladora que esta activamente vinculada con el tejido económico, una herramienta de equilibrio y desarrollo para las provincias y por tanto, una herramienta de diseño de mercados para el Canadá.

Estados Unidos ve a la agencia del Trigo como un caballo de Troya, un instrumento de

---

<sup>24</sup> GUTIERREZ H. Teresa, Vereá C. Mónica [coord.], *Vid supra n.18*, pp.-308-313.

intervención estatal excesiva en el comercio por parte del gobierno Canadiense, una agencia que organiza desde el Estado el comercio de granos, que carece de transparencia en los precios y subsidia exportaciones, sin embargo, no ha podido demostrar la supuesta falta de transparencia de los precios del Consejo, tampoco puede cuestionarlo abiertamente ya que, se trata de una de las excepciones a la legislación de competencia canadiense y bajo el TLCAN, no cuenta con disposición que permita cuestionar el impacto en la competencia de la existencia del Consejo.

Tampoco se puede argumentar que Estados Unidos, no permita a sus empresas blindarse en contra de las fluctuaciones de la demanda de sus productos o que no proteja sus actividades monopsonicas, prueba de ello es que, nunca ha cuestionado el poder de mercado ni el impacto que tiene la *joint venture*, constituida por Archer Midlands y Gruma en la compra de maíz, tampoco obliga a compañías como Cargill a divulgar cuanto dinero ganan con el trigo ni sus precios de venta en el mercado internacional, así que, el mismo punto de transparencia que levantó el Consejo del Trigo, sería aplicable para monopsonios como los mencionados, los cuales no dicen cuanto ahorro, cuanto traspaso del bienestar del productor hacia el comprador provocan, ni cuanto deprimen el precio del grano al comprarlo.

Estados Unidos, durante el ALCCEU y aún a principios del TLCAN, cuestionó severamente al Consejo y lo acusó de ser un monopsonio, al ser el mismo organismo estatal, el que compraba las cosechas para después revenderlas, manteniendo el precio a las provincias, y a los Estados. Sin embargo, como mencionamos, no ha cuestionado el mismo ejercicio de compra realizado por *joint ventures*, presentes en su territorio o por Cargill, la diferencia entre estos dos tipos de monopsonios, es que el primero goza de excepción de las leyes de competencia expresa en el derecho canadiense, al ser una herramienta de diseño de mercados que persigue y no contraviene uno de los propósitos de la legislación de competencia, y que se emplea como una vía alternativa a la libre competencia, al considerarse que, esta última como instrumento, no tendría los efectos asignativos y distributivos que se buscan para las provincias del oeste.

En el caso de Cargill, se trata únicamente de un traspaso de bienestar del productor al comprador corporativo, de bienestar de alguien que de por sí no esta en igualdad de circunstancias económicas, se pierde de vista nuevamente que un peso de ahorro del agente corporativo no pesa lo mismo que un peso de pérdida del productor de materia prima. En este caso, como se entiende a la competencia como objetivo de la competencia de manera tautológica, la conducta no se persigue y, se le toma como una depredación normal en un sistema desprovisto de objetivos económicos claros, se justifica la destrucción creativa del productor de materia prima, sin embargo, si se ordena la compra y asignación de granos como lo hizo el Canadá, no se permite esta destrucción ya que entonces el comprador corporativo no es el único comprador del bien y no puede acaparar la producción, solo podrá comprar lo que el organismo diseñador le permita a los precios que le marque, protegiendo así el precio del grano y a través de él el peso desigual del productor de la materia prima proveniente de una provincia que muestra discontinuidades de desarrollo.

La anterior es la diferencia entre una herramienta de diseño de mercados, para la producción de objetivos económicos regionales deseables, que busca proteger el peso de aquellos que presentan mayor discontinuidad de desarrollo y el monopsonio privado, consistente únicamente en la concentración de poder de compra en un solo agente económico privado, que, determinara con dicho poder de consumo el precio de la materia prima, fijándolo generalmente por debajo del estándar competitivo o del mismo costo marginal y produciendo una pérdida de bienestar social que, sufrirá un productor de insumos o materias primas que, de por sí se encontraba ya, en desigualdad económica ante su comprado.

El Consejo concentra la producción de trigo, diseña su comercialización y concentra las ganancias para repartirlas entre los productores nivelando los ingresos y las oportunidades, algo parecido al programa de pagos de nivelación regional, que habíamos mencionado en el capítulo anterior, cuando el precio internacional del trigo, esta por debajo de los estimados del Consejo, este absorbe el déficit, habiendo pagado a los productores al principio de la temporada el precio estimado para ese año de trigo y absorbiendo el impacto de la desaceleración que, profundizaría la discontinuidad para las provincias del Oeste. Efectivamente del lado técnico, el consejo sería un monopsonio al tener el poder de comprar todo el grano canadiense, pero no lo hace para producir bienes finales y obtener una renta neo ricardiana sino para estabilizar condiciones económicas en provincias prioritarias para la Federación.

De hecho la absorción del déficit y la competencia internacional, hacen que Canadá no pueda ni con el Consejo del Trigo venderlo a precios por encima de los costos mundiales o no sería rentable, ya que, bajo la perspectiva de Estados Unidos solo los precios por encima de nivel competitivo que han roto techo monopólico son controvertibles en materia antimonopolio, no tendría ni tuvo *rationale* alguna para sancionar al Consejo, el cual cuando mucho estaría vendiendo el Trigo a pérdida absorbiendo el déficit a través del Estado. Sin embargo, si se le exige congruencia a los Estados Unidos con sus teorías de depredación, tendría que comprobar que, el gobierno canadiense, tenía posibilidad de recuperar lo invertido en la depredación, esto sin hablar de la intencionalidad, la cual queda excluida al demostrar estado de necesidad. Esta figura tampoco se configuró, ya que, Canadá argumentaba y con razón que, si bien estaba vendiendo a pérdida, el precio que daba, era producto del precio internacional, no era menor a este sino igual, por lo que no significaba daño, el sobre precio pagado al principio de la cosecha, era pura pérdida fiscal no recuperable a base de precios altos, ya que Canadá, necesitaba sacar el precio del trigo lo más alto posible para recuperar el déficit y no lograba hacerlo, siempre lo sacó a la par del precio internacional que era excesivamente bajo, debido a la guerra de subsidios entre Estados Unidos y la Comunidad Europea.

Además de ser una excepción expresa a la legislación de competencia canadiense, este monopsonio no era sujeto a sanción por que, al final, Estados Unidos se encontró con su propio obstáculo, no podía acusarlo de una figura inexistente bajo su derecho neo positivo como el monopsonio, tampoco había forma de acreditar que la absorción del déficit se diera para depredar mercados al no haber recuperación en forma de precios altos al consumidor final, así que, a la larga, no pudo entablar acción coherente alguna contra este



Consejo. Sin embargo en años recientes se cuestionó y limitó la autoridad del consejo del Trigo sobre la comercialización de la Avena y la Cebada.

El caso estadounidense, es el extremo los mismos teóricos que han negado consuetudinariamente la existencia del monopsonio y cuya permeabilidad en teorías ha sido significativa en el mundo, se han enfrentado en su tarea judicial con esta figura evitando reconocerla, como mencionamos anteriormente, el caso de Posner es el más significativo, se vio frente a frente con esta figura en el caso **JTC PETROLEUM CO. VS. PIASA MOTOR FUELS INC**<sup>25</sup>, en 1999.

La conducta se dio en el negocio de la reparación de asfalto, en el sur de Illinois, la controversia nació entre los aplicadores del asfalto y los emulsificadores de la sustancia con la que se realiza el relleno del asfalto, en un mercado que se abastece a través de licitaciones.

El demandante, presentó evidencia tanto de que, los demandados habían acordado no competir entre ellos al pujar por los contratos licitados por el gobierno local. Los mismos aplicadores, que son los principales consumidores de la mezcla, presionaron a los productores de mezcla a no vender a agentes fuera del cártel de aplicadores, siendo que estos cartelistas eran los principales consumidores de mezcla, JTC la demandante era una aplicadora independiente, con cierta influencia en el mercado que resulto ser una *maverick*, la cual de poder encontrar quien le abasteciera de mezcla, podía convertirse en pie de balanza del costo del servicio de re encarpentamiento.

Al no haber otros compradores sustanciales de la mezcla, los mismos aplicadores utilizaron a los productores de mezcla, para sondear el cumplimiento del cartel so pena de no comprarles suficiente mezcla o de bajar los precios, así sondearon la conducta del mercado e impidieron que hubiera mezcla disponible para la *Maverick*. Esto fue posible, considerando especialmente que, los productores no tenían donde mas vender su producto, al estar limitados también en el radio en el cual podían manejar la mezcla desde su planta, así el cártel de aplicadores utilizando su poder de compra para coercionar a los productores, logró reclutarlos para ayudarlos a mantener el cártel, ante la amenaza de pagar menos por la mezcla o comprar menos cantidad.

En contrasentido, si los mezcladores sondeaban debidamente el mercado y bloqueaban la entrada de *Mavericks*, los re encarpentadores, les pagaban un precio de retorno o un premio elevando un poco el costo al que pagaban la mezcla, sin embargo, como vemos este sistema de pesos y equilibrios se ejerció con base en el poder de compra de los re encarpentadores. Así al final, los precios que obtuvieron los mezcladores fueron hasta 28% más altos cuando vendieron exclusivamente al cartel que, el que podían pagar los re encarpentadores independientes, depredando a estos a través del poder monopsonico de los otros re encarpentadores ejercido en la forma de oferta depredatorias, al subir los precios artificialmente del insumo para hacerlo inasequible a la competencia, pero también al usar

---

<sup>25</sup> **Jtc Petroleum Co. vs. Piasa Motors Fuels Inc.** [190 f. 3d775] Corte de Apelaciones del Séptimo circuito, (1999).

al productor como sondeador de mercado, a través de lo que vemos como puro ejercicio oligopsónico especulativo para coordinar una depredación.

Posner ratificó la sanción de primera instancia sobre la conducta, pero sancionándola bajo la hipótesis atenuada de denegación de trato y no como una conspiración oligopsónica, que era la verdadera naturaleza de la conducta.

En el caso mexicano, infinidad de conductas especialmente fusiones verticales y horizontales, como el caso Kamel-Parras, se avalan y legitiman sin reparar en sus efectos oligopsónicos ni en el mercado de factores, ya mencionamos, la poca investigación de los efectos que tiene la *coinvertión* Gruma- ADM, sobre la compra de maíz mexicano y su reventa en territorio nacional, sin embargo, este escenario monopsónico se repite constantemente. Actualmente, se busca legitimar casi *per se* la agrupación de actividades de producción y pérdida de independencia, en mercados intermedios cuando el agente económico se agrupe en la forma de un *cluster*, dando por sentado que, toda integración vertical trae ahorros que se derivan mágicamente al consumidor, lo cual no siempre es cierto, sacrificando en aras de la integración la independencia de los mercados. Tal es el caso de COVISINT, un cluster creado legalmente por la Secretaría de Economía para la asignación de órdenes de compra de las automotrices a diversas empresas productoras de refacciones, sin embargo, el impacto que tienen las automotrices en los precios de compra de las auto partes jamás se ha estudiado, el acuerdo se da para garantizar el abasto en México de las automotrices armadoras de auto partes, no para fijar un suelo sobre el precio mínimo de compra de dichas auto partes en México.

En Canadá, por otro lado, el uso de poder monopsónico para excluir competidores del mercado sigue siendo activamente perseguido, en un caso de 1962 **Continental Ore Co. vs. Union Carbide & Carbon**<sup>26</sup>, las autoridades de competencia canadienses habían reconocido a Unión Carbide como el único agente corporativo para la compra de vanadio, un material usado en la industria del armamento y del acero, la corporación canadiense, coordinándose con una afiliada americana, uso su posición para excluir a un competidor del socio americano, del mercado canadiense. La conducta fue castigada en las Cortes Americanas, sin embargo las autoridades canadienses reconocieron que la actividad de la corporación no merecía inmunidad alguna, así que, facilitaron el ejercicio de la sanción por parte de las Cortes Estadounidenses, al no oponerse a dicho ejercicio al tenor de la forma más primitiva de *comity* referida con anterioridad en el presente capítulo.

---

<sup>26</sup> **CONTINENTAL ORE CO. VS. UNION CARBIDE & CARBON CORP.**, [370 US. 690,8.Ct. 1404,8 ,L.Ed.2d],(1962).

## **CAPÍTULO VI La legislación de competencia y la regulación del mercado en el sector servicios de cada país.**

La crisis actual corresponde a una incapacidad de valorar los intangibles, que interactúan en las economías de hoy, resulta inverosímil voltear hacia atrás en las tres jurisdicciones en estudio y percatarnos de que, el sector servicios de las mismas siempre ha mostrado una concentración preocupante casi en los mismos ramos, el bancario, el financiero y los transportes, con sus salvedades y adiciones respectivas.

Ante la crisis de hoy, parece evidente que en Estados Unidos la corriente desreguladora, perdió de vista aquello que evidenciaba el reporte Armstrong de 1906, sobre la necesidad de regular el comportamiento de las instituciones bancarias y de seguros.

Como se dijo en ese entonces el permitir la concentración de poder de mercado en el sector bancario implicaba, concentrar en unos pocos las opciones de financiamientos, formas de pago, oportunidades de crédito y la liquidez de una nación. En el caso de los seguros implicaba permitir la concentración del dinero destinado a la previsión y la manutención de la calidad del mercado de la población en sí, se trata de servicios que se traducen inmediatamente en circulante y cuyo buen manejo influye directamente en la cantidad de circulante disponible en una economía y, su asignación en las manos de distintos agentes económicos.

Otros servicios vitales en los que no puede permitirse la concentración son los servicios encaminados a satisfacer necesidades públicas, la concentración de poder en dichos servicios atenta contra la misma estabilidad del Estado, nuevamente tenemos como ejemplo a Enron y la implicación de su conducta para la seguridad energética de los Estados Unidos y su población.

El costo de los intangibles tiene un peso determinante en la economía de todas las naciones, de hecho hay países como el Canadá donde la importancia del sector servicios comienza a sobrepasar al sector manufacturero de manera acelerada. En este país, se han hecho esfuerzos especializados para evitar la concentración en el sector servicios dictando medidas específicamente aplicables al sector bancario, hotelero, de la salud, etcétera, existe una planeación de mercado del sector servicios, estrictamente vigilada por el gobierno canadiense en aras de no permitir que los canadienses habitantes de ciertas regiones, cuenten con servicios de primera y que los canadienses habitantes de provincias con economías menos diversificadas cuenten con servicios de segunda.

En el caso mexicano, no existe un esfuerzo serio por controlar las asociaciones de prestadores de servicios, de diseñar mercados con fines sociales a través de las mismas, hay un insipiente alarmante en la regulación aplicable del sector servicios, que se agrava ante la carencia de un concepto de servicio sustituto o directamente competidor, esto considerando que, el sector se ve altamente influenciado por obligaciones *intuitu personae*, y por ser en muchos casos servicios experiencia, sobre los cuales el flujo de información es muy escaso.

En el caso estadounidense, existen decisiones encaminadas a mejorar la competitividad en el sector servicios sin embargo, algunos sectores como el bancario, la ingeniería, el asegurador y el de la salud son ineficientes y presentan notoria concentración no directamente en los precios sino en las condiciones de prestación del servicio, en la estandarización de los mismos o en conductas temerarias que provocan una pérdida de bienestar neto para el Estado.

A su vez, el área de libre comercio no ha encontrado forma alguna de fomentar la movilidad en el sector servicios profesionales, no existe una competencia regional a nivel norteamericano en este aspecto.

### **1.1 Importancia del sector servicios para cada país**

En el caso del Canadá, la prestación de servicios de venta, post venta, y profesionales ha significado un importante aporte en la economía regional y un factor de movilidad social, es por eso que, esta es la jurisdicción de Norteamérica más avanzada en la regulación de la competencia de los servicios. Es por ello que busca evitar el abuso de patentes o la competencia carente de valor que eleva artificialmente el costo de los bienes y servicios simplemente por el nivel de inversión en publicidad e intangibles que conllevan.

En el caso estadounidense, es evidente que, el sector servicios no está debidamente regulado, basta mencionar que, en ocasiones se permitió la coordinación de condiciones de venta del servicio bajo el argumento de que, las mismas permitían anular el riesgo en el desempeño de la actividad profesional o bancaria, uno de estos casos fue el del sector salud, donde se ha permitido la concentración de actividades y servicios fijados con precios mínimos de prestación, en aras de evitar que la competencia en precios redunde en una baja calidad del servicio y en aras de permitir a las compañías aseguradoras el imitar y calcular con mayor eficiencia el riesgo que suscribían. En contraste con esas decisiones, un mercado de servicios de salud, aún más regulado como el canadiense reporta precios y condiciones de oferta mucho más eficientes<sup>1</sup> que el, permisivo mercado americano<sup>1</sup>.

Como se puede apreciar en nuestro tiempo, el permitir la acumulación de poder en sectores servicios no redundó en una mejor calidad mínima de los mismos, ni en un cálculo eficiente de los riesgos adquiridos por las aseguradoras e instituciones bancarias, por el contrario se han creado mega corporaciones cuyos ingresos transnacionales son mayores al Producto Interno Bruto de distintos países, sobrepasando en poder económico y a veces hasta político al poder de los Estados que buscan regularlos, muchas veces la actividad de estas mega-corporaciones es indulgentemente evaluada por el impacto que ya de por sí, tienen en la vida inmediata de la población ya que, a la menor intención de regular su conducta amenazan a los poderes del Estado con retirar empleos o inversiones.

Así, se permitió a estas corporaciones invertir los dividendos captados por pensiones, ahorros, depósitos etcétera, en instrumentos especulativos con valor intrínseco indefinido,

---

<sup>1</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *vid supra* n.3. p.113.

en aras de maximizar sus ganancias, sin sujetarlas a garantizar con una cuantía mínima la rentabilidad del riesgo que se adquiría, y que se financiaba con la liquidez de la población, jugándose la liquidez de economías enteras.

No resulta extraño que, ante la permisibilidad de los reguladores americanos se contagiaron las autoridades mexicanas, las cuáles ante la presente crisis han propuesto aún mayor desregulación, sin atacar el centro del problema, el cual es la falta de inyección de liquidez y estabilidad a los capitales, por tanto no extraña que, durante años la cartera vencida de los bancos siga creciendo, las comisiones no bajen al no haber competencia y en México se sigan otorgando créditos irrescatables a personas sin ingresos, sin activos y sin trabajo a costa del 25% de la población económicamente activa con ingresos estables, que acude a los servicios financieros voluntariamente o involuntariamente, a través de los servicios de nómina o depósitos particulares.

Debido a esta concentración excesivamente tolerada por las autoridades de competencia y los reguladores sectoriales no extraña que en nuestro país no se haya alcanzado el diseño de programas de financiamiento atractivo, para nuevos negocios ya que, los bancos derivan sus principales ganancias de las comisiones que coordinan entre ellos y, de la nómina cautiva del resto de los agentes económicos que aún a la fecha y aún con los esfuerzos para introducir portabilidad en dichas nóminas, les reporta un ingreso líquido seguro mes con mes, el cual pueden invertir especulativamente, sin un margen mínimo de responsabilidad y con poca transparencia en cuanto a rendición de cuentas en atención a consideraciones totalitarias de lo que se entiende como secreto bancario.

Aún con los compromisos contraídos por las tres naciones bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y al amparo del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de 1994<sup>2</sup>, la importación de servicios no supone aún una fuente importante de competencia para los suministradores locales de los mismos ya que, la prestación de diversos tipos de servicio tienen aún un amplio tinte local y localista, al requerir una gran gama de servicios que, tanto proveedor como consumidor, se encuentren en el mismo mercado geográfico, imposibilitados los consumidores de acudir de manera viable a otro mercado geográfico, para adquirir el servicio. A su vez, para la efectividad de varios de ellos se requiere un amplio conocimiento del mercado regional y una reputación, esto aunado a la especialización de los mismos y, sin un esquema adecuado de movilidad para los prestadores de servicio, dificulta que la importación de servicios represente en muchos aspectos una fuente de competencia intensiva o significativa, ni siquiera se cuenta con herramientas que permitan cuantificar que proporción de servicios no atraviesa las fronteras nacionales, la falta de herramientas para promover la movilidad, ha provocado que la mayor parte del comercio en materia de servicios siga teniendo lugar, con excepción de ciertos sectores específicos como las telecomunicaciones, dentro de las economías nacionales.

---

<sup>2</sup> Papeles de trabajo seminario negociaciones, OMC realizado en la ciudad de México en las instalaciones de la Cámara Nacional de Comercio en el año 2003, elaborados por la Secretaría de Economía.

Las listas de compromisos de liberalización de servicios de los tres países en el contexto del AGCS, son aún abundantes y reportan pocos avances, solo respecto a algunos servicios profesionales, como la contabilidad se ha llegado a la concertación de Acuerdos de Reconocimiento Mutuo que favorecen la movilidad del sector.

En el caso del Canadá estos Acuerdos de Reconocimiento Mutuo, son necesarios aún para la movilidad de los prestadores de servicio dentro de las fronteras nacionales, entre provincias, siendo facultad de las regiones evaluar la aptitud de los prestadores de servicios para permitirles ejercer. Este es uno de los obstáculos más significativos, para la movilidad de los servicios a nivel nacional y uno de los principales retos del gobierno federal del Canadá.

Aún cuando, el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios presenta el avance de no estar dirigido a comprometer únicamente a los gobiernos federales, sino que trae prohibiciones expresas de bloqueo para las autoridades regionales de las Federaciones, encontramos que, se encuentra en un estado de desarrollo muy ambivalente, aún no se ha llegado siquiera a establecer qué se considera un servicio directamente competidor o sustituto viable, como para considerarlo en una definición confiable de servicios relevantes en materia de competencia económica, ante esta indefinición, muchas definiciones han quedado demasiado amplias o ambiguas, provocando una mayor impunidad en la persecución de prácticas anticompetitivas, que afectan el sector servicios de la región en general.

Además, debemos considerar que, los acuerdos multilaterales en la materia buscan contemplar el libre comercio en todos los servicios con excepción de los suministrados por el gobierno en ejercicio de sus facultades, sin embargo, sí es aplicable a los servicios concesionados y ala manera en que se otorgan esas concesiones

El AGCS identificó cuatro modalidades básicas en la prestación de un servicio:

- a) El suministro de servicios transfronterizo, donde se mantiene una clara separación geográfica entre vendedor y comprador, solo el servicio más no los prestadores de la misma atraviesa las fronteras nacionales, como valor agregado a un bien o a una actividad. Por ejemplo, el servicio de maquila de reparación de ciertos bienes importados temporalmente para ser retornados al extranjero, el servicio de reparación fue el único que cruzó las fronteras.
- b) El consumo en el extranjero. Se trata del suministro de un servicio en el territorio de un miembro a un consumidor originario de otro Estado Parte, esto implica el traslado del consumidor al país proveedor, un ejemplo claro de esto son los servicios turísticos.
- c) La presencia comercial de un prestador de servicios en el país consumidor. Este es el tipo de servicio que presta una corporación fundada en el extranjero a través de sus filiales y sucursales.
- d) La presencia de personas físicas.

Todas estas modalidades, determinan el tipo de servicio adquirido, las necesidades que cubre su alcance y son parte importante de la definición de mercado del servicio a

estudiar, sin embargo, muy pocas legislaciones reparan en estos elementos al evaluar la competitividad del sector servicios, dicha carencia es evidente en las consideraciones de la Comisión Federal de Competencia Económica Mexicana como veremos más adelante.

Una de las grandes dificultades para regular específicamente el sector, es que las reglas que regulan la presencia comercial de un agente económico en un mercado geográfico o dentro de una jurisdicción, no siempre se traducen en legislación de materia económica, siendo mucho más sutil, su impacto en la actividad económica pero a la vez siendo directo y tajante. Las reglas de ejercicio de una profesión, por ejemplo, en un país pueden ser tan diametralmente distintas de las de sus socios comerciales que, intentar el establecimiento de presencia comercial de un prestador de servicios dentro del país socio puede resultar altamente ruinoso, o al revés el aceptar prestadores de servicio no calificados puede representar una pérdida de bienestar social en el mercado receptor.

Aún cuando, se permitiera el libre flujo de servicios y su importación, esto no garantiza que, los mismos ingresen en igualdad de condiciones a los servicios prestados por agentes económicos nacionales o ya presentes en territorio nacional y en ninguno de los tres países sujetos a estudio, encontramos normas diseñadas para homogeneizar el trato entre servicios contratados en la economía nacional y servicios importados.

## **1.2. Aspectos y procedimientos en el sector servicios de cada país en cuanto a competencia económica.**

La Comisión Federal de Competencia Económica, ha ahondado poco en el concepto de servicio relevante, sin embargo, uno de los casos que intenta definir este concepto es el de la fusión entre **Princess Hotels y Canadian Pacific Hotels & Resorts Inc**<sup>3</sup>El mercado relevante de la fusión, impactaba en la prestación de servicios de hotelería, por tanto en una modalidad tipo 2 o b, el consumo de un servicio en el extranjero.

Para definir el mercado del servicio relevante, se atuvo a la circunscripción geográfica, donde se prestaría el servicio principal, criterio que, puede ser funcional para un servicio tipo 2 pero que carece de utilidad para el resto de las modalidades, a su vez, se definió dicho mercado relevante en atención únicamente al servicio principal y común prestado por los fusionantes, es decir, de manera horizontal y donde podrían ser directamente competidores, los servicios de hotelería en los que Canadian no contaba con presencia comercial en México, sin embargo, se dejó de analizar el impacto en concentración económica por la adquisición de Canadian, de los activos de Princess en servicios accesorios como son los bares, discotecas y restaurantes.

El pleno simplemente decidió no objetar la fusión en atención al servicio principal de hotelería de cinco estrellas en el que Canadian no estuvo presente antes de la fusión, sin embargo, el mercado del servicio se definió en base a su modalidad 2 y no a la 3, que también podía implicar, es decir, el impacto de la presencia comercial que en conjunto

<sup>3</sup> **Princess Hotels y Canadian Pacific Hotels & Resorts Inc** fusión resuelta por la Comisión Federal de Competencia Económica bajo el expediente CNT-69-98.

podía representar la fusión, no solo en los servicios de hotelería sino en accesorios y en empleos en el mercado. Como vemos, las fusiones en materia de servicios en México siguen tratando de definirse con base en un mercado geográfico de prestación del servicio que, no siempre es claramente delimitable, apeándose a preceptos que fueron creados más bien para evaluar la competencia en bienes tangibles y no en servicios, en cuanto se pierde o se desapega más, un servicio de un marco geográfico definido, más complicada se hace la definición de servicio relevante y con menos elementos cuenta nuestra legislación para abordarla.

En Estados Unidos, el sector servicios demuestra una mayor complejidad competitiva que la competencia entre bienes, muchas de las asociaciones profesionales han concertado coordinaciones en cuanto a precios, condiciones de prestación de servicios, formas de pago etcétera, entre ellas, en los últimos años se atacó un acuerdo entre profesionistas para fijar precios mínimos, en servicios de ingeniería, un acuerdo entre corredores de bienes raíces para las condiciones de aceptación y precios de colocación de diversos inmuebles y, como veremos a continuación, acuerdos constantemente perseguidos en cuanto a la prestación de servicios de salud, en nuestro caso dentistas.

Cabe mencionar que, utilizamos en este caso ya que el sector salud y farmacológico en los Estados Unidos, ha presentado históricamente altas barreras a la entrada, poca intensidad recompetencia y precios en zona gris, esto aunado a la complejidad que significa el evaluar un servicio, el cual cuenta con características que lo diferencian desde la experiencia de quien presta el servicio, los accesorios que conlleva, la calidad y tiempo del mismo, garantías, zona de prestación del servicio etcétera.

El caso **Federal Trade Commission vs. Indiana Federation of Dentists**<sup>4</sup>, llegó hasta la Suprema Corte de Justicia de aquel país, y versó sobre una coordinación entre determinados dentistas de Indiana y ciertas compañías de seguros, para negarse a incluir los servicios de rayos X, dentro de los seguros contratados con aseguradoras en el ramo de servicios dentales. Este caso no versó sobre el factor precio del servicio directamente, sino sobre la forma de pago de un accesorio vital del servicio, cuyas condiciones fueron acordadas en coordinación, en ausencia de dicha coordinación los beneficiarios podrían encontrar dentistas dispuestos a ofrecer los servicios dentales y los de Rayos X conjuntos en una misma póliza de beneficios diversificando la competencia entre los diversos tipos de seguros dentales.

Así mismo, fomentaría la competencia en el mercado relevante, al fomentar en los pacientes la búsqueda de un dentista que, además de capacitado cooperase con sus planes dentales de seguro, esta denegación se acompañaba a su vez de la negativa de información a los pacientes, lo que les obligaba a contratar servicios de diagnóstico más costosos al no ser cubiertos por sus pólizas.

En este caso, aún a pesar de no tratarse de una fijación de precios se determino que

---

<sup>4</sup> **Federal Trade Commission vs. Indiana Federation of Dentists**, [476 U.S. 447], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, (1986).



versaba, sobre una restricción irracional a la competencia cuyo objetivo principal era evitar la competencia concluyéndose que:

“Mientras esta conducta no constituye una fijación de precios en si misma, no se requiere un análisis elaborado para demostrar le carácter anticompetitivo del acuerdo

Una negativa a competir respecto al paquete de servicios ofrecido a los clientes, no es menor a una negativa a competir respecto a los términos de precio del servicio, esta negativa afecta la habilidad del mercado de derivar bienestar social al no permitir que los consumidores puedan encontrar el abasto del servicio a precios o en condiciones competitivas.”<sup>5</sup>

Al encontrar esta conducta como una restricción pura al comercio, se le aplicó el mismo estándar que a los bienes, a un servicio modalidad 1 ó a cuyo mercado relevante se definió en base a la región donde se prestó el servicio, sin considerar la movilidad de los mismos, como vemos, aún no se ahonda en la creación de conceptos exactos para servicios. Este caso evidencio además que, muchas veces las reglas de trabajo o modalidades de servicio acordadas en las cámaras provocan un entorno poco competitivo de prestación de servicios, especialmente profesionales.

Un caso similar se ventiló en cuanto a la posibilidad de considerar como venta atada los servicios de anestesia a los de cirugía en determinados especiales y fue ahí donde la asimetría de la información en los servicios que en muchos casos los hace bienes experiencia, reflejo la particularidad de la competencia en este sector.

Resulta ilustrativo citar en este punto el caso **Jefferson Parrish Hospital District N° 2 vs. Hyde**<sup>6</sup>, donde Hyde denunció un contrato de exclusividad entre el demandado y una firma de anestesiólogos, por consistir en una venta atada, al obligar a todos los pacientes del hospital a utilizar los servicios contratados en exclusiva para la firma de anestesiólogos. Sin embargo, se concluyó que si bien existe una venta atada al sujetar los servicios de cirugía a contratar en el mismo hospital los servicios de sus anestesiólogos exclusivos, dicha venta atada traía consigo beneficios, tales como proveer de un servicio necesario a los pacientes de cirugía que, en su mayoría no cuentan con los conocimientos técnicos necesarios para elegir a un anestesiólogo debidamente calificado que los asista en la cirugía, por otra parte, se consideró que, el hospital no ejercía coerción alguna para que los pacientes contrataran los servicios de anestesia. Los pacientes mismos, por seguridad y comodidad accedían a contratar dichos servicios como parte de su cirugía, dejando que la asimetría de la información sobre la calidad de dichos servicios fuera subsanada por el Hospital. Al tratarse de bienes experiencia, el consumidor no tiene mayor información

<sup>5</sup> *Ibidem.*

<sup>6</sup> **Jefferson Parrish Hospital District N°2 Vs. Hyde,** [ 104 S.C.T. 1551, 80] L. Ed. 2d. 2, (Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, 1984).

sobre el servicio de anestesia por si solo, y prefiere respaldarse en el prestigio del hospital sobre cuyos servicios tiene mayor referencia.

El sector de servicios de cuidado de la salud y su inherente coordinación, ha sido fuente sustancial de preocupaciones para el Departamento de Justicia en su División Antimonopolio, desde Septiembre de 1993, dicho departamento anunció seis decretos de aplicación de directrices de política de competencia en el Área del cuidado de la Salud, dichos decretos buscan regular en específico las fusiones de hospitales, la adquisición de equipo y compras realizadas a través de co-inversiones, el intercambio de información entre los practicantes, los intercambios de información entre hospitales y los códigos de ética de los practicantes, así como, las co-inversiones realizadas por estos con fines de investigación y producción que, sobrepasen los estándares de excepción dictados por las leyes norteamericanas. Estas directrices buscaron clarificar el escenario de práctica de este servicio, así, dichos decretos están diseñados de manera dual, delineando zonas de conducta o actividad segura que las agencias no controvertirán bajo el derecho antimonopolio y determinando que, todas las conductas fuera de estas zonas serán revisables bajo este mismo derecho.

En conjunto con los decretos sectoriales en materia de competencia, para el servicio de cuidado de la salud anteriormente mencionados, las autoridades diseñaron un mecanismo de revisión expedita especializado y considerando específicamente las modalidades, especificaciones y naturaleza de los servicios de salud, que permite dilucidar la realidad de estos servicios y acortar el tiempo de expuesta de las revisiones de la autoridad a un máximo de 120 días.<sup>7</sup>

En conclusión, se determinó que, existen eficiencias sustanciales derivadas de la contratación de ciertos servicios aunque sean atados, para cuya prestación se requiere un nivel alto de especialización y sobre cuya calidad, disponibilidad, y modalidades se tiene poca información, el adquirir, al mismo tiempo y bajo el mismo prestigio comercial los servicios de anestesia y cirugía, con el hospital reportaba beneficios que, sobrepasaban las restricciones a la competencia en el mercado de los servicios de anestesia. Es decir, los beneficios en comodidad y seguridad en la salud para el paciente sobrepasaban, según la visión de la Corte por mucho, la restricción que se auto impone el hospital de contratar anesthesiólogos fuera del convenio de exclusividad o el riesgo de que el paciente haga una elección particular y lleve a su cirugía anesthesiólogos sobre cuya calidad, capacidad y habilidad carece de la información.

Aún cuando, hubiera total apertura para contratar los servicios de anestesia por separado a la cirugía o cuando hubiera total apertura para contratar los servicios de Rayos X, es probable que el consumidor siga obteniendo los servicios de su médico de cabecera, aunque sus precios no sean competitivos, ya que, el paciente no sabe a ciencia cierta lo

---

<sup>7</sup> OCDE Report to the OCDE on the United States Antitrust and competition developments for the period January 1 to december 31, 1993 . Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 1993, [citado 20-10-2008], Formato PDF.

Disponible en:

<http://www.oecd.org/dataoecd>.

que requiere. Así muchas veces, la información disponible sobre cobertura, calidad, aplicabilidad y especialización necesaria para adquirir un servicio, determina la sustituibilidad del mismo, más allá que, el precio por sí solo.

De los anteriores criterios, podemos desprender un elemento importante para calificar la sustituibilidad, complementariedad o naturaleza de los servicios su heterogeneidad y las asimetrías de información que convergen con la misma. Mientras mas heterogéneo y especializado sea un servicio, necesario y haya poca información disponible al consumidor para que haga una elección del mismo, más fácil será atarlo a otros servicios, ahora habrá que reparar caso por caso en los beneficios significativos para el consumidor derivados de dicha atadura, así como en su necesidad, no es lo mismo la asimetría de la información que impide a cualquier paciente contratar por separado de los servicios de cirugía en el hospital a un anestesista propio, que la relativa asimetría de la información, aún salvable que permitiría al cliente de un despacho de abogados contratar por separado a un notario distinto de aquel con el que el despacho suele trabajar. Esto ya que, en el caso de la anestesia estamos ante un servicio complementario necesario y en el caso del notario ante un servicio accesorio con diversos niveles de divergencia en asimetría de información.

Otros puntos determinantes, para evaluar un servicio relevante son, el mercado geográfico, cobertura, calidad, eficiencia, tiempo en la prestación del mismo compatibilidad con los otros servicios y el resultado de este. Para considerar a un producto como sustituto, al menos deberá ser igualmente eficaz que el que se busca sustituir, con una cobertura parecida, integral para las necesidades que con el mismo se busca cubrir, igual de oportuno y eficiente.

Muchas veces, la colusión sobre elementos distintos al precio puede llevar a la realización de una práctica anticompetitiva, ese fue el caso **National Society of Professional Engineers vs. United States**<sup>8</sup>, donde como referimos en capítulos anteriores de esta tesis, la Asociación busco justificar su directriz de impedir a sus asociados negociar los precios de sus servicios. bajo la premisa de que, dichas negociaciones acarrearían la contratación de materiales de menor calidad y servicios de menor calidad, esta prohibición estaba contenida en el código de ética de la asociación.

Las defensas de dicha asociación fueron rechazadas al considerarse que, el prohibir negociar los precios de los servicios, impide al consumidor influir en el mercado como un tomador de precios y en virtud de que, bajo el principio de que no puede utilizarse la regla de la razón para argumentar que la competencia es indeseable o en su caso irracional, esto toda vez que, el sistema americano reconoce a la competencia en un malentendido de génesis como herramienta y objetivo al mismo tiempo.

A raíz de este caso, la misma Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos se percató de ciertas particularidades en el sector servicios, determinó que, por su naturaleza, al

---

<sup>8</sup> **National Society of Professional Engineers vs. United States**, [435 U.S. 679] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (1978).

menos los servicios profesionales pueden diferir significativamente no solo de la actividad económica de los bienes, sino de la conducta de otros negocios de servicios, muchos de estos servicios profesionales, enfrentan amplias barreras de entrada al ser servicios que, para su ejercicio requieren licencias y especialización, muchas veces la especialización y actualización con las que cuenta el prestador del servicio encarece el costo del mismo<sup>9</sup>. En muchos de los casos, ventilados ante las Cortes estadounidenses para profesionales los argumentos esgrimidos por estos instan a las cortes a alejarse de las consideraciones típicamente usadas en la materia para el sector bienes, esto en aras de lograr una calificación de sus conductas a la luz de reglas más flexibles.

Las normas éticas de asociaciones de profesionistas, pueden servir para regular y promover esta competencia, la delimitan, la definen en muchos casos y por tanto dichos códigos de ética que pueden regir la conducta son sujeto de estudio del derecho de la competencia económica, que sopesará, bajo la regla de la razón, las eficiencias que se derivan del seguimiento de dichos códigos de ética y el nivel de restricción que plantean a la competencia abierta, así como su idoneidad, viabilidad, y alcance.

En la mayor parte de los casos estos argumentos alternativos para lograr que, las conductas en los mercados de servicios profesionales se evalúen al amparo de reglas más flexibles en las Cortes Americanas han fracasado, como resultado, no se tiene un cuerpo especial del derecho anti monopolio, que sea debidamente aplicable al sector servicios en atención a su naturaleza, su característica asimetría de información y sus modalidades<sup>10</sup>.

Por ejemplo, se evaluará si la restricción en el servicio esta justificada por un fin ulterior, si era el medio menos restrictivo para alcanzar dicho fin, si la conducta económica entrafía la realización, preservación, reconocimiento o delimitación de un derecho fundamental, una garantía o una norma de primordial importancia, ejemplo de dicha evaluación es el caso **Federal Trade Commission vs. Superior Court Trial Lawyers Association.**, referido en el capítulo II de la presente tesis, en el que se determinó que, aunque el boicot orquestado por los abogados se alegaba, estaba protegido por la Primera Enmienda, este tenía un fin primordialmente económico que, unido al poder de mercado de la Asociación hacían injustificable la conducta.

En México el sector servicios también reviste particularidades y presenta barreras a la entrada justificadas por la consecución de objetivos ulteriores muchas veces malentendidas, basta ver el monopolio del despacho aduanero, concedido a los agentes aduanales, en aras de salvaguardar la seguridad nacional y utilizarlos como filtro certificado para la importación y exportación de mercancías, otro caso relevante anteriormente referido en esta tesis que nos evidenció un mal manejo de los parámetros de competencia económica en el sector servicios, fue la falla garrafal de la Suprema Corte al considerar que, los servicios de los notarios públicos en México no constituían un monopolio a través de la patente concedida y no eran servicios sustituibles o directamente competidores con los prestados por corredores públicos, usados en derecho mercantil. Se

<sup>9</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker. *Vid supra n.3.* p.154.

<sup>10</sup> GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker, *vid supra n.3.* p.195.

llegó a esta determinación, simplemente confundiendo el concepto agente económico, que es cualquier persona que concurre al mercado, interactúa o influye en él con el de comerciante, al considerarse que, los notarios públicos no eran agentes económicos y estaban indebidamente fuera de la aplicación de las leyes de competencia al no tener fines de lucro sino fe pública, aplicando un parámetro propio para calificar a una persona como comerciante y no como un prestador de servicios que concurre a un mercado como agente económico.

### **1.3 Prácticas anticompetitivas más comunes en servicios, su penalidad y tratamiento en los tres países.**

Como mencionamos con antelación, existen sectores de servicios exentos en las legislaciones de los tres países, los cuales por su parte, demuestran poca competitividad económica y gran acumulación de poder de mercado y de dinero, un caso típico es el sector deportivo en México, podemos observar el oligopolio en deportes como el fútbol soccer con la Femexfut, en Estados Unidos las asociaciones de baseball cuentan con exención expresa de la legislación de competencia al igual que la NHL en Canadá, esta exención nace de una *rationale* parecida al régimen especial sobre actividades culturales que mantiene Canadá en algunas provincias, se da considerando que, la suma de esfuerzos puede mejorar la calidad deportiva en dichas disciplinas, sin embargo, esto no siempre es cierto y en casos evidentes como el de la Femexfut sirve únicamente para repartirse derechos de transmisión, coordinar precios de entrada a eventos deportivos y manipular los precios de los servicios de los deportistas y sus transferencias.

Por el contrario a los servicios cuya actividad esta prácticamente exenta del escrutinio antimonopolio ya sea por legislación o práctica tenemos dos servicios que en Canadá y Estados Unidos son estrechamente regulados, estos son los involucrados con la publicidad y los que implican un alto grado de intercambio de información sensible como el desarrollo de bases de datos.

En cuanto a prácticas publicitarias engañosas, ya hemos mencionado que, en el caso canadiense y estadounidense se les equipara al fraude contra el Estado o contra el consumidor, llegando a tener una vertiente de sanción penal.

Por otro lado, en el Canadá, se han tomado medidas para limitar el monto de gastos de publicidad que pueden deducirse por ejercicio fiscal, en aras de frenar la tendencia de sobrevalorar bienes en base a criterios intangibles como su penetración de marca y la creación de imagen<sup>11</sup>, es de crucial importancia recordar que en el caso del Canadá es el mismo Tribunal el que revisa tanto las prácticas publicitarias engañosas como las prácticas anticompetitivas que, a través de la misma publicidad se pueden orquestar, tales como; el atar servicios o el crear una imagen de incompatibilidad de servicios accesorios, complementarios o directamente competidores, a través, de campañas publicitarias, esto además de los boicots que pueden basarse en el detrimento sin bases de la imagen de un servicio competidor. El poder evaluar por una misma autoridad el impacto de los servicios

---

<sup>11</sup> *Vid supra*, n. 229.

de publicidad, tanto en su vertiente de publicidad engañosa o fraudulenta contra el consumo como en su vertiente de práctica facilitadora de conductas anticompetitivas, permite a la autoridad percatarse si la tendencia publicitaria, los códigos de ética de las asociaciones de publicistas y en general su conducta se está traduciendo en una herramienta para manipular y distorsionar los mercados artificialmente, empezando por percatarse, si la misma se traduce en un instrumento engañoso para crear artificialmente demanda o para manipularla bajo elementos distintos al valor agregado, calidad, eficiencia, costo, modalidad, naturaleza, uso, canales de distribución y oportunidad de los bienes y servicios que promueve.

En el caso de los servicios que implican un delicado intercambio de información encontramos que, la misma *Competition Act*, se reserva el derecho de controvertir dichos intercambios cuando los mismos no encuadran dentro de los permitidos expresamente por dicha Ley, aportando un elemento de seguridad jurídica y orden al flujo de información dentro de un sector económico. El caso Estadounidense en este rubro es aún más firme, ya que, a ciertos intercambios de información se les considera como prácticas facilitadoras de la coordinación y aún cuando estas mismas no logren cristalizarse en una colusión, si pueden atacarse criminalmente bajo la figura de tentativa de conspiración, un ejemplo ilustrativo de la aplicación de la investigación antimonopolio sobre servicios, que implican el intercambio de servicios de información lo tenemos en el caso **D.C. Circuit in U.S. vs. Nynex Corp**<sup>12</sup>:

En este caso se acusó a Nynex de violar un acuerdo extrajudicial alcanzado en un juicio promovido por el Departamento de Justicia contra AT&T y sus operadores locales, entre ellos Nynex, en 1982, que prohibía a dichos operadores locales proveer servicios de intercambio de información sobre telefonía, la violación se configuró según el Departamento de Justicia en 1986, cuando Nynex adquirió una compañía que entonces, proveía un servicio de acceso remoto a bases de datos a clientes fuera de la región de aplicación del decreto, sin embargo, al darse la adquisición, la operación de la compañía adquirida, continuo proporcionando el servicio, el acceso a una base de datos remota, que proveía de información dentro del territorio de aplicación del decreto, aunque la prestación del servicio se dio fuera de la jurisdicción local (modalidad 3 ó c), el acceso a dichas bases de datos remotas se declaró contrario a la acuerdo extrajudicial, la sanción abarcó sanciones millonarias a nivel administrativo y sanciones criminales sobre los directivos de Nynex, que posteriormente fueron atenuadas.

En México, otro servicio que demuestra una gran concentración y falta de competitividad, es la coordinación de términos entre los exhibidores y distribuidores de películas de estreno, los cuales al tener poder oligopsónico en el mercado deciden y fijan a que precio pagan las regalías derivadas de la exhibición de dichas películas, pagándolas de manera prorrateada y a muy bajo precio.

Muy pocas veces en nuestro país, se repara en los detalles del servicio ofrecido para delimitar el servicio relevante, mucho menos en la asimetría de la información que hace

---

<sup>12</sup> **D.C. Circuit in U.S. vs. Nynex Corp.** [8 F.D.C.Circl. 52] (1993).

de dicho sector servicios un mercado mas cerrado o siquiera la cobertura del mismo servicio, la naturaleza y capacidades de los prestadores del mismo, etcétera, lo que nos lleva a determinaciones de mercado relevante erróneas. Como resultado, pocas prácticas anticompetitivas en el sector servicios son detectadas y sancionadas, en el caso de los servicios concesionados cuya conducta puede vigilarse estrechamente por el Estado, este pudiera servirse del marco jurídico de las concesiones y en caso de detectar conductas anticompetitivas como las dadas en el transporte, no limitarse a imponer multas, sino revocar concesiones bajo la premisa de que la conducta del concesionario ha violado una Ley Federal, en este caso la Ley Federal de Competencia Económica. De no coartarse el ejercicio oligopólico de poder de mercado de los concesionarios, estos incuban un gran poder político que después es usado contra el consumidor y el Estado, es entonces cuando la finalidad de la concesión se desvirtúa.

Otra práctica común en los servicios no profesionales, no concesionados, es la venta atada, el atar servicios principales con secundarios sin embargo, dichos casos requieren ser analizados uno por uno considerando la asimetría de la información involucrada en el consumo de cada servicio, el principal y el atado ya que, como en el caso mencionado de la anestesia, muchas veces cuando existe una grave asimetría de información, el permitir atar estos servicios redundante en la protección de un valor primordial par el consumidor como eficiencia, salud, seguridad, etcétera. Otras veces, la atadura es innecesaria, como ejemplo hemos ya mencionado el caos de los notarios públicos y los corredores, en los cuales se determinó indebidamente que no se estaba ante servicios sustitutos, ahondaremos ahora en el caso de un servicio de transporte, cuya determinación de mercado relevante debiera haber sido más sencilla, al versar sobre un servicio ligado a la delimitación territorial que tiene autorizada y no requerir calidades específicas de formación especializada en el prestador del servicio.

En un caso sobre discriminación de trato, resuelto por el Pleno de la Comisión, donde se ordeno suspender a la Administración del Aeropuerto Internacional de Cancún Quintana Roo<sup>13</sup>, la práctica consistente en asignar espacios distintos a los servicios de pasajeros concesionados dentro del aeropuerto y los servicios de transporte de turistas precontratados, se llegó a una determinación correcta pero se definió indebidamente el mercado relevante, se llega a una determinación correcta ya que, la discriminación de trato en cuanto a acceso a zonas para recoger pasajeros y las tarifas cobradas para el acceso del aeropuerto, efectivamente son discriminatorias, comparadas con las cobradas al servicio de transporte concesionado, lo cual le da una ventaja artificial a dicho servicio haciéndolo más barato, eficaz y oportuno, sin embargo, considero indebidamente que se trataba de servicios sustitutos, cuando esto no es del todo cierto, mientras el transporte de turistas es solo accesorio de una obligación principal, como es la prestación de un paquete turístico, los taxis concesionados tienen como actividad principal el solo transporte del pasajero, razón por la cual no son directamente competidores en precio, alcance, cobertura

<sup>13</sup> Presunta Comisión de práctica monopólica relativa consistente en la discriminación de trato a los prestadores del servicio de autotransporte de pasajeros, por parte de la Adminsitración del Aeropuerto Internacional de Cancún Quintana Roo. Expedientes DE-11-97 Y RA-32-98.

y naturaleza.

En conclusión, las penas dictadas por prácticas anticompetitivas en el sector servicios en los tres países son casi las mismas que en el sector bienes, en el caso mexicano ante una incipiente cultura de la competencia, poca coordinación para la investigación de prácticas anticompetitivas y poco desarrollo judicial de la materia, la sanción en el sector servicios se vuelve aún más complicada al no tener parámetros diseñados para la evaluación de la competitividad de la mayoría de los servicios. Se carece de reglas que sancionen con especial rigor la comisión de prácticas anticompetitivas sobre servicios concesionados, de primera necesidad y profesionales, los cuales requieren de una conducta ética y competitiva para derivar resultados sociales satisfactorios.

En esta misma tesis, se propone insertar en la Legislación de Competencia Federal la posibilidad para la Comisión, de iniciar ante las autoridades correspondientes, o ante el regulador sectorial, procedimientos para la cancelación de la patente o concesión, para aquellas empresas que presten servicios concesionados mostrando conducta anticompetitiva y reincidan en su Comisión, así como aquellas que usen los derechos de autor y su litigio como barrera a la competencia más allá de la protección esbozada por estas leyes.



## CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A lo largo de la presente tesis, hemos pretendido mostrar un panorama del derecho antimonopolio en la Región de América del Norte, atendiendo al hecho de que, varios conceptos principales de esta rama del derecho tienen origen en Estados Unidos, que el Canadá aporta una visión mucho más detallada sobre su aplicación. Considerando el hecho de que, el intercambio comercial de México se ve constantemente influenciado y determinado por su íntima relación con el mercado estadounidense.

En este orden de ideas, desde el capítulo I de esta tesis, que versó sobre antecedentes históricos, pudimos ver la evolución en diferentes direcciones teóricas, del pensamiento económico y el papel de la competencia en los mercados de los tres países.

Estados Unidos siendo el país con mayor tradición histórico operativa en la materia en la región, mostró un desarrollo paulatino, las corrientes se iban adoptando de acuerdo al crecimiento, tamaño y necesidades de la economía estadounidense, redundando en una planeación de mercado realizada a medida de los agentes económicos que contemía en sus fronteras, partiendo de una base inicial que les permitiese participar a todos en la economía nacional; manteniendo primero, un mercado atomizado que repartiera rebanadas regulares de mercado, a partir de las cuales, desarrollar una infraestructura mayor para sus nacionales y limitar las disparidades en dotaciones iniciales de desarrollo entre industrias, provincias y poblaciones. El gobierno estadounidense, hasta principios de este milenio, siempre estuvo presente en el diseño de mercados, en la regulación de la conducta de los particulares en el mercado, cuando el sistema propició fallas en la distribución y derrama de recursos durante el 29 re orientó la economía y la reorganizó de fondo a través de las legislaciones del *New Deal*, después de las guerras mundiales, logró acuerdos internacionales que, le permitieron ser el parámetro universal de la velocidad e intercambiabilidad de la economía, le permitieron asentar los principios que se consideraban más convenientes para que sus agentes económicos nacionales rigieran la liquidez, la derrama económica y los patrones de intercambiabilidad y producción de los recursos, a través de los acuerdos de *Bretton Woods* y generar entonces, excedentes de producción nacionales que tenían que ser distribuidos fuera de sus fronteras, y asignando la sobrecapacidad de producción de sus empresas entre los países cuyos marcos jurídicos de adaptaran de conformidad a los intereses de los agentes económicos norteamericanos que en ese entonces estaban ya instalados en el *think big*. Se privilegió la desregulación de mercados, el derribe de barreras y regulaciones contra la guerra de precios sin final, se privilegió la coordinación de los esfuerzos de compra de materias primas, ventas y distribución que asegurarán a las mega corporaciones norteamericanas la salida de sus excedentes de producción en las mejores condiciones.

Como podemos observar, las épocas de crisis en los mercados americanos, han sido precedidas de grandes concentraciones de poder económico entre los participantes y de la poca vigilancia del Estado. Desde el comportamiento de la otrora U.S. Steel y su inminente fracaso, hasta hoy el mercado hipotecario, financiero, de capitales y de ahorros,

se pasó del análisis económico del derecho y su alienación del concepto interés público; hasta el extremo de hoy en día de cuantificar el costo del derecho, deponer en monetario el costo de la convivencia social y propiciar que cuestiones de orden público como los contratos de exclusividad y su efecto restrictivo en el comercio, sean revisables únicamente por las obligaciones contractuales que contienen ante paneles de arbitraje, perdiendo de vista las implicaciones que dichos contratos tienen en la interacción y la riqueza social.

La concentración de poder económico, que ha provocado daños en el mercado estadounidense siempre se ha tipificado por su carácter dual, el poder monopsónico; tanto aquel ejercido a principios del siglo pasado por la Aluminum Co, o la American Sugar Refining, hasta el ejercido por Nestlé o ADM hoy. Este monopsonio, siempre ha estado presente en la economía americana, como medida latente para cerrar el mercado a la competencia. Por otro lado, el poder monopólico es solo la faceta final, no siempre evidente o típicamente detectable, que al final erosiona el poder adquisitivo de la sociedad.

Como se estudió a lo largo de la presente tesis, Estados Unidos en esta materia hace uso del ejercicio de jurisdicción preventiva incluso a través de herramientas ortodoxas, como, el proporcionar ayuda técnica para el desarrollo de legislaciones de competencia, como una herramienta de jurisdicción preventiva, para asegurarse de que, las inversiones norteamericanas que salían de su territorio, recibirían un trato favorecedor a sus estructuras industriales aún en el extranjero, ya que, parte de la protección de las leyes americanas las acompañaría, en la forma de desregulación o de nuevos esquemas legislativos de competencia a adoptar. Condicionaron en un principio de manera inteligente, la salida de sus inversiones y firma de tratados comerciales, a la adopción de reglas de competencia compatibles con los parámetros estadounidenses. Sin embargo, la crisis que atravesamos hoy, nos hace ver que, el relajamiento de las disposiciones de competencia como medida mágica para la eficiencia transaccional, la desregulación total, el presumir a ultranza que el mercado se corregiría solo sin intervención del Estado y el permitir pasivamente que la teoría de la destrucción creativa diseñara mercados sustituyendo al Estado sin atender a objetivos socialmente deseables, la inactividad de las agencias encargadas de la revisión de la conducta competitiva y corporativa, han supuesto un retroceso, demostrando que menor regulación no equivale ni a mayor eficiencia ni a mayor bienestar social, mucho menos a mayor crecimiento.

Son las mismas industrias, que motivaron la adopción de una *Sherman Act* y su mismo comportamiento desordenado y desprovisto de medidas, las que han sumido al mundo financiero en la presente crisis de liquidez y valuación, ya en 1906 se denotaba preocupación por el poder adquirido por las aseguradoras sobre la vida de los americanos y sobre la liquidez del país controlada por estos entes a través de las pensiones; lo mismo aplicaba para los bancos. Hoy vemos quebrar, sin lugar a mayor asombro, a empresas del mismo sector cuya conducta ha carecido de toda ética, a las que se confiaba la liquidez, y los activos de naciones enteras, bajo el entendido de que, sus estructuras eran demasiado grandes, experimentadas y eficientes como para quebrar, quiebra producto de su conducta

corporativa carente de miramientos hacia el interés público que tras la liquidez de las naciones se respalda. Esta carencia de ética en el comportamiento corporativo es, únicamente sancionable a través de un derecho de la competencia claro, con objetivos sociales ulteriores y donde el Estado no puede mantenerse como ajeno al diseño de mercado. Se olvido con altos costos aquella consigna ya detallada por la Suprema Corte de ese mismo país, en el caso Munn vs. Illinois, en el cual, se consideraba al interés privado de generación de la riqueza como expresamente subordinado al interés público, el pronunciamiento de este caso expresamente manifestaba:

“Cuando el derecho a la propiedad tiene un uso, en el cual, la población tiene interés, dicho uso otorga un interés jurídico a dicho pueblo y el ejercicio de derechos sobre dicha propiedad, debe sujetarse al control público para el bien común, hasta el limite del interés público que entraña”<sup>1</sup>

Este criterio fue prácticamente sepultado y aplicado en sentido contrario, durante el auge chicagonita cuya resaca hoy vivimos, a grado tal que, asuntos de interés público hoy en día se plantean, sean resueltos por instancias privadas, como el arbitraje, limitando obtusamente su alcance a las obligaciones contractuales contraídas por los contratantes y perdiendo de vista otro de los pilares fundamentales del sistema jurídico estadounidense, la posibilidad de fundar responsabilidad extra aquilina y la importancia del pronunciamiento de las Cortes sobre asuntos privados que a la larga implican una pérdida de bienestar social, más allá de la pérdida o ganancia de los particulares que intervienen en una operación de negocios. Se dio en la práctica judicial una corriente de cuasi presunción *per se*, en contra de todo tipo de intervención gubernamental que, interviniese con el aprovechamiento de la propiedad privada, casi todo tipo de intervención estatal, fue mal vista por los factores económicos de nuestra época, salvo prueba en contrario, arrojando indebidamente la carga de la prueba de tal necesidad en cada caso al Estado.

Este grado de pasividad del Estado, atenta contra su misma génesis y nos plantea hoy un nuevo reto consistente en conciliar la generación de riqueza y la libertad requerida para ello, con los resultados económicos deseables para toda una población.

En el caso de Canadá, vemos como su regionalismo económico, ha obligado a un análisis profundo y cauteloso de las teorías económicas vigentes en el mundo, y le ha impedido adoptarlas a ultranza, sin embargo, esta misma necesidad de atender al regionalismo ha hecho a dicha nación voltear hacia adentro, diseñar objetivos derivables de la competencia económica y subordinar las teorías econométricas a dichos objetivos, a vislumbrar a la eficiencia económica como algo dinámico, subordinado al interés público. Para trazar y delimitar dicho interés público, concibe como necesario, a lo largo de su ajetreada historia económica como Federación, el diseño de mercados en aras de controlar las discontinuidades económicas producto una la economía más o menos diversificada de cada una de sus provincias, discontinuidades que, de no ser debidamente atendidas,

---

<sup>1</sup> Juez Morrison Remick caso Munn versus Illinois, *vid supra*, n2.

crearían un Canadá de primera para algunos y de segunda para otros, convirtiéndose en un factor que atentaría contra la estabilidad de la Federación.

Canadá al igual que las teorías de Stiglitz, consideran a la eficiencia distributiva como un objetivo socialmente derivable de la herramienta competencia económica, y una falla en este tipo de eficiencia es vista como una razón suficiente para que el Estado intervenga en el mercado.

En el caso mexicano, vemos que, desde el inicio de la historia económica de la nación independiente, han existido discontinuidades de desarrollo agravadas por concentración de mercado, discontinuidades que, se perpetúan ante un marco legal de derecho de la competencia económica incompleto, confuso y carente de estructura. Desde un principio, las concepciones fueron equivocadas, al confundir la herramienta competencia económica con un fin en si mismo, al no atender a un eje que, permitiera el fomento de una estructura industrial propicia a desarrollar el binomio **precio- ingresos- beneficios**. Atendiendo al modelo de *Bertrand*, mencionado en la presente tesis <sup>2</sup>, a México le faltó una etapa de incubación para la estructura industrial, una época de pensar en la pequeña y mediana industria, durante la época del proteccionismo no se incubaron industrias productivas sino que, se favoreció el acaparamiento de poder económico y el estancamiento, mientras que, en el nuevo liberalismo se favorece la depredación de las pocas e incipientes pequeñas y medianas industrias, al hacer justificable toda conducta que redunde en precios bajos, aunque sean temporales o inviables, asegurando un nicho para las empresas que entraron a nuestro mercado con grandes estructuras, las cuales, al ver que no hay posibilidades próximas de surgimiento de *Mavericks* o PYMES significativas, no se sienten en la necesidad de actuar competitivamente y, acumulan rentas neoricardianas aunadas con un gran poder político, que hoy supera en muchos puntos al poder del Estado.

México al ser incapaz de diferenciar entre competencia la económica como herramienta y los objetivos deseables de la misma, al limitarse a seguir tendencias radicales de teoría económica y no adaptar los conceptos económicos a la infraestructura del mercado mexicano, ha perpetuado su insipiente en cuanto a competitividad económica, ha legitimado métodos poco claros de acumulación y ejercicio de poder económico y, con ello ha perpetrado las discontinuidades de desarrollo, presentes en las diferentes regiones del territorio nacional, provocando un fallo grave, ante el cual no se han tomado las medidas necesarias en cuanto a la distribución de la riqueza.

Respecto del derecho estadounidense encontramos que podíamos resumir su sistema, de la siguiente manera:

- Se trata de un sistema con mecanismos de reparación directa para los consumidores afectados en primera línea.
- Presenta, un sistema de persecución dual de las conductas al permitir tanto la acción

---

<sup>2</sup> Modelo abarcado en el capítulo II de la presente tesis

estatal como la privada en la acción antimonopolio.

- El sistema de adjudicación de responsabilidades se basa en la responsabilidad aquilina o extra-contractual.
- El derecho positivo se va conformando e interpretando a través del precedente judicial.
- Utiliza las sanciones administrativas, como medidas preventivas, siendo las sanciones civiles y penales las encargadas de castigar una violación ya configurada a la Ley.
- Hace uso de la jurisdicción preventiva.
- El ejercicio de la acción de competencia y el desarrollo de sus Lineamientos se realiza a través de un enfoque preventivo.

En Estados Unidos, nació la confusión de considerar a la competencia como objetivo de la competencia en sí, evaluada simplemente en eficiencias económicas, y calificando como únicos daños materializables y perseguibles bajo el derecho antimonopolio, el alza de precios y la restricción de producción, esto era previsible, ya que, esas dos conductas, son las únicas capaces de impactar las mega corporaciones, nueva estructura de las empresas americanas. El producir menos, redundaba en menos exportaciones y el alza de precios en inflación al consumo, sin embargo, desde un principio esta visión totalitaria de la eficiencia productivo-asignativa, como único objetivo de la competencia desprovisto de interés público- social, fue objetado aunque sin éxito, por el Juez Wald en el caso **Rothery Storage & Van Co. Vs, Atlas Van Lines**<sup>3</sup>.

La opinión, aunque concurrente del Juez Wald, especifica que, no puede determinarse ausencia de poder de mercado basándose únicamente en los porcentajes de participación en el mismo de un agente económico y que, tampoco, puede considerarse a la sola eficiencia como única meta de toda la política antimonopolio nacional:

“De cualquier manera a mi parecer, la Suprema Corte no ha decidido aún casos revisados a la luz de la regla de la razón ateniéndose únicamente en las participaciones de mercado. Por el contrario, ha considerado la totalidad de las circunstancias que rodean una restricción comercial, para determinar si la misma, constituye en el balance una restricción irracional al comercio.

---

<sup>3</sup> **Rothery Storage & Van Co, vs. Atlas Van Lines**, [792, F.2d. 210], (1986), United States Court of Appeals for the District of Columbia.

Hasta que la Suprema Corte, indique que, el único objetivo del derecho antimonopolio es promover la eficiencia, a título personal considero más prudente proceder con una regla de la razón pragmática y no tan aritmética, qué, el adoptar una prueba de poder de mercado tomando como filtro exclusivo la posesión de porcentajes de mercado significativas. Bajo cualquier análisis, el poder de mercado es una consideración importante, sin embargo no podemos declarar que sea la única medida determinante.”<sup>4</sup>

Esta opinión, refleja apego a la lógica más que a parámetros aritméticos subjetivos y demuestra que, aún a principios de los ochentas había jueces en desacuerdo de considerar a la competencia como objetivo de la competencia en sí y a la suma de participación en el mercado como única expresión del poder de un agente económico sobre el mismo.

En la parte final del capítulo I, al realizar un análisis comparativo entre las prácticas desleales de comercio exterior y las prácticas anticompetitivas, denotamos que, mientras el *dumping* y su sanción constituyen una medida de protección contra el elemento precio en numerario bajo, y entraña en su *rationale* la premisa lógica de que no todo precio bajo conseguido es justificable, sin analizar la legalidad de los medios, encontramos que, en una evidente discrepancia, se cuestiona la viabilidad de las conductas en materia de competencia económica que, cuestionan la legalidad de los métodos con los que se obtienen y mantienen condiciones de venta excesivamente bajas y baratas con la intencionalidad de depredar a los competidores presentes dentro de las fronteras nacionales, así mientras existe un acuerdo entre las naciones para determinar que el *dumping* distorsiona las condiciones de mercado, se niegan los efectos anticompetitivos y devastadores al desarrollo que las guerras de precios bajos pueden tener en las economías nacionales.

Desde el punto de vista teórico, consideramos que el *dumping* y la regulación de conductas depredatorias tienen la misma génesis, sin embargo concluimos que, no es conveniente en el sistema mexicano el integrar las figuras, es decir, el incorporar en la hipótesis normativa del *dumping*, los precios depredatorios, ya que, el mismo *dumping* esta creado sobre parámetros para evaluar los precios a los que, se exportan los productos , sujetando la sanción y evaluación, mediante el acuerdo *antidumping*, al factor precio en numerario y excluyendo de cualquier sanción posible a otras condiciones de venta depredatorias que pueden versar sobre elementos distintos del precio, tales como formas y épocas de pago, ofertad depredatorias, etcétera. México esta constreñido por acuerdo internacional, a sancionar el *dumping*, solo cuando se cumplan las condiciones del *Acuerdo Antidumping* y, tomando como remedio las medidas reconocidas por dicho acuerdo<sup>5</sup>, en el estricto sentido de estos compromisos, no se podría castigar como

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> Véase el criterio adoptado a este respecto por la OMC al analizar las enmiendas que introduzcan un sistema de compensaciones que iba más allá de lo previsto por el *Acuerdo Antidumping*, mediante reformas a la Ley

*dumping*, una depredación de precios que no se de cómo resultado de una importación y no podrían adoptarse medidas ajenas a la imposición de cuotas compensatorias para dicha sanción, coartando aún más el rango de acción disponible para sancionar conductas depredatorias, dadas en el mercado local, y fomentando aún más, la inactividad de las autoridades de competencia para perseguir este tipo de prácticas, cuando la depredación se de a través de mecanismos diferentes a los costos de producción, al costo promedio variable, o se estructurara a condiciones distintas del precio que también distorsionan artificialmente la oferta.

Durante el capítulo II de la presente tesis, analizamos las discrepancias en cuanto a las formas de legislar en materia de competencia económica de las tres naciones en atención a varios factores tales como; las formas de calificar las conductas, por sus efectos, por el eslabón en que se encuentran los participantes en la conducta, por las características de cada conducta, por el daño a la competencia que entrañan, así como, la naturaleza de las sanciones aplicables a cada tipo de conducta, la forma en que ejercitan su jurisdicción y las herramientas de las que disponen para hacer valer el derecho de la competencia económica. Tales elementos fueron evaluados a la luz del esquema propuesto por Michael FOUCAULT, para analizar la efectividad de la actividad sancionadora del Estado en el derecho penal, nos permitimos esta licencia, toda vez que, el mismo derecho de la competencia económica comparte raíces importantes con el derecho criminal.

Reparamos en el grado de daño que puede abarcar una conducta anticompetitiva, bajo la legislación de cada uno de los países, el nivel de detalle de dichas legislaciones al definir debidamente y con claridad los elementos principales del derecho de la competencia económica, su efectividad al perseguir dichas prácticas y el papel de las localidades como coadyuvantes para la aplicación del derecho de la competencia económica en el sistema nacional. En el caso estadounidense y canadiense notamos la activa participación de los procuradores estatales en perseguir y ejercitar acciones legales contra, conductas de agentes económicos que impactaban el bienestar de la región, en el caso mexicano notamos la falta de participación de las autoridades locales en el derecho y la política de competencia, incluso hicimos notar la ignorancia de muchas de estas autoridades locales sobre el impacto de su conducta en detrimento de la competencia, e hicimos énfasis en la poca interrelación de la Comisión Federal de Competencia Económica con otras instituciones afines, como la Profeco y las procuradurías estatales.

Ahondamos también, en la diferencia que representa en cada jurisdicción y sus legislaciones, la experiencia de sus propias familias jurídicas, observamos que en el caso mexicano el haber adoptado una legislación con ignorancia, ideada para ser complementada por el desarrollo del criterio judicial y dejarle el desarrollo y aplicación de dichos criterios, a un ente administrativo, que no emite jurisprudencia, ha redundado en un atraso significativo del fondo teórico de la materia y en un derecho de la competencia económica incompleta o poco favorable a la realidad económica estructural del país,

susceptible de variar en tendencias por los pronunciamientos de un ente administrativo que carece de autonomía, y fácilmente sujetable a presiones políticas.

La carencia de conceptualización de figuras vitales de la materia y, su mal entendimiento, han impedido que, se alcance un estándar jurídico aceptable de precisión en las normas jurídicas, que rigen la competencia en los mercados. Desde la delimitación misma del alcance del derecho de la competencia que hoy nos rige, encontramos discrepancias entre la Ley Federal de Competencia Económica, la cual se limita a perseguir prácticas anticompetitivas, y lo dictado por el 28 Constitucional, el cual demanda la persecución de la mera existencia de monopolios en sí, como lo mencionamos anteriormente, para muchos teóricos esto equivale a tolerar monopolios y acumulaciones de poder sustancial de mercado latentes, mientras no configuren exactamente la Comisión de una conducta detallada con todos los elementos de antijuridicidad de las hipótesis esbozadas en los artículos 9 y 10 de la LFCE.

Ejemplo de estas concepciones legislativas equívocas, que desvirtúan la génesis de la materia, es el empleo del parámetro precio, se omite definir que se considera un precio competitivo; como se demostró a lo largo de la presente tesis un precio no competitivo no es necesariamente un precio monopólico, se trata de ese precio, por encima del costo marginal de producción que reporta una renta neo-ricardiana, el que puede mantenerse en una zona gris evitando romper el precio monopólico. Al respecto, en nuestro país no se han adoptado medidas para detectar precios en zonas grises. Otro problema que desvirtúa la aplicación de la legislación de competencia en relación con el concepto precio como es empleado en México, es que este aunque no se encuentra definido, en la práctica se considera únicamente su manifestación en numerario, no existe norma jurídica que obligue a la Comisión a valorar el precio como un elemento integral, compuesto de ,modalidades y facilidades de pago, condiciones de oferta etcétera, así las únicas prácticas que por tradición se persiguen en México como anticompetitivas, son aquellas que reflejan un alza en el costo en numerario de los productos, permitiéndose que se apliquen discriminaciones y boicots comerciales sobre elementos de la oferta que dañan la competencia pero que no se traducen *per se*, en numerario, tales como el financiamiento o los volúmenes de distribución, la adopción de condiciones de comercialización que limitan las opciones etcétera.

Lo mismo ocurre en nuestra legislación con los parámetros, poder sustancial de mercado que se confunde con el simple porcentaje de participación de mercado de los agentes involucrados y que se toma como un elemento *sine qua non*, para determinar si una conducta es ilegal o no, aún cuando no se hayan evaluado sus efectos. Otro concepto que ,carece de debida definición y resulta fundamental para evaluar el impacto de una práctica anticompetitiva relativa o una fusión es el de producto sustituto, en México solamente se atiende al parámetro, uso principal, precio y características finales, dejando de lado la importancia de otros elementos como presentación, canales de distribución etcétera, a lo largo del capítulo II de la presente tesis se propuso adoptar al menos el parámetro de la OMC esgrimido tanto el caso Corea impuestos a las bebidas alcohólicas y Chile Pisco para diferenciar a un producto directamente competidor de un sustituto imperfecto. Dicho



parámetro obligaría a la Comisión a determinar si un producto es directamente competidor o simplemente un sustituto al evaluar todos los usos finales del mismo, si el producto propuesto satisface todos los usos que dan los diversos universos de consumo para este producto, con la misma calidad, precio, se encuentra disponible en los mismos canales de distribución y el tiempo y gasto implicado en la sustitución del producto.

En cuanto a la certidumbre jurídica, sobre la sanción de conductas anticompetitivas en el mercado mexicano, encontramos graves fallas, empezando por la falta de herramientas de la Comisión, su falta de criterio, hasta errores perpetuados en las figuras de los acuerdos extrajudiciales que la misma permite y las inmunidades, las cuales a pesar de contener aceptaciones de culpabilidad, no sirven directamente para dar origen a acciones de daños y perjuicios, no contienen provisiones para proteger a la parte denunciante de que cese la conducta de manera oportuna cuando se termine la investigación a través de acuerdos extrajudiciales y por tanto fallan en restablecer el *status quo ante* de la violación, sellando la pérdida de bienestar para los afectados. Este tipo de acuerdos mal estructurados, permiten que, conductas anticompetitivas sigan derivando efectos por un tiempo, en lugar de exigir la cesación inmediata de las mismas, en México el legislador al crear estos acuerdos omitió salvaguardar el ejercicio de la acción privada, el acuerdo en nuestro país no esta sujeto a revisión por parte de los tribunales por lo tanto su interpretación y legalidad no puede ser controvertida judicialmente, y su texto es propuesto y redactado por el supuesto infractor, llevando a campo de negociación a través de él, la obligatoriedad y el cumplimiento de las leyes.

Los términos en que la Ley mexicana expresa la reincidencia resultan en otro problema, ya que sujeta la sanción de la misma, a que se cometa la misma conducta en un término de cinco años por lo que, de cometerse una conducta distinta o dejando pasar esos cinco años, ya no se considera reincidente al infractor y, no aplicaría la agravación de la pena.

La mala configuración de estas figuras implica pérdida de fuerza en la normatividad mexicana, la cual no otorga una garantía de que una conducta ilegal será sancionada, erosionando la regla de la certidumbre absoluta, al poder sujetarse al beneficio irrestricto, de un acuerdo extrajudicial en el que el infractor decidirá en que plazo terminará la conducta y pagara un multa simbólica, sin evaluar la magnitud del daño o el tiempo que la conducta estuvo vigente, en virtud de lo cual se incumple también con la regla de la cantidad mínimas, sin siquiera analizar si el acuerdo judicial provoca que el perjuicio obtenido de la sanción de la conducta sea sustancialmente menor, a la ganancia administrada durante la restricción a la competencia. También se erosiona la regla de la certidumbre absoluta, al sujetar la reincidencia a la realización de la misma conducta con los mismos elementos, ya que, si se intenta restringir el mercado, utilizando otro tipo de restricción aunque la misma sea pura, pero siempre que no configure los mismos elementos conductuales, el agente económico asegura, al menos escapar de la sanción de reincidencia.

Es previsible por tanto que, la norma mexicana falle también en producir efectos laterales, en México a diferencia de Canadá y Estados Unidos no se tiene la conciencia de que las

restricciones puras al comercio son equiparables a conspiraciones para menoscabar el bienestar social y aumentar ilegalmente el patrimonio de un agente económico o al fraude cometido contra el Estado.

Debido a lo anterior en la presente tesis hemos pretendido realizar un análisis comparativo con el sistema jurídico de competencia de los Estados Unidos, del cual se tomaron a ultranza diversas figuras que definen nuestra nebulosa legislación de competencia y, hemos propuesto su análisis a la luz de un país con tintes necesariamente más regionalistas y más realistas como Canadá, el cual al igual que México presenta diferencias regionales tanto en actividad económica como en desarrollo que nos asemejan un poco, pero que en un estudio comparativo resultan sustanciales debido al camino, medularmente distinto aunque no contrastante, que tomó el derecho de la competencia canadiense, al ver la materia como una herramienta que busca mantener un equilibrio y no como un fin en sí misma que aumenta las discontinuidades de desarrollo entre, regiones, población y /o consumidores.

A través de dichos comparativos es que formulamos, las propuestas contenidas en el subinciso siguiente, que van desde proponer sanciones, tanto conductuales como económicas más firmes, hasta la revaloración de principios fundamentales bajo una óptica más rigurosa para lograr darles a las conductas anticompetitivas su verdadera dimensión en atención al impacto que tienen sobre la vida social y dar algunos parámetros que permitan ver en México tanto al derecho de la competencia económica como a la creación de una cultura económica, como una herramienta científica que permite maximizar el bienestar de sociedades con discontinuidades evidentes y no uniformes. Es también por ello que, el siguiente apartado busca proporcionar ideas para el uso de esta herramienta fijando su principal preocupación en el derecho de la competencia económica mexicana.

### **Propuestas.**

#### **-Propuestas derivadas del capítulo II:**

En dicho capítulo analizamos las legislaciones, tanto en su génesis como en sus objetivos y valores, reparando en la estructura de las mismas y partimos de los efectos que de ellas se busca derivar, utilizando para ello los principios que FOUCAULT proponía para evaluar la eficiencia en el ejercicio de la facultad de sancionar de los Estados, esquema que nos permitimos adaptar para la presente evaluación y, en función del cual sugerimos los siguientes puntos:

- Para afianzar la regla de los efectos laterales, proponemos dar mayor difusión a las sanciones dictadas por la Comisión contra ciertas empresas, para hacerlas del conocimiento de otros agentes económicos y de los consumidores, para ello pueden utilizarse los medios de difusión de Profeco, que poco a poco, han ganado familiaridad con el consumidor

- Para favorecer la procuración de justicia y afianzar la regla de la

certidumbre absoluta, proponemos fomentar mayor participación de los Estados tanto en los fondos recaudados directamente por las infracciones a la Legislación Federal de Competencia; como en la investigación de las conductas, capacitando a funcionarios para coadyuvar en dichas investigaciones como procuradores estatales, con la intención de que los mismos puedan investigar directamente acciones tanto por prácticas absolutas como relativas, cometidas dentro de su jurisdicción.

- Se reparó en la importancia de las acciones de clase, como elemento para reforzar la acción del Estado, en el derecho antimonopolio estadounidense y canadiense, y se reconoció que, si bien en México la PROFECO ha iniciado algunas acciones de competencia para protección al consumidor estas, han sido en casos extremos de fraude por parte de firmas decadentes, donde lo que ha sucedido ha sido más bien la acumulación de expedientes por parte de la PROFECO, que han tenido poco impacto en el ámbito de la competencia económica, resulta necesario reconocer al consumidor como un ente capaz de ser un pie de balanza en la competitividad de los mercados. A través de una debida organización de los consumidores y, de proporcionarles información debida, la acción de clase puede convertirse en una conjunción de esfuerzos que ayudaría a la detección de conductas anticompetitivas y al correcto dimensionamiento del impacto de la conducta en el mercado, así como a la creación de una cultura de competencia. La promoción de acciones de daños y perjuicios basada en una resolución que dimensiona debidamente el impacto entre varios actuantes, facilita la restitución del *status quo ante* y refuerza la regla de la certidumbre absoluta, la cantidad mínima, idealidad suficiente y la de los efectos laterales, al tener los perpetuados de prácticas anticompetitivas no solo la amenaza de ser detectados por la Comisión o un competidor, sino de ser demandados por los afectados por la práctica, los cuales además, pueden aportar pruebas y argumentos que la Comisión de primera mano desconociese. /

- Se recomienda una mayor cooperación entre la Comisión Federal de Competencia y las Procuradurías de Justicia tanto estatales como Federal, para la persecución de conductas anticompetitivas o monopólicas que versen sobre bienes y servicios de consumo necesario, esto en aras de perseguir de manera efectiva los fraudes perpetuados contra el Estado y las conspiraciones que dañan el bienestar social neto, produciendo además un mayor peso en la conciencia del infractor de conformidad con la regla de la cantidad mínima y la idealidad suficiente. Resulta necesaria una mayor cooperación con estas instituciones, para lograr una procuración de justicia integral en la materia y una difusión de sanciones ejemplares en materia de competencia económica que, tuvieron como efecto una pérdida de bienestar social relacionada con bienes y servicios de consumo necesario o concesionado.

- Resulta necesario para reforzar la génesis de la sanción de competencia el asociarla como una contra el patrimonio y el bienestar social, y partir de este parámetro para difundir una cultura de la competencia donde el ciudadano coadyuve a combatir estas conductas.

- Para reafirmar la regla de la cantidad mínima, es necesario desarrollar,

mayor efectividad en el cobro de sanciones en materia de competencia, participando directamente a los Estados de su recaudación.

- También en aras de reforzar la regla de la cantidad mínima y de los efectos laterales, proponemos la creación de una acción especializada de reparación de daños que nazca directamente, de la resolución que encuentra a un agente económico culpable de la Comisión de prácticas anticompetitivas ya sea a través de sentencia, acuerdos extrajudiciales o inmunidades, mediante la cual se restrinja la litis del juicio de adjudicación de daños a comprobar el impacto, naturaleza, alcance y actualización de los mismos y no permita realizar argumentos de defensa, contra la conducta de fondo cuya ilegalidad ya fue calificada y es la base de la acción.

A su vez, en el mismo capítulo mencionamos qué, la conceptualización estrecha, rígida y aún errónea de diversos conceptos fundamentales en la materia, ha provocado que diversas conductas auormales económicamente y lesivas al bienestar social muchas veces no sean siquiera sancionadas, para evitar esta falla en la procuración de justicia hemos propuesto los siguientes cambios:

- En aras de evitar que la determinación de poder sustancial de mercado y por ende la persecución de prácticas anticompetitivas se vea limitada por un parámetro porcentual que no necesariamente refleja el impacto en la competitividad del mercado de las prácticas restrictivas del comercio, concluimos qué, sería benéfico para México, adoptar un concepto de poder sustancial de mercado como el canadiense; dejando de considerarlo como la simple facultad de aumentar el precio por arriba de un hipotético 5%, sin provocar sustitución. A título personal nos parece más realista considerar el poder de mercado como; la capacidad que tiene determinado agente económico o un conjunto de estos, de distorsionar artificialmente el mercado con conducta económicamente anormal. Estados Unidos mismo, ya ha empezado a variar su concepción de poder sustancial de mercado, separándolo de la simple existencia de participación porcentual de mercado significativa, en el caso **Microsoft**, referido en los capítulos finales de esta tesis, se establece qué, la trasnacional ha establecido los precios de Windows sin considerar las reacciones de sus rivales, conducta que, se ha considerado como indicio suficiente para presumir la posesión de poder sustancial de mercado por parte de Microsoft.

- En este capítulo también, denotamos el uso limitado que da la Legislación de Competencia Mexicana, al paralelismo económico restringiéndolo a la identidad en precio numerario sin considerar que dicho paralelismo puede darse en todas las condiciones de venta que forman parte del concepto precio y limitando indebidamente su aplicación, para inferir únicamente, la configuración de fijaciones de precios. En atención a lo anterior, nos parece que sería mucho más acertado tratar la figura como paralelismo en condiciones de oferta y, tratarla por si misma, como una conducta anormal tendiente a facilitar la comisión de prácticas anticompetitivas, sin limitar su aplicación a la mera fijación de precios como lo hace el texto del artículo 9 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia

- Resulta necesario reformar el citado artículo 9 del Reglamento, para que, se considere como indicio o práctica facilitadora de la colusión, la coordinación de condiciones de venta, distintas al precio en numerario, los aumentos de precio. Por otra parte, la posibilidad de presumir la existencia de conductas anticompetitivas a través de indicios como conducta coordinada, económicamente anormal o que favorece la concentración no debe contenerse en el Reglamento, debe desarrollarse y detallarse a nivel Ley Federal, esto en aras de dar mayor seguridad jurídica tanto a la naturaleza de los preceptos como de los gobernados, por tanto al menos las conductas expresadas en el artículo 9 del Reglamento, deben ser replanteadas y expresadas en texto de la Ley Federal de Competencia Económica.

- Reconocemos la utilidad de manejar dentro del concepto competencia económica el concepto protección al consumidor, sin embargo se reconoce también que, ambas materias están dirigidas a objetivos distintos, sujetos distintos y tutelan principios jurídicos distintos. Por tanto, es necesario hacer que tanto la comisión como el legislador, dejen de utilizar al concepto consumidor y precio cuantitativo, como objetivo directo de la competencia económica y reconozca a estos como efectos indirectos en un mercado regulado y ordenado para la legislación de competencia económica.

- Necesitamos reorientar el parámetro eje de la regulación de competencia, y crear nuevos parámetros que propicien el abandono de la falacia en la que se basa la apreciación de pérdidas por conductas anticompetitivas, nacido de valorar de la misma manera y de darle el mismo peso a un peso de pérdida del consumidor, que un peso de ganancia del productor y que un peso de pérdida del Estado, debemos redimensionar estos conceptos y valorarlos en su debida dimensión e impacto, reconociendo que, el peso de ganancia/perdida del productor es de menor impacto en condiciones macroeconómicas estables, que el peso pérdida/ganancia de un consumidor asalariado es mayor cuando se analiza micro-económicamente, ya que, este se encuentra en un mercado donde el producto que vende, trabajo esta depreciado, por la abundancia de oferta.

- En aras de reafirmar las reglas mencionadas anteriormente, creemos que sería una opción viable para el mercado mexicano el sancionar las invitaciones a la colusión y la coordinación de condiciones de oferta o de patrones de demanda como conductas autónomas, en una especie de tentativa donde, sin importar si se llegaron a realizar o no, cuando esta falta de realización derive de factores externos a la voluntad de los actores, se sancione por el elemento intencionalidad, consistente en haber dirigido la voluntad de uno o más agentes económicos para la realización de una conducta ilegal. Esta especie de tentativa puede aplicarse cuando menos para las prácticas absolutas.

- La conducta económicamente anormal que pueda demostrarse fue realizada para facilitar colusiones o mantener coordinaciones tácitas aunque no culminase en estas por los meros actos autónomos encaminados a facilitar la colusión sería también, recomendable que se sancionara al menos como tentativa.

- Se requiere crear pronunciamientos específicos para los *joint ventures* o

co-inversiones en el mercado mexicano, al menos se requiere expresar en Ley la obligación de notificar para someter a escrutinio de la Comisión las co-inversiones para producción, desarrollo y compra que concerten agentes económicos, cuyos efectos se resientan en territorio o intereses nacionales.

- A lo largo del capítulo en cita, determinamos que, la existencia de asimetrías de la información contribuye a la concentración de poder económico y poca competitividad en bienes y servicios, para aminorar la incidencia de dicha asimetría se recomienda dictar reglas claras sobre la naturaleza, características, precio y modalidades de los servicios presentes en el mercado, reglas sobre la información mínima que, sobre cada servicio los agentes económicos, deben poner a disposición de los clientes. El cumplimiento de la difusión de estas reglas, puede rastrearse e implementarse auxiliándose la autoridad de competencia con las cámaras y asociaciones. En colaboración con las mismas pueden diseñarse mecanismos de revisión expedita especializados para cada sector, que permita evaluar la conducta de los agentes y las condiciones de oferta presentes, para así evaluar la intensidad de competencia presente en el sector. La legislación mexicana, repara poco en la calificación de los intercambios de información que, pueden darse entre agentes económicos y no cuenta con normas encaminadas a regular dichos intercambios y delinear para ellos zonas seguras de transmisión de información que no generan controversia dentro del derecho de la competencia económica, e información sensible que requiere del escrutinio de la Comisión.

### **-Propuestas derivadas del capítulo III:**

- Concluimos que, existe un error en la legislación mexicana, que no nos permite valorar las conductas por sus efectos, sino por el grado de participación de los infractores en la cadena productiva, sujetando la calificación de práctica monopólica absoluta a aquellas realizadas por más de una persona, mediante un acuerdo de voluntades de competidores directos. Esto es incorrecto ya que, provoca que toda conducta acordada entre no competidores, entre agentes participantes en eslabones diferentes de la cadena, acceda automáticamente a la calificación de práctica monopólica relativa, aunque produzca efectos absolutos y obliga a la Comisión a considerar eficiencias para estas, y a dictar penas más bajas, aunque como lo demostramos, es posible orquestar boicots y cierres absolutos de mercado ejerciendo presión económica hacia los abastecedores o distribuidores, para que discriminen, nieguen el trato, cierren el mercado o mantengan artificialmente los precios de un producto; conductas que, pueden ser orquestadas por el productor usando a los distribuidores o por distribuidores usando productores con gran presencia comercial, como sucedió en el caso Toy's respecto a la venta de juguetes en clubes de descuento.

- Necesitamos crear un concepto claro de agente económico independiente para así evaluar la conducta que racionalmente se esperaría del mismo.

- Resulta necesario que el regulador reconozca qué, la tendencia mexicana de tomar como objetivo de eficiencia transaccional, la simple desaparición de regulaciones,

ha fracasado, necesitamos reparar en el hecho de que menor regulación no implica un mercado más eficiente o con menor pérdida de bienestar neto, reconocer que el reto no es la cantidad de regulación, sino la efectividad en la aplicación de esta por el Estado.

- Fomentar el enfoque preventivo de la legislación de competencia económica mexicana, a través de extender la obligación de prenotificar, a los acuerdos y conductas que pudieran plantear una restricción significativa de la competencia.

- Es fundamental que la Comisión Federal de Competencia abandone la creencia totalitaria de que toda práctica anticompetitiva se refleja y delata a través de los precios altos a corto o mediano plazo, para el mercado mexicano sería conveniente recordar que “los precios razonables de hoy son los precios irracionales del mañana”, y no permitir defensas contra conductas anticompetitivas que intenten fijar la litis en la racionalidad de los precios cargados por entes con poder sustancial de mercado o conducta anticompetitiva. De hecho se recomienda que la Comisión considere las recientes decisiones de Cortes Estadounidenses, como la contenida en el caso **United States vs. Microsoft Corp.**, donde se determinó que un precio bajo mantenido a corto o mediano plazo, no precluye la existencia de poder de mercado ni legitima su uso impropio aunque, las conductas desplegadas no ajusten exactamente a las descritas en el régimen de competencia anterior a ellas.

- Reconfigurar el principio de reincidencia y no sujetarlo al periodo de cinco años o a que la repetición de una conducta ilegal tenga que darse a través de los mismos actos hechos o configurando el mismo tipo legal, sancionar como reincidencia la reiteración de conducta anticompetitiva encontrada ilegal no importando si la primera vez reconfiguró como práctica relativa y la segunda como absoluta o viceversa, siempre que ambas se hayan encontrado como ilegales por resolución que cause Estado.

- En atención a las diferentes conductas que aminoran la competitividad en el mercado mexicano, para la figura de coordinación de posturas en licitaciones; propusimos, un combate más activo a las coordinaciones de posturas en licitaciones de abasto. Proponemos también, establecer en la Ley Federal de Competencia, como sanción para aquellas empresas que, coordinen posturas en licitaciones programadas por instituciones de la administración pública, la prohibición de participar en nuevas licitaciones para abasto de dependencias pertenecientes a dicha administración, por un periodo de tiempo determinado, por ejemplo seis meses. Toda vez que, la Comisión de prácticas anticompetitivas en estas limitaciones impide al Estado acceder a bienes y servicios a precios competitivos y se equipara a un fraude contra la sociedad, a quien representa dicho Estado.

- Nos referimos también, a la necesidad de diferenciar entre contratos de exclusividad y acuerdos de no competencia, limitando la aplicación de este último término a aquellos contratos, a través de los cuales, se adquiere una negociación y como prestación accesoria, se pacta que, el vendedor no concurrirá al mercado por un tiempo determinado, en aras de no depreciar la negociación vendida. En este mismo orden de

ideas requerimos que dicha diferencia se exprese a nivel legislación y se sujete la existencia de contratos de no competencia, a ser notificados a la Comisión, a que se pacten por un tiempo razonable sobre el cual determinará la Comisión, considerando el nicho de mercado en el que se actúa, siempre que la obligación sea accesoria y resulta necesario limitar su aprobación a casos donde se vende toda la negociación.

- Partiendo de esta disertación, diferenciamos entre contratos de exclusividad de distribución y de abasto, proponemos que se ponga en tela de juicio y se investigue la racionalidad de dichos contratos, atendiendo al tipo de negocio sobre el que versan, por ejemplo en el caso de franquicias. El grado de exclusividad razonable a contratar a través de la franquicia, como obligación accesoria, dependerá del tipo de franquicia que se adquiere, será racional una exclusividad menor si se adquiere solo el derecho a distribuir en exclusiva un bien que si se adquiere todo un concepto de negocios, este tipo de hipótesis deben contenerse también en la Ley Federal de Competencia Económica.

- Proponemos un análisis más exhaustivo sobre los contratos, cuyo objeto principal es la exclusividad de abasto entre agentes económicos independientes, esto es, consideramos que, los contratos que obligan a un agente económico independiente a distribuir únicamente una marca de bienes, son los que debieran notificarse en todos los casos a la Comisión y analizarse con mayor cuidado, limitarse a un periodo de tiempo razonable y medir su impacto en la intensidad de competencia.

Se propone la creación de un tipo penal que castigue el *open pricing*, por si mismo, aunque sea como tentativa, considerando el *open pricing* como la exposición o anuncio de precios, simplemente con la intención de mandar avisos a los competidores para coordinar posturas.

- Considerando la proliferación de acuerdos de exclusividad, en el mercado mexicano que, se han traducido en el cierre de oportunidades, opciones y nichos de mercado, atrincherando y perpetuando poder sustancial, se sugiere imponer a las Cámaras la obligación de notificar los acuerdos de exclusividad pactados por sus agremiados a la Comisión, para que esta tenga oportunidad de estudiarlos.

- Se propone para controlar los efectos negativos de los acuerdos de exclusividad, el incluir un precepto en la Ley que obligue a empresas ubicadas en sectores altamente concentrados, como refresqueras, empresas de espectáculos, clubes deportivos, cinematográficas, productoras de dulces, empresas del sector telecomunicaciones etcétera, y empresas que detentan por si mismas ya un amplio poder de mercado y penetración en el mismo, o donde existen pocos competidores, a notificar a la Comisión de los acuerdos de exclusividad de trato convenidos con agentes independientes, para que la misma pueda aprobarlos o pronunciarse sobre su duración, alcance, validez, etcétera como se hace en Canadá. Para evitar que esto entorpezca la actividad económica, se puede sujetar el pronunciamiento de la Comisión a ser producido en determinado plazo y ante el silencio de la Comisión aplicar una afirmativa ficta.



- Propusimos también que, se considere como un agravante de la conducta y por tanto de la pena, que las empresas implicadas en una práctica anticompetitiva sean aquellas que gozan de una concesión ya que, la conducta de estas empresas causa mayores prejuicios al Estado y al bienestar social y muchas veces, se trata de empresas determinantes para la oferta de bienes y servicios inelásticos, necesarios o de difícil sustitución.

- Debe investigarse más sobre las conductas depredatorias y sus variantes, para sancionarlas oportunamente. Proponemos que se investigue la figura de la oferta depredatoria tanto en su variable directa como indirecta. Es decir, cuando nos encontramos ante ofertas que inflan los costos de los insumos elevando los costos de producción y adquisición de la competencia artificialmente. Como en el caso de ofertas presentadas por entes con poder monopsonico, que ejercen dicho poder para bajar los precios de las mercancías y servicios por debajo de costos marginales, en aras de disciplinar al proveedor de insumos o de controlar la producción y la conducta de este.

#### PROPUESTAS CAPÍTULO IV.

Respecto a la evaluación de eficiencias, comprendida en el capítulo IV de la presente tesis, concluimos que, en el caso mexicano, no se cuenta con un parámetro adecuado para la evaluación de su trascendencia y, se consideran como eficiencias firmes, defensas que redundan en contradicciones aún con los preceptos más positivistas tomados por la Comisión. México requiere reconsiderar la generación de eficiencia distributiva, el acortamiento de discontinuidades de desarrollo regionales, y la necesidad de planeación de mercados, como eje piramidal para la creación de la política de competencia. Concordamos con el enfoque de Stiglitz, al considerar a la eficiencia distributiva, como una motivación suficiente para diseñar mercados y objetivos deseables socialmente, a través del Estado, como razón suficiente para regular ciertas actividades económicas que entrañan gran importancia para la vida estatal, necesidades tales como, el manejo de efectivo y seguridades, más aún en economías con amplias discontinuidades de desarrollo entre sus regiones, como México y Canadá. Por tanto, proponemos una revaloración de la eficiencia distributiva, toda vez que, contrario a lo que se esperaba de la desregulación de mercados, no se trata de una eficiencia que se genere espontáneamente. Para ello proponemos:

- Variar tanto en México como en Estados Unidos, la percepción del concepto eficiencia, de una vertiente estática a una dinámica, concebirla como algo variable, no presupuesto y evaluable en razón de la ganancia materializable que representa para la sociedad en su conjunto, no como una mera especulación. Como se comentó en el capítulo correspondiente, al hablar del caso **Rothery**,<sup>6</sup> es indebido considerar a la eficiencia, como el único objetivo deseable del derecho antimonopolio, de hecho se requiere volver a valorar la pérdida en opciones que implica la desaparición de agentes

---

<sup>6</sup> **Rothery Storage & Van Co, vs. Atlas Van Lines**, [792, F.2d. 210], (1986), United States Court of Appeals for the District of Columbia.

económicos independientes o el cierre de mercados, a través de, conductas anticompetitivas incapaces de aportar avances en la evolución de los productos o servicios vendidos.

Debemos abstenernos de valorar a la eficiencia como algo estático, derivado del óptimo paretiano, que establece, una situación como óptima cuando se llegue al supuesto en que no pueda mejorarse el Estado de un participante sin deteriorar la situación de otro. Esta visión perpetúa la falacia de valorar igual un peso de ganancia del productor que un peso de pérdida del consumidor y de los mercados de factores, lo cual vimos no es necesariamente cierto. Además presupone que, al productor lo que le interesa es el precio de hoy, al determinar una situación como óptima con base en la incapacidad de mejorar la situación actual de un ente, sin perjudicar el hoy de otro. Esto no es necesariamente cierto, el precio de hoy puede ser racional, sin embargo al productor le interesa sentar las bases del establecimiento del precio del mañana. De seguirse considerando a la eficiencia como algo estático, valorable únicamente, en términos paretianos, se legitima al mercado como un mecanismo de discriminación en desarrollo, ya que, se permite que, este opere basado en diferencias de poder de compra de los individuos, propiciando la existencia de un consumo de primera y otro de segunda en base al poder de adquisición *per cápita* que, el Estado no puede nivelar con su acción so pena en términos del ortodoxo óptimo paretiano mencionado, de mejorar la situación de un ente (consumidor o competidor pequeño o mediano), dañando la situación óptima de otro, (productor).

- Concluimos que, resulta infundado, considerar como defensa válida para una conducta restrictiva de la competencia, el evitar el aprovechamiento por parte de terceros en bienes homogéneos, ya que, dicho aprovechamiento no demerita ni agrega valor o calidad a los bienes y servicios comercializados, tampoco funciona para bienes que carecen de problemas de asimetría de información, por tanto proponemos que no se considere a esta figura como una eficiencia suficiente para justificar prácticas relativas.

- Consideramos que, asegurar un margen de ganancia para un distribuidor, vendedor o relacionado en la venta de productos, tampoco es una eficiencia trascendental, aún considerando, el estándar de competencia que sirve como justificación a la teoría de la destrucción creativa, varias veces respaldada por la Comisión Federal de Competencia Económica, esto es, la tautología expresada como el hecho de que “el derecho de la competencia no fue ideado para proteger competidores, sino para proteger al proceso competitivo”. Por tanto proponemos que por si misma no sea considerada como defensa suficiente para prácticas anticompetitivas.

- Proponemos que, la Comisión expresamente considere, como inviable el utilizar como defensa ante una conducta anticompetitiva, la racionalidad temporal de precios y, para romper con la falacia de la inexistencia de motivación para depredar precios como conducta anticompetitiva, recomendamos retirar de la conducta precios depredatorios la carga arrojada al ente depredado de probar la posibilidad de recuperación de lo invertido por el depredador a través de precios altos. Atendiendo a que, probablemente el depredado no tiene acceso a las proyecciones de ganancias del depredador y al hecho de que, estas

conductas pueden realizarse a través del apalancamiento de mercados, sin que en el corto y mediano plazo el depredador recurra a un alza en el precio. El que no suba el precio de los bienes, una vez depredada la competencia, no quiere decir que no se actualicen efectos negativos o pérdida de intensidad en la competencia ya que, habrá que valorar el costo social de la pérdida de opciones y el daño que causa el tener en el mercado a un participante con fama de depredador voraz, ya que, esta fama desincentiva a nuevos entrantes, especialmente en mercados donde se dificulta el *hit and run*.

- A su vez proponemos que, para que se considere siquiera que, se está ante circunstancias de eficiencia, se verifique que, al menos concurren las siguientes circunstancias:

a) El bien o servicio se produzca o preste de la forma más eficiente en tiempo, forma, lugar y costo.

b) Los niveles de producción y, prestación del servicio y sus relacionados, sean óptimos desde el punto de vista social y de mercado.

c) Que la derrama económica derivada de la venta del bien, beneficie a un número significativo de eslabones participantes de la cadena productiva, provocando dinamismo en el flujo de liquidez, significándose en utilidades, y en una mayor eficiencia distributiva de las ganancias, que provocará mayor eficiencia tanto en el mercado del bien final, como en los mercados de los bienes relacionados y los mercados de factores

d) Que los bienes y servicios se asignen a aquellos consumidores que más los demanden, y que sean de una calidad mínima estándar de partida que garantice su óptimo aprovechamiento.

En este capítulo abundamos también en los acuerdos extrajudiciales y las inmunidades, sobre estas figuras nos permitimos proponer lo siguiente:

- Proponemos obligar en los acuerdos extrajudiciales, al cese inmediato de la conducta, como se hace con las inmunidades, evaluar el alcance del acuerdo en proporción al daño ya causado al mercado, el causable y el tiempo de duración de la conducta, dejando salvaguardados expresamente, los derechos de los particulares denunciados de establecer acción privada de daños y perjuicios con base en el acuerdo extrajudicial.

- Proponemos también, someter los acuerdos extrajudiciales alcanzados por la Comisión y los infractores, a la revisión de Tribunales para que estos se pronuncien sobre la legalidad de su contenido, dando vista en su caso, a los denunciados, quienes podrán comparecer ante dichos Tribunales para alegar lo que a su derecho corresponda respecto del acuerdo alcanzado, salvaguardando, la garantía de audiencia respecto a tales acuerdos, de los denunciados y terceros afectados por la conducta.

- De avalarse la legalidad del contenido de dichos acuerdos extrajudiciales, sería conveniente promover su homologación a sentencias judiciales, reforzando así su obligatoriedad, al sancionar su incumplimiento como un desacato judicial y contabilizar

dicho incumplimiento, de configurarse, como un elemento de reincidencia.

- Se requiere que, la Ley de Competencia Económica mexicana contenga más ordenes conductuales, que le permitan a la Comisión sondear el comportamiento de agentes que han suscrito acuerdos extrajudiciales, por un plazo determinado de tiempo; órdenes preprocesales que le permitan ordenar suspensiones de conducta en aras de conservar condiciones de competencia, aún existentes pero que, de pasar mayor tiempo a causa de practicas anticompetitivas, se perderían irremediamente, así como, sancionar penalmente el desacato órdenes o declaratorias, tendientes a equilibrar la existencia de poder dominante en un mercado, no basta con que se declare que existe poder sustancial de mercado de una empresa en un sector, se requiere que la Comisión tenga facultades para dictar directrices sobre las empresas implicadas y monitorearlas.

- Resulta necesario para fortalecer la figura de los acuerdos extrajudiciales e inmunidades que, el incumplimiento de los acuerdos suscritos o la repetición de conductas anticompetitivas, después de la consecución de un acuerdo o inmunidad, se castiguen dentro de la figura de reincidencia, esto para agravar la pena relacionada con el incumplimiento de dichos acuerdos e inmunidades, para que a los mismos, no se les considere como una carta en blanco para cometer conductas anticompetitivas reiteradamente, evitando penas y para fortalecer la regla de la cantidad mínima de la sanción.

- Se propone el desarrollo de programas atractivos, independientes a la inmunidad corporativa, que permita ofrecer algún tipo de beneficio a empleados no directivos de las empresas que aporten información para descubrir prácticas anticompetitivas.

Evidenciamos que, uno de los errores estructurales básicos del derecho de la competencia mexicano, radica en el hecho de haber adoptado una serie de preceptos contenidos en una Ley como la *Sherman Act*, redactada en vocablos generales, en aras de dar mayor amplitud a las Cortes al calificar las conductas y definirlas a lo largo del tiempo. El error en el caso mexicano, radicó en asignar la aplicación e interpretación de fondo de primera instancia de esta Ley, no a los Tribunales, sino a un ente administrativo incapaz de desarrollar criterio jurisprudencial. Como resultado, muchos elementos vitales en el derecho de la competencia mexicana, carecen de un significado y contenido claro y, no se ha desarrollado jurisprudencia que, permita manejar esta rama del derecho de conformidad a la realidad del mercado mexicano. Para solucionar esto, se ha sugerido judicializar la materia, ya sea, creando un Tribunal formalmente administrativo y materialmente judicial de primera instancia que, se pronuncie sobre la materia, o al menos, creando salas especializadas en amparo en materia de competencia económica<sup>7</sup>, esto, en aras de propiciar pronunciamientos judiciales que den forma jurídica y contenido técnico a muchos de los vocablos esenciales, contenidos en la Ley Federal de Competencia Económica. Es por ello que, se proponen los siguientes puntos:

---

<sup>7</sup> Esta última, es una opción que ha sido sugerida de manera reiterada por diversos jurisconsultos mexicanos.

- Resulta necesario separar las tareas de administración de justicia e investigación en la materia, para así propiciar que, sea la Comisión quien se enfoque, y concentre todos sus recursos en la investigación de las conductas y el sondeo de mercado, así como, el desarrollo de políticas de competencia, dejando la administración de justicia a otro tipo de organismos ya sea judiciales o formalmente administrativos pero materialmente jurisdiccionales.

- De aprobarse la judicialización de la materia, sería posible dar un siguiente paso, consistente en, blindar el fondo de las resoluciones de competencia, para que las mismas resultaren revisables únicamente ante las Cortes del Poder Judicial de la Federación, brindándoles mayor firmeza y celeridad.

- En caso de insistirse en mantener un modelo integrado, para la procuración de justicia en materia de competencia será necesario mantener la posibilidad de impugnar las resoluciones de la Comisión ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, atendiendo a la naturaleza de dichas resoluciones, sin embargo, resultaría recomendable, sujetar dicha impugnación al requisito de garantizar el interés fiscal, antes de recurrir dichas resoluciones o antes de conceder la suspensión provisional en juicio de amparo.

- A su vez, proponemos que, una vez separadas las facetas de investigación y procuración de justicia se dote a la Comisión, de mayores herramientas para allegarse de pruebas contra prácticas anticompetitivas, tales como la posibilidad de obtener órdenes de secuestro de archivos, cateos etcétera. Dichas órdenes solo pueden dictarse por un Juez, de conformidad con el artículo 16 Constitucional, para ello se recomienda independientemente de la judicialización de la materia que, al menos se dilucide un mecanismo expedito para que la Comisión pueda acudir ante un Juez Federal y solicitar dichas órdenes, especificando el tiempo de respuesta que tendrá dicho Juez para negarlas o aprobarlas, en el caso específico de asuntos de competencia económica.

Consideramos que, independientemente de la judicialización de las materias, los siguientes cambios menores son viables para mejorar la operación de la Comisión, que hoy sanciona las conductas anticompetitivas:

- De no ser posible la judicialización de la materia, de menos es necesario otorgar autonomía presupuestal y de representación a la Comisión como ente administrativo, esto, para transparentar su actuación. El mínimo esfuerzo necesario, en el derecho de la competencia mexicano, requiere la reconfiguración de la Comisión en si misma, al menos como organismo descentralizado de la Administración Pública Federal. Cuando menos se requiere, promover la rendición de cuentas de la Comisión ante el Legislativo para propiciar balance a través del control entre poderes.

- Proponemos promover la acumulación de expedientes, en materia de competencia económica, de los recurrentes ante las salas de amparo respectivas, para evitar decisiones contradictorias.

- Descentralización de la acción de competencia, otorgando mayor participación y acción a los particulares para llevar sus propias denuncias ante la Comisión, quien para desecharlas, tendría que ceñirse a una serie de causales específicamente redactadas y no genéricas como las hoy contenidas en la legislación de competencia.

- Permitir el amparo indirecto contra la determinación de no ejercicio de la acción por parte de la Comisión.

- Constreñir a la Comisión, a subsanar de oficio las denuncias que, contengan elementos suficientes para proceder pero que, sin embargo, el denunciante las hubiese encuadrado bajo denominaciones incorrectas, la conducta a investigar.

- Se propone establecer en Ley un precepto, que faculte expresamente, a la Comisión trascender las sanciones oponibles al agente económico y le permita, separar el velo corporativo que divide la personalidad del agente económico con la del sujeto tomador de decisiones, la teoría del velo corporativo no esta contemplada en la Legislación de competencia mexicana como herramienta a utilizar por la Comisión, y esta última hace uso discrecional de esta teoría, violentando la seguridad jurídica de los gobernados. Es por ello necesario que, estas teorías que permiten la permeabilidad de la jurisdicción sobre la ficción jurídica de la personalidad empresarial, sean detalladas y contenidas en la Ley Federal de Competencia Económica.

Respecto al uso de índices de medición de la competencia en los mercados sugerimos lo siguiente:

- Proponemos abandonar el empleo, como único parámetro, del índice elasticidad precio demanda, para medir la competitividad de precios y la sustituibilidad de un producto. Lo anterior ya que este índice por si solo, no nos indica la intensidad de la competencia en dicho mercado, e indebidamente presume la existencia *per se* de condiciones competitivas en un mercado, antes de la comisión de la práctica investigada, sin reparar en la posibilidad de que, dicho mercado pudiera llevar tiempo en condiciones anticompetitivas, manteniendo variables de oferta y demanda en zonas grises, tampoco nos permite dilucidar el impacto que, algunas barreras de mercado tienen sobre la elasticidad de sustitución. Así determinamos que, dicho índice varía y resulta más o menos confiable dependiendo:

- a) La cantidad de competidores presentes en un mercado relevante.
- b) La ausencia de barreras de mercado.
- c) El grado de necesidad de los bienes.
- d) Heterogeneidad u homogeneidad de producto. Este índice resulta confiable únicamente para bienes homogéneos ya que son más fácilmente sustituibles.
- e) La existencia de sustitutos perfectos y el grado de cobertura de necesidades de distintos consumidores satisfecho por dicha sustituibilidad.

- A lo largo de la presente tesis, hicimos la sugerencia concreta de implementar, un parámetro en Ley, para calificar a un producto como sustituto viable o al menos como directamente competidor, para llegar a dicha declaratoria propusimos, atender los siguientes criterios en su conjunto:

- a) Características físicas del producto. Incluyendo homogeneidad o heterogeneidad del mismos.
- b) Usos finales normales del mismo
- c) Canales de distribución
- d) Precio
- e) Patrones de consumo y tipos
- f) Tiempo de creación de tendencias
- g) Elasticidad precio demanda
- h) Costo de sustitución
- i) Tiempo de sustitución. Precizando un tiempo como razonable para que se efectúe dicha sustitución. Se propone un año para bienes homogéneos y dos para heterogéneos

El precisar, bajo que parámetros, se considera a un producto como sustituto viable o directamente competidor, beneficiaría el elemento precisión de la norma descrito en el capítulo II de la presente tesis, en beneficio del artículo 12 de la misma Ley Federal de Competencia Económica. Los criterios sugeridos, han probado ya, su utilidad para la determinación de productos directamente competidores, en foros internacionales, en los cuales también han demostrado su flexibilidad.

- Como mencionamos a profundidad, a lo largo de la presente tesis, no se ha realizado trabajo legislativo ni de investigación significativo en México, encaminado a detectar precios en zona gris, ha sido necesario que, las conductas anticompetitivas se traduzcan en precios monopólicos que causan un malestar social límite para que, la Comisión investigue los sectores productivos involucrados. Dicha investigación consiste únicamente en, aplicar el método elasticidad cruzada precio- demanda y ver si el precio al que se ofrecen los productos, ya rompió el límite de disposición de pago de los consumidores y esta provocando abstinencias o sustituciones imperfectas, para entonces ver, si los mismos son resultado de una acción antijurídica, fallando en desincentivar acciones incipientes de anticompetitividad. Proponemos que, los sectores que por naturaleza o históricamente han sido tendientes a la coordinación tácita o expresa, se sometan a un análisis de condiciones de oferta anual, por industria, en el que, no solo se les evalúe utilizando el método elasticidad precio demanda, sino además utilizando el índice Lerner, el cual permite evaluar y comparar el costo marginal de producción de los bienes y, el precio al que se ofertan los mismos. Este parámetro, aunado al comportamiento histórico de dichos precios, y el comportamiento de sus elementos componentes, distintos del numerario, pudiera ayudar a identificar áreas de coordinación, en las cuales centrar la actividad y los recursos de la Comisión Federal de Competencia.

Es esta imposibilidad de acción y de romper precios en zonas grises y condiciones monopólicas, la que ha incentivado y creado mercados negros, los cuales son producto de las fallas asignativas-distributivas del mercado, y de una mala política de competencia, esta falla se da cuando, entre otras cosas, no se repara para el diseño y regulación de mercados en el factor poder adquisitivo de la una población presente en una región

Por último como medidas generales complementarias proponemos las siguientes:

- Resulta necesario dictar disposiciones que permitan evaluar la independencia de una conducta, así como evaluar si nos encontramos ante firmas *Maverick* o firmas en decadencia, para esto necesitamos partir de la creación de una hipótesis normativa que nos explique que se considera un agente económico independiente, estas necesidades atienden a un criterio de seguridad jurídica en las resoluciones de la Comisión.

- Considerando la necesidad de configurar una hipótesis normativa suficiente, que permita identificar a las firmas en decadencia, cuyos activos estuvieren a punto de abandonar el mercado, propusimos la creación de este tipo, expresamente, en la legislación mexicana en atención a las siguientes variables:

- a. La defensa solo aplicaría cuando se demuestre que, se realizaron esfuerzos por encontrar un comprador no presente en el mercado o de buena fe, por evitar compras hostiles y se demuestre que, se buscaron medidas con efectos menos adversos al mercado.
- b. Se demuestre que, de no realizarse la fusión, los activos abandonarían el mercado.
- c. Se defina ampliamente que se considera una oferta de buena fe.
- d. No existan opciones menos anticompetitivas para evitar la salida de los activos de la firma.
- e. Se reúnan los elementos para declarar la firma como decadente o en quiebra.
- f. Se defina que se considera una firma débil o en posibilidad de decadencia, en relación con un periodo de tiempo claramente establecido.
- g. Se comprometa a la firma resultante de la fusión, a mantener los activos operando y en el mercado, por un periodo razonable de tiempo.
- h. Se analice el efecto de la adquisición, en los mercados relevantes, relacionados y de factores.

- Por último, queremos hacer énfasis en la necesidad primordial de desarrollar una cultura de la competencia económica en el ciudadano mexicano.

### **Propuestas derivadas del Capítulo V.**

Durante, el capítulo V de la presente tesis, evidenciamos el retraso en la zona norteamericana para establecer parámetros básicos de competencia, el uso histórico en las relaciones comerciales interregionales de competencia como barrera técnica para



desnivelar demanda de importaciones, y el uso de la jurisdicción, que se arrogan las legislaciones de competencia de los tres países en sus relaciones internacionales, encontrando que México, es el que reserva, para sí mismo una esfera de acción por jurisdicción más limitada, de manera indebida. A lo largo de este capítulo, reiteramos la necesidad de que, nuestro país atienda y ejercite jurisdicción sobre las conductas en atención a sus efectos y no a la realización material de las mismas en territorio nacional, por nacionales, o atendiendo meramente a la presencia comercial en México de los infractores. Se requiere que, se sancionen las conductas independientemente de la nacionalidad de los infractores o su lugar de realización, cuando tienen efectos sustanciales en el mercado mexicano, como es el influenciar los precios de las importaciones, reducirlas, influenciar los precios internos etcétera. En atención a este escenario hemos sugerido

- Reiniciar a nivel regional las negociaciones para establecer parámetros mínimos de competencia. sin importar el fracaso precio del Grupo de Competencia creado por el TLCAN, analizando las experiencias de dicho grupo para no repetir los errores, sin embargo una negociación para establecer parámetros *de minimis* para la persecución de prácticas que distorsionan la competencia ya sea a partir de conducta gubernamental o privada es necesaria.

- Establecer un criterio *de minimis*, para los subsidios a partir del cual, una vez rebasado serán analizables sus efectos competitivos en el mercado regional.

- Observamos que, México aprovecha poco la actividad jurisdiccional y la información poseída por sus socios comerciales. Mientras en Canadá, puede iniciarse una acción antimonopolio contra una empresa, cuya culpabilidad en la realización de actividades anticompetitivas se demostró ante una Corte estadounidense, sin necesidad de reabrir la litis sobre la ilegalidad de la conducta o su existencia, basando el juicio solo en el análisis del daño y ahorrando así tiempo y recursos a los afectados. En México, será necesario realizar acción independiente y volver a probar todos los extremos de la acción, alargando innecesariamente la sanción. Es necesario desarrollar mecanismos para propiciar la cooperación en el análisis de fondo de las conductas, por lo que se propone, otorgar acción directa para reparación de daños, a los particulares que hubiesen sido lesionados en sus intereses económicos, por una conducta que aunque orquestada y juzgada en el extranjero, tuvo efectos similares en el mercado mexicano.

En este capítulo también hicimos, evidentes los efectos de conducta monopsónica y oligopsónica coordinada, desplegada a través de diversas formas de organización industrial, ejercicio de poder oligopsómico que, ha propiciado ineficiencias asignativas de oportunidades, encarecimiento de productos y ha aumentado el poder político que dichos consumidores industriales detentan, en detrimento de aquellos con menor acceso a la riqueza, siendo utilizado dicho poder, como herramienta para el atrincheramiento de poder de mercado en la mayor parte de los casos. El oligopsonio como concluimos, es un problema actual ya que, a través de la concentración del poder de consumo, se han cambiado y redistribuido los patrones de asignación de los bienes y servicios, haciendo

más escasos y costosos dichos bienes y servicios en países con menor poder adquisitivo y perpetrando los atrasos en desarrollo económico de los pueblos, minando la fuerza del Estado, para la autodeterminación de sus mercados internos en si mismo. En aras de detener este daño proponemos:

- Abandonar, la negación a ultranza y tácita, de la existencia del poder monopsonico, derivada de la difusión extraterritorial de la postura estadounidense de planeación de mercados, donde no convenía sancionar la concentración de poder de mercado que detentaban muchas de sus firmas. Como producto de esta negación tácita del monopsonio de muchas legislaciones como la mexicana, la población sufrió los efectos dañinos al vender sus insumos a precios devaluados, esto producto de respaldar a ultranza la postura estadounidense, quien al ser un productor de productos terminados, no veía como conveniente que los países de los que adquiere insumos, investiguen la legalidad ni los efectos que el ejercicio del poder de consumo de sus corporaciones tenían sobre sus economías regionales. La investigación y sanción del uso coercitivo de dicho poder monopsonico, en países como México es vital para fomentar el desarrollo y la diversificación del mercado interno, por lo que concluimos que, resulta esencial crear tipos legales que permitan investigar el empleo del poder de consumo detentado por los agentes económicos y los efectos dañinos del ejercicio coercitivo de dicho consumo en el mercado mexicano. Lo anterior como una medida que permitirá revalorar nuestras materias primas, administrarlas sobre estándares reales, y frenaría el debilitamiento del Estado ante el poder económico-político que adquieren los consumidores oligopsonicos de las materias primas, producidas en el país o del factor trabajo.

- En contraposición a lo anterior creemos que, resulta necesario, adoptar una regulación debida y específicamente aplicable a las conductas que buscan manipular el mercado artificialmente desde la variable demanda.

- Promovemos que, se establezca en México la obligación de prenotificar a la Comisión las co inversiones para compras y adquisiciones que planeen los agentes económicos, independientemente de sí, a través de las mismas se pretende acumular, partes sociales o recursos de algún tipo, ya que se debe analizar, si estas representan una pérdida de independencia entre los agentes.

- Así mismo, se propone una mayor cooperación a nivel regional para la investigación de los efectos que las co inversiones para adquisiciones, propician tanto en los mercados regionales como, en cada uno de los mercados nacionales, empezando por investigar los efectos de co inversiones para compra como la de GRUMA y ADM.

### **-Propuestas derivadas del Capítulo VI:**

En el capítulo VI de la presente tesis, se hizo énfasis en los efectos de las conductas anticompetitivas en el sector servicios, así como en la falta de parámetros para medir la competitividad de este sector, el cual como establecimos se caracteriza por una gran asimetría de la información. A su vez, reparamos en la importancia histórica y actual del

sector servicios en la actividad de las tres naciones, recalcando la ironía que hoy se nos presenta sobre servicios de aseguramiento y financiamiento que tradicionalmente han sido oligopólicos en la región, y cuya coordinación ha significado pérdidas de bienestar social considerables, a la población de los diferentes países, y que hoy en día se han vuelto a coordinar y han vuelto a ser motivo de menoscabo en la calidad de vida de los americanos. Para regular la competencia del sector e incentivarla proponemos:

- Vigilar y regular la actividad de las Cámaras, en el sector servicios, que pueda redundar en una forma de facilitar acuerdos colusivos o conductas coordinadas entre los agremiados. Especialmente en el sector de prestación de servicios profesionales. Para evitar dicho uso indebido de la libertad de asociación, como medio para realizar conductas ilegales y provocar pérdidas de bienestar neto en la sociedad, se propone incluir el uso de las cámaras de profesionistas, el intercambio de información al interior de las mismas relativa a las condiciones de oferta, la adopción de códigos de ética que limiten la competencia, el boicot orquestado a través de estas, o el encubrimiento por parte de las mismas de conducta coordinada o económicamente anormal, como agravante de las conductas de competencia económica, agravante que aumente las multas a las que se harán acreedores tanto las cámaras como los participantes de las mismas.

- Como mencionamos anteriormente, muchas veces, las Cámaras y Gremios de profesionistas sirven como elementos que coordinan las condiciones de oferta de los servicios ya sea de manera directa o a través de Lineamientos y Códigos de ética, en atención a esta variable, proponemos facultar a la Comisión para realizar la revisión de dichos Códigos de ética y Lineamientos, planteando a su vez la obligación para estas asociaciones de notificarlos a la Comisión, dándole a este organismo un tiempo razonable, para pronunciarse sobre la compatibilidad de dichos códigos con la legislación de competencia, transcurrido tal tiempo sin pronunciamiento de la Comisión aplicaría la afirmativa ficta. Esta propuesta pudiera fortalecerse sí, a su vez, se fomentara la cooperación que pudiera ofrecer la Comisión a dichas asociaciones, para la creación de sus códigos de conducta y Lineamientos a seguir por sus agremiados, asegurándose a través de esta cooperación técnica de establecer los citados códigos en términos que no lesionen la competitividad en el servicio pero que a la vez establezcan medidas idóneas para derivar objetivos paralelos a la competencia económica también deseables como, la preservación de la calidad de los servicios, etcétera.

- A su vez, al evaluar la competitividad en un mercado de servicios, resulta necesario y proponemos que se establezca como obligación en Ley para la Comisión, que se atienda como parte de los elementos para determinar dicho mercado relevante, la modalidad en la prestación del servicio.

- Específicamente, hicimos énfasis sobre la carencia de una definición de servicio sustituto perfecto o directamente competidor, y nos atrevimos si no a dar una definición del mismo en sí, a identificar una serie de factores que debieran ser tomados en consideración para la comparación de servicios en aras de determinarlos como competidores o no. En este orden de ideas, para el caso de definir un servicio directamente

competidor, consideramos necesario reparar en; la rapidez para la prestación del servicio, el tiempo en el cual se satisfacen las necesidades para las que fue contratado, la accesibilidad del consumidor al servicio principal y al competidor de haberlo, la necesidad del servicio, su naturaleza, entendida como las características inherentes que definen al servicio en específico, precio, nivel de regionalismo, insumos o elementos que requieren utilizarse para su prestación, la calidad del mismo, oportunidad, grado de necesidad, asimetría de la información existente en el sector, modalidad de prestación, los usos a los que esta destinado y los canales de distribución a través de los cuales se comercializa normalmente.

El propósito de la presente tesis, en su conjunto, fue el de en dotar de una panorámica general que permitiera comprender el régimen de competencia económica en América del Norte y, a partir de dicha comprensión aportar recomendaciones prácticas generales, al derecho de la competencia mexicano, partiendo del estudio sobre el origen y particularidades de regímenes que, tienen una influencia directa e innegable en nuestra forma de legislar en materia de competencia económica.

Durante la investigación de la presente tesis, nos percatamos de la necesidad de establecer un dialogo constante y propositivo, cuyo origen ideal serian las Universidades, pasando por los círculos de profesionistas y la autoridad de competencia, encaminado a desarrollar y aportar teorías y conceptos que, una vez contrastados con la realidad del merado mexicano, permitan la evolución de los cimientos aún incipientes del derecho de la competencia económica y la cultura que, al rededor de la rama requerimos crear como sociedad, para esto es innegable la necesidad de fomentar la expansión de la faceta doctrinaria e investigadora de la materia, así como fomentar la publicidad y transparencia sobre las actuaciones de la Comisión.

## **FUENTES BIBLIOGRÁFICAS**

- 1.- ADAME Goddard. **El Joint Venture los negocios jurídicos relacionados**, México, Porrúa, 2007, p.42
- 2.- AGUILAR Álvarez de Alba, Javier. **La libre competencia en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**, México, Comisión Federal de Competencia, (s.a.),p. 7.
- 3.- AHIJADO, Manuel. **Diccionario de teoría económica**. Barcelona, Pirámide,1985, p. 63
- 4.- BORK, Robert. **The Antitrust Paradox**, 2da Ed., New York, The Free Press, 1978, p. 61.
- 5.- BROWNLIE Ian, **Principles of International Law.**, Washington D.C., Oxford University Press, 2004,( 7ª edición), p.121.
- 6.- BURGOA Orihuela, Ignacio, **Derecho Constitucional Mexicano**, Porrúa, México, 1976, p.406.
- 7.- CARVAJAL Contreras, Máximo. **Derecho Aduanero**. México, Porrúa, 2007 14a. Ed., pp. 509.
- 8.- CASTRO V. Juventino. **Lecciones de Garantías y amparo.**, México, Porrúa, 2004,13a ed., p.43
- 9.- Comisión Federal de Competencia. **Competencia económica en México**, México, Porrúa- Comisión Federal de Competencia, 2004, p. 109.
- 10.- DÁVALOS, Elisa. **Las relaciones económicas interprovinciales en Canadá**, México, UNAM- CISAN, 2005, p.45.
- 11.- DE PINA Vara, Rafael. **Diccionario de Derecho.**, 27a Ed., México, Porrúa, 1999, p.370.
- 12.-EDEN, Lorraine. **Multinationals in North America**, Calgary, The University of Calgary Press, 1995, p.489.
- 13.-FEINMAN M. Jay. **Introducción al derecho de Estados Unidos de América. Todo lo que debe saber acerca del sistema jurídico estadounidense.** [Trad. Mercado González Enrique Cruz], México, Oxford University Press, 2004, (s.p.i.),p.38
- 14.- FERNANDEZ De Castro, Rafael, VERA Campos Mónica y Weintraub Sidney. **TLC Los impactos laborales en sectores clave de las economías.** México, UNAM, 1993, p.117.

- 15.- FOUCAULT Michael. Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión, México, siglo veintiuno editores, 1998, 27a. Ed., p.98-107.
- 16.- GAVIL Andrew I, Kovacic y Baker. Antitrust Law in perspective, cases: concepts and problems in competition policy, Washington D.C., Thomson West, 2002,( s.p.i.), p. 52.
- 17.-GARVEY Gerald J y Garvey George E. Economic Law And Economic Growth. Antitrust, Regulation, and the American Growth System, Nueva York, Praeger, 1990, p.63
- 18.-GONZÁLEZ De Cossio, Francisco. Competencia Económica. Aspectos Jurídicos y Económicos. México, Porrúa, 2005, p.8.
- 19.- GRECO, Orlando. Diccionario de economía , 2a ed, Buenos Aires, Valleta Ediciones, (s.a.), p.301.
- 20.- GÚTIERREZ H. Teresa y, Vereá C., Mónica [coord.]. Canadá en Transición, México, UNAM, 1994 pp.344-345.
- 21.- HEATH Joseph, Potter Andrew. Rebelarse vende. El negocio de la contracultura, México, Editorial Taurus, 2005 página 253.
- 22.- HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice. 3era Ed. Estados Unidos, Thomson West, 2005, p. 75.
- 23.- LYNCH David., The concentration of economic power. Washington,3ª ed,1949 Columbia University Press New York p.120.
- 24.- MARTINEZ Cortina, Rafael [coord.]. Economía Planeta. Diccionario Enciclopédico Planeta, Barcelona, Planeta, 1980, pp. 508-512.
- 25.-MARTIN, Elizabeth [edit.], Oxford Dictionary of law,4a Ed., Oxford, Oxford University Press,1997, p.450.
- 26.-OCDE. Glosario de economía industrial y derecho de la competencia económica. Centro para la cooperación con las economías europeas en transición. Madrid, Mundi-Prensa,1995, p.11
- 27.- OVALLE Favela José. Derecho Procesal Civil, México, Oxford University Press, 2005, 7 edición p. 104.
- 28.- PALLARES, Jacinto. Derecho mercantil mexicano. Edición Facsimilar. México, UNAM, 1987, p. 81.

- 29.- PEREDO, Rivera Amílcar. Competencia Económica. Teoría y Práctica, México, Porrúa, 2004, p.91.
- 30.- PÉREZNIETO Castro, Leonel y, Guerrero Serreau, Renato Roberto. Derecho de la competencia económica. México, Oxford University Press, 2002, p. 65.
- 31.- RICE. Red Internacional de Competencia, informe comparativo, México, página 27.
- 32.- ROBINSON, Eag. Monopolio. 2a ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1942, pp. 279-296.
- 33.-SERRA Rojas, Andrés. Derecho administrativo. Primer curso, 27° ed., México, Porrúa, 2007, biblioteca jurídica, p. 669
- 34.- STIGLITZ Joseph E. Charlton Andrew. Comercio justo para todos, como el comercio puede promover el desarrollo, España, Taurus, 2007, P.36.
- 35.-WITKER, Jorge. Derecho de la competencia económica en el TLCAN., México, Porrúa- UNAM, 2003, p.35.
- 36.- WITKER, Jorge. Introducción al derecho económico., 4ª. Ed., México, Mc Graw Hill, 1999, p. 70.

## FUENTES HEMEROGRÁFICAS

- 1.- Diario de Debates, Cámara de Diputados, 14 de diciembre de 1992, año II número 19, p.2080
- 2.- KLEIN I. Joel, International Antitrust Enforcement. Department of Justice Washington DC Mayo de 199 public testimony of the Subcomitee on Antritrust, Business Rights and Cooperation, Comitee on the Judiciary United States Senate U.S. Department of Comerce ,390 bills, a digest in behalf of small business 1933-1942, p.1
- 3.- MULIDARAN, S. "Monopsony is as bad as monopoly." New York, ASAP, 2001, p. 1.
- 4.- MURIS Timothy J. The New Rule of Reason, Antitrust LawJournal. 859, 861. Número 57, (1989)
- 5.- POSNER, Richard A. Antitrust Law. An economic perspective, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1976. p3
- 6.- STRODES, James. Monopoly vs Monopsony. Washington, Business News publishing Co.,2001, p. 1.
- 7.- Tesis de jurisprudencia número 1a./J. 51/2003, publicada en el semanario judicial de la federación y su gaceta, en septiembre de 2003 página 186, dictada por la Primera Sala en la Novena Época cuyo rubro es "Multas fiscales, el artículo 77, fracción I, inciso c), del Código Fiscal de la Federación, al no fijar los márgenes mínimo y máximo en su determinación, viola el artículo 22 de la Constitución Federal (Legislación vigente hasta el 31 de diciembre de 2000)."



## FUENTES ELECTRÓNICAS.

1.- Anónimo. **Casa Saba y Nadro controlan el 85% del mercado de medicamentos,** [en línea]. México, Editorial Televisa, 22-Ene-2007, [20-08-08], Revista vértigo. Formato HTML.

Disponible en:

<http://www.archivoconfidencial.com.mx/?c=128&a=4448>.

2.- BETH Farmer Susan, **More Lessons from the Laboratories: Cy Pres Distributions in Parens Patriae Antitrust Actions Brought By State.** [en línea], Washington Estados Unidos, Attorneys General, 2008, [citado 02-05-2008], Fordham Law. Rev. Num 361, 391. Formato HTML.

Disponible en Internet:

[www.ftc.gov/bcp/workshops/classaction/writ\\_materials/hornby.pdf+parens+patriae+antitrust+actions&hl=en&ct=clnk&cd=5](http://www.ftc.gov/bcp/workshops/classaction/writ_materials/hornby.pdf+parens+patriae+antitrust+actions&hl=en&ct=clnk&cd=5)

3.- Bradley, James, **"Sugar".** [en línea], Nueva York, Sociedad Histórica de Nueva York, [fecha de publicación desconocida], [citado 15/08/07], formato Html. Disponible en internet:

<http://www.nyfoodmuseum.org/sugar.htm>

4- CASTRO Soto Gustavo. **El campo y el Tratado de libre comercio ¿Quién pierde y quién gana?**, [en línea], México, Directorio Ecológico y natural, 2004, [citado 20-06-2008], Formato Html.

Disponible en Internet:

<http://www.ecoportal.net/content/view/full/77126>

5.- CHANDLER, Harry , **"Beyond Merriment and Diversiture: The treatment of Conspiracies Under Canada's Competition Act"** [en línea], Toronto, Ontario, Competition Bureau, 25 /05/ 2000, 06/09/2005, [citado 20-08-2007], Roundtable on *Competition Act* Amendments Insight Conferences, Formato Html, disponible en internet:

<http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1197&lg=e>

6.- Canada Treaty Information Site. **Viena Convention on the Law of treaties.** [En línea], Viena, (2008) ,11/08/2008, [citado 02-11-2008], Formato HTML.

Disponible en Internet en:

[http://www.treaty-accord.gc.ca/Details.asp?Treaty\\_ID=104068](http://www.treaty-accord.gc.ca/Details.asp?Treaty_ID=104068)

7.-Conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Doctrina de Dr. Alfonso Miranda Londoño, publicada por el centro de derecho de la competencia de la Universidad Javeriana de Bogotá. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.monografias.com/trabajos14/derecho-competencia/derecho-competencia.sHtml>

8.- Conferencia de las Naciones Unidas, **Conjunto de principios y normas sobre competencia de las Naciones Unidas.**, [en línea], Ginebra, Naciones Unidas, 2000, 2ª revisión, [citado 18-10-2008], Revisiones UNCTAD, Formato PDF.

Disponible en Internet en:

<http://www.unctad.org/sp/docs/tdrbpconf10r2.sp.pdf>

9.- Consejo Económico de Canadá; **Informe provisional sobre la política de la competencia, Canadá.** [en línea], Canadá, Competition Bureau [31-08-2009]. Formato Html Disponible en Internet en:

<http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site>

10.- Comisión Federal de Competencia Económica **Solo autorizará la CFC concentración Televisa – Cablemás, una vez que otorgue televisa acceso a sus contenidos.** [En línea], México, Comisión Federal de Competencia Económica, 16/07/2008, [citado 08-08-2008], Comunicados, Formato Html.

Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3609&Itemid=363](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=3609&Itemid=363)

11.- Comisión Federal de Competencia Económica. **La CFC encuentra indicios de violaciones a la Ley por diversas empresas distribuidoras de Gas LP.** [En línea], Comisión Federal de Competencia Económica [citado 24-05-2008], comunicados de prensa., Formato Html. Disponible en internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=140&Itemid=363](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=140&Itemid=363)

12.-Comisión Federal de Comercio Justo de Corea. **Hacia el desarrollo de la política de competencia en Asia de cara al siglo XXI.**, [en línea], Seúl, Comisión Federal de Comercio Justo de Corea, 2001, [citado 20-10-2008], vigésimo Aniversario de la Comisión Federal de Comercio Justo de Corea. Formato Html.

Disponible en:

<http://ftc.go.kr/data/hwp/Negoro.doc>

13.-Comisión Federal de Competencia Económica. **Noticias CFC. Queda firme multa de CFC contra Coca Cola.** [en línea], Publicado el 27 de mayo de 2007, bajo el comunicado, 05-2007. Formato HTML, Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3340&Itemid=204](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=3340&Itemid=204)

14.-Competition Bureau **Competition policy in Canada past and future, background for Canadian Competition Policy. Preparing for the future.**, [en línea], Canadá, Competition Bureau ,2001,[31-08-2008], Competition Bureau Bulletin, Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/en/00443e.html>

15.- Competition Bureau. **“Predatory pricing enforcement guidelines 2007”.** Formato

Pdf.

Disponibles en Internet:

[http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cbbc.nsf/vwapj/Pred\\_price\\_e.pdf/\\$FILE/Pred\\_price\\_e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cbbc.nsf/vwapj/Pred_price_e.pdf/$FILE/Pred_price_e.pdf)

16.- Competition Bureau. **Information Bulletin on the Abuse of Dominance Provisions as Applied to the telecommunications industry**, [En línea] Canadá, Buró de la Competencia, 6 de Junio de 2008, Formato Html. Disponible en Internet:

<http://www.cb-bc.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02690.Html>

17.-**Constitución Política de la República Mexicana de 1857.** [En línea], versión pdf, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, "fecha de publicación desconocida", [citado 13/08/07], número 4888, formato PDF. Disponible en internet:

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>, ISSN 968-36-3754-4.

18.- Department of Justice of the United States. **Justice Department approves cost information exchanges among truckload motorcarriers.**, [en línea], Washington DC, United States Department of Justice, 2001,27/03/2001, [citado 3-09-2008], Antitrust Documents. Formato HTML,

Disponible en Internet:

[http://www.usdoj.gov/atr/public/press\\_releases/2001/7745.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/7745.htm)

19.- Escuela de Friburgo. [Enciclopedia en línea], S/L, Portal Británica Salvat, Gran Enciclopedia Salvat, 2008, 16/03/2008, [citado 17/03/2008], formato Html. Disponible en internet en:

<http://www.ebrisa.com/portalc/ShowArticle.do?articleId=144581>

20.-Facultad de Relaciones Industriales, Universidad de Guanajuato. **Participación de Tecno maíz en el mercado de alimentos.** [En línea], [citado 08-07-2008], Formato Html.

Disponible en Internet en:

<http://209.85.173.104/search?q=cache:Lg24W45zJ-wJ:www.friugto.org/fri/vciao/Mesa%252007/estrategias%2520de%2520grupos%2520economicos%2520en%2520la%2520industria%2520de%2520alimentos.doc+participaci%C3%B3n+de+tecno+ma%C3%ADz+en+el+mercado&hl=es&ct=clnk&cd=8&gl=mx>

21.- Federal Trade Comission. **Competition in the health care Marketplace.**[en línea], Washington D.C., FTC, septiembre 2008, 16/09/2008,[citado el 02-10-2008], Acciones formales por comisión, Formato HTML. Disponible en Internet:

<http://www.ftc.gov/bc/healthcare/antitrust/commissionactions.htm>

22.- GOMEZ Ricardo, Lombera Manuel. **FCH libera granos por crisis de alimentos.**, [en línea], México, El Universal, 26-08-2008, [18-08-2008], El Universal En línea, Formato Html. Disponible en internet:

<http://www.eluniversal.com.mx/primera/31055.Html>

23.- Granger Movement, [enciclopedia Columbia en línea], Columbia, Estados Unidos, Columbia University Press, 2005, 30/06/2005, 6ª edición, Formato HTML. Disponible en Internet: <http://factmonster.com/ce6/history/A0821549.Html>. ISBN 967-38-6534-9.

24.-GRUPO PRISA/TELEVISA Emilio Azcárraga y Jesús de Polanco firman una alianza estratégica para el desarrollo de la radio en México, [En línea], México, Televisa, “fecha de publicación desconocida”, [citado el 09-08-2008]. Formato Html. Disponible en Internet en:  
[http://www.esmas.com/televisa/images/upload/prisa-tv\\_conj\\_esp.pdf](http://www.esmas.com/televisa/images/upload/prisa-tv_conj_esp.pdf)

25.- HOWREY Simon Arnold, Trends on antitrust litigation the new breed of class action, [en línea], Estados Unidos, White LLP, 2005, [citado 02-08-2008] The Antitrust Review of the Americas, U.S. Private Enforcements, Formato Pdf. Disponible en Internet en:  
<http://www.howrey.com/docs/ARA2005USPrivate.pdf>

26.-HUERTA DE Soto Jesús, La teoría de la Eficiencia dinámica, [en línea], La Rioja, universidad de La Rioja, 2004, [citado 20-09-2008], Revista europea de economía política (Num.1), Formato pdf. Disponible en Internet:  
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1292130ISSN.1697-6797>

27.- IMD, World competitiveness yearbook 2007, [en línea], Suiza, World Competitiveness Center, 2007, [19-03-2008]. Formato PDF. Disponible en Internet:  
<http://www.imd.ch/research/publications/wcy/World-Competitiveness-Yearbook-2008-Results.cfm>

28.- Instituciones Económicas, La eficiencia de las instituciones, [En línea], Málaga, Universidad de Málaga, fecha de publicación desconocida, [citado 26/08/2007], Manual básico de economía EMV1, Formato HTML. Disponible en internet:  
<http://www.eumed.net/cusecon/1/insteficadap.htm>.

29.- JONES A. Clifford, Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA, [en línea], Estados Unidos, Universidad de Oklahoma y Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 2007, [citado 03-12-2007], Formato PDF. Disponible en Internet:  
[http://links.jstor.org/sici?sici=0026-7961\(200011\)63:6%3C933:PEOALI%3E2.0.CO;2-6](http://links.jstor.org/sici?sici=0026-7961(200011)63:6%3C933:PEOALI%3E2.0.CO;2-6)

30.-KENT David, Low Martin, Private Antitrust Litigation in Canada p.2 [en línea], Ontario, Canadá, The Antitrust Review or the Americas 2007, 2007, [citado 12-12-2007], Formato PDF. Disponible en internet:  
[http://www.mcmillan.ca/Upload/Publication/DKent\\_DMLow\\_PrivateAntitrustLitigationInCanada\\_GCR\\_2007.pdf](http://www.mcmillan.ca/Upload/Publication/DKent_DMLow_PrivateAntitrustLitigationInCanada_GCR_2007.pdf)

- 31.-KONKOLI, Tony. "**Supreme Court history, law, power and personality, famous dissents, Charles River Bridge vs. Warren Bridge 1837**".[en línea], Nueva York, Thirteen /WNET, 2007,[citado 03-08-2007], The Supreme Court, Formato HTML. Disponible en:  
[http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/personality/landmark\\_charles.Html](http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/personality/landmark_charles.Html)
- 32.- LERNER, Arthur N. **Bill to repeal the McCarran-Ferguson Act** [en línea], Washington, Crowell Moring,(01-03-2007), [citado el 02-11-2008], publicaciones. Formato Html. Disponible en Internet en:  
<http://www.crowell.com/NewsEvents/Newsletter.aspx?id=306>
- 33.- LINK Albert N. **Research Joint Ventures in the United States**.[en línea], Washington D.C., Department of Economics University of Carolina, 2005, 12/12/2005, [citado 9-09-2008]. Formato pdf. Disponible en Internet en:  
<http://www.springerlink.com/content/q6q3357157v07417/>
- 34.- LÓPEZ Ortiz Humberto. **Ferrocarriles Mexicanos, del monopolio del Estado al oligopolio privado y extranjero**. [En línea], México, Cámara de Diputados, "fecha de publicación desconocida", [08-08-2008], La reforma del Estado en Blanco y Negro/ Agenda para la Reforma del Estado, Formato Html. Disponible en Internet:  
[http://prdelg.diputados.gob.mx/publicaciones/libros/reforma\\_blanco\\_negro/libroporcapi\\_tulos/489\\_502\\_reforma\\_bn.pdf](http://prdelg.diputados.gob.mx/publicaciones/libros/reforma_blanco_negro/libroporcapi_tulos/489_502_reforma_bn.pdf)
- 35- LOXLEY John., **Desarrollo económico para los indígenas de Winnipeg, Canadá**. [en línea], Manitoba, Departamento de Economía de la Universidad de Manitoba, 2003, [citado 22-09-2008], Formato Html. Disponible en Internet en,  
[http://www.yorku.ca/hdrnet/images/uploaded/Loxley\\_ESP.pdf](http://www.yorku.ca/hdrnet/images/uploaded/Loxley_ESP.pdf)
- 36.- MC ALLISTER, David. **An overview of the abuse of dominance provisions of the Competition Act**, [En línea.], Canada, Buró de la Competencia, 2001, 20/09/2001, [citado 16-03-2008], Canadian Bar Association's Annual Fall Conference on Competition Law, Formato Html. Disponible en internet:  
<http://www.stratdemo.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/01165.Html>
- 37.-MEJÍA Guerrero Angelina. **Saca cablevisión canales de MVS.** [en línea], México, El Universal, 03-06-2008, [18-08-2008], El Universal En línea, Formato Html. Disponible en Internet en:  
<http://www.eluniversal.com.mx/finanzas/64652.Html>
- 38.-MUÑOZ Jorge. **Estadísticas en Telecomunicaciones de la OCDE**. [En línea], México, Centro de Investigación e Innovación en Telecomunicaciones A.C., noviembre 2007, [citado 24-08-2008], Boletín CINIT. Formato Html. Disponible en Internet en:  
<http://www.cinit.org.mx/noticia.php?idNoticia=195>
- 39.- NESTLE-PURINA México. **Historia de Cargill**, [en línea], México, Cargill

Incorporated, 2006, [02-08-2008]. Formato Html. Disponible en Internet:  
<http://www.nutrimentospurina.com/nutrimentos-purina-mexico/historia3.php>

40.- Notimex. **Sin detectar, 80% de la corrupción en empresas.** [En línea], México, El Universal, (21 de mayo de 2008), [citado el 08-09-2008], El Universal diario. Formato HTML. Disponible en Internet en:  
<http://www.eluniversal.com.mx/notas/508578.Html>

41.- OCDE. **Canada Interim Report on Competition Law and institutions 2005-2006.** [En línea], actualización 2004, Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 2004, [citado 09-09-2008], Estudios por país, Formato PDF. Disponible en Internet en:  
<http://www.oecd.org/dataoecd/51/17/34425393.pdf>

42.- OCDE. **Canada: Report on Competition Law and institutions** [En línea], actualización 2004, Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 2004, [citado 02-02-2008], Estudios por país, Formato PDF. Disponible en internet:  
<http://www.oecd.org/dataoecd/51/17/34425393.pdf>

43.-OCDE. **Las Políticas y la Ley de competencia económica en México, examen inter-partes.**, [En línea], 2003, Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo/ Banco Interamericano para el Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 2003, [citado 15-01-2008], p.13, Formato PDF. Disponible en Internet:

44.-OCDE **Report to the OCDE on the United States Antitrust and competition developments for the period January 1 to December 31, 1993 .** Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 1993, [citado 20-10-2008], Formato PDF. Disponible en Internet:  
<http://www.oecd.org/dataoecd>.

45.- OCDE. **Report of the OCDE Committee on competition Law and Policy. Making International markets more efficient trough positive comity in competition Law enforcement.** Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 2008, [citado 02-11-2008], Formato PDF. Disponible en Internet en:  
<http://www.oecd.org/dataoecd/51/17/34425395.pdf>

46.- OCDE. **¿Cómo se encuentra México comparativamente?**, [en línea], México, Eco- salud OCDE, 2005 [18-08-2008], Eco- Salud OCDE, Formato HTML. Disponible en Internet:  
<http://www.oecd.org/dataoecd/51/15/35140519.pdf>

47.-OCDE. **UNITED STATES: Report on Competition Law and institutions 2005-2006.** [En línea], actualización 2006, Organización de Estados para la Cooperación y el

Desarrollo, "fecha de publicación desconocida", actualización 2006, [citado 02-08-2008], Estudios por país, Formato PDF. Disponible en Internet en:  
<http://www.ftc.gov/bc/international/ussubs.shtm>

48.- OJEDA Zubieta Cesar Raúl (Senador). **PROPUESTA CON PUNTO DE ACUERDO DEL SENADOR CÉSAR RAÚL OJEDA ZUBIETA DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA, PARA SOLICITARLE AL DELEGADO FIDUCIARIO ESPECIAL ENCARGADO DE LA LIQUIDACIÓN DE FERROCARRILES NACIONALES DE MÉXICO, INFORME DETALLADAMENTE LA SITUACIÓN DE LAS DONACIONES DE BIENES INMUEBLES DEL ORGANISMO A JUBILADOS Y PENSIONADOS FERROCARRILEROS.** [En línea], México, Senado de la República, 2004, [citado 23-08-2008], Gaceta parlamentaria, Formato Html. Disponible en Internet en:  
<http://www.senado.gob.mx/gace2.php?sesion=2004/12/09/1&documento=77>

49.- Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. **La prestación de servicios al sector ganadero.** [En línea], Winnipeg, Grupo intergubernamental sobre la carne y los productos lácteos, 20/06/2004, [citado 06/08/2007], Comité de problemas de productos básicos, Formato HTML. Disponible en internet:  
<http://www.fao.org/DOCREP/MEETING/008/J2142S.HTM#P549697>

50.- PÉREZ Ana Lilia. **Grupo Zeta, el cártel del Gas LP.** [En línea], México, Fortuna Negocios y Finanzas, (enero, 2007), [citado el 20-10-2008], Revista Fortuna, Año IV, Formato Html. Disponible en Internet:  
[http://revistafortuna.com.mx/opciones/archivo/2007/enero/htm/Grupo\\_Zeta\\_gas\\_lp.htm](http://revistafortuna.com.mx/opciones/archivo/2007/enero/htm/Grupo_Zeta_gas_lp.htm)

51.- PÉREZ Delgado Luis Uriel. **“Comentarios de algunas resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de Competencia económica, con motivo del décimo aniversario de la Comisión Federal de Competencia.”** [En línea], México, Goodrich Riquelme y Asociados, (junio 2003) [citado 3-11-2008]. Formato Pdf. Disponible en Internet en:  
[http://goodrichriquelme.com/PDF/Antitrust\\_Law\\_Luis\\_Uriel.pdf](http://goodrichriquelme.com/PDF/Antitrust_Law_Luis_Uriel.pdf)

52.- PIRAS, Claudia. **Aspectos económicos de la política de competencia.** [En línea], Venezuela, Instituto de derecho comparado y la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia, 1993, [16/09/07], Formato Html, disponible en internet:  
[www.ucab.edu.ve/lostequeres/Profesorado/da\\_silva\\_fernando/contabilidad\\_avanzada\\_I/temas/.../Regimenes\\_de\\_concentracion.doc](http://www.ucab.edu.ve/lostequeres/Profesorado/da_silva_fernando/contabilidad_avanzada_I/temas/.../Regimenes_de_concentracion.doc) -

53.- SÁNCHEZ Camacho Alejandro. **Proyecto que reforma el artículo 35 de la Ley Federal de Competencia Económica a cargo del Diputado Alejandro Sánchez Camacho, del Grupo Parlamentario del PRD,** [en línea], México, [citado 15-03-2008], Formato HTML. Disponible en internet en:

[http://prdelg.diputados.gob.mx/diputado/alejandro\\_sanchez/intervenciones/ver2403.html](http://prdelg.diputados.gob.mx/diputado/alejandro_sanchez/intervenciones/ver2403.html)

54.-SÁNCHEZ CORDERO, De García Villegas Olga. **La libertad competencial como garantía. Algunos apuntes sobre la libertad económica, el Estado y el bienestar social.** [En línea], México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001, [citado 07/03/08], Formato PDF. Disponible en:

<http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Public/LA%20LIBERTAD%20COMPETENCIAL%20COMO%20GARANT%3%8DA.pdf>

55.- SCHWARTZ, Marius. **Buyer Power Concerns and the Aetna Prudential Merger.**[en línea], Washington, Departamento de Justicia, División Anti monopolio, 1999, 20/10/ 1999, [citado 22-10-2008]. Formato Html. Disponible en Internet en:

[http://www.usdoj.gov/aatr/public\\_speeches/3924.-htm](http://www.usdoj.gov/aatr/public_speeches/3924.-htm)

56.-SMITH, Margaret. **Mergers and abuse of dominant position: legal aspects.** [En línea], versión 9.13, Toronto, Canada Site, enero 1991, 03/06/2002, [citado 20-08-2007], Formato Html. Disponible en internet: http:

<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/913-e.htm>

57.- SCOTT Kennon. **Federal Antitrust Actions by States.** [en línea], Maryland, Estados Unidos, Abogados de Maryland, 2008, [citado 2 -05-2008], Formato Html. Disponible en Internet:

<http://www.skennonscottlaw.com/article.jsp?practArea=35&articleIndex=1>

58.-THOMAS E Kauper. **Report of the Attorney Generals National Committee to Study the Antitrust Laws** [en línea], Michigan, Business Network, Junio 2002, [citado 16-08-2008], Michigan Law Review, Government Industry, p. 165-166. Formato Html. Disponible en Internet en:

[http://findartiele.com/p/articles/mi\\_hb6402/is\\_200206/ai\\_n25611074](http://findartiele.com/p/articles/mi_hb6402/is_200206/ai_n25611074)

59.-VAN DUZER J. Anthony, Giles Paquet. **Anticompetitive Pricing Practices and The Competition Act, Theory, Law and Practice.**[en línea], Ottawa, 22-10-1999, [citado el 22-10-2008], Formato PDF. Disponible en Internet en:

<http://strategis.ic.gc.ca/pics/et/vdreport.pdf>

## **DECISIONES JUDICIALES.**

**1.-American Safety Equip. Corp. vs. J.P., Maguire & Co.**[391 F.2d.821] Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito (1968). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/391/821/133932/>

2.-Amparo en revisión 761/99,XV de abril de 2002, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Abril de 2002, Tesis 1a XXXI/2002. Formato Html.



Disponible en Internet en:

[www.gdca.com.mx/english/publications/antitrust/PDF/DEFINICION%20JUDICIAL%20AGENTE%20ECONOMICO...](http://www.gdca.com.mx/english/publications/antitrust/PDF/DEFINICION%20JUDICIAL%20AGENTE%20ECONOMICO...)

3.- **Appalachian Coals vs. United States** , 288 U.S. 344, 53 S.Ct. 471, 77. L. Ed. 825 (1933). Formato HTML. Disponible en Internet en:

<http://altlaw.org/v1/cases/397665>

4.- **Arizona vs. Maricopa County Medical Society**, [457 U.S. 332] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América . L. Ed. 80-419, (1982). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/457/332/>

5.- **BANCO NACIONAL DE CUBA VS. SABBATTINO.**[376 U.S. 398], (1964). Formato Html. Disponible en Internet en :

<http://supreme.justia.com/us/376/398/case.Html>

6.- **Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. Case**, [1970] International Court of Justice. Rep. 3, 64 A.J.I.L. 653 (1962) ( 24 de julio de 1964),(1970). Formato Pdf. Disponible en Internet en:

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=1a&case=50&code=bt2&p3=4&PHPSESSID=c630e58dd645f0f3f08896ad6f23e087>

7.- **BLOOMKEST FERTILIZER INC VS, POTASH CORP OF SASKATCHEWAN INC.**, [203, F.3d.,1028 8° Circuito], (2000). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://lw.bna.com/lw/19990525/971330.htm>

8.- **Boeing/ Mc Doncel Douglas**, decisión de la Comisión Europea de 30 de Julio de 1997, IV/M.877. Formato HTML. Disponible en Internet en:

<http://europa.eu/bulletin/es/9707/p103062.htm>

9.- **Boeing/Mc Donnell Douglas** Pronunciamiento de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica, (procedimiento sustanciado bajo el expediente número 971-005) pronunciada el 27 de Julio de 1997. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.ftc.gov/os/caselist/c3723.shtm>

10.- **BRAND NAME PRESCRIPTION DRUGS ANTITRUST LITIGATION, IN RE.**, [123, F., 3d, 599], (7° Circuito, 1997). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://lw.bna.com/lw/19970909/962458.htm>

11.- **Broadcast Music, Inc. vs. Columbia Broadcasting System, Inc.**, [441 U.S. 1], United States Supreme Court of Justice, (1979). Documento número: 77-1578. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f5000/5090.htm>

12.- **BROWN SHOE CO. VS. UNITED STATES.** [370 U.S., 294,82, S.Ct. 1502,8 L. Ed. 2d, 510], (1962). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/370/294/case.html>

13.- **Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamsou Tobacco Corp.** [ 509 U.S. 209] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 2578, 125 L. Ed. (1993). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-466.ZS.html>

13.-**Brunswick Corporation vs. Pueblo Bowl- O- Mat. Inc.**, Supreme Court of the United States, 1977 429 U.S. 477, 97 S. Ct., 690,50 L. Ed. 2d 701. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/429/477/case.html>

"Comercio Libertad de. La Constitución autoriza su restricción en beneficio de la colectividad". Amparo en revisión 2990/56. Manuel Parsa, 13 de octubre de 1971. Unanimidad de 17 votos. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://vlex.com.mx/vid/tesis-jurisprudencial-pleno-aislada-27620135>

**Munn Vs. illinois** ( Octubre de 1876) United States Supreme Court of Justice [94 U.S. 113, 126]. Disponible en internet en:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=94&invol=113>

**In re Pasteur Merieux Serums et Vaccines, S.A.** Expediente N°. C-3301, Registro [1987-1993 transferencia y cooperación FTC, órdenes]. Formato pdf. Disponible en Internet en:

<http://www.ftc.gov/bc/international/docs/compcomm/1994-Annual%20Report%20on%20Developments.pdf>

**Standard Oil Co. vs. United States**, 283 U.S. 163, 51 S.Ct. 421,75 L.Ed.926 ( 1931).

Formato HTML. Disponible en Internet:

<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/283/283.US.163.13-15.378.1931.Html>

**United States vs. Aluminum Co. of America**, 148, F.2d, 416 (2nd Cir. 1945).

Formato HTML. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/377/271/>

**Director of Investigation and Research vs., Hilldown Holdings Ltd** 41. CPR (3d) 289 (Competition Tribunal) 1992. Formato HTML. Disponible en Internet en:

<http://www.cb-bc.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/01788.Html>

**Trans-Missouri Freight Assn, United States vs. United States** [166 U.S., 290], 17 SCT, 540, 41 L. Ed. 1007 (1897). Formato Html. Disponible en internet en:

<http://supreme.justia.com/us/166/290/case.Html>

**Utah Pie vs. Continental Baking Co.**, 386 U.S. 685, 87 S. Ct. 1326, 18 L.Ed.2d, 406, (1967). Formato HTML. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/386/685/index.Html>

Organización Mundial del Comercio. **Corea- Impuestos a las bebidas alcohólicas. Informe del grupo especial.** 17 de septiembre de 1998, (DS84). Formato HTML. Disponible en Internet en:

[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds84\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds84_s.htm)

Organización Mundial del Comercio. **Chile- Impuestos a las bebidas alcohólicas, Informe del grupo especial,** 17 de junio de 1999 (DS87).

Formato Html, Disponible en Internet en:

[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds87\\_s.Html](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds87_s.Html)

**UNITED STATES VS. SOCONY VACUUM OIL CO.** [310 U.S. 150, 60 S Ct. 811, 84L.Ed. 1129], (1940). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/310/150/case.Html#150>

**TOYS "R" U.S. INC. VS. F.T.C.**, [221 F. 3d 928, 221 F. 3d 928], Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito, (2000) **TOYS "R" U.S. INC. VS. F.T.C.**, [221 F. 3d 928, 221 F. 3d 928], exp 98-4107. Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito, (2000). Formato HTML. Disponible en Internet en:

<http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9278/toysrusvftc.shtm>

**City of Richmond vs. J.A. Croson Co.** [488 U.S.469] Exp 87-998 (1989). Formato HTML. Disponible en Internet en:

[http://www.law.cornell.edu/supct/Html/historics/USSC\\_CR\\_0488\\_0469\\_ZO.Html](http://www.law.cornell.edu/supct/Html/historics/USSC_CR_0488_0469_ZO.Html)

**UNITED STATES VS. ANDREAS.,** [216. f 3D.645] Corte de Federal de Apelaciones del 7° Circuito, (2000). Formato HTML. Disponible en Internet:

<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f4400/4495.htm>

**D.C. Circuit in U.S. vs. Ninex Corp.** [8 F.D.C.Circt. 52] (1993). Formato HTML. Disponible en Internet en :

<http://supreme.justia.com/us/525/128/>

**Presnta Comisión de práctica monopólica relativa consistente en la discriminación de trato a los prestadores del servicio de autotransporte de pasajeros, por parte de la Administración del Aeropuerto Internacional de Cancún Quintana Roo.** Expedientes DE-11-97 Y RA-32-98. Formato HTML. Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1868&Itemid=120](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1868&Itemid=120)

**Rothery Storage & Van Co, vs. Atlas Van Lines,** [792, F.2d. 210], (1986), United States Court of Appeals for the District of Columbia. Formato Htmnl. Disponible en Internet en:

[www.adamsholcomb.com/bios/bruce-holcomb.Html](http://www.adamsholcomb.com/bios/bruce-holcomb.Html)

**TIMBER LANE LUMBER CO. VS, UNITED STATES OF AMÉRICA.,**[549 , F2d, 597] (9° Circuito,1976). Formato PDF. Disponible en Internet en:

<http://www.temple.edu/lawschool/drwiltext/docs/Timberlane%20v%20BOA.pdf>

**CONTINENTAL ORE CO. VS. UNION CARBIDE & CARBON CORP.,** [370 US. 690,8.Ct. 1404,8 ,L.Ed.2d],(1962). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/370/690/>

**UNITED STATES VS. SISSAL SALES CORP.** [274 U.S. 268], ( 1927). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/274/268/>

**DU PONT DE NEMOURS & CO VS. FEDERAL TRADE COMISSION.** (Caso

ETHYL), [Corte de Apelaciones de los Estados Unidos 2° S.Ct., 729 F.2d. 128], (1984). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.ftc.gov/os/caselist/d9108.shtm>

**IN RE STONE CONTAINER CORP.** Consent Order, [FTC, Docket C-3806, Exp. 9510006],( 1998, Febrero). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.ftc.gov/os/caselist/c3806.shtm>

**UNITED STATES VS. AMERICAN AIRLINES, INC.**, [Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 4° S.Ct., Sección 1], (1984). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.usdoj.gov/atr/cases/indx199.htm>

**PERKINS VS. STANDARD OIL CO. DE CALIFORNIA**, [395 U.S. 642, 89 S.Ct.], (1969). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/395/642/>

**Princess Hotels y Canadian Pacific Hotels & Resorts Inc.** fusión resuelta por la Comisión Federal de Competencia Económica bajo el expediente CNT-69-98. Formato Html. Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1652&Itemid=153](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1652&Itemid=153)

**Federal Trade Commission vs. Indiana Federation of Dentists**, [476 U.S. 447], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, (1986). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/476/447/>

**Jefferson Parrish Hospital District N°2 Vs. Hyde.**, [ 104 S.C.T. 1551, 80] L. Ed. 2d. 2, (Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, 1984). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/summaries/466us002.Html>

**UNITED STATES VS. PENN OLIN CHEMICAL CO.**,[378 U.S. 177] (1964) Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/378/158/>

**United States vs. American Tobacco Co.** [328 U.S.781,66 S.Ct.1125, 90 L. Ed1575] (1946). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/221/106/>

**IN RE BRAND NAME PRESCRIPTIONS DRUGS ANTITRUST LITIGATION.**, [186 F.3d. 781-187, 7th Circuit 1999] (1999). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F3/186/781/569338/>

**UNITED STATES VS. FOLEY.**, [Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 4º Circuito, 8598, F2d.1323], (1979). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/260/667/>

**IN RE BABY FOOD ANTITRUST LITIGATION.**[166 F.3d-135, 3er Circuito]. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://altlaw.org/v1/cases/1099510>

**ILLINOIS BRICK CO. VS. ILLINOIS.** [431 U.S. 720, 97 Suprema Corte, 2061, 52 L. Ed. 2d707] (1977). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/431/720/>

**FEDERAL TRADE COMMISSION VS. SUPERIOR COURT TRIAL LAWYERS ASSOCIATION.** [493 U.S. 411, 110 SCT 768, 107. L. Ed. 2d 851, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos], (1990). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/493/411/>

GRUPO INDUSTRIAL MASECA S.A.B. DE C.V. **Reporte anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de Carácter General Aplicables a las Emisoras de Valores y a otros participantes del mercado de valores por el año terminado el 31 de diciembre de 2006.** [En línea], México, Gimsa, Grupo industrial Maseca y subsidiarias, 2007, [citado 02-06-2008], Reportes Anuales 2006 BMV, Formato Pdf.

Disponible en Internet:

[http://www.gruma.com/Documentos/seccion\\_18/Categoria\\_396/INFORME%20ANUAL%20COMPLETO%20GIMSA%202005.pdf](http://www.gruma.com/Documentos/seccion_18/Categoria_396/INFORME%20ANUAL%20COMPLETO%20GIMSA%202005.pdf)

Comisión Federal de Competencia Económica. **Resolución del pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a la posible Comisión de prácticas monopólicas en el mercado de productos farmacéuticos en la ciudad de Cuernavaca Morelos.**[en línea], Resuelto el 11 de septiembre de 1997 bajo el expediente IO-01-97. Formato HTML.

Disponible en Internet:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1494&Itemid=237](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1494&Itemid=237)

**ConAgra Inc./ International Home Foods Inc./CAG Acquisitions Sub/HMTF México Holding/ Productos del Monte** Expedientes CNT-101-20 y, RA-41-2000. Formato Html. Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=blogcategory&id=65&Itemid=503&limit=9&limitstart=135](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=65&Itemid=503&limit=9&limitstart=135)

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Controversia Constitucional resuelta por el Pleno. Ministro Ponente Sergio S. Aguirre Anguiano Resuelta el 07 de junio de 2007, bajo el número de expediente 00026/2006-00. Formato HTML.

Disponible en Internet:

<http://www2.scjn.gob.mx/expedientes/>

Comisión Federal de Competencia Económica. **Resolución del pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a actos tendientes a procurar la venta exclusiva de cervezas, de marcas propiedad de un grupo de interés económico en la población del Yago, municipio de Santiago Ixcuintla, Estado de Nayarit.** [En línea], Resuelto el 28 de enero de 1999, bajo el expediente IO-46-97 y, RA-34-98. Formato HTML.

Disponible en Internet:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1869&Itemid=120](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1869&Itemid=120)

Comisión Federal de Competencia Económica. **Resolución del pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de cemento en Fresnillo Zacatecas.** [En línea], Resuelto el 12 de marzo de 1999, bajo el expediente SH\_DE-17-98. Formato Html.

Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1442&Itemid=122](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1442&Itemid=122)

Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica **Resolución del pleno sobre concentración prohibida en el mercado de vales de despensa a través de Prestaciones Universales** Expedientes; **DE-27-1999; RA-46-2000 y RA-38-2000,** Resolución 11 de julio de 2002 en la Comisión. Formato Html. Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1980&Itemid=503](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1980&Itemid=503)

Tribunal Supremo de España. Sala Primera de lo Civil. Expediente 201/2008. Publicado en el Boletín Oficial de Estado el 29 de febrero de 2008. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.boe.es/boe/dias/2008/02/29/pdfs/SUM.pdf>

Comisión Federal de Competencia Económica. Resolución del Pleno sobre prácticas

monopólicas relativas en el mercado de bebidas carbonatadas. Expediente DE-06-2000 Reconsideraciones RA-30-2005 y RA -45-2005. Formato Html. Disponible en Internet en:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=869&Itemid=29](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=869&Itemid=29)

Estados Unidos - **Ley de 1916 - Reclamación del Japón ("Estados Unidos - Ley de 1916 (Japón)"**, WT/DS162/R y Add.1, informe adoptado el 26 de septiembre de 2000 y confirmado por el informe del Órgano de Apelación (WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R). Formato Html. Disponible en Internet en:

[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds136\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds136_s.htm)

Estados Unidos - **Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000**, WT/DS217/DS234, informe adoptado el 16 de enero de 2003, por el Órgano de Apelación (WT/DS 217/ AB/R , WT/DS 234/AB/R). Formato Html. Disponible en Internet en:

[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds217\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds217_s.htm)

**Parker vs. Brown**. Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, (1943) [317 U.S. 341, 63 S.Ct. 307, 87 L. Ed. 315. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/317/341/>

**California Retail Liquor Dealers Association, vs. Midcal Aluminium Inc**. Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (1980), [445 U.S.977, 100 S.Ct. 937, 63 L. Ed.233]. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=445&invol=97>

**R. vs. Carnation Co.** (1969), [58 C.P.R. 112] Suprema Corte de Justicia del Canadá, (C.A.). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1968/1968rcs0-238/1968rcs0-238.Html>

**National Society of Professional Engineers vs. United States**, [435, U.S.679], (1978) Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/435/679/>

**Director of Investigation and Research v. NutraSweet** (1990), 32 C.P.R. (3d) 1



(Competition. Tribunal). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.cb-bc.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/01620.Html>

**R. vs. Lyons Fuel Hardware & Supplies Ltd.** (1961), 30 D.L.R. (2d) 6 (Ont. H.C.) (1961) (caso sobre posturas idénticas en licitaciones). Formato Pdf. Disponible en Internet en:

<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/gourleyrep.pdf>

**R. vs. Hoffmann La Roche Ltd.** (1980), 28 O.R. (2d) 164 (H.C.J.) confirmado en el expediente 33 O.R. (2d) 694 (C.A.). Formato Pdf. Disponible en Internet en:

<http://www.cafc.uscourts.gov/opinions/08-1300.pdf>

**United States vs. Brown University.** United States Court of Appeals for the Third Circuit (1993), [5 Fd. 658]. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www2.bc.edu/~yen/Sports/US%20v%20Brown%20U.doc>

**In re Fair Allocation System, Inc.** Federal Trade Commission ,(1998), [ 63 Fed. Reg. 43182].

OECD. Preserving Competition: Keeping predators at Bay. Policy Brief. [En línea], París, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2005, [citado 05-09-2008], Revisiones de política de competencia, Formato Pdf. Disponible en Internet en:

<http://www.oecd.org/dataoecd/59/20/35871625.pdf>

**Interamerican Refining Corp. Vs. Texaco Maracaibo Inc.** [307 F. Supp.1291], (1970). Formato Pdf. Disponible en Internet:

[http://www.kslaw.com/library/pdf/blum\\_antitrust.pdf](http://www.kslaw.com/library/pdf/blum_antitrust.pdf)

**United States vs. Microsoft Corp.,** [253 F.3d.34, 346] Corte de Apelaciones en el distrito de Washington D.C., (2001). Formato Html. Disponible en Internet:

<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f3800/msjudgex.htm>

**United States vs. Nippon Paper Industries Co. Ltd.,** Corte de Apelaciones del Primer Circuito [15 U.S.C.1] (1996-2001). Formato Html. Disponible en Internet:

<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f0900/0953.htm>

**Commissioner of Competition Vs. Canada Pipe Company Ltd./ Tuyauteries,** Canada Ltee, 2006 FCA 233. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/2006/2006fca233/2006fca233.Html>

**Chicago board of trade of the city of Chicago vs. United States**, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos(1918), [246 U.S.231, 38 S.Ct. 242, 62] L. Ed. 683.Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=262&invol=1>

**National Collegiate Athletic Association vs., Board of Regents of the University of Oklahoma**, Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, (1984), [468 U.S.85, 104 SCT 2948] L. Ed. 2d 70. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/468/85/>

**In re Compact Disc Minimum Advertised Price**. Antitrust Litigation., 216 F.R.D. 197 (D. Me.) Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://f11.findlaw.com/news.findlaw.com/hdocs/docs/recordcos/cdmap61303stlmnt.pdf>

**United States of America vs. First Group/Laidlaw International Inc.** (Revisión realizada por la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos durante, Julio de 2006). Formato Html. Disponible en Internet en:

[http://www.usdoj.gov/atr/public/press\\_releases/2007/226377.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/226377.htm)

**Krehl vs. Baskin Robbins Ice Cream Co.**,[664 F.2d. 1348], Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, (1978). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/664/1348/198412/>

Organización Mundial del Comercio, **México Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas**, Órgano de Apelación 24 de marzo de 2006, (DS308)[informe apelación.]. Formato Html. Disponible en Internet en:

[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds308\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds308_s.htm)

**U.S. vs. Topco Associated** [405 U.S. 596] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América, (1972). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/405/596/>

Comisión Federal de Competencia Económica. **Resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a la posible Comisión de prácticas monopólicas en el mercado bebidas carbonatadas**,[en línea], Resuelto el 11 de septiembre de 1997 bajo el expediente DE-06-2000. Formato HTML. Disponible en Internet:

[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1494&Itemid=237](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1494&Itemid=237).

Comisión Federal de Competencia Económica. **Resolución del pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de goma de mascar.** [En línea], Resuelto el 19 de noviembre de 1997, bajo el expediente SHP\_ IO-15-96. Formato Html. Disponible en Internet en:  
[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1531&Itemid=127](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=1531&Itemid=127)

**United States vs. Loew's Inc.**[371. U.S. 78] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (1962). Formato Html. Disponible en Internet en:  
<http://supreme.justia.com/us/371/38/case.html>

Comisión Federal de Competencia Económica. **Resolución del pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica, sobre la investigación respecto a la presunta comisión de prácticas monopólicas relativas en el abasto de trigo importado.** [En línea], Resuelto el 29 de junio de 2000, bajo el expediente DE-52-98 y RA-15-2000. Formato Html.  
Disponible en Internet en:  
[http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=blogcategory&id=65&Itemid=120&limit=7&limitstart=133](http://www.cfc.gob.mx/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=65&Itemid=120&limit=7&limitstart=133)

**In Re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation**, Class Action. Justice Posner Project. 936 F. Supp. 530 (C.D. Ill. 1996) . Formato HTML. Disponible en Internet en:

<http://library.findlaw.com/2002/Nov/11/132404.html>

**International Shoe Co. vs. Federal Trade Commission**, [280 U.S. 291], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (1930). Formato Html. Disponible en Internet en:  
<http://supreme.justia.com/us/280/291/>

**Northern Pac. Rail Co. Vs. United States** [356 U.S. 1], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América, 1958. Formato Html. Disponible en Internet en:  
<http://supreme.justia.com/us/356/1/case.html>

**Eastern Railroad Presidents Conference vs. Noerr Motor Freight Inc et al.** [365 U.S. 127] Corte Federal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Tercer Circuito, (1961). Formato Html. Disponible en Internet en:  
<http://supreme.justia.com/us/365/127/>

**United States vs. Addyston Pipe & Steel Co.** [85 F. 271], 6to Circuito, 1898. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/175/211/case.html>

**United States vs. Trenton Potteries** [ 273 U.S. 392],47, S Ct., 377, 71 L. Ed. 700 (1927). Formato Html. Disponible en Internet en:  
<http://supreme.justia.com/us/273/392/>

**United States vs. Colgate & Co.** [250 U.S., 300], Supreme Court of Justice of The United States of America, (1919). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/250/300>

**International Shoe y Standard Fashion Co., Compare Industrial Assn. v. United States**, [268 U. S. 64] Supreme Court of Justice of the United States of America, L. Ed. 84, (1925). Formato HTML. Disponible en Internet en:

<http://wyomcases.courts.state.wy.us/applications/oscn/deliverdocument.asp?citeid=421754>

**N.A.A.C.P.V. vs. Claiborne Hardware Co.** [450 U.S. 886], 102, S.Ct. 3409, L. Ed. 2d (1982). Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/450/886>

Fischer David. **Antitrust & Crime**,[en línea], Estados Unidos, FCC, 2006, [citado el 02-10-2008], Antitrust Review, formato HTML.

Disponible en Internet en:

<http://www.antitrustreview.com/archives/443>

**Roland Machinery vs. Dresser Industries** [84 U.S. Ct App. 7mo Circuito 1509], (1977-1984) Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://altlaw.org/v1/cases/484247>

**Mitsubishi Motors Corp vs. Soler Chrysler -Plymouth**, [473 U.S.614] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América L. Ed.83-1569, (1985). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/473/614/>

**Eastman Kodak Co vs. Image Technical Services**,[504 U.S. 451], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, L. Ed. 90-1029, (1992). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/504/451/>

**Illinois Tool Works Inc. vs Independent Ink, Inc.**[200 U.S.321-337], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, L.Ed. 04-1329, (2006). Formato PDF. Disponible en Internet en:

<http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/04-1329.pdf>

**Spectrum Sports Inc. vs Mc Quillan.**[506 U.S.447], Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, (1993). Formato Html. Disponible en Internet en:  
<http://supreme.justia.com/us/506/447/>

**Falls City Industries Inc. vs. Vanco Beverage Inc.**[460 U.S. 428] Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica (1983). Formato Html. Disponible en Internet en:  
<http://supreme.justia.com/us/460/428/>

**FTC vs. Anheuser- Busch, Inc.**,[363 U.S.536], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, (1960). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.vlex.com/vid/ftc-v-anheuser-busch-inc-19996800>

**Cargill Inc. vs. Monfort of Colorado Inc.** [479 U.S. 104] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (1986) L. Ed. 45-873. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/479/104/>

**Corn Products Refining Co. vs. FTC** [324 U.S. 726] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, (1945). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/324/726/case.Html>

**Weyerhaeuser Co. Vs. Ross- Simmons Hard-wood Lumber Co., Inc.** [411 F.3d 1030], Supreme Court of The United States, Certiorari, (febrero 2007). L. Ed.05-381. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.law.cornell.edu/supct/Html/05-381.ZS.Html>

**Catalano Inc. Vs. Target Sales Inc** [446 U.S 643], Cerciorati contra la sentencia en apelación de la Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito L.Ed. 79-1101. (1980). Formato Html. Disponible en Internet:

<http://supreme.justia.com/us/446/643/>

**JTC Petroleum Co. vs. Piasa Motor Fuels, Inc.**[179 F. 3d 1073.], Corte Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito. (1999), documento número 98-3919, 98-4251. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/179/179.F3d.1073.98-4251.98-3919.Html>

**Federal Trade Commission vs Stapples Inc** [ Caso 1:97CV00701] (decidido el 10 de abril de 1997). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.ftc.gov/os/caselist/cn197cv00701.shtm>

**In re BF Goodrich, 110 F.T.C.** 207 (1988), affidavit, 112 F.T.C. 83 (1989). Formato HTML. Disponible en Internet en:

<http://www.ftc.gov/os/caselist/d9159.shtm>

**In the Matter of Teva Pharmaceuticals Ltd/IVAX Corporation,** (fusión investigada bajo el expediente número 051-0214, Archivo C-4155) Orden de desincorporar emitida el 7 de marzo de 2006. Formato Html. Disponible en Internet:

<http://www.ftc.gov/os/caselist/tevapharm/tevapharm.shtm>

**United States of America vs. Exelon Corporation/ Public Service Enterprise Group Incorporated.** Corte Federal de Apelaciones del Estado de Columbia, (Junio de 2006). Expediente 1:06CV01138. Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.usdoj.gov/atr/cases/exelon.htm>

**Matsushita Electric Industrial Co. vs. Zennith Radio,** [475 U. S. 574] Cerciorati ante La Corte Federal de Apelaciones de los Estados Unidos de América del Tercer Circuito, L. Ed 3-2004., (1986). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/summaries/475us574.htm>

**Timken Roller Bearing Co. vs. United States,** [ 341 U.S. 593] Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, L. Ed. 352, (1951).Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/341/593/>

**Eastern States Retail Lumber Dealers Assn vs. United States.** [234 U.S.600], Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, (1914).Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/234/600/>

**Klor's Inc. vs. Broadway Hale Stores Inc.** [395 U.S.207], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, L. Ed. 76, (1959). Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/359/207/case.Html>

**United States vs. O'Brien.** [391 U.S.367], Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, L. Ed. 232,(1968).Formato Html. Disponible en Internet en:

<http://supreme.justia.com/us/391/367/>

## LEGISLACIÓN

Horizontal Merger guidelines USA 1992.

Artículo 13 Ley Federal de Competencia Económica

Iniciativa de Ley Federal de Competencia, artículo 38, 26 de noviembre de 1992, año II, número 11.

Acta de la América del Norte Británica

Intergovernmental Agreement on Goods Procurement.

Artículo 9 LFCE fracción I.

Acuerdo sobre Comercio Interno del Canadá, conocido por su nombre en inglés como *Agreement on Internal Trade, AIT*, Firmado en Ottawa el 18 de Julio de 1994.

Draft enforcement guidelines on illegal trade practices: Unreasonably low pricing policies, the way ahead.

Merger Enforcement Guidelines. Director of Investigation and Research Competition Act, Minister of Supply and Services Canada 1991 p.2.

Declaración del Senador Sherman. Anales del Congreso Libro 2456-57.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte.  
Convención de Viena, sobre derecho de los tratados de 1969.  
Sherman Act (1890)

Clayton Act.

Acta de la Comisión Federal de Comercio de 1914

Robinson Patman Act de 1936

Webb Pomerene Act de 1918

Hart Scott Rodino Antitrust Improvements Act de 1976

International Antitrust Guidelines 1988

Lineamientos para colaboraciones entre empresas del 2000, emitidos por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, en colaboración con el Departamento de Justicia en su División Antimonopolio

Competition Act (Canada 1986)

Competition Tribunal Act (1986)

Foreign Extraterritorial Measures Act (1985)