

PAUTA

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.



Competencia Económica

No. 76 NOVIEMBRE 2015

No. 76 Noviembre 2015

ICC México PAUTA

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.

Consejo Editorial

Presidente ICC México

Lic. María Fernanda Garza Merodio

Vicepresidentes ICC México

Dr. Claus von Wobeser

Lic. Rodrigo Quintana Kawage

Dr. Pedro Aspe Armella

Tesorero ICC México

Lic. José Manuel Suárez Carrillo

Directora General ICC México

Lic. Yesica González Pérez

Directora de Comisiones y Grupos de Trabajo

Lic. Laura Altamirano López

(Editor responsable de Pauta)

Gerente de Comisiones y Grupos de Trabajo

María Fernanda David González

Coordinación de Medios y Comunicación

Lic. Alexandra Ellis Icaza

Creación en formato Electrónico

Lic. Rafael Rios Kunkel

Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. - Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC México. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC México.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción sin el permiso escrito de ICC México.

Título de la publicación: «**ICC México PAUTA** Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.»

Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518

Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105

Domicilio de la publicación y del distribuidor: Indiana 260 Piso 5 Oficina 508 Colonia Ciudad de los Deportes, C.P. 03810, México D.F.

Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628

Renovación de Reserva de Derechos al uso exclusivo Número 04 - 2009 -

071614425400 - 203 Título. ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL CAPITULO MEXICANO DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO A.C.

Género: Difusiones Periódicas

Especie: Difusión vía red de computo

web: www.iccmex.org.mx

e-mail: ygonzalez@iccmex.org.mx; laltamirano@iccmex.org.mx

5 BARRERAS A LA COMPETENCIA



Francisco González de Cossío

17 CONSIDERACIONES PARA LA DETERMINACIÓN DE INSUMOS ESENCIALES A PARTIR DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA Y DE LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL



José Fernando Serrano Moreno

26 EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS QUE, EN MATERIA DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, DESAHOGA LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA



Sergio López Rodríguez

44 PARALELISMO CONSCIENTE Y ESTÁNDAR PROBATORIO



Alberto Muerza

54 PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS. UNA APROXIMACIÓN SOBRE LA TEORÍA DE LOS EFECTOS EN LOS CÁRTELES INTERNACIONALES.



Mtro. Gabriel González Aragón

78 ¿QUÉ ES COMPETIR?



Francisco González de Cossío

91 THE STORY OF THE DEADWEIGHT LOSS AND WHAT BATHTUBS AND SWIMMING POOLS HAVE TO DO WITH ANTITRUST



Adriaan ten Kate Sr

Carta del Presidente.

Hoy en día, la competitividad es una realidad que deben afrontar los agentes económicos para actuar conforme a las exigencias del mercado. Una mejora en la capacidad de competir de las empresas no sólo requiere de acciones conjuntas del gobierno, sino también nos incluye a todos nosotros como trabajadores, instituciones, empresarios y, sobre todo, como consumidores; todos los actores sociales tenemos una responsabilidad.

La Competencia Económica es una herramienta importante para el crecimiento económico, pues mejora la eficiencia de los mercados para que éstos operen libremente asegurando que los recursos de la sociedad se utilicen de manera más eficiente, maximizando el bienestar económico de la sociedad.

Desafortunadamente, en México, la mayor parte de los consumidores ignora los beneficios que trae consigo la competencia económica debido a la falta de información. La falta de competencia se encuentra entre los primeros 5 obstáculos para hacer negocios en nuestro país.

En México, el desarrollo económico y la productividad se han visto frenados por distorsiones en la libre competencia, ocasionando un aumento en los precios que reduce el consumo y disminuye la capacidad de ahorro de las familias mexicanas, provocando que el crecimiento de nuestro país se vea estancado.

Bajo este contexto, el Estado ha buscado fortalecer las reformas sobre la libre competencia para impulsar la innovación, la productividad y el crecimiento económico del país, fomentando una cultura de competencia que imponga a los agentes económicos obligaciones de rendición de cuentas y de respeto al debido proceso que garantizan certeza jurídica y predictibilidad a la actuación de la autoridad. Esto nos beneficia a nosotros como consumidores mejorando la calidad de vida de los mexicanos.

En ICC México apoyamos una correcta y regulada afluencia del mercado y la justa aplicación de la ley con el objetivo de lograr un mejor país para todos los mexicanos, por lo que a través de nuestra Comisión de Competencia Económica, nos aseguramos que las necesidades de las empresas y las realidades de los mercados sean tomadas en cuenta en la formulación e implementación de leyes y políticas de competencia, así como analizar temas clave que atañen a la comunidad empresarial en base a las políticas de competencia.

Esta edición de Pauta 76, contiene una importante serie de contribuciones por parte de expertos y de la autoridad competente, con el objetivo de promover la información acerca de prácticas que van en contra de la libre competencia y del cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica, para impulsar el conocimiento entre las partes interesadas.

Saludos Cordiales,



María Fernanda Garza Merodio
Presidente

Francisco González de Cossío^{1*}

González de Cossío Abogados, S.C.

Presidente de la Comisión de Competencia Económica ICC México

La noción de “barrera” es discutida y frecuentemente malentendida. A continuación reseño su noción (§I) para luego comentar su importancia (§II), particularmente conforme a la nueva Ley Federal de Competencia Económica (§III), explicando cómo, de ser malentendida, se trastoca la forma en que los agentes económicos dan valor: su estrategia (§IV).²

I. Noción

Existen distintas definiciones. A continuación las recuerdo y resumo.

A. DEFINICIONES ACADÉMICAS

Bain definía “barreras de entrada” como cualquier cosa que permite a un incumbente obtener ganancias excesivas. Más formalmente:³

Una barrera de entrada es una ventaja de los vendedores establecidos en una industria sobre vendedores potenciales entrantes que se refleja en la medida conforme a la cual pueden persistentemente incrementar sus precios por encima de los niveles competitivos sin atraer a agentes económicos a la industria.

[A barrier to entry is an advantage of established sellers in an industry over potential entrant sellers, which is reflected in the extent to which established sellers can persistently raise their prices above competitive levels without attracting new firms to enter the industry.]

Bain identificaba tres características de los mercados que podrían reducir entrada: economías de escala (incluyendo de ámbito), diferenciación y ventajas en costo absolutas. Respecto a economías de escala, siendo que el costo disminuye en la medida que el abasto crece, los entrantes prospectivos enfrentan la opción de entrar a una escala inferior a la óptima (lo cual genera una desventaja respecto del incumbente) o a una escala óptima (lo cual deprime precios, reduciendo el incentivo a entrar). Las ventajas en costo absolutas permiten vender a precios por debajo del costo de entrantes potenciales, lo cual los ahuyenta

1 * González de Cossío Abogados, SC. Profesor de Competencia, Universidad Iberoamericana. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

2 Porciones de esta nota son tomadas de González de Cossío, COMPETENCIA, Ed. Porrúa, 2015.

3 1956, p. 3.

(ante el prospecto de siempre ser vencidos en una contienda en precios).

George Stigler aportó un par de definiciones. Una sencilla pero poderosa es “cualquier asimetría que favorece al incumbente y le permite obtener una renta”.⁴ Pero también:⁵

Una barrera de entrada es un costo de producir que debe soportar (a algún o cualquier nivel de abasto) algún agente económico que desea entrar a una industria pero no es soportado por agentes económicos que ya están en la industria

[A barrier to entry is a cost of producing (at some or every rate of output) that must be borne by firms seeking to enter an industry but is not borne by firms already in the industry.]

James M. Ferguson las define como:⁶

Una barrera es un factor que hace que la entrada sea menos lucrativa mientras que permite que los agentes económicos que ya están en el mercado fijen precios por encima de costo marginal, y obtener una renta monopólica persistentemente.

[A barrier to entry is a factor that makes entry unprofitable while permitting established firms to set prices above marginal cost, and to persistently earn monopoly return.]

Franklin M. Fisher las explica así:⁷

Una barrera a la entrada es cualquier cosa que previene la entrada cuando la entrada sería socialmente benéfica.

[A barrier to entry is anything that prevents entry when entry is socially beneficial.]

Von Weizsacker las concibe de esta manera:⁸

Una barrera es un costo de producir que debe ser soportado por un agente económico que busca entrar a una industria pero que no es soportado por agentes económicos que ya están en la industria, y que implica una distorsión en la asignación de recursos desde el

4 Xavier Vives, OLIGOPOLY PRICING, Old Ideas and New Tools, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1999, p. 205

5 1968, p. 67.

6 1974, p. 10.

7 1979, p. 23.

8 1980, p. 400.

punto de vista social.

[A barrier to entry is a cost of producing that must be borne by a firm seeking to enter an industry but is not borne by firms already in the industry, and that implies a distortion in the allocation of resources from the social point of view.]

Gilbert propone una acepción concisa:⁹

Una barrera a la entrada es una renta que se deriva de la incumbencia.

[An entry barrier is a rent that is derived from incumbency.]

Esta noción tiene el merito de la concisión. Exige sin embargo conocer dos términos de arte; “renta” e “incumbencia”. El primero se refiere a los montos por encima del precio de mercado que existiría en un mercado competido. El segundo se refiere al agente económico que está en el mercado en comparación con los competidores que desean acceder al mismo.

Dennis Carlton y Jeffrey Perloff las exponen de la siguiente manera:¹⁰

Una barrera a la entrada es cualquier cosa que previene que un emprendedor cree un agente económico en forma instantánea en el mercado. Una barrera a la entrada de largo plazo es un costo que necesariamente incurre un nuevo entrante y que no es incurrido o no han incurrido los incumbentes.

[A barrier to entry is anything that prevents an entrepreneur from instantaneously creating a new firm in a market. A long-run barrier to entry is a cost necessarily incurred by a new entrant that incumbents do not (or have not had to) bear.]

McAfee, Mialmon y Williams hacen una propuesta con una distinción entre barreras *económicas* y *para efectos de competencia económica*. Las primeras son entendidas así:¹¹

Una barrera económica a la entrada es un costo que debe ser incurrido por un nuevo entrante y que los incumbentes no han tenido que incurrir.

[An economic barrier to entry is a cost that must be incurred by a new entrant and that

9 1989, p. 478.

10 1994, p. 110.

11 R. Preston McAfee, Hugo M. Mialmon y Michael A. Williams, WHAT IS A BARRIER TO ENTRY? WHEN ARE SUNK COSTS BARRIERS TO ENTRY?, The American Economic Review, vol. 94 No. 2, 2004, p. 463.

incumbents do not or have not had to incur.]

Las segundas —“barreras” para efectos de competencia económica— se definen así:

Una barrera de competencia económica es un costo que retrasa entrada y reduce el bienestar social en comparación con una entrada inmediata pero igualmente costosa.

[An antitrust barrier to entry is a cost that delays entry and thereby reduces social welfare relative to immediate but equally costly entry.

Explican que todas las barreras económicas son barreras para efectos de competencia económica, mas no al revés. “Barreras”, en el contexto del análisis económico de prácticas monopólicas y concentraciones, es más amplio que las barreras según identifica la doctrina económica. La existencia de una barrera significa que el bienestar sería superior si no existiera.

Con dicho antecedente, veamos la definición legal de barrera.

B. DEFINICIÓN DE LA LFCE

La Ley Federal de la Competencia Económica (“**LFCE**”) define barreras así:¹²

Cualquier característica estructural del mercado, hecho o acto de los Agentes Económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados; que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia, así como las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno que indebidamente impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia.

La definición de la LFCE tiene un mérito que a la vez puede ser un peligro: el *peligro* es que su amplitud propicie que abarque situaciones que, lejos de ser cuestionadas, deben ser aplaudidas – lo cual abordo en la sección IV de esta nota. El *mérito* reside en que es lo suficientemente amplia como para abarcar todo lo que en verdad puede ser una “barrera”. Por ello, comentar algunos ejemplos de casos importantes puede ser de utilidad.

¹² Artículo 3.IV de la LFCE.

C. EJEMPLOS

1. Conceptuales

Existen muchos tipos de barreras, como la información, economías de escala, economías de ámbito, costos hundidos, estrategias y prácticas exclusionarias, los efectos red y los mercados de dos caras. De estos, deseo comentar los últimos dos.

Los *efectos red* son economías de escala pero del lado de la demanda, en vez de oferta. Ocurren cuando el beneficio que un consumidor recibe de un producto red es afectado por cuántos consumidores también tienen o usan el mismo. En términos económicos, arrojan una externalidad del lado de la demanda.

Los *mercados de dos caras* (*two-sided markets*) que consisten en plataformas que unen a dos tipos o grupos de consumidores en un fin común, como lo pueden ser periódicos (que juntan a los anunciantes y a los lectores), sistemas de pago (que unen a clientes y minoristas), televisión restringida (que junta anunciantes con televidentes, y a veces oferentes de programación) agencias de citas, bares y discotecas (que juntan a hombres y mujeres).

Todo lo anterior incide en la teoría de los mercados potencialmente competidos (*contested market theory*) de Baumol de 1982 que postula que la mera existencia de la amenaza de competencia en un mercado que parece concentrado o monopolístico es suficiente para disciplinar (reducir) precios.¹³

Expuestos los ejemplos conceptuales, pasemos a ejemplos derivados de la experiencia mexicana.

2. Ejemplos en la práctica mexicana

La práctica suele centrarse en identificar más que definir. Aunque han existido casos en los que se definen, el grueso se enfoca en su determinación de existencia para lo cual se considera un abanico de factores al determinar qué constituye una barrera, sin necesariamente hacer distinciones conceptuales como las arriba mencionadas. Ejemplifica lo primero *Pepsi vs Coca Cola*¹⁴ donde se definieron como “los obstáculos que tendrían nuevas sociedades para competir directamente con las ya establecidas en el mercado”. Hecho ello, identificó a la publicidad como una barrera dado el posicionamiento que brindaba.¹⁵ La publicidad recibió eco en *Telecable Centro Occidente v Grupo Televisa*, pero en este caso se determinó que la principal

13 Desde su concepción, la teoría ha atraído tanto críticas como admiradores, tanto en su expresión conceptual como aplicación práctica.

14 *Coca Cola Company y otros*, Expediente DE-06-2000. Resolución de 30 de junio de 2005, p. 130.

15 *Coca Cola Company y otros*, Expediente DE-06-2000. Resolución de 30 de junio de 2005, p. 129.

barrera a la entrada es la obtención de permisos para obtener licencias de las señales que comercialicen.¹⁶ En *Casa Ley vs Yakult* la barrera era que el producto era identificado con el nombre mismo, inclusive en la literatura internacional, lo cual generaba lealtad del consumidor.¹⁷ Y *Radiomovil Dipsa* ofrece un ejemplo extremo. Al ser Telcel el único que podía ofrecer el servicio de terminación de llamadas en redes públicas de telecomunicaciones, se habla de barreras “absolutas”.¹⁸

Lo que los ejemplos demuestran es que lo que la autoridad buscará es identificar y palpar. Habiendo determinado la existencia de una barrera, cualquiera que sea su especie, se buscará analizar y entender su impacto en el mercado, lo cual con frecuencia detona una discusión de grado.

D. DISCUSIÓN DE GRADO

Entendido qué es una ‘barrera’, la interrogante suele tornarse en qué tan alta tiene que ser para propiciar poder de mercado, o para atraer atención de autoridades de competencia. Ello exige un ejercicio de discernimiento, pues no hay reglas genéricas. Por ejemplo, cuánto tiempo es ‘demasiado’ para que entre un competidor potencial a establecerse en el mercado y contrarrestar el poder del incumbente. Cuánta inversión es ‘demasiada’ como para que el competidor potencial pueda entrar y competir. Qué tanta inversión en publicidad es ‘demasiada’ para ser contrarrestada por un entrante putativo. Y más genéricamente, a partir de qué tanta respuesta en la demanda ante un cambio puede hablarse de ‘poder de mercado’ (la suposición siendo que siempre existe una efímera pérdida de ventas sufrida, inclusive por agentes económicos dominantes, pero que al no ser significativa, no resta la habilidad general de subir precios).¹⁹

Es lo anterior lo que hace que este punto sea clave en el análisis competitivo clave. Una manera de discernir si el poder depositado en el tomador de decisión está siendo utilizado con mesura, o si está justificando (racionalizando) decisiones tomadas *ex ante*.

II. Importancia

La existencia de barreras es dispositiva en muchos casos, tanto de prácticas monopólicas como de concentraciones. Lo que es más, es lo que explica muchas situaciones que distan de ser óptimas. Para explicar la importancia de las barreras, me basaré en las aportaciones de Bain.

16 *Grupo Televisa, S.A.B. y otros*, Expediente De-022-2007, Resolución de 30 de noviembre de 2009, p. 115-116.

17 *Casa Ley v Yakult*, Expediente DE-29-2000, Resolución de 13 de junio de 2002, Gaceta de Competencia Económica, Año 6, número 15, Enero-abril 2003, p. 351.

18 *Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V.* Expediente DE-37-2006, y acumulados, Resolución de 7 abril 2011, p. 56.

19 Aunque este último ejemplo no alude a barreras, sí a su efecto: poder de mercado.

Bain hace la exposición seminal sobre el tema en su obra *Barriers to New Competition*.²⁰ Al hacerlo, su obra comienza con una explicación sobre la importancia de la posibilidad de entrar a los mercados, para luego explicar cómo funcionan las economías de escala,²¹ la diferenciación de productos,²² las ventajas absolutas en costo,²³ exponiendo una teoría sobre las barreras de entrada y sus consecuencias,²⁴ finalizando con un comentario sobre pruebas empíricas sobre desempeño del mercado²⁵ y la condición de entrada para políticas públicas.²⁶

De dicha obra, lo que deseo hacer eco en este contexto es la importancia de la condición de entrada. Las condiciones esenciales para que exista facilidad de entrada son tres:

- a) Que los agentes económicos no tengan una ventaja absoluta en precios sobre los entrantes potenciales;
- b) Que los agentes económicos no tengan productos diferenciados en comparación con los de entrantes potenciales; y
- c) Que las economías del agente económico son insignificantes.²⁷

Cuando lo anterior existe, la condición de entrada es un factor determinante del comportamiento en el mercado, especialmente en industrias oligopolizadas.

Dicho de otra manera, *nada fomenta más la competencia que la existencia de rivales*. La apreciación es fácil de entender en el caso de rivales *actuales*. Pero también los rivales *potenciales* jugarán un papel (disciplinarán) *cuando existen condiciones de entrada*. Luego entonces, una moraleja de su comprensión —y la obra de Bain— es que las barreras de entrada deben ser un foco de atención.

He observado que otros anclan observaciones sobre barreras en el modelo de Hotelling, por lo que lo comentaré. Harold Hotelling hizo una aportación que, si bien su aplicación central es sobre la tendencia de los productores a asemejar sus productos,²⁸ algunos consideran relevante para entender la importancia de las barreras – conocida como el ‘modelo de Hotelling’.

Hotelling pone como ejemplo una calle donde a lo largo de la misma están dos agentes económicos

20 Joe S. Bain, *Barriers to New Competition. Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1962.

21 Id., pp. 53 a 113.

22 Id., pp. 114 a 143.

23 Id., pp. 144 a 166.

24 Id., pp. 167 a 181.

25 Id., pp. 182 a 204.

26 Id., pp. 205 *et seq.*

27 Cuando en comparación con el abasto total de la industria, su abasto es una fracción insignificante de la misma.

28 Harold Hotelling, *STABILITY IN COMPETITION*, *Economic Journal* 39 (153), 1929, pp. 41–57.

que venden lo mismo en cada extremo: **A** y **B**. Su ubicación dentro de estos extremos es objeto de discusión y estrategia. La constante a observar es que, una vez que uno (v.gr., **A**) se establece en un lugar, **B** analizará dónde le conviene más ubicarse para lograr obtener la mayor cantidad de ventas del consumidor, y desviar la mayor cantidad de ventas de **A**. Y entre más gravite **B** hacia **A**, más incrementarán sus utilidades a costa de **A**. Haciendo un análisis matemático de ello (y las posibilidades que dentro de dicho espectro ocurren), Hotelling arriba a la siguiente apreciación general:²⁹

Los compradores están confrontados por todos lados con una semejanza excesiva. Cuando un nuevo entrante o productor se establece, no debe producir algo exactamente igual a lo que ya se produce en el mercado o arriesgará generar una guerra de precios .. pero existe un incentivo para hacer los productos de manera similar al producto viejo, aplicando un pequeño cambio que parecerá una mejora a la mayor cantidad posible de compradores sin ir muy lejos en esta dirección. [Ello propicia] una enorme estandarización ...

Tan general es esta tendencia que aparece en una diversidad de actividad competitiva, inclusive aquella fuera de lo que se conoce como la vida económica. La política muestra un ejemplo impactante. ...

[Buyers are confronted everywhere with an excessive sameness. When a new merchant or manufacturer sets up shop he must not produce something exactly like what is already on the market or he will risk a price war ... but there is an incentive to make the new product very much like the old, applying some slight change which will seem an improvement to as many buyers as possible without ever going far in this direction. ... this provokes tremendous standardisation ...

So general is this tendency that it appears in the most diverse fields of competitive activity, even quite apart from what is called economic life. In politics it is strikingly exemplified. ...]

¿Cuál es la relevancia de esta idea en barreras? Tal parece que reside en que, desde la perspectiva de competencia, para que todo lo anterior funcione, no deben de existir barreras. Ante barreras, los incentivos para competir por las preferencias del consumidor cambian radicalmente. De existir una barrera que zanje un mercado, el agente económico no tendrá por qué esmerarse por ganarse el voto económico (quitándosele a **A**, en nuestro ejemplo), sino que puede simplemente, cómodamente, ofrecer el producto en la forma que a él le conviene, no la forma que satisface de mejor manera la preferencia del consumidor.

Finalizo con una idea. Uno de los grandes factores disciplinantes y propiciantes de competencia es la “rescatabilidad del capital” (“*capital salvageability*”). Las barreras lo evitan. Ello genera espacios de oportunismo anticompetitivo y anquilosa y aletarga el mercado. Lejos de oxigenar, entumece. Como explico

29 Id., p. 54.

cuando abordo el tema de monopolio natural,³⁰ *las barreras son delicadas*. Son sin duda una de las grandes causas de ausencia de competencia. Un caso particular especialmente dañino son las barreras legales, las cuales merecen comentario independiente.

A. BARRERAS LEGALES — UN MAL UBICUO

Un caso particular de las barreras que merece comentario singular lo son las barreras legales. Si bien lo denuncié en otra obra,³¹ en este contexto lo abordo dado la frecuencia con la que se controvierte y lo desapercibido (o tolerado) del fenómeno.

Muchos de los mercados carentes de competencia (inclusive, auténticamente monopolizados) obedecen a una barrera legal.³² De hecho, sin temor a exagerar, puede decirse que las barreras más efectivas y algunas de las más difíciles de contrarrestar, lo son las barreras legales. Por ejemplo, la mala calidad y lo alto de las tarifas de aviación comercial nacional son explicables por una barrera legal: la prohibición de cabotaje aéreo.³³ Lo mismo puede decirse de la prohibición a comerciar con energía eléctrica.³⁴ Y siendo que son dos áreas importantes, son especialmente dañinos a la salud económica de la economía mexicana. (La electricidad es un insumo necesario para virtualmente toda la actividad económica. El transporte aéreo es un recurso importante para lo mismo.)

30 González de Cossío, *COMPETENCIA*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2ª ed, 2015. En dicho contexto indico que, en la medida en que existan economías de escala que tiendan a un solo proveedor (un monopolio 'natural'), las fuerzas de la competencia reducirán precios siempre que el capital pueda entrar y salir libremente del mercado. De allí la importancia de las barreras.

31 El Estado de Derecho: un Enfoque Económico, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

32 De hecho, el lector le interesará saber que llevo más de 10 años preguntando a mis alumnos ejemplos de monopolios (no mercados dominados, monopolios o monopsonios: mercados donde sólo hay *un* agente económico). Con miras a aguijonear su interés, he ofrecido un punto extra en el examen final. Al día de hoy, ni un solo alumno ha ofrecido un ejemplo que los demás consideren satisfactorio. Y la única respuesta cercana a ello la obtuve de un joven colombiano exponiendo el punto en una conferencia en la Universidad Javeriana: FIFA. (Invito al lector a que me brinde observaciones o ejemplos a fgcossio@gdca.com.mx. Al ponderar sobre ello se dará cuenta de la profundidad del punto que deseo transmitir en el texto: las barreras legales son especialmente efectivas y a la competencia corrosiva.)

33 Contenida en los artículos 11, 12 y 32 del Reglamento de la Ley de Aviación Civil. El último establece "*Los permisionarios extranjeros no pueden realizar prácticas de cabotaje en territorio nacional*. Únicamente el permisionario mexicano que preste servicio de transporte aéreo internacional bajo la modalidad de taxi aéreo o de fletamento, puede transportar entre dos o más puntos en territorio nacional a los pasajeros, carga, correo o una combinación de éstos que hayan embarcado en un punto en el extranjero, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 11 y 12 de este Reglamento." (énfasis añadido)

34 Artículo 36 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica que, al permitir las formas en que puede producirse la generación de energía, la condiciona a que (i) los excedentes sean enajenados a la Comisión Federal de Electricidad a los precios que esta indique (y a costos bajos); y (ii) no puedan entregar energía a terceros. Si se analiza el régimen de cada modalidad de generación (autoabastecimiento, cogeneración, producción independiente, pequeña producción, importación, exportación) se observará que en esencia no se puede comerciar con la energía eléctrica.

Con respecto al primero, ¿qué puede motivar dicha prohibición? ¿A quién beneficia?³⁵ Con respecto al segundo, ¿por qué no permitir que exista comercio de energía eléctrica? Ésta interrogación se torna en exclamación si se considera la escasez que buena parte del país vive. Gracias a la prohibición, hoy por hoy hay muchas oportunidades perdidas para remediar las deficiencias de servicios que recibimos – ¡y a un precio altísimo!³⁶

Dado que he hecho valer las preguntas anteriores en varios foros, comparto un par de respuestas que he recibido. Se me dice que no se permite el comercio de energía eléctrica por motivos de soberanía. Me pregunto: ¿por qué la capacidad de auto-definirnos es un óbice para crear un mercado competido en dicha rama? De hecho, si el objetivo es evitar vulnerabilidad, es mucho más robusto permitir que una pluralidad de agentes económicos presten el servicio (en forma regulada). Así, si uno falla, otros suplirán su deficiencia.

Con respecto al comercio aéreo, las excusas abundan: seguridad, reciprocidad. Con respecto a la primera, el propósito es logvable mediante regulación no la prohibición es por ello injustificada. Sobreprohibitiva. Respecto al segundo, se trata de una gran ironía. Condicionar la permisión de cabotaje aéreo a extranjeros cuyos países lo permitan a las aerolíneas mexicanas implica sacrificar al consumidor mexicano para beneficiar a un sector estrecho: el aéreo. No lo olvidemos: el dulce del comercio internacional no está en la exportación, sino en la importación. Verlo al revés (en forma mercantilista) implica supeditar el interés de la clase consumidora a la clase productora. (Además, el mismo propósito es logvable de otra manera — como tratados internacionales— sin supeditar el beneficio de fomentar la competencia local.³⁷)

Invito al lector a que pondere sobre ello y lo investigue. Al hacerlo, encontrará que es un espacio capturado por grupos de interés – y que han logrado (de manera similar a la explicación que agudamente hace Hazlitt en su obra *Economics in One Lesson*) convencernos que así debe permanecer – en detrimento, claro, de la competencia y por ende el consumidor.

III. Barreras en la nueva LFCE

El tema de barreras a la competencia ha merecido enfoque crucial. La Constitución establece que la Comisión

- 35 La respuesta es obvia para el lector agudo. (La industria nacional, que se insula de competencia.) Piénsese: ¿por qué puede uno encontrar precios de vuelos inter-europeos muy baratos en comparación con los precios de la industria nacional? ¿Por qué es frecuentemente más barato viajar de Europa a Cancún que de la Ciudad de México a Cancún? (Estoy seguro que se aceptará que no es más oneroso.)
- 36 No son pocas las transnacionales que han movido sus actividades a otros países aduciendo el alto costo de la energía eléctrica, que es un insumo indispensable.
- 37 Si no ocurre, existe un argumento fuerte para considerar que las autoridades aeronáuticas están ‘capturadas’ (en el sentido stigleriano) por tener un interés concentrado, en comparación con el interés difuso del consumidor de contar con más opciones de aerolíneas locales. (vid. George J. Stigler, *THE THEORY OF ECONOMIC REGULATION*, Rand Journal of Economics, Bell Journal of Economics and Management Science, 2, no. 1, Spring 1971, pp. 1-21.)

Federal de Competencia Económica (“COFECE”), como parte de su objeto, podrá:³⁸

“ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia ...”

La nueva LFCE ha establecido una prohibición³⁹ de barreras y un procedimiento para determinar su existencia⁴⁰ y cómo eliminarlas.⁴¹ Ello ha suscitado una avalancha de preocupaciones; desde definición hasta aplicación. Con respecto a la primera, deseo proponer como definición de ‘barrera’ “cualquier asimetría que beneficia al incumbente”.⁴² Para que sea contraria a la LFCE, debe afectar negativamente el proceso de competencia y libre concurrencia. Es decir, no cualquier barrera es contraria a la LFCE.

El fundamento de la apreciación es el último párrafo del artículo 94 de la LFCE, que dice:

En todos los casos, la Comisión deberá verificar que las medidas propuestas generarán incrementos en eficiencia en los mercados, por lo que no se impondrán éstas cuando el Agente Económico con interés jurídico en el procedimiento demuestre, en su oportunidad, que las **barreras a la competencia y los insumos esenciales generan ganancias en eficiencia e inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resultan en una mejora del bienestar del consumidor**. Entre las ganancias en eficiencia se podrán contemplar las que sean resultado de la innovación en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

El párrafo en cuestión es la respuesta a las preocupaciones esgrimidas durante el proceso legislativo en medios y foros diversos con respecto a la posibilidad de que se afecten derechos adquiridos (incluyendo de propiedad) y se desincentive la innovación. En teoría, una barrera sólo puede ser objeto de una medida cuando sea más anticompetitiva que competitiva. Pero como dice el (agudo) dicho: “en teoría, no hay diferencia entre la teoría y la práctica. En la práctica la hay.” Cómo se implementa en la praxis esta (importante) facultad será trascendente. Para explicar por qué, tomemos dos extremos. En un extremo están las (enormes y vistas por doquier) barreras a la competencia en el mercado mexicano. Por otro, está la innovación y los esquemas de distribución, mercadotecnia y demás formas de ofrecer productos al consumidor que buscan que los agentes económicos que dan valor apropien parte del mismo. Mientras que los primeros merecen ser regulados y eliminados, los segundos deben ser respetados. Cómo diferenciar es difícil y delicado.

Difícil, pues implica una discusión de grado. Identificar un momento dentro de un *continuum* que puede no prestarse a trazos claros. Algo así como la discusión de cuándo el día se convierte en noche.

38 Párrafo duodécimo del Artículo 28 Constitucional.

39 Artículos 52 y 57 LFCE.

40 Artículo 94 LFCE.

41 Sección (b) del artículo 94 LFCE.

42 “Incumbente” es el término de arte tomado del anglicismo “*incumbent*” que se refiere al agente económico que ya está en el mercado y que tiene alguna ventaja frente a los nuevos entrantes.

Cuándo la noche es madrugada y la madrugada se torna en día. Trazar *una* línea implica cierta arbitrariedad: a partir de cierto momento puede decirse que es de día, y ya no de noche. Qué momento es casuista y objeto de opinión—que puede variar.

Delicado, pues mucho dependerá de ello. En esencia, si los esfuerzos de innovación podrán ser apropiados por el agente económico, o serán diluidos. Mermados por decisiones que sean poco sensibles a los retos inherentes al mundo de negocios. A la búsqueda de formas de ganar la carrera; la competencia.

IV. Barreras y estrategia: la tensión que invita confusión

Entendida la noción y aproximación analítica *vis-à-vis* las barreras en el análisis competitivo, deseo permear una preocupación.

Lo que algunos llaman “barreras” otros llaman “estrategia”. Lo que para un abogado y economista entrenado en los paradigmas de competencia económica resuena a una “barrera” es con frecuencia resultado de la aproximación que un agente económico adopta al mercado, y cómo dar valor. Su estrategia. Su respuesta al (a veces enorme) reto de cómo dar valor en el mercado particular. Cómo encontrar un espacio que colmar para satisfacer alguna necesidad del consumidor. (Y a veces, cómo sobrevivir.) Ello tiene implicaciones y manifestaciones diversas. Una puede ser justamente crear coyunturas para lograr capturar parte del valor que genera.

¿Es ello una “barrera”? Algunos dirán ‘sí’. Otros ‘no’. Yo diría, ‘depende’. Depende de qué sea y cómo se establezca. Y sobretodo, el impacto que tenga en el mercado. *Ello no admite generalización*. Lo que sí es procedente decir en este respecto es que no todo obstáculo, requisito, límite, condición, prohibición, etcétera, merece una suposición negativa – como a veces se percibe (o por lo menos sospecha) que tiene. Es necesario entender el mercado y el modelo de negocio del agente económico para entenderlo y atenderlo. Simplemente verlo bajo el prisma del análisis competitivo puede arrojar resultados sesgados – y lastimar justamente al que se debería estar premiando: al agente económico que diseña una forma de atacar un mercado y competir.

José Fernando Serrano Moreno

Un insumo esencial es aquel bien o servicio intermedio imprescindible para realizar alguna actividad económica, ya sea elaborar un bien y prestar un servicio final. Dadas las condiciones de competencia y de precios que prevalecen en algunos mercados de la economía mexicana, es importante tener los elementos para poder identificar aquellos insumos esenciales para que la autoridad de competencia pueda intervenir eficazmente. Por lo anterior, el presente muestra en una primera instancia los elementos para poder identificar aquellos insumos esenciales necesarios para la operación de algún agente económico o industria, esto en apego a la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), de sus Disposiciones Regulatorias y de la experiencia que tienen otras agencias de competencia en el tema. Asimismo, con el objeto de aportar más elementos, se muestra la experiencia de las agencias de Reino Unido, la OCDE y Estados Unidos. Finalmente, se elabora un ejercicio para determinar un insumo esencial del sistema financiero, considerando todos los elementos señalados previamente. Esto con la intención de generar una propuesta para determinar a un insumo esencial, con la cual la autoridad de competencia podrá evitar abusos de poder dominante, acaparamientos y sobreprecios que dañen a la competencia.

1. Caso mexicano

En la LFCE (DOF 23 de mayo 2014) se incorporó el concepto “insumo esencial”, con el objeto de que la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece o Comisión) tenga la facultad de determinar y regular el acceso a bienes o servicios imprescindibles para la operación y/o producción que realicen otros agentes económicos.

De acuerdo al artículo 60 de la LFCE, para poder determinar la existencia del insumo esencial la Cofece deberá tomar en cuenta, si el insumo es controlado por uno o varios agentes económicos con poder sustancial, la viabilidad de reproducirlo, su indispensabilidad para la provisión de bienes y servicios en un mercado, si tiene sustitutos y las circunstancias por las cuales el o los agentes económicos llegaron a controlarlo.

La importancia del insumo esencial reside en evitar los acaparamientos que pongan en riesgo la competencia de un mercado, por lo que la Cofece vigilará las relaciones comerciales en las cuales una empresa compra a quien es su proveedor y al mismo tiempo es su rival. Asimismo, no se debe de dejar de lado la asignación óptima de recursos, en la cual los clientes usuarios del insumo esencial puedan acceder a éste en cantidades y precios eficientes, y el proveedor a una remuneración justa que permita seguir ofertándolo en condiciones que se pueda invertir en investigación y desarrollo para su producción.

La Comisión podrá determinar la existencia de insumos esenciales sin acudir al procedimiento previsto en el artículo 94 de la LFCE, referente a las investigaciones para determinar insumos esenciales.

El concepto de insumo esencial es necesario para el entendimiento y aplicación de diversos aspectos normativos de la LFCE, tales como: práctica monopólica relativa, determinación del mercado relevante, determinación del poder sustancial y evaluación de concentraciones. Por ejemplo, se considerará como

Práctica Monopólica Relativa la denegación o restricción a un insumo esencial y el estrechamiento entre el precio de un bien final y el precio del insumo esencial, necesario para producirlo.

2. Experiencia de otras agencias.

Reino Unido

La “Competition Act” no determina explícitamente el concepto de insumo esencial o “essential facilities”, sin embargo sí considera el “Abuso de posición dominante”, la cual se refiere a cualquier conducta por parte de una o más empresas que lleven a cabo la explotación abusiva de su posición en un mercado que afecte al comercio. Asimismo, será la conducta abusiva que imponga directa o indirectamente condiciones de transacción inequitativas; así como la que limite la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; y aplique condiciones desiguales en transacciones equivalentes con terceros que ocasionen una desventaja competitiva.

OCDE

La OCDE en el documento “The Essential Facilities Concept” menciona que la “doctrina insumos esenciales” especifica que el propietario de un “cuello de botella” o “insumo esencial” tiene el mandato de proporcionar acceso a ese insumo a un precio “razonable”. Por ejemplo, tal doctrina puede especificar cuando un ferrocarril debe estar disponible en términos “razonables” a una empresa ferroviaria rival o una red de transporte de electricidad a un generador de electricidad rival. El concepto de “instalaciones o insumos esenciales” requiere que haya dos mercados, a menudo expresadas como un mercado ascendente y un mercado descendente. Por lo general, una empresa está activa en ambos mercados y otras empresas están activas o desean participar activamente en el mercado descendente.

Si bien las instalaciones o insumos esenciales surgen en contextos puramente **privados**, no regulados, hay una tendencia para que surjan con mayor frecuencia en contextos en los que el propietario o controlador del insumo esencial está **sujeto a la regulación económica** o es **parte del Estado** o relacionado con el Estado.

Estados Unidos

La Corte de Séptimo Circuito dijo que había cuatro elementos necesarios para establecer la responsabilidad en virtud de la doctrina de los insumos esenciales:

- 1) El control del insumo esencial por un monopolista;
- 2) La incapacidad del competidor para duplicar la instalación esencial;
- 3) La negación del uso de las instalaciones a un competidor;
- 4) La viabilidad de facilitar el insumo.

Respecto el segundo elemento para la determinación del insumo esencial, se refiere a que la duplicación de

este sea poco práctica o razonable, es decir, que al tratar de reproducirlo no podrá ser más económico que la alternativa ya existente. Por lo que, el comprador o demandante del insumo esencial deberá demostrar que la reproducción no es viable. Sobre el tercer punto, la negación al acceso, también se puede referir a cambios razonables en el servicio proporcionado o tasas cobradas, así como la negación pura y simple. El cuarto punto trata sobre la inexistencia de normativas que faciliten la transacción del insumo.

En este mismo sentido y de acuerdo a la American Bar Association, se realizó un consenso en cuanto a la identificación de los casos, en el cual consideran insumos esenciales: puentes de ferrocarril, la red de telecomunicaciones en todo el país, la red de transmisión eléctrica local y los estadios deportivos.

También se debe de tener cuidado en la aplicación de la doctrina de insumos esenciales en los casos en que el propietario del insumo tenga una posición dominante, ya que esto podría generar desincentivos para invertir. Por ejemplo, cuando una empresa haya alcanzado una posición dominante sin ser un monopolista, sus competidores podrán aprovecharse de sus inversiones. Por lo tanto, existe la necesidad de que la Corte intervenga y definir las condiciones en que se deberá aplicar la doctrina de insumos esenciales.

3. **Otras consideraciones que se deben tomar en cuenta para determinar la existencia de un insumo esencial:**

El concepto de insumos esenciales está asumiendo una importancia cada vez mayor en una serie de decisiones tomadas por las autoridades de competencia en todo el mundo a causa de:

- La liberalización de los mercados de servicios públicos que cuentan con o hacen uso de instalaciones o insumos esenciales; y
- El deseo de los gobiernos para establecer nueva infraestructura financiada por la inversión privada.

Por lo tanto, se necesitarán cada vez más juicios sobre los medios que restringen la competencia, y que a la vez esto no tengan un efecto negativo en la inversión de las grandes empresas.

Se deberá vigilar que el insumo en cuestión cumpla con las características fundamentales de un insumo esencial, las cuales son:

- Los competidores deben tener acceso, ya que es imprescindible para la provisión de bienes o servicios en ese mercado; y
- Replicarlos no es económicamente eficiente o puede no ser viable para los competidores.

Se deberá tener cuidado en la definición del mercado. La definición del mercado debe justificarse razonablemente, en particular teniendo en cuenta la oferta, la demanda y sustitutos secundarios. Una definición de mercado incorrecta corre el riesgo de producir un hallazgo falaz de insumos esenciales.

Cuando se ordene el acceso a los insumos esenciales se deberá considerar:

- Que es poco probable que la obligación para el proveedor de los insumos esenciales, garantice el acceso en condiciones transparentes y económicamente eficientes.
- Cualquier negativa a conceder tal acceso debe ser analizado por las autoridades de competencia.
- La negativa de un proveedor de insumo esencial a facilitar el acceso en condiciones transparentes y económicamente eficientes, donde hay capacidad ociosa, podrá ser considerada como un abuso, a menos que el proveedor pueda demostrar una justificación objetiva.
- La negativa para la creación de capacidad adicional también debe tratarse como un abuso.
- Los casos en que no exista capacidad ociosa y ninguna capacidad adicional puede ser creada, serán excepcionales.

La experiencia internacional muestra una amplia gama de instalaciones o infraestructura que se ha calificado como insumo esencial, entre las cuales destaca:

- Ferrocarriles y estaciones;
- Aeropuertos (asignación de slots; el manejo de los servicios de tierra) y los sistemas de reservación;
- Puertos;
- Redes de distribución pública, por ejemplo, cables de electricidad y gasoductos;
- Estaciones de autobuses;
- Algunos derechos de propiedad intelectual.

4. Ejercicio para la identificación del insumo esencial

El caso que se analizará será del de **Cajeros Automáticos en México**. El retiro de efectivo a través de cajeros automáticos sigue en ascenso, sin embargo, casi la totalidad de los usuarios prefiere usar los dispositivos del mismo banco en que tiene su tarjeta que otros, debido a que las comisiones que se cobran por operaciones interbancarias son altas. Al tercer trimestre del 2013, se habían realizado 365 millones de transacciones en los más de 40,000 cajeros automáticos que hay en el país. De éstas, 348 millones fueron en dispositivos propios del banco emisor de la tarjeta y sólo 17 millones resultaron ser operaciones interbancarias. Las transacciones interbancarias han disminuido. Hoy en día representan 4.6% del total de las operaciones en cajeros automáticos. Este patrón se observa tanto a nivel de sistema, como de la mayoría de los bancos participantes en el mismo.

Por lo anterior, el número de cajeros automáticos es un factor que valúan los consumidores para afiliarse a un banco, por lo tanto, los bancos con una red menor tienen menores probabilidades de atraer más clientes. Asimismo los bancos con una gran red continuarán con su posición dominante, dado que los bancos pequeños no tienen la capacidad financiera para replicar dicha red. Además la regulación ha intentado limitar las comisiones interbancarias, lo que parece haber “desintegrado” la red de cajeros automáticos; es decir, la cantidad de transacciones interbancarias es tan baja que los bancos no parecen compartir una red común

de cajeros automáticos, sino que compiten para instalar su propia red. Por ello, quien asume el costo por el uso del supuesto insumo esencial en este caso es el usuario final.

Para determinar si los cajeros automáticos son un insumo esencial, se citarán los aspectos que la LFCE señala y algunos elementos de la experiencia internacional.

Aspectos a considerar para determinar si los Cajeros Automáticos son un insumo esencial

Costos para replicarlo	Plazo para replicarlo	¿Existen costos de interconexión?	¿Cuántos agentes poseen una red similar a la dominante?	¿Los agentes tienen poder sustancial?
Se estima que el costo para instalar un cajero automático asciende a 5000 usd, (aproximadamente \$75,000 pesos mexicanos). Por lo que el replicar una red similar a la del banco con la red más grande, Bancomer con 7,749 cajeros, costaría 581.1 millones de pesos, más los costos de mantenimiento.	Si tomamos como ejemplo a Banco Wal Mart, quien es uno de los bancos con un menor número de cajeros automáticos y el cual tuvo una utilidad neta en 2013 de 209 millones de pesos, le tomaría 2.8 años replicarla.	Sí, pero no son de consideración.	Para responder a esta pregunta se puede señalar el CR5 relativo al número de cajeros automáticos, el cual es 80% en 2013. Lo cual es una muestra de que solo 5 bancos son capaces de tener una red amplia.	Los 5 principales bancos en México, por sí mismo no aparenta tener poder sustancial (Por ejemplo Bancomer posee el 22.7% de la captación total de depósitos), sin embargo, la infraestructura que posee cada uno es difícil de replicar en el corto plazo, por lo cual para efectos de este análisis se considerará que sí lo tienen de manera conjunta.

¿El insumo es indispensable para el negocio?	¿Existen sustitutos?	¿Se necesita alguna licencia o concesión especial por parte del Estado?	¿El proveedor es rival?	¿El precio que se paga por ese insumo es eficiente?
Dado que el 80% de las disposiciones de efectivo en México se realizan a través de cajeros automáticos, se considera que éste sí es indispensable para el negocio.	Existen otros sustitutos, tales como corresponsales bancarios, sin embargo, de todas las disposiciones de efectivo el 80% se realizaron en cajeros automáticos.	No.	Si.	Considerando el ejemplo de Argentina, donde la comisión más alta por disposición de efectivo es de 1.72 usd (25.8 pesos mexicanos), se puede decir que el acceso a este insumo no es eficiente, puesto la comisión más cara en México asciende a 40 pesos.

Análisis para la determinación final

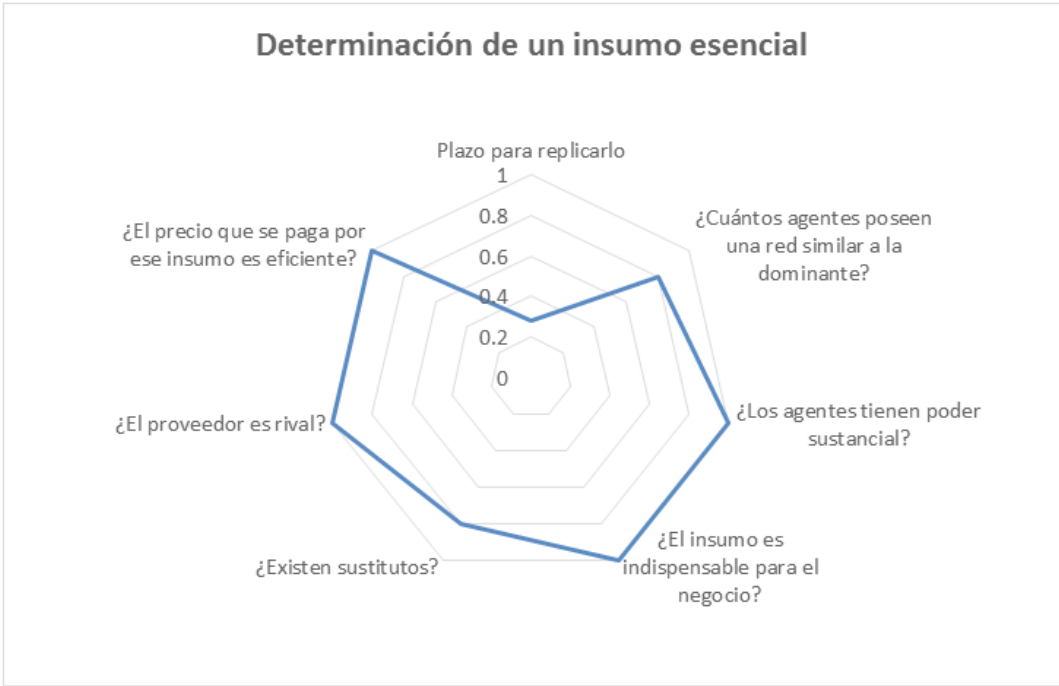
Se elaborarán algunos índices y gráficos para facilitar la determinación, para ello se seleccionaron los aspectos que tienen efecto directo en el insumo que se está analizando y su información.

Plazo para replicarlo	¿Cuántos agentes poseen una red similar a la dominante?	¿Los agentes tienen poder sustancial?	¿El insumo es indispensable para el negocio?	¿Existen sustitutos?
Se deben establecer parámetros para los plazos, esto en función de la industria y de la capacidad de los agentes. Por ello se elaborará el índice para medir “el plazo para replicar el insumo esencial”. Se sugiere que para esta industria sea un plazo de 10 años para poder replicarlo y considerarlo en este rubro como insumo esencial. El índice estará conformada por lo siguiente: tiempo que le tomará al agente replicarlo / el tiempo que la autoridad de competencia considera para denominarlo como insumo esencial. El resultado es $2.8/10=0.28$. Mientras más cercano a uno sea, más fácil será determinarlo como insumo esencial en este rubro.	Se deben establecer parámetros para calificar la participación de los agentes, parece útil hacer uso del CR5, el cual es de 80% (ó 0.80). También se podrá considerar que mientras más cercano a 1 esté más fácil será determinarlo como insumo esencial en este rubro.	Sí, para efectos gráficos cuando sea afirmativa la respuesta se dará el valor de 1, caso contrario 0.	Sí, dadas las características de la industria que ya se explicaron. Cuando sea afirmativa la respuesta se dará el valor de 1, caso contrario 0.	Sí, uno más. Se sugiere poner la importancia relativa del insumo que se está analizando, a pesar de que existe un sustituto para la disposición de efectivo, los cajeros automáticos poseen el 80% de las preferencias. Se sugiere anotar 0.80.

¿El proveedor es rival?	¿El precio que se paga por ese insumo es eficiente?
Sí. Cuando sea afirmativa la respuesta se dará el valor de 1, caso contrario 0.	No, Cuando sea negativa la respuesta se dará el valor de 1, caso contrario 0.

Nota: El presente ejercicio es meramente una propuesta para determinar un insumo esencial. Asimismo la información financiera mostrada de los agentes económicos se obtuvo de sus informes anuales. La información referente a los costos de instalación de una red de cajeros automáticos no proviene de una fuente confiable, por lo que se debe tomar con sus previsiones.

Los resultados anteriores se grafican de la siguiente manera:



Resultado

Para determinar la existencia de un insumo esencial se sugiere que todos los aspectos evaluados cumplan con el requisito de obtener un valor de por lo menos 0.80, dado que "el plazo para replicarlo" obtuvo un valor de 0.28, se determina que los cajeros automáticos no cumplen las condiciones para ser denominado insumo esencial.

Sergio López Rodríguez¹

Director General de Asuntos Contenciosos en la Comisión Federal de Competencia Económica

I. Introducción

La presunción de inocencia (principio sustantivo del derecho penal) significa que toda persona acusada de una infracción no puede considerarse culpable hasta que se acredite el hecho ilícito y su participación ante un Tribunal independiente, imparcial, previamente establecido por la Ley, tras un proceso celebrado con plenitud de garantías.²

Desde hace varios años, en el ámbito jurisdiccional, ha sido materia de debate si ese tipo de principios resultan o no aplicables a la materia administrativa. Tratándose del derecho de la competencia económica han existido determinaciones del Poder Judicial de la Federación (PJF) que establecían la inaplicabilidad de los principios sustantivos del derecho penal a los procedimientos en materia de prácticas monopólicas.

No obstante, en enero de dos mil catorce, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) consideró viable la aplicación modulada³ del principio de presunción de inocencia a los procedimientos administrativos. Ello al estimar: (i) que en el procedimiento administrativo sancionador se tiene en cuenta el debido proceso; (ii) la naturaleza de la potestad sancionadora del Estado; y, (iii) que el principio en comento es de aplicación general. Así, en los procedimientos administrativos no sólo se deben respetar los derechos propios de la materia administrativa, sino que a ellos debe añadirse la presunción de inocencia debido a la exigencia general del modelo de Estado Constitucional de derecho para tratar a los particulares de determinada manera en cualquier materia al someterlas a evaluación por determinada conducta sancionada por la ley.

Este documento tiene por objeto establecer la exacta modulación que debe darse, dentro del procedimiento que en materia de prácticas monopólicas desahoga la Cofece, al referido principio; considerando que se trata de un derecho fundamental de aplicación directa e inmediata, cuyo contenido vincula la actuación de toda autoridad a velar por su debida aplicación (requiere de la actividad probatoria de la autoridad

1 Es licenciado en derecho, con mención honorífica, por la Universidad Nacional Autónoma de México, cuenta con especialidades en las materias de: competencia económica, juicio de amparo y derecho penal. Actualmente se desempeña como Director General de Asuntos Contenciosos en la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece). Ingresó a laborar a la extinta Comisión Federal de Competencia (CFC) en octubre de dos mil uno, órgano en el que desempeñó los cargos de Subdirector de Área en la Dirección General de Asuntos Jurídicos así como Director de Área, Director General Adjunto y Director General de Asuntos Contenciosos. Desde dos mil nueve está a cargo de la defensa judicial de los actos de autoridad que emitió la CFC y los que al día de hoy emite la Cofece. Ha participado activamente en cientos de litigios en materia de competencia económica ante los distintos órganos que integran el Poder Judicial de la Federación. Asimismo, ha publicado diversos artículos relacionados con el derecho de la competencia económica y participado, como ponente, en diversos seminarios nacionales e internacionales en tal materia.

2 MARTÍNEZ GARNELO, Jesús. La presunción de inocencia en materia penal. Editorial Porrúa, México, 2013, p. 478.

3 Bajo la óptica de cada caso en concreto.

que destruya de forma clara y rotunda la inocencia del gobernado, es decir, será la responsabilidad y no la inocencia la que deba probarse).

II. Antecedentes judiciales respecto a la aplicación de los principios penales sustantivos en el procedimiento que, en materia de prácticas monopólicas, desahoga la autoridad en materia de competencia económica.

En múltiples ocasiones, los agentes económicos a quienes la extinta Comisión Federal de Competencia⁴ (CFC) dirigía actos de autoridad (generalmente emitidos dentro de la etapa de investigación del procedimiento de prácticas monopólicas) hicieron valer, ante el PJF, manifestaciones en el sentido de que se encontraban impedidos de proporcionar la información solicitada o de rendir declaración ya que las facultades en que se sustentaba tal proceder eran contrarias a diversos principios penales sustantivos.

Tal tema fue del conocimiento de la SCJN al analizar la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley Federal de Competencia Económica vigente hasta el seis de julio de dos mil catorce (en lo sucesivo la LFCE abrogada). A manera de ejemplo puede consultarse lo resuelto por la Segunda Sala del Alto Tribunal, al resolver los amparos en revisión 1087/2007 y 347/2013.⁵ En esta última ejecutoria, la Segunda Sala de la SCJN sustentó sus razonamientos en los criterios judiciales 2a. XC/2012 (10a.) y 2a. XCI/2012 (10a.) que fueron materia de análisis en la contradicción de tesis 200/2013-PL (CT 200/2013-PL) que más adelante se comentará.

El sentido de las ejecutorias del Alto Tribunal a que se ha hecho referencia, han sido replicados en múltiples ocasiones por diversos órganos jurisdiccionales para negar el amparo a los agentes económicos que han pretendido señalar la aplicación del principio de presunción de inocencia dentro del procedimiento que, en materia de prácticas monopólicas, desahogaba la CFC.

III. La creación de la Comisión Federal de Competencia Económica y la entrada en vigor de la nueva Ley Federal de Competencia Económica.

Por Decreto publicado el once de junio de dos mil trece en el Diario Oficial de la Federación (DOF) se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Derivado de tal Decreto, el párrafo décimo cuarto del artículo 28 de la Constitución Federal señala, entre otros, que “(...) *el Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio (...)*”.

El órgano constitucional autónomo denominado Comisión Federal de Competencia Económica (Co-

⁴ Órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía que se extinguió a consecuencia de la reforma del artículo 28 Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el once de junio de dos mil trece.

⁵ Si bien en esta ejecutoria se analizaron artículos de la LFCE abrogada que tienen que ver con procedimientos diversos al de prácticas monopólicas, lo cierto es que el criterio resulta ilustrativo para los efectos de este documento.

fece) quedó constituido el diez de septiembre de dos mil trece y ante ello la CFC se extinguió.

Por otra parte, el veintitrés de mayo de dos mil catorce se publicó en el DOF el “Decreto por el que se expide la Ley Federal de Competencia Económica y se reforman y adicionan diversos artículos del Código Penal Federal”. El artículo primero transitorio del Decreto aludido señala que entraría en vigor a los cuarenta y cinco días naturales siguientes al de su publicación en el DOF, esto es el siete de julio de dos mil catorce.

Con la creación de la Cofece y la entrada en vigor de la nueva Ley Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo LFCE) se genera un parteaguas en la historia del derecho de la competencia en nuestro país. Ello, entre otros muchos factores, porque la nueva autoridad en materia de competencia económica aplicará una normatividad de reciente entrada en vigor.⁶

Así, los procedimientos que se desahogan en la Cofece y los actos que en ellos se emiten, están sustentados en nuevos preceptos normativos, cuya constitucionalidad, convencionalidad y legalidad deberá ser analizada por el PJF.

IV. La CT 200/2013-PL.

En sesión del veintiocho de enero de dos mil catorce (a menos de cinco meses de la constitución de la Cofece y casi medio año antes de la entrada en vigor de la LFCE), el Pleno de la SCJN, por mayoría de nueve votos,⁷ resolvió la CT 200/2013-PL determinando que prevalece con carácter de jurisprudencia el criterio cuyo título es el siguiente: **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON MATICES O MODULACIONES.**⁸ Esta resolución del Pleno del Alto Tribunal derivó del análisis de la contradicción de criterios existente entre lo resuelto por su Primera Sala en el amparo en revisión 349/2012⁹ y lo establecido por la Segunda Sala en el amparo en revisión 431/2012.¹⁰

De la ejecutoria emitida por la Primera Sala derivaron los criterios judiciales 1a. XCIII/2013 (10a.) y 1a. XCVII/2013 (10a.), cuyos títulos son los siguientes: (i) **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, LA APLICACIÓN DE ESTE DERECHO A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES DEBE REALIZARSE CON LAS MODULACIONES NECESARIAS PARA SER COMPATIBLE CON EL CONTEXTO AL QUE SE PRETENDE APLICAR;** y, (ii) **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL ARTÍCULO 61 DE LA LEY DE**

6 El Estatuto Orgánico de la Cofece y las Disposiciones Regulatorias de la LFCE fueron publicados en el DOF el ocho de julio y diez de noviembre de dos mil catorce, respectivamente.

7 Los Ministros Aguilar Morales y Pérez Dayán votaron en contra.

8 Registro: 2006590.

9 Cfr. <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=139325>

10 Cfr. <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=140755>

FISCALIZACIÓN SUPERIOR DEL ESTADO DE MORELOS, NO VULNERA ESTE DERECHO EN SUS VERTIENTES DE REGLA DE TRATAMIENTO, REGLA PROBATORIA Y ESTÁNDAR DE PRUEBA. De la lectura de la ejecutoria en comento, se aprecia que la Primera Sala señaló:

- Que la presunción de inocencia es un derecho fundamental compatible con el derecho administrativo sancionador, con independencia de que se considere de que se trata de un principio implícito en la Constitución Federal o si su fundamento deriva directamente del apartado B, fracción I, del numeral 20 constitucional, lo cierto es que la protección que brinda dicho principio debe extenderse a los procedimientos sancionadores que lleva a cabo la administración pública.
- Que como regla de tratamiento la presunción de inocencia tiene como finalidad impedir la equiparación entre las personas que han sido declaradas culpables con las que únicamente están sometidas a proceso penal.
- Que la dimensión del principio de presunción de inocencia puede identificarse con tres vertientes del derecho, (I) como regla de trato procesal; (II) como regla probatoria; y (III) como estándar probatorio o regla de juicio.
- Que el principio de presunción de inocencia en la esfera administrativa sancionadora debe tener el mismo alcance que en el ámbito penal, pero su traslado a aquel ambiente corresponde realizarlo con las modulaciones necesarias para hacerlo compatible con el contexto institucional al que se pretende aplicar.

La Primera Sala consideró que la presunción de inocencia es un derecho fundamental compatible con el ámbito administrativo sancionador y que su protección debe extenderse a los procedimientos sancionadores que lleva a cabo la administración pública que tienen que ver con aspectos disciplinarios, con las modulaciones necesarias para hacerlo compatible con el contexto institucional al que se pretende aplicar.

Por su parte, de la ejecutoria emitida por la Segunda Sala derivaron las tesis 2a. XC/2012 (10a.) y 2a. XCI/2012 (10a.) que tienen los títulos siguientes: (i) **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. CONSTITUYE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL APLICABLE EXCLUSIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL;** y, (ii) **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. NO ES UN PRINCIPIO APLICABLE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.** Al dar lectura a la ejecutoria en comento, se aprecia que la Segunda Sala señaló:

- Que el principio de presunción de inocencia constituye aspecto propio del procedimiento penal, dadas sus características y fines, que lo hace incompatible con el procedimiento administrativo sancionador.
- Que el principio de presunción de inocencia, busca evitar la afectación del derecho constitucional a la libertad ante la posibilidad de que se emita una sentencia condenatoria que se haya demostrado la culpabilidad del imputado, lo que no guarda relación directa con el procedimiento administrativo en el

que no se busca restringir en modo alguno la libertad del contribuyente, sino en todo caso, castigar la conducta infractora a través de una sanción pecuniaria.

La Segunda Sala determinó que el principio de presunción de inocencia constituye un aspecto del procedimiento penal que busca evitar la afectación a la libertad ante la posibilidad de que se condene antes de demostrar la culpabilidad del imputado, lo que a criterio de dicha Sala no guarda relación directa con el procedimiento administrativo haciéndose incompatible éste con dicho principio.

En esta tesitura, la CT 200/2013-PL se constriñó al análisis de las ejecutorias antes transcritas y de los criterios judiciales que de ellos derivaron. Sobre el particular, el Pleno del Alto Tribunal hizo las siguientes precisiones: (i) tratándose de la modulación del principio de presunción de inocencia, para trasladar al procedimiento administrativo sancionador la protección que otorga como regla de trato, de prueba y estándar de prueba, no será materia de esta contradicción; y, (ii) a pesar de que el criterio de la Primera Sala refiera al derecho administrativo sancionador, se asumirá como procedimiento administrativo sancionador.

En este orden de ideas, el Pleno de la SCJN se avocó a determinar si el principio de presunción de inocencia, podía o no aplicarse al procedimiento administrativo sancionador. Previo al análisis de la contradicción, la ejecutoria define diversos conceptos:

- Procedimiento administrativo sancionador: conjunto de actos o formalidades concatenados entre sí **en forma de juicio** por autoridad competente, con el objeto de conocer irregularidades o faltas ya sean de servidores públicos o particulares, cuya finalidad, en todo caso, sea imponer alguna sanción.
- Debido proceso legal: conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados¹¹.
- Infracción administrativa: comportamiento contraventor de lo dispuesto en una norma jurídica, a la que se apareja una sanción consistente en la privación de un bien o un derecho, y que no aparece calificado en el ordenamiento jurídico como delito o falta.

Posteriormente señala:

- Que los principios constitucionales son de aplicación general y atienden a la protección de la persona, desde el punto de vista de protección de los derechos humanos.
- Que en el procedimiento administrativo sancionador aplican los principios básicos del derecho penal para garantizar los derechos fundamentales de la persona, por lo que no existe una relación de subordinación entre el procedimiento de índole administrativo y la institución penal, sino que ambos se encuentran en un mismo plano, no obstante que en materia penal existe un mayor desarrollo en lo relativo al ámbito sancionador.

11 Cfr. **DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO**. Registro 2005716.

- Que no debe soslayarse el hecho de que el procedimiento administrativo sancionador no debe ser construido con los materiales y con las técnicas del derecho penal, sino desde el propio ámbito administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del derecho público estatal¹².
- Que en el principio de todo derecho público están una potestad y un ordenamiento, y cabalmente porque existe potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador, es por lo que se puede hablar con propiedad del procedimiento administrativo sancionador.
- Que por todo lo anterior, la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal forma parte de un genérico derecho punible del Estado.

Asimismo, realiza un análisis de los artículos 1°, 14 y 17 Constitucionales; 8.1 y 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y concluye:

- Que los derechos humanos son los reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales suscritos por el país;
- Que las normas relativas a los derechos humanos deberán ser interpretadas otorgando en todo tiempo a favor de las personas la protección más amplia; y,
- Que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad, entre otros principios, con el de progresividad (que pugna por la aplicación preferente de aquel ordenamiento que mejor tutele los derechos humanos).
- Que dentro de las garantías del debido proceso existe un “núcleo duro” en el que se incluye la garantía de audiencia, que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, mientras que existe otro núcleo de garantías que resultan aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado¹³.
- Que la garantía judicial de derecho de audiencia (concerniente al debido proceso) prevista en el artículo 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta concordante con el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Precisado lo anterior, el Alto Tribunal inicia el análisis constitucional del principio de presunción de inocencia señalando:

- Que este principio permite a los justiciables no ser etiquetados como responsables, previo a su demostración;
- Que se encuentra reconocido por diversos instrumentos de los que México es parte (artículo 8.2 de la

12 Nieto García, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador”. Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), España, 1993, pág. 32.

13 Cfr. **DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO**. Registro 2005716.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

- Que se encuentra detallado por diversas especies de garantías o mecanismos tendentes a hacer efectiva su protección, cuya fuente se encuentra en el derecho internacional, y que consisten en las garantías judiciales y de protección efectiva previstas en el artículo 8, numerales 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mismas que subyacen en el derecho fundamental de debido proceso.
- Que los numerales de los instrumentos internacionales antes referidos prevén garantías o mecanismos que como especies de lo previsto en los diversos 14 y 17 de la Carta Magna, aquellos subyacen en estos, de tal manera que no constituyen cuestiones distintas o accesorias a esta prerrogativa constitucional, sino que tienden más bien a especificar y a hacer efectivo el principio mencionado; debiendo interpretarse la totalidad de dichos preceptos de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados, atento al principio pro homine o pro personae, la interpretación más favorable que les permita la mejor impartición de justicia.
- Que la Constitución Federal, previo a la reforma de dieciocho de junio de dos mil ocho (en materia de derechos humanos), no reconocía expresamente el principio de presunción de inocencia.
- Que fue el propio Pleno de la SCJN quien estableció que tal principio se contenía de manera implícita en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo de la Carta Magna,¹⁴ pues derivaba de los principios de debido proceso legal y acusatorio, dado que, si el principio de debido proceso reconoce el derecho de todo inculpado a su libertad y que para privarlo de este es necesario cumplir con una serie de garantías mínimas otorgándole una defensa adecuada y, por su parte el principio acusatorio implica, que es a la autoridad a la que corresponde la función persecutoria de los delitos, se tiene que ambos resguardan dicho principio, pues el gobernado no tendrá la obligación de probar la licitud de su conducta, reconociendo así, a priori, el estado o condición de inocencia de los hombres.
- Que si bien el artículo 20, apartado B, fracción I de la Carta Magna que se refiere a la presunción de inocencia, aún no está vigente; lo cierto es que la resguarda¹⁵ ya que la Constitución Federal reconoce el estado o condición de inocencia de los gobernados, razón por la cual lo protege a través del derecho de toda persona a que se presuma su inocencia, lo que significa que todo hombre debe ser tratado con tal calidad -inocente- hasta en tanto no se demuestre lo contrario.
- Que la presunción de inocencia se resguarda en el texto constitucional como derecho fundamental a favor de toda persona, con base en el cual se exige que para toda autoridad y ante el procedimiento al que se le sujete, no se estimen verosímiles los cargos atribuidos al gobernado respecto a la comisión de delitos, salvo decisión contraria emitida por un tribunal, dentro de la observancia del debido proceso.

14 **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** Registro: 186185.

15 Según lo establecido en la ejecutoria emitida al resolverse la Contradicción de Tesis 36/2012.

Referido lo anterior, concluye que la presunción de inocencia en su génesis fue considerada como principio teórico del derecho derivado de la máxima in dubio pro reo, para con posterioridad llegar a construir un derecho de toda persona a ser considerada y tratada como inocente respecto de la acusación formal en su contra. En razón de su universalidad, es que adquirió la connotación de derecho fundamental, inherente a todo individuo y una vez adoptado e incorporado a la Constitución se advierte como derecho fundamental de aplicación inmediata y que permea a todo el ámbito jurídico (incluido el procedimiento administrativo sancionador).

En cuanto a su aplicación, establece que será eficaz sólo cuando el gobernado se enfrente a una acusación y su propósito será el límite a la potestad represiva del Estado en ejercicio de su derecho punitivo. En este tenor, también se le considera una garantía procesal a favor del imputado, dentro de todo enjuiciamiento o procedimiento del orden administrativo siendo que debe observarse antes de adoptar cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para la misma o limitación de sus derechos. De ahí que tenga efectos trascendentales en cualquier procedimiento o proceso en el que se pretenda acusar a alguien, así como en cada una de sus fases, sin importar la etapa en la que se encuentre.

En la ejecutoria se indica que el principio de presunción de inocencia se traduce en tres significados garantistas fundamentales:

- Como una regla probatoria que impone la carga de la prueba para quien acusa y, por ende, la absolución en caso de duda.
- Como regla de tratamiento al acusado que excluye o restringe al máximo la limitación de sus derechos fundamentales, sobre todo los que inciden en su libertad personal, con motivo del proceso que se instaura en su contra.
- Como estándar probatorio o regla de juicio que puede entenderse como una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculcados cuando durante el proceso no se han aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona. Así, la presunción de inocencia no aplica al procedimiento probatorio (la prueba entendida como actividad), sino al momento de la valoración la prueba (entendida como resultado de la actividad probatoria).

En este orden de ideas, en virtud del principio de presunción de inocencia corresponde a la autoridad desvirtuar la inocencia probando la ilicitud de la conducta (lo que opera a partir de que inicia la investigación hasta la resolución final) y, para la imposición de una sanción, tener certeza de la culpabilidad ya que ante la duda de su existencia no existe razón para imponerla. Por su parte, en virtud de ese principio, el gobernado tiene tanto el derecho a recibir la consideración y el trato de “no autor o no partícipe” en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos como el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos relacionados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo.

Asimismo, el Pleno del Alto Tribunal considera que el principio de presunción de inocencia debe ser aplicado, en todos los procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como resultado del “ius puniendi” del Estado, a las personas que pudiesen estar sometidas a un proceso o procedimiento administrativo sancionador.

Bajo esos parámetros, considerando que mediante el procedimiento administrativo sancionador el Estado ejercita su potestad punitiva no puede justificarse la inobservancia del principio de presunción de inocencia que ha de aplicarse al ámbito administrativo sancionador con matices o modulaciones, según sea el caso.

De este modo, señala la ejecutoria, la presunción de inocencia aplica, modularmente, al procedimiento administrativo sancionador debido: (i) a la naturaleza de éste que es gravoso; (ii) a la cualidad punitiva del Estado con la que participa en este tipo de procedimientos; (iii) por la defensa e interpretación más amplia de la calidad de inocente derivado de los artículos 1º, 14º y 17º constitucionales, como en los diversos 8.2 de la invocada Convención Americana sobre Derechos Humanos; 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, (iv) a que este principio debe ser reconocido en todo procedimiento de cuyo resultado pudiera resultar una pena o sanción, derivado de la garantía de debido proceso.

La modulación de este principio dependerá del contexto en el que se aplique. Sobre este punto, el Pleno del Alto Tribunal indica que no tiene el mismo alcance cuando se aplica a la actuación de la autoridad desplegada en forma de juicio que cuando se trata de actos unilaterales, pues en este tipo de actos se requerirá de una concreción en cada caso concreto ya que podría presentarse una posible minimización atendiendo a las características de cada asunto en concreto.

En definitiva, este principio:

- Exige que en el procedimiento administrativo sancionador exista acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la autoridad la carga probatoria tanto de la comisión de la infracción o falta como de la participación del probable responsable, sin que a éste pueda exigírsele una prueba de hechos negativos;
- Produce una inmediata consecuencia procesal que consiste en desplazar la carga de la prueba en el órgano acusador; es a él al que en un procedimiento contradictorio, con participación y audiencia del interesado inculcado, debe suministrar, recoger y aportar los elementos probatorios a través de los medios comunes que sirvan de soporte al supuesto de hecho cuya clasificación como falta administrativa se pretende. Dicho de otro modo, en el caso de que tal actividad probatoria no se haya producido, es evidente que el relato o descripción de los acaecimientos por la autoridad no conlleva

una presunción de veracidad que obligue al inculpado a demostrar su inocencia (*a parte la imposibilidad de hacer respecto de hechos negativos*) invirtiendo así la carga de la prueba; y,

- No sólo tiene que ver con la prueba de la autoría de los hechos, aunque sea su vertiente más usual de aplicación, sino que además se relaciona con la culpabilidad imputable al que, en su caso, lo realiza, sin que pueda acantonarse el ámbito de su funcionalidad en aquél primer plano de demostración de los hechos, ya que toda resolución sancionadora administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos.

Esta ejecutoria resulta trascendente para la Cofece ya que implica que dentro de sus procedimientos deberá observar, con modulaciones o matices, el principio de presunción de inocencia. Para determinar la exacta modulación que debe tener el principio de presunción de inocencia, tratándose del procedimiento de prácticas monopólicas, resulta indispensable tomar en consideración lo siguiente:

V. Tipos de actos de autoridad que emite la Cofece.

Durante la sustanciación del procedimiento en materia de prácticas monopólicas la Cofece emite actos de autoridad dirigidos tanto a autoridades como a gobernados. Este documento se enfoca en los actos que se dirigen a los gobernados y éstos tendrán un objeto y alcance que dependerá de la etapa del procedimiento en que éstos sean emitidos.

VI. Etapas del procedimiento en materia de prácticas monopólicas.

El procedimiento que, en materia de prácticas monopólicas, desahoga la Cofece está dividido en dos etapas: (i) investigación; y, (ii) procedimiento seguido en forma de juicio.

La **primera etapa**, es decir la investigación, es desahogada por la Autoridad Investigadora según lo establecido por el artículo 26 de la LFCE y tiene por objeto que la Cofece se allegue de la información que permita establecer si existen o no elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad del agente investigado.

Para lograr tal objeto, la Autoridad Investigadora cuenta con diversas facultades: (i) formular requerimientos de información y documentos; (ii) citar a declarar a quienes tengan relación con los hechos indagados; y, (iii) practicar visitas de verificación¹⁶ en donde se presuma que existen elementos para la debida integración de la investigación. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 de la LFCE.

16 Que se sujetarán a los requisitos previstos en el artículo 75 de la LFCE.

Una vez concluida la etapa de investigación, si existen elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad, la Autoridad Investigadora presentará al Pleno de la Cofece un dictamen en el que proponga el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio. En este caso, el Pleno ordenará al órgano encargado de la instrucción (el Secretario Técnico de la Cofece) el comienzo del referido procedimiento.

Así, la **segunda etapa** del procedimiento de prácticas monopólicas inicia con el emplazamiento al probable responsable con el dictamen de probable responsabilidad (DPR) que deberá contener, al menos los elementos a que alude el artículo 79 de la LFCE:

- La identificación del o los Agentes Económicos investigados y, en su caso, del o los probables responsables;
- Los hechos investigados y su probable objeto o efecto en el mercado;
- Las pruebas y demás elementos de convicción que obren en el expediente de investigación y su análisis; y,
- Los elementos que sustenten el sentido del dictamen y, en su caso, las disposiciones legales que se estimen violadas, así como las consecuencias que pueden derivar de dicha violación.

Este procedimiento seguido en forma de juicio será desahogado bajo las formalidades establecidas en el artículo 83 de la LFCE y en él se observa el debido proceso y se respeta el derecho de audiencia de los probables responsables.

Por último, se resalta que en la resolución descrita en el último párrafo del artículo 83 de la LFCE la Cofece puede imponer las sanciones que se encuentran contempladas en los Capítulos II, III y IV del Título VII del Libro Tercero de la LFCE (artículos 127, 128, 130 y 131). Ello representa una inequívoca manifestación de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas ante la comisión de ilícitos.

VII. Naturaleza jurídica de la etapa de investigación.

Respecto de la etapa de investigación (que era desahogada por la CFC y que resulta similar a la que desahogará la Autoridad Investigadora), el Pleno de la SCJN, al analizar los artículos 24, fracción I, 30 y 31 de la LFCE abrogada señaló que no constituye una fase de un procedimiento tramitado en forma de juicio, sino sólo el inicio de un procedimiento indagatorio en el que no existe aún la identificación de los hechos que puedan constituir una infracción, ni está determinado el sujeto a quien deberá oírsele en defensa como probable responsable de una infracción a la ley.¹⁷

¹⁷ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. EL PROCEDIMIENTO OFICIOSO DE INVESTIGACIÓN DE ACTOS QUE SE ESTIMAN LESIVOS DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS PARTICULARES, QUE EFECTÚA DICHO ÓRGANO, NO ES UN PROCEDIMIENTO

Asimismo, el Pleno del Alto Tribunal ha señalado que la indagatoria no puede ser violatoria del derecho de audiencia ya que no tiene como objetivo la privación definitiva de bienes o derechos de los gobernados, sino sólo que la autoridad se allegue de documentos, testimonios y otros elementos para lograr cumplir con el mandato constitucional contenido en el artículo 28 de la Carta Magna con relación al proceso de competencia y libre concurrencia.¹⁸

Tales criterios judiciales han sido retomados por diversos órganos jurisdiccionales¹⁹ y, al día de hoy, no se han emitido sentencias que le sean contrarias.

VIII. Naturaleza jurídica del procedimiento seguido en forma de juicio

El Pleno de la SCJN, al analizar el artículo 33 de la LFCE abrogada (que contemplaba el procedimiento seguido en forma de juicio ante la CFC, que guarda una gran similitud con el procedimiento previsto por el artículo 83 de la LFCE), señaló que el procedimiento en él contemplado cumplía con todas y cada una de las formalidades esenciales del procedimiento pues asegura que el probable responsable tenga una adecuada defensa, previamente a la emisión de la resolución que concluía tal procedimiento.²⁰

Posteriormente, tales características también fueron determinadas por un Tribunal Colegiado en Materia Administrativa.²¹ Al día de hoy, tal como sucede con los criterios judiciales existentes con relación a la etapa de investigación, no se han emitido determinaciones que sean contrarias a lo descrito.

ADMINISTRATIVO SEGUIDO EN FORMA DE JUICIO. Registro: 191,363.

18 **COMPETENCIA ECONÓMICA. EL PROCEDIMIENTO OFICIOSO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y DETECCIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTENIDO EN LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.** Registro: 191,362.

19 **COMPETENCIA ECONÓMICA. LAS ACTUACIONES PRACTICADAS EN LAS ETAPAS DE INVESTIGACIÓN Y DE AUDIENCIA DEL PROCEDIMIENTO PARA INDAGAR LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS SEGUIDO POR LA COMISIÓN FEDERAL RELATIVA, ASÍ COMO EL OFICIO DE PRESUNTA RESPONSABILIDAD EMITIDO EN ÉSTA, NO AFECTAN EL INTERÉS JURÍDICO DE LOS AGENTES ECONÓMICOS DENUNCIADOS PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.** Registro 172584.

INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. LO TIENE EL AGENTE ECONÓMICO PARA RECLAMAR EL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN CONFIDENCIAL QUE LE FORMULÓ LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN. Registro 160838.

COMPETENCIA ECONÓMICA. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS SEGUIDO POR LA COMISIÓN FEDERAL RELATIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 28 DE JUNIO DE 2006). Registro 172585.

20 **COMPETENCIA ECONÓMICA. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS O CONCENTRACIONES, CONTENIDO EN LA LEY FEDERAL CORRESPONDIENTE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.** Registro: 191,429.

21 **COMPETENCIA ECONÓMICA. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS SEGUIDO POR LA COMISIÓN FEDERAL RELATIVA (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 28 DE JUNIO DE 2006).** Registro 172585.

IX. Tipo de actos que emite la Cofece en el desahogo del procedimiento en materia de prácticas monopólicas.

De lo expuesto con antelación y con el objeto de analizar la aplicación modulada del principio de presunción de inocencia en los procedimientos que en materia de prácticas monopólicas desahoga la Cofece, se hará alusión a los siguientes actos emitidos por la aludida autoridad:

Etapa de investigación		Procedimiento seguido en forma de juicio	
Oficio de requerimiento de información y documentos		DPR	
Citatorio para comparecer a declarar		Oficio de requerimiento de información y documentos (pruebas para mejor proveer)	
Orden y acta de visita de verificación		Resolución	

Los actos que se han referido respecto a la **etapa de investigación** constituyen actos de molestia y tiene por objeto que la Autoridad Investigadora de la Cofece se allegue de informes, documentos o declaraciones que considera necesarios para la debida integración de la indagatoria.

Sobre el particular se destaca que, en términos de lo dispuesto por el artículo 119 de la LFCE, toda persona que tenga relación con algún hecho que investigue la Comisión, tiene la obligación de proporcionar la información, cosas y documentos que obren en su poder en el medio que le sean requeridos; de presentarse a declarar en el lugar, fecha y hora en que sea citada, y de permitir que se realicen las visitas de verificación. Así, por mandato legal, los gobernados se encuentran obligados a coadyuvar en el desahogo de la investigación observando en sus términos los actos de autoridad que les sean dirigidos.

Por otro lado, los actos del **procedimiento seguido en forma de juicio** son emitidos dentro del debido proceso y en acatamiento del derecho de audiencia. Sobre el derecho de audiencia, la SCJN ha definido que consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previa al acto privativo y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, las cuales resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación. Para cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, deben colmarse los requisitos siguientes: (i) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. En este orden de ideas, el contenido del artículo 83 de la LFCE (en el que se establece la existencia de los actos en comento) contempla las formalidades esenciales del procedimiento

seguido en forma de juicio.

Como se ha dicho, el DPR contiene los elementos²² que permiten al probable responsable estar en posibilidad de ejercer una adecuada defensa ya que le da a conocer, entre otros, los hechos que fueron investigados y objeto o efecto en el mercado; el análisis de las pruebas o elementos de convicción que obran en el expediente; los elementos que sustentan el sentido del dictamen; y, las disposiciones legales que se estiman violentadas, así como las consecuencias que pueden derivar de tal violación.

Por su parte, el oficio de requerimiento de información y documentos emitido durante el procedimiento seguido en forma de juicio tiene por objeto allegarse de pruebas para mejor proveer. Esta actuación tiene su fundamento en la fracción IV del artículo 83 de la LFCE y es realizada por propia iniciativa de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Cofece (unidad administrativa dependiente del Secretario Técnico que cuenta con la facultad de desahogar el procedimiento seguido en forma de juicio) para poder formar su convicción respecto de la probable responsabilidad a que alude el DPR.

Por otro lado, la resolución que emita el Pleno de la Cofece concluye la tramitación del procedimiento seguido en forma de juicio y deberá contener, al menos, lo siguiente:²³

- La apreciación de los medios de convicción conducentes para tener o no por acreditada la realización de la práctica monopólica o concentración ilícita;
- En el caso de una práctica monopólica relativa, la determinación de que el o los agentes económicos responsables tienen poder sustancial;
- La determinación de si se ordena la supresión definitiva de la práctica monopólica o concentración ilícita o de sus efectos o la determinación de realizar actos o acciones cuya omisión haya causado la práctica monopólica o concentración ilícita, así como los medios y plazos para acreditar el cumplimiento de dicha determinación ante la Cofece, y
- La determinación sobre imposición de sanciones.

En cuanto a la imposición de sanciones, se reitera que es la expresión de la facultad punitiva con que cuenta la Cofece.

X. Aplicación modulada del principio de presunción de inocencia dentro del procedimiento en materia de prácticas monopólicas.

Por las consideraciones desarrolladas en los apartados precedentes, se considera que el principio de presunción de inocencia sí resulta aplicable a los procedimientos que en materia de prácticas monopólicas desahoga la Cofece.

22 Previstos en el artículo 79 de la LFCE.

23 Según lo establecido en el artículo 85 de la LFCE.

Ello de conformidad con lo resuelto por el Pleno de la SCJN en la CT 200/2013-PL (que ha sido analizada con anterioridad en este documento) con relación a la jurisprudencia P./J. 99/2006.²⁴

En la jurisprudencia P./J. 99/2006 el Pleno del Alto Tribunal determina:

- Que el derecho administrativo sancionador tiene por objeto garantizar a la colectividad el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas (entre ellas la LFCE), utilizando el poder de policía²⁵ para lograr los objetivos en ellas trazados.
- Que la sanción administrativa (como la que puede imponer el Pleno de la Cofece en sus resoluciones) guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador son dos manifestaciones de la potestad punitiva del Estado.
- Que derivado de la similitud y la unidad de la potestad punitiva, en la interpretación de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudirse a los principios penales sustantivos.
- Que la traslación de los principio penales sustantivos (entre ellos la presunción de inocencia) en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse de forma automática, porque su aplicación al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza.

En esta tesitura, tomando en consideración lo que señala el Pleno del Alto Tribunal (tanto en la CT 200/2013-PL como en la jurisprudencia P./J. 99/2006), la aplicación del principio de presunción de inocencia al procedimiento de prácticas monopólicas debe realizarse de forma modulada, es decir, de manera armonizada con la naturaleza del procedimiento en comento.

Para determinar la exacta modulación que debe tener el principio de presunción de inocencia, tratándose del procedimiento de prácticas monopólicas, conviene tener presente, en primer lugar, lo establecido en la CT 200/2013-PL en el sentido de que:

24 DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO. Registro: 174488.

25 Límites, intervenciones o restricciones a los derechos fundamentales y, en especial, a las libertades, ya que su ejercicio puede afectar los derechos de la sociedad. Se trata de mandatos que se dirigen a mantener la eficacia y operatividad de un orden público donde imperen tanto las libertades como la seguridad, entendidos como importantes valores jurídicos fundamentales, privilegiando conseguir así las mejores condiciones para el desarrollo, prosperidad y bienestar de la sociedad en su conjunto. La regla ordinaria es que sólo el Congreso ejerce el poder de policía, pues únicamente éste puede, dentro del marco de los principios y valores consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, regular y limitar los derechos y libertades para garantizar el control y efectividad del orden público, en tanto la función de policía es la potestad de aplicación o concreción de las normas legales dictadas en virtud del poder de policía [Cfr. la tesis I.4o.A.19 K (10a.) con número de registro 2003972].

- No existe una relación de subordinación entre el procedimiento administrativo y la institución penal, sino que ambos se encuentran en un mismo plano;
- El procedimiento administrativo sancionador no debe ser construido con los materiales y con las técnicas del derecho penal, sino desde el propio ámbito administrativo;
- La presunción de inocencia es un derecho fundamental a favor de toda persona, con base en el cual se exige a toda autoridad no estimar verosímiles los cargos atribuidos al gobernado, es decir, es el derecho de toda persona a ser considerada y tratada como inocente respecto de la acusación formal en su contra;
- Esa garantía procesal debe observarse en todo enjuiciamiento o procedimiento del orden administrativo;
- La aplicación del principio de presunción de inocencia será eficaz sólo cuando el gobernado se enfrente a una acusación y tendrá efectos trascendentales en cualquier procedimiento en el que se pretenda acusar a alguien;
- En virtud del principio de presunción de inocencia corresponde a la autoridad desvirtuar la inocencia probando la ilicitud de la conducta y, para la imposición de una sanción, tener certeza de la culpabilidad ya que ante la duda de su existencia no debe imponerla;
- El principio de presunción de inocencia debe ser aplicado, en todos los procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como resultado del “ius puniendi” del Estado, a las personas que pudiesen estar sometidas a un proceso o procedimiento administrativo sancionador.

Posteriormente, no debe perderse de vista la naturaleza jurídica tanto de la etapa de investigación como del procedimiento seguido en forma de juicio (tema que se ha abordado con anterioridad) así como a que el Pleno de la SCJN, al analizar los artículos 24, fracciones I y III, y 30 a 39 de la LFCE abrogada, determinó que desde el punto de vista estrictamente jurídico, la etapa de investigación constituye una actuación de naturaleza distinta, autónoma e independiente del diverso procedimiento seguido en forma de juicio ya que el ordenamiento citado establecía (al igual que lo hace la LFCE vigente) que la extinta CFC (al igual que la Cofece) tenía entre sus atribuciones la de resolver los casos de su competencia y, en su caso, sancionar a quienes se demuestre que violaron esa ley, para lo cual sustanciaba el “procedimiento contencioso” (el procedimiento seguido en forma de juicio), pero con independencia de ese procedimiento se instituía una facultad que dotaba de atribuciones legales para requerir y obligar a los particulares a que exhibieran informes y documentos relevantes para las averiguaciones preliminares al procedimiento contencioso.²⁶

²⁶ **COMPETENCIA ECONÓMICA. LA FACULTAD DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ANTE LA MISMA COMISIÓN.** Registro: 181,770.

Por lo expuesto, siendo que la presunción de inocencia debe ser observada en los procedimientos que puedan concluir con una sanción impuesta en ejercicio del “ius puniendi” y que tal principio será eficaz sólo cuando el gobernado se enfrente a una acusación; el principio de presunción de inocencia sólo será aplicable a la segunda etapa del procedimiento de prácticas monopólicas, esto es, al procedimiento seguido en forma de juicio.

En eso consiste la exacta modulación que debe tener el referido principio en los procedimientos que, en materia de prácticas monopólicas, desahoga la Cofece.

Lo anterior es así ya que a través del DPR se imputa al gobernado una probable responsabilidad consistente en que una determinada conducta podría constituir una práctica monopólica. Así, no es sino hasta que se realiza el emplazamiento al probable responsable al procedimiento seguido en forma de juicio que el gobernado tiene que hacer frente a una acusación formulada en su contra por la Cofece.

Situación que no acontece en la etapa de investigación ya que, como se ha señalado, en ella no existe aún la identificación de los hechos que puedan constituir una infracción, ni está determinado el sujeto a quien deberá oírsele en defensa como probable responsable de la comisión de una práctica monopólica. Aunado a ello, como también se ha expuesto, esta etapa no tiene como objetivo la privación definitiva de bienes o derechos de los gobernados, sino sólo que la autoridad se allegue de documentos, testimonios y otros elementos para lograr cumplir con el mandato constitucional. Así, durante la investigación al gobernado no se le atribuye conducta alguna que deba desvirtuar ni enfrenta una acusación por parte la Autoridad Investigadora. Tan es así que la indagatoria puede concluir con el dictamen de cierre elaborado por la Autoridad Investigadora si no se desprendieron elementos para iniciar el procedimiento seguido en forma de juicio.²⁷

En este orden de ideas, al desahogarse el procedimiento seguido en forma de juicio, la Cofece debe observar el principio de presunción de inocencia y, al hacerlo, no debe soslayar que la Primera Sala de la SCJN, en las jurisprudencias 1a./J. 24/2014 (10a.),²⁸ 1a./J. 25/2014 (10a.)²⁹ y 1a./J. 26/2014 (10a.),³⁰ determinó que la presunción de inocencia es un derecho “poliédrico” al tener múltiples manifestaciones o vertientes durante la sustanciación del procedimiento.

Adecuando el contenido de tales jurisprudencias a la naturaleza y alcances del procedimiento seguido en forma de juicio en materia de prácticas monopólicas se tiene lo siguiente:

- La primera vertiente se manifiesta como una regla de trato procesal del probable responsable y este derecho establece la forma en que debe tratarse al agente económico emplazado al procedimiento seguido en forma de juicio. En este sentido, la presunción de inocencia implica el derecho de que sea tratado como inocente en tanto no se declare su responsabilidad por virtud de la resolución que

27 Tal como lo establece la fracción II del artículo 78 de la LFCE.

28 **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA DE TRATO PROCESAL.** Registro: 2006092.

29 **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO REGLA PROBATORIA.** Registro: 2006093.

30 **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA.** Registro: 2006091.

ponga fin al procedimiento previsto en el artículo 83 de la LFCE. Dicha manifestación de la presunción de inocencia significa que la Cofece está impedida, en la mayor medida posible, de realizar una equiparación de hecho entre probable responsable y responsable, es decir, conlleva la prohibición de emitir cualquier pronunciamiento que suponga la anticipación de la sanción.

- La segunda vertiente se manifiesta como una regla probatoria y este derecho establece las características que deben reunir las pruebas y elementos de convicción en los que sustenta la probable responsabilidad para considerar si existen pruebas de cargo válidas y destruir así el estatus de inocente que tiene todo probable responsable.
- La tercer vertiente se manifiesta como el estándar de prueba o regla de juicio, en la medida en que este derecho del probable responsable genera que la Cofece absuelva al probable responsable cuando las pruebas y elementos de convicción en los que sustenta la probable responsabilidad no sean pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia de una práctica monopólica y la responsabilidad del agente económico emplazado; situación que se materializa al momento de la valoración de la prueba.

XI. Conclusión.

Señalada la que, personalmente, considero la modulación procedente del principio de presunción de inocencia a los procedimientos que, en materia de prácticas monopólicas, desahoga la Cofece no omito mencionar que, como acontece en todas las ramas del Derecho, será la interpretación que de la normatividad en materia de competencia económica se realice (tanto por los gobernados como por la autoridad) la que generará, con el pasar de los años, precisión sobre el tema en comento.

Por ende, será por demás interesante analizar las diversas ejecutorias en los que el PJJF analizará el tema aquí tratado³¹ ya que con base en sus determinaciones se irán formando los cimientos de la nueva interpretación judicial derivada de lo resuelto en la CT 200/2013-PL.

31 Como ejemplo puede consultarse la jurisprudencia: **PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA. PARA SU ACREDITAMIENTO LA AUTORIDAD PUEDE ACUDIR A PRUEBAS INDICIARIAS, LO QUE NO SE OPONE AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.** Registro: 2009659.

Introducción

Por casi diez años tuve la azarosa encomienda de defender a una empresa involucrada un procedimiento de investigación en materia de competencia económica. Dicho procedimiento evolucionó, de manera más interesante, en un procedimiento judicial que finalmente culminó con una sentencia en la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.²

A lo largo de este procedimiento han surgido varias ideas que merecen el análisis legal. De todos ellos hay dos que considero muy relacionados en los procedimientos de competencia económica. Se trata de la posible existencia de un paralelismo consciente o “colusión tácita” y los requerimientos probatorios para demostrar la existencia de una práctica monopólica absoluta como lo es un acuerdo de voluntades para fijar un precio en un mercado.

A pesar de que la práctica en materia de competencia económica se ha multiplicado y refinado en los últimos quince años, existen planteamientos con los cuales los tribunales federales aún no están familiarizados. De ahí la inquietud de transmitir estas ideas. En este artículo plantearé la existencia de prácticas económicas que no son sancionables y cómo debiera abordarse su análisis sin incurrir en el riesgo de juzgar conductas con herramientas legales y económicas inadecuadas. Igualmente trataré de contribuir a la construcción de una doctrina más completa de los tipos de prohibiciones legales en materia de competencia económica y sus elementos.

Colusión legal

El artículo 9° de la Ley Federal de Competencia Económica establece una prohibición absoluta a ciertas conductas, principalmente aquellas consistentes en la fijación de precios entre competidores. Las prohibiciones ahí descritas contienen tipos legales de conductas, no de resultados. Por ahora sólo diré que estas conductas prohibidas por la ley se refieren a acuerdos entre competidores. ¿Cuáles son las características de dichos acuerdos? La ley no es clara. Evidentemente, el acuerdo de voluntades entre dos competidores puede ser verbal o por escrito, siempre y cuando se entre competidores. El tipo exige también que dichos acuerdos tengan por objeto la fijación de un precio.

Sin embargo, la ley no prevé una prohibición en aquellos casos en los que no existe un acuerdo como tal. No existe prohibición legal en aquellos casos de la existencia de un patrón de conductas que parecieran estar basadas en un acuerdo pero que sólo son el producto de una estrategia racional de los agentes económicos que conduce a un equilibrio. El precio que equilibra ese mercado es superior al precio de competencia perfecta, evidentemente.

1 Abogado y Economista por el Instituto Tecnológico Autónomo de México; Maestro en Leyes por la Escuela de Economía y Ciencia Política de la Universidad de Londres

2 Amparo en Revisión 615/2012, Amparo en Revisión 623/2012, Amparo en Revisión 620/2012

Este tipo de conductas ya han sido analizadas en otros mercados y otras jurisdicciones.³ Ha sido denominado colusión tácita⁴ y más acertadamente paralelismo consciente. El patrón también se identifica con el concepto de liderazgo de precios.⁵ Los tribunales que se han ocupado de este problema han concluido que tal conducta no es ilegal. En tales jurisdicciones, el objetivo primordial de la ley no es el resultado ni las estrategias enfocadas al mismo sino los medios por los cuales un acuerdo colusivo es obtenido. La ilegalidad proviene del acuerdo de los agentes para coordinar tal conducta. Por tanto, no cualquier resultado de paralelismo de precios constituye una prohibición legal puesto que no necesariamente es el producto de un acuerdo con tales fines.

En el caso de la Constitución y la ley de nuestro país la ley busca prohibir y sancionar aquellas conductas en las cuales existe un objetivo común, basado en una planeación conjunta para llevar a cabo una conducta ilegal. Jurídicamente, la prohibición en la ley se refiere a la manifestación de la voluntad, a la intención, a la unidad de propósito de manipular el mercado por medio de un acuerdo de no competir a través de bajar el precio. Sin embargo, si no existe dicha intención o unidad de propósito no es posible concluir válidamente que existe una contravención a la prohibición de la ley.

Sin embargo, la ley no establece figuras que permitan clasificar estos elementos de conducta con mayor precisión como ocurre en el derecho penal, por ejemplo, en el que la teoría de los elementos del tipo tiene un desarrollo amplio. El estado actual de la prohibición legal en materia de competencia económica presupone un análisis mucho más burdo. Sin embargo, considero que es una necesidad que en el estudio de las conductas en la sede administrativa se determinen elementos relacionados con la unidad de propósito, la manera sobre cómo se llega al acuerdo, la intención detrás de la conducta, el conocimiento y la volición de la conducta y del resultado. Esto traería como consecuencia una práctica más completa sobre el enjuiciamiento de las conductas y también claridad en la distinción de las diferentes tipos de conductas entre las cuales algunas serían sancionables y otras no.

El paralelismo consciente es un patrón de conductas cuya base es la toma de decisiones con base en estrategias racionales que anticipan la conducta del competidor, concretamente el precio o la cantidad que ofrecerán en el mercado en una serie de eventos repetidos en el tiempo, de manera que es posible llegar a un equilibrio apartado del de competencia perfecta. Tales conductas no encuadran dentro del tipo de prohibición legal. Sin embargo, sus patrones de conducta pueden confundirse con acuerdos colusorios.

3 Los Tribunales Federales Estadounidenses han resuelto casos en los que se ha estudiado este problema: Baker (1993), p. 179; Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752 (1984); 753. American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946); 810.

4 El término es incorrecto y desafortunado ya que al no haber acuerdo de voluntades no podría considerarse propiamente como una colusión.

5 Cfr. Markham (1951) y Scherer (1980, Capítulo 6).

El modelo económico

Siguiendo a Tirole,⁶ Rubinstein⁷ y de manera destacada a Harrington⁸ en particular sobre paralelismo consciente, se expone el modelo que explica esta conducta.

Considere un juego de precios de productos diferenciados con n número de firmas en donde $\pi(p_i, p_{-i})$ es una función del beneficio de una empresa que depende de sus propios precios p_i y los precios de n competidoras p_{-i} ($p_1, \dots, p_{i-1}, p_{i+1}, \dots, p_n$). Asuma que $\pi(p_i, p_{-i})$ se encuentra acotada y doblemente diferenciable, creciente según el precio del rival p_j ($j \neq i$) y estrictamente cóncava en su propio precio p_i . Entonces la mejor función de respuesta es:

Igualmente asuma que:

$$\psi(p, \dots, p) \geq p \text{ as } p \leq p^N,$$

De lo que se sigue que $\Psi(p_{-i})$ es creciente en p_j , $j \neq i$, entonces un equilibrio simétrico de Nash a un precio p^N existe y es único.

$$\psi(p, \dots, p) \geq p \text{ as } p \leq p^N,$$

Y

Assuming $\pi(p, \dots, p)$ is strictly concave in p , there exists a unique joint profit maximum p^M ,

Asumiendo que $\pi(p, \dots, p)$ es estrictamente cóncava en p , existe un máximo común y único p^M

Assuming $\pi(p, \dots, p)$ is strictly concave in p , there exists a unique joint profit maximum p^M ,

$$\sum_{j=1}^n \frac{\partial \pi(p, \dots, p)}{\partial p_j} \geq 0 \text{ as } p \leq p^M,$$

and $p^M > p^N$.

Las empresas interactúan en un juego repetido e infinito de precios con monitoreo perfecto en el que un precio "colusivo" $p' > p^N$ es sostenible con una estrategia de "cooperación" si y sólo si:

$$\left(\frac{1}{1-\delta} \right) \pi(p', \dots, p') \geq \max_{p_i < p} \pi(p_i, p', \dots, p') + \left(\frac{\delta}{1-\delta} \right) \pi^N,$$

En la que δ es un factor común de descuento por el cual el siguiente precio es definido como el mejor precio

⁶ La Teoría de la Organización Industrial, MIT PRESS, 1988

⁷ Rubinstein Ariel (1979) "Equilibrium in Supergames with the Overtaking Criterion", Journal of Economic Theory 21: 1-9,

⁸ Harrington, a Theory of Tacit Collusion, 2012.

sostenible utilizando una estrategia de cooperación:

$$\tilde{p} \equiv \max \left\{ p \in [p^N, p^M] : \left(\frac{1}{1-\delta} \right) \pi(p, \dots, p) \geq \max_{p_i < p} \pi(p_i, p, \dots, p) + \left(\frac{\delta}{1-\delta} \right) \pi^N \right\}.$$

La predicción del modelo es que dadas ciertas condiciones de mercado, existe una estrategia para las empresas capaz de desviarlas de un resultado que conduzca necesariamente a una guerra de precios que termine con las empresas ofreciendo sus bienes y servicios a costo marginal y por el contrario es capaz de establecer un equilibrio con un precio superior y sostenido en el tiempo.

La estrategia sí es una conducta que conduce a una solución de mercado y no necesariamente se produce mediante un acuerdo de voluntades entre competidores.

Estos resultados, suponen la posibilidad de precios superiores al costo marginal con ganancias positivas para las empresas participantes del mercado sin que exista una colusión como tal. El resultado simplemente deriva de un proceso de optimización en función de los precios observados de las otras empresas competidoras a lo largo del tiempo y la adopción de estrategias conforme las cuales existe una amenaza latente de separación de la estrategia de cooperación con un esquema de pagos castigados para la empresa que salga de esa estrategia.

Conforme a lo anterior, un patrón de conducta basado en una estrategia que no necesariamente implica un acuerdo colusorio es capaz de encontrar un equilibrio a un precio intermedio entre el precio de monopolio y el precio de competencia perfecta. Dicho precio puede ser muy atractivo para las empresas, incluso competitivo, pero no necesariamente ilegal. Al final de cuentas, el precio lo determina el mercado. Si el precio ofrecido según las estrategias de las empresas en el mercado fuera superior al que los consumidores estuvieran dispuestos a pagar, el mercado no se equilibraría.

Este tipo de conductas escapa al alcance de las prohibiciones establecidas en el artículo 9° de la Ley Federal de Competencia Económica puesto que no tiene como presupuesto la existencia de un acuerdo. Mantener un precio por encima del costo marginal de una empresa y no tener incentivos para entrar en una guerra de precios no es una conducta ilegal.

El alcance de la prohibición absoluta

La estrategia descrita en los párrafos anteriores explica un patrón de conductas, un patrón de estrategias que no se encuentran prohibidas por la ley. Como se ha explicado, la prohibición absoluta establecida y sancionada por la ley se refiere a un acuerdo de voluntades cuya intención es manipular los precios y no dejarlos seguir las leyes del mercado. Sin embargo, si las empresas simplemente actúan racionalmente según las condiciones propias del mercado, y es el mismo mercado el que las conduce a actuar de tal manera, sin la necesidad de un acuerdo, entonces sus conductas no interrumpen el proceso de mercado.

Las demostraciones económicas predicen un resultado distinto al de competencia perfecta. Por supuesto, es difícil observar en el mundo real un mercado en el que las empresas vendan a precios iguales a su costo marginal. Es difícil igualmente observar agentes económicos que entren en una guerra de precios a muerte en la que al final sólo prevalezca una sola empresa. Sería peor para el proceso de competencia que al final de tal guerra el mercado se reduzca a un solo proveedor de bienes y servicios. La relevancia de estas afirmaciones para efecto de este artículo es demostrar que existen posibles equilibrios, posibles combinaciones de precios y cantidades que son capaces de sostenerse por encima del resultado de competencia perfecta sin necesidad de un acuerdo colusorio.

El problema para los agentes económicos y las autoridades es que, en ocasiones, este tipo de conductas parecieran ser ilegales a los ojos de los jueces y la ley no prevé elementos de análisis que permitan identificarlas y distinguirlas de conductas que sí son ilegales.

El estándar de prueba

En el sistema legal mexicano debiera regir el principio de presunción de inocencia, los sistemas de prueba son mixtos entre la tasación y la libre apreciación. En los procedimientos en los que un órgano del Estado asume un papel parcial como parte acusadora, su función es establecer un caso en el que se demuestre la responsabilidad de la parte acusada evidentemente observando y cumpliendo con los derechos de las personas. Las reglas de presunción de inocencia y en general las reglas del derecho penal han permeado al derecho sancionatorio administrativo. Sin embargo, los tribunales aún no han aceptado del todo principios como los de derecho a guardar silencio, derecho a la no autoincriminación, derecho a saber qué calidad se tiene en el procedimiento, derecho a la no intimidación. En las últimas decisiones de la Suprema Corte, existe un aparente rechazo a la ilegalidad de tipos en blanco en materia administrativa y problemas de tipicidad en materia de competencia económica.⁹ Ambos criterios tienen la apariencia de valorar los derechos frente a las políticas del Estado regulador, lo cual de suyo plantea otro problema: cuál es el papel actual del Poder Judicial frente a las políticas del Gobierno.

La dificultad de la prueba

⁹ Amparo en revisión 622/2012. 8 de abril de 2015, que dio lugar a la siguiente tesis: **COMPETENCIA ECONÓMICA. EL ARTÍCULO 9o., FRACCIÓN IV, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 6 DE JULIO DE 2014, NO VIOLA LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY AL DEFINIR LAS CONDUCTAS QUE SANCIONA**, publicada viernes 07 de agosto de 2015 a las 14:26 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Amparo directo en revisión 3508/2013 que dio lugar a la tesis: **TIPOS ADMINISTRATIVOS EN BLANCO. SON CONSTITUCIONALES SI SE JUSTIFICAN EN EL MODELO DE ESTADO REGULADOR** publicada el viernes 12 de septiembre de 2014 en el Semanario Judicial de la Federación.

Probar es una tarea difícil. En el procedimiento entre particulares o bien en los procedimientos públicos en los que existe una autoridad acusadora en contra de un particular, la posibilidad de probar es limitada. Esto sucede especialmente en aquellos casos en los que los acusados hacen un esfuerzo por ocultar rastros de evidencia. Especialmente en aquellos casos en los que los sujetos activos conocen y desean un resultado ilegal, sus conductas estarán encaminadas a ocultar la evidencia de sus actos. En un caso de paralelismo consciente, los sujetos activos probablemente ni siquiera tengan conocimiento de que sus conductas son ilegales y por tanto no sientan la necesidad de éstas permanezcan en la clandestinidad.

Como se ha explicado, existen conductas que pudieran considerarse de las prohibidas y algunas otras que no necesariamente impliquen una ilegalidad. ¿Cómo han reaccionado a esto los tribunales? Ante la duda, los tribunales mexicanos han adoptado soluciones legalistas. En materia de competencia económica podría afirmar que en los últimos diez años no ha habido una decisión en la que los tribunales Federales hayan interpretado la ley a favor del inculpado. En materia de constitucionalidad de leyes tampoco han determinado algún tipo de incompatibilidad entre la ley y la Constitución. El paralelismo consciente ha sido planteado en los tribunales. Sin embargo, su reacción ha sido muy tibia en cuanto al reto de estudiar a profundidad sus elementos.¹⁰

El estándar probatorio en los tribunales

Así como los agentes económicos tienen incentivos en los mercados para seguir un patrón de conducta racional que maximice sus beneficios, igualmente las autoridades investigadoras, como las juzgadoras, tienen incentivos para encontrar fórmulas que hagan más fácil su trabajo.

El acto de probar es una tarea muy difícil, sin duda. Sin embargo, para las autoridades esto no debiera ser un pretexto para encontrar atajos o fórmulas para probar conductas prohibidas por la ley. Ni la Constitución ni la ley en sus regulaciones en materia de competencia económica justifican la reducción de los derechos en aras de la prueba de la comisión de una infracción, ni mucho menos en aras del cumplimiento de una política de Estado.

Entonces, ¿cómo es posible juzgar el paralelismo consciente? Si no existe la prueba de un acuerdo de voluntades, pero sí existe la prueba de un paralelismo o estrategia de las empresas que conduce al seguimiento de patrones de conducta, especialmente en la determinación de precios y/o cantidades que llevan a un equilibrio que tal vez no pudiera gustarle a las autoridades administrativas ni a los juzgadores, pero que es decepcionantemente legal, ¿qué tratamiento se le debe dar?

Sin duda es muy seductor para los órganos encargados de investigar, sancionar y juzgar el encontrar este tipo de patrones. Podría considerarse que tales autoridades se encuentran en búsqueda de signos y

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 623/2012, Amparo en Revisión 625/2012

señales de este tipo. No existe duda de que una investigación basada en estos elementos es más fácil de construir y de justificar, especialmente si los agentes que cometen prácticas colusorias están conscientes de ello y hacen esfuerzos para ocultar la evidencia de sus acuerdos. Evidentemente es más fácil armar un caso en contra de agentes económicos que no están conscientes que las conductas que llevan a cabo son ilegales. Por ejemplo: ¿Qué sucede cuando las personas cometen un error de prohibición? La ley no prevé una respuesta.

Hoy en día, las empresas desarrollan áreas de análisis dedicadas a monitorear sus conductas y las de sus empleados. Su preocupación se encuentra concentrada no sólo en permanecer en una zona de legalidad sino también en aparentar que sus conductas son legales. No sólo se debe cumplir con no incurrir en el tipo de la prohibición, sino también no dar tal apariencia. ¿Es válido generar esta paranoia entre la población?

El mayor riesgo es caer en los formulismos como: “el establecimiento de canales de comunicación, sumado a la coincidencia de precios, es igual a la prueba de un acuerdo colusorio”. El empleo de una fórmula para probar y juzgar a los particulares suena muy atractivo para los sujetos de derecho que tienen la tarea de analizar este tipo de conductas. Sin embargo, en materia de derechos ningún formulismo debiera ser aceptado por sí mismo como correcto. Debiera haber soluciones legales que permitan y obliguen a las autoridades a llevar a cabo mayor análisis y llegar sin lugar a dudas a una certeza sobre la responsabilidad en la comisión de una práctica.

La necesidad de tipicidad

El estado actual de la prohibición absoluta no es suficiente. Como dije antes, la ley sólo prevé prohibiciones de conductas y no de resultados. Sin embargo, existe un conjunto de conductas que no necesariamente debieran sancionarse. La ley no establece elementos subjetivos del tipo que permitan distinguir entre las distintas conductas posibles que pudieran explicar el estado en el que se encuentra un mercado. La ley no distingue, como sí lo hacen otros derechos sancionatorios como el derecho penal, entre tipos que describen conductas de tentativa, tipos de resultado. La ley no establece tipos en los que la prohibición sea sólo absoluta o bien los casos en los que se requiera una evaluación adicional como la aplicación de una regla de razón como sí sucede en otros países con mucha mayor tradición en la materia.¹¹ No existen distinciones en la ley y a los tribunales Federales parece no interesarse en hacer este tipo de valoraciones.

Retomando el problema, en aquellos casos en los que existan evidencias de un patrón de estrategias de las empresas y no existe evidencia de un acuerdo expreso la ley debiera exigir que las autoridades y los jueces determinen la existencia de un elemento subjetivo como lo es la intención de las partes. En mi opinión, este elemento debiera analizarse en todos los casos y sin necesidad de su establecimiento en la ley como un elemento subjetivo del tipo. Sin embargo, establecer un elemento así sin duda sería una carga

11 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Standard Oil Co. V United States* (1911) 221 U.S. 1

pesada para la autoridad acusadora a la que se le presentan dificultades para probar.

Es un hecho que los tipos establecidos en la Ley de Competencia Económica son muy generales y no existen normas que den mayor certidumbre al análisis. No existen normas que permitan y obliguen a las autoridades juzgadoras estudiar la intención de la voluntad, los medios de ejecución, los resultados buscados por la conducta, el resultado de la conducta etc. Elementos que permitan valorar mejor la conducta y no sólo quedarse con la adecuación de la conducta a la descripción del tipo. La evolución legal y judicial debiera enfocarse más hacia una teoría finalista (si se me permite la comparación con el Derecho Penal). Al día de hoy, tal y como se encuentra la ley y los criterios de los tribunales todo se encuentra orientado hacia la facilitación de probar las conductas y sancionarlas, pero con el riesgo de violar derechos.

Política Pública y los tribunales

A menudo olvidamos que la libertad de concurrencia establecida en la Constitución siempre ha sido y sigue siendo un derecho de los particulares. El problema es que en los últimos años sobre ese derecho se ha establecido una política por parte del Ejecutivo Federal para combatir las prácticas monopólicas que ha borrado el principio liberal subyacente de derecho privado. Siguiendo esta política se ha construido todo un aparato de agencias gubernamentales encargadas de la aplicación de esta política en sede administrativa y en sede judicial. La prohibición general de los monopolios establecida en la Constitución ha pasado de ser un derecho de libertad a un interés real del gobierno por perseguir y castigar a los que ejercen este derecho indebidamente. En los últimos años esta política del Estado ha sido impulsada y generada desde los poderes Ejecutivo y Legislativo, evidentemente.

¿Cómo puede contextualizarse esta política desde la perspectiva del Poder Judicial? ¿Podría decirse que el Poder Judicial tiene un interés en combatir las prácticas monopólicas? ¿Sería políticamente aceptable un interés con este alcance por parte de los tribunales judiciales? Institucionalmente, la única política que el Poder Judicial ha adoptado en relación con este tema es el de capacitar a sus tribunales especializados en esta materia. Aun así, no es posible impedir que jueces y magistrados en lo individual manifiesten, consciente o inconscientemente su interés por apoyar las políticas de los otros dos poderes.

¿Será esto capaz de plantear una dificultad para los tribunales al aplicar e interpretar las leyes, al valorar las pruebas, al juzgar las conductas y las sanciones? No debiera serlo. A partir de la reforma constitucional de 1994, la creación del Consejo de la Judicatura y la nueva integración de la Suprema Corte con la que comenzó la Novena Época el Poder Judicial Federal adquirió mucha más fuerza e independencia de la que ya tenía. ¿Esa fuerza e independencia sigue vigente? Sin duda. Sin embargo, es innegable que, en los últimos años, los otros dos poderes han diseñado numerosas políticas mediante la creación y la reforma de leyes sobre temas promoviendo cambios de política criminal, fiscal, energética, de telecomunicaciones y también de competencia económica.

Entonces, ¿cuál es la “política” del Poder Judicial? Al menos formalmente, los justiciables quisiéramos que fuese la defensa y el respeto a la Constitución y los derechos de los particulares, incluso por encima de las políticas de los otros dos poderes. Sin embargo, a menudo la impresión que dejan las decisiones de los tribunales es que hoy en día la fuerza del Estado y sus políticas públicas tienen más peso que los derechos de las personas.

Libertad de concurrencia

El derecho a la libertad en general tiene diversas vertientes y una de ellas es la libertad de concurrencia. Este derecho de las personas y principio protegido por la constitución no sólo protege a los consumidores sino a todos los agentes económicos. Ya sea que se trate de productores, intermediarios o consumidores, el derecho a la concurrencia a la libre concurrencia implica la libertad de decidir cuánto producir, con qué calidad, a quién ofrecer sus productos así como a qué precios, cuánto riesgo tomar, cuánta utilidad recibir, en qué mercados participar y de manera muy importante qué estrategia de negocios seguir.

En ocasiones, nuestros jueces se atreven a sostener que tal o cual precio se encuentra por encima de un precio “competitivo” o bien que un margen de utilidad de tal o cual porcentaje es “demasiado elevado”. Evidentemente, jamás han indicado cuánto es ese precio o bien cuánto sería un margen de utilidad adecuado. Dejar esto a la discreción de los tribunales o peor aún al arbitrio de las autoridades administrativas sería peor que la prohibición absoluta establecida en la propia ley. El alcance del artículo 28 de la Constitución y de la ley que la reglamenta no puede ser obligar a las empresas a vender a tal o cual precio. Las normas que promueven la competencia y la libre concurrencia pueden prohibir las conductas anticompetitivas más no indicar a las personas cuánto deben ofrecer de sus productos en el mercado, como tampoco a los consumidores cuánto deben consumir.

Es evidente que el objetivo de una empresa es asumir un riesgo e invertir con un rendimiento esperado. En seguimiento a un proceso racional de toma de decisiones la empresa tiene como objetivo la maximización de beneficios. Dicho de otra manera su objetivo es vender al mayor precio y al menor costo posibles. Entrar en una guerra de precios no es precisamente el mejor objetivo ni al corto ni al largo plazo, especialmente si sus competidoras tienen características similares en tamaño, tecnología y de manera muy importante, su valoración de obtener rendimientos en el tiempo identificado en el modelo como el factor de descuento δ .

De ahí que ni las leyes ni las autoridades que las aplican puedan intervenir válidamente en este proceso racional de toma de decisiones de las empresas. Determinar que tal o cual empresa debiera vender sus productos más baratos o que tal o cual empresa tiene utilidades demasiado altas sería contrario a las libertades constitucionales. Calificar de caro o barato el precio de un bien o servicio o de exagerada la utilidad de una empresa sale de lo legal y más bien sería entrar en terreno de la moral, lo cual no sería propio

de un sistema legal que particularmente defiende la libertad de competencia.

En los casos citados, tanto autoridades como tribunales pasan por alto que, por ejemplo, la cita a un “precio competitivo” requiere de una demostración científica. De lo contrario ¿cuál es el precio competitivo? Pues un precio que el tribunal se imagina que podría ser el adecuado. Pero para efectos del caso, un concepto tan importante no sirve de nada, es un concepto vacío que no añade valor a la sentencia, sino sólo incertidumbre.

Conclusiones

Existe una política del Estado muy fuerte encaminada a combatir las conductas que no sean acordes con la libre competencia. Existe también una gran inquietud porque estas políticas den resultados en el corto plazo y justifiquen la creación de instituciones y leyes.

La dificultad de armar casos para inculpar y sancionar es capaz de generar incentivos para crear formulismos o convenciones aceptadas comúnmente entre autoridades administrativas y tribunales. Tales convencionalismos pudieran conllevar el riesgo de olvidar el respeto a principios constitucionales y derechos fundamentales.

Los derechos de las personas tienen prevalencia sobre las políticas del Estado. No olvidemos que el Estado y sus leyes son de las personas y para las personas. Carece de sentido promover y justificar políticas en las que se busque sancionar con poca reflexión y análisis. De nada sirve la política del Estado si se aplica ciegamente, sólo con el afán de obtener resultados.

En materia de Competencia Económica, la ley y el análisis de los tribunales sobre la misma se encuentra en un estado muy primario. Hace falta mucho más análisis de los casos concretos, pero sobre todo apertura del Poder Judicial hacia la interpretación y definición de los contenidos normativos. Por el lado del legislativo igualmente hace falta la creación de detalle hacia una mayor complejidad en la tipicidad de la descripción de las conductas y la apertura hacia un derecho de competencia más finalista.

En la medida que mejoremos estos aspectos tendremos una mejor práctica judicial y resultados más precisos en la aplicación de las leyes y las sanciones en esta materia.

Mtro. Gabriel González Aragón¹

A Pricila e Isabella.....

I. Introducción.

¿Qué son las Prácticas Monopólicas Absolutas?

Perspectiva económica

En términos generales, cuando en un mercado hay pocos vendedores y hasta cierto punto son de similar tamaño, es decir, su estructura es oligopólica, todos los vendedores son considerablemente interdependientes por lo que cada vendedor tiende a tomar en cuenta las reacciones de sus competidores al determinar su estrategia de producción y precios. En consecuencia y bajo dicho escenario la competencia ocurre menormente por precio (con frecuencia las decisiones de precio se toman anticipando las de los competidores) y mayormente por diferenciación (de producto, publicidad, calidad, variedad, promociones, etc.)

Adicionalmente, las industrias marcadas por la homogeneidad de producto, ventas frecuentes, estructuras de costo similares y altas barreras a la entrada son más propensas a la colusión (entendido como un pacto ilícito en daño de tercero) y es más probable que se acerquen al desempeño de un “monopolio colectivo”².

Entre los actos contrarios a la competencia, las prácticas monopólicas absolutas (colusión entre competidores) son las más dañinas para el funcionamiento eficiente de los mercados, debido a que la coordinación entre competidores transforma la dinámica de un mercado razonablemente competitivo, en un monopolio en los hechos (no por existir un monopolio propiamente, sino porque los competidores se comportan como uno a través de la colusión), apoyado en un esquema de control unificado de la oferta. Es por ello que en México (como en muchos otros países) las prácticas monopólicas absolutas u horizontales no tienen una defensa económica posible, caso contrario de las concentraciones y prácticas monopólicas relativas (de aquí que sean ilícitas en sí mismas, y se analicen desde la perspectiva de lo que doctrinalmente se conoce como “*the per se rule*”³).

El problema de la interdependencia estratégica entre los competidores en un escenario de oligopolio, cuyo poder de mercado conjunto (y logrado precisamente a través del pacto colusorio) les permite excluir de la toma de decisiones a los consumidores, es que el equilibrio cooperativo de los competidores impone una externalidad negativa a los consumidores (un costo social), que se materializa en la forma de precios supracompetitivos y la consecuente transferencia indebida de riqueza de los consumidores a los productores.

1 gabrielgonzalezaragon@gmail.com

2 Derecho y Economía de la Competencia, William E. Kovacic, et al. Pág. 98.

3 Competencia Económica, Estudios de Derecho, Economía y Política. Ma. Elena Estavillo, et al. Pág. 267.

En términos económicos, se produce una apropiación del excedente del consumidor⁴, por parte de los productores y es por ello que el Derecho de la Competencia de algún modo busca un generar un efecto redistributivo de la riqueza.

El vínculo ilegal entre aquellos competidores que se coluden con la finalidad de eliminar la competencia entre sí, recibe el nombre de cártel (económico), mismo que la Real Academia Española (“RAE”) lo define como: (el) “*convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial.*”⁵

El objetivo principal del cártel es evitar la competencia entre sus miembros, ya que de esta forma se lograrán mayores utilidades y se reducirán los costos propios de competir. Esto no significa que todos los cárteles tengan utilidades exageradas, pero sí que alcanzarán más utilidades con el cártel que sin él. Sin embargo, la oposición a la creación de los cárteles no es porque se vayan a lograr más utilidades, sino porque esas utilidades extras que se logran, son indebidamente obtenidas de la sociedad⁶.

Como resultado adicional, se ofrecen una menor cantidad y variedad de bienes y servicios a los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios superiores a los que prevalecerían en un ambiente de competencia. Existen indicadores que demuestran que en promedio, los estratos alto y medio socioeconómicos pierden aproximadamente el 30% de sus ingresos en sobreprecios, siendo el estrato bajo el más afectado, perdiendo alrededor del 40% de sus ingresos.

Adicionalmente y como otros efectos negativos que producen los cárteles a los mercados se encuentra primero, que en caso que el cártel se disuelva, ya sea por desintegración interna o por que la autoridad lo detecta y ordena su disolución, la inercia anticompetitiva durará algún tiempo más. Es decir, el restablecimiento de las condiciones competitivas en el mercado afectado por la práctica colusorio no ocurre en forma inmediata y, segundo, que la conducta colusoria en donde participan los grandes jugadores de un mercado, normalmente tentará a los jugadores pequeños en dicho mercado a imitarlos. En otras palabras, los agentes económicos grandes que se coluden expresamente entre sí, normalmente observan la “colusión tácita” de los pequeños, actividad que describiremos más abajo.

Perspectiva jurídica

La Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”) establece que son ilícitos aquellos contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre competidores que tengan por **objeto o efecto**, cualquiera de las siguientes⁷:

4 En términos sencillos, el excedente del consumidor es la diferencia entre lo que está dispuesto a pagar el consumidor y lo que realmente paga, cuando lo que paga es mayor.

5 <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=cartel>

6 Competencia Económica, Teoría y Práctica, Amílcar Peredo Rivera, Porrúa, México, 2004, pág. 92.

7 Estas prácticas son nulas de pleno derecho y se sancionan en todos los casos.

- I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;
- II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;
- Ic. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y
- ç. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.

La conducta que prohíbe el Artículo 53 de la LFCE por considerarla una práctica monopólica absoluta u horizontal (en virtud de la integración horizontal de los competidores en un mercado) es precisamente el “acuerdo colusorio” celebrado con el objeto o efecto de alguno de los supuestos anteriores.

Por lo tanto, la conducta ilegal puede analizarse desde dos perspectivas:

- I. Desde la perspectiva de su objeto: La RAE define objeto como “*fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación*”⁸. A la luz de esta definición, es claro que la celebración de un acuerdo colusorio constituye necesariamente la voluntad dolosa y premeditada entre competidores con la intención (u objeto) de restringir la competencia entre sí mismos. La materialización real de la práctica prohibida, es decir, la producción de sus efectos en los mercados, en este punto es irrelevante, toda vez que la simple intención (u objeto) probada de restringir la competencia a través del pacto colusorio entre competidores es *per se*, violatoria de la LFCE. En otras palabras, el simple acuerdo colusorio entre dos o más competidores constituye en sí la ilegalidad prevista por la LFCE y no se requiere la producción de resultado alguno. Por ello es importante no perder de vista la posibilidad de que un acuerdo colusorio celebrado en forma, no necesariamente llega a generar sus efectos anticompetitivos por diversos motivos (pensemos a manera de ejemplo, un acuerdo colusorio celebrado entre dos productores para concertar posturas en una licitación, aunque la licitación es cancelada súbitamente, por lo que la producción de efectos nunca llegó a materializarse, etc.)
- II. Desde la perspectiva de sus efectos: La RAE define como efecto “*aquello que sigue por virtud de una causa*”⁹. A la luz de dicha definición, es claro que lo que sigue al acuerdo colusorio es el

8 <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=ASl4C3u6lDXX2Hqai7FM>

9 <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=48Tvek3XjDXX2vLXGBQH>

despliegue de sus efectos en los mercados. Más adelante abundaremos sobre el momento en que se producen dichos efectos, lo cual desde luego tiene un componente más económico y menos jurídico haciendo compleja pero interesante su interpretación.

Para configurar la ilegalidad de las prácticas monopólicas absolutas, en términos jurídicos deben verificarse necesariamente dos elementos:

1. La celebración de un acuerdo colusorio:

El presente elemento es fundamental pues precisamente de no existir un acuerdo colusorio, la conducta es cualquier otra cosa menos una práctica monopolica absoluta al no formarse el vínculo ilícito entre competidores que prohíbe la LFCE. En este respecto y como ya se mencionó en ocasiones y generalmente en mercados de estructura oligopólica, las acciones sobre precio y oferta de un agente económico tienen una influencia significativa en sus competidores, quienes después de un período de acciones repetidas toman consciencia de este hecho y sin la existencia de un acuerdo explícito coordinan su comportamiento como si estuvieran comprometidos en conductas colusorias para fijar precios y limitar la oferta.

El temor de que el abandono de este tipo de comportamiento pueda resultar en costosas reducciones de precios, utilidades más bajas e inestabilidad de su cuota de mercado, puede generar más incentivos para que los agentes económicos mantengan su comportamiento.

Esta forma de colusión tácita, se conoce en la jerga de competencia como “paralelismo consciente” y quien la emprende como el “cartelista seguidor”. En general, el paralelismo consciente genera el mismo efecto económico de un acuerdo colusorio para la fijación de precios. Sin embargo, si lo anterior (al no derivar propiamente de un acuerdo colusorio) debería ser ilegal por generar un efecto restrictivo de la competencia es un tema de controversia en el mundo del derecho y economía de la competencia. Los argumentos modernos al respecto, han avanzado hacia apuntar que el paralelismo consciente en sí mismo no necesariamente debe ser interpretado como evidencia de colusión, puesto que el problema radica más en la naturaleza del mercado (oligopólico) que de la forma de operar de los competidores que concurren en el mismo¹⁰.

En abundancia a lo anterior, es claro que bajo el escrutinio de la actual LFCE el paralelismo consciente no sería sancionable, toda vez que carece del primer elemento normativo que actualiza la práctica ilegal, que es un acuerdo entre competidores (el paralelismo consciente es una conducta unilateral de imitación y por tanto no hay concertación con alguien más). No obstante, en opinión del autor, el paralelismo consciente exclusivamente para la fijación de precios sí debería ser sancionado, toda vez que produce el mismo efecto dañino en los mercados (con o sin pacto) que es la extracción del excedente del consumidor cuando este tiene que pagar un sobreprecio que no existiría en ausencia del cártel (y del paralelismo consciente también). Ahora bien, únicamente se hace esta reflexión para el caso de la imitación en la fijación de precios,

10 <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3172>

pues para el caso del resto de las formas de comisión de las prácticas monopólicas absolutas, es decir, la segmentación del mercado, la restricción de la oferta, la coordinación de posturas en licitaciones y el intercambio de información en relación a las anteriores, existen razones suficientes para afirmar que el paralelismo consciente en ocasiones no sólo es natural sino también es sano y necesario.

A manera de ejemplo pensemos en un emprendedor que desea abrir un taller mecánico como negocio. En su estudio de mercado, necesariamente considerará la ubicación física de su taller, es decir, en qué zona o colonia la demanda de servicios de reparación automotriz no está suficientemente atendida por la oferta de talleres mecánicos. En palabras simples, en alguna colonia en donde no haya un taller mecánico será atractivo instalarse y por lo contrario, en una colonia saturada de talleres, sería un tanto irracional instalarse.

Lo anterior evidencia la interdependencia estratégica o paralelismo consciente entre competidores del ramo de reparación automotriz. Existe consciencia sobre la ubicación de los talleres competidores, lo cual influye significativamente en la decisión de ubicarse en una zona u otra. En este caso, el paralelismo consciente en cuanto a la segmentación del mercado (por territorio) parece no sólo explicable sino además positiva. Es por ello que líneas arriba expongo porqué únicamente el paralelismo consciente en la fijación de precios resulta dañina y por tanto, es necesario analizar a profundidad la conveniencia de también sancionarla a pesar de no resultar directamente de un pacto colusorio.

En los inicios del Derecho de la Competencia Económica en México, allá por el año 1994, la celebración y ejecución de acuerdos colusorios era muy frecuente, en gran medida por la falta de cultura de competencia entre los sectores económicamente productivos, así como por la frecuente estructura oligopólica de los mercados mexicanos (que como ya comentamos es un factor que incentiva la colusión). En la medida en que ha ido desarrollándose la práctica y aplicación del Derecho de la Competencia, así como han ido conociéndose las funciones de la Comisión Federal de Competencia Económica¹¹ (la “Comisión”), se ha ido sofisticando el *modus operandi* de los cartelistas, lo que a la postre, ha dificultado la detección de dicho tipo de prácticas entre otras razones, por la extrema discreción con que se conducen los infractores. Sin embargo, a la vez esta circunstancia constituye una de sus principales debilidades, dadas las dificultades que implica para las partes asegurar el cumplimiento de los compromisos colusivos sin el establecimiento de mecanismos contractuales formales¹².

Finalmente, es importante señalar que dentro del abanico de sanciones que prevé la LFCE por la comisión de prácticas monopólicas absolutas, precisamente se encuentra que las mismas serán nulas de

¹¹ Órgano regulador en materia de competencia económica, en la totalidad de los mercados salvo en los de telecomunicaciones y radiodifusión, de naturaleza constitucionalmente autónoma, en virtud de las reformas constitucionales del año 2013.

¹² Comisión Federal de Competencia, Informe Anual de Competencia Económica; México; Comisión Federal de Competencia, 1997.

pleno derecho, y en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno¹³.

2. Que el acuerdo se celebre por dos o más agentes económicos competidores

Recordemos que la LFCE en su artículo 53 considera ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí (...), de aquí se desprende que, por ministerio de ley, es necesario que el acuerdo colusorio lo celebren competidores directos para la configuración de la práctica prohibida por la LFCE.

Adicionalmente, la ilegalidad *per se* de las prácticas monopólicas absolutas significa que para sancionarlas, la Comisión no requiere de un análisis completo de competencia, sino sólo únicamente de la acreditación jurídica de la celebración del pacto colusorio entre competidores.

En lo económico, no es necesario ir más allá de determinar si los agentes participan (competidores reales) o pueden participar (competidores potenciales) en él o los mismos mercados, para ser considerados competidores entre sí. La confirmación de que se realizó o intentó realizar la división del 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 participaran o pudieran participar en el o los mismos mercados (...)¹⁴

Según la LFCE, las principales sanciones que podrá imponer la Comisión por la comisión de prácticas monopólicas absolutas son las siguientes:

- i. Ordenar la corrección o supresión de la práctica de que se trate;
- ii. Multa hasta por el equivalente al 10% de los ingresos del Agente Económico, con independencia de la responsabilidad civil y penal en que se incurra;
- iii. Inhabilitación para ejercer como consejero, administrador, director, gerente, directivo, ejecutivo, agente, representante o apoderado en una persona moral hasta por un plazo de cinco años y multas hasta por el equivalente a doscientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, a quienes participen directa o indirectamente en prácticas monopólicas, en representación o por cuenta y orden de personas morales;
- iv. Multas hasta por el equivalente a ciento ochenta mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, a quienes hayan coadyuvado, propiciado o inducido en la comisión de prácticas monopólicas;
- v. Adicionalmente, en materia penal, el Código Penal Federal dispone que la comisión de prácticas monopólicas absolutas se sancionará con pena de cárcel de entre 5 y 10 años.

¹³ Sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles y penales que pudieran imponerse a los infractores, las cuales mencionaremos más adelante.

¹⁴ Comisión Federal de Competencia, Informe Anual de Competencia Económica; México; Comisión Federal de Competencia, 1997.

II. ¿Qué son los Cártels Internacionales?

Perspectiva económica

A diferencia de los cárteles nacionales, en donde tanto la celebración del acuerdo colusorio, como la producción subsecuente de sus efectos ocurren en México, un cártel internacional plantea una estructura un tanto más compleja, pues se celebra el acuerdo colusorio en un país y produce el daño al mercado, es decir, los efectos anticompetitivos en dos o más países distintos.

Desde la perspectiva mexicana, un cártel internacional puede ocurrir en dos escenarios principales: (i) la celebración en México de un acuerdo colusorio entre competidores, y la producción de sus efectos en uno o más países extranjeros; y (ii) la celebración en el extranjero de un acuerdo colusorio entre competidores, y la producción de sus efectos en México (y posiblemente en otros países también).

Este segundo supuesto, dada la interdependencia de los mercados a nivel internacional producto de la globalización, aunado al nivel de desarrollo de la industria mexicana, es precisamente el más frecuente y en el cual centraremos nuestro estudio a partir de este punto.

Recordemos que previo a los años noventas, la economía mexicana tenía una marcada tendencia proteccionista, por lo que las barreras comerciales de nuestro país estaban en su gran mayoría cerradas hasta cierto punto al comercio exterior. En consecuencia, la dinámica de competencia (de existir) en dichos años se desarrollaba sin grandes presiones competitivas del exterior, es decir, ocurría principalmente entre agentes económicos nacionales. La presencia de competidores extranjeros era escasa, así como la amenaza de entrada de competidores potenciales, es decir, aquellos con interés y capacidad para entrar o expandirse en un mercado determinado en forma rentable, rápida y creíble. Como resultado y por inercia de lo anterior, la comisión de prácticas monopólicas absolutas también ocurría mayormente a nivel nacional.

A partir de los años noventas, con la paulatina apertura de nuestras barreras comerciales y la inclusión de nuestro país en la nueva dinámica de la globalización, los mercados paso a paso fueron integrándose económicamente y por ende, siendo más interdependientes con el paso del tiempo. Desde la perspectiva de la competencia, esto generó la entrada o expansión de nuevos competidores extranjeros a los mercados nacionales, en donde el agente económico nacional vió amenazada su “zona de confort” en los mercados al carecer de verdadera y sana presión competitiva, lo cual derivó en una arraigada ineficiencia que eventualmente expulsó a muchos agentes económicos nacionales del mercado. Este es un tema doloroso para la “memoria económica” de nuestro país, pero debemos reconocerlo si es que pretendemos enmendar el error de dormirnos en nuestros laureles por la falta de costumbre y cultura de competencia.

Siguiendo lo anterior, la presión competitiva ejercida por los nuevos competidores extranjeros,

generó principalmente los siguientes resultados (desde la óptica de la competencia): (i) la expulsión natural del mercado a aquellos competidores ineficientes; (ii) menores precios, mayor variedad, cantidad y calidad de los productos y/o servicios ofrecidos en el mercado mexicano; (iii) mayor aptitud en la generación de eficiencias de diversa índole (asignativas, productivas, distributivas, de innovación, etc.); y (iv) la reducción o eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias al comercio exterior.

La formación y puesta en marcha de un cártel internacional, genera graves riesgos al proceso de competencia, principalmente la anulación o reducción de los beneficios descritos de la integración económica. En otras palabras: (i) se elimina la competencia entre aquellos participantes del cártel, y con ello la presión competitiva que ejercía uno sobre el otro; (ii) se eliminan o reducen considerablemente los incentivos para mejorar precios, ampliar la variedad de productos y/o servicios, mejorar la calidad de los mismos, invertir en I+D (investigación y desarrollo) y con ello se cancela la innovación, mejoras tecnológicas, etc.; (iii) se limitan los incentivos para maximizar las eficiencias (el cártel generará mayores utilidades para sus participantes, por lo que podrían ahorrarse el desgaste que produce eficientar sus procesos); y (iv) de alguna forma el cártel se apropiará de las rentas derivadas de la reducción o eliminación de aranceles (y que antes recibían los estados).

Perspectiva jurídica

Desde la perspectiva jurídica, la comisión de prácticas monopólicas absolutas de carácter internacional, plantea diversos aspectos *sui generis* que deben analizarse con cautela y sin perder de vista que si bien es cierto que el Derecho de la Competencia debe aplicarse respetando los principios generales del Derecho, también debe interpretarse desde una perspectiva económica. Esto es lo que tal vez cause más confusión y dificultades a los juristas más ortodoxos en su interpretación del Derecho de Competencia.

Básicamente, y en la opinión del autor, el análisis de los cárteles internacionales plantea al menos los siguientes cinco tópicos que generan polémica y que a la fecha no es totalmente clara su interpretación, dados los pocos o nulos antecedentes doctrinales, administrativos y/o judiciales y porque su interpretación al deber combinar lo jurídico con lo económico (y otro tanto por la poca capacitación en general de los juristas en temas económicos) convierte un poco complicada la tarea. Por lo anterior, es objeto del presente estudio plantear dichos tópicos, ofrecer una interpretación propia y técnicamente fundamentada sobre la correcta aplicación de los mismos.

III. Una aproximación sobre la teoría de los efectos en los Cárteles Internacionales.

A. Principio de Territorialidad en la Aplicación de la LFCE

La LFCE es de orden público e interés social, aplicable a todas las áreas de la actividad económica y de observancia general en toda la República Mexicana¹⁵. En sentido jurídico, esto significa que el ámbito

¹⁵ Artículo 1 de la LFCE.

espacial de validez de la LFCE es exclusivamente la República Mexicana, es decir, la territorialidad en la aplicación de la norma es imperativa. En palabras simples, la LFCE no resulta aplicable fuera de territorio mexicano por lo que no tiene facultades la Comisión para ejercer sus facultades sobre prácticas monopólicas ocurridas fuera de territorio mexicano. Asimismo, el principio de territorialidad de la LFCE también implica, en sentido contrario, que el Estado manifiesta su soberanía en la fuerza que imponen sus normas (en este caso la LFCE) pues ninguna otra legislación extranjera de competencia sería aplicable en México.

Lo anterior es fácilmente comprensible y común para cualquier profesional del Derecho. El *quid* del asunto, al menos en este punto, es preguntarse: ¿en donde ocurre una práctica monopólica absoluta internacional?, ¿sería aplicable la LFCE?, ¿podría la Comisión investigar y sancionar dicho tipo de prácticas en caso de haber ocurrido en el extranjero?

Tomando en consideración que desde México, un cártel internacional se configura cuando un acuerdo colusorio es celebrado en el extranjero y como resultado del mismo se produce un daño al mercado mexicano, es decir, el acuerdo colusorio produce efectos anticompetitivos en México.

Recordemos también que la LFCE prohíbe el pacto colusorio entre competidores que tenga por objeto o efecto la restricción de la competencia entre los participantes (ya sea a través de la fijación de precios, restricción de oferta, segmentación de mercado, coordinación de posturas en licitaciones y/o intercambio de información). Por lo tanto, la LFCE resulta aplicable tanto para la celebración de un acuerdo colusorio en México, como para la producción de sus efectos en territorio nacional.

En un cártel internacional, queda claro que la celebración del acuerdo colusorio entre competidores ocurre necesariamente en el extranjero, por lo que la LFCE no sería aplicable principalmente por dos razones: (i) la lógica, es decir, sería absurdo pensar que la LFCE resultara aplicable para sancionar cualquier acuerdo colusorio celebrado fuera de México, toda vez que la Comisión tendría que investigar todos los acuerdos celebrados en el mundo (sin importar si se producen efectos o no en México); y (ii) la jurídica, es decir, siguiendo el principio de territorialidad, la LFCE únicamente es aplicable para aquello que ocurre en México.

Ahora bien, si el acuerdo colusorio celebrado en el extranjero, tiene como resultado la producción de efectos anticompetitivos en México, es decir, si se genera un daño al mercado mexicano, entonces aplicando el mismo principio de territorialidad, la LFCE será aplicable para sancionar lo que sí ocurre dentro de su territorio, es decir, la producción de efectos anticompetitivos en México.

Lo anterior es claro, aunque no lo es tanto el determinar en qué momento se producen los efectos anticompetitivos en un país, como resultado de un acuerdo colusorio celebrado en otro distinto. A continuación, una aproximación al respecto.

B. Clasificación de los Cártels Internacionales

En la gran mayoría de los cárteles, sobre todo en aquellos de dimensión nacional, una vez celebrado el acuerdo colusorio, normalmente la producción de los efectos es prácticamente instantánea, es decir, no ocurre un desfase temporal considerable entre la celebración del acuerdo colusorio y la producción real de sus efectos en el mercado. Adicionalmente, los efectos se agotan en su primer materialización (pensemos en la venta del lote de productos cartelizados). A dicho tipo de fenómeno, propongo llamarles “Cárteles de Ejecución Instantánea”, los cuales al menos en la experiencia y opinión del autor son los más frecuentes cuando ocurren a nivel nacional.

Imaginemos que en una industria determinada, varios competidores deciden fijar el precio del producto que ofrecen en el mercado. Una vez celebrado el acuerdo colusorio, será cuestión de esperar un período breve de tiempo para que el próximo lote de producto (ya con el nuevo precio fijo y concertado) esté disponible en el mercado y empiece a consumirse.

En términos jurídicos y prácticos, podemos asumir que la producción del efecto anticompetitivo ocurre precisamente al realizarse la primer venta del producto cartelizado en el mercado, en donde el daño producido al mercado es precisamente la extracción del excedente del consumidor, el sobreprecio, renta o ganancia monopólica que no ocurriría en condiciones de competencia, es decir, en ausencia del acuerdo colusorio. Sin duda los economistas podrían debatir dicha óptica, pero recordemos que la investigación de las prácticas monopólicas absolutas es un tanto más jurídica que económica.

Lo anterior es relevante no únicamente para definir jurídicamente el momento en que se produce el efecto y con ello el daño (al menos para el caso de la fijación de precios), sino también porque en un procedimiento de investigación por prácticas monopólicas absolutas conducido por la Comisión, necesariamente tendrían que encaminar esfuerzos a verificar la realización de dichas ventas en territorio nacional, para poder probar la producción de los efectos y por consecuencia, tener legitimidad en la imposición de sanciones por la violación a la LFCE derivadas de un daño al mercado mexicano.

Pensemos ahora en la segunda fracción del citado artículo, que prohíbe la restricción concertada de la oferta entre competidores. Supongamos que la oferta mensual para México del cartelista A es de mil unidades y la del cartelista B dos mil. A manera de ejemplo, ambos celebran en Francia (por el domicilio de sus sociedades matrices) un acuerdo colusorio en donde pactan restringir su oferta para México al 50%, quedando en 500 y mil unidades mensuales, respectivamente. Según la microeconomía, una reducción de oferta resulta en un incremento en el precio, por lo tanto, el producto cartelizado se apreciará y el consumidor pagará un sobreprecio resultado de la restricción de oferta concertada. En un sentido similar, podría asumirse (al menos desde la perspectiva jurídica) que el momento en que se generan los efectos en territorio nacional, sería también al momento en que se realiza la primera venta del producto cartelizado, en donde el daño

producido sería precisamente el sobreprecio que paga el consumidor, y que no ocurriría en caso de no haberse celebrado el acuerdo colusorio.

En el caso de la tercera fracción del Artículo 53, es decir, la segmentación o división del mercado, pensemos en que el cartelista A celebra en Francia un acuerdo colusorio con el cartelista B para repartirse el territorio mexicano en dos regiones, norte y sur. En base al escenario descrito, ¿en qué momento se generan los efectos en territorio nacional como fruto del acuerdo colusorio? En una primera intuición, podría suponerse que al menos desde la perspectiva jurídica, los efectos se desplegarían con la primera venta realizada una vez fuese efectiva la división del mercado concertada. Podría asumirse que el objetivo de la división del mercado iría encaminada a un aumento en los precios, al ser cada uno de los cartelistas un monopolio artificial en su territorio asignado. El daño al mercado podría medirse según el sobreprecio que pagaría el consumidor y que no ocurriría en ausencia de la conducta colusoria descrita.

Debe resaltarse, que no necesariamente se produciría un aumento en los precios. Los cartelistas simplemente podrían dividirse el mercado para asegurar su cuota de mercado, reducir la calidad de sus productos, dejar de invertir en investigación y desarrollo, lanzamiento de nuevos productos, publicidad y al tener menos presión competitiva tal vez reduciría considerablemente sus niveles de eficiencia en general. Lo anterior, le significaría a los cartelistas ahorros considerables, lo que al final se traduciría en mayores utilidades sin necesidad de incrementar sus precios al consumidor final. Adicionalmente, los cartelistas tendrían la venta asegurada, al no contar el consumidor con otras opciones en cada uno de los territorios. Una vez mencionado lo anterior y teniendo en consideración que no necesariamente existe un sobreprecio en la división de los mercados, el definir con completa claridad el momento preciso en que se verifican los efectos del cártel no resulta tarea fácil.

Ahora bien, tal vez las formas de comisión de prácticas monopólicas absolutas en donde resulta más complicada la determinación del momento en que se producen los efectos o daño al mercado mexicano producto de un acuerdo colusorio celebrado en el extranjero, en la opinión del autor, son los supuestos de coordinación de posturas entre competidores en licitaciones o concursos, así como el intercambio de información sensible.

Pensemos a manera de ejemplo que cuatro de los principales productores en el mundo de dispositivos electrónicos, son invitados a participar en una licitación organizada en Alemania por una de las principales armadoras de automóviles en el mundo. Cada uno de los licitantes, deberá maximizar su capacidad competitiva y además de cumplir con los requerimientos técnicos y productivos indicados en la licitación, deberá también ofrecer el mejor precio a fin de resultar ganador. El cartelista A, estima que el precio por unidad que ofrecerá en la licitación rondará los USD\$100, pero sospecha que al menos uno de los demás participantes podrían ofrecer un precio cercano a los USD\$95 por lo que de ser el caso, no resultaría ganador. Es por ello que el cartelista A decide contactar a sus competidores y coordinar sus posturas de

manera que B, C y D concertada y deliberadamente se abstengan de participar en la licitación, dejando sólo al cartelista A (el acuerdo se celebra en Alemania y una vez asignado el ganador los automóviles se producirán en México).

La colusión traería como principales resultados, primero, que el cartelista A resultaría seguro ganador al ser el único participante en la licitación y segundo, que A podría participar no con un precio competitivo sino con aquel que sea de su preferencia (es decir, por encima de los niveles competitivos y rompiendo con ello el propósito mismo de la licitación).

Según los postulados de la economía, todo en esta vida es cuestión de incentivos y esto no es la excepción. Los cartelistas B, C y D se abstuvieron concertadamente en participar en la licitación, a cambio de repetir el *modus operandi* del cártel en sucesivas licitaciones, en donde el ganador sería turnado en forma rotativa (es decir B, después C y finalmente D). He aquí el incentivo de coludirse.

En base al ejemplo anterior, si pretendemos determinar cual fue el daño que causó al mercado mexicano la abstención concertada de B, C y D en la licitación en comento, con toda seguridad resultará una tarea complicada. Podría decirse que el sobreprecio con el que participó (y ganó) la licitación el cartelista A sería un indicador para medir el impacto al mercado, pero esto no resulta totalmente claro. ¿Únicamente podría medirse el daño al mercado mexicano a través del sobreprecio que obtuvo el cartelista A?, ¿Cómo podría medirse el daño al mercado de no existir sobreprecio?

Para determinar cual es el daño que causa al mercado mexicano el intercambio de información realizado en el extranjero, el análisis es muy similar. Desafortunadamente al día de hoy, la Comisión no ha emitido criterios técnicos o lineamientos que pudieran servir de orientación sobre su óptica e interpretación sobre la producción de los efectos en un cártel internacional y cuales son los métodos que utilizan (o utilizarán llegado el momento) en la graduación e imposición de sanciones para este tipo de conductas, que como hemos planteado ya, son sancionables bajo la LFCE).

La siguiente categoría, que llamaremos “Cárteles de Ejecución Retardada”, son en la experiencia práctica y opinión del autor los más frecuentes cuando la conducta tiene una dimensión internacional.

Como su nombre lo sugiere, dichos cárteles registran existe un retraso o desfase temporal entre la celebración del acuerdo colusorio y la materialización de sus efectos en los mercados, ya sean directos o indirectos, nacionales o internacionales. Con frecuencia, ocurre que el acuerdo colusorio se celebra en un país extranjero, y deben esperarse meses o incluso años para que el impacto anticompetitivo se produzca en otros países, por ejemplo México.

A manera de ejemplo, en la industria automotriz (la cual por su dinámica tiene una clara dimensión

internacional), ocurre que las armadoras de automóviles inician el diseño de sus productos con un promedio de 5 a 7 años de anticipación con respecto a la fecha en que serán producidos y finalmente lanzados al mercado. Desde luego, uno de los principales insumos en la producción de automóviles son las autopartes en todas sus variantes y formas. Una práctica común para la industria automotriz es acceder a las autopartes no a través de compras directas sino a través de procesos de licitación a nivel internacional. Los procesos de licitación son mecanismos asignativos en donde su principal objetivo es comprar al mejor precio y condiciones, derivado de la interacción y presión competitiva que ejercen entre sí los participantes en la misma. Como podrá anticipar el lector, los cuantiosos beneficios que espera obtener la empresa convocante de la licitación podrían no solo perderse sino que podrían apropiárselos los licitantes en el caso que caigan en la grande tentación de coludirse y concertar su participación (o abstención) en la licitación de que se trate.

Siguiendo nuestro ejemplo, supongamos que la armadora automotriz X convoca a los fabricantes de sistemas o frenos de mano que tengan la capacidad necesaria para participar en una licitación que busca asignar un contrato de suministro en relación al automóvil Y que será lanzado al mercado como año/modelo 2022. El cartelista A estima internamente que su precio rondará los USD\$100 por unidad aunque intuye que el cartelista B podría ofrecer USD\$95 o menos por unidad, lo cual claramente no le conviene. Por su parte, el cartelista C sabe que su precio estaría muy por encima de A y B y aunque le gustaría licitar un precio de USD\$170, su destino seguramente sería el perder la licitación. C decide convocar a una reunión a los cartelistas A y B en donde los convence de abstenerse de participar, dejando a como único participante y así estar en posibilidades de ganar, aún y cuando su precio sea de USD\$170 (es decir USD\$75 por encima del precio de B, el cual hubiese sido el precio más bajo, en caso que la licitación hubiese seguido sin ser afectada por la colusión.)

La armadora automotriz sabe que existen muy pocos fabricantes de sistemas o frenos de mano con la capacidad suficiente para satisfacer su demanda y especificaciones técnicas y de calidad, por lo que a pesar del sobreprecio descarado derivado del cártel se encuentra “obligada” a comprar a USD\$170 por unidad. La afectación al consumidor consistirá principalmente en que la armadora de autos normalmente no absorberá el sobreprecio producto del cártel, sino que lo trasladará al comprador final. Si el lector hace un rápido ejercicio comparativo, trata de recordar el precio al que compró su último auto nuevo y lo contrasta con el precio actual de un auto equivalente, podría deducir que la “sensación” de que últimamente el precio de los autos se ha elevado considerablemente, tal vez se explique en gran parte por la evidente cartelización de dicha industria.

Ahora bien, regresemos al punto sobre la ejecución retardada de los efectos en un cártel. En nuestro ejemplo, digamos que la celebración del pacto colusorio entre los cartelistas A, B y C ocurrió en algún país asiático en 2015 pero tomando en consideración que la venta del primer automóvil afectado por el sistema o freno de mano cartelizado ocurrirá hasta el año 2022 (en todo el mundo), es claro como en este ejemplo, el retraso o desfase temporal entre la celebración del acuerdo colusorio y el despliegue de sus efectos en otros

países será de aproximadamente 7 años.

En estos casos, la interpretación de la norma prohibitiva de las prácticas monopólicas absolutas debe analizarse con claridad y resulta por demás interesante. En consideración del principio de aplicación territorial de la LFCE, descrito previamente, es claro que la Comisión no cuenta con facultades legales para sancionar el acuerdo colusorio celebrado fuera de territorio nacional (en nuestro ejemplo, en algún país asiático), toda vez que las facultades de la Comisión se limitan a aplicar la LFCE en forma territorial, es decir, investigar y sancionar únicamente aquellas prácticas ocurridas en el territorio nacional).

Es por ello que la Comisión incluso teniendo conocimiento y/o pruebas contundentes del acuerdo colusorio (que a la postre podría significar la causa objetiva que requiere el artículo 71 de la LFCE para el inicio de un procedimiento de investigación), necesariamente deberá probar los efectos generados en México, los cuales por ocurrir dentro del territorio nacional, habilitan la aplicación de la LFCE y legitiman activamente a la Comisión en su facultad sancionadora, en aplicación del mismo principio de territorialidad de la LFCE.

A la luz de lo anterior, es decir del desfase temporal entre la celebración del acuerdo colusorio y la producción de sus efectos en este tipo de cártel, la prescripción legal tiene un papel fundamental, mismo que analizaremos en la sección siguiente.

En una tercera categoría en nuestra clasificación de los cárteles según sus efectos, se encuentran los Cárteles de Efectos Continuados o de Tracto Sucesivo. Este tipo de cárteles suponen la celebración de un acuerdo colusorio, en donde la producción de los efectos no se agotan en su primer materialización (pensemos en su primer venta), ni tampoco tienen un desfase temporal en la producción de sus efectos, sino que los mismos se producen y continúan en el tiempo hasta que los cartelistas lo decidan, la autoridad lo descubra y sancione o se desintegre el cártel por razones diversas.

X. Prescripción en los Cárteles Internacionales

Las facultades de la Comisión para iniciar las investigaciones que pudieran derivar en responsabilidad e imposición de sanciones, de conformidad con la LFCE, se extinguen en el plazo de diez años, contado a partir de la fecha en que cesó la práctica monopólica absoluta.

Lo anterior no es únicamente aplicable para el caso de cárteles internacionales sino también para cualquier práctica anticompetitiva o concentración que la Comisión pudiese llegar a investigar en uso de sus facultades de investigación otorgadas en la LFCE. En el caso de cárteles internacionales resulta fundamental la correcta interpretación en la aplicación de dicho precepto legal, pues contiene diversas aristas que no

deben perderse de vista.

Como mencionamos ya, el término de prescripción es de 10 años. La Comisión no podrá investigar ni sancionar conductas anticompetitivas ocurridas antes de 10 años a la cesación de la práctica. Como puede anticipar el lector, para el caso de Cártels de Ejecución Instantánea, en donde se celebra el acuerdo colusorio e inmediatamente se produce el efecto, podríamos determinar dos momentos para considerarlos en la “cesación” de la práctica (aunque serán casi simultáneos). El primero es el momento en que se celebra el acuerdo colusorio, en donde inmediatamente cesa la conducta que se refiere a coludirse con otro competidor. Después, suponiendo que se produzcan efectos derivados del acuerdo, podríamos tomar la última venta en el mercado del producto cartelizado, como el momento en que cesó la práctica (desde la perspectiva de los efectos).

La pregunta obvia no es fácil de responder. ¿Cuál de los dos parámetros deberá tomar en cuenta la Comisión para determinar que cesó la práctica? La respuesta no es clara. Los criterios técnicos y guías recientemente emitidas por la Comisión (2015) en materia de investigaciones dejaron escapar una valiosa oportunidad para abordar y sino responder dichas preguntas al menos establecer parámetros al respecto. A falta de ellos, lo que resta es la interpretación literal y lógica de la LFCE, la cual tampoco aborda ni resuelve el tema en particular, sino que simplemente menciona que el término de diez años contará a partir de que cesó la conducta prohibida. La conclusión al respecto es que ambos momentos deben ser considerados para el cómputo del plazo de la prescripción, es decir, el instante siguiente a la celebración del acuerdo colusorio y aquel momento en que los efectos económicos en el mercado dejan de producirse (pensemos en la última venta del producto cartelizado). Al final del día, tanto el acuerdo colusorio como la producción de sus efectos, conforman la “conducta” que prohíbe la LFCE por considerarla como una práctica monopólica absoluta.

Ahora bien, el análisis para Cártels de Ejecución Retardada o de Efectos Continuados necesariamente cambia y se torna un tanto más complicado, precisamente porque el determinar el momento en que ha cesado la conducta es más difícil o porque tal vez ni siquiera ha ocurrido aún.

En el caso de los Cártels de Ejecución Retardada, como ya se mencionó, el acuerdo colusorio ha sido formalmente celebrado y la producción de sus efectos han ocurrido u ocurrirán en forma desfasada. A efectos de la prescripción, identificamos dos escenarios generales:

1. el primero, consiste en que los efectos del cártel no hayan sido producidos aún, es decir, los efectos del cártel se encuentran en fase de “letargo”. Ante este escenario, el término de la prescripción deberá necesariamente computarse a partir de la celebración del acuerdo colusorio, pues es el único momento en que podría considerarse que “cesó” la práctica (los efectos tal vez nunca lleguen a producirse). De lo anterior, puede afirmarse que la Comisión únicamente podría investigar la celebración del acuerdo colusorio y no sus efectos. Lo interesante en este caso es que hablando de un cártel internacional de ejecución retardada la Comisión no podría sancionar a los cartelistas,

toda vez que el acuerdo colusorio, aún y cuando estuviese plenamente probado y/o reconocido, en base al principio de territorialidad de la LFCE, la Comisión carecería de facultad legal alguna para investigar y sancionar dicha conducta.

- ii. un segundo escenario, consiste en que una vez celebrado el acuerdo colusorio, sus efectos ya han sido desplegados en territorio nacional. Bajo este escenario la Comisión no podría sancionar el acuerdo colusorio celebrado en el extranjero, pero sí podría sancionar los efectos anticompetitivos dañinos del mercado nacional.

Lo que ocurre en la práctica con mayor frecuencia es que la Comisión tiene conocimiento de la celebración de un acuerdo colusorio en el extranjero (normalmente como resultado de un procedimiento de inmunidad) y dado que únicamente tiene facultades para investigar y sancionar aquellos efectos producidos en México en los últimos diez años, deberá determinar con precisión el momento en que ha cesado la producción de los efectos en México, lo cual no siempre resulta sencillo. Al respecto, de alguna manera puede afirmarse que el estándar general ha sido el momento en que se realizó la última venta (directa o indirecta) del producto cartelizado en México.

Ahora bien, para el caso de los Cártels de Efectos Continuados, es claro también que la Comisión no podría investigar y sancionar la celebración del acuerdo colusorio en el extranjero, sino únicamente aquellos efectos producidos en territorio nacional. El *quid* del asunto, a efectos de la prescripción, está precisamente en determinar el momento en que ha cesado la práctica, tarea que será complicada pues no sólo la práctica no ha cesado aún sino que la producción de sus efectos continúa en progreso. Lo anterior resulta atinado, pues la “protección” que da la prescripción a los violadores de la LFCE no operará en su favor en caso de continuar dañando al mercado.

El camino que se asume lógico en el tratamiento de este tipo de cártels, será que la autoridad determine para efectos de la prescripción todos los efectos producidos dentro del período comprendido del momento de la investigación a diez años para atrás y considerando que dentro del abanico de sanciones que la Comisión podría imponer a los responsables, al margen de las sanciones económicas y penales posibles, se encuentra el ordenar la corrección o supresión de la práctica, lo cual desde luego, implicaría que los agentes económicos responsables tomaran todas las medidas cualitativas y cuantitativas a efecto de conseguir que la producción continuada de los efectos del cártel cesaran.

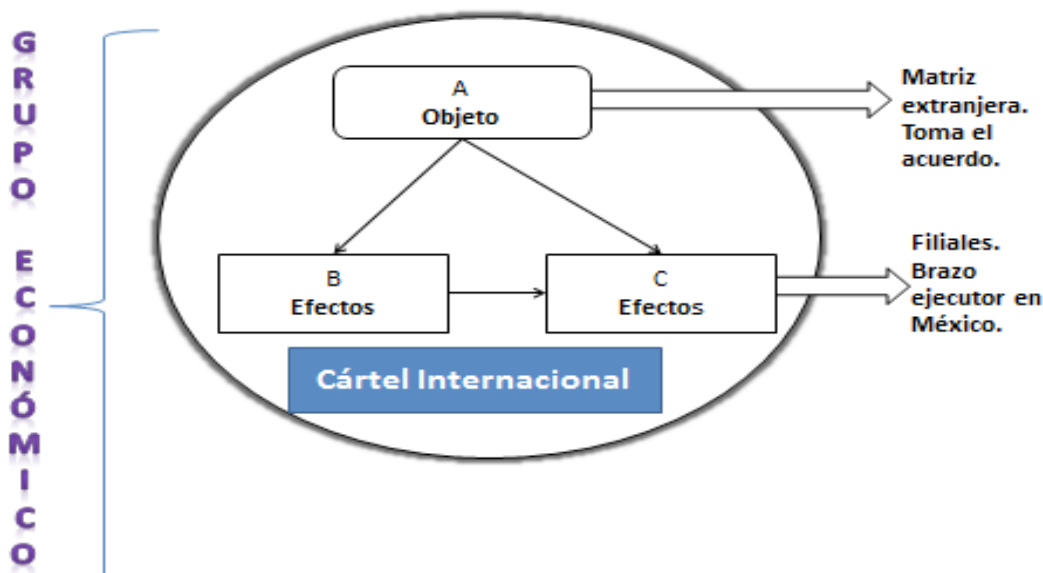
Δ. Responsabilidad en los Cártels Internacionales

El tema de la imposición de sanciones, es decir, la responsabilidad para aquellos agentes económicos participantes en un cártel de dimensión internacional aún no es totalmente clara, aunque resulta por demás interesante.

La LFCE no distingue sobre la nacionalidad o internacionalidad de la práctica, es decir sanciona

ambos supuestos por igual, y lo que ocurre con frecuencia y complica el abordaje del tema, es que dada la dinámica comercial de las empresas a nivel mundial, la globalización y la interdependencia de los mercados, la comisión de prácticas monopólicas absolutas internacionales las realizan grandes grupos de interés económico con presencia a nivel global. Normalmente los acuerdos colusorios son celebrados por las sociedades matrices mundiales ubicadas en un país determinado y el despliegue de sus efectos son ejecutados por las sociedades subsidiarias o filiales que tengan en otros países del mundo. En este sentido, las sociedades subsidiarias funcionan como “brazo ejecutor” de los efectos del cártel, derivados del acuerdo colusorio celebrado por su sociedad matriz.

A continuación, una descripción gráfica de lo planteado líneas arriba:



En otras palabras, la sociedad matriz o holding celebra el acuerdo colusorio y toda vez que la estrategia empresarial y la dirección económica del grupo está alineada, las subsidiarias acatarán las órdenes de su matriz, al recibir por ejemplo los precios a los que deberán vender los productos en cada uno de sus países, sin poder participar en la toma de decisiones al respecto. Dicha dinámica empresarial es común, y es claro que si dicho precio ha sido determinado como resultado de un acuerdo colusorio celebrado por la sociedad matriz, entonces la comercialización de dichos productos por las subsidiarias en sus países, producirá un efecto anticompetitivo o daño al mercado, el cual será sancionable por la Comisión (o cualquier otra agencia de competencia de que se trate) inclusive, si la subsidiaria no participó en la celebración del acuerdo colusorio.

En ocasiones, durante los procedimientos de investigación de la Comisión, las sociedades subsidiarias responden a los requerimientos de información o interrogatorios (comparecencias personales) que les hace la autoridad, mencionando que no tenían conocimiento alguno del acuerdo colusorio celebrado por su sociedad matriz, sino que únicamente recibieron indicaciones sobre el precio al que debían de comercializar el producto (cartelizado) y sin mayores detalles. Desde la óptica de los investigadores profesionales con los que cuenta la Comisión en ocasiones existe la sensación de que las subsidiarias mienten para eludir la responsabilidad que podrían tener que afrontar. En otras ocasiones, la sensación es que la subsidiaria no miente, y que resulta creíble su desconocimiento sobre el probable (o probado) acuerdo colusorio. La importancia de lo anterior consiste en la respuesta a la siguiente pregunta: ¿será responsable legalmente la sociedad subsidiaria por haber dañado al mercado mexicano a través de la venta de un producto cartelizado por su sociedad matriz, aún y cuando la subsidiaria no tenía conocimiento de ello?

La respuesta es sin duda alguna compleja y el tema debate interesante. En el mundo jurídico, desde las aulas se forma a los abogados para pensar desde la perspectiva de los grupos de sociedades, es decir, personas morales jurídicamente independientes que en virtud de su relación corporativa o tenencia accionaria cruzada, integran un grupo de sociedades.

Lo anterior tiene su antecedente desde tiempos de la “teoría de la ficción jurídica” de Federico Von Savigny, quién a fines del siglo XVIII en su obra “Sistema de Derecho Romano Actual” concibe a las personas morales como seres jurídicos ficticios y con capacidad artificial en virtud de la separación de la responsabilidad de los socios que la integran¹⁶. Este postulado propone desde hace muchos años ya, que las personas morales son responsables únicamente por sus actos y son independientes de la responsabilidad que puedan tener otras personas morales con independencia a que pertenezcan al mismo grupo de sociedades.

El Derecho de la Competencia Económica supera este postulado afortunadamente y se apoya en su razonamiento en el concepto novedoso de “Grupo de Interés Económico”, en una precisa sustitución del concepto clásico de grupo de sociedades. A continuación se exponen los principales criterios jurisprudenciales que han cimentado las bases en la interpretación de lo anterior:

1. En materia de Competencia Económica, se está ante un grupo de interés económico cuando un conjunto de personas físicas o morales tienen intereses comerciales y financieros afines, y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común. Así, aunado a los elementos de interés -comercial y financiero- y de coordinación de actividades, concurren otros como son el control, la autonomía y la unidad de comportamiento en el mercado. En esa tesitura, el control puede ser real si se refiere a la conducción efectiva de una empresa controladora hacia sus subsidiarias, o bien, latente cuando sea potencial la posibilidad de efectuarlo por medio de medidas persuasivas que pueden

16 Cfr. Federico de Castro y Bravo “La persona jurídica” cit. pags.138/141. Madrid, Civitas, 1981.

darse entre las empresas aun cuando no exista vínculo jurídico centralizado y jerarquizado, pero sí un poder real. Bajo esta modalidad -poder latente- es que la autonomía jurídica de las sociedades carece de contenido material, imponiéndose los intereses del grupo o de la entidad económica, entendida como organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado acorde a los intereses de las sociedades integrantes, es decir, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las empresas, éstas se comportan funcionalmente como una sola en el mercado, lo que implica la pérdida de la libertad individual de actuación. Por lo tanto, para considerar que existe un grupo económico y que puede tener el carácter de agente económico, para efectos de la LFCE, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, en los términos anotados, sin que sea necesario que se den de manera concomitante¹⁷.

- ii. Adicionalmente y para el caso concreto de las prácticas monopólicas absolutas, cuando las conductas atribuidas a una empresa fueron desplegadas por el grupo de interés económico al que pertenece, la Comisión debe vincular tanto al agente investigado como a la integración vertical de operación del aludido grupo. Lo anterior se explica toda vez que en los grupos de interés económico es esencial que haya un órgano de coordinación entre sus integrantes, sin cuya existencia no cabría hablar de una asociación de empresas. Por tanto, a partir de los vínculos de tipo comercial, organizativo, económico, jurídico, relativos al control, autonomía y unidad de comportamiento en el mercado entre las sociedades que puedan existir, es factible demostrar la influencia de una de las empresas sobre la estrategia de las otras, y justificar que se conciban como una sola unidad económica. Esta circunstancia origina que en la práctica sean muy diversos los procedimientos que pueden utilizar las empresas para ponerse de acuerdo o coordinarse con vistas a restringir la competencia, pudiendo además, en ciertos casos, ser difícil establecer con precisión cómo se ha llegado a un acuerdo o a un comportamiento anticompetitivo concertado, dado el cuidado que los interesados pondrán en ocultar un acuerdo o decisión formal. En esa tesitura, la Comisión en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, cuando las conductas atribuidas a una empresa fueron desplegadas por el grupo de interés económico al que pertenece, debe vincular tanto al agente investigado como a la integración vertical de operación del aludido grupo, por ser la actividad económica de éste la que se juzga en su conjunto¹⁸.
- iii. Respecto de la carga de la prueba, resulta importante mencionar que corresponde a la empresa sancionada demostrar que no forma parte del grupo de interés económico al que se atribuye la instrumentación y coordinación de las conductas consideradas como prácticas monopólicas. Lo anterior se explica, pues cuando con motivo de una relación vertical entre empresas de un grupo de interés económico la Comisión presume que una de ellas ejerce influencia sobre las otras, lo que le

17 Cfr: Jurisprudencia, Novena Época, Registro 168470, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Noviembre de 2008, Tesis: I.4o.A. J/66, Página: 1244.

18 Cfr: Jurisprudencia, Novena Época, Registro: 168587, Tribunales Colegiados de Circuito Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, Tesis: I.4o.A. J/67, Página: 2286.

permite instrumentar y coordinar la realización de conductas consideradas prácticas monopólicas, y ante dicha circunstancia sanciona a un agente económico en lo individual, corresponde a éste demostrar que no es integrante de la unidad económica, lo cual requerirá acreditar que determina su política comercial de forma autónoma e independiente¹⁹.

En una interpretación lógica y jurídica de lo anterior, se concluye que como hemos mencionado ya, la Comisión no podrá sancionar la celebración de un acuerdo colusorio celebrado por una sociedad matriz en el extranjero, en aplicación del principio de territorialidad de la LFCE, pero sí podrá sancionar a una sociedad subsidiaria que haya fungido como “brazo ejecutor” de los efectos del cártel en territorio nacional. En opinión del autor, para dichos fines la Comisión dispone de 3 vías o herramientas para soportar la imposición de sanciones a las subsidiarias en México:

- i. El primero de ellos, es a través de la “atribución de responsabilidad directa”, es decir, en aplicación de la LFCE y la interpretación de los criterios jurisprudenciales arriba referidos, la sanción se aplicaría no propiamente a una persona moral jurídicamente independiente, sino, se dirigiría al grupo de interés económico que instrumentó la violación a la LFCE. Desde luego que, para efectos jurídicos y prácticos se deberá dirigir cualquier notificación del dictamen de probable responsabilidad y cualquier otro oficio relacionado, a una persona moral o física en particular, pero esto ocurrirá bajo el cobijo de los criterios jurisprudenciales referidos, particularmente en cuanto a que: (a) *“cuando las conductas atribuidas a una empresa fueron desplegadas por el grupo de interés económico al que pertenece, debe vincular tanto al agente investigado como a la integración vertical de operación del aludido grupo, por ser la actividad económica de éste la que se juzga en su conjunto”*; y (b) *“(…) a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las empresas, éstas se comportan funcionalmente como una sola en el mercado, lo que implica la pérdida de la libertad individual de actuación.”*;
- ii. El segundo de los caminos, es a través de la sanción a la sociedad subsidiaria por la coadyuvancia en la comisión de la práctica monopólica absoluta internacional. Recordemos que a la luz del artículo 127 de la LFCE, la principal sanción que se podrá imponer a la sociedad principalmente responsable es hasta el 10% de sus ingresos económicos y, para cualquier otro agente económico que haya coadyuvado, propiciado o inducido en la comisión de prácticas monopólicas, (la subsidiaria por ejemplo), se impondrían multas hasta por el equivalente a ciento ochenta mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal. El hecho de que la subsidiaria dependa en la toma de decisiones de su sociedad matriz y que en virtud de esa alineación en la dirección económica del grupo, la subsidiaria haya fungido como “el brazo ejecutor” de los efectos del cártel en México, encuadraría en la coadyuvancia de la práctica, que sanciona la LFCE, si es que no se deduce estratégicamente sancionarla en forma directa, según el supuesto anterior; y
- iii. El tercer camino, el cual en base a la mejor información disponible para el autor no ha sido utilizada

¹⁹ Sirva el presente trabajo para expresar mi reconocimiento y aprecio al Magistrado Jean Claude Tron Petit, principal impulsor y autor de dichos principios, que han contribuido en gran medida al desarrollo del Derecho Mexicano de la Competencia Económica.

aún por la Comisión en algún procedimiento, consiste en la atribución de responsabilidad solidaria a la sociedad subsidiaria. El fundamento de dicha opción, se encuentra en el artículo 4 de la LFCE, el cual plantea que serán responsables solidarios los agentes económicos que hayan tomado o adoptado la decisión, así como instruido o ejercido influencia decisiva en la toma de decisión (léase la sociedad matriz que celebra el acuerdo colusorio), y el directamente involucrado en la realización de la conducta prohibida por la LFCE (léase la sociedad subsidiaria que ejecuta o implementa los efectos del cártel).

En otro orden de ideas, un planteamiento interesante sobre la responsabilidad para los cárteles internacionales se relaciona al principio romano “*Non Bis In Idem*”, también conocido en derecho anglosajón como “*Double Jeopardy*” que significa “no dos veces sobre lo mismo”. En otras palabras, el “*Non Bis In Idem*”, garantiza a toda persona que no sea sancionado nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión²⁰.

El principio descrito tiene relación con los cárteles internacionales al plantearnos la siguiente pregunta: ¿Cuándo un cártel internacional ya ha sido sancionado en el extranjero, puede ser sancionado en México por el daño o efectos producidos aquí?

La respuesta es sí. Tanto la celebración del acuerdo colusorio y el despliegue de sus efectos si bien conforman en conjunto la conducta colusoria prohibida en la LFCE, se trata de hechos distintos. Inclusive, la producción de efectos en México y en terceros países, también se trata de hechos distintos, a pesar que los mismos deriven de la celebración del mismo acuerdo colusorio. En ese orden de ideas, si alguna autoridad de competencia extranjera ya sancionó la comisión de la práctica monopólica absoluta, ya sea por el acuerdo colusorio, o por la producción de efectos en otro país, no limita a la Comisión a la investigación y eventual imposición de sanciones por aquellos hechos ocurridos dentro de su territorio, en otras palabras, el daño al mercado mexicano producido como resultado de la colusión pactada en el extranjero.

Descrito lo anterior, es claro que la facultad sancionadora de la Comisión para el caso de los cárteles internacionales, descarta la contravención al principio “*Non Bis In Idem*”, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y aplicable en forma análoga al Derecho de la Competencia.

E. Cálculo de Multas en los Cárteles Internacionales

En la imposición de multas en general, la Comisión deberá considerar diversos elementos para determinar la gravedad de la infracción, tales como el daño causado; los indicios de intencionalidad; la participación del

²⁰ CABANELLAS, Guillermo. Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. 4ª. Edición ampliada por Ana María Cabanellas. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 175.

infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración; así como su capacidad económica; y en su caso, la afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión. Lo anterior se dispone en el artículo 130 de la LFCE y también en el “Proyecto de Criterios Técnicos para la Imposición de Multas en Materia de Competencia Económica” publicado por la extinta Comisión Federal de Competencia en abril de 2011, mismas que no son vinculantes, aunque ofrecen orientación al respecto y que han sido aplicados de facto por la Comisión en el cálculo de sus sanciones.

Es relevante mencionar que ni la LFCE ni el proyecto de criterios técnicos en materia de imposición de sanciones mencionado, hacen referencia ni distinguen entre los daños que causan las ventas directas e indirectas en un cártel, es decir, que criterio sigue la Comisión en la graduación de multas por ventas directas o indirectas de un producto o servicio cartelizado en México.

La doctrina económica, en términos breves, nos indica que la venta directa es aquella que se realiza directamente entre el cartelista y sus consumidores. Por su parte, las ventas indirectas suponen que el producto cartelizado es utilizado como insumo en otro producto final. Cuando el consumidor final adquiere el producto terminado, enfrenta un sobreprecio pues uno de los insumos de ese producto que adquiere fue afectado previamente por una práctica monopólica absoluta.

En términos económicos resulta complicada la medición de los daños que causa la cartelización de un producto y más aún cuando involucra ventas indirectas, pues los daños que produce se generan primero en un mercado y después en otros relacionados y verticalmente integrados en forma descendente. En este caso, es decir, en que hay ventas indirectas, se considera que la afectación producida en un mercado principal, se traslada a otro (por las ventas indirectas), lo cual se conoce en términos económicos como el “*pass-on effect*” (o efecto de transmisión).

Entre los cárteles internacionales tristemente célebres en tiempos recientes, entre otros, están los que involucran autopartes (todo indica que es una de las industrias más cartelizadas del mundo en tiempos recientes). Múltiples agencias de competencia en todo el mundo han estado investigando y en algunos casos sancionando prácticas que afectan dicho sector. En este tipo de mercados es común que el producto cartelizado afecte en un primer nivel a las armadoras de automóviles, cuando compran los insumos cartelizados a los productores cartelistas (ventas directas). Al final del día, las armadoras de automóviles incluirán el producto cartelizado en el producto final, pensemos a manera de ejemplo los asientos del conductor, que son un insumo importante en la construcción del vehículo. El sobreprecio que paga la armadora de autos en virtud del cártel, podría absorberlo o bien trasladarlo al consumidor final (aquella persona que se presente en la agencia automotriz a comprar el vehículo), que es lo que normalmente ocurre.

La medición del daño que resiente el consumidor que adquiere el automóvil (venta indirecta del producto cartelizado) podría complicarse en la medida en que el fabricante del automóvil haya absorbido

totalmente el sobreprecio derivado del cártel (es decir el consumidor final no lo resiente) o en el escenario en que el fabricante del auto traslade total o parcialmente el sobreprecio al consumidor final (siendo este quien lo afronte total o parcialmente).

En múltiples ocasiones se ha discutido, principalmente en Estados Unidos y en Europa, si los compradores indirectos deberían ser compensados por el daño causado por el cártel. En los Estados Unidos, la discusión se ha centrado en torno a dos estudios académicos. En el primero de ellos (Landes y Posner), que sigue los postulados de la Escuela de Chicago, los autores sostienen que existe un conflicto entre si el objetivo de la competencia en este caso es el de hacer justicia o el de disuadir la comisión de este tipo de prácticas y en su opinión las agencias de competencia deben preferir la segunda, es decir, la disuación de la práctica. Dicha preferencia implica que las autoridades de competencia enfoquen sus esfuerzos de investigación y sanción a los daños al mercado precisamente generados por las ventas directas, toda vez que los compradores directos son más cercanos (en la cadena productiva) a los cartelistas y cuentan con mejor y mayor acceso a la evidencia que eventualmente permita comprobar la comisión de la práctica colusoria y eventualmente tendrán una mejor posición en su posible reclamo de daños y perjuicios²¹.

En cambio, en la práctica europea la óptica es más abierta, en el sentido que tanto compradores directos como indirectos deben ser compensados por igual²². El punto en donde coinciden ambos puntos de vista es en que la base generalmente aceptada para el cálculo de los daños generados por el cártel es el sobreprecio del producto o servicio cartelizado.

En la práctica, se debe ser muy cauteloso al momento de valorar y considerar los efectos anticompetitivos de las ventas indirectas, principalmente por dos razones, la primera de ellas para evitar el “doble conteo”, es decir, una vez calculado o previsto el daño causado por el cártel por las ventas directas del mismo, ocurre el efecto “*pass-on*” es decir, se trasladan los efectos a un mercado río abajo o *downstream* en donde ocurren las ventas indirectas. Al momento que la autoridad estime o calcule el daño causado por dichas ventas indirectas, podría estar contando doble, ese es precisamente uno de los principales riesgos. El segundo de ellos consistiría en determinar cuantas veces puede trasladarse el efecto anticompetitivo o “*pass-on*” de un mercado a otro, en forma medible desde la perspectiva del daño. En otras palabras, ¿hasta cuantas capas abajo debe (o puede) ir la Comisión en la investigación y sanción de un cártel de dicha naturaleza?

Con el fin de ser más ilustrativos, imaginemos que en nuestro ejemplo, productores de asientos para conductor fijan sus precios. Posteriormente la armadora de automóviles utiliza dicho insumo en su producto

21 William M. Landes, Richard A. Posner, “Should Indirect Purchasers have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”, 46 University of Chicago Law Review 602 1979.

22 A practical guide to computing cartel damages in private actions Prepared for DG Competition’s Expert Workshop on the Quantification of Antitrust Damages, Brussels, 26 January 2010. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/vandijk_verboven.pdf

final, es decir el automóvil (venta directa). Después, el automóvil con el asiento cartelizado llega a las agencias de autos nuevos y se vende a un particular (llamémosle venta indirecta 1). Años después, dicho consumidor anuncia en el periódico su auto y decide revenderlo a otro consumidor (llamémosle venta indirecta 2), y así sucesivamente hasta que el auto sea destruido como chatarra. Queda claro que la medición del efecto de las ventas indirectas de un producto cartelizado varias capas abajo, podría ser sumamente complicado o de plano imposible y el riesgo de contar doble (o triple) es latente.

Como mencionamos ya, desgraciadamente en México no existen aún lineamientos, guías, criterios técnicos al respecto. Tampoco existen precedentes suficientes para poder definir el criterio de la Comisión en el abordaje de dicho tema.

Al año 2015, la Comisión únicamente ha logrado sancionar con éxito un caso por cártel internacional, mismo que impuso diversas multas en total de 223.27 millones de pesos por fijación de precios, a cuatro empresas que integraban una red global de fabricantes de compresores para refrigeración²³.

La investigación IO-002-2009 de la Comisión y la información recabada en el curso de la investigación, permitió demostrar que Whirlpool, Tecumseh Brasil, ACC y Panasonic, establecieron acuerdos ilegales (celebrados en el extranjero) para fijar los precios de compresores herméticos que fueron exportados, importados y comercializados en México entre 2004 y 2008. Para ello, las empresas se comunicaban principalmente en el último trimestre de cada año con el fin de determinar en forma coordinada los incrementos o estrategias a seguir en el año siguiente.

En específico, se impusieron las siguientes sanciones²⁴:

Empresa	Multa (pesos mexicanos)
Whirlpool, S.A.	\$89'970,000.00
Appliances Components Companies SpA	\$475,806.70
Panasonic Corporation	\$89'970,000.00
Tecumseh do Brasil Ltda	\$38'769,263.74
Embraco México, S de RL de CV	\$1'362,760.00
Embraco North America Inc	\$1'362,760.00
Tecumseh Products Company	\$1'362,760.00

²³ Sirva también el presente estudio, para expresar mi reconocimiento a la gran labor realizada por la Comisión, especialmente a la Dirección General de Investigación de Prácticas Monopólicas Absolutas.

²⁴ La versión pública de la resolución puede ser consultada en <http://www.cfc.gob.mx:8080/cfcresoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V85/19/1797812.pdf>

Francisco González de Cossío^{1*}

González de Cossío Abogados, S.C.

Presidente de la Comisión de Competencia Económica ICC México

La noción de “competencia” (“competir”) ha sido confundida, rebatida y manipulada. Lo que es más, ha sido cuestionada. A continuación propongo una definición usando como método la lógica: distinguiendo el género próximo de su diferencia específica, comenzando por lo segundo: qué *no* es competir (§I), para luego explicar qué es competir (§II). Mi objetivo es conocer la opinión sobre la misma de los expertos que conforman la Comisión de Competencia Económica de ICC México.

I. QUÉ NO ES COMPETIR

La competencia suele confundirse con otras nociones, por lo que vale la pena diferenciarlas: (a) competencia desleal, (b) competitividad.

A. COMPETENCIA DESLEAL

La competencia desleal suele ser evocada con frecuencia. Y con frecuencia es mal entendida. La competencia desleal busca cuidar el aviamiento (el “*goodwill*”) del comerciante, evitando conducta parasitaria. Procura la honestidad en el mundo de los negocios. En México la regulación es incipiente y poco eficaz, lo cual explica en parte porqué se malentiende. El artículo 6 bis del Código de Comercio alude a “usos honestos” enlistando actos que deben de evitarse:

1. Crear confusión respecto del establecimiento, productos o actividad comercial de otro comerciante;
2. Desacreditar a otros comerciantes o sus productos mediante falsedad; y
3. Inducir al error respecto de la fabricación o características de los productos.

Lo anterior puede ocurrir de muchas maneras, lo cual no abundaré. Dados los objetivos de este ensayo lo que vale la pena indicar es que,² mientras que la competencia económica busca la existencia de las circunstancias que el análisis económico dicta que propician que los mercados funcionen de manera eficiente,³ la competencia desleal busca evitar conducta deshonesto o parasitaria.⁴

1 *González de Cossío Abogados, SC (www.gdca.com.mx) Profesor de Competencia Económica, Universidad Iberoamericana. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

2 Para abundar, véase González de Cossío, *COMPETENCIA*, Ed. Porrúa, segunda edición, México, D.F., 2015.

3 Es decir, que un mercado se acerque lo más posible a la competencia perfecta. Sobre esto existen diferencias de apreciación. Hay quien dice que el bien jurídico tutelado es la competencia y libre concurrencia (no la eficiencia *per se*), mientras que hay quien considera que ello se protege puesto que logra el fin último: la eficiencia en los mercados. En mi opinión, van de la mano. El análisis económico enseña que la *eficiencia* de los mercados se procura cuando un mercado es competitivo.

4 Por conducta parasitaria me refiero a que un agente económico se beneficie del aviamiento u otros elementos de un competidor para lograr ventas que de otra manera no obtendría. Esto ha sido llamado de muchas maneras en la literatura económica. Por ejemplo, el problema del “*free rider*” o el “Problema del Polizón” (Joseph E. Stiglitz, *LA ECONOMÍA DEL SECTOR PÚBLICO*, Ed. Antoni Bosch, 2000).

Hay quien ha malentendido lo anterior y habla no solo de una *tensión*, sino *contradicción*, entre ambas disciplinas. Inclusive existe quien califica la tensión que propician de “esquizofrénica”.⁵ En mi opinión, no sólo no existe contradicción, existe *sintonía*—incluso *armonía*— entre ambas disciplinas. Para entender por qué, usaré una metáfora: el box es un deporte basado en rivalidad. En un enfrentamiento. En competencia. En una pelea entre dos deportistas que compiten por una medalla. En dicha contienda existen reglas. No todo se vale. (Por ejemplo, no se valen los golpes bajos.) La competencia invita la contienda;⁶ y en dicha contienda la competencia desleal evita golpes bajos. Mientras que la primera busca que el mejor gane, la segunda establece qué se vale. Entendido ello, las visiones que ven en contradicción en estas disciplinas, respetuosamente malentienden su relación.

Lograr el propósito indicado es complicado pues el proceso competitivo es *in natura* intenso, lo cual incentiva que los agentes económicos utilicen *todos* los medios a su alcance con la finalidad de ganar el voto económico del consumidor. La tentación por recurrir a medios agresivos —o que rayan en lo éticamente cuestionable— es enorme; lo cual implica que la reglamentación deba ser eficaz, so pena de ser vencida por la realidad.

B. COMPETITIVIDAD

Diferentes personas conciben ‘Competitividad’ en forma diversa—y algunos la confunden con competencia. Unos la conciben como la prontitud con la que productos llegan a importarse;⁷ otros califican de competitivo al país que presenta un crecimiento sostenido en los niveles de producto interno bruto per cápita;⁸ otros como el grado en el que una nación puede, bajo libre comercio y condiciones justas de mercado, producir bienes y servicios que cubran las exigencias de los mercados y mantener y expandir los ingresos reales de su gente en el largo plazo;⁹ otros como la capacidad de respuesta de una nación, empresa o individuo para afrontar la competencia abierta entre diversos oferentes de productos o servicios semejantes, lo cual se asocia con el grado de competencia y eficiencia que registren dichos mercados;¹⁰ aún otros como la habilidad de un país para atraer y retener inversiones.¹¹ El IMD de Lausanne, Suiza, lo define como la habilidad para crear y mantener un clima que permita competir a las empresas que radican en él; y el Banco de la Reserva Federal de San Francisco califica a un país de competitivo cuando sistemáticamente son más ricos (en términos de PIB y productividad) y crecen más rápido que otros. En mi opinión, quien mejor define el concepto es Arturo

Damm:¹² “la capacidad de hacerlo mejor que los demás”. ¿Qué? Lo que se haga — lo que sea.

5 Antonio Robles Martín Laborda, LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL, Editorial La Ley, Madrid, 2001, p. 130.

6 Por el voto económico del consumidor.

7 Postura de la Universidad de California en Berkeley.

8 World Economic Forum.

9 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

10 Ernesto Piedad Fera, CONCEPTOS ECONÓMICOS BÁSICOS DE LAS TELECOMUNICACIONES, en LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES, Federico González Luna Bueno, Gerardo Soria Gutiérrez, Javier Tejado Dondé (compiladores), Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2007, p. 44.

11 Instituto Mexicano de la Competitividad.

12 Arturo Damm Arnal, EL ORGULLO DE SER EMPRESARIO, Ed. LID, México, 2011, p. 44.

La relación entre la competitividad y la competencia es de mutua ayuda. Entre más competido es un mercado, mas competitivo es. Y viceversa.

II. QUÉ ES COMPETIR

A. NOCIÓN

Recientemente, un folleto publicitario elaborado y distribuido por la Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”) definió este concepto como:¹³

El acto o proceso de competir. El esfuerzo que realizan dos o más personas, comercios o empresas, para ofrecer más opciones de productos y servicios de mayor calidad y a mejores precios.

Es tanto un *proceso* como un *estado*. Es un *proceso* en que involucra un cambio continuo en la información que produce el mercado, y que sirve al consumidor para formarse una opinión sobre a quién darle su voto económico: su elección de entre las demás opciones. Es un *estado* en que es la *actitud*¹⁴ consistente en el deseo de ganarle al rival. Al competidor. Hayek lo define con elegancia así:¹⁵

Competition is a procedure of discovery, a procedure involved in all evolution, that led man unwittingly to respond to novel situations; and through further competition, not through agreement, we gradually increase our efficiency.

[Competir es un proceso de descubrimiento. Un proceso que involucra a toda la evolución, que llevó al hombre a inadvertidamente responder a situaciones novedosas. Y a través de la competencia, no la cooperación, gradualmente incrementamos nuestra eficiencia.]

En mi opinión, competir es el proceso de rivalidad entre comerciantes que buscan obtener el voto económico del consumidor. Es una batalla por participaciones de mercado.

Cualquiera que sea la noción que se prefiera, el riesgo de confusión abunda. Sea que se adopte la noción pragmática de la Cofece, la elegante de Hayek, o la mía (rivalidad por el voto del consumidor), qué es competir, hasta dónde llega, y dónde comienzan nociones vecinas, es materia de *discusión* – a veces *confusión*. Para ilustrar porqué, a continuación utilizaré un caso de coyuntura: UBER.

B. COMPETENCIA ‘EN LOS MÉRITOS’ – UN EJEMPLO: EL CASO UBER

El caso UBER es de utilidad para entender y discernir. Para explicar porqué, a continuación resumiré el modelo de negocio (§1), y la reacción que ha propiciado (§2), finalizando con sus aristas desde la perspectiva de

13 Folleto “Más competencia para un México Fuerte” distribuido en la Conferencia de Autoridades de Competencia de América del Norte organizada por la COFECE el 21 de mayo de 2015.

14 Esto merece énfasis. Observo que hay quien *supone* competencia cuando ante mercados con ciertas características (como, por ejemplo, atomización). Lo cierto es que puede existir competencia o no (una *actitud* acomodaticia ante competidores) tanto en mercados pulverizados como concentrados.

15 F.A. Hayek, *THE FATAL CONCEIT, THE ERRORS OF SOCIALISM*, The University of Chicago Press, Routledge, London, 1899, 1989, p. 19.

competencia (§3).

1. El modelo de negocio

UBER es una *startup* financiada por capital riesgo con sede en San Francisco. Proporciona a sus clientes una red de transporte a través de su software de aplicación móvil (“App”) que se puede descargar e instalar en su dispositivo móvil individual (*Smartphone*), conectando pasajeros con conductores de vehículos registrados en su servicio. Los coches se reservan mediante el envío de un mensaje de texto o el uso del App. Usando la aplicación, los clientes pueden rastrear la ubicación del coche reservado. Actualmente opera en decenas de ciudades de todo el mundo.¹⁶

Suscripción por el usuario: Al utilizar el App el usuario debe registrarse y celebrar un contrato con UBER, lo cual incluye dar información (particularmente número de teléfono celular) y datos de la tarjeta de crédito. Hecho ello, el usuario cuenta con una cuenta personal a la que se puede acceder con una contraseña que elija. La contratante es Uber B.V., una sociedad de responsabilidad limitada constituida en Holanda.

Prestador del Servicio: UBER por sí mismo no presta servicios de transporte. UBER no es un transportista. El proveedor del transporte es quien decide ofrecer servicios de transporte, que se pueden solicitar mediante el uso de la aplicación o el servicio. UBER sólo actúa como intermediario entre el usuario y el proveedor del transporte. Por lo tanto, la prestación de los servicios de transporte del proveedor del transporte estará sujeta al acuerdo suscrito entre el usuario y el transportista. UBER no es parte de dicho acuerdo.

Pago: El uso del App y servicio de intermediación es gratuito. No existe una regalía al prestador del servicio, sólo un régimen continuado de observación de lineamientos de calidad, seguridad e incentivos. El único concepto por el que se cobra es por el servicio de transporte, caso por caso, atendiendo a la distancia y al tiempo que ello consuma.

2. Acciones contra UBER

UBER es objeto de protestas de taxistas, empresas de taxis y los órganos de representación que creen que las empresas *ridesharing* son operaciones de taxis ilegales que se dedican a (*sic*) “prácticas comerciales desleales” que “comprometen la seguridad de los pasajeros”. UBER ha enfrentado problemas con organismos gubernamentales de diversos países. Ello ha incluido presión política,¹⁷ prohibiciones,¹⁸ invitaciones a no

16 UBER tiene presencia en 235 ciudades en el mundo. De estas ciudades en México se encuentran e Guadalajara, Ciudad de México, Monterrey y Tijuana. (Fuente: <https://www.uber.com/cities>. Última fecha de visita: abril 2015.)

17 Por ejemplo, manifestaciones en Londres (junio 2014) por miembros de la *Licensed Taxi Drivers Association*. En París (enero 2014) ocurrieron protestas y ataques a transportistas Uber en Charles de Gaulle. En junio 2014 se bloquearon calles de diversas ciudades europeas en protesta por la amenaza a la fuente de ingresos de taxistas derivado de la competencia desleal que presenta UBER al usar el App en teléfonos inteligentes dándole la vuelta a los costos y regulación impuesta a taxis. En octubre 2014 y mayo 2015 existieron protestas de taxistas en el Zócalo de la Ciudad de México.

18 Por ejemplo, en California y Massachusetts se emitieron ‘*cease and desist orders*’. En Bélgica se les prohibió

usar dicho servicio,¹⁹ intentos de regulación,²⁰ sanciones pecuniarias,²¹ agresión física²² y en general acciones “anti-UBER” que incluyen atribución de conducta ilícita, riesgosa y publicidad falsa, acciones legales,²³ y otro tipo de medidas que buscan obstaculizar su actuar.²⁴

Han habido protestas organizadas en Alemania, Francia, Inglaterra y muchos otros países. Recientemente (25 de mayo de 2015) hubo una protesta masiva de más de cinco mil taxistas en la Ciudad de México donde se aducía que los servicios UBER son “piratas”; “irregulares”. Son “inseguros” e “ilegales”. Es competencia desleal. No pagan impuestos. Taxis Organizados (una organización que dice representar a más de 1,300 taxistas) pujaba por evitar legalizar empresas como Uber y Cabify. Mi favorito fue (*sic*):

“Están dispuestos a fomentar el capital de estas empresas parásito internacionales? Que lo único que hacen es conectar a usuarios con unidades para prestar el servicio. Esta empresa sólo está incrementando su capital y están absorbiendo dinero de la ciudad, es un perjuicio económico para el DF”.

Pongamos lo anterior bajo el prisma de la competencia.

3. Aristas de competencia

El caso de UBER es interesante. Por un lado, sus características han atraído tanto críticas estridentes como medidas enérgicas. Por otro, ha sido calificado de ‘competencia desleal’. Y es esto lo que explica que lo cite en este ensayo para explicar la (verdadera) noción de ‘competencia’.

operar. En Korea del Sur el gobierno de Seúl emitió una declaración oficial (Julio 2014) expresando su intención de prohibir.

- 19 En Queensland (mayo 2014) se diseminó la siguiente publicidad: “*Don't risk your life—Rideshare apps are unlawful, unsafe and uninsured*”.
- 20 Por ejemplo, en Australia se tomó la postura que el *ridesharing* estaba sujeto a la *Passenger Transport Act* conforme a la cual se requería una licencia para actuar como taxi o similar (abril 2014). En Polonia el jefe de la union de taxistas de Varsovia explicó que “*We will put pressure on politicians, and demand that they change the regulations [for firms offering taxi services].*” En Septiembre 2014 el Gobernador de California aprobó la “*Assembly Bill No. 2293*” cuyo objeto sera modificar la *Passenger Charter-party Carriers’ Act* con miras a exigir seguro a quienes presenten servicio de *ridesharing*.
- 21 Por ejemplo, Korea del Sur, Filipinas. En Washington se embargó un coche a un transportista UBER. En Alemania se multó con US\$33,400 como resultado de una acción entablada por la *Berlin Taxi Association* y una orden de no hacer con multa de 250,000 euros como resultado de una acción de *Taxi Deutschland* (Agosto 2014), misma que se revocó en septiembre permitiendo la actividad de UBER en Alemania. El caso permanece *sub iudice* al momento de estas líneas.
- 22 En París y México han existido instancias de ataques a los chóferes UBER, tanto en lo personal como a sus coches.
- 23 En Chicago compañías de taxistas demandaron la supuesta violación de leyes de Illinois para proteger seguridad, protección al consumidor y ‘prácticas justas’. Existen otros casos de demandas en contra de transportistas UBER que no abordo por no versar sobre el tema que nos interesa.
- 24 Como en India, donde se ha obstaculizado el uso de las tarjetas de crédito para ello. En Nueva York, se instó a no incurrir en la práctica.

El caso UBER arroja lecciones tanto de lo que es competir (§a) como de la respuesta que tiene en una industria organizada que desea defender un espacio de comodidad (§b), y legislación cuestionable y onerosa (§c).

α) *Competencia en los méritos*

En términos generales, la competencia ocurre en dos planos: precio y calidad. Bajo dicho prisma, lo que enseña el caso UBER es superior competencia. La calidad del servicio UBER es muy superior a la recibida de otros prestadores de servicios, y sus precios son inferiores – a veces en forma importante.

Calidad: desde el tiempo de respuesta, limpieza de la unidad, presentación del chófer, y la atención (incluyendo el obsequio de una botella de agua²⁵), el valor que un usuario recibe de UBER suele ser superior al de las opciones. Considérese además que segmenta mercados en forma pro-consumidor: existen cuatro tipos de vehículos distintos, en orden ascendiente tanto de calidad como precio.²⁶ Ello constituye opciones para el consumidor, que el servicio de taxis habituales suele no ofrecer.

Precio: sin afán en caer en un solipsismo, este autor desea comunicar que llevo tiempo comparando las rutas frecuentadas en taxi con las utilizadas en UBER. Aunque es de admitirse que la muestra no es estadísticamente significativa, comunico que todos los trayectos seguidos son sensiblemente menos onerosos. Genéricamente, solidan entre un 25 y un 35% menos que los taxis normales. Y no se diga aquellos que cuentan con una barrera que permita cobrar más —como los del Aeropuerto de la Ciudad de México—, en cuyo caso la diferencia en precio es casi el doble. Recientemente (abril 2015), UBER anunció que bajaría sus precios.²⁷ Y los trayectos que he utilizado después sí han sido menos onerosos.

Opción de servicio: el chófer también es beneficiado. Mientras que en algunos sitios, a los chóferes de taxi se les pide una parte importante de sus ingresos por ser parte de la base (sitio) o flotilla²⁸, UBER cobra una regalía pequeña por la infraestructura al chófer (se me indica que, aunque oscila, es aproximadamente 7%). Esto tiene una doble implicación. Primero, quiere decir que no hay barreras para llevar a cabo la actividad, lo cual oxigena la competencia. Segundo, personas dedicadas a otras áreas pueden complementar sus ingresos trabajando medios tiempos (o algunas horas al día). Es decir, el modelo de negocio es ganar-ganar tanto al usuario como al prestador.²⁹

25 No faltará quien desee menospreciar el punto. Sin embargo, considérese que el consumidor (el usuario) recibe más por menos.

26 UBER X, UBER XL, UBER Black y UBER SUV.

27 Y en forma astuta, cuando ante protestas, ha regalado viajes. (Así ocurrió al autor el día de la protesta general en la Ciudad de México el 25 de mayo de 2015.)

28 Según de otros, son la mayoría.

29 Varios taxistas me han comunicado estar considerando cambiar de giro a UBER pues de dicha manera se les deja de “exprimir” por los sitios y sindicatos que parasitan la industria. A su vez, varios chóferes UBER —tanto en México como en el extranjero— me han informado que solían ser chóferes de taxi, y que ahora que son chóferes UBER ganan más por el mismo servicio.

Por lo anterior, desde la perspectiva de competencia económica, se propone que UBER no está compitiendo injusta o deslealmente: *¡está compitiendo!* Punto. Las voces que dicen lo contrario tienden a ser agentes económicos que enfrentan demanda decreciente. Grupos de interés afectados en su nicho de comodidad por un nuevo modelo de negocio disruptivo que los lesiona. Es decir, son medidas proteccionistas que provienen de quien está perdiendo la competencia.

b) *Captura*

Lo que el caso UBER evidencia es la energía con la cual un grupo de interés es capaz y está dispuesto a defender un espacio de comodidad. La observación aplica no sólo a los prestadores de servicio, sino a entes que rodean la actividad: desde sindicatos hasta autoridades que obtienen beneficios por autorizar la actividad. El que ello se traduzca en captura está por verse.³⁰ Este sin duda será un buen termómetro de qué tan ‘buena’ es la autoridad competente: si lo que tiene en mente son los beneficios del público en general, o de la industria que busca capturarla. Ello pues, si su prioridad es el público, la respuesta será permitir *ridesharing* y reevaluar el régimen regulatorio e impositivo, que es sobre-regulatorio. Pero si su prioridad es ampliar su poder e ingresos, la respuesta será regular. Y los incentivos son tales que la probabilidad está del lado de que sea capturada. Que regule. Después de todo, puede extraer rentas tanto formales (impuestos) como informales (corrupción) de hacerlo.

Veremos qué nos depara el futuro.

c) *Aspectos regulatorios*

Los grupos de interés que se han expresado en contra de UBER han encontrado un argumento que merece atención: la regulación. Hacen ver que el régimen de los taxistas exige una carga regulatoria e impositiva que no tienen que sufragar los servicios de *ridesharing*. Ello no solo es injusto, sino que imposibilita competir pues la carga regulatoria e impositiva es pesada.

Esta preocupación merece atención. Sin embargo, corta en sentido contrario a aquél para el cual se evoca. La postura pro-competencia (y pro-consumidor) de esta situación merece que se ponga bajo el microscopio la utilidad de la regulación existente; no imponerla sobre quienes hacen *ridesharing*. Hacerlo sería ir en sentido contrario, no sólo de la evolución de la competencia, sino de lo que conviene a la sociedad. Al consumidor. Al hacerlo se observará una ironía. Si el objetivo de la regulación es seguridad y calidad, se observará que la seguridad y calidad del *ridesharing* son (como regla) superiores a la actividad regulada. Aunque el punto es de difícil generalización,³¹ el que el servicio prestado sea frecuentemente superior a las opciones es observable por la habilidad que UBER ha mostrado de satisfacer demanda,³² la seguridad que

30 Por “captura” me refiero a su sentido stigleriano (George J. Stigler, *THE THEORY OF ECONOMIC REGULATION*, Rand Journal of Economics, Bell Journal of Economics and Management Science, 2, no. 1, Spring 1971, pp. 1-21.)

31 Naturalmente habrá jurisdicciones a las que las generalizaciones que aquí se hacen apliquen en mayor o menor medida. Sin embargo, como generalizaciones, se propone que son aceptables para el propósito descrito.

32 En comparación con las jurisdicciones donde existe una (artificial) escasez con miras a mantener el precio alto y resguardar – como ocurre en París.

brinda,³³ la velocidad de atención,³⁴ por el formato,³⁵ el precio,³⁶ la cortesía — hasta la botellita de agua que le brindan al usuario³⁷ — hacen pensar que el modelo de negocio logra no solo diferenciarse, sino superar los objetivos buscados por muchos de los regímenes regulatorios, que suelen ser seguridad.³⁸ Es ello lo que torna en irónicas a las críticas que atrae y medidas tomadas en contra: si se trata de calidad, el servicio otorgado por UBER es superior. Si se trata de seguridad, lo mismo puede aseverarse.

4. *Post scriptum* – La Opinión de la Cofece y el Acuerdo del gobierno de la Ciudad de México

Después de escrito este ensayo, dos eventos ocurrieron que son dignos de comentario: la Comisión Federal de Competencia Económica emitió una opinión, y el Gobierno de la Ciudad de México emitió un acuerdo que regula la actividad. A continuación se comenta cada uno.

a) *La opinión de la Cofece*

El 4 de junio de 2015 la Comisión Federal de Competencia Económica emitió una opinión sobre este tema (“Opinión Cofece”).³⁹ La opinión hace una plausible explicación sobre el fenómeno económico, destacando cómo resuelve ciertas fallas del mercado (incluyendo asimetrías de información y problemas de coordinación), es innovador, y es una nueva alternativa que redundará en bienestar del consumidor. Sobre todo, destaca su eficiencia. Como resultado, consideró positiva la presencia de plataformas y la posibilidad de que otras nuevas entren al mercado, dados los beneficios que ofrece al consumidor la posibilidad de que pueda utilizar los servicios de diversas ERT (“ERT” es el acrónimo que la Cofece utilizó para empresas de redes de transporte).⁴⁰

En la Opinión, la Cofece recomendó que se reconozca una nueva categoría o modalidad para la prestación de este servicio innovador que tiene un impacto relevante en la dinámica social.⁴¹ Al hacerlo, el

33 Lo cual se logra con el régimen que UBER dice implementar para hacer a un chófer parte de su sistema. Se trata de una autorregulación que parece lograr más que lo que logra la regulación de muchas jurisdicciones. Un ejemplo excelente de un mercado reputacional – después de todo, cualquier incidente sería comunicado por los usuarios.

34 Es frecuente observar que el tiempo de respuesta a un pedido es por debajo de los 5 minutos.

35 La experiencia de este autor y las personas con las que se ha platicado el tema es que los coches UBER siempre están en perfecto estado tanto físico como de limpieza.

36 El precio tiende a ser sensiblemente inferior al de los servicios comparables, inclusive los de economía informal.

37 Algo igualado por cualquier otro servicio de transporte de paga.

38 De nuevo, debo admitir que esto es una generalización que puede ser inexacta en algún caso. Sin embargo, como regla, los regímenes aplicables a los servicios de taxis están inspirados en la seguridad del consumidor, para lo cual se regula la actividad exigiendo requisitos diversos (por ejemplo, requisitos aplicables a los coches que se usen como taxi, exámenes a los chóferes, requisitos de seguros). Se llama la atención del lector al hecho que muchos de dichos regímenes son, en un número no insignificante de casos, no exitosos. Por ejemplo, piénsese en los taxis de la Ciudad de México. ¿Acaso puede decirse que cumplen al pie de la letra con el régimen de seguridad? ¿Y que hay de los informales? Existe una enorme cantidad de taxis informales que pueden ser tomados en la calle y que claramente no cumplen con el régimen aplicable, y que no serían objeto de las críticas dirigidas a UBER.

39 OPN-008, 2015.

40 Opinión Cofece, pp. 6-7, ¶4.

41 Opinión Cofece, p. 7, ¶2.

marco normativo debería privilegiar la competencia y la libre concurrencia, evitando restricciones tales como (a) autorizar o registrar vehículos para prestar el servicio o limitar su número imponiendo requisitos adicionales como de placas especiales y/o cromáticas; y (b) regular los esquemas tarifarios, los cuales actualmente son determinados por las propias ERT en función de la oferta y demanda del mercado.⁴² Concluyó enfatizando que, mientras no se ajuste el marco normativo, cualquier interpretación puede resolverse a favor del interés general. Es decir, permitiendo actividades que generan opciones eficientes en beneficio del consumidor.

La Opinión Cofece es atinada y propositiva. Merece reconocimiento y aplauso.

b) El Acuerdo del gobierno de la Ciudad de México

El 15 de julio de 2015 fue publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el “Acuerdo por el que se crea el Registro de Personas Morales que Operen y/o Administren Aplicaciones y Plataformas Informáticas para el Control, Programación y/o Geolocalización en Dispositivos Fijos o Móviles, a través de las cuales los Particulares pueden Contratar el Servicio Privado de Transporte con Chofer en el Distrito Federal”⁴³ (el “Acuerdo”). Ello ocurrió a la par de un decreto similar, pero ceñido a taxis.⁴⁴

En esencia, el Acuerdo establece lo siguiente:

1. **Registro:** Obligación de registrarse en el Registro de Personas que operen o administren Aplicaciones y Plataformas informáticas para el Control, Programación y/o Geolocalización en Dispositivos Fijos o Móviles, a través de las cuales los Particulares pueden Contratar el Servicio Privado de Transporte con Chofer en el Distrito Federal (el “Registro”).
2. **Constancia Anual:** la obligación de anualmente obtener el permiso para operar.
3. **Requisitos:** Un régimen que los vehículos deben cumplir. Por ejemplo, se exigió un valor mínimo de unidad de \$200,000, contar con cuatro puertas, radio, aire acondicionado, bolsas de seguridad.
4. **Revisión Anual:** se establece la posibilidad de que exista una revista vehicular anual.
5. **Prohibición:** Prohibición de prestar el servicio de chofer o administrar la prestación de dicho servicio si no se está registrado.⁴⁵

Los considerandos cuarto y cinco del Acuerdo comienzan por hacer apreciaciones correctas y bien intencionadas, para luego subvertirlos. Dicen:

Que la Ley de Movilidad señala que la Administración Pública debe diseñar e implementar

⁴² Opinión Cofece, p.7, ¶4.

⁴³ Décima Octava Época, No. 133 bis, p. 5.

⁴⁴ “Acuerdo por el que se crea el Registro de Personas Morales que Operen, Utilicen y/o Administren Aplicaciones para el Control, Programación y/o Geolocalización en Dispositivos Fijos o Móviles, a través de las cuales los Particulares pueden Contratar el Servicio Público de Taxi en el Distrito Federal”, Id. p. 2.

⁴⁵ Transitorio Cuarto del Acuerdo.

las políticas, programas y acciones públicas en materia de movilidad, observando el principio de eficiencia, con el objeto de procurar los desplazamientos ágiles y asequibles optimizando los recursos disponibles, sin que su diseño y operación produzcan externalidades negativas desproporcionadas a sus beneficios.

Que las innovaciones tecnológicas en el ámbito de la movilidad, son soluciones apoyadas en las tecnologías de punta, para almacenar, procesar y distribuir información que permita contar con nuevos sistemas, aplicaciones y servicios que contribuyan a una gestión eficiente, tendiente a la automatización y eliminación del error subjetivo, así como a la reducción de las externalidades negativas de los desplazamientos.

El régimen expuesto va en sentido contrario de dichas consideraciones. Lo que es más, para mi gusto es redundante, oportunista, y proclive a corrupción. Pero sobretodo, **innecesario**: *no existía una necesidad de regular*. El que se haya optado por ello es criticable. No tuvo en mente los mejores intereses del consumidor. Aprovechó una coyuntura para establecer un régimen que lastima a quien debería aplaudir; y no regula a favor del consumidor.

Justificaré cada apreciación.

Comencemos con la más seria: El que el Acuerdo sea **proclive a corrupción** deriva de la lección que la experiencia arroja,⁴⁶ y que Jagdish N. Bhagwati expone con agudeza:⁴⁷

Critics of the market and of global economic integration seem to be entirely unaware that a control, regulation or restriction creates an opportunity for corruption. ... if one needs ... bureaucratic permissions to do something in business, the officials have an opportunity to demand bribes. But there is worse: once it is known that a government is prepared to create such exceptional opportunities, there will be lobbying to create them. Then there is not just the corruption of the government, but the waste of resources in such “rent-seeking” or directly unproductive profit-seeking activities.

[Los críticos del mercado y a la integración económica global parecen ignorar por completo que un control, regulación o restricción generan oportunidades de corrupción. ... si una persona necesita ... permisos burocráticos para realizar algo en el comercio, los oficiales tienen una oportunidad de solicitar sobornos. Y lo que es peor: una vez que se conoce que el gobierno está dispuesto a crear dichas oportunidades excepcionales, habrá presión para crearlas. Entonces no sólo existirá corrupción del gobierno, sino que habrá desperdicio de recursos en dichas

46 Para abundar, véase González de Cossío, *EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO*, Ed. Porrúa, 2007, p. 31.

47 Jagdish N. Bhagwati, *FREE TRADE TODAY*, Princeton University Press, 2002, pp. 36-41.

actividades “rentistas” o actividades improductivas de búsqueda de rentas]

No es que *nunca* deba regularse, sino que *no siempre tiene que regularse*. Y cuando ello no es necesario, lo que se hace es generar no solo un costo, sino una oportunidad de corrupción. Tal es el caso del Acuerdo.

Si se pondera sobre ello, se concluirá que el régimen impuesto es superado por la actividad tal como está al día de hoy – y con un margen de éxito muy superior al que probablemente logre el régimen regulatorio. Quienes han usado el servicio UBER conocen los controles de calidad que tiene.⁴⁸ Y es esto lo que justifica mi aseveración que el régimen es **redundante**.

El Acuerdo además **lastima** pues el efecto es onerosidad y restricciones que significarán escasez innecesaria. La onerosidad deriva del costo administrativo y los derechos que se imponen a una actividad que no la requería. Ello por definición significará que (i) los consumidores tendremos que pagar más por el mismo servicio, y (ii) existirán menos oferentes. Mientras que la primera observación no requiere de elaboración, la segunda es digna de comentario. Muchos prestadores del servicio eran (son. ¿Eran?) personas dedicadas a otra actividad que complementaban sus ingresos utilizando su vehículo para, durante algunas horas al día, actuar como chofer UBER. Ante el costo que ahora se impone ello implicará que habrán casos donde ello ya no convenga. Ello es un escenario perder-perder: el prestador potencial deja de serlo (con la consecuente merma de ingresos), y el consumidor pierde opciones.

UBER había (ha) funcionado por que ha encontrado una necesidad insatisfecha. Un espacio de oportunidad. Con el régimen actual, se complica dicha labor en general, y veda para ciertos casos – un resultado donde todos perdemos.

Es ello lo que motiva que califique de **oportunista** la regulación. El ciudadano no puede dejar de sospechar que las autoridades correspondientes vieron el problema social que UBER detonó como una oportunidad para hacer algo a su favor, cuando lo que convenía hacer es defender un ideal. Se trata de una oportunidad perdida. ¿Cuál? El dejar ver que, a diferencia de otras jurisdicciones donde se ha sucumbido a los grupos de interés y a la ignorancia, en México se premia al competidor. Al innovador. Al creador, no a quien se le quiere colgar o quien desea zanzar mercados a su favor.

Especialmente preocupante es el apartado Sexto del Acuerdo que establece que:

Las aportaciones al Fondo para el Taxi, la Movilidad y el Peatón, se realizarán de acuerdo a los mecanismos y lineamientos que el Comité Técnico del Fondo señale.

48 Un ejemplo es ilustrativo. De todas las ocasiones que he usado el servicios UBER, sólo en una me encontré con un chofer que no manejaba bien. (Deseo ser claro: no es que manejara pésimo; sino que no manejaba bien.) Lo evalué pobremente. Recibí una disculpa electrónica y una solicitud de dar información. La di. Después de indagación me enteré que esto fue usado constructivamente para hacerle ver al chofer que esto debe mejorar. Y se me informa que, si no mejora, será cesado. Considérese ello con el régimen de los taxis. ¿Cuántas veces ha Usted lector vivido una mala experiencia en un taxi, que tiene que aguantar pues no hay nada que hacer? Moraleja: el régimen de control de calidad UBER es muy superior que el que se desea imponer regulatoriamente. ¡Aún sin la regulación!

Aunque el Acuerdo no lo explica, tal parece que se creará un fondo para que parte de los ingresos de los chóferes UBER sea canalizado a financiar el que taxis cuenten con Apps. (La fuente de la aseveración es indagación realizada sobre dicho apartado, ante su falta de claridad.) Ello es digno de reproche. Pedir que los chóferes UBER financien la adquisición de tecnología por los taxis, del género que distingue a UBER, es tanto así como pedirle a Coca Cola que financie la publicidad de Big Cola. Si los taxistas quieren competir en el segmento de mercado de los chóferes UBER, pues que se hagan de la tecnología para ello. Procurar lo contrario es permitir que se le cuelguen al innovador.

c) Conclusión

Si bien las autoridades del gobierno del Distrito Federal merecen ser reconocidas por no incurrir en lo que otras jurisdicciones han hecho (como prohibir o dejarse capturar por grupos de interés), el Acuerdo merece reproche en que, en términos generales, no observa la recomendación que la autoridad de competencia realizó. Si bien le dio un espacio a la figura de los ERTs,⁴⁹ lo hace de una manera innecesariamente sobre-reguladora.

Más específicamente, el Acuerdo es criticable en que:

1. Es innecesario. No había una necesidad de regulación. Al día de hoy, la actividad de UBER en México no ostentaba una necesidad que atender. Las críticas en contra no son más que diatriba proveniente de quienes ven afectados sus intereses por una actividad socialmente deseable. No merecen respuesta regulatoria alguna.⁵⁰
2. El contenido impone costos innecesarios, vedando opciones que eran pro-oferente y por-consumidor, e invita trucos (como el simplemente negar el registro), y corrupción.
3. De implementarse el fondo para el taxi, se incurrirá en una gran injusticia: se le pedirá al innovador que financie a quien se le quiere colgar.

Por lo anterior, el Acuerdo no cumple el cometido principal de la Opinión Cofece. Mucho bien hubiera hecho tomar nota no sólo de la sugerencia consistente en *“cualquier interpretación puede resolverse a favor del interés general, es decir, permitiendo actividades que generan opciones eficientes en beneficio del consumidor”*,⁵¹ sino también la siguiente apreciación hecha en la Opinión Cofece:⁵²

49 O “Aplicaciones y Plataformas Informáticas para el Control, Programación y/o Geolocalización en Dispositivos Fijos o Móviles, a través de las cuales los Particulares pueden Contratar el Servicio Privado de Transporte con Chofer” en palabras del Acuerdo.

50 Por lo menos no sobre de UBER. Una discusión más profunda e interesante es valorar si la regulación sobre los taxis merece ser relajada – como describí en la sección II.B(3)(c) de este ensayo.

51 Opinión Cofece, p. 8, párrafo final.

52 Opinión Cofece, §IV.A, p. 6.

... el modelo de autorregulación que instrumentan las ERT es eficiente y transparente ya que su confiabilidad y prestigio son esenciales para que las ERT se mantengan y compitan en los mercados.

III. COMENTARIO FINAL

Competir es difícil. Implica hacer un esfuerzo por entender y atender. *Entender* qué desea el consumidor, y *atenderlo* de la mejor manera posible. La inercia natural de todo agente económico es resistirse a ello. Encontrar un espacio, y hacerlo suyo. Protegerlo con toda su energía, a efecto de evitar disruptores que lo afecten y le exijan aún más. Y la experiencia enseña que la energía que están dispuestos a expender quienes han capturado un espacio es nada menos que impresionante, como lo es la inteligencia de los argumentos que esgrimirán para ello. Para discernir entre los buenos argumentos⁵³ de la diatriba histriónica que busca proteccionismo, se requiere entender la esencia de lo que es competir, y lo que propicia cuando existe un competidor disruptivo por sobresaliente.⁵⁴

Hay quien se ha cuestionado la conveniencia de la idea del derecho de la competencia aduciendo motivos distintos (que no abordo⁵⁵). Lo que en este contexto deseo enfatizar es que el motivo por el cual la idea de la competencia es el paradigma obedece a entender qué pasa sin la misma: *menos productos, más caros, de menor calidad, menos inversión, menos productores, menos innovación, menos empleo*. Un resultado deplorable para todos, menos quien no tiene que competir. Quien capturó el mercado y lo tiene cautivo.

53 Como los de la regulación del caso UBER, pero correctamente encausados.

54 Dicho proceso no es nuevo. Ha acontecido siempre que ha surgido una tecnología nueva y disruptiva.

55 Para ello, véase capítulo sobre “La Postura Agnóstica” en COMPETENCIA, Ed. Porrúa, 2ª ed., 2015.

Abstract:

According to conventional wisdom, monopoly increases price and reduces output; it transfers money from consumers to producers, but consumers lose more than what producers gain; the difference is a welfare loss to society, known as deadweight loss. However, this is a partial-equilibrium story, applicable to a single product or industry; it does not account for spillovers to the rest of the economy. In a general-equilibrium setting with full employment of resources the effects of monopoly pricing are as follows. Nominal prices go up but real prices do not; output reductions in the industry are compensated by output increases in the other industries; transfers from consumers to producers depend on who the beneficiaries are of the monetary expansion necessary to keep resources fully employed and, finally, there is indeed a welfare loss, but only to the extent that monopoly pricing departs from average levels. If monopoly pricing is economy-wide and flat, there is no loss. It is not monopoly pricing by itself that causes the welfare loss; it is the disparity in monopoly pricing.

The bathtub and the swimming pool

People have the habit of focusing on the direct effects of their actions in their immediate neighborhood, and of ignoring, or at least paying less attention to, what happens next or next door. They also focus on the clearly visible, not on what is diluted. When you take a pail of water out of your bathtub and throw it in the swimming pool, the water level in the bathtub goes down visibly, but in the swimming pool there is no notable difference. The conclusion is that there is a loss of water. This is in a simplified way how most antitrust practitioners and even academic scholars analyze the effects of anticompetitive behavior in specific markets, assuming that in the rest of the economy everything remains as it was.

The prime example is the story of the deadweight loss. We have heard it all, either in the first class of an introductory course on the economics of antitrust, or just from reading the first chapter of our textbook on elementary micro-economics or industrial organization. It is about monopoly pricing, or if you wish supra-competitive pricing, which drives prices up and output down, landing money of the consumers in the pockets of the producers and causing a welfare loss to the society as a whole, called deadweight loss. The welfare loss is there because consumers lose more than what producers gain.

The story of the deadweight loss is the cornerstone of antitrust. Virtually all antitrust enforcement is somehow aimed at avoiding or reducing deadweight losses. Combating hard-core cartels is a clear example.

¹ Independent economist, Mexico City. Contact: adtenkate@hotmail.com

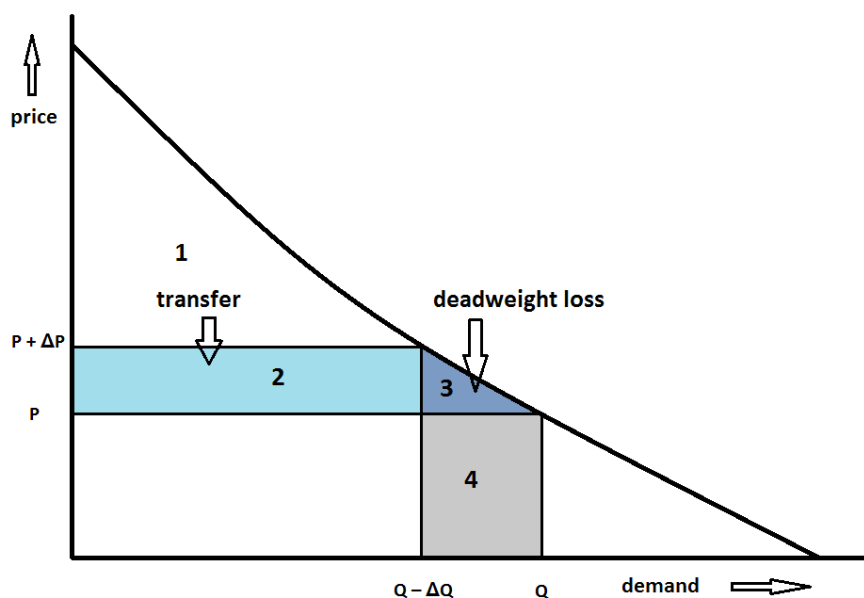
Horizontal merger control is another and the concern underlying the control of vertical mergers and vertical constraints is the possibility that market power is leveraged to downstream markets, where deadweight losses might arise. It is difficult to think of any antitrust action whose final purpose is not to get some kind of deadweight loss out of the way.

Apart from that, the story is compelling, as good stories must be. It also has a villain, as good stories must have. The villain is the monopolist charging excessive prices and the victims are the consumers that have to pay them. It is unfairness all around: a perfect plot to stigmatize monopolists, oligopolists and all that smells of abuse of market power. For the more business-friendly listeners among the public there is still the deadweight loss, which shows that there is even a net loss of welfare to producers and consumers taken together.

The story and its loose ends

The story of the deadweight loss usually comes with a partial-equilibrium graph in which supply and demand curves intersect at a price that clears the market. In the graph below it is assumed for simplicity that the supply curve is flat. That does not affect my arguments.

Graph 1. The deadweight triangle



In the competitive situation the market clears at price P where output is Q . With a price increase ΔP output is reduced to $Q - \Delta Q$. Before the price increase consumers' surplus was equal to the areas (1), (2) and (3) and the profits of producers were zero. After the price increase consumers' surplus is (1) and profits (2). That

is, consumers lose (2) and (3) while producers only gain (2). The difference (3) is the deadweight loss, while (2) is a transfer from consumers to producers. From the graph it becomes clear that the deadweight loss is approximately equal to the surface of the triangle which is half the price increase times the output reduction: $\frac{1}{2}\Delta P\Delta Q$. That is in a nutshell the story of the deadweight loss.

There are two loose ends, however. The first is that, when output goes down, productive resources become available that can be employed in other industries of the economy to increase output there. Evidently, if the market is only a small part of the economy, which is usually the case, the output increase in the rest of the economy goes unnoticed, like the pail of water in the swimming pool, but that doesn't mean it is not there. When resources are optimally allocated among industries, the marginal productivity of resources is equal everywhere, which implies that the output increases in the rest of the economy exactly compensate the output reduction in the market at stake.

The other loose end is that producers make more money than they did before the price increase. Since producers are also consumers, the extra money increases the disposable income of the consumers. This income is fed back into the system and raises demand, mostly in the rest of the economy but also a bit in the market at stake. Once more, if the market is only a small part of the economy, the increase in disposable income goes unnoticed, but it is definitely there. It is easy to see that the purchasing power of income remains the same, even though the general price level goes up. It is the bathtub and the swimming pool again.

So the question is: Given that price increases are compensated by income increases and that overall output remains the same, where is the welfare loss? The answer is that, with the existing production possibilities, the composition of the consumption basket is not what consumers prefer. They would rather consume a bit more of the good whose price is increased and a bit less of the rest, even though the magnitude of the consumption basket does not change. As such the deadweight loss is a measure of the inefficiency of resource allocation among industries.

Some history

There is nothing new in what I have set out so far and there is hardly anything new in what I am going to set out below. Everything has been written up long ago. The problem is that antitrust officials and practitioners are mostly unfamiliar with the existing literature. They only see the visible part of the iceberg, not what is underwater. For one thing, this is forgivable because it takes somewhat more than elementary knowledge of calculus to grasp the subtleties of the debate; for another, it is unfortunate because the outcomes shake up the very foundations of their beliefs. So let us first do some history.

The idea of the deadweight loss goes back to 1844 and is usually credited to the French engineer

Jules Dupuit.² The concept was canonized by the end of the nineteenth century by Alfred Marshall in his *Principles of Economics*.³ In 1954 Arnold Harberger pioneered the approach to estimate the magnitude of welfare losses from monopoly pricing in the U.S. economy.⁴ Since then it has become the most popular tool in the analysis of the welfare effects from all kinds of private and public measures affecting price formation.

Harberger's estimates were astonishing. He found that the welfare losses from monopoly pricing in the U.S. economy were less than one-tenth of a percent of the GNP. Harberger himself was the most surprised of all. It was unbelievable. It was a blow in the face of the advocates of antitrust. Monopoly had always been blamed for many of the woes of the economy, but now it appeared that the resulting inefficiencies were almost negligible. If monopoly pricing really does so little harm, what is antitrust all about? When the patient is healthy, there is no role for the doctor anymore.

The way out of the embarrassment was simple. If the patient is not sick, you declare him sick; doctors must make some money after all. Scholars began to search for omissions and other shortcomings in Harberger's estimates and a whole strand of literature developed aimed at inflating Harberger's estimates. Some of the studies were reasonably convincing, others far-fetched. Believe it or not, one of the studies arrived at a welfare loss for the U.S. of 13% of Gross Corporate Product.⁵ A summary can be found in Paul Ferguson's book *Industrial Economics* of 1988.⁶ Anyway, the patient was sufficiently sick again and the doctors happy.

Apart from the undeniable ascent of the deadweight approach to measure the welfare effects of price distortions, from the very beginning it has been subject to severe criticism. One of the loose ends – that of the interaction of the market with the rest of the economy – was picked up by Harold Hotelling in 1938.⁷ He did not tackle the problem in a general-equilibrium framework; he worked with an economy-wide demand system taking account of the interactions at the demand side. The other loose end – that additional income from price increases must be fed back in demand – was extensively treated in the 1940s by John Hicks who proposed alternative ways to compensate affected consumers.⁸

The agreement that came out of it was that the deadweight triangle was an appropriate approximation of the welfare loss to the economy as a whole when all other markets were undistorted, but the problem was how to deal with price distortions in several markets at the same time. The question was whether in such cases deadweight triangles could simply be added up to get the total welfare loss for the economy as a

- 2 A. Jules E. J. Dupuit (1844), "De la mesure de l'utilité des travaux publics", *Annales des Ponts et Chaussées*,
- 3 Alfred Marshall, *PRINCIPLES OF ECONOMICS*, 1890.
- 4 Arnold C. Harberger (1954), "Monopoly and Resource Allocation", *American Economic Review*, Vol. 44.
- 5 Cowling, K. and D.C. Mueller (1978), "The Social Costs of Monopoly Power", *Economic Journal*, Vol. 88.,
- 6 See Paul Ferguson and Glenys Ferguson (1994), *INDUSTRIAL ECONOMICS*, chapter 5, second edition, NYU
- 7 Harold Hotelling (1938), "The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility
- 8 See John R. Hicks (1941), "The Rehabilitation of Consumer Surplus", *Review of Economic Studies*, Vol. 8,

whole. Also on that issue a reasonable degree of agreement was reached.

Hotelling's formula

Hotelling came up with a formula for the aggregate welfare loss from simultaneous price distortions in several markets, which was as correct as it was misleading. Writing the price changes as ΔP and the resulting output changes as ΔQ , the first-order approximation of the deadweight loss DWL to the economy as a whole was the simple sum of the increases in price times the reductions in quantities divided by 2. That is:

$$DWL = \frac{1}{2}\Delta P_1\Delta Q_1 + \frac{1}{2}\Delta P_2\Delta Q_2 + \dots + \frac{1}{2}\Delta P_N\Delta Q_N$$

where the subscripts stand for the constituent markets of the economy.

Faced with this formula one would say: Each term stands for a deadweight triangle and the total loss of welfare is obtained by adding them up over the different markets. That is indeed how Hotelling interpreted it by affirming: "The approximate net loss $\frac{1}{2}\sum\delta p_i\delta q_i$ may be regarded as the sum of the areas of the shaded triangles [...]"⁹ By doing so, Hotelling himself was the first person to be misled by his formula. Many would follow suit.

What he did not realize is that each of the quantity changes in the formula is not only the demand response to the price increase in the market itself, but also to price increases in other markets. By contrast, the quantity change in the triangle only reflects the response to the price change in the market itself. That is, if there is a price increase in one specific market, output in that market goes down and that is the output change that figures in the deadweight triangle. But when there is also a price increase in a second market, that price increase also triggers an output change in the first market which counts in the formula but not in the triangle. The latter change is usually not a reduction but an increase.

That is, the individual terms in Hotelling's formula are not deadweight triangles; they also contain interaction effects and the interaction effects tend to dampen welfare losses. This is because, as a general rule, a price increase in one market reduces output in the market itself, but enhances output in the other markets. So the quantity change in each of the terms is usually less than the reduction from the price increase in the market itself. Below, I show that interaction effects not only dampen welfare losses, but may even turn losses into gains. I also set out in what circumstances this happens.

The confusion about adding up triangles was further fueled by Arnold Harberger with his estimates of the welfare losses from monopoly pricing for the U.S. economy.¹⁰ To arrive at the estimates he simply added deadweight triangles over industries. However, he did not work with profit margins from monopoly pricing.

⁹ Hotelling (1938), *supra* note 6, p. 254.

¹⁰ See Harberger (1954), *supra* note 3..

Instead he used departures from average margins. That way he smuggled the interaction terms of Hotelling's formula out of the way, as these interactions are expected to cancel out when there are as many negative as positive price changes. Moreover, by working with departures from average margins his welfare losses are not from monopoly pricing but from the disparity in monopoly pricing.

All this remains undercover. Harberger only mentioned towards the end of his article that it is perhaps better to ascribe only positive departures from the average to monopoly and that his estimates of the welfare losses would come out accordingly lower. With respect to Hotelling's formula, he presumably took it as a justification for adding up triangles over industries, but he did not mention it either. No wonder that many scholars of antitrust and regulation happily keep adding up Harberger triangles over industries – that is the way they were coined – and still interpret them as welfare losses to the economy as a whole, without knowing what they are really doing.

An illustrative exercise

As a former theoretical physicist I could bother you with lots of algebraic formulae to drive my points home, but to keep it nice I prefer to come up with a simple exercise that is sufficiently illustrative of all the misperceptions the competition community has about the blessings of competition as a device to keep prices low, to enhance economic growth and progress, and to protect the consumers against the villains.¹¹

Those who are unfamiliar with economic modeling can skip the next paragraph. It is only written to avoid claims of accountability. What matters is the results, which are presented directly afterwards. What also matters is that you know that the outcomes are not just grabbed from the air. For interested readers I have a description of the model available and a spreadsheet supporting the results.

The economy is split up in five industries; demand is according to the Linear Expenditure System of Richard Stone.¹² There is a single homogeneous resource that can freely move between industries. Resource availability is fixed and its marginal productivity is constant. Units of measurement are chosen such that the marginal productivity of the resource is equal to 1 for all industries. In the numerical example industries are assumed symmetric. Yet the conclusions to be drawn are essentially the same for other parameter values.

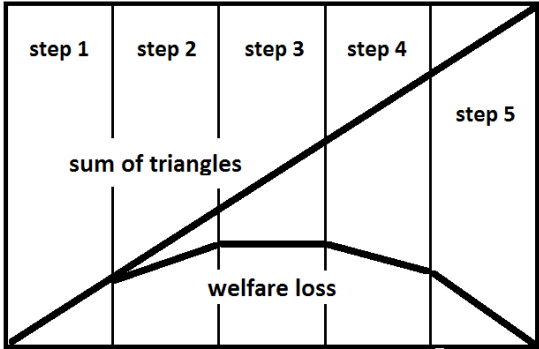
At the start there is perfect competition in each of the industries, so that producers make no profits. The first step is then to increase the price in the first industry by 20% and to raise income so as to keep resources fully employed. The next step is to do the same thing for the second industry, again with the necessary income adjustment. It takes five steps to raise prices in all industries and it takes a spreadsheet to calculate the welfare losses to the society after each of the steps.

11 I did not make up the term "competition community" by myself. It is often used by competition officials.

12 Richard Stone (1954), "Linear Expenditure Systems and Demand Analysis: An Application to the Pattern.

The stepwise evolution of the welfare loss to the society is presented in Graph 2 where it is compared with the way the welfare loss would have evolved under the assumption that the total welfare loss is obtained by simply adding up deadweight triangles for each of the individual industries. The results are particularly instructive.

Graph 2. Welfare loss versus sum of triangles



After the first step the welfare loss of the formula is equal to the traditional deadweight triangle. After the second step the welfare loss using Hotelling’s formula is significantly lower than the simple sum of deadweight triangles. This is attributable to the interaction effects.¹³ At step 3 interaction effects become so strong that the welfare loss remains at the same level in spite of the additional price increase; at step 4 interaction effects are even stronger than the triangle to be added and after step 5 welfare is back to where it was under perfect competition in all industries.

We are in the paradoxical situation that, after raising all prices by the same percentage, the level of total welfare is back to what was at the outset. That is to say, there is no welfare loss from a flat price increase for all industries. For those familiar with general-equilibrium models of this kind this is not paradoxical at all, because equilibrium solutions of such models depend on relative prices not on price levels and a uniform price increase does not affect relative prices. When after step 5 my spreadsheet produced an aggregate welfare loss zero I was not surprised but satisfied; had it come out differently, I would have been looking for the mistake.

It is also interesting to have a look at the order of magnitude of the welfare losses relative to market

¹³ Interaction effects can be described as follows. When price 1 is increased, there is not only an output reduction in industry 1, but there are also output increases in the other industries. These output increases play no role in Hotelling’s formula as long as there are no price increases in the other industries. Something multiplied by zero delivers zero. However, when price 2 is increased at the second step, the output increase for industry 2 from the first step is still there and has its countervailing effect. Moreover, the second price increase also triggers an output increase in industry 1, an increase that was not yet there at the first step but counts in the formula.

sizes. I did not indicate the value of the losses in Graph 2, but with the chosen parameter values it was at 41.4 monetary units after the first step compared with a total income of 20,700 units and a markets size of 4,300. That is, it was at 0.2 percent of total income and almost 1 percent of the market size for industry 1. After the second step it was at 64.3 units, total income at 21,500 and the market size for industries 1 and 2 at 7,830. That is, the welfare loss was at 0.3 of total income and at less than 0.8 percent of market size. Given the fact that the 20% price increases of the exercise are substantially higher than what Harberger on average used in his estimates, his finding of a welfare loss of less than one-tenth of a percent of GNP does not seem too far of the mark.

As regards the income increases necessary to keep resources fully employed, the result is indeed that they roughly compensate the price increases. That is, the purchasing power of income does not change. Evidently, the purchasing power depends on the basket of goods on which it is measured. If it is measured on the basket before the step is made, it slightly decreases with steps 1 and 2 to recover with steps 3, 4 and 5. If it is measured on the basket after the step, it remains constant by definition due to the budget constraint.

Lessons and moral

There are four lessons that can be drawn from the above, all of them quite intuitive. I phrase them in an opposite way. That is, not by telling you that monopolists are less villainous than they are usually depicted, but instead by deflating the vastly overblown expectations the competition community has from its cherished child: competition.

First, stronger competition not only lowers prices in the markets where it occurs, but also economy-wide income, and to the same degree. At the end of the day purchasing power of income remains roughly unaffected. Being happy with the price reductions that result from enhanced competition, is like being happy with a wage increase that is eaten up by inflation. The benefits are for a good deal illusory.

Second, stronger competition indeed boosts output in the markets where it occurs, but if resources are scarce and fully employed, the additional resources needed to boost output are drawn away from other industries where output goes down. At the end of the day economy-wide output remains at the same level. Once more, the benefits are mostly an illusion.

Third, competition is not unambiguously good for social welfare. It basically depends on the circumstances. If competition is encouraged in uncompetitive industries, it generally has the desired effects on welfare, but if it is encouraged in industries that are already fairly competitive, it may well turn out counterproductive. In the latter case it draws resources away from activities where they are more needed.

Fourth, competition definitely transfers money from producers to consumers. There is no doubt

about that. I hardly commented upon it in this essay, but the redistributive effects of monopoly pricing and competition normally outweigh the welfare effects by far. So if the purpose of antitrust policy is to enhance economic efficiency, conceived as maximum total welfare, the story of the deadweight loss is little helpful. If it is to recommend a transfer of money from the villains to the poor consumers, the story is no longer a story of deadweight loss.

The moral is that whenever economists come up with their favorite triple-E assumptions (Everything Else Equal), it is time to get suspicious. In economics everything depends on everything else, so in such cases you better ask them what exactly they assume fixed and what they allow to vary. If you would ask them if they assumed the water level in the swimming pool fixed, their answer would probably be: No need to do so! It didn't change. Can't you see?

PAUTA 74

Sobre la International Chamber of Commerce (ICC)

La ICC es la organización mundial de las empresas cuya misión es fomentar la apertura del comercio y la inversión internacional, así como ayudar a las empresas a enfrentarse a los retos y las oportunidades que surgen con la globalización.

Con intereses que abarcan todos los sectores de la empresa privada, la red global de la ICC comprende más de 6 millones empresas, cámaras de comercio y asociaciones empresariales en más de 130 países. Los comités nacionales trabajan con las empresas miembro de la ICC en sus propios países para abordar sus preocupaciones e intereses, y haciéndoles llegar a sus respectivos gobiernos las posturas empresariales formuladas por la ICC. La ICC transmite sus prioridades a través de una estrecha colaboración con las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, el G-20 y otros foros intergubernamentales.

Cerca de 3,000 expertos procedentes de las empresas miembros de la ICC alimentan con su conocimiento y experiencia los puntos de vista de la ICC sobre cuestiones específicas que afectan directamente a la actividad empresarial.

www.iccwbo.org

International Chamber of Commerce México (ICC México)

El Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC México), fue fundado en el año de 1945, como organismo de afiliación voluntaria, destinado a vincular a las empresas establecidas en México, con el objetivo de promover el cabal establecimiento de una economía global de mercado con responsabilidad social, ética y ecológica, y auspiciar una mayor certidumbre para las operaciones empresariales, con la firme convicción de que el intercambio comercial promueve la prosperidad y la paz entre las naciones.

www.iccmex.mx