

RESEÑA:
COMPETENCIA ECONÓMICA,
ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS
DE: FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO
RESEÑADO POR: XOCHITL GARMENDIA CEDILLO

“Debe quedar claro, el objetivo de la competencia económica es sólo eficiencia, en su sentido económico. No lo es la protección al consumidor, ni competitividad, ni la protección del pequeño empresario”⁴¹⁰.

La obra de Francisco González de Cossío⁴¹¹, *“Competencia Económica, Aspectos Jurídicos y Económicos”*, es producto del trabajo de investigación que llevó a cabo para obtener el grado de Doctor en Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago, obra que traduce al español para ofrecerla como un aporte al Derecho de la Competencia Económica en México. Dirigieron y presentan la obra dos reconocidas autoridades de la materia de competencia económica en Estados Unidos, por un lado el Juez Richard A. Posner, uno de los académicos más citado dentro del ámbito académico y por el otro el profesor Dennis W. Carlton, uno de los autores más importantes sobre organización industrial y microeconomía.

Divide su estudio en diez capítulos, utiliza el método histórico para hacer un análisis cronológico de las legislaciones en materia de regulación económica en México desde la Colonia a nuestros días. Posteriormente bajo un método analítico descriptivo, aborda los principales temas que estructuran el Derecho de la Competencia Económica, estableciendo definiciones a partir de las cuales realiza un estudio comparativo de conceptos, utilizando a la vez criterios económicos y jurídicos.

La virtud de la obra es justamente, la conjugación de análisis en ambas disciplinas de los temas relevantes.

En la presente obra se hicieron una selección los temas más importantes que comprende esta especialidad.

Los casos que aporta de la experiencia mexicana se basan en reportes e informes publicados en la Gaceta que publica la Comisión de Competencia Económica, que utiliza para ejemplificar los temas que aborda.

En virtud de hacer un análisis basado en dos disciplinas diferentes, su metodología es como el mismo asume, ecléctica, lo cual se advierte de la lectura

⁴¹⁰ González de Cossío Francisco, *“Competencia Económica, Aspectos Jurídicos y Económicos”*, Edit. Porrúa, México 2005, p. 7

⁴¹¹ En el año 2003 estudia en la “University of Chicago Law School”, y obtiene el grado de Doctorado (*Doctor in Jurisprudence, J.S.D.*), con el tema: “Competencia Económica”. En 1999 obtiene su grado de Maestría en: *University of Chicago Law School: Maestría (Master in Laws, LL.M.) Beca Fulbrighty Beca por mérito académico.*

del libro, donde en ocasiones parte de un análisis inductivo y en otras es deductivo, lo cual es entendible en razón de lo complejo de la materia.

El Derecho de la Competencia Económica es una disciplina que apenas empieza su práctica y conocimiento, a partir de fines del siglo pasado, por lo que el aporte de esta obra cobra mayor significado. Se advierte que en algunos temas existe un distanciamiento de los criterios jurisdiccionales, entendible en virtud de la prevalencia de los criterios económicos. Algo que tendremos que ir avanzando en el análisis que lleven a cabo los tribunales en México.

CONSIDERACIONES GENERALES Y DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA OBRA:

La Competencia Económica, es una especialidad en la que confluyen las disciplinas: la Economía y el Derecho, ambas tienen intrínsecamente diferentes objetivos, sin embargo en el mundo empresarial se convierte en un área multidisciplinaria en la que entran en acción todas las materias inherentes a la constitución de empresas, administración de las mismas, y su desarrollo competitivo dentro y fuera del territorio en el que se han constituido, de ahí que cobra relevancia la importancia de inclusión de criterios y fundamentos de otras materias, de las cuales se hablará en el desarrollo de esta investigación.

La Competencia Económica definida en la ley vigente en México, establece como su objetivo principal la eficiencia, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 2º de la Ley cuando dice: “(...) *proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.*”

Estos fines van más de acuerdo a los objetivos de la economía que a los fines del derecho. Sin embargo, esta actividad debe ser regulada por el derecho, para establecer las bases, principios y fundamentos sobre los cuales se actuará en este ámbito, y que establecen los derechos de las partes.

De aquí la importancia de realizar un análisis bajo las dos ópticas, la de la Economía y la del Derecho, en la Economía, porque es bajo resultados de efectos económicos que se advierten las violaciones de equidad de las partes, y el acaparamiento y dominancia del mercado por un solo actor.

La actividad económica ha existido desde siempre, desde la aparición de empresas productoras y transacciones comerciales. México tiene un capítulo especial dentro de la Constitución sobre la regulación de la economía en

México⁴¹², que fue legislado desde el siglo XIX, y con algunos antecedentes desde la Colonia. Es hacia finales del siglo XX, que México abre sus fronteras y entra en abierta competencia internacional, con reglas establecidas en los Convenios Comerciales que firma, en los que se incluyen reglas de la Competencia Económica Internacional, y que son tomados en cuenta en la ley que se emitió posteriormente⁴¹³ para regular la materia.

Es por ello que esta obra constituye un aporte valioso al mundo del Derecho en México.

Para el autor, el Derecho de la Competencia Económica debe ser entendido como *“la herramienta que busca establecer un equilibrio en la sociedad, por la distribución de la riqueza, que desde un punto de vista ideal, pretende lograr”*, al efecto cita a Hovenkamp *“Federal Anti trust Póllice”*: *“El costo social es la diferencia del valor social entre el mercado monopolizado y el mercado competitivo, no la diferencia en valor social entre un mercado monopolizado y la no existencia de un mercado”*.

Si se ve al mundo desde una perspectiva económica, podemos entender la forma en que el autor define lo que es un sistema económico como *“(…) la manera de resolver las tres interrogantes principales de la economía: ¿qué producir?, ¿cómo producirlo?, y ¿para quién producirlo?, Estas tres premisas derivan de la primera premisa de la Economía: la escasez. Es decir, el resultado de contar con recursos limitados para satisfacer necesidades limitadas”*.

Los sistemas económicos dice el autor son: 1. *El sistema de economía de mercado*. 2. *El sistema socialista*; y 3. *El sistema mixto*⁴¹⁴.

Asevera que México tiene un *Sistema Mixto de Economía*, de acuerdo a lo que establece el artículo 25 de la Constitución, que forma parte del capítulo económico del Estado junto con los artículos 26, 27 y 28, los que constituyen los cimientos del sistema económico mexicano como antes ya se dijo.

La corriente economicista ha influido en un cambio sustancial en la política económica y en el derecho en todo el mundo, a partir de los movimientos globalizadores y se refleja en el Derecho de la Competencia Económica.

⁴¹² Artículos 25, 26, 27, y 28 constitucionales

⁴¹³ Ver. P. 17 y sgts,

⁴¹⁴ Ver. Capítulo III, Economía del Derecho de la Competencia Económica. P 19 y sgts.

La utilización de ejemplos graficados económicamente bajo parámetros económicos, nos da una visión de lo que sucede en el mercado real y describe lo que en números debe ser la competencia perfecta⁴¹⁵.

Constituye este libro un tratado del Derecho de la Competencia Económica; Describe y abarca todos los temas relevantes de importancia en esta especialidad. La riqueza que aporta es que incluye las concepciones y la forma de interpretar esta rama del derecho en las Cortes de Estados Unidos, y el desarrollo conceptual en la doctrina norteamericana, además de que incluye ejemplos prácticos.

En el caso de México, inicia su análisis a partir de que se abre a la economía mundial y se adhiere al GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) en los años ochentas y simultáneamente comenzó a firmar Tratados Internacionales en Comercio Exterior, lo que propició se abriera al mundo globalizado dentro de un marco de competitividad internacional.

Como consecuencia nace un nuevo marco legal que permite la competitividad, y no sólo eso, México abre sus fronteras, siguiendo el consejo de Milton Friedman: *“si le tienes miedo a los monopolios, en vez de crear una comisión, abre las fronteras”*.

Apunta González de Cossío que dentro de este nuevo marco legal, la nueva Ley Federal de Competencia Económica, toma en cuenta la experiencia extranjera en la materia en diversas leyes. El objetivo de la nueva ley era promover la eficiencia en la economía, no la protección de competidores. Se buscó que las autoridades pudieran intervenir con posterioridad a que la conducta hubiera tenido lugar. La excepción sería la política preventiva en materia de concentraciones.

Se evitó que fuera regulatoria, no debía establecer permisos a la producción y distribución de productos.

Para la implementación de la ley se buscó fuera un órgano administrativo autónomo e independiente del gobierno, de que contara con facultades para sancionar sin precedentes en el sistema jurídico mexicano (aunque se evitó incluir sanciones penales). La Comisión Nacional de Competencia, tendría las funciones básicas para la investigación de posibles violaciones y la decisión cuasi-jurisdiccional sobre los casos en los que tiene competencia, [considera el autor, respecto de las facultades de un tribunal administrativo, que se evitó se le diera la competencia jurisdiccional al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa sobre las resoluciones de la CFC]. Al

⁴¹⁵ Ver p. 25 y sgts.

efecto se creó la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) publicada en el DOF el 24 de diciembre de 1992, y que entró en vigencia el 23 de junio de 1993. En el desarrollo de esta obra, el autor además de hacer análisis económicos junto con definiciones jurídicas, expresa su criterio discordante con lo que la Suprema Corte de Justicia ha interpretado respecto de algunos temas de competencia económica, apegándose a lo que prescribe la Constitución.

Denota el autor en sus interpretaciones una gran influencia de criterios económicos, más que jurídicos, seguramente porque en materia de competencia económica, son más importantes las valoraciones de tipo económico.

Sin embargo, no debemos olvidar que cuando la Suprema Corte de la Nación interpreta un hecho o acto jurídico, lo hace en primer lugar como Tribunal Constitucional y debe apegarse a lo que prescribe la Constitución, y en este ámbito, seguramente van a darse criterios diferenciados.

La Competencia Económica es una disciplina que se presta a que otras materias como las matemáticas intervengan con métodos de análisis e interpretación de datos estadísticos que son utilizados para la interpretación de medidas y resultados de estimación de precios, e incluso para la determinación de la existencia de monopolios, oligopolios, y concentraciones económicas.

Los daños que causa un monopolio no sólo son el costo social, sino también la pérdida de inversión, de competidores, lo que por consecuencia se traduce también en una pérdida social. Igual se advierte la pérdida de innovación, al no existir incentivos⁴¹⁶.

Sin embargo, también existen beneficios de los monopolios, cuando los beneficios exceden los costos. Los escenarios que pueden justificar la existencia de un monopolio son: I. Fracasos del mercado; II.- Monopolios naturales; III.- Fomento a la innovación (cuando se encuentra ligada a derechos de propiedad industrial) y IV.- Externalidades⁴¹⁷.

El caso de cuando un mercado contiene un único vendedor se caracteriza por ser un monopsonio, este es lo contrario del monopolio y restringe el abasto igual que el monopolio. El poder monopsonómico, será la habilidad de fijar los precios de abasto por debajo de niveles competitivos. El monopsonio obligará a los proveedores le vendan a precios inferiores, que el que prevalecería en un mercado competitivo (señala que respecto de este punto hay debate si es cierto o no, ¿Quién seguiría vendiendo con precios inferiores a

⁴¹⁶ Ver p. 32

⁴¹⁷ Ver p 35

sus costos?, los cuestionamientos al respecto son varios y resulta ilustrativo los ejemplos que se muestran)⁴¹⁸.

Oligopolio significa “pocos vendedores”, a este respecto se pregunta ¿qué tantos son pocos?, lo cual es difícil de establecer, lo importante de esta figura es el reconocimiento que las acciones de firmas individuales pueden afectar el precio de mercado, y el resultado de cada una de las firmas involucradas. Al efecto cita a Edward H. Chamberlain “(...) es importante que las firmas reconozcan su mutua interdependencia y su interés en precios altos para la generación del precio que maximiza utilidades. Al realizarlo, cuando en presencia de pocos vendedores y productos estandarizados, se pueden lograr precios monopólicos sin colusión formal”.

El mercado se caracteriza por ser un oligopolio no-cooperativo, que es cuando un número pequeño de firmas actúan interdependientemente pero con la conciencia de la existencia unas de las otras. Para ejemplificar este caso presenta el caso de AUGUSTIN COURNOT que es un caso desarrollado matemáticamente y publicado en STUDIES IN MATHEMATICAL PRINCIPLES OF THE THEORY OF WEALTH, 1838 (traducción al inglés por NATHANIEL T. BACON), 1897, NEW YORK, AUGUST M KELLEY 1832, (1971), No obstante que dicha teoría fue elaborada en 1838 no fue descubierta por las corrientes económicas principales sino hasta 45 años después. Presenta una interesante exposición de cómo opera el modelo. Los oligopolios cooperativos existen cuando las firmas cooperan con la finalidad de minimizar la competencia entre ellas; existen diversas maneras de que se constituyan y de que operen. Cuando la colusión de los oligopolios es expresa, se forma un Cartel, que es una organización de firmas que producen productos similares y se coluden para incrementar los precios y restringir el abasto. Describe las diferentes formas en que operan y requisitos necesarios para que se mantenga el cartel.

Todas estas figuras operan y tienen efectos dentro del mercado, por lo que resulta muy ilustrativa la explicación de su operación de cada una de ellas. Los costos sociales de cada una de estas figuras, representa un costo social, en el caso de los cárteles, el costo social es mayor incluso que el de los monopolios, sus costos de operación pueden llegar a ser muy gravosos.

La conducta de las firmas que participan de la colusión, tiene importancia, pues dependerá del tamaño de los rivales, para ello explica los diferentes modelos que se utilizan para analizar cada caso. Incluso incluye un ejemplo aplicando la Teoría de los Juegos cuando enfrentan un EQUILIBRIO DE NASH, cuando el equilibrio de intereses de ambas partes se encuentra. Por otro lado puede existir un problema de acción colectiva que con frecuencia se explica

⁴¹⁸ Ver. p 37

mediante el escenario del DILEMA DEL PRISIONERO (*Prisoners Dilemma*) que ilustra ¿qué pasaría si las partes cooperaran? lograrían un resultado en que ambas ganarían más que si no cooperan. Este Dilema es aplicado mucho dentro de las ciencias sociales⁴¹⁹.

Para entender como enfrentan las personas físicas y morales los incentivos económicos, se utiliza el modelo de la TEORÍA DE LOS PRECIOS, para explicar los fenómenos del mercado. La teoría microeconómica es utilizada para diseñar estudios empíricos del mercado y de sus efectos en las políticas públicas. Recientemente, tres aplicaciones teóricas específicas de la teoría de los precios han ganado adeptos: a) análisis de costo de transacciones; b) teoría de los juegos; y, c) análisis de competencia potencial de un mercado (*contestable market analysis*)

Define el autor los dos conceptos fundamentales del derecho de la Competencia Económica: (a) agente económico, y (b) daño al proceso competitivo. Conceptos que define de acuerdo a la Ley Federal de Competencia Económica, y jurisprudencial, en base a resoluciones que se han emitido respecto de conflictos que se han deliberado en tribunales. Aporta los ejemplos de una DENUNCIA PRESENTADA POR LOS CORREDORES PÚBLICOS DEL DISTRITO FEDERAL EN CONTRA DEL COLEGIO DE NOTARIOS, establece las diferencias de conceptos que se han emitido, analiza las diferencias de significados de cada ordenamiento según el contexto que se analiza.

Resulta importante la diferenciación que señala, pues ilustra el grado de error en el que se puede incurrir cuando se ignora el ámbito del derecho de la competencia económica, incluso critica una resolución de la Corte, que se basó en una interpretación constitucional del concepto, y el autor se remite a la Ley Reglamentaria del artículo 28 constitucional, la Ley Federal de Competencia Económica, la cual define en forma más abierta lo que se debe entender como agente económico⁴²⁰.

[- A este respecto, si tomamos en cuenta que nuestro sistema de derecho privilegia la supremacía constitucional, debiera prevalecer el concepto constitucional, sin embargo la materia de competencia económica ha ido más allá de lo que define la carta magna, por la naturaleza de la materia. Aquí vamos a encontrar diferencias de opiniones, pero desde un estricto punto de vista de interpretación del derecho en el sistema mexicano, debe prevalecer lo que la Constitución establece -]

⁴¹⁹ Ver p. 53

⁴²⁰ Ver. p. 56

Sin embargo es de tomarse en cuenta el análisis jurídico interpretativo que presenta el autor respecto de los significados de conceptos a la luz de ambas normas.

[*- Me parece que en esta materia vamos a ver con más frecuencia esta diferencia de opiniones, por el grado de especialidad que tiene el derecho de la competencia económica y sobre todo por la gran influencia de conceptos concebidos y desarrollados en el derecho extranjero -*].

En relación a las *Prácticas Monopólicas*, estas pueden ser absolutas o relativas, las primeras se refieren a los acuerdos cooperativos anticompetitivos o “*prácticas colusivas*”, y se habla de una relación horizontal, ya se trate de contratos o convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores, cuyo objeto será: fijar precios; restringir el abasto; división horizontal de mercados, y concertación de posturas (estas son las únicas que el Derecho Mexicano sanciona como ilegales), cualquier otra práctica será considerada practica monopólica relativa las que están sujetas a un análisis orientado a determinar su efecto competitivo, (con excepción de las fusiones y adquisiciones, que son materia de un régimen totalmente diferente: las concentraciones).

Las prácticas monopólicas relativas, se refieren a prácticas que afectan la competencia económica, en las que la probabilidad de que ocurra un daño al proceso competitivo, es menos aparente, por lo que su sanción se hace conforme a una *regla de razón*, que realiza un análisis de legalidad o ilegalidad. Estas *reglas de razón*, varían según la jurisdicción, lo que ocurre frecuentemente en Estados Unidos, pero en México, las reglas son diferentes y el autor discrepa de las reglas de razón a la mexicana, ya que aquí en tres pasos se determina si un agente económico ha incurrido en un ilícito en materia de competencia económica y en consecuencia será sujeto de responsabilidades bajo la LFCE que dará lugar a: 1. Determinación de la existencia de una práctica monopólica relativa; 2. La definición de mercado relevante; 3. Análisis de poder de mercado que incluye; 4. Valoración de los efectos pro y anticompetitivos⁴²¹.

Se hace una detallada descripción de cada uno de los casos de estas prácticas.

Dentro de este capítulo define conceptos importantes como:

Mercado relevante; Una vez determinada la existencia de la conducta contemplada en la hipótesis de una práctica monopólica relativa, deberá: 1. Definirse el mercado relevante; 2. Determinar la existencia (o falta) de poder de

⁴²¹ Ver capítulo IV p 67 y sgts,

mercado; y 3.- Determinar si los efectos pro-competitivos rebasan los efectos anticompetitivos.

Concepto económico: Un mercado es cualquier contexto dentro del cual una, venta o una compra de un producto o servicio tiene lugar, ya sea físico o no. Aporta detalles que individualizan el concepto dentro del campo del derecho económico. Y a su vez aporta la definición de la LFCE, que está guiado de conformidad con la LFCE, por criterios que lo definen.

La importancia de definir el mercado relevante, es determinante del éxito de un caso. La determinación del mercado relevante se realiza en tres dimensiones (a) dimensión del producto; (b) dimensión geográfica; (c) dimensión temporal. Cada una de ellas es a su vez motivo de una investigación y determinación específica. Es por ello que la determinación del mismo constituye uno de los elementos más difíciles y subjetivos del derecho de la competencia económica⁴²².

Una vez que se ha determinado el mercado relevante, se puede determinar el poder del mercado. Y finalmente una vez que se ha establecido la existencia de una práctica monopólica relativa y de poder de mercado en un mercado relevante el paso final es el análisis de los efectos anticompetitivos de la práctica, enfrentándolos contra los efectos pro-competitivos. El resultado de este ejercicio determinará si se genera responsabilidad por la conducta en cuestión.

La integración vertical. Tiene lugar cuando una firma provee para ella misma algún insumo que pudiera haber adquirido del mercado. Es decir, el insumo será producido dentro de la firma en vez de ser adquirida de otra firma⁴²³.

Este tipo de integración, actualmente es omnipresente e infinita en sus variedades. Existen tres métodos para integrarse verticalmente: Entrada de *novo*, cuando se producen desde el inicio los productos en la cadena productiva; Adquisición de acciones o activos de otra firma que produce el producto deseado; y celebrando contratos detallados con firmas independientes. La integración vertical tiene beneficios y peligros.

Las prácticas que afectan mercados colaterales y complementarios no tienen que involucrar integración vertical ya que no es muy clara la distinción entre estos.

⁴²² Ver. p 76

⁴²³ Ver. p 89

Restricciones verticales⁴²⁴, estas se dan cuando partimos de que la producción de un bien tiene lugar en diferentes etapas o niveles verticalmente relacionados. Cuando una empresa opera en más de una etapa de producción se le considera “verticalmente integrada”, pero cuando son varias empresas las que operan en cada una de las etapas, se dice que tienen tratos verticales con los otros.

Las restricciones verticales más comunes que limitan la competencia intra-marca son: (a) precios mínimos de reventa; (b) precios máximos de reventa; (c) restricciones territoriales; (d) restricciones en materia de clientela sobre distribuidores⁴²⁵.

Las restricciones verticales pueden también clasificarse como “intra-marca” (*intra-band*) o inter-marca (*inter-band*).

Las restricciones intra-marca. Para entender la restricción vertical y evaluarla correctamente, debe entenderse que un productor maximiza utilidades mediante el incremento de competencia entre sus distribuidores, al respecto explica detalladamente como opera este mecanismo, haciendo alusión a la resolución de problemas conocidos como “*free rider*”, que tiene variedades importantes, tales como: (a) exclusividad territorial; (b) limitación del número de distribuidores; (c) Precios de reventa; (d) publicidad directa por el productor por parte del distribuidor; (e) monitoreo por el productor de los esfuerzos del distribuidor y compensación a cada uno en consecuencia. Sin embargo a pesar de que el mecanismo del *free rider* ha aportado soluciones a algunos respecto a las restricciones verticales, para otros no les resuelve el problema, pues no explica algunas restricciones verticales no-colusivas. Todo va a depender del producto de que se trate.

Otra forma de restricción vertical puede buscar permitir que el distribuidor preste servicios de punto de venta, en caso de estar correctamente diseñado será útil para todas las partes involucradas. Otras modalidades son expuestas tales como: *permitir una escala mínima eficiente; la buena voluntad (goodwill) del distribuidor; imagen de marca; imagen de marca de buena calidad o moda; preferencia por distribuidores de múltiples marcas; evitar concentración de distribuidores; disponibilidad extensiva; especialización del distribuidor; penetración del mercado; responsabilidad del distribuidor por la calidad y seguridad del producto; promoción de entrada; promoción de competencia intermarcas; quid pro quo para una segunda restricción; distribución dual; Aristas en materia de competencia económica.*

⁴²⁴ Ver. p 112

⁴²⁵ Ver p 113 y sgts.

A pesar de que las restricciones verticales pueden beneficiar al productor, en opinión de algunos economistas y jueces, consideran que éstas restringen la competencia y no debieran existir en un mercado competitivo.

Las preocupaciones particulares en materia de competencia económica son varias, las cuales describe, aquí sólo se enumeran: a) Evitar el acceso a un mercado (“Foreclosure”); b) Doble incremento de precios monopólico; c) Facilitador de coordinación entre productores; d) Disfraz para restricciones verticales por distribuidores o para el ejercicio de poder de mercado de distribuidores o para ejercicio de poder de mercado de distribuidores; e) Menos restrictiva que la integración vertical lícita; f) Error; g) Restricción con la finalidad de implementar colusión; h) Quid pro quo para una segunda restricción; i) Confusión a clientela; j) Externalidades como resultado de falta de coordinación entre distribuidores.

Los efectos de las restricciones verticales. Aunque algunos consideran que tienen beneficios positivos, no todos coinciden, la postura mexicana es que algunas pueden ser deseables, algunas repudiadas y algunas tienen efectos ambiguos.

Restricciones de precios la fijación de precios vertical es conocida también como precios mínimos, que en algunas legislaciones es considerada esta práctica como ilegal, es el caso de la legislación mexicana que así la considera en la fracción II del artículo 10 de la LFCE, que es cuando se establece un precio mínimo por un bien o servicio abajo del cual un distribuidor no puede vender, de alguna manera obligan a los distribuidores a competir de otras maneras como lo son esfuerzos de ventas. Esto ha generado preocupaciones de competencia económica como lo son: I) Coordinación entre productores y poder de mercado de distribuidores; III) Recomendaciones de distribuidores; IV) Distribución anquilosada y de alto costo. V) Restricción de abasto⁴²⁶.

Los casos de precios máximos de reventa, es cuando el productor fija los precios en punto tope del producto que los distribuidores no pueden rebasar, con el objetivo de prevenir que un distribuidor con poder de mercado incremente precios arriba del nivel competitivo y con ello “explote” consumidores y deduzca las ventas del productor; por tanto la protección al público de precios inflados es la justificación (pro-competitiva) de ésta práctica.

Las preocupaciones en materia de competencia económica son: I) precio mínimo oculto. II) Libertad del distribuidor; III) Límite de servicios del distribuidor; IV) Vehículo para depredación de precios; V) Explotación de distribuidores; VI) Discriminación de precios. En el caso de México, respecto a

⁴²⁶ Ver p. 132 y sgts.

los precios máximos de reventa, reciben tratamiento y análisis de razón, y no son considerados ilegales, a pesar de ser una práctica monopólica relativa, en México no se ha planteado el problema como tal.

Restricciones que no versan sobre precio, lo son: a) Limitaciones territoriales o de clientela /Exclusividad geográfica; b) Limitaciones sobre distribuciones adicionales que les impiden competir con distribuidores existentes o limitan el número de distribuidores; c) Publicidad por el productor por parte de los distribuidores.

Restricciones Intermarca. Partiendo de la diferencia que hay entre las restricciones intramarca que limitan la libertad para competir de distribuidores que manejan la misma marca de producto sin crear limitantes en las ventas que puede realizar de otras marcas o proveedores, las restricciones intermarca establecen limitantes que involucran a otros productores/marcas; las más frecuentes son las ventas atadas y la exclusividad, cada una con sus particularidades⁴²⁷.

La discriminación de precios, esta sucede cuando una forma hace dos ventas de un producto similar a dos tasas de retorno distintas, dicho en términos económicos, dos ventas serán discriminatorias cuando involucren dos radios diferentes de precios a costo marginal.

Para que se de la figura de discriminación de precios tienen que reunirse requisitos como: a) El vendedor debe tener algo de poder de mercado; b) Habilidad para segregar; y c) No Arbitraje.

Existen una variedad muy amplia de formas de discriminación de precios, pero las más comunes son: 1. Discriminación personal; 2. Discriminación grupal; 3. Discriminación por producto; 4. Ubicación de la “víctima” en la cadena productiva, y 5. Su frecuencia.

La discriminación de precios encuentra su justificación en la imperfección, ya que sería inexistente en un mercado perfectamente competitivo y equilibrado, uno de los factores que señala el autor es la de que los mercados son dinámicos, competidos y fluctúan en el tiempo y espacio, y en forma poética cita: “es en las olas y mareas del mercado que la discriminación de precios encuentra su hábitat”.

Es un tema complejo por sí mismo, y que indica que aún cuando el mercado esté en equilibrio, los precios tienden a moverse y al hacerlo se daría una discriminación de precios. Más aún, si se agrega el ingrediente “humano”,

⁴²⁷ Ver. p. 139 y sgts.

cuando un cliente esta dispuesto a pagar un precio mayor o menor, se habla entonces de alta o baja elasticidad, lo que agrega un elemento más en su compleja composición. Incluso puede ser entendida la discriminación de precios como un método para minimizar el efecto de reducción de ingresos involucrado en el costo marginal, y explica que debe entenderse el costo marginal como el resultado de las siguientes dos funciones: a) el ingreso adicional de vender una unidad adicional, que es el precio que el vendedor recibe de la última unidad vendida; y b) la reducción de ingreso de todo el abasto existente. La resta de (b) de (a) arrojará el ingreso marginal. Al evitar que el precio marginal “infecte” el abasto total, el aspecto negativo de la p.

Por ultimo señala que *“parte de la rareza de la discriminación de precios tiene que ver con sus múltiples facetas. Mientras que la discriminación de precios no-sistémica puede resultar en competencia intensa, la discriminación de precios sistémica puede incrementar el poder monopolístico y facilitar las prácticas colusivas”* El derecho de la competencia económica debe estar alerta con el tema de discriminación de precios⁴²⁸, ya que si este es persistente transfiere riqueza del consumidor a los vendedores lo que tendrá un costo social que puede generar:

- La pérdida social (*deathweight loss*) resultante de la reducción del abasto.
- Que un monopolista que discrimina mediante precios puede tomar con miras a asegurar o mantener su poder de mercado.
- Incurrir en esfuerzos para identificar, segregare y atacar los diferentes grupos de consumidores con diferentes valores de reserva. Estos esfuerzos son pérdidas sociales.

Así como tiene un costo social la discriminación de precios, también tiene un costo social si se atacan. La legislación que prohíbe la discriminación de precios puede tener dos efectos negativos en mercados oligopolísticos.

- Hace que las trampas a los carteles sean más difíciles mediante la penalización de reducciones individuales de precios; y
- Disuelve los incentivos para que oligopolistas compitan más agresivamente mediante la búsqueda de ventas marginales

⁴²⁸ Ver. Capítulo VII p. 167 y sgts.

México considera a la discriminación de precios como una práctica monopólica relativa en la fracción IV del artículo 7 del Reglamento de la LFCE, lo que será un análisis de regla de razón sobre su práctica y sus efectos. (Presenta dos casos prácticos a manera de ejemplo).

Precios. Define los precios competitivos, monopólicos, estratégicos y límite, para abordar el tema de la depredación de precios, que de acuerdo al Juez Bork, existen tres tipos: (a) depredación por reducción de precios; (b) depredación por irrupción de los patrones de distribución; y (c) depredación por el mal uso de las cortes u otras agencias gubernamentales.

Los modelos que se han utilizado para el análisis de la depredación de precios son: Teoría de los Juegos.- Irracionalidad.- Asimetría en el financiamiento de las campañas.- Reputación de depredación.

En México la depredación de precios es una práctica monopólica relativa, regulada en la fracción VII del artículo 10 de la LFCE y en el artículo 7.1 del Reglamento de la LFCE⁴²⁹.

El Recobro, (“*recoupment*”), no es parte de la definición incluida en las partes relacionadas de la LFCE o su Reglamento, y a la fecha de elaboración de esta investigación (2005) los casos que se han presentado ante la Comisión de Competencia Económica, no le han dado relevancia al tema, que es muy importante en la normatividad norteamericana, caso que no ocurre en la legislación europea.

La depredación de precios involucra el establecimiento de precios debajo de una medida apropiada de “costo” (con algunos factores adicionales), la pregunta que surge es ¿cuál es la medida apropiada de costo?.

La LFCE utiliza, costo medio total para ventas habituales y costo medio variable para ventas aisladas, son demasiado bajas, lo que da como resultado que ciertos precios económicamente justificados puedan resultar en responsabilidad; por lo que se verán en la obligación de cobrar precios más altos que los costos y los que la estructura de mercado y demás circunstancias permiten con la finalidad de evitar caer en responsabilidad.

Par entender el tema de costos aborda el mismo definiendo las diferentes variables de costos o medidas de costos como: 1. *Costo total*: es la suma de costos fijos y de los variables. 2. *Costo Variable*: son los que varían con los cambios de abasto, el costo variable depende de los salarios y precios que una firma debe pagar. 3. *Costo Marginal*: es el incremento al costo total que

⁴²⁹ Ver. p. 183

resulta de la producción de una unidad adicional de abasto. Cuando los costos variables por unidad se reducen, el costo marginal es más bajo que el costo variable, cuando los costos variables suben, el costo marginal es superior al costo variable. 4.- *Costo Medio Total*, es el resultado de dividir el costo total (la suma de costos fijos y costos variables) entre abasto. El costo medio total es superior al costo medio variable en todos los niveles de abasto y será generalmente inferior a costo marginal a niveles altos de abasto cuando la planta rebasó en sus operaciones el punto de eficiente de capacidad operativa. 5.- *Costo Medio Variable*: es la suma de todos los costos variables divididos entre abasto. 6.- *Costo Medio Fijo*: es el costo fijo dividido entre abasto. 7.- *Costos Fijos*: son aquellos que no varían con el abasto, la única forma de evitarlos es cerrar la operación. 8.- *Costos Hundidos*: son la porción de los costos fijos que no son recuperables.

González de Cossío, señala que en México se utiliza el costo medio total para las ventas habituales y el costo medio variable para ventas ocasionales, con esto la LFCE sobre protege o sobre sanciona, atendiendo al ángulo del cual se perciba.

Las Concentraciones, es el nombre jurídico que dicho concepto ha recibido bajo la LFCE, en el artículo 16, y porque además describe correctamente el tema, pueden reducir competencia económica, restringir el comercio o monopolizar un mercado. Esto no significa que deban ser prohibidas las concentraciones. Las Concentraciones ocurren como resultado de razones de negocios válidas que las justifica y que con frecuencia son pro competitivas.

La definición económica de Concentración, es cuando dos firmas o activos que, habiendo estado separadas, pasan a formar parte de un mismo propietario o controlador.

La definición legal. La LFCE ha bautizado al fenómeno como “Concentración” con la finalidad de asegurarse que, no obstante el título que los agentes económicos utilicen, para evitar problemas de caracterización, cualesquiera actos que resulten en la combinación de activos productivos serán considerados como “concentración” y sujetas a la LFCE. El artículo 16 establece que existirá una concentración cuando en presencia de una fusión, adquisición de control o cualquier otra maniobra legal que amalgame sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o actos en general.

Esto significa que el Derecho de la Competencia Económica pasará por alto el tipo de actos que se lleven a cabo o se utilicen, lo importante son los resultados de la combinación de activos.

Las Concentraciones nacen por a) razones comerciales normales; y b) razones que generan aristas en materia de competencia económica.

La LFCE, considera en el artículo 16 que es ilegal una Concentración y recurrible a las concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

La LFCE, no diferencia entre tipos de concentraciones, sean horizontales verticales o conglomerado. (La ley establece tres umbrales que si se cumplen o pasan, generan el deber de notificar a la CFC la concentración antes de ser realizada, y dicta los criterios que se aplicaran) asimismo le otorga a la CFC facultades para actuar cuando este en presencia de una Concentración ilícita.

La LFCE, cuando valora una concentración, lo hace bajo los siguientes criterios: 1. La estructura del mercado; 2. La estructura de la industria; 3.- Eficiencias; 4.-Efectos de la concentración; y, 5.- Entidades y mercados relacionados.

La LFCE otorga a la CFC competencia para que actúe frente a las Concentraciones ilícitas, estas facultades están limitadas en el sentido de que deben estar directamente relacionadas con la corrección de los efectos de la concentración. Las condiciones impuestas deben ser proporcionales a la corrección que desean remediar. A su vez, en el caso de la CFC decida imponer una condición, los agentes económicos involucrados tienen el derecho de solicitar que sus propuestas sean escuchadas.

Hay Concentraciones exceptuadas: Las Concentraciones extranjeras y las Reestructuraciones Corporativas.

Finalmente entra al análisis de los aspectos internacionales del Derecho de la Competencia Económica⁴³⁰. La competencia económica surge cuando los países abren sus fronteras, y esto ocurre después de la segunda guerra mundial, y en forma paulatina a nivel mundial se van integrando y abriendo al comercio internacional, lo que origina se constituya la economía de mercado, que triunfa sobre la economía centralmente planificada.

Sin embargo todavía prevalecen países de economía en transición. Algunas de las prácticas que influyen para esta transición son la liberalización de precios, la desregulación y desmonopolización, privatización, liberalización del comercio y la liberalización de la inversión extranjera directa. Acepta el autor

⁴³⁰ Ver Capítulo X p 265 y sgts.

que los beneficios que pesan más que las desventajas no son evidentes al público en general que es beneficiado en gran medida.

La globalización ha tenido lugar sin la adopción de reglas de competencia económica de alcance mundial, lo que ha ocasionado que no haya reglas claras en este juego de competencias globalizadoras en donde hay competidores muy poderosos que entran a la competencia con otros en total libertad de hacer lo que quieran. Esto señala el autor, dio lugar a que en la Décima Declaración de Bangkok se dijera: *“la comunidad internacional en su totalidad tiene la responsabilidad de asegurarse de que se procure un ambiente en el que se incremente la cooperación en las áreas de comercio, inversión, competencia y finanzas con la finalidad de hacer que la globalización sea más eficiente y equitativa.”*⁴³¹

Es entendible el que existe una creciente presión -como lo apunta el autor- de parte de los Estados Unidos de aplicar el derecho de la competencia económica extraterritorialmente para resolver problemas de acceso al mercado. Sus exportadores quieren recibir protección, a pesar de que existe controversia en este punto desde el punto de vista diplomático. Quieren hacer extensivo la aplicación de su derecho extraterritorialmente.

El derecho de la competencia económica nos muestra como cada vez empezará a haber mayor intervención del derecho externo en la fijación de reglas dentro del derecho nacional.

Presenta el caso *Boeing/McDonell Douglas*, el caso *WorldCom/Sprint*, y el *GE/Honeywell.*, donde lo que se muestra es como intervienen los intereses de Estado en aspectos de competencia económica comercial, para asumir un criterio.

Es por ello que se han hecho esfuerzos para cooperar en materia de derecho y política económica. Posterior a la segunda Guerra Mundial, como ya se apuntó se iniciaron las primeras acciones en la materia, principalmente con el objetivo de evitar las crisis financieras que sufrieron en los años treinta, por lo que los esfuerzos se enfocaron en la creación de organismos multilaterales en campos de cooperación económica, así se crea la OIC Organización Internacional de Comercio, La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo que se llevó a cabo en la ciudad de La Habana el 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948, en la que más de 57 naciones firmaron la “Carta de la Habana”, que buscaba crear una OIC, se pudieron establecer las primeras reglas de competencia económica, sin embargo tuvo pocas ratificaciones, por lo que fracasó, sin embargo sobrevivió su capítulo de política comercial, que al tiempo

⁴³¹ Traducción del autor.

se transformó en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), institución que ha operado desde el siglo pasado, desde entonces ha tenido varias rondas con el objetivo de perfeccionar y mejorar sus reglas en la liberalización del comercio y de las prácticas que distorsionan el comercio.

La Unión Europea ha hecho esfuerzos por tu parte, con la firma del Tratado de la Comunidad Europea sobre el Carbón y el Acero (*European Steel Community*) (“ECSC”), que estableció las primeras reglas de competencia económica. Posterior a este Tratado viene el de Roma de 1957 que estableció un sistema para asegurar que la competencia no sea distorsionada en el Mercado Común. Posterior a estas acciones multilaterales se empezaron a crear esfuerzos gubernamentales, como el Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre Prácticas Restrictivas, que recibió el apoyo del Consejo Económico y Social, siete naciones lo apoyaron y Estados Unidos no, por la fuerte presión empresarial estadounidense, lo que afectó su fuerza y vigencia. Además de las Naciones en vías de desarrollo desplegaron una falta de acuerdo en los temas de competencia económica.

En 1994, la *American Bar Association* concluyó que no era posible llegar a un acuerdo sobre los estándares mundiales de derecho de competencia económica. El Congreso de Estados Unidos entonces, promulgó el *International Anti trust Enforcement Assistance Act*, que autoriza al Procurador General y a la *Federal Trade Commission* para celebrar convenios de asistencia mutua con autoridades extranjeras de competencia para intercambiar información confidencial y la emisión de órdenes por el Departamento de Justicia con la finalidad de obtener pruebas en apoyo de autoridades de competencia en otros países aún cuando la conducta soslayada no viole el derecho de los Estados Unidos.

Se han celebrado muchos Acuerdos Internacionales incluyendo a México en julio de 2000⁴³². (- Acuerdo que se firma en consideración de las relaciones estrechas que se tienen con Estados Unidos a partir de la firma del TLC -).

Por su parte Estados Unidos en noviembre de 1997 desde la Procuraduría General se crea el Comité de Asesoría en Materia de Política de Competencia Económica, con el propósito de abordar temas como: a) escrutinio de fusiones multi-jurisdiccionales; b) traslape entre temas de comercio y competencia; c) el futuro de la cooperación de ejecución por las autoridades de competencia económica y sus contrapartes de diferentes países, contra cárteles específicamente. Por su parte la Unión Europea, el Comisionado de

⁴³² Acuerdo entre el Gobierno de Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la Aplicación de sus leyes de Competencia Económica del 11 de julio de 2000.

Competencia de la Unión Europea sugirió que el GATT tuviera un papel fuerte en la elaboración y ejecución de reglas mínimas de competencia internacional que abarca subsidios, carteles y política en materia de carteles y monopolios públicos.

Otros organismos que han actuado en el mismo sentido son la OCDE, la UNCTAD. Se han hecho esfuerzos académicos encabezados por el profesor Wolfgang Fikentscher de Múnich, quien elaboró una propuesta para un acuerdo internacional llamado “Proyecto de Código Internacional de Competencia Económica”, éste se concibió como un convenio internacional para ser incluido bajo los auspicios del GATT u OMC como un acuerdo plurilateral de comercio. Otros esfuerzos han sido: cooperaciones bilaterales y regionales, (es el caso de México, que ha firmado Acuerdos con la Unión Europea y con los Estados Unidos como ya se apuntó anteriormente), además de que en el TLCAN, se estableció que cada parte adoptará o mantendrá medidas para proscribir conductas comerciales anticompetitivas por lo que se requerirá que las partes cooperen en temas de derecho de competencia económica, incluyendo la asistencia mutua, la notificación, consultas e intercambio de información relacionada con la ejecución de leyes de competencia en el área de libre comercio.

Las áreas de preocupación internacional son: 1. Las concentraciones; 2.- los carteles y otras restricciones horizontales; 3. Las restricciones verticales; 4.- Las prácticas anticompetitivas; y 5.- La interrelación entre las políticas de competencia y de comercio.

La regulación de la competencia económica en el plano internacional, varía en forma significativa, aunque existe consenso de que debe apegarse a considerar prioritario el bienestar y la eficiencia, (cada país lo define y le da los alcances que considera en su entorno), por ejemplo, tanto la legislación estadounidense como la mexicana se orientan predominantemente al consumidor. Por lo que el elemento importante será el abasto. En el caso de la Unión Europea el mismo análisis incluirá la protección a las empresas pequeñas y medianas y la integración de un mercado interno/común⁴³³.

Para identificar los grados de Cooperación, el autor utiliza el documento: Proyecto *Brookings*, e identifica seis⁴³⁴:

1. *Autonomía Nacional*. En la que prevalece la soberanía nacional, y existe poca o ninguna cooperación.

⁴³³ Ver, p. 331 y sgts.

⁴³⁴ Ver. p 335 y sgts.

2. *Reconocimiento mutuo*. Implica intercambios de información y consultas entre gobiernos. Aceptan integrar dentro de su legislación los estándares internacionales.
3. *Descentralización monitoreada*. Aceptan llegar a un acuerdo sobre reglas que restringen la libertad para fijar políticas y para promover una convergencia gradual en la estructura de las políticas correspondientes.
4. *Coordinación*. Es un esquema más avanzado y ambicioso, que implica ajustes acorados de políticas nacionales y la cooperación intergubernamental.
5. *Armonización explícita*. Involucra altos niveles de cooperación intergubernamental y requiere del acuerdo en los estándares regionales y mundiales. Involucra más desviaciones de la descentralización en la toma de decisiones y más reforzamiento de las instituciones internacionales.
6. *Gobierno mutuo federalista*. Implica una continua negociación y toma de decisiones centralizada así como de instituciones supranacionales sólidas.

El autor desarrolla y establece las divergencias de cada una y señala que la Cooperación ha sido la preferida. Es el caso de México con la firma del TLCAN, y el Acuerdo de Cooperación en materia de Competencia Económica entre México y los Estados Unidos.

Finalmente señala su postura personal, como ya se apuntó desde el inicio de esta reseña que es sobre un PLURILATERALISMO ENRIQUECIDO en que además se implementen algunos ajustes como⁴³⁵:

- 1.- Principios medulares como un “Acuerdo Multilateral sobre Competencia”,
- 2.- Señalar qué áreas deben ser reglamentadas específicamente, atribuyendo facultades discrecionales a las autoridades, sujetándolas a una revisión por parte de una Autoridad de Competencia Económica Internacional.
- 3.- Que un mecanismo de solución de controversias, como el OSD de la OMC, revise las actividades de las autoridades locales de competencia económica en los casos que existan externalidades o el tema sea internacional.

⁴³⁵ Ver. p.342 y sgts.

Describe y justifica su postura, concluyendo:

“El Derecho de la Competencia Económica es uno de los pocos instrumentos generalmente aceptados como una intervención del Estado que es no sólo aceptable, sino deseable. Sin embargo, para que dicha intervención no se convierta en sí en un fracaso (un fracaso en la intervención del Estado) no sólo es necesario contar con una buena legislación que la permita, sino entender las causas y los efectos económicos de la conducta que aborda”

Postulo además que dichos objetivos están revestidos de un reto adicional: una paradoja. Me refiero a que, paradójicamente, si bien la enunciación de las normas de competencia económica son fáciles, la aplicación de las mismas es difícil, y en ocasiones en extremo.”⁴³⁶

⁴³⁶ Ver. p. 357.