



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE EL COMERCIO
EXTERIOR

**LA EVIDENCIA DE LOS EFECTOS EN MÉXICO DE
PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS CON
ALCANCE INTERNACIONAL**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE LICENCIADO EN
DERECHO

PRESENTA:

JOSE ABEL RIVERA PEDROZA



ASESOR DE TESIS: MTRO. MIGUEL FLORES BERNES
DIRECTOR DEL SEMINARIO: JUAN MANUEL SALDAÑA
PEREZ

CIUDAD UNVERSITARIA

JUNIO, 2012



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con
alcance internacional*



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE
EL COMERCIO EXTERIOR

OFICIO APROBATORIO No. L.03/2012

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
PRESENTE

Distinguido señor Director:

Me permito informarle que la tesis para optar por el título de licenciatura, elaborada por el pasante en Derecho **RIVERA PEDROZA JOSE ABEL**, con el número de cuenta **099001076** en este Seminario, bajo la dirección del LIC. **MIGUEL FLORES BERNES**, denominada "**LA EVIDENCIA DE LOS EFECTOS EN MÉXICO DE LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS CON ALCANCE INTERNACIONAL**" satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., a 26 de abril de 2012

DR. JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ
Director del Seminario



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
ESTUDIOS SOBRE EL
COMERCIO EXTERIOR

Jmsp/mczv

Abreviaturas

CFC	Comisión Federal de Competencia
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles
DOJ	Departamento de Justicia de los Estrados Unidos de América
DOF	Diario Oficial de la Federación
EUA	Estados Unidos de América
FTC	Comisión Federal de Comercio (<i>Federal Trade Commission</i>) de los Estados Unidos de América
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica
PMA	Prácticas Monopólicas Absolutas
RLFCE	Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación

Contenido

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

Abreviaturas	3
Contenido	4
Introducción	6
Capítulo 1. Las prácticas monopólicas absolutas	10
a. Elementos fundamentales de la teoría del oligopolio	10
b. Las prácticas monopólicas absolutas en la <i>Ley Federal de Competencia Económica</i>	21
c. Los tipos administrativos	33
i. Fijación de precio e intercambio de información	34
ii. Manipulación de oferta	37
iii. División horizontal de mercados	38
iv. Repartición de licitaciones y subastas	40
d. La nulidad de los actos jurídicos constitutivos de las prácticas monopólicas absolutas	41
e. Sanciones	42
f. Programa de clemencia	44
Capítulo 2. La persecución de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional	48
a. ¿Cuáles son las prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional?	48
b. La jurisdicción sobre prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional	51
i. La teoría de los efectos	53
ii. La extraterritorialidad de la <i>Ley Federal de Competencia Económica</i>	71
c. México y la cooperación internacional entre autoridades de	78

competencia	
Capítulo 3. Fuentes de evidencia de los efectos en México	89
a. Casos mexicanos	89
b. Consideraciones preliminares sobre el “acuerdo entre competidores”	92
c. Fuentes de evidencia para acreditar efectos en México	93
i. Producción y comercialización en México	96
ii. Importaciones y comercialización en México	101
iii. Evidencia económica	111
Capítulo 4. Hacia un estándar probatorio de los efectos	129
a. Estándares probatorios en materia civil, penal y administrativa	129
b. El estándar probatorio exigible sobre los efectos	133
c. Propuesta para un artículo en el <i>Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica</i>	138
Bibliografía	141

Introducción

El Derecho de la Competencia en México se está convirtiendo en una disciplina teórica y práctica cada vez más vigorosa y dinámica. Con mayor frecuencia los medios de comunicación están ofreciendo información acerca de las decisiones de la CFC y cada vez más los ciudadanos se sienten inclinados a darle seguimiento. Y es entendible, en un mundo en donde el paradigma del mercado aún prevalece, la política de competencia debe jugar un papel de mayor relevancia en el diseño y ejecución del conjunto de políticas públicas que impulsen un verdadero desarrollo de la economía mexicana.

Por otra parte, en el contexto de la globalización y las transacciones económicas sin frontera, con un comercio internacional del que México participa de manera sobresaliente¹, resulta fundamental tener en cuenta que algunas conductas perpetradas por agentes económicos que actúan globalmente pueden tener repercusiones en los mercados mexicanos.

En este trabajo abordo una pequeña arista de un tema a su vez particular del Derecho de la Competencia. El tema particular es el relativo a las PMA con alcance internacional, y la arista que exploraré es la prueba de sus efectos en México.

Las PMA son aquellos acuerdos entre agentes económicos competidores que se coluden para fijar precios, segmentar mercados o restringir la oferta en ellos. Estas conductas tienen como objetivo simular las condiciones imperantes a una estructura de mercado monopólica y obtener beneficios económicos a costa de los consumidores y de la eficiencia de los mercados. De acuerdo con las leyes de muchos países constituyen ilícitos graves castigados hasta con sanciones

¹ De acuerdo con datos de la *Organización Mundial del Comercio*, a marzo de 2011, México es el exportador número 15 del mundo, y el importador 16 del mundo, en cuanto a mercancías. Por ello señalo que es un participante vigoroso del comercio internacional. www.wto.org

criminales. En México se trata de un ilícito administrativo², y también se trata de un delito³.

Cuando en estas conductas colusivas participan agentes económicos de diferentes nacionalidades y que operan en diversos países de manera simultánea, estamos frente a una PMA con alcance internacional que puede ser sancionado en México si se prueba que este comportamiento colusivo ha tenido efectos en algún mercado mexicano. Con arreglo a la teoría de los efectos, una autoridad mexicana puede ejercer jurisdicción sobre esta conducta ilícita, independientemente de dónde se haya celebrado el acuerdo.

Perseguir las PMA con alcance internacional y sancionarlas, implica problemas jurídicos complejos. De conformidad con el artículo 9 de la LFCE, las prácticas monopólicas absolutas requieren de la verificación de los siguientes extremos para su configuración: (i) un acuerdo entre competidores, que (ii) tenga como objeto o efecto: fijación de precios, manipulación de oferta, división de mercados o colusión en posturas para licitaciones públicas⁴. Pero tratándose de PMA con alcance internacional, es necesario que los efectos de estas se vean trasladados al mercado mexicano para que la CFC pueda perseguirlos y sancionarlos.

Esta situación implica en mi opinión, tres problemas para la CFC y para los letrados practicantes:

² *Ley Federal de Competencia Económica*, artículo 9, DOF 24 de diciembre de 1992, última reforma publicada DOF 10 de mayo de 2011. Fuente: CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, en *Leyes Federales Vigentes*, México, 2011, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/104.pdf>

³ *Código Penal Federal*, artículo 254 bis, DOF 14 de agosto de 1931, última reforma publicada DOF 8 de junio de 2011. Fuente: CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, en *Leyes Federales Vigentes*, México, 2011, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/104.pdf>

⁴ *Ley Federal de Competencia Económica*, artículo 9: “Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

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, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

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; o

IV.- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar.”

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

- (a) Un primer problema es el relativo a la asunción de la jurisdicción de la autoridad mexicana sobre la conducta cometida en el extranjero pero con efectos en México.
- (b) Un segundo problema es el relativo la prueba del acuerdo entre esos competidores⁵, y
- (c) Un tercer problema, es el relativo a la prueba de los efectos que esa conducta colusiva está provocando en México, es decir, el relativo a las fuentes que pueden arrojar evidencia de estos efectos.

Es este tercer problema el que atrae más mi atención. Los efectos deben demostrarse. Dependiendo del caso concreto, será necesario (i) demostrar que los productos fabricados por los agentes económicos coludidos han entrado al mercado mexicano vía importaciones, o bien han sido producidos en México, (ii) será necesario demostrar su comercialización en México, y (iii) será indispensable acompañar estos elementos con evidencia económica que describa precisamente los efectos económicos de la PMA en algún mercado mexicano.

En este sentido, y para efectos de esta tesis, será necesario comenzar por analizar los elementos más básicos de la teoría del oligopolio y los elementos teóricos y prácticos de las PMA bajo la legislación de competencia económica mexicana. Después, dilucidar sobre la naturaleza de las PMA con alcance internacional y la jurisdicción de la autoridad mexicana sobre ellos con arreglo a la teoría de los efectos. Con estos elementos podré entrar al análisis de las fuentes de evidencia para la demostración de los efectos en México de las PMA con alcance internacional y la experiencia de la CFC. Y el último capítulo, a manera de conclusión intenta proponer y establecer, cuál debería ser el estándar probatorio exigible en materia de efectos de una PMA con alcance internacional, así como proponer un artículo para el *Reglamento de la LFCE* en materia de tales conductas.

⁵ De este tema no me encargaré en la tesis, y deberé partir del supuesto de que se ha probado la existencia del acuerdo entre competidores, y que para asumir jurisdicción y ejercer el *ius puniendi* estatal, faltaría verificar la existencia de efectos derivados de ese acuerdo colusorio.

En México, me parece que urgen aportes que coadyuven a desarrollar este tema. Trataré de aportar algo al debate.

Capítulo 1. Las prácticas monopólicas absolutas

a. Elementos fundamentales de la teoría del oligopolio

Para comprender la racionalidad de la prohibición de las PMA, es necesario reseñar algunos de los elementos fundamentales que la teoría económica ha desarrollado para comprender el fenómeno del oligopolio.

La mayoría de los mercados, no funcionan de manera óptima, en condiciones de competencia perfecta. Por ello, se han elaborado modelos que son explicaciones de estructuras de mercado diferenciados por el grado y tipo de competencia que existe en ellos. El modelo de la competencia perfecta resulta el modelo ideal que sirve como marco de comparación al analizar el funcionamiento de los mercados reales. En este modelo existen muchos jugadores que no tienen poder para controlar el precio, por lo que suponen un precio de mercado fijo y el cual tienen como referencia para elegir sus precios (son tomadores de precios). Existe libre entrada y salida del mercado. El precio de equilibrio iguala la cantidad ofrecida y la demandada, y en este punto el precio se supone es igual al costo marginal. Cuando un mercado se encuentra en equilibrio, las empresas obtienen los mejores resultados posibles y no tienen razón alguna para alterar su precio o su nivel de producción. Se alcanza una eficiencia óptima. En términos de bienestar social, lo deseable es una realidad lo más cercana posible a este modelo.

Pero muy pocos mercados reales tienen una estructura de competencia perfecta, de hecho, “la mayoría de los mercados se caracterizan por una mayor o menor competencia, aunque sea imperfecta”⁶. Por eso la teoría económica ha estudiado los mercados imperfectos, estructuras como monopolio, oligopolio y competencia monopolística. Describiré brevemente los elementos fundamentales del oligopolio.

En términos sencillos, un oligopolio es una estructura de mercado en la que hay pocas empresas, “se encuentra situado entre la competencia perfecta y el

⁶ Stiglitz, Joseph; *Microeconomía*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2004, p. 345.

monopolio”⁷. Es posible que las empresas del oligopolio “fabriquen un producto idéntico y compitan solo en precio, o bien, que fabriquen un producto diferenciado y compitan en precio, calidad del producto y marketing”⁸.

Las características esenciales del oligopolio son:

- (i) compite un número reducido de empresas⁹,
- (ii) las barreras naturales o legales complican e incluso impiden la entrada a nuevos jugadores,
- (iii) las empresas y sus comportamientos son inter-dependientes,
- (iv) hay una rigidez de los precios.

Pareciera que la homogeneidad del producto es una característica esencial del oligopolio, pero no hay unanimidad entre los economistas, pues se ha señalado que “en los mercados oligopolísticos, el producto puede o no estar diferenciado, lo que importa es que sólo unas cuantas empresas producen la mayor parte o toda la producción”¹⁰. El énfasis, pareciera estar entonces en el grado de concentración del mercado y el control que se ejerce sobre la oferta.

Las barreras de entrada disuaden la concurrencia de nuevos jugadores, pues “aspiran a limitar el número de empresas: cuantas menos empresas, presumiblemente más débil será presión competitiva”¹¹. Existen barreras naturales¹² que pueden crear oligopolios también “naturales”. Estas barreras son básicas de cada mercado y pueden tratarse de economías de escala, derechos de propiedad intelectual, acceso a tecnología, nivel de demanda y gastos de publicidad para el posicionamiento de la marca, por mencionar algunos.

⁷ Parkin, Michael *et al.*; *Microeconomía*, 7ª ed., México, Pearson Educación, 2009, p. 307.

⁸ *Idem*.

⁹ Pocas empresas pueden ser 2, 10 o hasta 15 (Samuelson, Paul y Nordhaus, William, *et. al.*; *Microeconomía con aplicaciones a Latinoamérica*, México, Mc Graw Hill, 2005, p. 193).

¹⁰ Pindyck, Robert y Rubinfeld, Daniel, *Microeconomía*, 7ª ed., Madrid, Pearson Educación, 2009, p. 514.

¹¹ Stiglitz, Joseph, *op. cit.*, p. 338.

¹² Como economías de escala, derechos de propiedad intelectual, acceso a tecnología, nivel de demanda o gastos de publicidad para el posicionamiento de la marca.

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

Pero otras barreras pueden crear oligopolios legales, que surgen cuando “una barrera de entrada legal protege un pequeño número de empresas en un mercado”¹³, por ejemplo aranceles, concesiones o permisos para operar, o pagos por concepto de derechos de uso y explotación de bienes de dominio público.

Además, las empresas pueden crear barreras estratégicas para disuadir a otras de entrar, tales como tener capacidad de producción excesiva como amenaza de que se usará en caso de que una empresa se atreva a entrar. En realidad, “las empresas tratan de complementar las barreras naturales con barreras estratégicas, es decir, actuando de tal forma que resulte poco atractivo para las nuevas empresas entrar en el mercado”¹⁴. Barreras estratégicas pueden ser apropiación exclusiva de un factor de producción esencial, estrategias de mercado y monopolio natural en mercados relacionados. Incluso los derechos de propiedad intelectual pueden llegar a utilizarse como barreras estratégicas¹⁵.

La rigidez de los precios consiste en que las empresas son reacias a cambiar el precio, aunque varíen los costos y la demanda, pues temen que sus competidores lo tomen como un reto y pueda desencadenarse una guerra de precios, o si los suben, temen que las demás no hagan lo mismo.

Interdependencia

El hecho de que existan pocos jugadores en el mercado, provoca de manera natural una relación de interdependencia, y esto es fundamental en la teoría del oligopolio, pues “las empresas se enfrentan a la tentación de cooperar para aumentar su beneficio económico compartido”¹⁶. En el oligopolio, el grado de competencia depende “no solo del número de empresas y de sus dimensiones,

¹³ Parkin, Michael, *op. cit.*, p. 308.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Un ejemplo que puede ilustrar es el siguiente. En *Federal Trade Commission v. Xerox Corp. (settled)*, la FTC acusó a Xerox de estar utilizando sus numerosas patentes para monopolizar el mercado de las fotocopiadoras (llegó a acumular más de 1700 patentes relativas al proceso e fotocopiado). Argumentó que en lugar de utilizar las patentes para proteger un nuevo invento durante una cantidad de tiempo limitada, Xerox estaba convirtiéndolas en parte de su estrategia orientada a monopolizar el mercado indefinidamente. Se llegó a un arreglo por el que Xerox permitió a competidores el uso de patentes e incluso a proporcionarles a acceso a patentes futuras. [Complaint 16, *Xerox Corp.*, FTC Docket No. 8909 (1975)].

¹⁶ Parkin, Michael, *op. cit.*, p. 308.

sino también de cómo se comporten. Cuando sólo hay unas cuantas empresas en un mercado, observan qué hacen sus rivales y reaccionan”.¹⁷ Por eso, la situación más simple de interdependencia puede ilustrarse así: si hay dos opciones para los consumidores, y una de las empresas decide subir el precio, la otra se enfrenta a dos opciones: decide mantenerlo o bien, decide subirlo.

Así, la conducta de una empresa influye en la de sus rivales e implica necesariamente que “la cantidad vendida individualmente por cualquiera de las empresas depende de su propio precio y las cantidades vendidas de otras empresas”¹⁸. En virtud de esta interdependencia, las empresas deben decidir su estrategia tomando en cuenta lo que hacen sus rivales, a esto se le llama interdependencia estratégica, que es objeto de estudio de la teoría de juegos.

La situación de inter-dependencia es ilustrada lúcidamente por Stiglitz, así:

“el oligopolista siempre se encuentra dividido entre su deseo de superar a sus competidores y el conocimiento de que, si coopera con otros oligopolistas para reducir la producción, conseguirá una parte de los mayores beneficios del sector (...) un oligopolista pues, debe pensar estratégicamente. Al decidir qué hacer, se enfrenta a cuatro cuestiones clave: a) debería coludir o competir; b) si no puede coludir explícitamente (porque hay leyes que prohíben tal comportamiento) ¿cómo puede reducir la efectividad de la competencia?; c) ¿cómo puede obstaculizar la entrada de otras empresas? (sabe que la entrada reducirá los beneficios); y d) ¿cómo reaccionarán sus rivales ante cualquier cosa que haga?”¹⁹.

Modelos para explicar los oligopolios

Los modelos que explican cómo funcionan los mercados oligopólicos pueden ser clasificados en dos grupos: los tradicionales y los modelos de teorías de juegos. Para efectos de esta tesis, únicamente describiremos brevemente los modelos tradicionales más importantes.

a. Modelo de curva de demanda quebrada

La rigidez de los precios es la base de este modelo. Las empresas son reacias a cambiar el precio, aunque varíen los costos y la demanda, pues temen que sus competidores lo tomen como un reto y pueda desencadenarse una guerra de

¹⁷ Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p. 193.

¹⁸ Parkin, Michael, *op. cit.*, p. 308.

¹⁹ Stiglitz, Joseph, *op. cit.*, p. 331.

precios, o si los suben, temen que las demás no hagan lo mismo. Por eso, las empresas oligopólicas prefieren la estabilidad de precios.

El modelo asume el supuesto de que cada empresa cree que si aumenta su precio, sus rivales no lo harán, y si lo reduce, también lo harán sus rivales; por tanto si eleva el precio vende menos y perderá participación de mercado, y si baja el precio, no aumentará la cantidad vendida en la misma proporción que la reducción del precio, puesto que sus rivales neutralizarán esa reducción bajando también el precio; por eso las empresas enfrentan una curva de demanda quebrada al precio vigente. Este modelo predice que el precio y la cantidad son insensibles a pequeñas variaciones en los costos.

Sin embargo, la idea de que las empresas no aumentarán sus precios ante incrementos de sus rivales, debido por ejemplo, a incrementos generalizados de los costos (para todos), puede ser incorrecta. Este modelo tampoco explica cómo se estabiliza el precio, sólo explica su rigidez o su tendencia a la estabilidad en cierto punto.

b. Modelo de oligopolio de empresa dominante

Este modelo supone que la empresa que maneja ventaja en costos y genera buena parte de la producción, en comparación con las otras, establece el precio, y tal es el precio líder que siguen las rivales. Se supone que, aunque bajara el precio, las firmas pequeñas serían incapaces de satisfacer la demanda y por eso la firma dominante se comporta como un monopolio, imponiendo el precio.

Como existe el problema de coordinarse en los precios sin comunicarse²⁰, una opción para las empresas es mandar señales de precios. Esto consiste en que una empresa anuncia una subida del precio con la esperanza de que otras la imiten, la anunciante puede ser una líder de precios, que determinará el precio que las demás habrían de seguir. Esta conducta resuelve la problemática de coordinarse para fijar el precio sin que haya violaciones a la ley, pues basta con

²⁰ Si hay comunicación entonces ya no es paralelismo consciente, sino una colusión.

igualar el precio de la líder, de hecho “esta pauta de coordinación (...) puede ser casi tan eficaz como reunirse y acordar formalmente el precio”²¹.

c. Modelo de oligopolio de Cournot

Este modelo pone énfasis en los niveles de producción, y se simplifica asumiendo un duopolio²². Supone que estas dos firmas mandan al mercado un producto homogéneo y conocen la curva de demanda del mercado. Cada una debe elegir su nivel de producción de manera simultánea. Al tomar esta decisión, cada una toma en cuenta a su competidora, por supuesto, sabe que su rival también elegirá, y el precio de mercado depende de la producción de las dos empresas.

Cada empresa, sin embargo, considera fijo el nivel de producción de su rival (esto es lo más importante en este modelo). El nivel de producción elegido por una empresa en función de lo que cree producirá su competidor se denomina curva de reacción. Los niveles de producción de equilibrio se encuentran en el punto en que se cruzan ambas curvas de reacción. Este es el equilibrio de Cournot.

En tal equilibrio no habrá incentivos para cambiar de conducta pues se obtiene lo máximo posible dado lo que hacen los rivales, por eso ninguna de las empresas se aleja del equilibrio, y el resultado es muy distinto a una competencia vigorosa en la que cantidades producidas podrían ser mayores y los precios más bajos. Pero las empresas no se han coludido. Este equilibrio es un resultado natural de las conductas racionales en las condiciones de un oligopolio. El modelo de Cournot nos indica en qué cantidades se sentirán cómodas produciendo las empresas y en consecuencia con qué porcentaje de mercado se sienten satisfechas. Podemos afirmar que un equilibrio de Cournot es mejor para las empresas que una condición de competencia vigorosa, pero no tan buena como la colusión.

Sin embargo, el modelo de Cournot es muy limitado, y los economistas prefieren otros modelos. No nos dice nada sobre el proceso de ajuste, que por naturaleza

²¹ Pindyck y Rubinfeld, *op. cit.*, p. 355.

²² Un mercado dominado por dos empresas.

no es fijo, las empresas no pueden suponer fijo el nivel de producción de sus rivales cuando hay una dinámica de ajuste²³. Otra limitación es que la elección del nivel de producción se hace de manera simultánea y una sola vez, de manera que en este modelo no debemos suponer que las empresas tengan oportunidad de reaccionar a pesar del nombre de curva de “reacción”. Y la vida real es diferente. Las empresas pueden tomar unas decisiones para un periodo, y otras para un periodo posterior en el que habrán aprendido las lecciones de su conducta²⁴.

d. Modelo de oligopolio de Stackelberg

A diferencia del modelo de Cournot, esta vez una empresa fija el nivel de producción antes que su rival, quien reacciona ante la primera. Se supone que quien fija primero el nivel de producción tiene una ventaja sobre las demás, pues se (auto)fixará un nivel alto, forzando a que su rival considerando tal nivel, se fije uno más bajo. Pero ¿porqué se fijaría un nivel de producción más bajo? Porque si se pone un nivel alto, presionará el precio hacia abajo, y todos perderán dinero. La conducta racional para que todos ganen es que los que toman la decisión en el segundo momento se fijen un nivel de producción más bajo.

Este modelo puede ser complementario del modelo de la empresa dominante, pues “algunas de las industrias dominadas por una gran empresa que normalmente toma la delantera al introducir nuevos productos o fijar el precio observan un comportamiento cercano”²⁵ al modelo de Stackelberg.

e. Modelo de oligopolio de Bertrand

A diferencia de los modelos de Cournot y Stackelberg, este modelo pone su énfasis en el precio. Supone que las empresas fabrican un producto homogéneo,

²³ Aunque se ha querido ver al modelo de Cournot como un modelo dinámico, un proceso que mediante “reacciones” de las empresas frente a las decisiones de sus competidores, desemboca en el punto de equilibrio. Pero esto parece ser más una interpretación moderna de este modelo y más parecido a un juego repetido.

²⁴ Los modelos de teoría de juegos explican las situaciones conductuales para periodos diferentes.

²⁵ Pindyck y Rubinfeld, *op. cit.*, p. 522.

cada una considera fijo el precio de su rival y ambas deciden simultáneamente el precio que van a cobrar.

Como el producto es homogéneo, la empresa que ponga el precio más bajo será la proveedora del mercado, y la otra no venderá nada, por lo que el equilibrio en este caso es un resultado competitivo, pues hay incentivos para decidirse por un precio más bajo, que tenderá al costo marginal. Si una empresa sube el precio no venderá, y si lo baja más allá de costo marginal, perderá dinero. Entonces, la conducta racional que se espera, es que la empresa, tomando en cuenta la decisión de su rival, mantenga el precio cercano al costo marginal, es decir, este modelo predice un resultado de intensa competencia.

Sin embargo, el modelo Bertrand también ha sido criticado por los economistas, alegando que “cuando las empresas producen un bien homogéneo, es más lógico competir fijando las cantidades en lugar de los precios (...) [y] aunque fijen el precio y elijan el mismo, como predice el modelo, ¿qué proporción de las ventas totales irá a parar a cada una?”²⁶

Parece ser que la utilidad del modelo de Bertrand es que muestra que en un oligopolio, el resultado de equilibrio puede depender fundamentalmente de la elección que hagan las empresas de la variable (precio o cantidad), y si eligen el precio, el resultado puede ser de competencia.

Oligopolios cooperativos, no cooperativos y paralelismo consciente

Las empresas tienen entonces tres caminos al darse cuenta de su interdependencia:

- (i) competir ferozmente,
- (ii) competir minimizando los efectos de una competencia intensa, o
- (iii) coludirse.

²⁶ *Íbidem*, p. 524.

Es decir, podrán decidir cooperar o no hacerlo. Por eso se habla de oligopolios cooperativos y no cooperativos; Samuelson y Nordhaus lo han señalado de esta forma:

“Las empresas no cooperan cuando actúan por su cuenta sin llegar a un acuerdo explícito o implícito con otras. Esta conducta es la que provoca guerras de precios. Las empresas cooperan cuando tratan de minimizar la competencia (...) cuando cooperan activamente, practican la colusión (...) [que es] una situación en la que dos o más empresas fijan conjuntamente los precios o sus niveles de producción, se reparten el mercado o toman decisiones conjuntamente”²⁷.

En un oligopolio no cooperativo cada empresa adopta de manera independiente la mejor decisión para ella, por supuesto teniendo en cuenta la conducta de sus rivales.

En la situación **(ii)** las empresas no están coludidas, simplemente están, mediante decisiones racionales independientes, minimizando los riesgos de una competencia feroz que podría reducir beneficios e incluso sacar algunas empresas del mercado. Es lo que se ha llamado “paralelismo consciente”, “colusión tácita”²⁸ o “colusión implícita”. Yo prefiero el término “paralelismo consiente”²⁹. Samuelson y Nordhaus sí asumen que minimizar la competencia –sin llegar a la colusión explícita– es una forma de cooperación³⁰. Pero en este punto no hay colusión. Como ponerse de acuerdo es ilegal, las empresas tienen que “recurrir a la colusión tácita: cada una de ellas limita su producción con el convencimiento de que las otras también lo harán. No pueden firmar un contrato con el cual acudir a

²⁷ Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p, 193.

²⁸ González de Cossío señala que “existirá colusión tácita cuando los competidores evitan competir sin acuerdos expresos al respecto”, González de Cossío, *op. cit.*, p. 43.

²⁹ Colusión tácita o implícita resultan términos poco afortunados por dar la impresión de que las empresas se han puesto de acuerdo cuando no es así. Aunque para los economistas es lugar común. Además puede confundirse con el tema legal del acuerdo tácito o implícito en oposición a acuerdo expreso o explícito, ello con relación al acuerdo de voluntades que se exige probar en derecho mexicano para la configuración de una PMA. Más adelante haré alegatos y ofreceré argumentos en favor de que no debe sancionarse el comportamiento paralelismo consiente.

³⁰ Para una mayoría de economistas el paralelismo consiente sería un oligopolio no cooperativo porque las decisiones aún se toman de manera independiente, contrario a la colusión. Pero coincido con Samuelson y Nordhaus en que las empresas cooperan cuando tratan de minimizar competencia. Esto no es llegar aún a la ilegalidad, resalto.

un tribunal en caso necesario (...). En consecuencia deben recurrir a la autodisciplina, la cual puede resultar difícil y costosa.”³¹

También es correcto afirmar que, si bien no coluden explícitamente, en un paralelismo consciente tampoco compiten de manera vigorosa, más bien los oligopolistas se encuentran en una cómoda situación que no quieren cambiar, por estar conformes con las participaciones de mercado y utilidades que tienen como resultado del equilibrio, como los modelos Cournot o Bertrand: hay un punto de equilibrio en el que no hay incentivos para cambiar el precio o los niveles de producción. Pero esto es producto de decisiones racionales de empresas, y en todo caso una consecuencia natural de los mercados oligopólicos. Nadie tiene la culpa de que las empresas decidan de manera racional e independiente permanecer en una situación de “cooperación pasiva”, en un equilibrio al que han llegado de manera independiente. De hecho, respecto al paralelismo consciente, “el hecho de que se recurra con tanta frecuencia a él, y de que resulte tan fructífero ha desconcertado a los economistas, ya que la lógica de la teoría de juegos sugiere que dichas estrategias no resultarían efectivas”³².

Cartel

Las anteriores consideraciones nos conducen al concepto del cartel. La práctica de la colusión ya fue descrita desde Adam Smith, quien decía:

“raras veces se reúnen gentes del mismo gremio, ni siquiera por diversión o entretenimiento, pero [cuando lo hacen] la conversación termina en una conspiración contra el público o en alguna maquinación para subir precios”.³³

Se denomina *cartel* a un grupo de empresas que practica oficialmente la colusión³⁴. Otros lo han definido como “una organización de empresas independientes que producen bienes similares y que trabajan conjuntamente para elevar precios y restringir la competencia”³⁵. Para Parkin, se trata de “un grupo de

³¹ Stiglitz, Joseph, *op. cit.*, p. 332.

³² *Ibidem*, p. 335.

³³ Smith, Adam; *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Fondo de Cultura Económica, trad. Gabriel Franco, México, 2 ed., 10ª reimp. 2010, p. 453.

³⁴ Stiglitz, Joseph, *op. cit.*, p. 331.

³⁵ Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p. 193.

empresas que actúan en conjunto –se coluden– para limitar la producción, incrementar el precio, y aumentar el beneficio económico”³⁶.

El cartel no es una estructura de mercado diferente. Involucra a un conjunto de empresas que acuerdan explícitamente cooperar para fijar los precios y los niveles de producción o repartirse el mercado. Existen condiciones que facilitan el surgimiento de un cartel: número reducido de firmas, alta concentración del mercado, factibilidad de llegar a un acuerdo, productos homogéneos y existencia de asociaciones o cámaras de comercio³⁷.

Para que tengan éxito, debe crearse una organización estable cuyos miembros acuerden los niveles de precios y producción, y obedezcan el acuerdo. Pero no es fácil porque cada cartelista puede tener costos diferentes, así como tener una percepción diferente de la demanda de mercado. La segunda condición para que tenga éxito, es la de conseguir poder de monopolio, pues un cartel podrá subir el precio en condiciones tales que la demanda sea muy inelástica³⁸, de lo contrario habrá poco margen³⁹.

Otros de las situaciones fácticas proclives para la formación y funcionamiento de los carteles son:

- (i) La demanda del bien debe ser inelástica con respecto al precio⁴⁰
- (ii) Las barreras de entrada deben ser significativas

³⁶ Parkin, Michael, *op. cit.*, p. 308.

³⁷ González de Cossío, *op. cit.*, p. 45.

³⁸ La elasticidad-precio de la demanda, nos informa en qué medida se ve afectada la demanda por las variaciones en el precio. Pueden existir productos o servicios para los cuales el alza de precio produce una variación pequeña de la cantidad demandada, esto significa que los consumidores comprarán la misma cantidad, independientemente de las variaciones del precio, la demanda de este producto es una demanda inelástica. En otras palabras, una demanda es inelástica, cuando ante una variación en el precio, la cantidad demandada varía en un porcentaje menor.

³⁹ Pindyck y Rubinfeld, *op. cit.*, p.38.

⁴⁰ No tiene sentido la colusión, si ante incrementos en el precio, los consumidores pueden reducirlo significativamente o bien, fácilmente sustituirlo. Por eso se exige que los miembros del cartel detenten control sobre todo, o al menos la mayor parte del mercado que intentan monopolizar conjuntamente.

(iii) El cartel debe controlar casi toda la oferta mundial, o si no la controla, la oferta de los productores que no pertenecen al cartel no debe ser elástica con respecto al precio⁴¹.

(iv) El acuerdo sobre el abasto⁴² es fundamental

(v) Mecanismos de monitoreo razonables y económicos, que permitan detectar trampas de los miembros del cartel; así como castigos por incumplimientos.

Todo esto no debe ser detectado por la autoridad, por supuesto, y precisamente como las empresas saben (o deberían saber) que la colusión es ilegal, hacen todo lo que pueden para ocultarla cuando incurren en ella, y se supone que “se necesita un Estado comprometido y agresivo para descubrirla y perseguirla⁴³”.

Los cálculos que realizan los cartelistas son los mismos que realiza un monopolio para maximizar sus ganancias, sólo que en este caso las empresas deben ponerse de acuerdo respecto del monto total de producción que cada una debe generar. Lo que hace un cartel es “internalizar para sus miembros, los beneficios que los consumidores de otra manera hubieran percibido del funcionar del mercado”⁴⁴.

Los problemas que enfrentan los carteles, entonces, son:

- Detección de la ilegalidad
- Trampas entre los cartelistas
- Complejidad del monitoreo

b. Las prácticas monopólicas absolutas en la *Ley Federal de Competencia Económica*

El artículo 28 constitucional señala en sus dos primeros párrafos lo siguiente:

⁴¹ Pindyck y Rubinfeld, *op. cit.*, p. 541. Bien puede no ser toda la oferta mundial, pero sí del mercado geográfico dominado por los cartelistas.

⁴² “En la mayoría de los casos la decisión más importante es sobre la variable *abasto*, no precio”: González de Cossío, *op. cit.*, p.43.

⁴³ Stiglitz, Joseph, *op. cit.*, p. 331.

⁴⁴ González de Cossío, *op. cit.*, p. 42.

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Entonces, lo que este dispositivo constitucional prohíbe son:

- (i) los monopolios
- (ii) las prácticas monopólicas, y
- (iii) en general todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí.

De aquí surge la necesidad de que haya en legislación secundaria una provisión que tipifique las conductas que traten y/o logren evitar la libre concurrencia y la competencia entre sí de estos jugadores en los mercados.

Cabe señalar —y este argumento no lo he visto señalado por ningún tratadista o comentarista mexicano— que no es lo mismo la “libre concurrencia” que la “libre competencia”, si bien es ambas se encuentran relacionadas en forma de prelación.

Una cosa es *concurrir* a los mercados y otra es *competir* una vez que se ha entrado a ellos. Por eso estimo que el derecho fundamental reconocido en este artículo constitucional establece dos fases del ejercicio del derecho:

- (i) la libertad de los particulares para concurrir a los mercados (acceso a mercado) a ejercer su libertad de trabajo, industria y comercio, y

(ii) libre competencia, una vez que se ha accedido al mercado, la forma de proteger este derecho es mediante la persecución y sanción (el Estado) a aquellos que lleven a cabo prácticas anticompetitivas.

A su vez, —y esto sí es explorado por la doctrina—⁴⁵, este derecho fundamental es oponible tanto al Estado como a otros particulares. Otros particulares tienen la obligación de no monopolizar, de no cometer prácticas monopólicas, y en este sentido se considera que es una limitación al ejercicio de las libertades fundamentales de trabajo, industria y comercio⁴⁶. Y el Estado tiene una obligación doble: por un lado no intervenir de manera irrazonable para garantizar que los mercados se desarrollen en un ambiente de libertad económica (no poner trabas) (elemento subjetivo), y por la otra garantizar que quienes cometan prácticas anticompetitivas y monopólicas en perjuicio de competidores y consumidores sean perseguidos y sancionados; así, garantizar la libertad de acceso a, y permanencia en los mercados (elemento objetivo)⁴⁷.

Por su parte el artículo 8 de la LFCE establece que:

ARTÍCULO 8. Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

⁴⁵ Flores Bernés, Miguel; *Ley Federal de Competencia Económica Comentada, Capítulo I Disposiciones Generales*; México, 2010, en <http://www.competenciaeconomica.com.mx/lfce.html>, p. 1. García Castillo, Tonatiuh; *Ley Federal de Competencia Económica. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*; México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, p. 9. González de Cossío, Francisco, *op. cit.*, pp. 20-22. Aguilar Álvarez de Alba, Javier; *La libre competencia*, México, Oxford University Press, 2000, pp. 8 y 9.

⁴⁶ Tesis “COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. FINES DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS SUSTANCIADO POR ELLA”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, p. 2464. Me interesa citar el rubro porque señala: “La Comisión Federal de Competencia tiene la facultad de investigar con la finalidad de eliminar los monopolios y las prácticas monopólicas o de concentración que prohíbe el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que tales conductas sean sancionadas, y obligar a que dejen de realizarse para evitar con ello la afectación a los intereses de los consumidores. Así, la mencionada comisión debe velar e indagar dentro del procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, en aras del interés social, sobre la libre concurrencia económica, para lo cual la referida ley establece determinadas normas prohibitivas o imperativas, capaces incluso de limitar los derechos fundamentales de los individuos.”

⁴⁷ De hecho antes la existencia de la LFCE de 1992, la libertad de concurrencia y libre competencia que se exigía al Estado sirvió como instrumento para combatir actos del Estado que impedían la competencia. (Aguilar Álvarez de Alba, *op. cit.*, p. 8). Antes de y durante la vigencia de la LFCE también se ha argumentado esta libertad contra actos de autoridad que fijan la distancia entre establecimientos mercantiles, por ejemplo, y sobre lo cual el Poder Judicial ya se ha pronunciado en diversas oportunidades a favor de la libertad de comercio. Aunque también ha señalado que no reviste el carácter de absoluta, y la seguridad (física) de las personas tiene prioridad sobre la libertad de comercio. Me abstengo de referir los datos de todos estos criterios judiciales de los que hablo en esta nota, por razones de escasez de espacio.

Este dispositivo legal amplía y especifica el dispositivo constitucional y establece la prohibición de las prácticas monopólicas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y libre concurrencia. Es decir, por un lado las que impidan u obstaculicen el acceso al mercado, y una vez que se ha accedido, las que disminuyan, dañen e impidan la competencia entre aquellos que se supone deberían estar compitiendo.

No se persigue al monopolio *per se*, pues “sólo si consideramos la conducta del agente económico como sujeto de las disposiciones de la LFCE es posible entender el principio general de prohibición que establece [el] artículo 8 (...) la ley se limita a evaluar el comportamiento de los agentes económicos, y en su caso, sanciona las conductas anticompetitivas, independientemente de su tamaño, desde un ángulo de las prácticas monopólicas (...)”⁴⁸. En otras palabras, se persigue al infractor que comete una conducta ilegal tipificada, no una situación de hecho a la que se pudo haber llegado legítimamente. Miguel Flores señala al respecto que:

“esto que parece una contradicción en realidad resulta una interpretación armónica de la disposición constitucional”, y que “desde el plano jurídico resulta importante señalar que la prohibición de los monopolios no se acompaña de una descripción de conducta que permita tipificarla para efectos de su sanción; luego a pesar de la incorporación del lenguaje en este artículo y en el artículo 28 constitucional, no existe una conducta descrita ni un procedimiento para hacer efectiva la prohibición [de monopolio]. Lo que existe es una descripción de conductas de las denominadas prácticas monopólicas –absolutas y relativas– y las concentraciones prohibidas”⁴⁹.

A su vez, el artículo 9 de la LFCE amplía lo establecido en el artículo 8 y tipifica las PMA, que son la incorporación jurídica en derecho mexicano de los carteles, es decir, las acciones concertadas, colusiones o los “acuerdos cooperativos anticompetitivos”⁵⁰. De esta forma la ley secundaria hace efectiva la disposición constitucional en el sentido de prohibir “todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de

⁴⁸ Pereznierto Castro, Leonel y Guerrero Serreau, Renato; *Derecho de la competencia económica*, México, Oxford University Press, 2002, p. 85.

⁴⁹ Flores Bernés, Miguel, *op. cit.*, p.1.

⁵⁰ Con este último término los llama González de Cossío, *op. cit.*, p. 68.

servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí". Destaco "entre sí" porque denota que hay interés de evitar la competencia entre cierto tipo de jugadores: competidores.

Básicamente, las PMA consisten en acuerdos entre competidores que tienen como objeto o producen el efecto de cuatro tipos básicos de conductas: la fijación de precios, la división horizontal de mercados, la restricción de la oferta y la coordinación para repartirse licitaciones o subastas públicas⁵¹. Las PMA son la materialización jurídica de conductas oligopólicas cooperativas en donde se toman decisiones de manera conjunta⁵², y la función de su proscripción y sanción es provocar un efecto correctivo, pues el Estado interviene sancionando a los infractores una vez que el daño a los mercados está hecho y es muy difícil repararlo.

El objeto de estas prácticas concertadas es monopolizar y constituyen las formas más nocivas al proceso de competencia⁵³, debido a que "la colusión de los competidores transforma la dinámica de un mercado que podría ser razonablemente competitivo, en un monopolio en los hechos, apoyado por un esquema de control unificado de la oferta"⁵⁴.

El artículo 9 de la LFCE establece lo siguiente:

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

- 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, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

⁵¹ Castañeda, Gabriel; Levy, Santiago; Martínez, Gabriel y Merino, Gustavo; "Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica", en *El Trimestre Económico*, Fondo de Cultura Económica, Vol. LXI, Núm. 237, México, enero-marzo de 1993, pp. 232 y 233; señalan: "el artículo 9 de la ley sanciona los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes competidores entre sí, en función de 4 tipos de prácticas determinadas: los acuerdos monopólicos, los acuerdos de cartel, los acuerdos de división de mercados, las manipulaciones en subastas públicas".

⁵² Por tanto queda excluido el comportamiento de paralelismo consciente, pues las decisiones aún se toman de manera independiente. Por supuesto en un contexto de inter-dependencia natural oligopolística.

⁵³ Pereznieta Castro, Leonel; "Prácticas Monopólicas Absolutas", en Mena Labarthe, Carlos y Roldán Xopa, José, *Competencia Económica, estudios de Derecho, Economía y Política*; México, Porrúa-ITAM, 2007, p. 241.

⁵⁴ Estavillo Flores, María Elena; *La prevención de colusiones*, México, Porrúa-ITAM, 2007, p. 46.

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

- 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, o
- IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar.

De acuerdo con esta disposición, para que estemos en presencia de una PMA, es necesario que:

(i) Exista un contrato, convenio, arreglo o combinación⁵⁵.

Se trata de la forma exigida del acto. Se prevén actos jurídicos concretos como los contratos⁵⁶ convenios⁵⁷, arreglos⁵⁸ (coordinación) y combinaciones⁵⁹. El común denominador en estos actos es que intervienen por lo menos dos voluntades. Deben ser inequívocos. Se necesita algo más que una conducta unilateral⁶⁰. Incluso, “el simple compromiso verbal es suficiente para que dichos agentes puedan ser sancionados”⁶¹. Pero definitivamente debe haber un contacto.

(ii) Entre competidores.

Se trata de la categoría de sujetos activos. Es necesario que el contrato, convenio, arreglo o combinación sea perpetrado por agentes económicos competidores

⁵⁵ Sin pretender llegar al paralelismo consciente, pues no existe ningún contacto entre los oligopolistas y las decisiones se toman de manera independiente (unilateral). Debe probarse la concertación.

⁵⁶ *Código Civil Federal*, artículo 1793, DOF 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada DOF 28 de enero de 2010. Fuente: CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, en *Leyes Federales Vigentes*, México, 2011, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/104.pdf>

⁵⁷ *Código Civil Federal*, artículo 1792.

⁵⁸ arreglo. 1. m. Acción y efecto de arreglar. 2. m. Regla, orden, coordinación. 3. m. Avenencia, conciliación. (...). Real Academia Española, Voz “arreglo”, *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.

⁵⁹ combinación. (Del lat. *combinatio*, -ōnis). 1. f. Acción y efecto de combinar o combinarse. 2. f. Unión de dos cosas en un mismo sujeto. (...). 4. f. Conjunto de signos ordenados de forma determinada, que solo conocen una o varias personas y se emplean para abrir o hacer funcionar ciertos mecanismos o aparatos, como cajas fuertes, cajeros automáticos, etc. (...). Real Academia Española, Voz “arreglo”, *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.

⁶⁰ Flores Bernés, Miguel, *op. cit.*, p.3.

⁶¹ Perezniето Castro y Guerrero Serreau, *op. cit.*, p. 88.

entre sí, es decir, entre agentes económicos que concurren al y rivalicen en el mismo mercado, en el “mismo eslabón de la cadena productiva”⁶². En la práctica la CFC ha estimado de manera simplista que no está obligada a determinar el mercado relevante para sostener un cargo por PMA, sin embargo considero que si la ley exige que la concertación se realice entre competidores, entonces debiera por lo menos de señalarse a los agentes económicos y hacerse la determinación de ¿en qué mercado concurren y compiten? y para ello se requiere un análisis de mercado relevante⁶³.

En este sentido, Ginebra ha señalado que:

“es necesario que exista coincidencia temporal en cuanto a los productos y servicios ofrecidos, en el mismo espacio geográfico y dirigido a la misma clientela, para que se trate de competidores en el sentido del a. 9 de la LFCE (...) lo anterior exigiría el análisis del mercado relevante, en términos del artículo 11, para saber si se trata de competidores. Aunque la LFCE no obliga a ello, de una interpretación sistemática del artículo 9 y del 11, no es posible determinar el carácter de competidor si antes no se ha analizado el correspondiente mercado”⁶⁴.

No es una cuestión menor determinar correctamente el carácter de competidor porque en una estructura de mercado de competencia monopolística⁶⁵ con una segmentación tan tremenda del mercado (por características de productos) será muy cuestionable que dos participantes que ofrezcan productos tan distintos a tan diferentes precios sean competidores, no obstante puedan clasificarse “en el mismo mercado”.

⁶² González de Cossío, *op. cit.*, p.68.

⁶³ Así se fortalece la acusación y eventual resolución, y además incrementa el nivel de seguridad y certeza jurídica a los particulares. Estimo que deben ofrecerse acerca de la conducta las características de tiempo, modo y lugar. Me parece que no es suficiente que se establezca que son competidores porque algunas empresas así lo aseveren, como en la práctica le ha parecido suficiente a la CFC. Ha de hacerse la determinación de en qué mercado concurren para saber si con competidores reales, y así respetar adecuadamente el estándar de legalidad y certeza jurídica. El poder judicial aún no se ha pronunciado al respecto (2011).

⁶⁴ Ginebra Serrabou, Xavier; *Derecho de la competencia*, México, Cárdenas Editores, 2001, p. 41.

⁶⁵ En una estructura de mercado con competencia monopolística, la tremenda diferencia entre los productos o servicios ofrecidos por las empresas hace que siendo éstos tan heterogéneos, en realidad los precios no sean determinantes en la elección del consumidor, pues las características extra-precio serán las que tome en cuenta. No obstante una tremenda cantidad de agentes económicos oferentes pero en su nicho, cada uno se comporta como un monopolio en los hechos, por ser los productos tan heterogéneos, los precios incluso no podrían ser parámetro adecuado de comparación entre cada producto. Esta estructura de mercado es la que prevalece en una gran cantidad de mercados: imaginemos las tintorerías, las zapaterías, los cereales en caja, los jugos de frutas, etcétera

Ahora bien, existe el problema de si ha de considerárseles competidores reales o potenciales. Si bien hace sentido económicamente que pueda contemplarse a competidores potenciales (existe lógica en acordar con un competidor potencial que se abstenga de entrar al mercado que yo controlo a cambio de que yo no entre al suyo), jurídicamente existe el problema del amplio margen de discrecionalidad que tendría la autoridad para determinar quién es y quién no es un competidor potencial; amen del riesgo de vulnerar los principios de legalidad, y seguridad y certeza jurídicas⁶⁶. Por ello estimamos que debe de tratarse de competidores reales, actuales, verificables. Si el legislador hubiera contemplado competidores potenciales, habría hecho el señalamiento, y de acuerdo con los principios generales del derecho *ubi lex non distinguit net nos distinguere debemus*⁶⁷ y *ubi lex voluit dixit ubi voluit tacuit*⁶⁸, me parece que lo correcto es excluir a competidores potenciales. Lo contrario, implicaría dejar a la autoridad una discrecionalidad demasiado amplia, y podría considerarse que prácticamente cualquiera es competidor potencial de otro.

(iii) Que se compruebe la existencia de un objeto o un efecto.

El acuerdo debe tener como objeto alguna de las descripciones señaladas en las fracciones del artículo. Pero si no llegase a comprobarse el objeto y no obstante el efecto de la acción concertada exista y se acredite, también se actualiza la PMA. Por objeto⁶⁹ debemos entender la intención, la finalidad. Por efecto⁷⁰, “la

⁶⁶ Además, el sentido común nos diría que si se realizó el convenio es porque se hizo entre competidores, ya que quienes no lo sean, no lo harían, aunque se puede responder a este argumento que es parcial, porque sí hace sentido acordar que cierta firma se abstenga de entrar al mercado que yo controlo y viceversa.

⁶⁷ Donde la ley no hace distinciones, no ha lugar a distinguir.

⁶⁸ Cuando la ley quiere, lo dice, cuando no lo quiere, guarda silencio.

⁶⁹ En *Confederación de Asociaciones de Agentes Aduanales de la República Mexicana—Pre validación de pedimentos de importación (IO-01-2006)*, la CFC señaló que en términos de la legislación civil es objeto aquella cosa que el obligado debe dar, o hecho que debe hacer o no hacer (objeto directo). En cuanto al objeto en su connotación de intención, motivo o fin (objeto indirecto), éste puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta con palabras terminantes la voluntad que se tenía para hacer algo y es tácito si la voluntad se deduce necesariamente de los actos realizados. Además el objeto podía ser actual o potencial pues el artículo 10 de la LFCE contemplaba la expresión: “...cuyo objeto o efecto sea o pueda ser...”, de lo que se corrobora la existencia tanto de un objeto expreso como de uno tácito posible. También sostuvo que, en el caso de las conductas que analizaba “sí pudieron tener por objeto el desplazar a sus competidores, aún cuando hayan existido otros objetos manifiestos o expresos, pues independientemente de que la voluntad o intención expresa no coincida con la subyacente que fue desplazar a sus competidores, persiste ese efecto de la conducta”.

consecuencia de una acción que (...) debe ser el objeto lógico de la conducta que le dio origen, el objeto prohibido debe ser el adecuado en un sentido objetivo, es decir, idóneo, para que se produzca el resultado. (...) Debe tratarse de efectos inmediatos. Las consecuencias remotas no son imputables a su autor”⁷¹.

Dependiendo la existencia del objeto o el efecto, o ambos, la responsabilidad legal por la comisión de PMA puede clasificarse en subjetiva y objetiva, pues “por un lado es responsable el agente económico que celebra un convenio cuyo objeto sea dividir el mercado o fijar precios, con independencia de que el resultado de dicho convenio coincida con dicho objeto; en este supuesto se castiga la intención de los agentes económicos al celebrar el convenio, y la responsabilidad es plenamente subjetiva”⁷², es decir por haber materializado la conducta, por coludirse; y por otro lado es responsable “el agente económico que celebra un convenio cuyo efecto sea dividir el mercado o fijar precios, con independencia de que dicho convenio haya sido celebrado con tal intención. En este caso se castiga

⁷⁰ También en *Confederación de Asociaciones de Agentes Aduanales de la República Mexicana*—Pre validación de pedimentos de importación (IO-01-2006), la CFC señaló en cuanto a los efectos que si el desplazamiento se materializa o no, ello es secundario para la actualización de la práctica monopólica, ya que el fin preventivo que tiene la normatividad de competencia económica (a. 2 LFCE) hace posible que se prevengan, prohíban y sancionen conductas que aún sin materializarse afecten al mercado que se intenta proteger. También sostuvo que “no puede haber mejor protección al proceso de competencia y libre concurrencia que, precisamente evitando de manera preventiva que los efectos o posibles efectos anticompetitivos de una conducta, cualquiera que sea o pueda ser su objeto, se materialicen”. La CFC se apoyó también en la *ratio decidendi* elaborada en el caso *Warner Lambert*, Amparo en Revisión 3589/96 en la que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, argumentó que: “(...) .el propósito del constituyente había sido combatir no sólo en la vía represiva sino también preventiva, las conductas que pongan en peligro la integridad de los bienes jurídicos que tutela con la prescindencia de que los efectos lesivos sobre el mercado se actualicen en cada caso concreto, pues esperar a que ello ocurriera es permitir que las conductas anticompetitivas produjeran consecuencias de grave perjuicio para la sociedad (...) en el caso de que el objeto perseguido por el autor de la conducta sea precisamente restringir la competencia, la ley sanciona la práctica monopólica precisamente porque el peligro para el mercado es real, pues lo que se pretende es justamente impedir que el daño se produzca en caso de que alcance a surtir efectos la práctica monopólica, en cambio, cuando al margen de la conducta se produce el resultado ilegal, ya no cabe admitir que simplemente hay peligro, puesto que ya se causa un perjuicio a la libre competencia, desplazando competidores, impidiendo su acceso, o imponiendo ventajas exclusivas (...)”. El asunto resuelto por la CFC se volvió sumamente interesante, cuando la CAAAREM manifestó durante el procedimiento, que “desplazar a sus competidores es precisamente el objetivo de cualquier agente económico mediante el incremento de su participación en el mercado.” En respuesta a lo anterior, la CFC sostuvo que “si bien era cierto que el incremento de participación en el mercado podía ser un interés legítimo e indicativo de que se había obtenido una mejor posición frente a los competidores, esto debía acontecer de forma legal, y no sucede cuando ello es o pueda ser consecuencia de actos que a la luz de la LFCE sean contrarias al proceso de competencia y libre concurrencia”.

⁷¹ Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, p. 43.

⁷² García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

el resultado, obviamente bajo el supuesto de que el mismo pudo haber sido previsto aunque no querido, la responsabilidad es plenamente objetiva”⁷³.

El objeto o efecto debe ser exactamente alguno de los señalados en las fracciones I a IV del artículo 9. Si la conducta concertada no tiene como objeto o efecto alguno de los descritos existe el riesgo de vulnerar el principio de legalidad. Ello en virtud de que la conducta no se adaptaría al tipo previsto en la hipótesis normativa (tipo administrativo) y dejaría de atenderse al principio de tipicidad que rige para la materia administrativa sancionadora.⁷⁴

La doctrina legal mexicana —en su mayoría—, e incluso la CFC⁷⁵, han estimado la ilegalidad *per se* de las PMA. A diferencia de lo que sucede con las PMR, en las colusiones no se ha querido hacer un análisis de los efectos pro-competitivos que arrojen, por lo que si la conducta se subsume en la hipótesis normativa, *ipso facto* se actualiza la transgresión a la ley. En otras palabras, una vez que se compruebe la existencia de la práctica concertada entonces se estaría en presencia de una PMA que debe ser perseguida con *eficacia* y sancionada *severamente*⁷⁶.

De tal forma que las colusiones son ilegales sin que exista ningún pretexto que las justifique. Bajo la óptica de política legislativa, también se consideró que siempre

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Principio ampliamente estudiado en el derecho penal, y aplicable al derecho administrativo sancionador, al ser ambas manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. Esto ya ha sido ampliamente aclarado por el Poder Judicial Federal en tesis como las siguientes: “TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXIV, p. 801. “TIPICIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY DE INGRESOS PARA EL MUNICIPIO DE OCOZOCOAUTLA DE ESPINOSA, CHIAPAS, PARA 2006, QUE REMITE ERRÓNEAMENTE A DIVERSO PRECEPTO PARA CONOCER LA INFRACCIÓN, TRANSGREDE AQUEL PRINCIPIO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXIV, p. 1666. “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. LOS ARTÍCULOS 72 Y 74 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO QUE LO PREVÉN, NO TRANSGREDEN LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXVI, p. 387. LAS INFRACCIONES FISCALES SE RIGEN POR LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y POR LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL, EN LO QUE RESULTEN APLICABLES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, Febrero de 2007, Página: 652, “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”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXIV, p. 1565.

⁷⁵ En COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Guía de Inmunidad y reducción de sanciones*. <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/Documentos/guias/cfcguia.pdf>.

⁷⁶ Calificativos que asigna el propio 28 constitucional.

son dañinas para los mercados, por ello, la exposición de motivos de la LFCE señaló:

“se tiene proyecto actuar enérgicamente y sin excepciones contra las prácticas absolutas, pues es poco probable que éstas reporten ventajas en eficiencia y siempre tienen un impacto directo y negativo sobre el consumidor y la economía en general (...) representan una conducta que se debe castigar, pues se da entre competidores, sin que exista integración productiva o distributiva que permita inferir que existen ganancias en eficiencia. Es importante que la ley emita un mensaje claro acerca de la ilegalidad de este tipo de prácticas y las castigue severamente”⁷⁷.

La *Guía de Inmunidad* también ha señalado que las PMA:

“se consideran ilegales bajo cualquier circunstancia toda vez que dañan el proceso de competencia y libre concurrencia del mercado del que se trate (...) son sancionadas *per se* (...) no es necesario realizar consideraciones de ninguna especie sobre las ganancias en eficiencia, sino que sólo es necesario acreditar que existió el contrato, convenio, arreglo o combinación entre los agentes económicos competidores entre sí y/o que éste tuvo efectos en territorio nacional. Estas prácticas están relacionadas con la conducta de los agentes económicos, por lo que su carácter ilegal es independiente de la estructura de mercado, del tamaño de las empresas que las realizan, de su propósito e incluso de sus efectos finales. Son los acuerdos los que son ilegales y por ello no resulta necesario evaluar otras consideraciones como el mercado relevante o el poder sustancial de mercado”⁷⁸.

El argumento que subyace a esta consideración de la ilegalidad *per se*, consiste en que este tratamiento se justifica en la medida en que como en la mayoría de las ocasiones este tipo de prácticas son tan nocivas y anticompetitivas y sólo en contadísimas ocasiones tienen justificaciones de eficiencia, un enfoque *per se* evita el tener que incurrir en innecesarios y costosos recursos judiciales y administrativos para analizar los remotos efectos positivos⁷⁹. De allí el carácter absoluto de esta prohibición, que “exime a la autoridad (...) [de] demostrar que existe una intención ilícita de los agentes económicos implicados (...) La intencionalidad así como el efecto negativo (indebido) sobre la competencia

⁷⁷ Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica. Consultable en Peredo Rivera, *op. cit.*, p. XXIX.

⁷⁸ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Guía de Inmunidad y reducción de sanciones*, p. 4 <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/Documentos/guias/cfcguia.pdf>. Como ya señalé, no estoy de acuerdo con que no es necesario determinar el mercado relevante, por las consideraciones ya expresadas *infra*.

⁷⁹ Castañeda *et al.*, *op. cit.*, pp. 233 y 234.

siempre se presumen con la existencia de la conducta incriminada. De probarse la existencia de la práctica monopólica, la sanción es automática”.⁸⁰

Sin embargo ha sido cuestionado por algunos doctrinarios el enfoque *per se*, y han alegado que debiera hacerse también un análisis económico para evaluar si existen efectos nocivos o no en algunos tipos de acuerdos entre competidores.

En un trabajo posterior, el mismo Pereznieto sostiene que además del encuadre de la conducta al tipo, se requiere un “resultado” nocivo en los mercados: “la colusión debe tener necesariamente como efecto el daño al mercado”⁸¹. Señala que “el simple acuerdo entre agentes económicos competidores, no es en sí la tipificación de la ilegalidad prevista por la norma, se requiere de un resultado”⁸². También ha señalado que “si la norma se lee en su conjunto, la conducta colusiva que los competidores entre sí celebran y el objeto de esa conducta se puede interpretar en el sentido de que no basta la conducta colusiva —que sería el criterio *per se*— sino que además esa conducta amenace causar o cause daño en el mercado con lo cual ya estamos dentro del criterio *rule of reason* (...) para que una conducta como la descrita (...) amenace producir o produzca un daño, los agentes económicos coludidos deben tener suficiente presencia en el mercado para provocar un efecto de esta naturaleza.”⁸³ Para ello, estima que se requeriría poder sustancial de mercado, pero la norma sobre PMA al no hacer referencia a éste, y deja libre a la CFC para que discrecionalmente establezca el daño, y no se establecen reglas para medirlo⁸⁴.

Para Pereznieto, como se requiere forzosamente el daño, ello implica tener poder de mercado para poder influir e incurrir en las 4 fracciones (objeto-efecto), y ambos conceptos son determinados por la CFC con facultades muy amplias, ello lleva a problemas de exacta aplicación de la ley y en consecuencia de

⁸⁰ Pereznieto Castro y Guerrero Serreau, *op. cit.*, p. 87.

⁸¹ Pereznieto Castro, Leonel “Prácticas Monopólicas Absolutas”, en Mena Labarthe y Roldán Xopa, *op. cit.*, p. 247.

⁸² *Ibidem*, p. 243.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 245.

inconstitucionalidad⁸⁵. Para este autor, la redacción del 28 constitucional confirma que la colusión debe tener un efecto en el mercado⁸⁶.

También cuestionando el enfoque *per se*, Valdés Abascal ha señalado que:

“se califican como absolutas porque el legislador presume, sin admitir prueba en contrario, que estas conductas invariablemente son nocivas a la competencia, lo cual desde nuestro punto de vista es incorrecto, pues existen casos en los que este tipo de acuerdos no sólo no dañan el proceso de competencia sino que lo favorecen, como puede ser el caso de que un grupo de empresas que no gozando de poder sustancial, individual o colectivamente, establezcan esquemas conjuntos de compra o comercialización de mercancías para alcanzar escalas similares a las de sus competidores. La posición tajante de calificar estas conductas como absolutas (...) a nuestro parecer esta idea no es otra cosa que un reflejo de la incapacidad o falta de imaginación del legislador para diseñar instrumentos que permitan cumplir de una mejor manera los objetivos buscados”⁸⁷.

También González de Cossío ha mencionado que:

“el análisis económico y la experiencia práctica demuestran que existen circunstancias en las cuales puede válidamente ser conveniente o necesario que competidores incurran en alguna de las prácticas descritas”⁸⁸, sin embargo: “(i) dicho tipo de operaciones son extremadamente infrecuentes, (ii) contemplar dicha posibilidad abre la puerta a mucho debate sobre los efectos competitivos de prácticas que, en general, el análisis económico reputa como totalmente negativos; (iii) existe una probabilidad grande de cometer un error dado lo difícil de probar los efectos de dicha práctica, (iv) el riesgo de cometer un error, con los graves efectos que acarrearía, y (v) el establecer una regla descrita en forma mecánica (...) da más certeza jurídica”⁸⁹.

c. Los tipos administrativos

Existen en el artículo 9 de la LFCE cuatro descripciones de objetos/efectos, que de comprobarse su existencia, derivado de un acuerdo entre competidores, configurarían una PMA. La ley no las califica con una denominación particular, pero es la doctrina la que las ha nombrado con un término⁹⁰. En el siguiente cuadro de un lado escribo el nombre con que se conoce en la doctrina y en la práctica; y del otro, su tipificación (descripción) legal.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 253.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ Valdés Abascal y Brito Anderson, S.C., “Breve descripción del marco jurídico de competencia económica”, en *Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica*, Edición Propia, 2006, p. 4. Disponible en http://www.vb.com.mx/index_espanol.html

⁸⁸ González de Cossío, *óp. cit.*, p. 68.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Con un “término de arte”, dice González de Cossío, *op. cit.*, p.68.

*La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con
alcance internacional*

Denominación práctica/doctrina	Tipificación/descripción legal
Fijación de precio e intercambio de información	I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
Manipulación de oferta	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;
División horizontal de mercados	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, o
Repartición de licitaciones y subastas	IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

El primer párrafo del artículo 9 del RLFCE señala:

ARTÍCULO 9. Son indicios de la existencia de una práctica monopólica absoluta, las instrucciones o recomendaciones que emitan las cámaras empresariales o asociaciones a sus agremiados, con el objeto o efecto de realizar las conductas previstas en el artículo 9 de la Ley.

(...)

Estos indicios constituyen focos de alerta para que la autoridad investigue. No puede concluirse tajantemente que son prueba de colusiones. Describiré brevemente cada uno de los tipos y sus elementos prácticos y doctrinales.

i. Fijación de precio e intercambio de información

Esta práctica consiste en que agentes económicos competidores entre sí se coluden para fijar el precio, o establecer condiciones de manipulación del precio de compra o de venta al que han de ser ofrecidos o adquiridos los bienes o servicios.

La intención es generalizar el precio en el mercado y eliminar las opciones que enfrentan los consumidores (demanda) o proveedores (oferta). La consecuencia es la simulación de los efectos de un monopolio, y la apropiación de rentas monopólicas por parte de los coludidos.

El artículo 9 del RLFCE, establece:

Son indicios de la realización de las conductas a que se refiere la fracción 1 del artículo 9 de la Ley, entre otros, que:

- I. El precio de venta ofrecido en territorio nacional por dos o más competidores de bienes o servicios susceptibles de intercambiarse internacionalmente, sean sensiblemente superiores o inferiores, a su precio de referencia internacional, excepto cuando la diferencia se derive de la aplicación de disposiciones fiscales, gastos de transporte o de distribución, y
- II. Dos o más competidores establezcan los mismos precios máximos o mínimos para un bien o servicio, o se adhieran a los precios de venta o compra de un bien o servicio que emita una asociación o cámara empresarial o cualquier competidor.

Puede establecerse fijamente el precio u otro factor que lo manipule, como precios mínimos o máximos, descuentos, establecer la no competencia en precio, o el pacto de la negativa a ofrecer descuentos o créditos. Por eso, “elevar, disminuir, fijar, estabilizar o vincular los precios a otras variables son incluibles dentro de la fracción comentada”⁹¹.

Debe demostrarse que los presuntos responsables tuvieron la posibilidad de intercambiar información relativa a los precios del producto relevante (costos de producción, de distribución, etcétera) y que efectivamente se adhirieron a los precios pactados. En la práctica, el hecho de que dos empresas competidoras ofrezcan sus productos al mismo precio, constituye, en ausencia de justificaciones económicas, una fijación de precios sospechosa que podría ser sujeta de investigación, pero no una concertación evidente.

⁹¹ Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, p. 44. Cfr. *Cámara Nacional del Autotransporte de Carga—Servicios de autotransporte terrestre de carga (DE-153-2008)*.

Hay posturas que cuestionan la “nocividad” de las fijaciones de precio en todos los casos. Pero esto implicaría introducir el estándar de revisión *rule of reason*⁹².

Respecto de las *joint venture*, podríamos sostener que en la medida en que una fijación del precio sea indispensable para que el proyecto sea económicamente viable, la doctrina de la restricción accesoria podría ser válida. Incluso cuando se trata de una *joint venture* de desarrollo y producción, y la comercialización del producto se hace de manera independiente, podría ser válida una fijación del precio, pues a los competidores debería considerárseles un mismo agente económico para efectos del desarrollo de ese producto.

Respecto al intercambio de información, la ley lo proscribe cuando tenga el objeto conduzca al efecto de fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios. El intercambio de información es un paso previo a la manipulación o concertación del precio.

Las cámaras y asociaciones empresariales deben ser especialmente cuidadosas de no incurrir en este tipo administrativo, pues estas entidades pueden servir como vehículos de colusión, y de hecho la evidencia empírica así lo demuestra, pues varios casos de PMA han tenido su origen en las reuniones de competidores en este tipo de entidades. Tan es así que el RLFCE establece como indicios las instrucciones o recomendaciones de estas entidades.

Hay información más sensible que otra. Generalmente aquella relativa a costos, precios vigentes y futuros, precios a clientes específicos y precios de transportación, descuentos, inventarios y similares es más sensible y riesgosa de intercambiar.

Sin embargo, existen momentos en que es natural que las empresas intercambien información, pero aún así deben ser cuidadosas cuando: (i) se trate de una *joint*

⁹² Por ejemplo en *Broadcasting Music Inc. v. Columbia Broadcasting System*, CBS estableció un precio general para todas sus licencias de obras musicales, y si bien no se determinaba el precio de manera independiente para cada licencia, era eficiente que fuera así, pues se evitaban los costos de negociar con cada uno de los autores (costos de transacción), por eso se exoneró a CBS. Pero incluso en la judicatura estadounidense no hay unanimidad.

venture, o (ii) se negocie una concentración. Es razonable que en negociaciones previas a concentraciones la adquirente o fusionante y la adquirida o fusionada se auditen y revisen información interna, sobre todo financiera, con la finalidad de evaluar la operación. Existe el problema en estos casos, de que, si se tiene acceso a información sensible, pueda existir el efecto de la manipulación de precios si es que no se realiza la operación, aunque es muy discutible que se actualice el objeto. De no llevarse a cabo la operación y se ha tenido acceso a información sensible, podríamos estar en presencia de una PMA⁹³. El remedio privado es una cláusula de confidencialidad que asegure que no se usará la información del competidor a que se ha tenido acceso, pero el remedio de derecho público no parece quedar salvaguardado.

Para efectos de ilustrar una conducta bajo esta fracción comento el caso *Cámara Nacional del Autotransporte de Carga—Servicios de autotransporte terrestre de carga* (DE-153-2008), en el que varias empresas transportistas competidoras, asociadas en la Cámara Nacional de Autotransporte de Carga (CANACAR), desarrollaron en el seno de esta entidad, una ecuación que calculaba las variaciones del precio del combustible, misma que decidieron recomendar aplicar a todos los agremiados de esta Cámara para que el precio del transporte reflejara esas variaciones del valor del insumo. La CFC consideró que existía una concertación de precio y sancionó a las empresas transportistas y a CANACAR.

ii. Manipulación de oferta

Esta práctica tiene relación íntima con la fijación de precio, porque sus efectos son los mismos. Si partimos de un escenario en el que el mercado tiene una demanda constante, una variación de la oferta necesariamente provocará que la curva de oferta se desplace a precios más elevados. Manipular la oferta permite distorsionar artificialmente los precios, luego es una causa con consecuencia, con efecto. Manipular la oferta permite manipular los precios y sus efectos son iguales a los de un monopolio.

⁹³ Peredo Rivera, Amilcar, *op. cit.*, p.101.

Este tipo administrativo no obstante su redacción, implica una conducta de hacer: “una doble negación es una afirmación, por lo que el tipo aunque se encuentra redactado en forma negativa, implica una conducta activa: que dos o más competidores se pongan de acuerdo en la cantidad de producción o de distribución de bienes o servicios, o en la frecuencia con la que se presten estos”⁹⁴.

A manera de ilustrar esta fracción, comento que en el caso *Asociación Nacional de Libreros Mexicanos—Distribución y comercialización de libros de texto (IO-23-96)*, la CFC sancionó a la *Asociación Nacional de Libreros Mexicanos (ALMAC)* que reunía a empresas libreras, y que en su seno estas empresas acordaron que no adquirirían los fondos editoriales de ninguna de las editoras *Editorial Santillana* y *Oxford University Press México*. Esta conducta fue una represalia a dichas editoras por las estrategias de venta directa a escuelas y maestros, a quienes ofrecían entre el 20% y el 30% de descuento en relación a los descuentos otorgados en librerías. Los libreros convinieron en no distribuir y comercializar la línea de productos de *Editorial Santillana* y *Editorial Oxford*, sino solamente una cantidad limitada consistente en las existencias que de los mismos tenían en sus almacenes. La CFC determinó la existencia de una PMA, en virtud de que los convenios que establecen la obligación de no distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes evita la sana competencia y su consecuencia próxima es el desplazamiento de las empresas editoriales al cerrarles un canal alternativo de distribución.

iii. División horizontal de mercados

La intención detrás de una división de mercados es subir los precios en el mercado en que se ha obtenido la posición de monopolio.

Los agentes económicos coludidos pueden ponerse de acuerdo respecto a clientela, tiempos o espacios, territorios, y el fin es siempre el mismo: monopolizar

⁹⁴ Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, pp.51 y 52.

segmentos de mercado. Se otorgan el control a cada cartelista en su segmento respectivo.

Se supone que son más perjudiciales que la fijación de precios u oferta, porque además de esos efectos se elimina la variedad, calidad y se eliminan las opciones para los consumidores. Además “derivado del comportamiento estratégico de los agentes económicos que participan en el acuerdo, la repartición del mercado suele organizarse mediante el establecimiento de barreras a la entrada de nuevos competidores, o tienen por objeto o por efecto desplazar a los competidores presentes en el mercado relevante”⁹⁵.

En este tipo administrativo, se exige con mayor razón la determinación del mercado que se han dividido los cartelistas ya sea por ámbito espacial, clientelar, temporal o de cualquier otra índole. No hacerlo vulneraría las garantías de legalidad y certeza jurídica.

Los agentes económicos que operan a nivel internacional y que incurren en colusión, han manipulado la oferta y el precio, e incluso han llegado a dividirse los mercados hasta por países y regiones del mundo. En el capítulo II veremos algunos ejemplos.

Para ilustrar la conducta que tipifica esta fracción, comento que en el caso *Productora y Comercializadora de Televisión (PCTV)—Distribución y comercialización de señales de televisión por cable (2002)*. Los accionistas de PCTV eran personas físicas y morales quienes contaban con concesiones para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones en su modalidad de televisión por cable. Al interior de PCTV, estos concesionarios tomaron acuerdos para impedir la entrada de nuevos socios a PCTV que representaran competencia para ellos en aquellas localidades donde ya estaban instalados (había incentivos para querer ser accionista de PCTV, pues podía accederse a precios especiales de las señales que ésta comercializaba). Asimismo evitaron la

⁹⁵ Pereznieta Castro y Guerrero Serreau, *op. cit.*, p. 107.

competencia entre sí en localidades específicas (siendo competidores potenciales).

La CFC determinó que los accionistas de PCTV se estaban dividiendo, asignando e imponiendo porciones o segmentos del mercado de servicios de televisión restringida por cable mediante espacios determinados. Y como consecuencia se desincentivaban tanto a otros agentes económicos como a los accionistas de PCTV para que obtuvieran una concesión en aquellos lugares en donde ya operaba un socio de PCTV, o explotarla, en el caso de que ya tuvieran la concesión, de tal forma que se evitaba la competencia que entre ellos pudiese llegar a existir.

iv. Repartición de licitaciones y subastas

Ésta práctica puede implicar:

- (i) Acuerdo de precios y cantidades para repartirse las licitaciones y subastas, o la
- (ii) Abstención concertada a participar en ellas.

La racionalidad de la prohibición de estas prácticas es que “obstaculizan los objetivos gubernamentales de competencia y libre concurrencia, eficiencia y transparencia en las transacciones públicas”⁹⁶. Es quizá la conducta monopólica más grave, pues afecta a todos los contribuyentes por igual: el que paga un sobreprecio es el Estado, con recursos públicos, de todos los contribuyentes.

Este tipo menciona el término “posturas”, debemos entender “por postura (...) la propuesta a la que se refiere la Ley de Adquisiciones o las posturas en almonedas públicas, de acuerdo a los [Códigos de Procedimientos Civiles]”⁹⁷.

En estos casos, la prueba de que los coludidos son competidores puede flexibilizarse puesto que las referencias son las licitaciones mismas en que han

⁹⁶ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Informe anual de competencia económica 1997*, México CFC, 1997.

⁹⁷ Ginebra Serrabou, Xavier, *op. cit.*, p. 56.

participado los agentes económicos coludidos, aunque en el caso de abstención concertada a participar no podrá contarse con ese elemento, y la evidencia tendrá que fortalecerse con otros elementos de prueba.

A manera ilustrativa comento que en el caso *Baxter et al.* —Venta de medicamentos al *Instituto Mexicano del Seguro Social* (IO-03-2006), diversos laboratorios coordinaron sus posturas en las licitaciones públicas convocadas por el IMSS, con el efecto de eliminar la competencia entre ellas y obligar al Instituto a pagar precios artificialmente altos por los medicamentos que compró.

La cconspiración entre los laboratorios se había realizado de 2003 a 2006, para eliminar la competencia en las licitaciones de insulina humana (esencial para el tratamiento de la diabetes), así como en sueros inyectables (agua inyectable, cloruro de sodio, glucosa y solución Hartmann).

Los laboratorios se alternaban para ganar la licitación de los medicamentos que realizaba periódicamente el IMSS. La empresa que ganaba lo hacía con una cotización artificialmente alta, pero con la seguridad de que sus competidores presentarían precios aún más elevados.

d. La nulidad de los actos jurídicos constitutivos de prácticas monopólicas absolutas

De acuerdo con el artículo 9 *in fine* de la LFCE los actos jurídicos que sean instrumento para establecer la acción concertada no producen efectos jurídicos.

Esta provisión estaría de más, sin embargo viene a fortalecer lo establecido en el *Código Civil Federal* y en el del Distrito Federal. En realidad es complicado determinar cuál sería la legislación civil aplicable al acto, sin embargo ya establecido a nivel federal se estima que no habría duda de que un acuerdo entre competidores que tenga por objeto o efecto alguno de los ya estudiados, carece

de efectos legales. Ello implica que al no surtir efectos legales entre las partes no pueda reclamarse legalmente su cumplimiento⁹⁸.

Estos acuerdos son nulos *iuris et de iure*. “no producen efectos jurídicos entre las partes ni son oponibles a terceros (...) dichos convenios son tan ilegales como aquellos celebrados entre mafiosos dentro de su organización criminal”⁹⁹.

Pereznieto estima que el artículo 9 de la LFCE podría ser inconstitucional en virtud de que son los tribunales los únicos que pueden quitarle efectos jurídicos a un acto. Señala que incluso, los actos inexistentes están sujetos a la regla de la nulidad de actos jurídicos¹⁰⁰.

Sin embargo, estimo que para estos efectos lo importante es determinar cuál es el tipo de nulidad que provoca la transgresión a esta ley; y estimo que se trata de nulidad absoluta. La nulidad absoluta se actualiza cuando el acto transgrede una regla de orden público y puede ser invocada por cualquier interesado, no podría ser convalidado y la acción es imprescriptible. El *Código Civil Federal* lo establece en el artículo 8:

Artículo 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

e. Sanciones

El artículo 9 de la LFCE también establece que los agentes económicos que incurran en PMA se harán acreedores a las sanciones establecidas en tal ley. De acuerdo con el artículo 35 de la LFCE¹⁰¹, las sanciones para PMA son multas de hasta por el 10% de los ingresos del agente económico.

⁹⁸ Sin embargo existe el problema de cuando son acuerdos entre partes situadas en distintos países. En arbitrajes internacionales ya se ha estimado que sí pueden surtir efectos jurídicos los acuerdos en los que está en juego alguna violación de competencia económica. El argumento es que la confianza en el arbitraje comercial internacional se vería dañada. Es una postura de la judicatura de los Estados Unidos. Ver Gonzalez de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004.

⁹⁹ García Castillo, Tonatiuh, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰⁰ Pereznieto Castro, Leonel, *op. cit.*, p. 246.

¹⁰¹ Conforme a las reformas publicadas en el DOF mediante el decreto del 10 de mayo de 2011.

Se ha discutido en la práctica si la disuasión debe darse al imponer la multa o si ésta ya se encuentra implícita en los montos de las sanciones. La exposición de motivos de la LFCE señaló que

“en materia de sanciones se prevé que estas sean de tal magnitud que tengan un verdadero efecto disuasivo y minimice los incentivos a infringir la ley. (...) si bien las sanciones pecuniarias aquí propuestas son mayores a las establecidas por otros ordenamientos, esto es justificable en virtud de que las ganancias monetarias (...) son extremadamente altas, de manera que si la sanción pecuniaria fuera pequeña, no se aplacarían las tendencias a infringir la ley, mientras que el daño provocado a la sociedad puede ser enorme”¹⁰².

Es decir, la historia legislativa de esta ley demuestra la postura de que el factor disuasivo es el mismo monto de las multas. En la aplicación de las mismas debe normar la individualización de la sanción, conforme a los criterios establecidos por el artículo 36 de la LFCE¹⁰³.

Por otra parte, el artículo 9 *in fine* de la LFCE señala que la sanción administrativa existe “sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar”. Asimismo la CFC se encuentra facultada para interponer denuncias y querellas ante el Ministerio Público¹⁰⁴. El artículo 254 bis del Código Penal Federal ha quedado homologado con las tipificaciones de PMA previstas en la LFCE, y a partir del 10 de mayo de 2011 establece lo siguiente:

Artículo 254 bis. Se sancionará con prisión de tres a diez años y con mil a tres mil días de multa, a quien celebre, ordene o ejecute contratos, convenios o arreglos entre agentes económicos competidores, cuyo objeto sea cualquiera de los siguientes:

¹⁰² *Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica (1992)*, párrafo 54, consultable en Peredo Rivera, *op. cit.*, p. XXIX.

¹⁰³ **A. 36.** “La Comisión en la imposición de multas, deberá considerar la gravedad de la infracción, el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en los mercados, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración y la reincidencia o antecedentes del infractor, así como su capacidad económica”. *Ley Federal de Competencia Económica*, artículo 36, DOF 24 de diciembre de 1992, última reforma publicada DOF 10 de mayo de 2011. Fuente: CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, en *Leyes Federales Vigentes*, México, 2011, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/104.pdf>

¹⁰⁴ **A. 35.IX** “(...) Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que se incurra, para lo cual la Comisión deberá denunciar tal circunstancia al Ministerio Público”; **A. 24 [facultades de la CFC] IV.** “Resolver los casos de su competencia, sancionar administrativamente la violación de esta Ley, así como formular denuncias y en su caso querellas ante el Ministerio Público respecto de las probables conductas delictivas en materia de competencia y libre concurrencia de que tenga conocimiento”. *Ley Federal de Competencia Económica*, artículos 35, fracción IX, y 24, fracción IV, DOF 24 de diciembre de 1992, última reforma publicada DOF 10 de mayo de 2011. Fuente: CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, en *Leyes Federales Vigentes*, México, 2011, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/104.pdf>

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

- 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, o
- IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

El delito previsto en este artículo se perseguirá por querrela de la Comisión Federal de Competencia, la cual sólo podrá formularse cuando la autoridad competente haya determinado mediante resolución que haya causado estado, que un agente económico resultó responsable de haber cometido alguna práctica monopólica absoluta, en los términos de lo dispuesto en la Ley Federal de Competencia Económica.

No existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el artículo 33 bis 3 de la Ley Federal de Competencia Económica, previa resolución de la Comisión que determine que cumple con los términos establecidos en dicha disposición y las demás aplicables.

Los procesos seguidos por este delito se podrán sobreseer a petición del Pleno de la Comisión, cuando los procesados cumplan las sanciones administrativas impuestas y, además se cumplan los requisitos previstos en los criterios técnicos emitidos por la Comisión.

La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad a que se refiere el primer párrafo de este artículo.

Se ha señalado que es un avance que se castiguen criminalmente las PMA. El argumento es que las colusiones entre competidores constituyen un fraude pues simulan que existe un ambiente de competencia cuando en realidad se ha suprimido. Sin embargo existe el riesgo de que, de hacer una indebida valoración de una PMA, se meta en la cárcel a personas inocentes¹⁰⁵.

f. Programa de clemencia

El programa de clemencia es una herramienta para mejorar la aplicación de la legislación de competencia. Se trata de una política de cooperación con la autoridad, en la que el agente económico coludido que denuncia la existencia de

¹⁰⁵ Aunque, por supuesto este riesgo está presente en todo el Derecho criminal.

la PMA es recompensado con un premio por cooperar con la autoridad para detectar y sancionar a los infractores de la ley.

Lucía Ojeda define al programa de clemencia como “la oferta de disminución de la multa a aquel infractor que esté involucrado en la comisión de una PMA, lo confiese ante la autoridad, aporte elementos suficientes para sustentar la práctica y coopere en forma plena y continua en el procedimiento ante la CFC”¹⁰⁶.

Fueron las reformas a la LFCE en el 2006 y su RLFCE en 2007 las que introducen a nivel normativo este programa. Antes de 2006 se trataba de una política interna de la CFC, sin ningún sustento legal (con sus obvias implicaciones). La exposición de motivos de aquella reforma señaló:

“La LFCE no contempla la posibilidad de implementar programas de inmunidad, a pesar de que a nivel internacional éstos han mostrado ser un poderoso instrumento para prevenir y sancionar prácticas anticompetitivas, especialmente en el caso de cárteles. Los programas de inmunidad tienen como objetivo proteger a un agente económico que, pese a haber realizado una práctica monopólica absoluta, decide confesarla y colaborar con la autoridad en el procedimiento de una investigación mediante la aportación de elementos de convicción suficientes que tienden a comprobar la existencia de esa práctica y, al hacerlo, permite eliminarla y sancionar al resto de los agentes involucrados.

Las medidas de inmunidad tienen un efecto preventivo y uno correctivo. Por un lado, previenen la formación de cárteles, ya que los potenciales participantes conocen con anticipación que existen fuertes incentivos para colaborar con la autoridad. Por otro lado, introducen elementos que reducen la estabilidad del cártel cuando ya se formó. Esto es posible debido a que la inmunidad se aplica generalmente al primer participante y cada miembro conoce tanto la severidad de las sanciones como la posibilidad de que ellos u otros miembros las eviten o reduzcan si son los primeros en colaborar. En consecuencia, los programas de inmunidad facilitan a la autoridad comprobar la existencia del cártel.”

Se ha dicho que tiene como objetivo “desestabilizar los acuerdos colusivos y así descubrir las PMA que representan la violación más grave y perniciosa del derecho de la competencia en el ámbito internacional”¹⁰⁷; así como “contribuir al interés público en la supresión de PMA, detectando con mayor facilidad su comisión y tener una herramienta adicional para descubrirlas y sancionarlas en

¹⁰⁶ Ojeda Cárdenas, Lucía; “Nuevo programa de inmunidad de la CFC”, en: http://www.sai.com.mx/Docs/Programa_de_inmunidad_de_la_CFC.pdf, p. 8.

¹⁰⁷ Ojeda Cárdenas, Lucía, *op. cit.*, p. 9.

*La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con
alcance internacional*

beneficio de la sociedad mexicana”¹⁰⁸; y también “modificar el sistema de incentivos que enfrentan los participantes en los mercados y con ello, desincentivar la formación de carteles”¹⁰⁹.

En otras jurisdicciones este tipo de instrumentos tiene mucha relevancia y ha ayudado a que se detecten carteles y obtener evidencia para dismantelarlos¹¹⁰.

Es posible que muchas investigaciones por conductas colusorias con alcance internacional puedan derivar de información revelada por agentes económicos adheridos al programa de clemencia.

El a. 33 bis 3 de la LFCE, introducido en 2006 y reformado en 2011, establece:

Artículo 33 bis 3. Cualquier agente económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica monopólica absoluta; haya participado directamente en prácticas monopólicas absolutas en representación o por cuenta y orden de personas morales; y el agente económico o individuo que haya coadyuvado, propiciado, inducido o participado en la comisión de prácticas monopólicas absolutas, podrá reconocerla ante la Comisión y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones establecidas en esta Ley, siempre y cuando:

- I. Sea el primero, entre los agentes económicos o individuos involucrados en la conducta, en aportar elementos de convicción suficientes que obren en su poder y de los que pueda disponer y que a juicio de la Comisión permitan comprobar la existencia de la práctica
- II. Coopere en forma plena y continua con la Comisión en la sustanciación de la investigación que lleve a cabo y, en su caso, en el procedimiento seguido en forma de juicio,
- III. Realice las acciones necesarias para terminar su participación en la práctica violatoria de la Ley.

Cumplidos los requisitos anteriores, la Comisión dictará la resolución a que haya lugar e impondrá una multa mínima.

Los agentes económicos o individuos que no cumplan con lo establecido en la fracción I anterior, podrán obtener una reducción de la multa de hasta el 50, 30 ó 20 por ciento del máximo permitido, cuando aporten elementos de convicción en la investigación, adicionales a los que ya tenga la Comisión y cumplan con los demás requisitos previstos en este artículo. Para determinar el monto de la reducción la Comisión tomará en consideración el orden cronológico de presentación de la solicitud y de los elementos de convicción presentados.

Los individuos que hayan participado directamente en prácticas monopólicas absolutas, en representación o por cuenta y orden de los agentes económicos que reciban los beneficios

¹⁰⁸ *Guía de inmunidad*, p. 6.

¹⁰⁹ Estavillo Flores, María Elena, “Prevención y Corrección de prácticas monopólicas absolutas en el marco de las reformas a la Ley Federal de Competencia Económica”, *op. cit.*, p. 273.

¹¹⁰ Flores Bernés, Miguel, *op. cit.*, Cap. V, pp. 88 y ss.

de la reducción de sanciones, podrán verse beneficiados con la misma reducción en la sanción que a éstos correspondiere siempre y cuando aporten los elementos de convicción con los que cuenten, cooperen en forma plena y continua en la sustanciación de la investigación que se lleve a cabo y, en su caso, en el procedimiento seguido en forma de juicio, y realicen las acciones necesarias para terminar su participación en la práctica violatoria de la Ley.

La Comisión mantendrá con carácter confidencial la identidad del agente económico y los individuos que pretendan acogerse a los beneficios de este artículo.

El Reglamento de esta Ley establecerá el procedimiento conforme al cual deberá solicitarse y resolverse la aplicación del beneficio previsto en este artículo, así como para la reducción en el monto de la multa¹¹¹.

¹¹¹ *Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica*, artículos 43 y 44, DOF 12 de octubre de 2007. Fuente: CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, en Reglamentos de Leyes Federales Vigentes, México, 2011 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFCE.pdf. **A. 43.** El procedimiento para solicitar el beneficio de la reducción de sanciones, se tramitará conforme a las siguientes bases:

I. El interesado debe realizar su solicitud por medio de correo de voz al número telefónico y/o correo electrónico que la Comisión indique en su sitio de Internet, en el cual señalará su deseo de acogerse al beneficio, proporcionando los datos que considere convenientes para realizar el contacto personal con relación a su solicitud. La Comisión asignará un número de clave que identifique la solicitud presentada. Las comunicaciones que el interesado realice posteriormente se harán con su número de clave. Se entenderá como denuncia las solicitudes que sean tramitadas por medios distintos a los antes precisados;

II. Una vez recibido el mensaje por cualquiera de los medios indicados anteriormente, la Comisión deberá comunicarse con el interesado, dentro de los dos días siguientes, para información con que cuenta. En caso de no acudir, la Comisión al día siguiente cancelará la solicitud y la clave correspondiente. La Comisión debe atender solicitudes en orden de presentación y no debe evaluar alguna otra antes de haberse pronunciado sobre una anterior;

III. La Comisión, en un término de quince días, prorrogables, tiene la obligación de verificar la información proporcionada, la que debe ser suficiente para presumir la comisión de la práctica, y

IV. La Comisión debe comunicar al interesado si la información es suficiente, el orden cronológico de su petición y, en su caso, el porcentaje de reducción de la multa que resultare aplicable. Asimismo, deberá informar al interesado si la información no es suficiente y por tanto la Comisión debe cancelar la solicitud, la clave y devolver la información.

La información aportada bajo este procedimiento solo puede ser utilizada para la integración de la investigación y el desahogo del procedimiento administrativo previsto en el artículo 33 de la Ley.

A. 44. Los agentes económicos únicamente pueden acogerse a los beneficios previstos en el artículo 33 bis 3 de la Ley, hasta antes de la emisión del acuerdo de conclusión de la investigación a que se refiere el último párrafo del artículo 30 de la Ley.

Capítulo 2. La persecución de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

a. ¿Cuáles son las prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional?

Conviene desde este momento establecer que no pierdo de vista que “cartel” es el conjunto de empresas que practican la colusión (que cometen la PMA), mientras PMA es la conducta prohibida por la ley mexicana. No obstante, las referencias a los carteles internacionales son válidas para esta sección en virtud de que dicho término es el usado por las autoridades de competencia de todo el mundo¹¹² para referirse a las conductas horizontales restrictivas de la competencia. Adicionalmente, la bibliografía consultada para esta sección, se refiere a “carteles internacionales”.

En el contexto de la globalización y las transacciones económicas sin frontera, compañías que operan en los mercados internacionales pueden ponerse de acuerdo para restringir la competencia entre ellas. Los Estados nacionales enfrentan múltiples dificultades para combatir estas prácticas, en las que por lo general participan firmas de diferentes nacionalidades. Si bien estas conductas pueden impactar mercados mundiales, también es cierto que tales mercados se encuentran integrados por territorios de diferentes países, es decir, por múltiples mercados geográficos, en cada uno de los cuales existen consumidores afectados por estas prácticas.

Una autor ha señalado que:

“Los mismos incentivos perversos que actúan en los mercados nacionales para la colusión de los competidores, actúan en combinación con otros que aparecen cuando los competidores actúan en un mercado global, pero enfrentan autoridades de competencia locales: (...) una vez detectado algún cartel internacional, la obtención de la evidencia es sumamente complicada, pues muchas veces es necesario buscarla en sitios que se encuentran fuera de la jurisdicción de la

¹¹² *International Competition Network*. (ICN). www.icn.org La ICN es una entidad internacional que reúne autoridades de competencia de gran número de naciones.

autoridad investigadora (...) en caso de colusiones internacionales la ganancia de los carteles se obtiene de múltiples mercados geográficos (...)"¹¹³

Las PMA con alcance internacional son aquellas conductas en las que intervienen agentes económicos de dos o más países, y tal calificativo de internacional se refiere a la participación de firmas de diversas nacionalidades¹¹⁴ y el alcance transnacional del acuerdo.

Como ya lo señalé, los agentes económicos que cometen estas prácticas forman un grupo denominado cartel. Se ha hablado de “carteles globales” cuando las conductas colusivas surten efecto a lo largo de 2 o 3 de los continentes más industrializados¹¹⁵.

Pero hay 3 tipos de carteles internacionales¹¹⁶:

- Tipo 1. Son los llamados *hard core cartels*, en los que participan firmas privadas de por lo menos dos países, y que cooperan para fijar precios o asignar cuotas en los mercados mundiales, y que lo hacen sin la protección de una soberanía. También se han llamado *prívate international cartels*.
- Tipo 2. Son los *prívate export cartels*, es decir carteles de exportación, en los que firmas privadas de un país están en posición de fijar precios en, o asignarse, los mercados de exportación, pero nada de ello en su mercado local. Por los menos en México¹¹⁷ y EUA, estos carteles de exportación se encuentran sujetos a fuertes regulaciones.

¹¹³ Estavillo Flores, María Elena; *La prevención de colusiones*, op. cit., p. 63 y 64.

¹¹⁴ Levenstein, Margaret y Suslow, Valerie, “International Cartels”, en *Issues in competition law and policy* 1107, ABA Section of Antitrust Law, 2008, pp. 107 y ss.

¹¹⁵ Connor, John M., “Global antitrust prosecutions of Modern International Cartels”, *Journal of Industry, Competition and Trade*, 4:3 239-267 (2004), Netherlands, Kluwer Academic Publishers, p. 240 y 241.

¹¹⁶ Evenett, Simon J.; Levenstein, Margaret C.; y Suslow, Valerie Y., “International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s” *Economics Department Working Paper Series*, paper 89, Economics Department Working Paper Series, University of Massachusetts, 2001. p. 3.

¹¹⁷ Artículo 6 de la LFCE: “No constituyen monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas que vendan directamente sus productos en el extranjero, siempre que: **I.** Dichos productos sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o no sean artículos de primera necesidad; **II.** Sus ventas o distribución no se realicen dentro del territorio nacional; **III.** La membresía sea voluntaria y se permita la libre entrada y salida de sus miembros; **IV.** No otorguen o distribuyan permisos o autorizaciones cuya expedición corresponda a dependencias o entidades de la administración pública federal, y **V.** Estén autorizadas en cada caso para constituirse por la legislatura correspondiente a su domicilio social. Los agentes económicos referidos en este artículo estarán sujetos a lo dispuesto en esta Ley respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos dentro de la protección que señala el artículo 28 constitucional.”, *Ley Federal de Competencia Económica*, artículo 6, DOF 24 de diciembre de 1992, última reforma publicada DOF 10 de mayo de 2011. Fuente: CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, en Leyes Federales

- Tipo 3. Son los carteles de exportación controlados por Estados¹¹⁸.

De acuerdo con esta tipología, los que más preocupan son los carteles tipo 1, también llamados carteles internacionales privados; son éstos los relevantes para efectos de esta tesis. Es decir, **aquellas PMA en las que intervienen firmas privadas de al menos dos países son a las que aplican las consideraciones de este capítulo y los siguientes de esta tesis.**

Los otros dos tipos (2 y 3) tienen dificultades jurídicas que se constituyen como barreras para su persecución. Mientras los carteles del tipo 2 suele estar fuertemente regulados y generalmente podrían provocar efectos en los mercados de exportación, los países de origen no tienen incentivos para perseguirlos aunque esto es relativo en la medida en que existan disposiciones de acuerdos entre Estados para la aplicación de sus leyes de competencia. Y con respecto al tipo 3, son los propios Estados quienes organizan esos carteles¹¹⁹.

Los carteles internacionales son bastante más frecuentes de lo que puede parecer. En 2002, la OCDE realizó un estudio sobre 119 casos de cárteles que se habían juzgado en sus países miembros entre 1996 y el año 2000. De acuerdo con este estudio, “el monto de comercio afectado por estos cárteles representó más de 55 mil millones de dólares a escala mundial. Tal estudio reporta que hay una varianza importante en el aumento de precios entre los diferentes cárteles, pero en algunos casos el aumento puede ser muy grande, hasta un 50% o más. La OCDE estima que sólo uno de seis o siete cárteles privados es descubierto y sancionado. En promedio, cárteles privados cobran precios excesivos que ascienden a un 10% del comercio de sus productos y causan un daño total de 20% del comercio afectado”¹²⁰.

Vigentes, México, 2011, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/104.pdf>. Y en EUA bajo la *Webb-Pomerene Act*.

¹¹⁸ El ejemplo clásico es el cartel de la Organización de Países Exportadores de Petróleo.

¹¹⁹ Estos carteles no son pueden ser perseguidos por las autoridades de competencia en virtud de la inmunidad otorgada por la doctrina del *act of State* y la doctrina del acto soberano.

¹²⁰ Ávalos, Marcos, “Dimensión Internacional de la Política de Competencia: El Caso de Fusiones y Formación de Cárteles”, Workpaper de la EGAP-ITESM,

Por ejemplo, en los Estados Unidos, se calcula que cerca de dos quintas partes de las multas aplicadas por el DOJ de los EUA por fijaciones de precio, en el periodo 1994-2005, fueron a firmas no estadounidenses. De 1995 a 2004 el gobierno de los EUA había enviado a más de 30 ejecutivos a prisión por fijación de precios, y una alta proporción no eran ciudadanos estadounidenses. La mayoría de las firmas que forman carteles internacionales son de EUA, Alemania, Corea del Sur, Japón, Francia y Reino Unido¹²¹.

Ahora bien, es muy importante determinar desde ahora que el vehículo a través del cual estas conductas desparraman sus efectos en los mercados que afectan, es el comercio internacional. Por ello, se vuelve importante hablar de las importaciones y exportaciones para efectos de hacer las determinaciones legales, porque se vuelven fundamentales para la identificación de la procedencia de los productos sujetos a la PMA. Sobre este tema me explico en el Capítulo 3. Baste por ahora señalar la importancia de las operaciones de comercio internacional en relación con las PMA con alcance internacional.

b. La jurisdicción sobre prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

En esta sección abordo lo relativo a la jurisdicción de un Estado sobre las PMA con alcance internacional. Dicha jurisdicción debe ser enmarcada bajo los principios del Derecho Internacional Público.

En este sentido resulta fundamental hacer referencia al *ius puniendi* de un Estado, entendido como la facultad de un Estado para sancionar¹²². El *ius puniendi* es consecuencia a su vez de los principios de soberanía e igualdad entre los Estados de la comunidad internacional.

http://www.itesm.mx/egap/que_es_egap/inv_pub/egap_ec_04_07.pdf. El estudio de la OCDE referido es: *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OECD Publishing, 2002.

¹²¹ Connor, John M., 'Global antitrust prosecutions of Modern International Cartels', *Op. cit.*, p. 259.

¹²² Ambos, Kai; "Los fundamentos del *ius puniendi* internacional; en particular su aplicación extraterritorial"; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XL, N. 119, mayo agosto 2007, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, p. 267-293.

La soberanía¹²³ y la igualdad de los Estados es el principio más básico del Derecho Internacional Público, y el corolario principal de este principio es¹²⁴:

- (i) Jurisdicción, *prima facie*, exclusiva, sobre un territorio y su población permanente,
- (ii) Un deber de no intervención en el área de jurisdicción exclusiva de otros Estados, y
- (iii) La dependencia de obligaciones que surgen del derecho consuetudinario y tratados con consentimiento del obligado.

La jurisdicción, como consecuencia de la soberanía y como ejercicio del *ius puniendi* “se refiere a aspectos de la competencia judicial, legislativa y administrativa. (...) al menos como presunción, la jurisdicción es territorial”¹²⁵. Este principio de territorialidad¹²⁶ es de aceptación universal y se refiere al ejercicio de la jurisdicción sobre un ilícito cometido en el territorio, o incluso cuando algún elemento del ilícito se encuentre en el territorio. Pero no es absoluto¹²⁷.

El principio general entonces, es que los Estados no pueden tomar medidas en el territorio de otros Estados aplicando sus leyes nacionales sin el consentimiento de otro Estado (i.e. vía tratado). Esto significa que, *prima facie*, con arreglo al principio de territorialidad, tanto la naturaleza del acto como su licitud o ilicitud deben ser determinadas por las leyes del país en el que tienen lugar, lo que implica, otra vez *prima facie*, que están fuera de alcance de un Estado aquellos actos que se han cometido fuera su territorio. Pero “en el campo de la regulación

¹²³ “En las relaciones entre los Estados hay una coexistencia de soberanías. La soberanía implica un dominio reservado para que el Estado pueda emitir actos legales válidamente y sin la intervención de ningún otro. Es también en atención a este principio de soberanía que el Estado contrae obligaciones frente a otros Estados. En general, soberanía caracteriza poderes y privilegios que descansan en el derecho consuetudinario e independientemente del consentimiento particular de otro Estado”. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Fifth ed., Oxford, 2002, pp. 291 y 292.

¹²⁴ Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 289.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 301.

¹²⁶ Existen desde luego, otros principios en los cuales basar y de los cuales derivar la jurisdicción sobre personas, propiedad o actos tales como nacionalidad, personalidad pasiva, el principio de protección y/o seguridad, jurisdicción universal, crímenes bajo el Derecho Internacional. Estos son propios del Estudio del Derecho Internacional Público.

¹²⁷ Brownlie, Ian, *op. cit.*, p. 304.

económica, especialmente la de competencia económica, se ha desarrollado la teoría de los efectos”¹²⁸. Pasemos inmediatamente a ella.

i. La teoría de los efectos

Brownlie ha señalado que:

“la jurisdicción civil, criminal, fiscal y monetaria no son la base significativa de distinción en cuanto a las limitaciones de la jurisdicción extraterritorial (...) el ejercicio de jurisdicción civil respecto de extranjeros presenta esencialmente el mismo problema que el ejercicio de la jurisdicción criminal sobre ellos”¹²⁹.

Esto significa que las infracciones al Derecho de la Competencia cometidas fuera del territorio del Estado implican la misma dificultad para fijar la jurisdicción sobre ellos, que los ilícitos penales. Y al no ser absoluto el principio de la territorialidad, se ha desarrollado la teoría de los efectos, con arreglo a la cual, Tribunales estadounidenses y europeos han justificado su jurisdicción con respecto a conductas perpetradas fuera de su territorio, pero cuyos efectos se han verificado en sus mercados domésticos.

Bajo la teoría de los efectos, la potestad sancionadora (*ius puniendi*) del Estado puede ejercerse si el ilícito tiene un resultado en el Estado que pretende sancionar. De acuerdo con la teoría de los efectos, “un Estado puede prohibir las prácticas restrictivas de la competencia por partes ubicadas en el exterior, siempre y cuando dichas prácticas causen efectos anticompetitivos en su territorio”¹³⁰. Este principio de los efectos puede entenderse de acuerdo con la doctrina, como un sub-caso del principio de territorialidad y en los hechos implica la aplicación extraterritorial de la ley de un Estado. Sin embargo, este principio es hoy reconocido por el Derecho Internacional. El DOJ de los EUA han señalado que:

“en donde las transacciones económicas no tienen fronteras, el reconocimiento internacional de la doctrina de los efectos para establecer la jurisdicción se ha generalizado. Estados Unidos, Europa, y las leyes locales sobre el control de

¹²⁸ *Ibidem*, 310.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 313.

¹³⁰ Ibarra Pardo, Gabriel; “El Derecho de la Competencia en las relaciones comerciales internacionales” en *Revista de Derecho de la Competencia*, Bogotá (Colombia), vol. 2, n. 2 153:215, enero diciembre 2006, p. 156.

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

concentraciones de Canadá, Alemania, Francia, Australia y la República Checa entre otros, tienen un enfoque de efectos¹³¹.

El *Restatement of the Law, Third, Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*¹³² señala que un Estado tiene jurisdicción para prescribir una regla jurídica imputando consecuencias legales a una conducta que ocurre fuera de su territorio y que causa efectos dentro de este, si:

- (a) la conducta y su efecto son generalmente reconocidos como elementos constitutivos de un delito o de un acto ilícito bajo las leyes de los Estados que cuentan con sistemas jurídicos razonablemente desarrollados, o
- (b) la conducta y su efecto son elementos constitutivos de una actividad a la cual se le aplica la regla en cuestión, el efecto dentro del territorio es sustancial, tiene lugar como resultado directo o predecible de la conducta fuera del territorio, y la regla no es inconsistente con los principios de justicia generalmente aceptados por los Estados que cuentan con sistemas jurídicos razonablemente desarrollados.

La teoría de los efectos en los Estados Unidos de América

La doctrina de los efectos surgió en los EUA, y se encuentra restringida a los acuerdos celebrados que tengan la intención de producir efectos y de hecho los produzcan en los EUA.

La sección 3.1 *Jurisdiction* de los *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995) del DOJ y la FTC de los EUA señalan:

“justo como los actos de los ciudadanos de los EUA en una nación extranjera, se encuentran, en general, sujetos al derecho del lugar en donde ocurren, los actos de los ciudadanos extranjeros en los EUA, en general, están sujetos al Derecho de los EUA. El alcance de las leyes de competencia de los EUA no está limitado sin embargo, a las conductas y transacciones que ocurren al interior de las fronteras de los EUA. Las conductas anticompetitivas que afectan el comercio doméstico o exterior de los EUA, pueden violar las leyes de competencia de los EUA

¹³¹ Cfr. DEPARTMENT OF JUSTICE and FEDERAL TRADE COMMISSION, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), nota al pie 51. Disponibles en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>

¹³² Cfr. Artículo 18. Este documento se trata de una compilación e interpretación del *American Law Institute*, una institución privada, pero muy prestigiada en los EUA.

independientemente de dónde ocurra dicha conducta o la nacionalidad de las partes involucradas.”¹³³

*US v. Alcoa*¹³⁴ fue el primer caso en donde se adoptó la prueba de los efectos. En este caso *Alcoa* se había coludido con varias firmas canadienses, y se señaló que los acuerdos que se celebran en el extranjero pueden violar la *Sherman Act* “si tienen intención de afectar las importaciones y de hecho las afectan”. Este estándar de los efectos se ha ido convirtiendo en una parte aceptada de las leyes de los EUA¹³⁵. En *Hartford Fire Insurance Co. v. California*¹³⁶ se señaló que “ya ha quedado bien establecido que la ley Sherman aplica a la conducta en el extranjero, la cual haya tenido como propósito producir y de hecho haya producido un efecto sustancial en los EUA”. Y en *US v. Nippon Paper Industries Co*¹³⁷ se estableció claramente que dicho alcance de la *Sherman Act* aplica para la vía civil y para la penal.

En 1982 se intentó aclarar el alcance de la *Sherman Act*, y se emitió la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, que estableció que la *Sherman Act*¹³⁸ aplicaría a las operaciones de comercio exterior siempre que:

1. Dichas conductas tuviesen un efecto directo, sustancial y razonablemente previsible:
 - (a) en el comercio interno o de importación, o
 - (b) en el comercio de exportación de una persona que se dedique al señalado comercio en EUA, y
2. de dicho efecto se derive una demanda bajo la *Sherman Act*¹³⁹

¹³³ La referencia en inglés es: “Just as the acts of U.S. citizens in a foreign nation ordinarily are subject to the law of the country in which they occur, the acts of foreign citizens in the United States ordinarily are subject to U.S. law. The reach of the U.S. antitrust laws is not limited, however, to conduct and transactions that occur within the boundaries of the United States. Anticompetitive conduct that affects U.S. domestic or foreign commerce may violate the U.S. antitrust laws regardless of where such conduct occurs or the nationality of the parties involved.”

¹³⁴ *United States v. Alcoa* 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

¹³⁵ Gellhorn E., Kovacic W.E., y Calkins S.; *Derecho y economía de la competencia*, tr. Elena de la Rosa, México, USAID-CFC, 2008, p. 490.

¹³⁶ *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993).

¹³⁷ *US v. Nippon Paper Industries Co.* 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

¹³⁸ La sección 1 de la *Sherman Act* establece la prohibición *antitrust* básica contra “contratos, combinaciones o conspiraciones “que restrinjan el comercio entre varios estados o con naciones extranjeras”.

¹³⁹ El artículo de dicho cuerpo legal es: “Sherman Act shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or commerce) with foreign nations unless

*La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con
alcance internacional*

Esa misma disposición establece que cuando la *Sherman Act* aplique a una conducta únicamente debido a exportaciones “sólo aplicará por perjuicio al negocio de las exportaciones en los EUA”.

De tal forma que bajo esta ley quedó bien definido que las operaciones de comercio exterior estarían sujetas claramente a las leyes antimonopolio de los EUA si satisfacían el estándar de efecto directo, sustancial y razonablemente previsible. Las importaciones son sometidas a la prueba de los efectos conforme *Alcoa/Hartford Fire* y se requiere que un efecto doméstico viole disposiciones sustantivas de la *Sherman Act* ¹⁴⁰ (que el efecto sea pernicioso).

Resulta claro que la valoración y dotación de significación concreta de este estándar (efecto directo, sustancial y razonablemente previsible) deberá determinarse casuísticamente, es decir, se trata de una determinación de hechos por parte del juzgador o autoridad administrativa, a la luz de las circunstancias particulares del caso concreto, tal como señalan los *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995) del DOJ.

En otros casos, los EUA han adoptado un principio de ponderación de los intereses nacionales involucrados con miras a minimizar los aspectos más delicados de la doctrina de los efectos. La doctrina del respeto mutuo en las relaciones internacionales es un factor que también debe tomarse en cuenta para determinar si se aplican las leyes antimonopolio extraterritorialmente, cuando al hacerlo pueda ser perjudicial para las relaciones entre los EUA y los gobiernos extranjeros. Sin embargo, los *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* sugieren que la aplicación de las normas antimonopolio tienen un

-
1. such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect:
 - A. on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or
 - B. on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States;
 2. such effect gives rise to a claim under the provisions of [the Sherman Act], other than this section.”

¹⁴⁰ Los casos de exportación son preocupantes para los *Guidelines*, si el producto concertado en EUA se exporta para producir un producto en el exterior, que finalmente regresará para su venta en los EUA. Gelhorn y Kovacic, *op. cit.*, 491. La *Wilson Tariff Act* también castiga los acuerdos entre importadores que pretendan y de hecho introduzcan y que pretendan restringir el comercio o incrementar el precio en los EUA de los artículos importados (cartel de importadores).

mayor peso que las preocupaciones de política exterior y que los tribunales no deben cuestionar esta decisión¹⁴¹.

Con respecto a importaciones a EUA, éstas, por definición afectan el mercado doméstico directamente, y por ello invariablemente satisfacen la intención requerida por *Hartford Fire*. Insisto, si de hecho producen el requisito de efectos sustanciales, dependerá de los hechos de cada caso¹⁴². Con respecto a exportaciones debería demostrarse que están provocando en los EUA el efecto directo, sustancial y razonablemente previsible, aunque los carteles de exportación se encuentran sujetos a una fuerte regulación en EUA¹⁴³.

Las preocupaciones de los *Guidelines* incluyen una situación como la siguiente: productores en cierto país extranjero conciertan para impedir la entrada de un productor estadounidense a ese mercado. La cuestión de si los efectos de la falta de entrada al mercado extranjero se verificarían en EUA y si calificarían como “sustanciales” (porque tienen un efecto directo y razonablemente previsible en el comercio de exportación de los EUA, pues el objetivo del acuerdo restrictivo es el exportador de EUA) dependerá del poder conjunto de estos cartelistas en el mercado extranjero para efectos jurisdiccionales. Pero existe la posibilidad de asumir jurisdicción sobre agentes económicos que perpetren una conducta de este tipo en el extranjero. Este tipo de situaciones le han provocado fricciones a las autoridades de los EUA con sus respectivas de otras latitudes.

El test de “implementación” y los efectos “apreciables” en Europa

La legislación europea también está basada en principios similares a los adoptados en los EUA¹⁴⁴, y la jurisprudencia así como las Directrices y comunicaciones de la Comisión Europea nos ofrecen más luz que el Derecho estadounidense. En Europa la doctrina de los efectos se ha derivado del principio de territorialidad. En el contexto de las importaciones, el “test de implementación”

¹⁴¹ Sec. 3.2 *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (1995)* y Gelhorn y Kovacic, *op. cit.*, 492.

¹⁴² Sec. 3.11 “Jurisdiction over conduct involving import commerce” *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (1995)*.

¹⁴³ Conforme a la *Webb-Pomerene Act*.

¹⁴⁴ Brownlie, *op. cit.*, p. 311.

adoptado por el Tribunal Europeo produce el mismo resultado que el test de los efectos empleado en EUA.

En términos generales, puede afirmarse que la infracción de un principio fundamental, como lo es una competencia libre y exenta de distorsiones, en el territorio de la Unión, mediante una conducta restrictiva, es considerada como base suficiente para ejercer la jurisdicción. Cualquier conducta cometida en el exterior de la Unión, pero que tenga efectos en su territorio es susceptible de verse atraída por la jurisdicción de la Comisión Europea. Incluso un acuerdo que impida a empresas de países terceros devenir suministradores o competidores en el territorio de la Unión¹⁴⁵. No importa incluso, el hecho de que todos los agentes económicos involucrados estén situados fuera del territorio de la Unión, siempre que el acuerdo cumpla el requisito de que produzca sus efectos dentro del territorio de la Unión¹⁴⁶. Hay varios casos que ilustran esta situación.

En *Beguelin Import v. CGL Import Export*¹⁴⁷ (1972) el ese entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sostuvo que el hecho de que una de las empresas involucradas en el acuerdo colusivo estuviese situada en un Estado tercero (no miembro de las Comunidad Económica Europea [CEE]) no impedía la aplicación de la normatividad europea antimonopolio, ello en virtud de que el acuerdo se hacía “operativo” en territorio de la CEE.

En *Aluminio del Este* (1985), el Tribunal confirmó la asunción de jurisdicción sobre una conducta cometida en el exterior en base que “no [hay] regla prohibitiva del Derecho Internacional que impida la aplicación del Derecho Comunitario [a los demandados]”¹⁴⁸.

Pero el caso líder es *Alhstrom et. al. v. Commission*¹⁴⁹ (1993), también conocido como el caso *Wood pulp* (pasta de papel), en donde el Tribunal clarificó la

¹⁴⁵ Bellamy Christopher and Graham, Child; *Common Market Law of Competition*, Sweet and Maxwell, UK, 4 edition, 1994, p155.

¹⁴⁶ Bellamy, op. cit. p. 156.

¹⁴⁷ *Beguelin Import v. GL Import-Export*, Case 22/71 ECR 949, [1972] CMLR 81.

¹⁴⁸ *Aluminum Imports from Eastern Europe*, OJ 1985, L92/37.

¹⁴⁹ *Alhstrom Osakeyhtio v. Commission*, Case 89/85 (1993), 3 C.M.L.R. 474.

cuestión y adoptó la doctrina de la implementación. La comisión Europea había sancionado a varias empresas, todas estaban fuera de territorio de la entonces CEE. Estas empresas efectuaban sus ventas a compradores ubicados en la CEE, y la competencia a la que estaban sometidos (o que restringían) era la interior del mercado común.

El TJCEE consideró aplicable el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCCEE) con fundamento en el principio de territorialidad, en base a que los acuerdos sobre precios pactados fuera de Europa se *implementaron* dentro del territorio, cobrando así un efecto.

El TJCEE distinguió entre la formación de la colusión y su ejecución. Rechazó que la aplicación de la norma dependiera del lugar de formación de la colusión porque entonces resultaría fácil que las empresas pudieran así, sustraerse de la aplicación de la norma. Lo determinante, señaló el tribunal, es el lugar donde se ejecuta la colusión, prescindiendo de si se hace a través de filiales, sucursales o agentes; el factor decisivo, estableció, lo constituía el lugar en donde el acuerdo colusivo había sido implementado¹⁵⁰. Esta doctrina de la implementación requiere de la venta de productos a adquirentes en la Unión Europea.

Se concluyó que la jurisdicción provenía del principio de territorialidad, con base en el lugar de ejecución o implementación, es decir, el lugar del resultado¹⁵¹, y que al aplicar el TCCEE no infringía el Derecho Internacional Público, antes bien, era compatible con él. El Tribunal también sostuvo que el TCCEE se aplicaba

“a las prácticas restrictivas que podrían afectar el comercio entre Estados miembros incluso si las empresas o asociaciones involucradas en las prácticas restrictivas estuviesen establecidas o tuviesen sus oficinas principales fuera de la CEE, incluso si las prácticas restrictivas en cuestión afectasen también a los mercados situados fuera de la CEE. (...) todos los destinatarios de esta decisión estaban exportando directamente o haciendo negocios dentro de la comunidad durante el periodo de la infracción... el efecto de los acuerdos y prácticas dentro de la comunidad...era no solo sustancial sino intencionado, y era el resultado primario y directo de los acuerdos y prácticas”.

¹⁵⁰ Textualmente se sostuvo: “the decisive factor is...the place where is implemented”.

¹⁵¹ Ambos Kai; *op. cit.*, p. 269.

Con respecto a los efectos, los primeros desarrollos de la jurisprudencia europea hicieron referencia a que dichos efectos debían ser “apreciables”, aunque posteriormente se ha usado el término “sustanciales”, incluso una Comunicación de la Comisión Europea de la que hablo más adelante, se refiere a efectos “sensibles”.

En *Völk v. Vervaecke*¹⁵² (1969) el TJCE estableció que un acuerdo escapaba a la prohibición del artículo 85 del TCCEE cuando no afectase mas que de “manera insignificante”, teniendo en cuenta la débil posición que ocuparan los involucrados en el mercado afectado. En *Beguelin Import v. CGL Import Export*¹⁵³, el TJCEE estableció que, para quedar incluido en la prohibición el acuerdo escrutado debía afectar al comercio entre [Estados miembros] y el libre juego de la competencia en una “medida apreciable”.

En *Gencor Ltd v. Commission*¹⁵⁴ (1999), el Tribunal de Primera Instancia señaló que la doctrina de la implementación se justifica cuando resulta previsible que el acto tenga efectos inmediatos y sustanciales en la Unión Europea.

Bellamy y Graham¹⁵⁵ señalan que la falta de un efecto apreciable puede deberse a (i) la poca incidencia de las partes en el mercado o (ii) a otras razones, tales como restricciones significativas que inciden sobre precios, cantidades absolutas y relativas, tamaño de la empresa, etc.. En todo caso señalan estos autores, se trata de una cuestión de hecho que debe determinarse caso por caso¹⁵⁶. Por ejemplo, en *Völk v. Vervaecke*, los productos relevantes sujetos al acuerdo colusivo sólo representaban entre el 0.2% y el 0.5% de la producción en Alemania [territorio relevante para el caso] por lo que el TJCEE rechazó sancionar a las empresas; pero en *Miller v. Commission*¹⁵⁷ los productos sujetos al acuerdo colusivo representaban sólo un 5% del mercado y se consideró que “no era poco

¹⁵² *Völk v. Vervaecke*, Case 5/69 (1969), ECR 295.

¹⁵³ Ver nota 156.

¹⁵⁴ *Gencor Ltd v. Commission*, Case 02/96 (1999) 4 CMLR 971.

¹⁵⁵ Bellamy, op. cit., p. 163.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ *Miller v. Commission*, case 19/77 (1978), ECR 131.

relevante". En *Pioneer v. Commission*¹⁵⁸ las cuotas de mercado eran del 7-10% en Francia, 8-9% en Reino Unido y sólo del 2% en Alemania, de ciertos componentes electrónicos importados sujetos al acuerdo colusivo, con tales cuotas de mercado se estableció que la conducta tenía efectos apreciables. En *Ciments et Betons v. Kerpen & Kerpen*¹⁵⁹, se dijo que el 10% de exportaciones anuales de cemento francés a Alemania afectaban "apreciablemente" el comercio.

El caso *Miller* vino a establecer la medida a aplicarse para evaluar si el efecto era apreciable o no, entonces se consideró que por encima de un 5% habría efecto apreciable en el comercio, y por debajo se estaba ante una situación menor que no merecía la aplicación del artículo 85 del TCCEE. Esta situación derivó en la aplicación del principio *de minimis non curat lex*¹⁶⁰, que implica que el efecto tiene que ser "apreciable", y esto tiene gran importancia en el derecho comunitario¹⁶¹.

El requisito de apreciabilidad o sustancialidad de los efectos, implica atender (1) el tamaño de los agentes económicos involucrados, y (2) su cuota de mercado¹⁶², de allí la importancia de un análisis económico más detallado de la conducta y del mercado que afecta. Es necesario señalar también que en Europa les preocupan los efectos potenciales, sin embargo en cada caso debe hacerse un análisis cuidadoso de los efectos probables o previsibles del acuerdo¹⁶³.

La Comisión Europea en diversas notas interpretativas estableció su posición con respecto a lo que debía entenderse por efecto en el comercio y por el principio *de minimis*. Actualmente se encuentran en vigor las *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*¹⁶⁴ (Directrices) y la *Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de*

¹⁵⁸ *Pioneer v. Commission*, Cases 100-103/80 (1983) ECR 595.

¹⁵⁹ *Ciments et Betons v. Kerpen & Kerpen*, case 319/82 (1983), ECR 4173.

¹⁶⁰ Las cuestiones menores no interesan a la ley.

¹⁶¹ Bellamy, op. cit., p 108.

¹⁶² Ibidem, p.139.

¹⁶³ Bellamy, op. cit., p.157.

¹⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Diario Oficial n° C 101 de 27/04/2004 p. 0081 – 0096* en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427%2806%29:ES:HTML>

minimis)¹⁶⁵ (Guía de *minimis*) (estos instrumentos no son vinculantes para Tribunales).

El numeral 15 de las Directrices establece que carece de importancia que la participación de una determinada empresa en el acuerdo produzca o no un efecto apreciable en el comercio, y que una empresa no puede sustraerse a la aplicación del Derecho comunitario por el mero hecho de que su propia contribución a un acuerdo, que por sí mismo puede afectar al comercio entre Estados miembros, sea insignificante. Es decir se valora la afectación del acuerdo en general, y no por participante.

Con respecto a efectos, hay modelo de análisis (desarrollado por el TJCE) en función de si el acuerdo o práctica afecta o no a la estructura de la competencia. Dicho modelo está construido por los siguientes elementos:

- (a) un grado suficiente de probabilidad con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho,
- (b) un efecto en las corrientes comerciales entre Estados miembros, y
- (c) un efecto directo o indirecto, real o potencial en las corrientes comerciales.

Pero son especialmente reveladoras estas Directrices al abundar sobre la significación de **efectos directos, indirectos, reales y potenciales**, y me parece se sumo interés transcribir textualmente lo que señalan al respecto:

“37. Los **efectos directos** sobre el comercio entre Estados miembros suelen producirse en relación con los productos cubiertos por un acuerdo o una práctica. Cuando, por ejemplo, los fabricantes de un determinado producto en diversos Estados miembros acuerdan repartirse los mercados, se producen efectos directos sobre el comercio entre Estados miembros en el mercado de los productos en cuestión. Otro ejemplo de efecto directo se presenta cuando un proveedor limita los descuentos a los distribuidores a los productos vendidos en el Estado miembro donde están establecidos los distribuidores. Estas prácticas incrementan el precio

¹⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Diario Oficial* n° C 368 de 22/12/2001 p. 0013 – 0015 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001XC1222%2803%29:ES:HTML>

relativo de los productos destinados a las exportaciones, lo que hace que las ventas de exportación sean menos atractivas y menos competitivas.

38. Los **efectos indirectos** suelen ocurrir en relación con los productos vinculados con productos cubiertos por un acuerdo o práctica. Pueden producirse efectos indirectos, por ejemplo, cuando un acuerdo o práctica tiene un impacto en las actividades económicas transfronterizas de las empresas que utilizan o se basan en los productos cubiertos por el acuerdo o práctica. Tales efectos pueden, por ejemplo, surgir cuando el acuerdo o práctica se refiere a un producto intermedio que no se comercia, pero que se utiliza en el suministro de un producto final que sí se comercia. El Tribunal de Justicia ha manifestado que el comercio entre Estados miembros podía verse afectado en el caso de un acuerdo de fijación de los precios de los aguardientes utilizados en la producción de coñac. Aunque la materia prima no se exportaba, el producto final - el coñac - sí. En estos casos es pues aplicable el Derecho comunitario de competencia si el comercio del producto final puede verse afectado de forma significativa.

39. Los **efectos indirectos** sobre el comercio entre Estados miembros también pueden producirse en relación con los productos cubiertos por el acuerdo o la práctica. Por ejemplo, los acuerdos por los que un fabricante limita la garantía a los productos vendidos por los distribuidores en su Estado miembro de establecimiento disuaden a los consumidores de otros Estados miembros de comprar los productos debido a que no podrían hacer valer la garantía. La exportación por parte de los distribuidores oficiales y los comerciantes paralelos se ve dificultada porque a los ojos de los consumidores los productos son menos interesantes si carecen de la garantía del fabricante.

40. Los **efectos reales** sobre el comercio entre Estados miembros son los producidos por el acuerdo o práctica una vez que se pone en práctica. Por ejemplo, un acuerdo entre un proveedor y un distribuidor del mismo Estado miembro que prohíba las exportaciones a otros Estados miembros producirá probablemente efectos reales sobre el comercio entre Estados miembros. Si no existiera el acuerdo, el distribuidor tendría libertad para exportar. Sin embargo, cabe recordar que no es necesario demostrar los efectos reales; basta con que el acuerdo o la práctica pueda producir tales efectos.

41. Los **efectos potenciales** son los que pueden producirse en el futuro con un grado suficiente de probabilidad. Es decir, se debe tener en cuenta la evolución previsible del mercado. Incluso si el comercio no pudiera verse afectado cuando se concluye el acuerdo o se lleva a efecto la práctica, los artículos 81 y 82 siguen siendo aplicables si es probable que los elementos que llevaron a esa conclusión cambien en un futuro próximo. A este respecto, conviene tener en cuenta el impacto de las medidas de liberalización adoptadas por la Comunidad o por el Estado miembro en cuestión y de otras medidas previsibles destinadas a eliminar los obstáculos legales al comercio." (Énfasis añadido).

Pareciera amplio el rango de interpretación que hace la Comisión, sin embargo, las mismas directrices establecen en el numeral 43 que los efectos indirectos y potenciales en el análisis **no significa que pueda basarse en efectos remotos e hipotéticos**. La autoridad o la parte que sostenga que el comercio entre los

Estados miembros puede verse afectado apreciablemente debe explicar por qué es probable que un determinado acuerdo produzca efectos indirectos y potenciales. Los efectos hipotéticos y especulativos no son suficientes para establecer la aplicabilidad del Derecho comunitario¹⁶⁶.

Con respecto a la **apreciabilidad** de los efectos, las directrices establecen lo siguiente:

“44. El criterio del efecto sobre el comercio incorpora un elemento cuantitativo, que limita la aplicación del Derecho comunitario a los acuerdos y a las prácticas que puedan producir efectos de cierta magnitud. Los acuerdos y prácticas no entran en el ámbito de aplicación de los artículos 81 y 82 cuando sólo afectan al mercado de manera insignificante habida cuenta de la débil posición de las empresas interesadas en el mercado de los productos en cuestión. La apreciabilidad puede valorarse considerando la posición y la importancia que las correspondientes empresas tengan en el mercado de los productos de que se trate.

45. La evaluación de la apreciabilidad depende de las circunstancias de cada asunto, en particular de la naturaleza del acuerdo o práctica, de la naturaleza de los productos de que se trate y de la posición de mercado de las empresas afectadas. Cuando, por su propia naturaleza, el acuerdo o práctica puede afectar al comercio entre los Estados miembros, el umbral de apreciabilidad es inferior que cuando se trata de acuerdos y prácticas que, por su propia naturaleza, no pueden afectar al comercio entre los Estados miembros. Cuanto más fuerte es la posición de mercado de las empresas interesadas, más probable es que un acuerdo o práctica que pueda afectar al comercio entre Estados miembros pueda hacerlo de forma apreciable.

46. En varios asuntos referentes a importaciones y exportaciones, el Tribunal de Justicia consideró que se cumplía el requisito de apreciabilidad cuando las ventas de las empresas interesadas representaban aproximadamente un 5 % del mercado. Sin embargo, la cuota de mercado por sí sola no siempre se ha considerado el factor decisivo. También es necesario tener en cuenta, en particular, el volumen de negocios de las empresas correspondiente a los productos en cuestión.

47. Así pues, la apreciabilidad puede medirse tanto en términos absolutos (volumen de negocios) como relativos, comparando la posición de la empresa o empresas interesadas con la de otros operadores en el mercado (cuota de mercado). Al centrarse en la posición e importancia de las empresas interesadas, se es coherente con el concepto de "poder afectar", que implica que la evaluación se basa en la capacidad del acuerdo o de la práctica para afectar al comercio

¹⁶⁶ Y señala un ejemplo: un acuerdo que incremente el precio de un producto no comerciable reduce la renta disponible de los consumidores. En la medida en que éstos disponen de menos dinero para gastar, comprarán menos productos importados de otros Estados miembros. Sin embargo, el vínculo entre estos efectos sobre la renta y el comercio entre Estados miembros suele ser de por sí demasiado remoto para establecer la aplicabilidad del Derecho comunitario.

entre Estados miembros, en vez de basarse en el impacto sobre los movimientos transfronterizos reales de bienes y servicios. La posición de mercado de las empresas interesadas y su volumen de negocios correspondiente a los productos de que se trate constituyen una orientación en cuanto a la capacidad de un acuerdo o de una práctica para afectar al comercio entre Estados miembros. (...)

48. Para aplicar la prueba de la apreciability no es imprescindible definir los mercados de referencia y calcular las cuotas de mercado. Las ventas de una empresa en términos absolutos pueden bastar para llegar a la conclusión de que el impacto sobre el comercio es apreciable. Esto es especialmente cierto en el caso de los acuerdos y las prácticas que por su propia naturaleza pueden afectar al comercio entre Estados miembros, por ejemplo porque atañen a las importaciones o exportaciones o porque abarcan varios Estados miembros. El hecho de que en tales circunstancias el volumen de negocios correspondiente a los productos objeto del acuerdo pueda ser suficiente para considerar que existe un efecto apreciable sobre el comercio entre los Estados miembros se refleja en la presunción positiva establecida más adelante en el punto 53.

49. (...)

2.4.2. Cuantificación de la apreciability

50. No es posible establecer unas normas cuantitativas generales que abarquen todas las categorías de acuerdos y que indiquen cuándo es posible que el comercio entre Estados miembros se vea afectado de forma apreciable. Sin embargo, sí es posible indicar cuándo suele ser posible que el comercio entre Estados miembros no se vea afectado de forma apreciable. En primer lugar, en su Comunicación sobre los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado (la regla de minimis) la Comisión establece que los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas (PYME) (...) no suelen poder afectar al comercio entre los Estados miembros. El motivo de esta presunción radica en el hecho de que las actividades de las PYME suelen ser normalmente de carácter local o, como mucho, regional. Sin embargo, las PYME pueden estar sujetas al derecho comunitario, especialmente cuando realizan actividades económicas transfronterizas. En segundo lugar, la Comisión considera conveniente establecer unos principios generales que indiquen cuándo el comercio entre Estados miembros no suele poder verse afectado de una forma apreciable, es decir, una regla que defina la ausencia de un efecto apreciable sobre el comercio entre Estados miembros (regla AEAC). Al aplicar el artículo 81, la Comisión considerará esta regla como presunción negativa *iuris tantum* aplicable a todos los acuerdos en el sentido del apartado 1 del artículo 81, independientemente de la naturaleza de las restricciones contenidas en el acuerdo, incluidas aquellas restricciones consideradas especialmente graves en los reglamentos de exención por categorías y en las directrices de la Comisión. Cuando se aplique esta presunción, la Comisión no incoará normalmente un procedimiento, ni a instancia de parte ni por iniciativa propia. Cuando las empresas crean de buena fe que un acuerdo está cubierto por esta presunción negativa, la Comisión no impondrá multas.

51. Sin perjuicio del siguiente punto 53, esta definición negativa de la apreciability no implica que los acuerdos y las prácticas abusivas que no se ajusten a los criterios establecidos a continuación puedan automáticamente afectar

de forma apreciable al comercio entre Estados miembros. **Es necesario proceder a un análisis caso por caso.**

52. La Comisión considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros cuando se cumplen todas y cada una de las siguientes condiciones:

a) la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad afectado por el acuerdo no es superior al 5 %, y

b) En el caso de acuerdos horizontales, el volumen de negocios total anual en la Comunidad de las empresas interesadas correspondiente a los productos cubiertos por el acuerdo no es superior a 40 millones de euros.

(...) En el caso de acuerdos de licencia, el volumen de negocios pertinente será el volumen de negocios total de los licenciarios de los productos que incorporen la tecnología licenciada y el volumen de negocios del propio licenciante en dichos productos. (...)

La Comisión aplicará esta misma presunción cuando durante dos años naturales sucesivos el mencionado umbral de volumen de negocios no se supere en más del 10 % y el citado umbral de cuota de mercado no se supere en más de 2 puntos porcentuales. Cuando el acuerdo se refiera a un mercado emergente pero no existente todavía y cuando, de resultados del acuerdo, las partes no generen un volumen de negocios importante ni acumulen una cuota de mercado significativa, la Comisión no aplicará esta presunción. En estos casos la apreciabilidad puede tener que evaluarse en función de la posición de las partes en los mercados de productos relacionados o de su fuerza con respecto a las tecnologías relacionadas con el acuerdo.

53. La Comisión también considerará que cuando, por su propia naturaleza, un acuerdo o práctica puedan afectar al comercio entre Estados miembros, por ejemplo por interesar a importaciones y exportaciones o abarcar varios Estados miembros, existe la presunción positiva refutable de que tales efectos sobre el comercio son apreciables cuando el volumen de negocios de las partes en los productos cubiertos por el acuerdo calculado según se indica en los puntos 52 y 54 sea superior a 40 millones de euros. En caso de acuerdos que puedan, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre Estados miembros también se podrá presumir frecuentemente que los efectos son apreciables cuando la cuota de mercado de las partes supere el umbral del 5 % establecido en el punto anterior. No obstante, esta presunción no se aplica cuando el acuerdo sólo abarca una parte de un Estado miembro.

54. El umbral de volumen de negocios de 40 millones de euros se calcula sobre la base de las ventas totales en la Comunidad de los productos cubiertos por el acuerdo (los productos contractuales), sin incluir impuestos, realizadas durante el ejercicio presupuestario anterior por las empresas interesadas. No se incluyen las ventas entre entidades que formen parte de la misma empresa.

55. Para aplicar el umbral de cuota de mercado, es necesario determinar el mercado de referencia. Éste está compuesto por el mercado de productos de

referencia y el mercado geográfico de referencia. Las cuotas de mercado se deben calcular sobre la base del valor de las ventas o, en su caso, del valor de las compras. Cuando estos datos no estén disponibles, podrán utilizarse otras estimaciones basadas en información fiable sobre el mercado, entre la que se incluyen los datos referentes al volumen.” (énfasis añadido).

Las directrices ofrecen especial atención a las prácticas colusivas que abarcan varios Estados, y prácticamente se establece una presunción al decir que suelen afectar apreciablemente el comercio entre Estados miembros:

“3.1.2. Carteles que abarcan varios Estados miembros

64. Los carteles tales como los de fijación de precios y de reparto del mercado que abarcan varios Estados miembros pueden, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre Estados miembros. Los carteles transfronterizos armonizan las condiciones de competencia y afectan a la interpenetración del comercio al consolidar las corrientes comerciales tradicionales⁽⁴⁵⁾. El hecho de que las empresas acuerden asignar territorios geográficos de interés puede eliminar o reducir las ventas desde otras zonas hacia los territorios asignados. Cuando las empresas acuerdan fijar precios, eliminan la competencia así como cualquier diferencia de precios resultante que pudiera incitar tanto a los competidores como a los clientes a dedicarse al comercio transfronterizo. Cuando las empresas acuerdan cuotas de ventas, protegen las corrientes comerciales tradicionales. Las empresas afectadas se abstienen de ampliar la producción y, por ende, de servir a clientes potenciales en otros Estados miembros.

65. **El efecto sobre el comercio que producen los carteles transfronterizos también suele ser apreciable**, por su propia naturaleza, debido a la posición de mercado de las partes del cartel. Normalmente los carteles sólo se forman cuando las empresas participantes poseen conjuntamente una amplia cuota de mercado, puesto que esto les permite subir el precio o reducir la producción.”

En la *Guía de minimis*, no se establecen criterios cuantitativos de lo que no constituye un efecto “sensible” sobre el comercio, sin embargo se establece una presunción de que los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas¹⁶⁷, raramente pueden afectar al comercio entre los Estados miembros de forma sensible. Sin embargo, para la Comisión Europea no deberían beneficiarse de la regla *de minimis* aquellas prácticas colusivas que tengan por objeto o efecto la fijación de precios, restricción de oferta y la división de mercados. Insisto, esta Guía no es vinculante para Tribunales.

Aplicación extraterritorial de la ley conforme a la teoría de los efectos

¹⁶⁷ De acuerdo con la Recomendación 96/280/CE de la Comisión Europea, pequeñas y medianas empresas son aquellas que emplean a menos de 250 trabajadores y que tienen o bien unos ingresos anuales no superiores a los 40 millones de euros o una cifra de balance total que no supera los 27 millones de euros.

Entonces hay dos formas de ver la teoría de los efectos (o su correlativo de *implementación*):

- (i) como extensión o forma *sui generis* del principio de territorialidad
- (ii) como un principio diferente de asunción de jurisdicción

Cualquiera de estos enfoques que se elija, es materia de análisis del Derecho Internacional Público, por lo que me abstendré de elaborar al respecto. Pero en la práctica lo cierto es que implica cierto grado de aplicación extraterritorial de las leyes antimonopolios.

Brownlie establece que un Estado puede ejercer jurisdicción por actos cometidos fuera de su territorio sólo en la medida en que sea necesario para aplicar sus leyes¹⁶⁸. Para él, los actos extraterritoriales sólo pueden ser legales si observan ciertos principios generales:

- (i) Debe haber una conexión sustancial¹⁶⁹ y de buena fe entre los hechos y la fuente de jurisdicción, (sin definir lo que es sustancial)
- (ii) Debe observarse el principio de no intervención en la jurisdicción doméstica o territorial de otros Estados¹⁷⁰,
- (iii) Debe aplicarse un principio basado en elementos de respeto, reciprocidad y proporcionalidad¹⁷¹.

La jurisdicción no implica exclusividad. Los mismos hechos pueden ser considerados ilegales en diferentes países y jurisdicciones. Aunque la exclusividad puede ser establecida mediante tratados.

Otros límites a la extraterritorialidad de la ley son la doctrina de acto de Estado, y coacción del soberano extranjero¹⁷².

¹⁶⁸ Brownlie, *op. cit.*, p. 312.

¹⁶⁹ Que en realidad se trata de los efectos.

¹⁷⁰ Este es el tema que más problemas podría plantear. Los tratados bilaterales pueden ser remedios para minimizar los riesgos de conflictos entre naciones por el tema de asumir jurisdicción sobre ciertos ilícitos.

¹⁷¹ Brownlie, *op. cit.*, p 313.

Otro factor a tomar en cuenta es que “la habilidad de cada país para aplicar su ley de competencia nacional, a las conductas originadas en territorios foráneos con efectos nocivos en su mercados, depende de si los infractores extranjeros posean o no activos y realizan operaciones significativas en el territorio del Estado afectado”¹⁷³.

En México no se desconoce la doctrina de los efectos. En materia penal, los tribunales ya han dejado claro que mientras se verifiquen los efectos en México, no importa si el acto delictuoso se ha cometido en el extranjero. Se trata de la última consecuencia del principio de territorialidad. Los criterios son los siguientes:

DELITOS QUE SE INICIEN, PREPAREN O COMETAN EN EL ARTÍCULO 2 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. SU CORRECTA INTERPRETACIÓN. El artículo 2o. del Código Penal Federal tiene como finalidad que las conductas delictivas que se conciben en el extranjero, cuando produzcan efectos en el país, no queden impunes. La norma en cuestión al enunciar el vocablo "delitos", se refiere a toda conducta que sancionan las leyes penales. Por tanto, para que tenga aplicación el precepto aludido, sólo es menester que, allende nuestras fronteras se inicien, preparen o cometan actos que, tipificados como delitos, tengan efectos en el territorio nacional, con independencia de que se ejecuten más y otros de los planeados, o incluso que el que se pretendía llevar a cabo, no llegue a verificarse¹⁷⁴.

COMPETENCIA FEDERAL. DELITOS COMETIDOS EN EL EXTRANJERO. En cuanto a la esfera espacial del Código Penal, rige el principio de la territorialidad. En todos los hechos delictivos cometidos en el territorio nacional, sean mexicanos o extranjeros sus autores, es aplicable la legislación mexicana. En cambio y por regla general, los cometidos en el extranjero no dan lugar a persecución por los tribunales patrios, con excepción de los casos previstos en los artículos del 2o. al 5o. del Código Penal, en los que la ley mexicana extiende su imperio fuera de los

¹⁷² La primera tiene que ver con la consideración de validez de los actos soberanos de los gobiernos extranjeros cuando estos actos tienen lugar en el extranjero. Y el segundo tiene que ver con la excepción de responsabilidad si la violación antimonopolio es resultado de la coacción parte de un gobierno extranjero.

¹⁷³ Ibarra Pardo. *op. cit.*, p. 180.

¹⁷⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Informe 1984, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 7, página 12.

límites territoriales. Estos casos son de la competencia federal inciso a) de la fracción I del artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y se supone necesariamente el avecinamiento o la extradición del responsable, ya que nuestro derecho procesal, salvo en la averiguación previa, no admite juicio contra ausente. Es así que la fracción I del artículo 2o. del Código Penal, no es sino una última consecuencia del principio territorial, y marca los casos en que la trayectoria de la acción criminal, hasta su final agotamiento, produce o puede producir efectos en México. Dos hipótesis caben en la aplicación del artículo 2o., en su fracción I, del Código Penal en cita: a) que el delito se inicie o prepare en el extranjero y se cometa materialmente en el suelo nacional, supuesto que no ofrece dificultad internacional, porque la ejecución del delito tiene lugar en México, con violación directa de las normas represivas nacionales, y b) que el delito se consume materialmente en el extranjero, pero se agote en sus efectos y finalidades, dentro del territorio mexicano. Aquí, se prolonga la aplicación de la ley nacional hasta las últimas fases del delito. La necesidad de sancionar en México en estas dos hipótesis, se funda en que, aun cuando los actos materiales tengan comienzo o se ejecuten en el exterior, el ataque antijurídico, la lesión al derecho, se cumple dentro de nuestra jurisdicción¹⁷⁵.

En materia tributaria o fiscal, también se ha reconocido la doctrina de los efectos. Los tribunales han señalado que algunos criterios de imposición tributaria se encuentran basados en relaciones económicas que producen efectos en México, y que tal criterio se encuentra estrechamente vinculado a la jurisdicción del Estado:

VALOR AGREGADO. EL ARTÍCULO 10, PÁRRAFO PRIMERO, PARTE SEGUNDA, DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD DE LA LEY (LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL AÑO DOS MIL). Dicho precepto no transgrede el principio de territorialidad de la ley, ya que el legislador ha establecido criterios de imposición tributaria vinculados de una manera objetiva y razonable con actos o relaciones económicas que producen efectos en territorio nacional. Esto es así, puesto que el supuesto normativo en el

¹⁷⁵ Registro No. 262723. Sexta Época. Instancia: Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. Segunda Parte, XXIV. Página: 196. Tesis Aislada. Materia(s): Penal.

sentido de que la enajenación de bienes se produce dentro del territorio tratándose de bienes sujetos a matrícula o registros mexicanos que se encuentran fuera de él, está sustentada y ligada a condiciones basadas en criterios estrechamente vinculados a la jurisdicción del Estado a saber: 1) que la enajenación sea efectuada por residentes en México o con establecimientos en el país de residentes en el extranjero (criterio subjetivo, en relación con el enajenante); y 2) que existan bases objetivas y razonables para establecer que los bienes respectivos requieren registro y matrícula conforme a la legislación nacional aplicable, por la naturaleza de los contratos de transmisión de propiedad respectivos u otra circunstancia acreditada y suficiente a esos efectos (criterio objetivo, en relación con el bien enajenado)¹⁷⁶.

ii. La extraterritorialidad de la Ley Federal de Competencia Económica

Bajo el contexto de la doctrina de los efectos en materia penal y tributaria, debo señalar que claramente la LFCE, es una norma jurídica basada en los efectos. Lo que se castiga es el resultado¹⁷⁷. No es una ley basada en el estatuto personal de los sujetos a la LFCE ni basado completamente en el lugar de comisión de los ilícitos. En este sentido es similar a la ley penal. El artículo 9 de la LFCE, que ya estudiamos en el Capítulo 1 señala que:

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

(...)”

Esta disposición no distingue entre actos celebrados en el extranjero y actos celebrados en México, por ello, *prima facie* no deberíamos distinguir. La única limitación en que podríamos pensar es la relativa al principio de territorialidad proveniente del Derecho Internacional, pero como ya hemos visto, la teoría de los efectos es ampliamente reconocida a nivel mundial al menos como excepción a dicho principio o incluso como una modalidad *sui generis* de este.

¹⁷⁶ Registro No. 172860. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXV, Marzo de 2007. Página: 712. Tesis: 2a. IX/2007. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional, Administrativa.

¹⁷⁷ García Castillo, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

Pereznieto y Guerrero han establecido claramente que “todas las personas físicas o morales mexicanas o extranjeras que desempeñan una actividad económica, cualquiera que sea, dentro del país, o con efectos dentro de él, están sujetas al cumplimiento de las disposiciones de la LFCE”¹⁷⁸.

López-Velarde Estrada ha señalado que:

“la Ley de competencia es un ordenamiento de alcance extraterritorial (...) a donde vaya el agente económico, le seguirá la ley de competencia, sin importar donde se encuentre o dónde realice el acto; la ley de competencia lo regulará dependiendo de la debida aplicación de algún punto de conexión en específico y del ámbito material de validez que establezca la propia ley (...). Normalmente concebido como un principio de excepción a todo sistema conflictual territorialista, el principio de personalidad de las leyes implica que el derecho nacional pueda tener efectos jurídicos fuera de su territorio. En este sentido, por lo regular el estatuto personal identifica algún punto de conexidad en particular: el *ius domicilii* o el *lex patriae*. Aquí, sin embargo, la ley de competencia no incluyó ningún punto de conexidad en específico, ni a la nacionalidad o el domicilio del agente económico, ni siquiera algún factor o circunstancialidad en concreto, tan solo que fuera la persona un agente económico, sin que se estableciera distinción alguna respecto a su naturaleza, nacionalidad o locación geográfica”¹⁷⁹

Efectivamente no se distingue entre naturaleza, nacionalidad o locación geográfica de los agentes económicos sujetos a la LFCE, y sin embargo sí existe un punto de conexidad, o “factor o circunstancialidad” como los llama López-Velarde. Es muy sencillo. El punto de conexión que no encuentra López Velarde es precisamente **el efecto** que la conducta provoca en los mercados mexicanos. Es la conexión sustancial¹⁸⁰ de la que habla Brownlie para que pueda establecerse la base de jurisdicción.

De hecho, más adelante López Velarde señala:

“En materia internacional-privatista, podríamos concluir el atinado afán del legislador de incluir dentro del ámbito material de validez de la ley de competencia, a aquellas prácticas monopólicas absolutas que se han perfeccionado o ejecutado fuera de México, pero que tengan sus efectos dentro de nuestro territorio.”

¹⁷⁸ Pereznieto y Guerrero; *Derecho de la Competencia Económica*; *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁹ López Velarde Estrada, Rogelio; “La Ley Federal de Competencia Económica y algunas consideraciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado”, *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, Núm. 24, Vol. I, México, 1995, p 284 y 285.

¹⁸⁰ Este enfoque es cercano al usado en Derecho Internacional Privado relativo al derecho aplicable a un acto jurídico y al conflicto de leyes.

(...)

La ley de competencia ha generalmente incluido como punto de conexidad a dos elementos en concreto: la intención de las partes o los efectos sustanciales de sus actos, ya sea uno u otro. Así pues, si dos agentes económicos extranjeros domiciliados fuera de nuestro territorio, se coluden y perfeccionan un acto jurídico fuera de nuestro país pero que tiene como objeto lesionar el proceso de libre competencia en México, la ley de competencia aplica extraterritorialmente y la Comisión Federal de Competencia tiene competencia para conocer y en su caso sancionar los actos cometidos en el extranjero por dichos agentes económicos. De igual manera, la Ley de Competencia aplica aún en aquellos casos en donde no existe la voluntad de dañar la competencia de nuestro país, pero que en los hechos, sus efectos perniciosos se han manifestado de tal manera que se lesiona efectivamente la libre competencia (...)¹⁸¹.

No coincido cuando señala que aquellos actos cometidos en el extranjero que tengan como objeto dañar la competencia en México sean por ése simple hecho, sujetos a persecución por la autoridad mexicana. Esta situación, a falta de un efecto, sí puede violar los principios de Derecho Internacional de los que he hablado, es decir hechos consecuencia de ciertas conductas, pero no únicamente el objeto que nunca se llega a materializar. Insisto, son los efectos los que actualizan la aplicación de la ley de competencia mexicana por conductas llevadas a cabo en el extranjero, pero necesariamente deben darse consecuencias en territorio mexicano. Incluso el alcance extraterritorial tiene límites como ya lo hemos visto, y viene delimitado por la verificación de efectos.

Es palpable que el ánimo extraterritorialista de la ley de competencia, y que también aplica como vimos en EUA y Europa (aunque en Europa con una amplitud que no comparto, en virtud de que podrían dar lugar a violación de derechos de seguridad y certeza jurídicas), se justifica por la gravedad y perniciosidad que tienen las PMA con alcance internacional sobre el proceso de competencia y libre competencia, aún cuando los efectos sean consecuencia de conductas verificadas en el extranjero. Lo que más importa a la ley, son los *efectos* nocivos. Lo que se castiga es el resultado¹⁸².

¹⁸¹ López Velarde Estrada, *Op. Cit.*, p. 296, 300 y 305.

¹⁸² García Castillo, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

Parecería claro, pero no es ocioso mencionar que los efectos de los que he venido hablando no son efectos jurídicos, sino efectos económicos. Para México, estos efectos, en concordancia con lo que hemos venido planteando, deben ser:

- (i) **directos e inmediatos**¹⁸³, que significa que los efectos deben proceder específicamente de la conducta y no de otra cosa, los efectos no deben ser remotos, indirectos o mediatos. En este sentido nos alejamos del estándar europeo y nos acercamos al estadounidense. Considero que aplicar en México el estándar europeo, que como ya vimos contempla efectos potenciales e indirectos, puede dar lugar a violaciones a los derechos de seguridad y certeza jurídicas.
- (ii) **sustanciales**, implica que sean significativos para dañar el proceso de competencia en México porque a la LFCE no le interesan aquellos efectos marginales o menores, y de aquí podríamos derivar un criterio *de minimis* que implique que a la ley no le interesen esas cuestiones minúsculas;
- (iii) **perniciosos**, porque a la ley le interesa proteger al proceso competitivo de aquellos efectos que la vulneren o nulifiquen, no de otros; y
- (iv) **razonablemente previsible**s, que implica que la conducta tenga como resultado esperado o previsto el efecto anticompetitivo¹⁸⁴, de tal forma que es irrelevante si los agentes económicos coludidos querían o no producir la consecuencia (efecto). Y esta hipótesis ha de ser explicada por la autoridad.

Las características (i) y (iv) se encuentra íntimamente relacionadas y deben leerse conjuntamente porque implican vinculación entre conducta y resultado, pues *directos e inmediatos* implica sin trabas, sin interferencias de causas remotas y *razonablemente previsible*s implica que el resultado de la conducta sea de

¹⁸³ Efectivamente, Duarte Coppel, exige esa inmediatez que él entiende como atributo por virtud del cual se compruebe una relación causal precisa entre la conducta ocurrida en el extranjero y el efecto en México. Duarte Coppel, Luis, "La doctrina de los efectos en las prácticas monopólicas internacionales: su tratamiento en México", disponible en <http://www.derecho.unam.mx/web2/descargas/internacional/DuarteCoppel.PDF>

¹⁸⁴ La hipótesis tiene que ser razonable, resistente y verificable. Ver Capítulo 4 de este trabajo.

esperarse con razonable seguridad y esto también implica análisis de la relación causal. La propia exposición de motivos de la LFCE señaló claramente que:

“(...) busca aprovechar la apertura comercial y, al mismo tiempo, evitar que las prácticas anticompetitivas originadas en el extranjero tengan un efecto adverso sobre el mercado nacional”¹⁸⁵.

De cualquier forma, como dice López Velarde:

“lo interesante de aplicar extraterritorialmente la ley de competencia respecto a los actos que se realicen en el exterior pero que tengan sus efectos en México, radica en la probable existencia de un conflicto de leyes en materia de antimonopolios, con relación al país donde se pretenda aplicar extraterritorialmente la norma, es decir, el país donde se haya verificado el acto.”¹⁸⁶

La solución a este probable conflicto radica en la cortesía internacional, el *comity*, del que hablo más adelante.

En la práctica del Derecho de la Competencia en México, ya ha quedado bien establecida la aplicación extraterritorial de la LFCE en virtud de los efectos. En *Archer Daniels Midland Co. et al.*—Producción, comercialización, distribución y venta de ácido cítrico (IO-14-98, RA-66-2001 y RA-68-2001)¹⁸⁷, la defensa de *Hoffmann La Roche*, cuestionó la aplicación extraterritorial y señaló que la LFCE tenía su ámbito espacial de aplicación sólo en territorio de la República Mexicana y por tanto era aplicable solo a conductas ocurridas en este territorio, y que establecer lo contrario implicaría violentar el principio de territorialidad de las leyes. La CFC respondió que si una conducta cometida en territorio extranjero llegara a dañar el mercado mexicano por los efectos, éstos resultan violatorios de la LFCE.

Asimismo la CFC señaló que el *Código Civil Federal*, establecía que los efectos jurídicos de los actos y contratos debían regirse por el derecho del lugar en donde debían ejecutarse; así sostuvo que las leyes mexicanas eran aplicables a los

¹⁸⁵ *Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica*. Consultable en Peredo Rivera, *op. cit.*, párrafo 20, p. XXIII.

¹⁸⁶ López Velarde Estrada, *op. cit.*, p. 308.

¹⁸⁷ Para una determinación de los hechos de este caso, ver el Capítulo 3.

efectos jurídicos surtidos en territorio mexicano derivados de actos realizados en el extranjero¹⁸⁸.

En este mismo caso, la defensa de *Harman & Reimer* sostuvo que es absurdo pretender que las prácticas monopólicas se rijan por el derecho del lugar donde deban ejecutarse porque al ser hechos jurídicos y no actos o contratos, se ejecutan en el mismo momento en que ocurren y una práctica monopólica no se celebra ni se ejecuta, simplemente se comete. En este sentido, *Harman & Reimer* señaló que la CFC pretendía aplicar la LFCE a un agente económico que no tenía presencia en México durante el periodo investigado y que no participaba en el mercado mexicano.

Hoffman La Roche señaló que los supuestos abstractos o hipótesis normativas debían concretizarse o materializarse en el territorio de la República Mexicana, para que surtan las consecuencias jurídicas aplicables pues de lo contrario se iría en contra del principio de territorialidad de la ley. Señaló que la CFC carece de facultades para aplicar la ley imputando responsabilidad a un sujeto que se encuentra fuera de la República mexicana y a quien se atribuye una conducta realizada fuera del territorio mexicano.

Hoffman La Roche sostuvo que la referencia al artículo 9 de la LFCE de un efecto no implicaba la extensión del ámbito territorial de validez de la ley. Los actos de ejecución no se dieron en México y que si la propia ley señalaba que las PMA no producen efectos jurídicos cómo era posible atribuirles éstos a empresas como *Hoffman La Roche*. Señaló que de ninguna manera podía hablarse de repercusiones y equipararlas a efectos jurídicos pues son cosas diferentes.

Sin embargo, me parece errada la interpretación que hicieron tanto la CFC como los agentes económicos con respecto de los efectos y su significado. Es muy claro que los efectos a que hace referencia la LFCE son económicos y no jurídicos. En

¹⁸⁸ Se citó la tesis: "DELITOS QUE SE INICIEN, PREPAREN O COMETAN EN EL ARTÍCULO 2 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. SU CORRECTA INTERPRETACIÓN.", *Semanario Judicial de la Federación Séptima Época*, Informe 1984, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 7, página 12.

este sentido el argumento de *Hoffman La Roche* acerca de las repercusiones y su diferencia con efectos jurídicos es correcto, sin embargo son precisamente esas repercusiones las que la ley sanciona. Tan es así que el propio artículo 9 de la LFCE priva de efectos jurídicos a los actos colusorios, como ya lo expuse en el Capítulo 1.

Ejemplo 1 sobre la aplicación de la LFCE a actos cometidos en el exterior

Hechos: A, B, C y D son compañías extranjeras que producen sus productos en países extranjeros. Ninguno produce en México ni tiene subsidiarias, sucursales ni agentes en México. Se coluden para incrementar precios. De manera conjunta tienen ventas sustanciales en México, digamos que sus productos representan el 30% del mercado frente a productores mexicanos y de terceros países.

Discusión: Es claro que las importaciones implican un efecto en el comercio mexicano. Aunque los efectos no se ven verificados hasta que el producto alcanza México. La demostración de la participación en el mercado mexicano se daría cuando cualquiera de esas compañías colocara directamente el producto en México, es decir exportándolo hacia nuestro país. Así se satisfacería el estándar de directo o inmediato. Con respecto a lo sustancial del efecto, un 30% parece claro que lo es.

Ejemplo 2

Hechos: Los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia de que los agentes económicos coludidos le venden a un distribuidor independiente en el extranjero que a su vez introduce y comercializa el producto a, y en México. Este intermediario no forma parte del acuerdo colusivo.

Discusión: En mi opinión, sería más complicado establecer una jurisdicción personal sobre los agentes económicos coludidos en virtud de que no han sido A, B, C y D quienes han colocado producto en México, sino lo han comercializado en el extranjero, y si un tercero lo introdujo entonces ya no hay un efecto directo en México, sino indirecto entre la conducta y la consecuencia. Los posibles efectos no

son directos ni inmediatos porque existe la interferencia de un tercero independiente que ha introducido el producto a México y lo ha comercializado. Tampoco el elemento de razonable predictibilidad parece cumplirse, pues A, B, C y D pudieron o no haber conocido que el producto se introduciría a México, y en todo caso esto se vuelve irrelevante si el producto no lo introdujeron directamente ellos.

Ejemplo 3.

Hechos: A, B y C son empresas de diversas nacionalidades de acuerdan fijar el precio de un cierto insumo incorporado a las máquinas lavadoras de ropa. Exportan a través de subsidiarias dicho insumo a D y E, empresas independientes ubicadas en México. D y E producen lavadoras incorporando los insumos sujetos a un acuerdo de precios y comercializan la mitad de su producción en México y su participación conjunta de mercado es del 60%.

Discusión: En mi opinión, se colma el estándar de efectos. A, B y C exportan a México el producto sujeto al acuerdo de precios. Es irrelevante si lo hacen por sí mismas o a través de una subsidiaria (unicidad del agente económico). Hay efecto directo e inmediato: los productores mexicanos tuvieron que comprar de A, B y C el insumo a precios cartelizados. Existe una razonable predictibilidad acerca del efecto que causará incorporar dicho producto a las lavadoras que se venden en México. Además una cuota conjunta del 60% del mercado mexicano de lavadoras es claramente significativa o sustancial.

c. México y la cooperación internacional entre autoridades de competencia

Derivado del hecho de que las transacciones y conductas sancionadas por el Derecho de la Competencia en México son susceptibles de tener implicaciones no solo en nuestra jurisdicción sino también en otras, es necesario mencionar la existencia de instrumentos jurídicos que hacen posible la cooperación entre la CFC y autoridades de otros países con relación a la obtención de pruebas e intercambio de información.

Hay que mencionar que a nivel mundial, y desde distintos foros¹⁸⁹, han surgido varias iniciativas que buscan minimizar los conflictos jurisdiccionales entre países y sus investigaciones y procedimientos de competencia económica, así como con la finalidad de incrementar la cooperación entre las autoridades de competencia.

A falta de normatividad internacional sustantiva y de autoridades supranacionales de competencia, “las soluciones más realistas y viables entre aquellas que se han propuesto son, indudablemente las que se refieren a uniformar o armonizar una serie de principios básicos y mínimos que debiera adoptar la legislación, así como las de celebrar acuerdos de *positive comity* y de colaboración e intercambio de información entre las agencias de competencia de los diferentes países”¹⁹⁰.

La OCDE ha venido promoviendo la posibilidad de intercambiar evidencias e información confidencial entre autoridades de competencia económica, sobre todo con respecto a carteles internacionales¹⁹¹.

De acuerdo con esta perspectiva, es necesario establecer que hay dos diferentes ámbitos que abarcan los instrumentos jurídicos en vigor para México. Por una parte tenemos los instrumentos de cooperación procesal internacional, propios del estudio y sistematización del Derecho Internacional Privado, que permiten la recolección de pruebas en el extranjero con finalidad de ser utilizadas en procedimientos administrativos y jurisdiccionales en México (y viceversa con otras naciones), en este ámbito también podemos incluir a los instrumentos internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras así como de notificación de documentos.

Por otra parte existen instrumentos internacionales en vigor para México específicamente relacionados con cooperación e intercambio de información en materia de competencia económica. Abordo unos y luego otros.

¹⁸⁹ Me refiero básicamente a la OCDE y la UNCTAD. Algunos intentos ha habido de OMC también, pero mínimos. Se vislumbra muy complicado llegar en el corto plazo a soluciones similares a las de comercio internacional. Cfr. González de Cossío, *op. cit.*, Cap. X.

¹⁹⁰ Ibarra Pardo, *op. cit.*, p. 171.

¹⁹¹ OECD *Second Hard Core cartels report*, OECD Joint Global Forum on Trade and Competition, 2003, p. 31.

En cuanto a los instrumentos de cooperación procesal internacional, éstos se justifican en la medida en que existe un “mínimum de órdenes jurídicos coordinados, es decir, cuando hay disposiciones jurídicas que permiten a un Estado cooperar en el proceso que se sigue en el otro. Estos mínimos son las reglas procesales del tribunal que conoce del caso y al que se le solicita ayuda”¹⁹². Las normas vigentes en el ámbito convencional internacional, del que México es parte, en materia de cooperación procesal internacional, son:

- Convención de Viena sobre relaciones consulares¹⁹³ (y algunas otras convenciones bilaterales);
- Convención de la Haya sobre pruebas obtenidas en el extranjero en materia civil o comercial¹⁹⁴;
- Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero¹⁹⁵;
- Convención de la Haya sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial¹⁹⁶;
- Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros¹⁹⁷; y
- Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil¹⁹⁸.

Amén de dicha normatividad internacional, el mecanismo interno de cooperación procesal internacional se encuentra previsto en el artículo 548 del CFPC, que establece:

ARTICULO 548.- La práctica de diligencias en país extranjero para surtir efectos en juicios que se tramiten ante tribunales nacionales, podrá encomendarse a los miembros del Servicio Exterior Mexicano por los tribunales que conozcan del

¹⁹² Pereznieta Castro Leonel, y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Int'l Privado, parte especial*, México, Oxford University Press 2007, p. 545.

¹⁹³ Publicación el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de septiembre de 1968.

¹⁹⁴ Publicación el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de abril de 1978.

¹⁹⁵ Publicación el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de mayo de 1978.

¹⁹⁶ Publicación el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de febrero de 2001.

¹⁹⁷ Publicación el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de agosto de 1987.

¹⁹⁸ Publicación el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 1992.

asunto, caso en el cual dichas diligencias deberán practicarse conforme a las disposiciones de este Código dentro de los límites que permita el derecho internacional. En los casos en que así proceda, dichos miembros podrán solicitar a las autoridades extranjeras competentes, su cooperación en la práctica de las diligencias encomendadas.

Es importante señalar el principio de reciprocidad, al amparo del cual, en México son susceptibles de tramitarse peticiones de cooperación procesal de autoridades extranjeras en la medida en que en sus territorios también ocurra lo mismo. Este principio es fundamental cuando no resulta aplicable alguno de los instrumentos internacionales mencionados, y se acude directamente a las normas jurídicas domésticas.

Existe duda respecto a si las convenciones internacionales que se refieren a recopilación de pruebas, y notificaciones en el extranjero en materia civil y comercial son aplicables a la materia administrativa, en la que la CFC solicitaría con apoyo en estas convenciones, el auxilio procesal de jurisdicciones extranjeras. Considero que no, pues la teleología de estas Convenciones es claramente acudir en auxilio de la judicatura de un país a solicitud de una parte privada en un procedimiento jurisdiccional, e incluso arbitral¹⁹⁹. Sin embargo, el remedio para esta limitante es usar la normatividad del CFPC, que en su Libro IV De la Cooperación Procesal Internacional (arts. 543 a 577), reglamenta lo correspondiente, y que es norma jurídica supletoria de la LFCE, de acuerdo su artículo 34 bis. En este sentido, el CFPC establece que el servicio exterior mexicano es el indicado para solicitar auxilio procesal por parte de autoridades mexicanas en países extranjeros.

El artículo 544 es especialmente interesante porque establece que:

ARTICULO 544.- En materia de litigio internacional, las dependencias de la Federación y de las Entidades Federativas estarán sujetas a las reglas especiales previstas en este Libro.

¹⁹⁹ No obstante mi postura, en consultas informales con funcionarios de la CFC, se me ha mencionado que la práctica es acudir al Derecho Convencional.

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

Lo cual plantea la duda acerca de lo que es el litigio internacional. Los procedimientos administrativos tramitados por la CFC en que existan partes con nacionalidad extranjera, ¿son litigios internacionales?. Aquí la cuestión principal es tener en cuenta que el CFPC acude en supletoriedad de la LFCE a colmar aquellas deficiencias en materia de actos procesales que tengan que llevarse a cabo en el extranjero, eso es lo fundamental, y en esta tesitura, el CFPC resulta idóneo para normar y coordinar las actuaciones procesales de la CFC con alcances extraterritoriales²⁰⁰. Los acuerdos de cooperación entre autoridades de competencia junto con los mecanismos previstos en la normatividad doméstica con relación a cooperación procesal internacional son complementarios.

Ahora bien, con respecto a instrumentos internacionales que prevén normatividad relacionada con cooperación e intercambio de información entre autoridades de competencia económica de los que México es parte, existen los siguientes:

1. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*²⁰¹, Capítulo XV (artículos 1501 -1505)
2. *Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea*²⁰² (Artículo 11, y Anexo XV)
3. *Tratado de Libre Comercio con la Asociación Europea de Libre Comercio*²⁰³ (artículos 51-55)

²⁰⁰ Tomando en cuenta que las medidas de apremio y cosas parecidas son impensables en estas actuaciones, pues la cooperación procesal internacional exige que los países requeridos al amparo de su propia legislación o bien, de alguna convención internacional, observen, como es lógico y natural, sus propias reglas procedimentales. Esto, al amparo del principio de soberanía e igualdad de los Estados a nivel internacional.

²⁰¹ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, publicado DOF 20 de diciembre de 1993. Fuente: SECRETARIADO DEL TLCAN, en Textos jurídicos en <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?x=206>

²⁰² El nombre oficial de este tratado es *Acuerdo de cooperación económica, concertación política, y cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, y México*, publicado en DOF el 26 de junio de 2000. Fuente: SECRETARIA DE ECONOMÍA, en Comercio e Inversión>Tratados y Acuerdos>Europa, http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p_TLCuem

²⁰³ *Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio*, publicado en DOF el 29 de julio de 2001. Fuente: SECRETARIA DE ECONOMÍA, en Comercio e Inversión>Tratados y Acuerdos>Europa, http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p_TLCmaelc

4. *Tratado de Libre Comercio con Israel*²⁰⁴ (capítulo 8)
5. *Tratado de Libre Comercio con la República de Chile*²⁰⁵ (capítulo 14)
6. *Tratado de Libre Comercio con Colombia*²⁰⁶ (capítulo 16)
7. *Tratado de Libre Comercio con la República de Uruguay*²⁰⁷ (capítulo 14)
8. *Tratado de Libre Comercio con Japón*²⁰⁸ (Artículos 130-136)
9. *Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre la aplicación de sus leyes de competencia*²⁰⁹
10. *Acuerdo entre la CFC y la Comisión de Comercio Justo de la República de Corea*²¹⁰
11. *Acuerdo entre la CFC y la Fiscalía Nacional Económica de Chile*²¹¹

²⁰⁴ *Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel*, publicado en DOF el 28 de junio de 2000. Fuente: SECRETARÍA DE ECONOMÍA, en Comercio e Inversión>Tratados y Acuerdos>Asia, África y Oceanía, http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p_Asia_Africa_y_Oceania

²⁰⁵ *Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos*, publicado en DOF el 28 de julio de 1999. Fuente: SECRETARÍA DE ECONOMÍA, en Comercio e Inversión>Tratados y Acuerdos>América Latina, http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p_TLC_Chile

²⁰⁶ *Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela*, publicado en DOF el 9 de enero de 1995. Fuente: SECRETARÍA DE ECONOMÍA, en Comercio e Inversión>Tratados y Acuerdos>América Latina, http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p_TLC_g3

²⁰⁷ *Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay*, publicado en DOF el 14 de julio de 2004. Fuente: SECRETARÍA DE ECONOMÍA, en Comercio e Inversión>Tratados y Acuerdos>América Latina, http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p_TLC_Uruguay

²⁰⁸ *Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Japón*, publicado en DOF el 31 de marzo de 2005. Fuente: COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, en Tratados y Acuerdos internacionales, <http://www.cfc.gob.mx/index.php/TRATADOS-Y-ACUERDOS-INTERNACIONALES/tratados-y-acuerdos-internacionales-204.html>

²⁰⁹ *Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre la aplicación de sus leyes de competencia*, publicado en el DOF el 24 de enero de 2001. Fuente: COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, en Tratados y Acuerdos internacionales, <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/Leyes/Tratados/acuerdoeuapg51-62.pdf>

²¹⁰ *Acuerdo entre la Comisión Federal de Competencia de los Estados Unidos Mexicanos y la Comisión de Comercio Justo de la República de Corea en relación con la aplicación de su legislación en materia de competencia*, publicado en el DOF el 14 de junio de 2004. Fuente: COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, en Tratados y Acuerdos internacionales, <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/Leyes/Tratados/acuerdochileapg2059-64.pdf>

²¹¹ *Acuerdo entre la Comisión Federal de Competencia de los Estados Unidos Mexicanos y la Fiscalía Nacional Económica de Chile sobre la aplicación de su legislación en materia de competencia*, publicado en el DOF el 16 de agosto de 2004. Fuente: COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, en Tratados y Acuerdos internacionales, <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/Leyes/Tratados/acuerdochilepg85-90.pdf>

12. *Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá sobre la Aplicación de sus leyes de competencia*²¹².

Los acuerdos de cooperación en materia de competencia pueden ser de dos tipos:

- (a) Acuerdos de cooperación e intercambio de información (*stricto sensu*)
- (b) Acuerdos de *positive comity*, que es una modalidad más avanzada de cooperación.

Los acuerdos con Estados Unidos y con la Unión Europea son de *positive comity*. Esta figura de la cortesía positiva es un principio general, en el marco internacional de las negociaciones en materia de competencia económica, que busca balancear el ejercicio de la jurisdicción extra-territorial²¹³. El máximo exponente a nivel mundial de este tipo de acuerdo es el celebrado entre EUA y la Unión Europea. El *positive comity* se refiere a una acción positiva que un país determinado puede adoptar como respuesta al requerimiento de otro país de forma que las autoridades del país requerido realicen acciones de investigación que serían provechosas para la Parte que solicita, y que necesariamente tendrían efectos en el territorio del país requirente. Sin embargo las autoridades del país requerido pueden o no iniciar acciones positivas, no existe una obligación.

Las recomendaciones de la OCDE sobre cooperación los contemplan de la siguiente manera:

“Un país debe dar plena y completa consideración al requerimiento de otro país, en el sentido de extender la aplicación de su ley nacional y de sus procedimientos antimonopolios, a aquellas conductas originadas en su territorio, que afecten de manera sustancial y adversa los intereses de otro país. Adicionalmente el país requerido es conminado a tomar cualquier acción que considere apropiada, de manera voluntaria y en consideración a sus propios intereses legítimos”²¹⁴.

²¹² *Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá sobre la Aplicación de sus Leyes de Competencia*, publicado en el DOF el 24 de abril de 2003. Fuente: COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, en *Tratados y Acuerdos internacionales*, <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/Leyes/Tratados/acuerdocanadapg3-9.pdf>

²¹³ Ibarra Pardo, *op. cit.*, 177.

²¹⁴ OCE, “Making international markets more efficient through positive comity in competition law enforcement” *Report of the OECD Committee on competition law and policy*, p. 1 y 10.

El *positive comity* se refiere, entonces, a una acción positiva como respuesta al requerimiento de autoridades de otro país, de tal manera que las autoridades de la Parte requerida tomen medidas respecto de conductas que tengan efectos adversos en los mercados del requirente. Las acciones son voluntarias.

A continuación, haré una breve descripción de los instrumentos más importantes de cooperación en materia de competencia económica, que son el TLCAN y el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre la aplicación de sus leyes de competencia (en lo sucesivo “el acuerdo con EUA”). Estos dos instrumentos resultan fundamentales por haberse celebrado con el principal socio comercial de México y la primera economía mundial: EUA (TLCAN también con Canadá).

Capítulo XV del TLCAN

El artículo 1501.2 del TLCAN, establece que “cada una de las Partes reconoce la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio”. También establece la obligación para las Partes de cooperar “en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia” y de consultarse “sobre asuntos de interés mutuo, incluidos la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta y el intercambio de información relativos a la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio”.

La sección 3 de este mismo artículo deja vedada la posibilidad de que pueda recurrirse a los procedimientos de solución de controversias previstos en el TLCAN respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con el mismo artículo 1501, lo cual sinceramente deja fuera a procedimientos que podrían ser muy interesantes, como lo es en materia de prácticas desleales de comercio internacional revisados al amparo del capítulo XIX.

El artículo 1503 establece algunas disposiciones que las Partes deben observar, con relación a monopolios estatales, y el 1504 prevé el establecimiento de un

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia, integrado por representantes de cada una de las Partes, para informar y hacer las recomendaciones que procedan a la Comisión del TLCAN, sobre los trabajos referentes a las cuestiones pertinentes acerca de la relación entre las leyes y políticas en materia de competencia, y el comercio en la zona de libre comercio.

El acuerdo con EUA

Con respecto del acuerdo con EUA, éste es el que quizá tiene más relevancia para las actividades cotidianas de la CFC en materia de investigación de PMA con alcances internacionales y control de concentraciones.. Significa que la CFC tiene un canal institucional de comunicación con las autoridades de competencia quizá más importantes del mundo: la Sección *Antitrust* del DOJ y la *Federal Trade Commission* de los EUA.

Las características más relevantes de este acuerdo son:

- Los propósitos de este acuerdo son promover la cooperación, tanto en la aplicación de la ley como en materia técnica, y la coordinación entre las autoridades de competencia de las Partes, a fin de evitar que surjan conflictos en la aplicación de las leyes de competencia de las Partes, y de minimizar el efecto de cualquier diferencia que pueda surgir sobre sus respectivos intereses importantes.
- Se establece un mecanismo de notificación de actos de aplicación de la ley que pudieran afectar intereses importantes de una de las Partes, por ejemplo, en casos en que se refieran a actividades anticompetitivas, además de las concentraciones o adquisiciones, realizadas total o sustancialmente en el territorio de la otra Parte; se refieran a concentraciones o adquisiciones en las cuales -una o más de las Partes en la transacción, o- una empresa que controle a una o más de las partes en la transacción, sea una compañía constituida o estructurada conforme a las leyes de la otra Parte o de uno de sus Estados.

- Se prevé la posibilidad de que las autoridades de competencia de una Parte soliciten que una persona proporcione información, documentos u otras constancias localizadas en el territorio de otra Parte, o soliciten testimonio oral en un procedimiento o que se interrogue personalmente a alguien localizado en el territorio de otra Parte.
- Asimismo, las Partes reconocen que los funcionarios de cualquiera de las Partes podrán visitar el territorio de la otra Parte en el curso de investigaciones en cumplimiento de sus respectivas leyes de competencia. Aunque dichas visitas están sujetas a notificación y consentimiento de la Parte cuyo territorio se visita.
- Existe un mecanismo de coordinación de actos de aplicación de la ley, es decir, la posibilidad de que puedan llevarse a cabo acciones relativas a procedimientos, de manera conjunta o coordinada. Para esto, deben tomarse en cuenta ciertos factores tales como los remedios con respecto a actividades anticompetitivas, ventajas de la coordinación de la aplicación de tales remedios, entre otros.
- En cuanto a la asistencia en materia procesal, se prevé que las autoridades de competencia de las Partes puedan asistirse mutuamente para la localización y obtención de pruebas y testimonios, y en la obtención de consentimiento para desahogar voluntariamente las solicitudes de información en el territorio de la Parte requerida;
- *Positive comity*. Se prevé que si una de las Partes considera que en el territorio de la otra Parte se realizan actividades anticompetitivas que perjudican sus intereses importantes, podrá solicitar a las autoridades de competencia de la otra Parte que inicien los actos de aplicación de la ley pertinentes. La autoridad requerida debe considerar cuidadosamente el inicio de actos de aplicación de la ley, o ampliar los ya iniciados, con respecto a las actividades anticompetitivas indicadas en la solicitud. Sin embargo esto no implica una obligación de hacerlo.
- Asimismo, cuando la autoridad de competencia de una Parte considere que los actos de aplicación de la ley de una de las Partes puedan perjudicar los

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

intereses importantes de la otra Parte, cada Parte deberá, en el momento de evaluar las medidas a tomar, considerar todos los elementos que sean necesarios. Debe mantenerse informada a la autoridad de competencia de la otra Parte.

- Con respecto a la confidencialidad de la información, se establece que ésta debe privar al amparo de la legislación interna de cada Parte. Y si no media consentimiento del titular de la información, ésta no puede ser compartida entre las autoridades de competencia de las Partes.
- Se prevé respecto de la cooperación técnica, que funcionarios de ambas Partes puedan ser intercambiados con la finalidad de que sean capacitados e incrementen su experiencia práctica.
- Es posible que las Partes entren en consultas respecto de los temas del acuerdo; asimismo existe la posibilidad de que haya reuniones entre funcionarios de las autoridades de competencia de las Partes.

Capítulo 3. Fuentes de evidencia de los efectos en México

a. Casos mexicanos

La CFC tiene más bien muy breve experiencia en materia de persecución de PMA con alcance internacional. Se han perseguido y sancionado tres casos: lisina, vitaminas y ácido cítrico.

Solamente el caso del ácido cítrico nos ofrece información amplia acerca de los criterios y razonamiento de la CFC y de la defensa de los agentes económicos acerca de los efectos de la PMA que se debatieron. Los otros dos casos, por haber sido cerrados anticipadamente en virtud de la presentación de compromisos por parte de los agentes económicos, no hubo oportunidad de abundar sobre la evidencia de los efectos, aunque algo rescataré.

En *Kyowa Hokko Kogyo et al.*—Producción y comercialización de lisina sintética (IO-42-96) la CFC responsabilizó a *ADM Bioproductos* (filial de *Archer Daniels Midland*) y a *Kyowa Hokko Kogyo (Kyowa)* de haber incurrido en una PMA que había impactado en territorio mexicano. Asimismo, la CFC sostuvo que algunas de las empresas involucradas tenían intereses económicos en el mercado mexicano de la lisina.

La CFC señaló que *Archer Daniels* participaba en México por conducto de *ADM Bioproductos*, a través de la cual realizaba exportaciones a México. A su vez, *Kyowa* era propietaria del 75% de *Fermentaciones Mexicanas (Fermex)*.

La CFC sostuvo que como *Archer Daniels* había aceptado su responsabilidad en EUA por colusión internacional, y ésta tenía presencia en el mercado mexicano a través de *ADM Bioproductos* “existían indicios suficientes para presumir que la conducta había tenido efectos en territorio nacional”. Además señaló: “los precios de la lisina importada de EUA y vendida en México por *ADM Bioproductos* formaba parte de una colusión internacional”.

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

Respecto de *Kyowa*, se señaló que la participación en México se daba a través de *Fermex*, y por eso se le declaró responsable de la PMA. Sin embargo en este caso no se señaló que *Fermex* hubiese sido importador de lisina. En realidad *Fermex* tenía una planta de producción en el Estado de Veracruz. Y en este sentido no queda claro el razonamiento de la CFC acerca de por qué se responsabilizó a *Kyowa* si no pudo probarse el traslado de efectos a través por lo menos, de la colocación de producto en México.

Adicionalmente, la CFC señaló que las conductas habían tenido efectos en mercados relacionados, tales como los de alimentos, en donde la lisina se constituye como un insumo. Se impusieron multas de \$1'132,500.00 a *ADM Bioproductos*, y de \$566,250.00 a *Kyowa*.

Otra inconsistencia de esta resolución refleja cómo en el caso de *ADM Bioproductos* se impone una multa a la subsidiaria mexicana de *Archer Daniels*, porque fue a través de esta por la que la segunda participaba en el mercado mexicano, sin embargo en el caso de *Kyowa* el criterio no fue el mismo y es a ésta a quien se impone la multa y no a su subsidiaria, luego entonces ni siquiera existió un criterio para discernir a quién debía imponérsele la multa e imputarle responsabilidad: si a la subsidiaria o a la controladora extranjera que se había declarado culpable ante el DOJ de los EUA.

En *Hoffmann La Roche et al.*—Producción y comercialización de vitaminas (IO-09-99), la CFC señaló que había iniciado la investigación por “los efectos extensivos de las conductas realizadas por varias empresas a nivel internacional y por considerar que en territorio nacional radicaban sociedades filiales y/o subsidiarias de éstas con participación en los mercados de vitaminas en México”.

Las imputaciones en este caso por la comisión de prácticas monopólicas absolutas, no sólo fueron hechas a las empresas internacionales que se habían declarado culpables ante el DOJ de EUA sino que alcanzaron a sus filiales mexicanas de manera concreta. Por ello, *Hoffmann La Roche*, *Productos Roche México*, *Syntex*; *Rhone Polenc* (después *Aventis*) y *Aventis de México*; *BASF*

Aktiengesellschaft y *BASF Mexicana* presentaron compromisos para dar por finalizada la PMA y “garantizar” condiciones de competencia en los mercados de las vitaminas. De cualquier forma se impuso una multa de \$500,000.00 a las empresas de cada grupo.

En este caso, varía la determinación de la responsabilidad, pues no solamente fue impuesta la multa a la empresa controladora extranjera que se declaró culpable ante el DOJ de EUA sino también a otras empresas mexicanas que pertenecían al grupo. Actualmente esto no sería posible debido a que la SCJN ya ha establecido que debe probarse la intervención de cada empresa del grupo en la práctica, de otra forma no tiene porqué involucrarsele²¹⁵.

Debido a que los grupos presentaron compromisos para dar finalizada la práctica nos quedamos sin poder hacer un escrutinio más amplio de esta decisión de la CFC con respecto a esta PMA con alcance internacional.

Pero en *Archer Daniels Midland Co. et al.*—Producción, comercialización, distribución y venta de ácido cítrico (IO-14-98, RA-66-2001 y RA-68-2001) existe más material argumentativo tanto de parte de la CFC como de los agentes económicos, que en este caso tuvieron defensas más combativas.

Las empresas involucradas, y que habían aceptado responsabilidad ante el DOJ de EUA fueron *Archer Daniels*, *Harman & Reimer* y *Hoffmann La Roche*. La CFC estableció que *ADM Bioproductos*, *Mexama* y *Productos Roche* eran “los agentes económicos que participan en el mercado de la producción, comercialización, distribución y venta de ácido cítrico en la República Mexicana”, y había sido por conducto de estos que la concertación de precios realizada en el mercado internacional había tenido repercusiones en México “a través de la importación y por las decisiones de las presuntas responsables dentro del territorio nacional”.

En el caso de *ADM Bioproductos*, era una subsidiaria de *Archer Daniels* que importaba de ésta en EUA y de su matriz todo el ácido cítrico que comercializaba

²¹⁵ *Coca Cola Femsa y otras*, Amparo en Revisión 2127/2009, Primera Sala de la SCJN (nueve de junio de 2010).

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

en México, y el precio de venta en el mercado mexicano estaba en un 84% por el valor de adquisición del producto proveniente de EUA.

Mexama, subsidiaria de *Bayer*, era la única empresa que producía ácido cítrico en México. Pero también había importado ácido cítrico de *Harman & Reimer*.

Hoffmann La Roche participaba en México a través de *Productos Roche*, misma que importaba ácido cítrico exclusivamente de *Citrique Belge* que era a su vez controladora de *Hoffmann La Roche*.

La CFC estableció que *Hoffmann La Roche* se había declarado culpable ante el DOJ de EUA, y que no podía desconocer tal situación. Ese reconocimiento involucraba fijación del precio “en EUA y otros lugares”, y la CFC concluyó que “otros lugares” incluía México.

Harman & Reimer sostuvo que no existía en el expediente ningún documento del gobierno de los EUA que indicara que había cometido las prácticas y que si la CFC había obtenido de internet la información, esta no tenía ningún valor de prueba, que lo único que probaba era eran las declaraciones ante autoridad extranjera. Que la declaración de culpabilidad ante EUA no implicaba que *Harman & Reimer* hubiera sido culpable de la fijación de precios o segmentación de mercados en México. Señaló que la resolución del DOJ de EUA sólo podría tener efectos en EUA donde había sido ejecutada, al referirse a conductas acaecidas en ese país y para que tuviera efectos por lo menos hubiera sido legalizada.

En este caso se impusieron multas de \$7'500,000.00 a *Harman & Reimer*, \$500,000 a *Archer Daniels*, y \$400,000 a *Hoffmann La Roche*, estas dos últimas habían presentado compromisos para concluir con la práctica, por ello se redujeron las multas.

b. Consideraciones preliminares sobre el “acuerdo entre competidores”

Es necesario hacer una aclaración pertinente. Yo me refiero en esta tesis a la evidencia de los efectos en México de las PMA con alcance internacional. No me referiré a la prueba del acuerdo entre competidores.

En primer lugar, lo más relevante para que una autoridad atraiga y ejerza jurisdicción sobre una PMA con alcance internacional son sus efectos en el territorio del Estado que pretende sancionar, como ya lo establecí en el Capítulo 2.

Para que se configure una PMA, como ya lo establecí en el Capítulo 1, es necesario que concurren los siguientes elementos: un acuerdo entre competidores, y que se compruebe la existencia de un objeto o efecto. La prueba del acuerdo entre competidores es indispensable.

Sin embargo la prueba del acuerdo entre competidores escapa al alcance de este trabajo que se circunscribe a los efectos, y cuya evidencia es condición *sine qua non* para que la autoridad mexicana atraiga y ejerza jurisdicción sobre actos cometidos fuera del país pero con efectos en mercados mexicanos.

c. Fuentes de evidencia para acreditar efectos en México

En este apartado abordaré las fuentes de evidencia que pueden existir en casos de PMA con alcance internacional y que podrían ser útiles para probar sus efectos en México. La idea es establecer cuáles serían las fuentes que pueden arrojar evidencia y porqué. Asimismo, tocar brevemente cuál sería el alcance y los problemas que enfrentan estas fuentes de evidencia.

Para ello, hay que partir del supuesto de que se ha acreditado la existencia de un acuerdo entre competidores que presumiblemente ha afectado el mercado mexicano como parte de una colusión internacional. Pues bien, lo que sigue es probar el efecto (el objeto en este punto se vuelve irrelevante) de la colusión en México. Como ya lo estudiamos en el Capítulo 1 de este trabajo, hay cuatro tipos de efectos que podrían verificarse en México, a la luz del artículo 9 de la LFCE (en términos generales): fijación de precio, manipulación de oferta, división de mercados y repartición de licitaciones.

¿Pero cómo se verifican esos efectos en México? No es una tarea fácil, de hecho determinarlo es una tarea muy complicada para la CFC. Pero trataré de ponerlo en términos muy sencillos. Fijar el precio, manipular la oferta, dividir mercados y repartir licitaciones serán conductas que necesariamente se reflejarán en los bolsillos de los consumidores, pues como ya lo vimos en el Capítulo 1, la finalidad del cartel que comete la PMA es funcionar como monopolio y extraer rentas que no extraerían si el mercado funcionara competitivamente.

La premisa básica de la que parto será fundamental: necesariamente debe haber comercialización en México del producto sujeto a un acuerdo colusivo, que llamaré producto cartelizado. Si no hay comercialización no hay un efecto que pueda ser identificado y que se verifique y no existirá una evidencia seria de efectos en México.

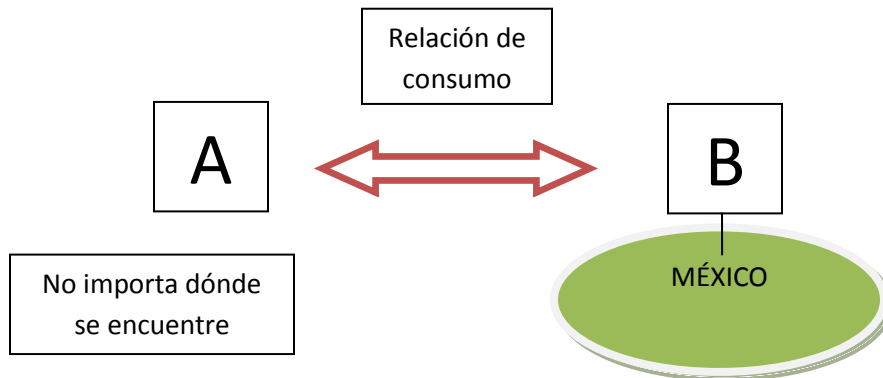
El producto cartelizado debe necesariamente salir del ámbito de los derechos de propiedad del agente económico coludido (A), y pasar a otro agente económico independiente de A que llamaré B. Ya sea que B se trate de:

- a) un consumidor final,
- b) un consumidor intermedio que utilice el producto cartelizado como insumo en la producción de un nuevo producto, o transforme el producto cartelizado para obtener uno diferente,
- c) un agente económico que re-exporte el producto cartelizado,

lo más importante es que B consume el producto cartelizado en México y lo adquirió de A.

Ese cambio de titularidad de los derechos de propiedad de A a B lo que establecerá es la procedencia del producto cartelizado: proviene de un agente económico que se ha coludido con otros para fijar precios, manipular oferta o dividir mercados en México. La comercialización establecerá que el producto cartelizado se consumió en México. Debe existir traslado de propiedad o algún acto jurídico con efectos similares del producto cartelizado por lo menos una vez.

Esta premisa básica de comercialización en México por tanto, tendrá siempre que ser administrada con la evidencia arrojada por las fuentes de las que hablaré a continuación.



Una vez que hemos establecido la comercialización en México y porqué es indispensable, hemos de detectar cómo ese producto cartelizado se ha podido comercializar en México. Sólo hay dos opciones: se ha producido en México o se ha importado desde el extranjero.

La producción en México del producto cartelizado o bien su importación serán fundamentales para determinar quién y cómo se ha comercializado en México, sin embargo el análisis económico siempre será indispensable para determinar cuál ha sido el comportamiento de las variables relacionadas con los productos cartelizados. Si se trata de probar que ha habido efectos, se supone que son efectos económicos que se verán reflejados en el comportamiento de variables. Cuando señalé que partíamos de asumir la existencia de un acuerdo, ahora ese punto de partida revela su importancia, pues la evidencia económica será necesaria para confirmar los comportamientos de variables relacionadas con el producto en el periodo en que el acuerdo ha estado operando, ello en México.

De acuerdo con lo anterior, desde mi punto de vista las fuentes que arrojan evidencia sobre efectos en México de una PMA con alcance internacional son tres:

- (i) **producción en México,**
- (ii) **importaciones, y**
- (iii) **análisis económico.**

Estas tres fuentes de evidencia habrán de vincularse necesariamente con la comercialización en México para que los efectos queden acreditados. Abordaré estas tres fuentes de evidencia.

i. Producción y comercialización en México

Debemos tener presente siempre que partimos del supuesto de que quedado probada la existencia de un acuerdo. Es posible que los agentes económicos coludidos a nivel internacional tengan presencia en México ya sea directamente o bien lo más común es que sea a través de subsidiarias y/o filiales. Estas subsidiarias o filiales deben estar controladas por los agentes económicos coludidos, pues si no es posible el control, difícilmente puede deducirse que son extensiones de sus casas matrices, y que forman parte de un mismo grupo de interés económico.

Estas subsidiarias o filiales (que para estos efectos llamaré “entidades relacionadas”) podrán ser quienes hagan extensivos en México los efectos del acuerdo de sus matrices. Ello a través del cumplimiento de las políticas o instrucciones que sus matrices les ordenen. Estas instrucciones podrán estar relacionadas con precios, niveles de producción, o incluso con clientes o territorios que deben “respetar” si es que hay una colusión respecto a división de mercado.

Si existe producción en México del producto objeto de la colusión internacional, lo más probable es que se hayan establecido topes o límites de producción para que el cartel llegue en conjunto al nivel de producción establecido.

Una aparente dificultad teórica estribaría en dilucidar quién comete la práctica y quién la implementa. Pero ya no es un difícil problema teórico-jurídico vincular legalmente a las entidades relacionadas con sus casas matrices para sostener el seguimiento de políticas o instrucciones.

En Canadá, por ejemplo, la sección 46 de la *Competition Act* establece como ilegales las conspiraciones, combinaciones, acuerdos o arreglos implementados en Canadá como resultado de directivas, instrucciones, políticas u otras

comunicaciones de personas fuera de Canadá en posición de dirigir o influir las políticas del acusado con el propósito de dar efecto a una conspiración que de darse en Canadá sería contraria a la ley. Esto es lo que los canadienses llaman *foreign directives* para referirse a instrucciones desde el exterior a entidades relacionadas. Incluso, la sección 46 de esta ley no requiere que la entidad relacionada tenga conocimiento de la conspiración²¹⁶.

En Europa, en el caso *ICI v. Commission*²¹⁷ se señaló que la conducta de una filial establecida dentro de la CEE podía ser imputada a la matriz situada fuera. También en *Continental Can v. Commission*²¹⁸ en base a que filial y matriz actuaron juntas como una unidad económica.

En México no tenemos algo igual a las *foreign directives*, pero tenemos la teoría del grupo de interés económico, que ha sido adoptada por los tribunales federales²¹⁹. Esta teoría se refiere también a una coordinación de intereses con propósito común. La dificultad sería práctica que podría surgir es demostrar que la entidad relacionada ha participado efectivamente en la implementación de la colusión²²⁰, y aquí llegamos al punto de la producción en México del producto

²¹⁶ Sullivan Michael, and Filion José; "The basics of international cartel enforcement in Canada", Competition Bureau of Canada (2004), p. 10.

²¹⁷ *ICI v. Commission*, case 48/69 [1972].

²¹⁸ *Continental Can v. Commission*, case 6/72 [1973].

²¹⁹ Tesis: "GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXVIII, Página: 1244. El texto es el siguiente: "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 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 Ley Federal de Competencia Económica, 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 concomitante."

²²⁰ La SCJN ha establecido que debe demostrarse la participación de cada entidad en la implementación del ilícito por parte de un grupo de interés económico, pues si no puede demostrarse no tiene por qué involucrarse a la entidad. Cfr. *Coca Cola Femsa y otras*, Amparo en Revisión 2127/2009, Primera Sala de la SCJN.

cartelizado. Por ejemplo, en *Archer Daniels Midland Co. et al.* la CFC sostuvo que las relaciones entre *Archer Daniels* y su subsidiaria no solo eran corporativas y comerciales, como accionista y proveedor, sino que se reflejaban en las políticas de precios, incluso la empresa subsidiaria había señalado que los precios en México se basaban en una lista mantenida por su matriz *Archer Daniels*.

Aquí la cuestión fundamental es determinar la producción en México del producto cartelizado por parte de una entidad relacionada. Es necesario que esa entidad relacionada este controlada por el agente económico coludido para considerarla como parte del grupo de interés económico, y en este sentido para considerar que ha recibido instrucciones o sigue políticas de la casa matriz o su controladora de última instancia, es decir, de la entidad coludida que ha tomado las decisiones para el grupo a nivel internacional.

En *Kyowa Hokko Kogyo et al.*, la CFC consideró que por el simple hecho de que *Kyowa* controlaba a una entidad relacionada en México, era responsable de una conducta cometida en el extranjero. En la resolución no hay argumentos lógico-jurídicos que nos permitan comprender por qué la CFC consideró que el control de una empresa mexicana era suficiente para responsabilizar a *Kyowa*, sólo se dice que es porque participaba en el mercado mexicano por conducto de *Fermex*, pero no se establece cómo se verificaba esta participación (producción en México o importaciones ¿?). Esta situación debe probarse.

Es posible que la producción en México sea a cargo de un agente económico independiente del coludido. En este caso existirán contratos de producción entre el productor directo y el coludido. Si es el caso, no podrá vincularse al productor con el agente económico coludido o grupo de interés económico si existe. Pero será muy útil contar con documentos que hagan prueba de la producción en México por parte de este agente económico independiente.

Lo importante será demostrar que existe producción en México del producto cartelizado y vincular esa producción con el agente económico coludido. Ya sea que los fabricantes reconozcan la producción en México, que haya

inspecciones a las instalaciones productivas, u otra forma de prueba, será necesario establecer que la comercialización del producto en México tiene como antecedente la producción en territorio mexicano (si es que no se importó) y que esa producción pueda atribuírsele al agente económico coludido ya sea directamente, a través de una entidad relacionada o bien por medio de algún contrato o cualquier otro acto jurídico por medio del cual haya encargado la producción en México del producto cartelizado.

En este contexto, la fuente de evidencia es la producción en México de los productos sujetos al acuerdo colusorio. Deberán existir en el expediente pruebas acerca de la producción en nuestro territorio.

En mi opinión, entonces, para considerar que en México están participando los agentes económicos coludidos por medio de la producción y comercialización, tendrían que concurrir los siguientes elementos:

- (a)** Producción en México del producto cartelizado
- (b)** Que esa producción sea atribuible a alguno de los agentes económicos coludidos en alguna de las formas siguientes:
 - i. Directamente (A)
 - ii. Indirectamente por medio de una entidad relacionada (B, controlada por A)
 - iii. Indirectamente por medio de un contrato o cualquier acto jurídico en virtud del cual A o B encarguen la producción a un tercero independiente (es decir la manden “maquilar”)
- (c)** Que esa producción se comercialice en México por lo menos a un mercado aguas abajo, es decir, se transfiera por lo menos a agentes económicos que lo compren como insumo, o bien si es producto final, a distribuidores o mayoristas.

Acerca del punto (a), podrán obtenerse declaraciones de los fabricantes acerca de la producción en México; podrán visitarse instalaciones de producción; u obtener algún tipo de documento que así lo demuestre.

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

En cuanto al punto (b) será necesario la obtención de documentos corporativos o contractuales y analizar a quién debe atribuirse la producción.

Acerca del punto (c), es complicado establecer quiénes son los consumidores que pueden sufrir los efectos de una colusión, pues esto dependerá del producto, ya sean productos de consumo final o bienes intermedios.

En todo caso, deberá probarse la comercialización en México, por lo menos en una venta de primera mano. Para ello serán suficientes facturas que amparen operaciones comerciales o contratos que acrediten un traslado de dominio de esa producción. En el caso de pedidos de producto o cartas de intención no considero que puedan ser pruebas útiles para mostrar la comercialización porque únicamente nos acreditan que hay la intención de establecer relaciones comerciales, pero no que ha existido efectivamente una comercialización del producto cartelizado.

Por eso es indispensable que la producción sea atribuible –mediante alguna forma de las mencionadas en el punto (b) anterior– directa o indirectamente al agente económico coludido, que una vez comercializándolas en México se supone que hará efectivo el acuerdo colusivo y eso se vería reflejado en precio, cosa que la evidencia económica nos dirá.

Si la producción en México se exporta, entonces los efectos no se verían verificados en México, pues dichos productos se comercializarían en el extranjero.

Un tema muy debatible es si la producción se exporta y en el extranjero se utiliza como insumo para la producción de productos que entran nuevamente al mercado mexicano como productos finales y se comercializan efectivamente en México ¿estaríamos en presencia de efectos?. Considero que sí, aunque la prueba será más complicada porque habrá que demostrar con importaciones y una evidencia económica sólida de que la producción mexicana incorporada en un producto final en el extranjero y que finalmente vuelve a entrar al mercado mexicano para ser consumido aquí trae incorporados insumos que están cartelizados.

ii. Importaciones y comercialización en México

Es la segunda fuente que nos puede arrojar evidencia sobre los efectos en México de una colusión internacional. Si el producto no se ha elaborado en México, entonces viene del extranjero vía importaciones. Este razonamiento es lógico, pero no deja de traer complicaciones incluso mayores que la de producción en territorio mexicano.

Por medio de importaciones, los agentes económicos coludidos podrán hacer extensivo a México los efectos del cartel internacional. Ya en *Archer Daniels Midland Co. et al.* la CFC estableció que “la concertación de precios realizada en el mercado internacional, tuvo repercusiones en México, ya que las empresas mexicanas *ADM Bioproductos, Mexama y Productos Roche* importaban ácido cítrico de *Archer Daniels, Harman & Reimer y Hoffmann La Roche*, trasladando los efectos de la colusión internacional al mercado mexicano”. Pero hay que ser muy pulcros con los pasos que se siguen y los razonamientos para atribuir las importaciones a los coludidos y por ende, responsabilidad.

En primer lugar, hay que establecer la importación efectiva de los productos cartelizados. Debe haber un exportador que coloca el producto en México y un importador que lo compra e introduce a México. ¿Pero quién es quién?

A es el exportador desde el extranjero. B es el importador. A, debería ser el agente económico coludido, o bien alguna entidad relacionada. B puede ser una sucursal de A, una entidad relacionada o bien un distribuidor independiente.

Necesariamente A debe ser el agente económico que ha llegado a un cartel. Ello en la medida en que el efecto en México derivado de la importación de productos cartelizados debe ser directo. Cuando me refiero a este agente económico también es posible considerar a una entidad relacionada (parte del mismo grupo de interés económico) con A. De otra forma no se actualiza el estándar de efecto directo. Pensemos en que A vende en el extranjero el producto cartelizado a una empresa X, independiente de A, y X es quien exporta el producto a México, entonces no puede responsabilizarse a A del traslado de un efecto a México,

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

porque ya no se trata de *efectos directos e inmediatos* sino indirectos y mediatos (a través de la entidad independiente X).

Por ejemplo en *Archer Daniels Midland Co. et al., Harman & Reimer* sostuvo que durante el periodo de la colusión no había producido, comercializado, distribuido y vendido ácido cítrico en México. La única forma en que se vinculaba a esta empresa era porque había vendido ácido cítrico a *Mexama* (empresa mexicana) en Laredo, Texas, y no a distribuidores ni consumidores finales en México, y eso no era participar en el mercado mexicano. Quien había introducido el producto cartelizado a México era una empresa que no tenía nada que ver con el acuerdo colusivo. *Harman & Reimer* no tenía presencia en México ni había colocado producto cartelizado en México. Me parece que fue incorrecto por parte de la CFC haber incluido a esta empresa, pues no pudo probarse su participación en México a través de producción o importación y su respectiva comercialización. De hecho la CFC sostuvo en *Organización de la Televisión Iberoamericana—Venta de tiempo de aire publicitario por televisión abierta en Brasil (DE-10-98)*, que un agente económico constituido conforme a leyes extranjeras y con operaciones en el extranjero no es un agente económico que tenga participación en México.

Entonces, los actores posibles son:

(a) Exportador desde el extranjero:

- i. Agente económico coludido: A
- ii. Entidad relacionada con A: A'
- iii. Agente económico independiente: X

(b) Importador:

- i. Agente económico coludido: A
- ii. Entidad relacionada: A'
- iii. Agente económico independiente: B

Ahora bien las combinaciones son 9, analicemos cada una:

1. *El exportador A y el importador A.* Estamos en presencia de una operación intrafirma. Coloca el producto en México y él mismo lo recibe, mediante una sucursal o bien mediante una oficina de representación, pero en este supuesto debemos asumir que el exportador y el importador en realidad es la misma persona jurídica. Ni siquiera se trata de una transferencia de propiedad, tan sólo de una transportación del producto. El problema que se plantea en esta situación es el llamado precio de transferencia que abordaré más adelante.
2. *El exportador A y el importador A'.* Esta operación ocurre entre el mismo grupo de interés económico. A, casa matriz y empresa coludida coloca en el producto en México, y es importado por A', entidad relacionada y controlada por A. Jurídicamente este caso es diferente al anterior, pero económicamente no, pues la operación no ha salido de la esfera de influencia del agente económico que en este caso podría formar un grupo de interés económico: A' seguirá las políticas foráneas de A. También se plantea el problema del precio de transferencia.
3. *El exportador A e importador independiente B.* La operación es distinta a las anteriores. A coloca en México el producto que ya viene cartelizado. Pero B no es parte del grupo económico, es un agente económico independiente que ha importado el producto ya sea como un insumo para otros productos, o bien como distribuidor para comercializarlo en México, o incluso reexportarlo.
4. *El exportador A' y el importador A.* Esta combinación es más bien teórica, pues se trata del caso en que la subsidiaria exporta a su matriz en México, quien es la importadora. Se trata de una operación entre el mismo grupo.
5. *El exportador A' y el importador A'.* También se trata de una operación entre el mismo grupo económico. Dos subsidiarias de la matriz hacen una operación por medio de la cual colocan el producto cartelizado en México.

6. *El exportador A' y el importador B.* Esta operación consiste en que A', una entidad relacionada con A, exporta a México el producto cartelizado y B lo importa como un agente económico independiente de A. Es la misma combinación que la 3.

7. Las siguientes tres combinaciones corresponden a una situación en la que X, un agente económico independiente de A exporta el producto cartelizado hacia México. No importa quién sea el importador en México, si A, A' o B, pues si no ha sido A o A' de quien proviene el producto cartelizado, no puede afirmarse que el efecto del cartel haya sido directo. X, ha exportado el producto a México, y aunque su procedencia indique que a su vez lo adquirió de A o A', éstos últimos no tienen control sobre la introducción a México del producto cartelizado y por tanto resultaría carente de sustento afirmar que el agente económico coludido (A) puede ser responsable por esto. Es la situación de *Harman & Reimer* que colocó el producto en Laredo, Texas, pero no fue quien lo introdujo a México.

No todas estas combinaciones y su prueba serán idóneas para coadyuvar a acreditar los efectos de la PMA. Las combinaciones 1, 2, 4 y 5 son operaciones entre partes relacionadas, y como tal, aún acreditadas no son suficientes para derivar la inferencia de los efectos de esas importaciones. Hace falta demostrar que ese producto importado sale del ámbito de los derechos de propiedad del agente económico integrado por A y A'. Esto implica efectivamente, demostrar la comercialización en México.

Con respecto a las operaciones entre partes relacionadas nos plantea el problema de los precios de transferencia. Importaciones consistentes en operaciones entre empresas del mismo grupo económico si bien queda registrada en los libros de cuentas nacionales y se contabiliza para efectos de la balanza de pagos, no es una operación económicamente relevante si observamos que ha sido una simple

transferencia interna de un grupo económico. Las importaciones siguen dentro del ámbito de los derechos de propiedad del grupo.

Los precios de transferencia son aquellos con los cuales operan las transacciones entre partes relacionadas, es decir empresas que forman parte del mismo grupo de interés económico. Las casas matrices al hacer la transferencia de pérdidas o utilidades entre sus diferentes entidades jurídicas implementan estos precios como vehículo de sus políticas de transferencia de recursos financieros, por ello muchas veces serán diferentes a los precios de mercado, es decir aquel que se fija por la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda. Están reglamentados por la *Ley del Impuesto sobre la Renta* para efectos fiscales.

La relevancia de hacer referencia a los precios de transferencia es que ellos es que, al ser diferentes a los precios de mercado, no reflejarán necesariamente los efectos de la PMA. Es necesario que al rastrear el producto importado a México, se averigüe su comercialización y los precios a los cuales se trasladó el dominio de ellos en el mercado mexicano. Para ello resulta fundamental la evidencia económica.

Lo que debe quedar muy claro es que en tratándose de operaciones entre partes relacionadas, aún con los pedimentos de importación, no será posible demostrar efectos si no existe la evidencia de comercialización en México y la evidencia económica que acredite que los precios de la comercialización son consistentes con un escenario colusorio. La verdad es que los precios de transferencia actúan como una defensa para el grupo económico, pues al interior del mismo tienen libertad para celebrar transacciones de acuerdo a su conveniencia, sin más limitaciones que aquellas para efectos tributarios.

Entonces, si las importaciones implican operaciones entre partes relacionadas, en virtud de los precios de transferencia, los efectos en México no podrán buscarse en estos precios sino en aquellos en los que se comercialice el producto en México a un agente económico independiente de aquel que ha arreglado las importaciones.

Ahora bien, para que la responsabilidad pueda alcanzar a la matriz que ha transferido las importaciones a su subsidiaria en México, será necesario aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo o de grupo de interés económico, vinculado con la prueba del acuerdo colusivo, mismo del que ya he hecho referencia antes.

Por otra parte, las combinaciones 3 y 6 plantean la situación de que A o A', es decir el agente económico coludido, exporta a México el producto cartelizado, que es importado por un agente económico independiente B. Esta situación actualiza un efecto directo sobre el mercado mexicano. El producto cartelizado es exportado a México por el agente económico coludido, y si la evidencia económica lo confirma, el efecto ha sido trasladado a México, aquí no existe el problema de los precios de transferencia. El precio de importación será el precio de mercado, que se supone ya estaría afectado por la colusión. La evidencia económica lo confirmará. Aún así sigue siendo indispensable que aquel importador independiente comercialice en México el producto, o bien lo utilice como insumo para producir nuevos productos. En el segundo caso será necesaria también la prueba de la comercialización del producto final en México.

Hay otro problema que enfrentan las importaciones como fuente de evidencia de los efectos de la colusión. Se trata del problema de regímenes de importación. Ya lo he venido mencionado con relación a que resulta indispensable la comercialización en México del producto sujeto a un acuerdo de colusión, pero a diferencia de la producción en México, cuando hablo de importaciones, ésta fuente de evidencia reviste detalles *sui generis*. Los productos importados no están necesariamente sujetos a ser comercializados en México, pues existen, regímenes de importación y programas de apoyo a las exportaciones.

En cuanto a regímenes de importación, éstas pueden ser definitivas o temporales. En cuanto a programas de apoyo a exportaciones, se trata de mecanismos que implican que los productos importados, sean entre partes relacionadas o entre agentes económicos independientes, estén sujetos a incorporarse como insumos

a nuevos productos que son exportados desde México, o bien, a sufrir transformaciones para convertirse en productos también exportados. La industria maquiladora es particularmente relevante al hablar de estos programas y regímenes de importación.

Las importaciones temporales entonces, aún cuando se trate del producto cartelizado, si son re-exportadas por sí mismas o como parte de un producto más elaborado y del que formen parte, entonces no han visto verificados efectos en territorio mexicano, pues los efectos se verificarán en donde se comercialicen finalmente los productos. Tan es así que para efectos tributarios la entrada al país de mercancías extranjeras para permanecer en él por tiempo limitado y con una finalidad específica no está sujeta al pago de impuestos al comercio exterior, ni de cuotas compensatorias²²¹. En esta virtud, hay dos formas:

- Importación temporal de mercancías para retornar al extranjero en el mismo estado que fueron importadas, es decir, la mercancía no debe de sufrir ninguna alteración
- Importación temporal de mercancías para someterlas a procesos de elaboración, transformación o reparación en programas de maquila o de exportación

En ambas tesis no hay efectos acreditables en México. Si las importaciones temporales resultan transacciones entre partes relacionadas, el producto no ha salido de la esfera de sus derechos de propiedad, ¿dónde está el efecto? ¿dónde hay consumidores pagando precios de colusión?, no los hay, no existe ningún efecto en México.

²²¹ Salvo que la introducción de las mercancías se realice bajo un programa que difiere o devuelve aranceles o que la propiedad de las mercancías se transfiera o enajene (a excepción de las realizadas entre empresas IMMEX). El Programa IMMEX sustituyó al Programa PITEX de acuerdo al artículo segundo transitorio del *Decreto por el que se modifica el diverso para el fomento y operación de la industria maquiladora de exportación*, publicado en el DOF el 1 de noviembre de 2006 Fuente: SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, Legislación y normatividad, http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/informacion_fiscal/legislacion/52_7456.html. Este programa utiliza el régimen de importación temporal previsto en la *Ley Aduanera* (art.104 y siguientes) para permitir el diferimiento del pago de aranceles cuando la mercancía importada temporalmente es transformada o incorporada a un producto que va a ser exportado. *Ley Aduanera*, DOF 15 de diciembre de 1995, última reforma publicada DOF 02 de febrero de 2006. Fuente: CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, en *Leyes Federales Vigentes*, México, 2011, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/12.pdf>

Y si el importador es independiente al agente económico que colocó el producto en México, tampoco hay efectos si las mercancías regresan al extranjero en virtud de su incorporación en nuevos productos o su transformación, de nuevo: ¿dónde está el efecto? Podría pensarse que el agente económico que importó está pagando un precio de colusión, pero ¿cómo se explica entonces que ese producto saldrá de nuevo al extranjero trasladando un “posible efecto” a mercados extranjeros? ¿se hablaría de un “efecto temporal” que se desvanece? Me parece que no hay efecto, porque éstos se producirán en todo caso en el extranjero, no en México.

Así que habrá que tener mucho cuidado cuando se trate de importaciones que se realicen al amparo de la regulación sobre importaciones temporales. Estas importaciones temporales a nada conducirán para probar efectos en México de una colusión internacional. Hay un elemento lógico que resulta crucial: si los productos importados regresarán al extranjero en virtud de su modificación o incorporación en nuevos productos, es evidente que no hay comercialización en México y tampoco efectos.

Las importaciones deberán quedar acreditadas con los pedimentos de importación que formulan los agentes aduanales, y que se encuentran regulados por la *Ley Aduanera*. Las facturas no serán indispensables en operaciones de comercio exterior en la medida en que el pedimento de importación ya registra los datos de las operaciones que se encuentran en las facturas.

Sobre la comercialización en México ha de mencionarse que ya sea que el producto importado se incorpore a nuevos productos como insumo, o se transforme simplemente, o incluso que sea susceptible de venderse como producto final, éste debe verificar por lo menos una venta de primera mano a un agente económico independiente de aquel que ha importado el producto. Esto resulta indispensable, de otra forma los efectos siguen sin trasladarse al mercado mexicano. Por ejemplo, en *Archer Daniels Midland Co. et al., ADM Bioproductos* (subsidiaria de *Archer Daniels*) señaló que sí había comercializado ácido cítrico en

México a través de una subsidiaria, y reconoció efectos en México vía importaciones.

Entonces, en el caso de que el producto sujeto a un acuerdo colusivo provenga del exterior será necesario contar con los pedimentos de importación, demostrar la comercialización en México y administrarlo con la evidencia económica. De hecho, aunque no fue muy claro, en *Archer Daniels Midland Co. et al.* la CFC señaló que “las repercusiones en territorio nacional quedaban constatadas por las importaciones y por decisiones de los presuntos responsables dentro de la República Mexicana” (refiriéndose a los precios que fijaba la matriz). Se trató de una amalgama de evidencia que conjugaba importaciones con *foreign directives*, o políticas dictadas por la matriz a la subsidiaria. Sobre este punto ya se tocó el tema en el apartado sobre Producción en México de este mismo Capítulo 3.

Pero insisto en que las simples importaciones son incapaces de generar convicción por sí mismas. En *Archer Daniels Midland Co. et al.*, la defensa de *Hoffmann La Roche* también argumentó que la importación de productos por sí misma no generaba efectos materiales en materia de competencia económica en México. Y tenían razón, porque la misma CFC, ante ello señaló que las importaciones de ácido cítrico introducidas a México, habían ocasionado que el ácido cítrico se adquiriera al precio que se había concertado por las empresas emplazadas y lo vendieran a México durante el periodo que había durado la concertación.

Sin embargo esto que señaló la CFC revela la necesidad de vincular la evidencia de importaciones con la evidencia económica que construya precisamente la explicación acerca del comportamiento de los precios y su consistencia con un acuerdo colusivo, durante el periodo investigado. Lo relevante de la cita consiste en señalar que las importaciones necesariamente han de vincularse con su comercialización en México y la evidencia económica.

Un tema que se discutió en *Archer Daniels Midland Co. et al.*, fue el relativo a la cantidad de las importaciones en relación con los efectos que trataban de

acreditarse. La CFC señaló que era innecesario hacer referencias a las cantidades de importación y/o el monto que dichas cantidades habían implicado en toneladas métricas, en virtud de que “la práctica se cometía desde el momento en que el producto entraba con un precio concertado a territorio mexicano”. La CFC sostuvo que los precios de las cantidades importadas llegaron concertados a México y las cantidades eran relevantes solo para determinar la magnitud del daño causado al mercado mexicano.

Desde mi punto de vista, la CFC cometió un error metodológico, pues no se alcanzó a comprender que la práctica no se cometía con la importación, sino que era la importación la fuente de evidencia con la que (entre otros elementos) podían probarse los efectos de la conducta. Me parece que la CFC confundió los elementos de una conducta con la prueba de sus efectos. Porque resulta indispensable la prueba del acuerdo para que se acredite la PMA.

Pero en cuanto a la cantidad de las importaciones me parece que no es relevante ésta, siempre y cuando se verifiquen efectos en el mercado mexicano. Es decir, los efectos de las importaciones se encuentran relacionados de manera directa con el tamaño del mercado. De tal manera que la cantidad de lo importado es siempre relativa, pues está en función del tamaño del mercado y del papel que juegue en este. Es Una cuestión de hecho a determinarse caso por caso.

Entonces, de acuerdo a lo que he planteado, para que las importaciones sean una fuente de evidencia con el alcance correcto, a mi juicio, es necesario que:

- (a)** Se trate de importaciones del producto cartelizado;
- (b)** Las exportaciones del producto cartelizado hacia México sean atribuibles al agente económico coludido (ya sea directamente o a través de alguna entidad relacionada), independientemente de quién sea el importador;
- (c)** No se trate de importaciones sujetas a la regulación aduanera sobre importaciones temporales;
- (d)** Se comercialice el producto importado en México,

- (e) La comercialización implique una transferencia de propiedad del agente económico importador a un agente económico diferente.

iii. Evidencia económica

El análisis económico es la tercera fuente de evidencia de los efectos de una PMA con alcance internacional. Lo llamo evidencia económica en virtud de que por sí mismo, las técnicas de análisis económico nos pueden arrojar evidencia capaz de persuadir, administrada con otros elementos de convicción, para acreditar los efectos.

La evidencia económica es fundamental en procedimientos de competencia económica. La convergencia internacional, ha posibilitado que haya un consenso por el uso de la economía en el análisis de los casos. La función más importante del análisis económico radica en darle forma y sentido al vasto caudal de información fáctica que se encuentra en el centro de cualquier análisis de competencia²²².

Pero, ¿porqué la economía es tan importante para el sistema de competencia económica?. En primer lugar, la economía es el sustento de la política de competencia. En segundo, ofrece una base teórica del porqué ciertas situaciones conducen a determinados efectos. Y en tercer lugar, ofrece una forma de allegarse con una evidencia apropiada para examinar si los efectos se actualizan.

El razonamiento económico (razonamiento acerca de interacciones entre compañías, acciones, incentivos, características de los mercados, bienestar del consumidor) nos sirve para la identificación de cuestiones fácticas que tienen que ser probadas para sustentar un fallo en cada caso en particular. Sobre todo, la economía nos provee de una ruta para evaluar el efecto de un conjunto de circunstancias.

²²² Freeman, Peter; "The significance of economic evidence in competition cases", *IEA BEESLEY LECTURE SERIES 2009*, UK Competition Commission (octubre, 2009), p. 15.

Desde mi punto de vista, la evidencia económica ofrece las siguientes ventajas para la evaluación de los efectos:

(a) Ofrece un enfoque más sistemático

El primer beneficio de usar análisis económico, es que se pueden identificar relaciones entre datos que serían difíciles de discernir de una mera inspección superficial. Las técnicas cuantitativas del análisis económico hacen más fácil el llegar a ciertas conclusiones. Nos permite una visión comprehensiva (de abarcar) de la totalidad de la evidencia y una evaluación sistemática de la misma evidencia.

(b) Robustece las inferencias de las otras fuentes de evidencia

Las técnicas cuantitativas del análisis económico también pueden ser usadas para generar inferencias más robustas a partir de las otras fuentes de evidencia. Una inspección superficial de los datos podría sugerir, por ejemplo, que los precios fueron más altos durante el periodo de operación de un cartel. Pero puede haber factores externos de confusión. Imaginemos que el periodo se traslapa con aquel en donde los costos fueron inusualmente altos, entonces el análisis superficial no ha sido útil, y he allí donde el análisis económico revela su utilidad. El mismo problema puede funcionar en dirección contraria, imaginemos que la simple inspección llega a la conclusión de que los precios no se incrementaron, pero el análisis económico revela en cambio que detrás hay una caída de los costos. Análisis de regresiones múltiples o series de tiempo, por ejemplo, son técnicas del análisis económico que pueden ayudar a revisar factores que confunden, o que no aíslan otros factores que un simple análisis superficial pasaría por alto.

El análisis económico, podría dar la ilusión de exactitud, y no siempre es así. Hay que ser muy prudentes, pues se necesita una evaluación cuidadosa de precisamente cuál es la evidencia que el análisis está

proveyendo. La evidencia económica debe ser confiable respecto de los hechos que registra e interpreta y las conclusiones que ese análisis puede sostener, pero si se realiza adecuadamente y en relación con las cuestiones relevantes que el juzgador se pregunta²²³.

(c) Ponderación

Un tercer beneficio está en la ponderación. Las técnicas del análisis económico que ofrecen estimados del tamaño de los efectos pueden ser muy útiles cuando las conclusiones descansan en la ponderación de diversos factores. La ponderación puede ser útil en cuanto a su posible confrontación con la evidencia directa. Imaginemos que el análisis económico no apoya la teoría de una colusión, por ejemplo se llega a la conclusión de que los precios durante el periodo en que se supone hubo colusión, incluso bajaron a favor de los consumidores. Si la evidencia directa no es sólida, y la evidencia económica muestra este tipo de resultados, entonces una ponderación de pruebas indicaría que no existe una colusión (habría contra-indicios). Pero también al contrario. Cualquier decisión involucrará un cuidadoso balance de toda la evidencia, de todos los tipos.

Amén de estas ventajas, también debe evaluarse la calidad de la evidencia económica que se presenta. El análisis económico es asimilable a la prueba científica, a lo que se conoce en los países de habla inglesa como *expertise*, es decir la prueba de experto. Y como prueba de experto debe estar sujeta a ciertas reglas para cuidar su calidad y su nivel de persuasión.

Por ello, resulta relevante rescatar lo aquellas reglas de evidencia basadas en una decisión de la Suprema Corte de los EUA *Daubert v. Merrell Dow*²²⁴, en donde se estableció una lista de consideraciones en relación con el llamado *expertise*, prueba científica:

²²³ Como dice un dicho: mejor una respuesta poco clara a una pregunta correcta, que una respuesta clara a una pregunta incorrecta.

²²⁴ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993).

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

1. ¿La técnica o teoría del experto es examinable o ha sido examinada, es decir, puede ser retada objetivamente?
2. ¿La técnica o teoría ha estado sujeta a revisión por parte de otros expertos y se ha publicado?
3. ¿Cuál es la tasa de error conocida o potencial de la técnica o teoría?
4. ¿Hay estándares o controles aplicables y han sido observados?
5. ¿La técnica o teoría ha sido generalmente aceptada por la comunidad científica?
6. ¿Los expertos han tomado en cuenta adecuadamente las obvias explicaciones alternativas?
7. ¿La evidencia es relevante para los cuestionamientos actuales que se hace la corte?

Estas consideraciones en forma de pregunta establecen un estándar de calidad al que se deben sujetar las evidencias científicas. La evidencia económica no tiene porqué escapar de este estándar, y considero pertinente que ya sea que la autoridad sostenga un caso que incluya evidencia económica, o bien que el particular presente un peritaje económico, ambos deben sujetarse a estas consideraciones de calidad de *expertise* para que tengan el ánimo de convicción que pretenden.

Claramente haciendo eco de este estándar establecido por la Corte de los EUA, en México, el ministro de la SCJN Cossío Díaz, desarrolló un criterio que estableció la validez del conocimiento científico para ser tomado en cuenta por un juzgador. De acuerdo con este criterio, son dos las consideraciones:

1. Que la evidencia científica sea relevante para el caso concreto
2. Que la evidencia científica sea fidedigna, esto es, que se haya arribado a ella a través del método científico

El criterio completo es el siguiente:

CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS. CARACTERÍSTICAS QUE DEBEN TENER PARA QUE PUEDAN SER TOMADOS EN CUENTA POR EL JUZGADOR AL MOMENTO DE EMITIR SU FALLO.

Los tribunales cada vez con mayor frecuencia requieren allegarse de evidencia científica para la resolución de los asuntos que son sometidos a su conocimiento, debido a los avances de los últimos tiempos en el campo de la ciencia y a las repercusiones que esos hallazgos pueden representar para el derecho. De esta forma, en muchas ocasiones los juzgadores requieren contar con la opinión de expertos en esas materias para proferir sus fallos de una manera informada y evitar incurrir en especulaciones en torno a ámbitos del conocimiento que van más allá del conocimiento del derecho que el juzgador debe tener. Al respecto, debe tenerse presente que el derecho y la ciencia son dos de las fuentes de autoridad más importantes para los gobiernos modernos, aun cuando tienen origen, fundamentos y alcances diversos. Los productos de ambas ramas del conocimiento se presumen imparciales, ajenos a intereses particulares y válidos sin importar el contexto inmediato de su generación; de ahí que frecuentemente orienten las políticas públicas y sirvan de fundamento para evaluar la racionalidad de las decisiones políticas. Juntos, el derecho y la ciencia, constituyen un medio para asegurar la legitimidad de las decisiones gubernamentales, ello a partir de las diversas modalidades de relación que entre ambos se generan. Precisamente por ello, en diversas decisiones jurisdiccionales, como sobre la acción de paternidad, por ejemplo, los avances de la ciencia son indispensables para auxiliar al juzgador a tomar sus decisiones. La propia ley lo reconoce así al permitir que de diversas maneras se utilicen como medios de prueba diversos elementos aportados por la ciencia y la tecnología. En esos casos, debido a la naturaleza de las cuestiones que serán materia de la prueba, al requerirse conocimientos científicos y tecnológicos, se utiliza la prueba pericial, mediante la cual un especialista presta auxilio al juzgador en un área en la que éste no es un experto. Ahora bien, para que un órgano jurisdiccional pueda apoyarse válidamente en una opinión de algún experto en una rama de la ciencia, es necesario que esa opinión tenga las siguientes características: a) Que la evidencia científica sea relevante para el caso concreto en estudio, es decir, que a través de la misma pueda efectivamente conocerse la verdad de los hechos sujetos a prueba, y b) que la evidencia científica sea fidedigna, esto es, que se haya arribado a ella a través del método científico, para lo cual se requiere,

generalmente, que la teoría o técnica científica de que se trate haya sido sujeta a pruebas empíricas, o sea, que la misma haya sido sujeta a pruebas de refutabilidad; haya sido sujeta a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica; se conozca su margen de error potencial, y existan estándares que controlen su aplicación. Si la prueba científica cumple con estas características, el juzgador puede válidamente tomarla en cuenta al momento de dictar su resolución²²⁵.

Ahora bien, resulta crucial que la evidencia económica se encargue por lo menos del análisis de los siguientes rubros:

(i) Comportamiento de precios

En primer lugar debe hacerse un análisis del comportamiento de los precios del producto que se supone está sujeto a un acuerdo colusivo. El análisis debe mostrar la variación de los precios, incluyendo un periodo anterior a aquel en el que se presume la existencia del acuerdo, el periodo de funcionamiento del cartel, y el periodo posterior, si es que el cartel ha dejado de operar.

Este análisis es crucial para confirmar que los efectos existen. Lo lógico es que durante el periodo de funcionamiento del cartel, los precios sean significativamente superiores a aquellos precios en los periodos en los que no ha existido colusión.

En *Archer Daniels Midland Co. et al.*, la defensa de *Harman & Reimer* sostuvo que no había evidencia de que el ácido cítrico que había entrado al mercado mexicano lo hubiera hecho a precios concertados. Pero la CFC sostuvo que al incrementar el precio de manera coincidente con los miembros del cartel, transmitió los efectos de la práctica a México, y que el precio en México se incrementó por encima del incremento en costos. *La Roche* señaló que la CFC también debía de establecer los precios de la concertación, y los precios antes y después de la concertación,

²²⁵ Registro No. 173072. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXV, Marzo de 2007. Página: 258. Tesis: 1a. CLXXXVII/2006. Tesis Aislada. Materia(s): Común.

ello para apreciar el impacto o efecto de la concertación. En este caso, la CFC sostuvo que se habían aplicado precios por encima de su tendencia en el periodo de vigencia del acuerdo colusivo, es decir, se vendieron a precios consistentes con el acuerdo internacional de precios. Pero no se ofreció evidencia respecto a estas decisiones. Y esto nos lleva al siguiente punto.

(ii) Covariación de precios

Debería mostrarse un análisis de co-variación del precio en México con respecto al precio en el mercado internacional o incluso en aquel mercado de donde provienen las importaciones. Este análisis es importante porque revelará si efectivamente en México hay una homologación del precio del producto cartelizado con respecto a aquellos mercados en los que se supone también opera el cartel. Si hay una covariación similar, es decir, un comportamiento de precios similar, ello constituirá un indicio muy fuerte sobre los efectos en México, que habría que administrar con otros elementos de prueba. Pero también puede funcionar en contrario y mostrar, por ejemplo, que mientras en otros mercados los precios fueron más altos, en México incluso bajaron los precios. Esto último, por supuesto constituirá un indicio en contrario que habría que valorar en sus justas dimensiones. Una covariación generalmente se muestra en un gráfico con las trayectorias de dos variables, y pueden observarse las diferencias o similitudes de sus comportamientos en el mismo gráfico.

(iii) Análisis de las características y comportamiento del mercado

En el Capítulo 1 ya escribí acerca de si debería o no hacerse un análisis del mercado relevante en tratándose de procedimientos de PMA. La CFC ha considerado que no, aunque la doctrina no es unánime. Yo me inclino porque sí debería hacerse tal análisis, sobre todo en la medida en que deben ser determinados los competidores, lo cual implica señalar los motivos de esa determinación, y por ende, analizar en qué mercado concurren esos competidores. Pues bien, aquí se revela aún más la importancia de hacer un análisis de mercado relevante para la determinación de efectos de una PMA.

El tamaño del mercado será importante, porque el tamaño de los efectos está en función de ello. Habrá mercados que por su propia naturaleza sean proclives a mostrar comportamientos cercanos al de un cartel, y en el que sin embargo, no lo haya. Por ejemplo, podría existir una rotación de clientes muy baja, es decir una baja movilidad de proveedores entre los consumidores de determinado producto, y parecería que existen cliente cautivos, y de ello podría derivarse la presunción de una división de mercados. Pero si se entra a un análisis más profundo, podría demostrarse que las particularidades de ese mercado, permiten e incluso tienden hacia ese comportamiento, ya sea porque los clientes sean leales a sus proveedores, por un buen servicio, porque las inversiones son a largo plazo y prefieren la confianza de un solo proveedor, por cercanía, etc.

Este punto de análisis debería incluir un intento de aislar factores que influyan en los precios pero que no sean producto de una decisión colusoria. Por ejemplo, análisis del comportamiento de los costos de producción, de transporte, impuestos, etc.

De tal manera que el análisis de las características y comportamiento de mercado revelan ser cruciales en la valoración de los efectos de un cartel internacional. Si no se analiza el mercado, desde mi punto de vista, no sólo la evidencia económica será débil, sino que la acusación y eventual resolución serán incompletas.

(iv) Análisis de la comercialización en territorio mexicano.

Este punto debe ser también tratado por la evidencia económica y es complementario del punto i. Es posible que la información de los precios del producto cartelizado sea obtenida de los agentes económicos coludidos, pero me parece importante que además pueda exigirles información de ventas, como facturas de las que he hablado cuando me refiero a comercialización en México.

Lo que debería establecerse con el análisis de la comercialización es la verificación de los precios efectivamente cobrados en territorio mexicano y las cantidades comercializadas. Con estos datos sabremos cómo fueron afectando

esos cambios de precios a los consumidores en México, y cuándo se verifican los puntos de inflexión de los precios cobrados y cómo influyó esto en las cantidades consumidas. Para cuantificar los efectos, éste análisis de comercialización será fundamental.

En *Archer Daniels Midland Co. et al.*, la defensa de *Harman & Reimer* argumentó que la CFC no había investigado ni probado cuáles eran los precios a los cuales las empresas mexicanas importadoras de ácido cítrico habían pagado precios originados por la supuesta colusión ni mucho menos que los precios a los cuales esas empresas vendieron en México hubiesen visto afectadas por tal colusión. Por eso era falso que se hubiesen trasladado los efectos de dicha concertación de precios del mercado internacional al mexicano. Esa afirmación me parece que fue correcta, y estimo que la CFC debió haber establecido la comercialización en México y los precios a los que se llevó a cabo.

(v) Análisis de la presencia y poder de otros competidores

Este punto quizá debería incluirse en el análisis del mercado, pero he querido separarlo por su importancia. De acuerdo con la teoría económica para que un cartel tenga posibilidades de éxito es necesario que controle la mayor parte de la oferta de su mercado, pues si esto no es así, de poco servirá la coordinación ya que otros competidores podrán hacerlo fracasar intentando aprovecharse de clientes dando precios más bajos. En suma, es absurdo querer influir en un mercado si el cartel no controla la mayor parte de su oferta. Y esto se vuelve relevante en nuestro análisis. Imaginemos un cartel internacional cuyos miembros participen en México en un porcentaje menor al 50%. Imaginemos que hay competidores en México que son capaces de aprovecharse de que los precios del cartel han sido superiores, y la evidencia económica muestra que los clientes que antes consumían de aquellos cartelistas ahora son clientes de otros que no participan en el cartel, es decir, han perdido participación de mercado en México; aunque durante un breve periodo hayan podido comercializar producto cartelizado en México, ¿dónde están los efectos sustanciales si los cartelistas han perdido clientes, si han dejado de vender? Esto es precisamente lo que provoca el proceso

de competencia: que aquellos que den más barato puedan tener más clientes y aquellos que vendan más caro pierdan participación.

Por ejemplo, en *Archer Daniels Midland Co. et al.*, la defensa de *Harman & Reimer* sostuvo que las cantidades de exportación sí eran relevantes, sobre todo si la CFC pretendía sancionar los efectos de la colusión en el mercado mexicano porque un porcentaje menor al 17% de las importaciones colocadas por los coludidos no podía afectar al mercado mexicano y que entonces la CFC debía haber valorado el contra-efecto derivado de la importación de otros distribuidores mexicanos de ácido cítrico proveniente de agentes no coludidos.

Por ello este análisis es importante. Hay que observar cuál es el poder de los agentes económicos no adheridos al cartel y si su conducta ha influido para minimizar los efectos del cartel. En este caso me parecería que si se demuestra la pérdida de participación de los cartelistas a favor de otros agentes económicos, no hay *efectos sustanciales* y por ende no hay un caso.

El análisis económico es muy importante para la evaluación de los resultados de casos después de las conductas que constituyen el acuerdo, y es algo que se debe tomar muy en serio en los casos de competencia económica.

La evidencia económica no es una suerte de prueba aislada desvinculada de una tipología legal. Absolutamente que no. Es cierto que el particular puede ofrecer un peritaje en materia de economía en su defensa, y en este caso la tipología legal será la prueba pericial, pero lo que me interesa resaltar es el uso de la tipología legal que reviste la evidencia económica cuando es utilizada por la autoridad para sostener un caso.

En el sentido de que otorgarle a la evidencia económica un sentido de complementariedad con otras fuentes de evidencia, me inclino por darle un carácter de lo que se conoce en derecho anglosajón como *adminicular evidence*, es decir, evidencia adminiculativa, que consiste en una evidencia auxiliar o

corroborativa presentada con el propósito de explicar o completar otra evidencia²²⁶.

Pero de acuerdo con nuestro Derecho, es claro que la evidencia económica reviste el carácter de prueba circunstancial. En oposición a prueba o evidencia directa, la prueba circunstancial se construye de manera indirecta. Los tribunales han establecido una vasta jurisprudencia, cuyo análisis excede los objetivos de este trabajo. Basta con delinear brevemente sus características.

En materia de competencia económica, los tribunales y han aceptado el uso de evidencia indirecta para probar prácticas monopólicas:

COMPETENCIA ECONÓMICA. LA PRUEBA INDIRECTA ES IDÓNEA PARA ACREDITAR, A TRAVÉS DE INDICIOS, CIERTOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS A PARTIR DE LO QUE SE CONOCE COMO LA MEJOR INFORMACIÓN DISPONIBLE, RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DE EMPRESAS QUE HAN CONCERTADO ACUERDOS PARA LLEVAR A CABO PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. En materia de competencia económica es difícil establecer con precisión cómo se ha concertado un acuerdo o llegado a un comportamiento anticompetitivo, dado el cuidado que los interesados ponen para velar u ocultar cualquier vestigio de ello, por lo cual es evidente que, en la mayoría de los casos, no puede encontrarse prueba directa de la conducta desplegada por el agente o agentes involucrados, ni de todos los detalles que, por obvias razones, se ocultan u oscurecen, para lo cual debe hacerse una labor de enlace o adminiculación de diversos hechos conocidos para extraer una presunción o hipótesis a partir de un indicio, y derivar inferencias basadas en la experiencia que lleven al conocimiento del hecho principal, sin que pueda exigirse un mayor rigor en el acreditamiento de circunstancias y móviles, dada su naturaleza. En ese orden de ideas, acorde con lo dispuesto tanto en la Ley Federal de Competencia Económica como en su reglamento, la prueba indirecta es idónea para acreditar, a través de indicios suficientes, adminiculados con enunciados generales, ciertos hechos o circunstancias a partir de lo que se conoce como la mejor información disponible, respecto de la actuación de empresas que han concertado acuerdos para llevar a

²²⁶ Voz *Adminicular evidence*, Black's Law Dictionary. Ninth ed., West, 2009.

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

cabo prácticas monopólicas; pues es de esperarse que los actos realizados por esas empresas para conseguir un fin contrario a la ley, sean disfrazados, ocultados, seccionados, diseminados a tal grado que la actuación de la entidad, como tal, se haga casi imperceptible y ello haga difícil, cuando no imposible, establecer mediante prueba directa la relación que existe entre el acto realizado y la persona moral o entidad a la que pretenda imputarse su realización²²⁷.

Ahora bien, la prueba circunstancial está constituida por indicios y por una presunción, por ello también se le ha llamado prueba de indicios o indiciaria, aunque desde mi punto de vista debemos ser más precisos, y he de señalar que los indicios son los hechos base que se encuentran plenamente probados y a partir de los cuales se hace una inferencia lógica que permite llegar a una presunción. Esta presunción o hipótesis será resultado del enlace o administración de diversos indicios:

$$\textit{Prueba circunstancial} = \textit{Indicios} + \textit{Presunción}$$

La presunción consiste en un razonamiento lógico que deduce un hecho o conduce a una inferencia a partir de los indicios. Pero debe existir un nexo causal lógico, válido y objetivo que vincule los indicios con la presunción. Sobre la estructura de la prueba circunstancial, son reveladores los siguientes criterios judiciales:

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, REGLAS DE LA. La prueba circunstancial debe someterse a dos normas fundamentales, esto es, que se encuentren demostrados los hechos de los que se deriven las presunciones y que exista un enlace más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca, en la inteligencia de que tal enlace debe ser objetivo y no puramente subjetivo. Por consiguiente, cuando los hechos básicos carecen de certeza, de ellos no puede derivarse consecuencia alguna que conduzca a la verdad que se busca²²⁸.

²²⁷ Registro No. 168495. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVIII, Noviembre de 2008. Página: 1228. Tesis: I.4o.A. J/74. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa.

²²⁸ Registro No. 211774. Localización: Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. XIV, Julio de 1994. Página: 732. Tesis Aislada. Materia(s): Penal.

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. VALORACION DE LA. La prueba circunstancial se basa en el valor incriminatorio de los indicios y tiene, como punto de partida, hechos y circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, esto es, ya un dato para complementar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado²²⁹.

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, IMPORTANCIA DE LA. La moderna legislación en materia penal ha relegado a segundo término la declaración confesora del acusado, a la que concede un valor indiciario que cobra relevancia sólo cuando está corroborado con otras pruebas, y, por el contrario, se ha elevado al rango de "reina de las pruebas", la circunstancial, por ser más técnica y porque ha reducido los errores judiciales. En efecto, dicha prueba está basada sobre la inferencia o el razonamiento, y tiene, como punto de partida, hechos o circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido; esto es, ya un dato por completar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado²³⁰.

Los criterios judiciales más antiguos señalaban que la presunción podía derivar de máximas de experiencia solventes o que debía estar basada en la sana crítica²³¹,

²²⁹ Registro No. 213847. Localización: Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. XIII, Enero de 1994. Página: 284. Tesis: XXI.1o.16 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal.

²³⁰ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Registro No. 213942. Localización: Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 72, Diciembre de 1993. Página: 77. Tesis: IV.2o. J/29. Jurisprudencia. Materia(s): Penal.

²³¹ Tesis: "PRUEBA INDIRECTA. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN". Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. XXVIII, p. 2287. El texto es: "Una prueba es indirecta cuando de la demostración de la existencia de un hecho secundario (hecho probado) sea posible extraer inferencias que fundamenten la hipótesis del hecho principal (hecho por probar o presunto). Así, la prueba indirecta ofrece elementos de confirmación de la hipótesis de existencia de un hecho principal, pero a través de un paso lógico, que parte de un hecho secundario. En ese orden de ideas, el grado de apoyo de la hipótesis a probar dependerá de: a) el nivel de aceptación de la existencia del hecho secundario, es decir, si ésta está suficientemente probada y, b) el grado de aprobación de la inferencia, que se funda en la eficiencia y suficiencia del hecho secundario, cuya existencia ha sido probada, lo que, por lo general, implica acudir a máximas de experiencia solventes y a argumentos basados en la sana crítica. En conclusión, para determinar el grado de aceptación de la inferencia, que parte del hecho secundario o probado hacia el principal o inferido

pero un criterio judicial muy importante de 2007 estableció que este nexo causal que es base de la inferencia puede consistir en: una regla, estándar, máxima de experiencia, técnica, teoría, análisis estadístico, incentivo relevante, práctica social, económica, cultural y política, principio de la ciencia, regla de la sana crítica, método, finalidad o motivo relevante o cualquier otro análogo, que justifique la existencia del hecho inferido o presunto, en razón de una práctica, actividad o un proceso convencional y reiterado, con cierto margen de certidumbre o repetibilidad. El criterio completo es el siguiente:

PRUEBAS INDIRECTAS. CONFORMAN PRUEBA PLENA SI EXISTE UN NEXO CAUSAL O DE EFECTO, SEGÚN SE TRATE DE INDICIOS O PRESUNCIONES, ENTRE EL HECHO PROBADO Y EL HECHO POR PROBAR. Las pruebas indirectas son aquellas mediante las cuales se demuestra, a partir de un hecho denominado secundario, la existencia de otro hecho, que es el afirmado en la hipótesis principal o hipótesis a probar, siempre que se exponga el fundamento de conocimiento para confirmarla. Ahora, la credibilidad de dicha hipótesis dependerá tanto de la certidumbre, probabilidad y verosimilitud del hecho secundario, como del grado de aceptación de la inferencia, que exige un nexo pertinente y convincente que justifique la conclusión hipotética. En este orden de ideas, para que las pruebas indirectas lleguen a conformar una prueba plena, obtenida a través de inferencias o deducciones de los hechos secundarios o indiciarios, es indispensable que exista el nexo causal -en el caso de los indicios- o el nexo de efecto -en el caso de presunciones- entre el hecho conocido y el desconocido que, además, debe resultar pertinente y convincente para inferir o deducir el hecho principal. Cabe decir que el nexo -causal o el de efecto- entre el hecho probado y el hecho por probar, inferido o presunto, puede consistir en una regla, estándar, máxima de experiencia, técnica, teoría, análisis estadístico, incentivo relevante, práctica social, económica, cultural y política, principio de la ciencia, regla de la sana crítica, método, finalidad o motivo relevante o cualquier otro análogo, que justifique la existencia del hecho inferido o presunto, en razón de una práctica,

presuntivamente (hecho por probar), es necesario conocer el criterio en el que dicha inferencia se apoya, que comúnmente son enunciados de carácter general que convencen de la pertinencia y suficiencia de los indicios para aseverar la hipótesis o conclusión, también conocidos como máximas de experiencia. Así, mientras más preciso y seguro sea el criterio, mayor será el grado de aceptación de la inferencia”.

actividad o un proceso convencional y reiterado, con cierto margen de certidumbre o repetibilidad²³².

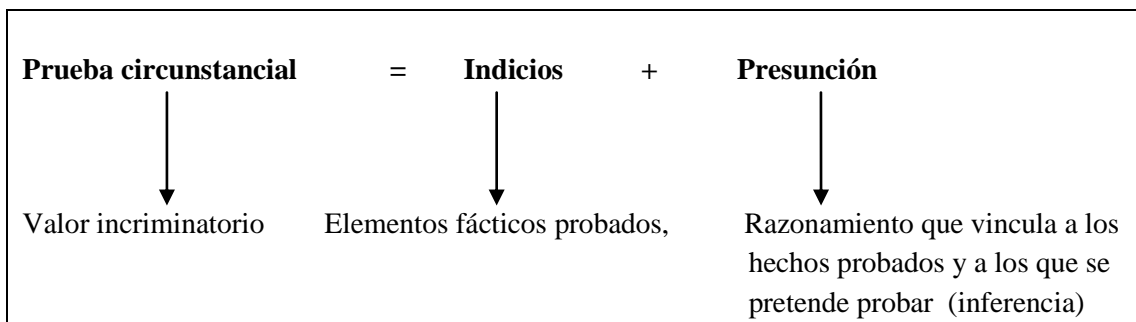
Pues bien, este criterio judicial resulta afortunado porque da cobertura al análisis económico constitutivo de la evidencia económica y que bien puede encuadrar y comprender técnica, teoría, análisis estadístico, incentivo relevante, práctica económica y principio de la ciencia. Es importante que todos los indicios concurren en la misma dirección, que sean convergentes, unívocos, pues si varios de ellos son contrarios a la presunción que intenta extraerse, la inferencia se torna inverosímil²³³. Mientras los resultados de análisis económico constituyen los indicios base, las presunciones que se hagan a partir de ellos, es decir las explicaciones basadas en teoría económica constituyen la presunción relevante para construir la prueba circunstancial. Así, mientras más preciso y seguro sea el análisis, mayor será el grado de aceptación de la inferencia y por ende de la prueba circunstancial consistente en evidencia económica. La prueba circunstancial tiene que ser clara y sólida, que haga certera la teoría de los efectos de la PMA. En suma, las características y estructura de la evidencia circunstancial se traducen en lo siguiente:

²³² Registro No. 171946. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXVI, Julio de 2007. Página: 2685. Tesis: I.4o.A.77 K. Tesis Aislada. Materia(s): Común.

²³³ Tesis: "PRUEBA INDICIARIA O CIRCUNSTANCIAL EN MATERIA PENAL. SU EFICACIA NO PARTE DE PRUEBAS PLENAS AISLADAS, SINO DE DATOS UNÍVOCOS, CONCURRENTES Y CONVERGENTES, DE CUYA ARTICULACIÓN, CONCATENACIÓN Y ENGARCE, SE OBTIENE OBJETIVAMENTE UNA VERDAD FORMAL, A TRAVÉS DE UNA CONCLUSIÓN NATURAL A LA CUAL CADA INDICIO, CONSIDERADO EN FORMA AISLADA, NO PODRÍA CONDUCIR POR SÍ SOLO." *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXVI, p. 1456. El texto es el siguiente: "En el proceso penal no es dable acoger la falacia de la división, que consiste en asumir que las partes de un todo deben tener las propiedades de éste, y que en el caso se refleja al aislar cada elemento de convicción y demeritar su eficacia o contundencia demostrativa por sí mismo, es decir, considerado aisladamente. Lo anterior es improcedente, cuenta habida que de cada medio de prueba pueden desprenderse uno o varios indicios, signos o presunciones, con un determinado papel incriminador, partiendo de que el indicio atañe al mundo de lo fáctico e informa sobre la realidad de un hecho acreditado, que sirve como principio de prueba, no necesariamente para justificar por sí mismo un aserto, o la verdad formal que se pretende establecer, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido, a base de razonar silogísticamente partiendo de datos aislados que se enlazan entre sí en la mente, para llegar a una conclusión, y es precisamente la suma de todos los indicios, lo que constituye la prueba plena circunstancial, que se sustenta en la demostración de los hechos indiciarios y en el enlace natural, más o menos necesario, entre la verdad conocida y la buscada. Por ello, la eficacia de la prueba indiciaria o circunstancial, como prueba indirecta, no parte de pruebas plenas aisladas, sino de datos unívocos, concurrentes y convergentes, de cuya articulación, concatenación y engarce, se obtiene objetivamente una verdad formal, a través de una conclusión natural, a la cual cada indicio -considerado en forma aislada- no podría conducir por sí solo."

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

1. Los indicios son las bases fácticas que sustentan una presunción
2. Los hechos que constituyen los indicios deben estar plenamente acreditados
3. El valor probatorio de los indicios está en función de su relación directa con la hipótesis que trata de probarse.
4. Debe existir una relación lógica y coherente (nexo causal) entre los hechos probados y la hipótesis a probar
5. Los requisitos de esa relación lógica son: verosimilitud, certidumbre y probabilidad.
6. El nexo causal puede consistir en una regla, estándar, máxima de experiencia, técnica, teoría, análisis estadístico, incentivo relevante, práctica social, económica, cultural y política, principio de la ciencia, regla de la sana crítica, método, finalidad o motivo relevante o cualquier otro análogo.
7. Mientras más preciso y seguro sea el nexo causal (argumento que une), mayor será el grado de aceptación de la inferencia (presunción).
8. La presunción es la operación racional, lógica, por medio de la cual se llega a una hipótesis



Como he señalado, resulta indispensable administrar la evidencia económica con las otras dos fuentes de evidencia: con importaciones o producción en México, y con comercialización, para hacer convicción de los efectos. De otra forma no habrá solidez.

Hay una situación que ilustra claramente la importancia de la prueba circunstancial basada en evidencia económica. En *Federal Trade Commission v. Staples and*

*Office Depot*²³⁴, un juez estadounidense analizaba la decisión de la FTC de bloquear una concentración entre los dos más grandes *retailers* de artículos de papelería y oficina al menudeo en EUA (Staples/Office Depot). Se presentaron expertos a debatir sobre los beneficios que traería la concentración, y también los expertos de la FTC en sentido contrario, pero lo que más ánimo de convicción creó en el juez fueron unos anuncios publicitarios en periódicos. En aquellas ciudades en donde ambos *retailers* concurrían, los precios de los artículos anunciados en el periódico eran significativamente más bajos que en aquellos anuncios de periódico de aquellas ciudades en donde sólo tenía presencia uno de los *retailers*. En este caso, la evidencia circunstancial que detonó la convicción en el juez fue muy sencilla pero convincente. La evidencia demostraba la hipótesis mantenida por la FTC acerca de los perjuicios de aprobar la concentración. El juez avaló la decisión de la FTC.

Llega un punto en el que es importante señalar preocupaciones con respecto a la evidencia económica y el cada vez mayor peso que adquiere en los casos de competencia económica. El análisis económico por sí mismo puede volverse muy sofisticado. En la medida en que se debate sobre él, se trata de desvirtuar, o incluso al construirlo, requiere de más datos y más tiempo para completarlo. Particularmente cuando hay involucradas técnicas econométricas. La cuestión a debatirse es si esto no cae por su propio peso, y si los costos en tiempo y dinero no son muy elevados para conseguir que la evidencia económica sea cada vez más sólida. De acuerdo con la teoría del proceso, debería cuidarse que los procedimientos sean ágiles, expeditos, y económicos, la pregunta es ¿es posible alinearse a estos principios cuando hay casos que requieren evidencia compleja y costosa?, y también ¿en qué medida se violenta el derecho del particular a una tutela judicial efectiva si se le instruye un caso de cuyas imputaciones resulta muy costoso y complejo defenderse?.

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto en este Capítulo, y para concluirlo, la verificación de la hipótesis descansa en tres fuentes de evidencia. Estas tres

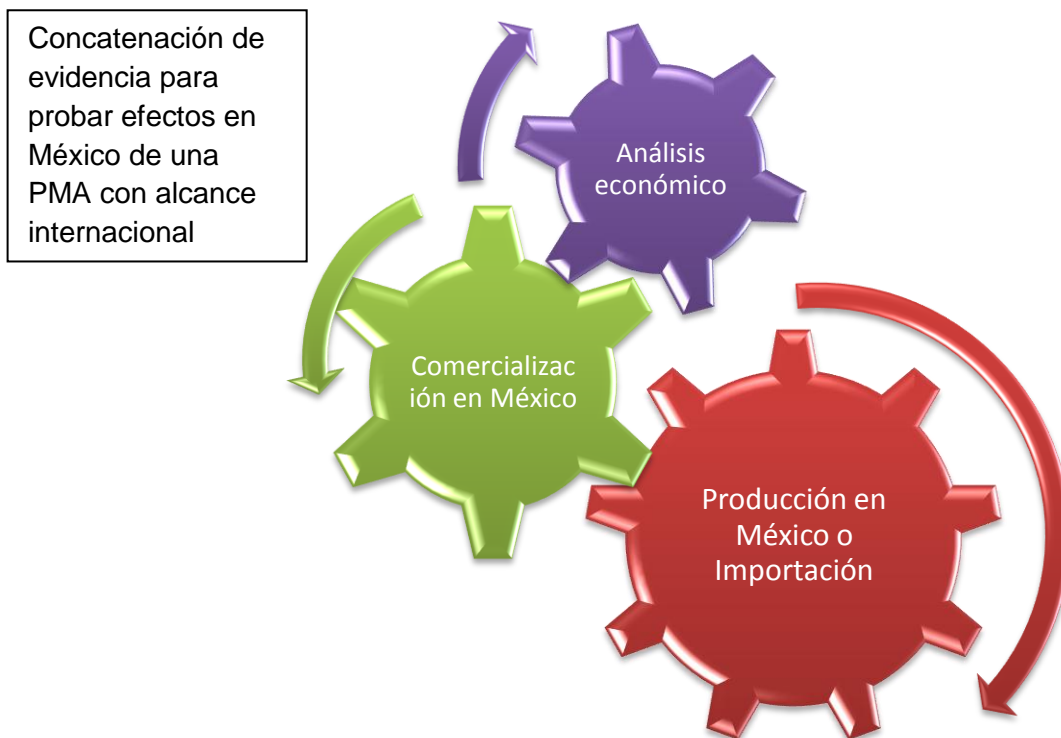
²³⁴ *Federal Trade Commission v. Staples and Office Depot*. US Dist. C. for Dist. Columbia, Civ. No. 97-701 (TFH).

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

fuentes funcionan como engranes, es decir, es necesario que marchen de manera conjunta, que se complementen unas con otras para producir la evidencia de los efectos. Que se apoyen. No pueden desvincularse. Estas fuentes son:

- i. Importación hacia México o producción en México
- ii. Comercialización del producto en México
- iii. Evidencia económica

Un esquema gráfico del funcionamiento de las tres fuentes de evidencia, es el siguiente:



Capítulo 4. Hacia un estándar probatorio de los efectos

Este capítulo está diseñado a manera de conclusión. Intento proponer y establecer, cuál debería ser el estándar probatorio exigible en materia de efectos en México derivados de una PMA de carácter internacional.

Para ello abordaré primero de la diferencia de niveles probatorios exigibles en materia civil, penal y administrativa, y después concretamente el nivel probatorio propuesto para los efectos.

a. Estándares probatorios en materia civil, penal y administrativa

En primer lugar debemos situarnos en el concepto de prueba, que ha sido definida como “la obtención del cercioramiento del juzgador sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En este sentido, la prueba es la verificación o la confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes”²³⁵. Pero la expresión “probar” no es única o unívoca y recibe más de una significación. Por lo pronto, es todo elemento de convicción del juez, pero, igualmente, son los medios que le permiten formarse esa convicción.

La prueba tiene varias finalidades. Una primera es la fijación formal de los hechos; una segunda es la obtención del convencimiento del juez; y una tercera consiste en la obtención de la verdad²³⁶.

Pues bien, esto nos lleva a determinar que el convencimiento del juez resulta relevante, pero ello teniendo en cuenta dos ideas principales: de un lado la racionalidad y su correspondencia –con un nivel aproximativo o de probabilidad– con la realidad de los hechos. De aquí que no sea suficiente que la conclusión se derive racionalmente de la prueba practicada, sino que es necesaria que dicha

²³⁵ Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, México, Oxford University Press, 2005, p. 314.

²³⁶ Bustamante Rúa, Mónica María; “La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano”, *Opinión jurídica*, Vol. 9, No. 17, enero-junio 2010, Medellín, Colombia, p. 75.

conclusión sea verdadera, bajo la premisa de que se tratará de una verdad aproximativa o probabilística, como sucede con toda verdad empírica²³⁷.

Pero, ¿qué es el estándar de prueba?. Hablar de estándares de prueba implica hacerse la pregunta ¿cuándo está justificado aceptar como verdadera cierta hipótesis y qué grado de confirmación requiere?.

Versterdorf define el estándar de prueba como “el umbral que debe ser presentado ante el adjudicador para que decida si un punto está probado en derecho”²³⁸. Otra definición señala que los estándares de prueba son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; son los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis²³⁹.

En este sentido, la construcción de un estándar de prueba implica dos cosas²⁴⁰:

- (a) decidir qué grado de certidumbre se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera;
- (b) formular objetivamente el estándar de prueba, es decir, formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de probabilidad.

El establecimiento y distinción de diferentes niveles de exigibilidad de confirmación de la hipótesis se justifica en la medida en que existen diferentes intereses en juego en un procedimiento ya sea administrativo o jurisdiccional.

Pero hay tres estándares de prueba generalmente reconocidos, que reflejan el grado de certidumbre exigible, dependiendo, insisto, de los intereses afectados por un fallo. Estos se presentan en la siguiente tabla.

²³⁷ *Idem.*

²³⁸ Vesterdorf, Bo., “Standard of proof in merger cases: reflections in the light of recent case law of the Community Courts” *European Competition Journal*, Volume 1, Number 1, March 2005, Hart Publishing, p. 3-33.

²³⁹ Bustamante Rúa, *Op. cit.*, p. 76.

²⁴⁰ *Idem.*

Estándar	Grado	Intereses en juego
Estándar civil	balance de probabilidades	Adjudicación de derechos particulares, derivados de una disputa entre particulares
Estándar “intermedio”	evidencia clara y convincente	Sanción administrativa-acción punitiva del Estado
Estándar penal	más allá de la duda razonable	Sanción penal-acción punitiva del Estado

Estos estándares están basados en una estimación probabilística. Pero si pudiéramos poner los adjetivos a la evidencia que debe presentarse para crear nivel de certidumbre en el juzgador, podemos encuadrar los estándares así:

Evidencia	Grado	Intereses en juego
Evidencia preponderante	Bajo	Adjudicación de derechos particulares, derivados de una disputa entre particulares
Evidencia confiable, consistente y suficiente	Medio	Sanción administrativa-acción punitiva del Estado
Evidencia completa e inescrutable	Alto	Sanción penal-acción punitiva del Estado

Un primer estándar, aquel basado en un balance de probabilidades, que es el nivel de corroboración de la hipótesis típico en los procesos civiles, atiende a una prevalencia o preponderancia de las probabilidades. En tal sentido, la conclusión queda acreditada si la evidencia desplegada indica que es más probable que

aquello haya sucedido a que no haya sucedido. El estándar quedaría satisfecho si hay una probabilidad de más del 50% de que la afirmación sea verdadera²⁴¹.

Un estándar de balance de probabilidades indicaría que si me dan 100 piezas de evidencia, unas que apoyan la hipótesis, y otras que no, asumiendo que cada pieza de evidencia tiene un mismo peso y está sujeta a error, si 51 piezas de evidencia apoyan a la hipótesis, entonces ésta será la decisión.

Ni siquiera habría que ponerle adjetivos a la evidencia desplegada, el estándar queda satisfecho siempre que sea mayoritaria o dominante aquella evidencia que apoya la hipótesis, y así será suficiente asumir su prevaecía.

El estándar más alto, aquel que es exigible en materia penal, debe satisfacer un nivel de certidumbre o grado de convencimiento y seguridad que no deje lugar a una duda razonable. Se habla de un 90% de probabilidades²⁴².

Se exige una evidencia completa, inescrutable, que no deje posibilidad de dudar de la hipótesis. Si existe una duda razonable, el estándar no se encuentra satisfecho y no ha lugar a dar la hipótesis como verdadera. Y no es para menos. Lo se encuentra en juego es generalmente la libertad de las personas. La racionalidad de este estándar descansa en el supuesto de que es preferible que un culpable este libre a que un inocente pierda su libertad.

Hay un estándar intermedio. Este estándar exige en términos de probabilidades, algo más que la simple preponderancia, una probabilidad mayor a un 60%. No basta con que la teoría del acusador sea plausible (posible pero no probable). La evidencia desplegada requiere ser suficiente, confiable, consistente.

El estándar de evidencia clara y convincente es el exigible en materia administrativa. Lo que está en juego es también la imposición de una sanción administrativa reflejo de la acción punitiva del Estado, aunque ciertamente no la

²⁴¹ Romero Guzmán, Juan José; "Colusión de empresas de oxígeno ¿cuánta evidencia es suficiente?", *Sentencias Destacadas 2006. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, Libertad y Desarrollo, 1ª ed., Santiago, abril 2007, p. 389 y ss.

²⁴² *Idem*.

libertad como en el caso penal. Sin embargo si se exige que la evidencia sea suficiente, confiable y consistente, ello es debido a que en un Estado democrático, la Administración Pública debe alejar sus decisiones de la arbitrariedad y en cambio basar su intervención en la vida de los particulares justificando claramente sus decisiones a la luz del escrutinio público. Hay claramente una vinculación entre el grado de evidencia exigible a la autoridad administrativa con los principios de transparencia en la actuación de la autoridad y la rendición de cuentas en el ejercicio de sus facultades.

Los conceptos de “estándar de prueba” son típicos del derecho angloamericano, y el estándar de evidencia clara y convincente es típico del derecho estadounidense, en el que se prefiere en aquellos casos en los que hay un altísimo costo de una decisión adversa. Sin embargo en Derecho inglés no hay un estándar intermedio, y en cambio el estándar civil de balance de probabilidades tiene cierta flexibilidad de acuerdo a las circunstancias del caso específico. Entre más seria sea el alegato o más serias las consecuencias, más fuerte debe ser la evidencia que se presente ante la corte para que la encuentre probada a la luz del balance de probabilidades²⁴³.

En el Derecho Europeo, ocurre algo similar. Verterdorf arguye que “el estándar civil de balance de probabilidades es suficientemente flexible pues su intensidad puede variar dependiendo de los intereses en juego”²⁴⁴.

b. El estándar probatorio exigible sobre los efectos

Es necesario recordar que en esta tesis solo me refiero a los efectos de la PMA con alcance internacional, no así al acuerdo que es exigible para probar la PMA. Por ello, las consideraciones de este apartado serán aplicables únicamente a los efectos y no así a acuerdo entre competidores.

²⁴³ Keane, Adrian. *The Modern Law of Evidence*, 7th ed. Oxford, Oxford University Press, citado en Lyons, Bruce; Douglas Menzies, Gordon y John Zizzo, Daniel; “Professional interpretation of the standard of proof: an experimental test on merger regulation”, Working Paper. Centre for Behavioural and Experimental Social Science, <https://ueaeprints.uae.ac.uk/27519/>, p. 34.

²⁴⁴ *Idem*.

La pregunta relevante en este punto es: ¿cuál es el estándar de prueba exigido, el grado de convicción aceptable en materia de los efectos de un cartel internacional?

Como ya lo señalé, el estándar de probabilidad clara y convincente, en donde se despliegue una evidencia suficiente, consistente y confiable sería el estándar exigido en materia de derecho administrativo. Pero no es un tema fácil de determinar cuándo se ha llegado a ese umbral. Me parece que será caso por caso donde la determinación cobre sentido. En última instancia deberá presentarse evidencia suficiente, pero ¿suficiente para quién?. Para el juzgador, para el tomador de decisiones. Una evidencia que le genere una íntima convicción.

A diferencia de los EUA, en México generalmente la autoridad tiene dificultades para allegarse de la prueba. En EUA el nivel de prueba que se consigue sobre carteles es acorde con la máxima exigencia, debido en gran parte que también se persiguen criminalmente, en donde se requiere un grado probatorio que no deje lugar a duda²⁴⁵. En Australia, por ejemplo “la ACCC debe probar su caso bajo un estándar *cuasi-criminal*, donde la existencia de los hechos materiales debe ser probada claramente, inequívocamente, estrictamente o con certidumbre”²⁴⁶.

Fue en Europa en donde se estableció que en el caso de las concentraciones, la Comisión Europea debía presentar una evidencia clara, suficiente, consistente y confiable²⁴⁷. Un autor señala que es tal alto como estándar penal²⁴⁸, aunque sólo para los efectos potenciales de las concentraciones. Sin embargo, la racionalidad subyacente es que mientras en materia de concentraciones los efectos son potenciales y prácticamente se está prediciendo (desde luego con fundamentos), en materia de infracciones de competencia económica, los efectos a probarse son

²⁴⁵ Lo cierto es que en México, con las reformas de mayo de 2011 (LFCE y Código Penal Federal) las PMA también podrán perseguirse penalmente. Aunque no de manera independiente. Será necesaria la resolución firme de la CFC para que proceda la acción penal. Ver Capítulo 1 de este trabajo.

²⁴⁶ Romero Guzmán, *Op. cit.*, p. 389 y ss.

²⁴⁷ Este estándar viene del caso *Tetra Laval C-12/03 P15th*, feb. 2005. http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

²⁴⁸ “Algo más que el puro balance de probabilidades pero algo menos que el estándar criminal, debe aplicar”, Lyons, Bruce et al., *Op. cit.*, p. 38.

efectos reales, verificables, que han sucedido. Por ello, es más fácil probar algo que ya ha sucedido a algo que aún no ocurre. Por ello en materia de infracciones puede relajarse el estándar. Hay una ventaja: se parte del supuesto de que el acuerdo entre competidores ha quedado acreditado.

Los Tribunales europeos han establecido que se requiere que la Comisión produzca evidencia suficientemente precisa y consistente que soporte la convicción de que la infracción fue cometida²⁴⁹. En *Schunk v Commission*²⁵⁰ el Tribunal estableció que las conductas que constituyen una infracción, deben quedar probadas sobre la base de una evidencia inequívoca, pero aplicó un estándar más relajado para las consecuencias (i.e. efectos), aplicable no sólo a éstas sino también al nexo causal entre las acciones y sus consecuencias²⁵¹. Para la Corte, en la medida en que la lógica económica sugiere que la conducta es capaz de producir consecuencias perjudiciales para la competencia, bastó un estándar probatorio más tolerante para acreditar la traducción de los efectos en los precios:

“el punto decisivo es si los miembros del cartel pudieron traducir sus intenciones en efectos concretos. Lo sucedido respecto a los precios de mercado, pudo haber sido resultado de otros factores fuera del control de los miembros del cartel. Pero la Comisión se basó legítimamente en la implementación del cartel concluyendo que había un impacto en el mercado, después de hacer el señalamiento relevante de que el cartel había durado más de once años y que los miembros del cartel controlaban más del 90% del mercado [del espacio económico europeo]”²⁵².

En otras palabras, una vez que el Tribunal estableció que los participantes habían realizado conductas para implementar el acuerdo, el razonamiento con relación a los efectos concretos en el mercado, se relajó el estándar a únicamente inferencias razonables. Es decir, se asumieron los efectos a partir de máximas de experiencia una vez probadas las conductas para implementar el acuerdo.

²⁴⁹ Gippini-Fournier, Eric; *The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1433744>, p. 17.

²⁵⁰ Caso T-69/04, *Schunk v Commission*, [2008] ECR II-2567.

²⁵¹ *Idem*.

²⁵² *Schunk v Commission*, párrafos 168-169.

Un enfoque similar, caracterizado por un escrutinio estricto y requerimientos altos de evidencia en relación con la determinación de las conductas pero un estándar más relajado para los efectos de la conducta se distingue en *GlaxoSmithKline*²⁵³, donde el Tribunal de primera instancia examinó exhaustivamente la evidencia presentada por la Comisión para probar el acuerdo, pero con relación a sus efectos sólo hubo un breve análisis en donde se explicó que la Comisión pudo inferir con base de una serie de determinaciones de hecho, que el acuerdo “contribuyó o pudo contribuir” a implementar una rigidez de los precios de mercado²⁵⁴.

Este estándar *sui generis* aplicable a los efectos, que podríamos “probabilidad razonable” o “inferencia razonable” ha sido explicado así:

“cuando se examinan las causas del comportamiento real de los precios, es arriesgado especular sobre el papel que jugó cada una de las causas. Debe ser tomado en cuenta el hecho objetivo del comportamiento del precio, porque en virtud del acuerdo los cartelistas renuncian a su libertad de competir en precios. Así, la valoración de la influencia de otros factores distintos a la decisión voluntaria de no competir, está necesariamente basada en una probabilidad razonable, que no es precisamente cuantificable”²⁵⁵.

Es decir, por virtud de su razonabilidad, es más persuasiva la influencia del cartel en los precios que cualquier otro factor. Los efectos, son atribuibles al cartel porque es el camino más razonable. La verdad es que me parece una posición muy cómoda el asumir los efectos simplemente porque es razonable esperarlos a partir de la prueba plena del acuerdo, pero sin verificarlos.

Me parece que debe irse más allá en la prueba de los efectos, y exigir por parte de la autoridad que no sólo tenga una hipótesis plausible, una inferencia razonable, sino que los verifique. Si consideramos además que los agentes económicos coludidos con alcances internacionales cuyos efectos puedan sufrirse en México podrían no tener entidades relacionadas en México, entonces es válido exigir un

²⁵³ Caso T-168/01, *GlaxoSmithKline v Commission*, [2006] ECR II-2969, párrafo 82. Sobre la prueba de la práctica se señaló que la evidencia debía ser “precisa y coherente, que demuestre convincentemente la existencia de los hechos que constituyen aquellas infracciones”.

²⁵⁴ *GlaxoSmithKline v Commission*, párrafos 182-186.

²⁵⁵ Gippini-Fournier, Eric; *Op. cit.* p. 19.

estándar claro y convincente para esos efectos, que por supuesto incluye la verificación de tales efectos y no su mera presunción razonable.

Con estas advertencias, el estándar de prueba propuesto para los efectos se formularía así: un estándar de evidencia clara y convincente en donde se exija que ésta sea:

- (a) Confiable,
- (b) Consistente y
- (c) suficiente

En cuanto a la confiabilidad de la evidencia, será exigible que la autoridad presente pruebas basadas en la mejor información de que pueda disponer. Que los datos sean comprobables, verificables, y que la metodología y los resultados sean replicables.

En cuanto a la consistencia, ésta implicará que el cúmulo de evidencia apunte hacia un mismo sentido. Que toda ella sea persuasiva en una sola dirección. Si la evidencia no es lo suficientemente consistente, entonces las explicaciones alternativas podrían desvirtuar la hipótesis de los efectos. Además, y esto es muy importante, la consistencia de la evidencia implica que pueda ser explicada en relación con la evidencia del acuerdo entre competidores (temporalidad convergente, congruente con los compromisos de los cartelistas, etc.). Si hay inconsistencias en la explicación conjunta, la evidencia se debilitará.

En cuanto a la suficiencia, implica que la evidencia debe basarse en la medida de lo posible, en los datos completos. Sería insuficiente si siendo posible la aportación de cierta evidencia con datos normalmente disponibles, no se aporte. Implica además que sea bastante para los efectos que se pretenden, y en este sentido involucra idoneidad y aptitud para los fines que se pretenden. La suficiencia del cúmulo de evidencia se encuentra en relación directamente proporcional a los efectos que se pretenden acreditar.

Además, para considerar que la evidencia acredita la hipótesis de la existencia de efectos en México, deben darse las siguientes condiciones (características de la hipótesis):

(a) Razonabilidad. Se necesita una inferencia razonable

La hipótesis debe tener un alto nivel de contrastación, es decir, debe ser capaz de explicar contundentemente los datos disponibles que hayan sido corroborados.

(b) Resistencia de la hipótesis

Deben haberse refutado todas las demás hipótesis alternativas y plausibles, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia. La inferencia debe ser lo suficientemente sólida como para dejarlas fuera o hacerlas improbables.

(c) Verificación de la hipótesis

La hipótesis no debe quedar únicamente como inferencia plausible. Debe verificarse. Los efectos deben ser reales y no únicamente hipotéticos. Para eso están las fuentes de evidencia de las que hablé en el Capítulo 3.

Insisto en que una inferencia razonable de la existencia de efectos, a partir de los hechos base constitutivos del acuerdo, a la manera europea, y sin la verificación o constatación de tales efectos, en mi opinión es insuficiente para poder determinar la existencia de las consecuencias de la conducta. Ello, por más plausible o incluso docta que pueda ser la hipótesis. Es necesario que puedan verificarse esas consecuencias. Hay que convencer al juzgador de la existencia de esos efectos, y no únicamente sugerírselos.

c. Propuesta para un artículo en la *Ley Federal de Competencia Económica*

Lo ideal es que exista una disposición concreta en la LFCE que precise y aclare el alcance de la persecución extraterritorial de las PMA cuando éstas, independientemente del lugar de su preparación o comisión, tengan efectos en

México. Por tal motivo, en esta tesis propongo la incorporación de un artículo 9 bis, en la LFCE, que tendría el texto siguiente:

“Artículo 9 bis.

La Comisión podrá investigar y en su caso sancionar, aquellas prácticas monopólicas absolutas cometidas en el extranjero, siempre y cuando surtan efectos directos, sustanciales y razonablemente previsibles en cualquier área de la actividad económica dentro del territorio nacional”.

Esta propuesta, es compatible con las consideraciones que he expuesto y argumentado a lo largo de este trabajo. Desde mi punto de vista, en atención a la correcta salvaguarda de los principios de certeza y seguridad jurídicas, resulta necesario clarificar en una norma estatutaria, el alcance de la persecución extraterritorial de las PMA. Esta propuesta así lo contempla.

Es necesario considerar que no obstante el Derecho Mexicano tiene una historia y principios que lo hacen más cercano al Derecho Europeo, por la herencia del sistema romano-germano-canónico, lo cierto es que la legislación de competencia mexicana es más cercana al *antitrust law* del Derecho Estadounidense y comparte principios con éste (protección de la competencia y no de agentes económicos en particular, no hay énfasis en el consumidor ni en las PYMES, hay un claro énfasis en los efectos, y la historia legislativa demuestra su semejanza entre ambos conglomerados legales). Por eso, un enfoque cercano al europeo, en donde se asume jurisdicción sobre "efectos potenciales" tiene serias vulnerabilidades si es retado por principios de seguridad y certeza jurídicas; además de que no queda claro que una acción estatal extraterritorial de tan osado alcance se encuentre plenamente apegada a los principios del Derecho Internacional Público, por ello lo conveniente, en mi opinión, es que la persecución y eventual sanción de una PMA con alcance internacional se ciña a los efectos ya planteados.

Además, hay que considerar que el área económica del TLCAN incorpora la idea de integración y armonización normativa. Estas consideraciones no hacen sino sugerir

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

que lo ideal es compartir una visión más cercana a la estadounidense y aclarar los alcances de las "facultades de policía" de la CFC con respecto a las PMA con alcance internacional.

No obstante, lo mejor es que dicha propuesta de artículo se incorporara a nivel legal, al haber sido reformada recientemente la LFCE y ante la difícil posibilidad de que pueda ser reformada nuevamente en breve tiempo, y además, aprovechando que la CFC se encuentra realizando los ajustes necesarios al RLFCE, sería una buena idea incorporar dicha propuesta en el RLFCE.

La práctica de la CFC irá modelando, primero, en su esfera administrativa y restringido a tal alcance, la influencia persuasiva del estándar propuesto para los efectos, y con esto me refiero a que con la experiencia, la CFC podrá y deberá ir desarrollando un cuerpo de decisiones coherentes que doten de contenido al estándar compuesto por los *efectos directos, sustanciales y razonablemente previsibles*. Aunque sobre el particular, debo insistir, como sugerí en el Capítulo 2, que por su naturaleza casuística, dicho estándar deberá ser aplicado estrictamente bajo las condiciones que amerite el caso concreto, pues así es y así lo requiere el Derecho de la Competencia.

Inclusive, al amparo de las facultades del Pleno de la CFC otorgadas por la letra b), fracción XVIII bis, artículo 24 de la LFCE sobre la "existencia de prácticas monopólicas", sería positivo que se emitiese un criterio del Pleno sobre el particular.

No obstante, y a pesar de la práctica y normatividad administrativa, los casos deben plantearse ante el Poder Judicial, quien tiene la última palabra para que éste vaya emitiendo posturas con fuerza jurídica.

Bibliografía

1. AMBOS, KAI; “Los fundamentos del *ius puniendi* internacional; en particular su aplicación extraterritorial”; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XL, N. 119, mayo agosto 2007, p. 267-293.
2. ÁVALOS, MARCOS, “Dimensión Internacional de la Política de Competencia: El Caso de Fusiones y Formación de Cáteles”, Workpaper, EGAP-ITESM, [http://www.itesm.mx/egap/que es egap/inv pub/egap ec 04 07.pdf](http://www.itesm.mx/egap/que_es_egap/inv_pub/egap_ec_04_07.pdf)
3. AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, JAVIER; *La libre competencia*; Oxford University Press, México, 2000.
4. BELLAMY, CHRISTOPHER AND GRAHAM CHILD, *Common Market Law of Competition*, Sweet and Maxwell, UK, 4th edition, 1994.
5. BLACK’S LAW DICTIONARY, Ninth ed., West, 2009.
6. BROWNLIE, IAN, *Principles of Public International Law*, Oxford, Fifth ed., 2002.
7. BUSTAMANTE RÚA, MÓNICA MARÍA; “La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano”, *Opinión jurídica*, Vol. 9, No. 17, enero-junio 2010, Medellín, Colombia.
8. CASTAÑEDA, GABRIEL; LEVY, SANTIAGO; MARTÍNEZ, GABRIEL Y MERINO, GUSTAVO; “Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica”, en *El Trimestre Económico*, Vol. LX1, Núm. 237, Fondo de Cultura Económica, México, enero-marzo de 1993.
9. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Competencia Económica en México*, México, Porrúa, 2004.
10. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Informe anual de competencia económica 1997*, México, 1998.
11. CONNOR, JOHN M., “Global antitrust prosecutions of Modern International Cartels”, *Journal of Industry, Competition and Trade*, 4:3 239-267 (2004) Kluwer Academic Publishers. Netherlands.
12. DOUGLAS MENZIES, GORDON Y JOHN ZIZZO, DANIEL; “Professional interpretation of the standard of proof: an experimental test on merger regulation”, Working Paper. Centre for Behavioural and Experimental Social Science (2008), <https://ueaeprints.uae.ac.uk/27519/>.

13. DUARTE COPPEL, LUIS, “La doctrina de los efectos en las prácticas monopólicas internacionales: su tratamiento en México”, <http://www.derecho.unam.mx/web2/descargas/internacional/DuarteCoppel.PDF>
14. ESTAVILLO FLORES, MARÍA ELENA; *La prevención de colusiones*; Porrúa-ITAM; México, 2007.
15. ESTAVILLO FLORES, MARÍA ELENA, “Prevención y Corrección de prácticas monopólicas absolutas en el marco de las reformas a la Ley Federal de Competencia Económica” en *Competencia Económica, estudios de Derecho, Economía y Política*; Porrúa-ITAM, México, 2007.
16. EVENETT, SIMON J.; LEVENSTEIN, MARGARET C.; Y SUSLOW, VALERIE Y., "International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s" (2001). *Economics Department Working Paper Series*. Paper 89, Economics Department Working Paper Series, University of Massachusetts.
17. FLORES BERNÉS, MIGUEL; *Ley Federal de Competencia Económica Comentada*, México, 2010, en <http://www.competenciaeconomica.com.mx/lfce.html>.
18. FLORES BERNES, MIGUEL Y CRUZ TORRERO, LUIS CARLOS; "Derecho Penal y Competencia Económica", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, INACIPE, Núm 14, Tercera época, noviembre-diciembre 2007.
19. FREEMAN, PETER; “The significance of economic evidence in competition cases”, IEA BEESLEY LECTURE SERIES 2009, UK Competition Commission (octubre, 2009).
20. GARCÍA CASTILLO, TONATIUH; *Ley Federal de Competencia Económica. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2003.
21. GELLHORN E., KOVACIC W.E., Y CALKINS S.; *Derecho y economía de la competencia*, tr. Elena de la Rosa, USAID-CFC, México, 2008, p. 490.
22. GINEBRA SERRABOU, XAVIER; *Derecho de la Competencia*, Cárdenas editor, México, 2001.
23. GIPPINI-FOURNIER, ERIC; “The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases”, en <http://ssrn.com/abstract=1433744>.

24. GONZÁLEZ DE COSSIO FRANCISCO; *Competencia Económica: Aspectos Jurídicos y Económicos*, Porrúa, México, 2005.
25. HOVENKAMP, HEBERT; *Federal antitrust policy. The law of competition and it's practice*; 3th ed., Hornbook series, Thomson West Publisging Co., St. Paul Minnesota, 2005.
26. HEFTYE ETIENNE, FERNANDO Y MEZHER RAGE, JORGE; "Artículo 28 constitucional y leyes complementarias" en *Propuestas de Reformas Constitucionales*; Colección Foro, Barra Mexicana Colegio de Abogados, Tomo 1, México, 2000.
27. GAVIL, ANDREW I., WILLIAM E. KOVACIC, JONATHAN B. BAKER, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, 2a edición, West Thomson, 2008.
28. IBARRA PARDO, GABRIEL; "El Derecho de la Competencia en las relaciones comerciales internacionales" en *Revista de Derecho de la Competencia*, Bogotá (Colombia), vol. 2, n. 2 153:215, enero diciembre 2006.
29. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Anti-Cartel Enforcement Manual*, 2006,
http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Effective_Anti-Cartel_Regimes_Building_Blocks.pdf.
30. LEVENSTEIN, Margaret y SUSLOW, Valerie, "International Cartels", en *Issues in competition law and policy* 1107 (ABA Section of Antitrust Law 2008).
31. LYONS, BRUCE; DOUGLAS MENZIES, GORDON Y JOHN ZIZZO, DANIEL; "Professional interpretation of the standard of proof: an experimental test on merger regulation", Working Paper. Centre for Behavioral and Experimental Social Science, <https://ueaeprints.uae.ac.uk/27519/>.
32. LÓPEZ VELARDE ESTRADA, ROGELIO; "La Ley Federal de Competencia Económica y algunas consideraciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado", *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, Núm. 24, Vol. I, México, 1995.
33. MITTERMAIER, KARL JOSEPH ANTON; *Tratado de la prueba en materia criminal*, trad. Primitivo González de Alba; Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
34. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, OECD Publishing, 2006.

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

35. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, OECD Publishing, 2002.
36. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, *“Hard Core Cartels: Third Report on the Implementation of the 1998 Council Recommendation”*, OECD Publishing, 2006.
37. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, *Economic and legal Background for Mexico’s New Competition Law”*, OECD DOC. DAFFE/CLP(93)10.
38. OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Teoría General del Proceso*, Oxford University Press, México, 2005.
39. PARKIN, MICHAEL ET AL.; *Microeconomía*, Pearson Educación, 7ª ed., México, 2009.
40. PALLARES, EDUARDO; *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Porrúa, México, 2005.
41. PEREDO RIVERA, AMILCAR; *Competencia Económica. Teoría y Práctica*; Porrúa, México, 2004.
42. PEREZNIETO CASTRO, LEONEL Y GUERRERO SERRAU, RENATO; *Derecho de la Competencia Económica*; Oxford University Press, México, 2002.
43. PEREZNIETO CASTRO, LEONEL; “Prácticas Monopólicas Absolutas”, en *Competencia Económica, estudios de Derecho, Economía y Política*; Porrúa-ITAM, México, 2007.
44. PINDYCK, ROBERT Y RUBINFELD, DANIEL, *Microeconomía*, Pearson Educación, 7ª ed., Madrid, 2009.
45. DE PINA, RAFAEL, *Tratado de las pruebas civiles*, Porrúa, México 1981.
46. POSNER, RICHARD; *Antitrust Law*; 2nd ed., University of Chicago Press, Chicago and London, 2001.
47. POSNER, RICHARD; “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach”; *21 Stanford Law Rev.* 1562 (1968-1969).
48. OJEDA CÁRDENAS, LUCÍA; “Nuevo programa de inmunidad de la CFC”, en [http://www.sai.com.mx/Docs/Programa de inmunidad de la CFC.pdf](http://www.sai.com.mx/Docs/Programa_de_inmunidad_de_la_CFC.pdf).

49. ROLDÁN XOPA, JOSÉ Y MENA LABARTHE, CARLOS, coords.; *Competencia económica. Estudios de Derecho, Economía y Política*; Porrúa-ITAM, México, 2007.
50. ROMERO GUZMÁN, JUAN JOSÉ; “Colusión de empresas de oxígeno ¿cuánta evidencia es suficiente?”, *Sentencias Destacadas 2006. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*. 1ª ed., abril 2007.
51. SAMUELSON, PAUL Y NORDHAUS, WILLIAM, ET. AL.; *Microeconomía con aplicaciones a Latinoamérica*, Mc Graw Hill, México, 2005.
52. SMITH, ADAM; *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Fondo de Cultura Económica, trad. Gabriel Franco, México, 2 ed., 10ª reimp. 2010.
53. STIGLITZ, JOSEPH; *Microeconomía*, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 2004.
54. SULLIVAN, MICHAEL, Y FILION, JOSÉE; “The basics of international cartel enforcement in Canada”, Competition Bureau of Canada (2004).
55. TEN KATE, ADRIAN Y DIRCIO, MARÍA DEL CARMEN "Intercambio de Información entre competidores y prácticas absolutas", en *Gaceta de Competencia Económica*, Septiembre-Diciembre 2002, Año 5, No. 14.
56. VALDÉS ABASCAL Y BRITO ANDERSON, S.C., “Breve descripción del marco jurídico de competencia económica”, en *Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica*, Edición Propia, 2006, en http://www.vb.com.mx/index_espanol.html
57. VESTERDORF, BO.; “Standard of proof in merger cases: reflections in the light of recent case law of the Community Courts”, *European Competition Journal*, Volume 1, Number 1, March 2005, Hart Publishing.
58. WITKER, JORGE Y VARELA, ANGÉLICA; *Derecho de la Competencia Económica en México*; Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM, México, 2003.

Materiales legales

1. *Código Federal de Procedimientos Civiles*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943.

La evidencia de los efectos en México de prácticas monopólicas absolutas con alcance internacional

2. *Ley Federal de Competencia Económica*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992.
3. *Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de octubre de 2007.
4. *Ley del Impuesto sobre la Renta*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de enero de 2002.
5. *Ley Aduanera*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de diciembre de 1995.
6. *Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica*. Consultable en Peredo Rivera, *op. cit.*, p. XXIX.
7. *Guía de Inmunidad y reducción de sanciones de la Comisión Federal de Competencia*,
<http://www.cfc.gob.mx/images/stories/Documentos/guias/cfcguia.pdf>
8. *Decreto por el que se modifica el diverso para el fomento y operación de la industria maquiladora de exportación*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de noviembre de 2006.
9. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993.
10. *Acuerdo de cooperación económica, concertación política, y cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, y México* publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 2000.
11. *Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre la aplicación de sus leyes de competencia* publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 2001.
12. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (1995)*, Department of Justice and Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América.