

Transparencia y
política de competencia

Capítulo

IV

TRANSPARENCIA EN LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN MÉXICO

A PESAR DE QUE LA PROMOCIÓN DE LA TRANSPARENCIA DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA ES UNA TENDENCIA MUNDIAL, en México no se tiene registro sobre programas encaminados a transparentar la aplicación de la política de competencia²². Este aspecto, hoy en día no puede pasar inadvertido, si se consideran los beneficios que produce tener acceso a la información pública respecto al desempeño de la autoridad de competencia en nuestro país.

En particular, poco se sabe sobre el proceso de decisión por parte de la CFC a la hora de evaluar una concentración o una práctica monopólica²³. En México, a pesar de que la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) y su reglamento establecen los criterios y factores económicos²⁴ para evaluar las prácticas anticompetitivas y las concentraciones, no se establece con claridad el peso específico y el contrapeso de cada uno de ellos. A diferencia de otras autoridades de competencia, la CFC no publica ningún tipo de información relaciona-

da con sus procesos de investigación y metodologías que regulan sus decisiones.

Resulta pertinente preguntarse: ¿Cuál es el peso específico de cada factor y criterio económico? ¿Qué tanto influyen otros tipos de factores o criterios como pueden ser los estudios presentados por los agentes económicos²⁵, opiniones de los consumidores (encuestas), resultados de “análisis de eventos”, estudios realizados por la propia autoridad? Sin lugar a duda, transparentar el proceso de decisión sobre estos aspectos tan importantes contribuiría a hacer más efectiva la política de competencia en México.

Desde hace ya seis años, entró en vigor la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG). Gracias a esta ley, toda persona tiene el derecho y la libertad de acceder a documentos con carácter público que tiene en su poder la CFC. Cabe señalar que, a pesar de este grado de accesibilidad en la información, la CFC no está

obligada a brindar información que no conste en documentos, por lo que no tiene que transparentar necesariamente el peso específico de criterios económicos y metodologías con que toma sus decisiones²⁶.

La CFC, a través de distintos mecanismos (principalmente el reglamento de la LFCE y documentos de divulgación), ha difundido con bastante claridad el proceso administrativo que deben seguir los distintos asuntos que están a su cargo (concentraciones, investigación de prácticas monopólicas, opiniones, etc.). Sin embargo, si se considera sólo el proceso de investigación, poco se sabe acerca de la metodología, los criterios, la congruencia en el uso de los mismos y los casos correctamente juzgados de prácticas monopólicas y fusiones.

Con el fin de ilustrar la falta de transparencia de la política de competencia en México según las mejores prácticas internacionales²⁷, en las siguientes líneas se trata el tema de la implementación de la política

de competencia en materia de prácticas monopólicas²⁸.

IV.1 Prácticas monopólicas en México

Como vimos en la sección II de este documento, la transparencia en la política de competencia ha sido un tema recurrente en el horizonte internacional en los últimos años. La evaluación de las prácticas monopólicas no son la excepción; de hecho, se puede decir que hay una tendencia internacional hacia transparentar los procesos de detección, investigación y monitoreo de las prácticas anticompetitivas en el mundo.

El objetivo de esta sección es identificar el grado de transparencia con que toma sus decisiones la CFC respecto a la determinación de prácticas monopólicas absolutas y relativas. Tratar de evaluar el grado de transparencia en el desempeño de la CFC nos lleva, ineludiblemente, a investigar cuáles son el proceso, los criterios económicos y la

metodología que usa la autoridad para: a) identificar una posible práctica anticompetitiva (proceso de detección); b) una vez que una investigación ha sido abierta, probar la existencia de tal práctica (proceso de investigación) y, c) juzgar su propio desempeño en una suerte de auto-evaluación o análisis ex post de la política de competencia (proceso de evaluación).

El objetivo particular de esta sección es estudiar los criterios y la metodología que usan la CFC y otras autoridades en el mundo para investigar posibles prácticas anticompetitivas. Con base en el objetivo antes descrito, la sección se divide en las siguientes subsecciones: 1) aquí se identifican brevemente el tipo de prácticas anticompetitivas que se llevan a cabo alrededor del mundo y las metodologías con las cuales son estudiadas (benchmark internacional); 2) se identifica qué tipo de conductas considera la LFCE como prácticas monopólicas, cuál es el proceso de investigación y qué criterios considera la CFC para juz-

gar dichas prácticas; 3) en esta sección, a través del análisis de casos seleccionados, se explora de manera preliminar el proceso de investigación que usa la CFC para prácticas anticompetitivas²⁹ y los compara contra criterios internacionales; 4) por último, en esta sección se evalúan los mecanismos con los que la CFC difunde y transparenta sus decisiones, tomando en consideración las mejores prácticas internacionales.

IV.1.1 Prácticas anticompetitivas alrededor del mundo³⁰

Según la experiencia de las distintas autoridades de competencia en el mundo, las prácticas anticompetitivas se pueden catalogar de la siguiente manera: 1) acuerdos entre empresas que compiten entre sí; 2) acuerdos entre empresas que no son competidoras entre sí y, 3) conductas unilaterales.

Las primeras son acuerdos entre dos o más empresas cuyo objetivo es afectar el proceso de competen-

cia a través de fijación de precios, cantidades, etc. A estos acuerdos usualmente se les conoce como carteles o acuerdos colusivos (restricciones horizontales o prácticas monopólicas absolutas en el marco de la LFCE) y son consideradas las faltas más graves contra el proceso

de competencia. Este tipo de prácticas son generalmente tratadas bajo el enfoque *per se*³¹.

Las segundas son acuerdos entre empresas que no son competidoras entre sí y que tienen por objeto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado.

Las terceras son conductas llevadas a cabo por una sola empresa con el mismo objetivo que las prácticas anteriores. A estas dos últimas se les llama, en la ley mexicana, restricciones verticales o prácticas monopólicas relativas (véase Cuadro 5) y usualmente son trata-

Cuadro 5. Clasificación de Prácticas Anticompetitivas

Naturaleza	Tipo de Práctica	Catalogación	Enfoque de análisis
Acerdos entre empresas que compiten entre sí*	Son acuerdos entre dos o más empresas cuyo objeto es: 1) fijar precios, 2) fijar oferta, 3) dividirse mercados o, 4) coordinar posturas.	-Carteles o acuerdos colusivos -Restricciones horizontales -Prácticas monopólicas absolutas en la LFCE	<i>Per se</i>
Acerdos entre empresas que no son competidoras entre sí**	Son acuerdos entre dos o más empresas cuyo objeto es o podría ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado	-Restricciones Verticales -Prácticas monopólicas relativas en LFCE	“Regla de la razón”
Acciones llevadas a cabo por una sola empresa	Son actos unilaterales cuyo objeto es o podría ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado	-Restricciones Verticales -Prácticas monopólicas relativas en LFCE -Conductas unilaterales	“Regla de la razón”

Fuente: Elaboración propia con base en información de la International Competition Network (ICN), Federal Trade Commission (FTC), Department of Justice (DoJ) de los Estados Unidos, Office of Fair Trading (OFT)-Competition Commission (CC) del Reino Unido y la Comisión Federal de Competencia (CFC) de México.

* Cabe señalar que hay acuerdos entre competidores que no son los considerados en la Tabla, pero que pueden tener efectos anticompetitivos y que son analizados por la regla de la razón. Para mayor detalle revisar el caso de los Estados Unidos, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors.

** A pesar de que la mayoría de estos se analizan bajo el enfoque de la regla de la razón, hay algunos acuerdos cuya evidencia permite un análisis a través del enfoque *per se*.

das bajo el enfoque de la “regla de la razón”.

IV.1.2 Enfoques de análisis de prácticas monopólicas

Además de definir qué tipo de prácticas económicas se pueden considerar como anticompetitivas, las autoridades de competencia eligen enfoques de análisis para evaluarlas. La elección de estos enfoques se debe de entender en el contexto de los objetivos que busca cada autoridad³², sus características institucionales, el sistema judicial o legislativo en el cual operan, entre otros. Por otro lado, se puede decir que la elección de enfoques también determina, al menos en una parte, los resultados de las investigaciones que llevan a cabo las autoridades de competencia.

El Cuadro 6 muestra algunos enfoques de análisis de prácticas anticompetitivas. El enfoque *per se* establece que una vez identificada la conducta se considera ilegal, sin investigar sus propósitos ni efectos

en la competencia (por ejemplo, un acuerdo entre empresas para fijar el precio). Por otro lado, el enfoque de la “regla de la razón” (rule of reason) compara el estado de la competencia con y sin la conducta alegada evaluando los efectos de la práctica. La pregunta central es si la conducta, presumiblemente, daña la competencia porque hubiera incrementado la habilidad o los incentivos para elevar los precios o reducir la oferta u otra práctica por debajo de lo que hubiera prevalecido en ausencia de la conducta.

Respecto al enfoque basado en efectos, implica evaluar los efectos

negativos y positivos (actuales o futuros) de una conducta anticompetitiva, sobre los consumidores y otros agentes económicos. Por otro lado, bajo el “enfoque de presunción” la sola presunción de la práctica anticompetitiva es suficiente para juzgarla. En este enfoque no se tienen que probar los efectos de la práctica alegada en el proceso de competencia u agentes económicos. En el enfoque de caso por caso (case by case) no se definen criterios generales para analizar conductas y, por el contrario, cada caso se debe de analizar en función de sus características particulares.

Cuadro 6. Enfoques de análisis de prácticas anticompetitivas

- <i>Per se</i> - Regla de la razón	- Caso por caso	- Basado en presunción - Basado en efectos
--	-----------------	---

Fuente: Elaboración propia con información de la ICN.

Cabe señalar que, si bien algunos de estos enfoques son excluyentes, otros son complementarios entre sí; hay algunas autoridades que, al investigar cierta conducta anticompetitiva, adoptan el enfoque de la razón sobre el enfoque *per se* y, adicionalmente, asumen el enfoque de efectos sobre el de presunción. Por ejemplo, en el caso de Chile, el Tribunal de Competencia resuelve sobre una base de caso por caso, usando el enfoque de la razón y considerando los efectos que sus decisiones pudieran tener en el mercado. Por otro lado, en el caso de Brasil la distinción entre el enfoque *per se* y el de la regla de la razón no está presente en la legislación, porque el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE, por sus siglas en portugués) requiere la existencia de poder de mercado para evaluar todas las conductas. Adicionalmente, el CADE toma en cuenta el enfoque de caso por caso y el principio de protección al consumidor.

Una de las principales preocupaciones de las autoridades de competencia en la definición de los objetivos de sus leyes, así como en la elección de los enfoques de análisis son los riesgos de la sobre-disuasión y la sub-disuasión (over-deterrence y under-deterrence). Se puede entender por sobre-disuasión el hecho de desincentivar, a través de alguna política, a las empresas que buscan conductas pro-competitivas, y por sub-disuasión el fracaso en prevenir a las empresas para que no se involucren en conductas que dañen a los consumidores.

Según el reporte de los objetivos de las leyes sobre conductas unilaterales de la International Competition Network (ICN), las reglas sobre conductas unilaterales y normas de implementación deberían esforzarse por minimizar los costos de los errores, minimizar los riesgos de la sobre-disuasión o la sub-disuasión e implementación, así como favorecer la conformidad de las empresas ante las resolucio-

nes de las autoridades. En este contexto, el reporte sostiene que las agencias no deberían preocuparse solamente porque los resultados correctos sean consistentes con los objetivos de una política, sino igualmente, por reglas transparentes y resultados predecibles.

En particular, en el informe de la ICN las autoridades del Reino Unido e Irlanda atienden los riesgos de la sub o sobre-disuasión a través del “enfoque basado en efectos”. La autoridad de Irlanda prefiere este enfoque sobre el “enfoque basado en presunción”, porque este último puede desincentivar conductas pro-competitivas al inhibir el ambiente de negocios. Se puede inferir que, al juzgar erróneamente o mostrar poca transparencia o congruencia en las decisiones, la autoridad está enviando señales al mercado para no que no lleven a cabo prácticas que, eventualmente, podrían estar sujetas a persecución.

Por el contrario, de acuerdo con este reporte, la autoridad de

Alemania (BKartA) sostiene que la implementación de la política anti-competitiva podría estar en riesgo si los efectos actuales de la práctica tienen que ser probados. Dicha autoridad subraya que la supervivencia de los competidores eficientes en el mercado puede necesitar una implementación rápida que se vería obstruida si se aplicara el “enfoque basado en efectos”.

Otra medida que algunas autoridades de competencia han contemplado para minimizar los riesgos de la sobre-disuasión, consiste en realizar un análisis sólido acerca de si una empresa posee poder de mercado (Unión Europea, Letonia, México, entre otros).

IV.1.2.1 Definición, metodologías y técnicas de análisis de restricciones horizontales en el mundo

De acuerdo con la experiencia y la literatura internacional en competencia, hay acuerdos entre empresas competidoras entre sí que, por su naturaleza, son considerados

anticompetitivos *per se*. Éstos, como se mencionó anteriormente, son: 1) fijación de precios; 2) fijación de cantidades; 3) división de mercados o, 4) coordinación de posturas en subastas o licitaciones. En otras palabras, estos acuerdos constituyen las actividades de los carteles y son analizados bajo el enfoque *per se*, donde su “identificación” es elemento suficiente para ser considerados ilegales. A pesar de que en teoría la identificación de un acuerdo pudiera parecer relativamente fácil, en la práctica el proceso de detección, investigación y persecución de carteles es complejo, presenta deficiencias y es una labor constante de las autoridades de competencia en el mundo. Por otro lado, algunas autoridades de competencia, como la FTC de los Estados Unidos, consideran que también hay acuerdos entre empresas competidoras entre sí, que no sólo son buenos, sino que también tienen efectos procompetitivos³³, y, por lo tanto, son analizados por el enfoque de la regla de la razón.

En este contexto, en las siguientes subsecciones se describirán brevemente algunos elementos que se consideran en el proceso de detección, investigación y persecución de carteles en el mundo, y nos concentraremos en identificar las diferentes técnicas económicas o estadísticas que nos pueden ayudar a detectar carteles o colusiones de mercado, explicando la racionalidad detrás de cada una de ellas³⁴.

Algunos métodos que utilizan las autoridades de competencia en el proceso inicial de detección de carteles son los reactivos como: inspecciones, redadas, denuncias, programas de inmunidad (o clemencia); y los preactivos como: estrategias de establecimiento, abogacía por la competencia, etc. Por otro lado, aún cuando el análisis económico es, quizá, el mejor punto de partida para la detección de posibles carteles, este enfoque no es, en ningún caso, concluyente. La teoría económica, aunada a las técnicas estadísticas, puede identificar aquellos mercados con una proclividad

natural a la colusión, o bien, patrones de mercado que son consistentes con prácticas monopólicas. Desde el punto de vista teórico, la gran limitante de los argumentos aquí expuestos estriba en que el paralelismo en precios es un equilibrio, tanto en mercados competitivos como en mercados colusorios, así como en estructuras de mercado con empresas líderes y seguidoras. Las técnicas que a continuación se presentan permiten identificar condiciones de mercado propicias para la colusión (enfoque estructural) y comportamientos de mercado que se alejan de los patrones de competencia y se asemejan más a mercados dominados por un cartel (enfoque de comportamiento).

Como ya se señaló anteriormente, los resultados económicos son sólo una evidencia circunstancial³⁵, y por lo tanto, no demuestran o refutan de forma concluyente la presencia de un cartel.

IV.1.2.2 Enfoque estructural

Las técnicas económicas encaminadas a la detección de carteles se pueden clasificar en dos grandes rubros: el enfoque estructural y el enfoque de comportamiento (ver Figura 1). Como su nombre lo indica, en el enfoque estructural lo que determina la posible existencia de un cartel es la estructura de mercado de la industria bajo escrutinio. Según la literatura económica existen cuatro características de mercado que facilitan la colusión:

1. Un número limitado de oferentes y compradores pulverizados. Pocas empresas en el mercado facilitan la coordinación y monitoreo del cartel. Por otro lado, en mercados con un gran número de compradores sin poder monopsónico generalmente no hay grupos de presión que, al verse dañados por la colusión, puedan llevar a la ruptura del cartel.
2. Productos homogéneos. Un alto grado de sustitución entre los

productos de cada empresa incrementa las ganancias que se derivan de la colusión (Tirole, 1997).

3. Demanda estable y capacidad ociosa. La estabilidad de demanda lleva a estabilidad de precios, lo que facilita al cartel la fijación y el monitoreo de los mismos.

LOS RESULTADOS ECONÓMICOS SON SÓLO UNA EVIDENCIA CIRCUNSTANCIAL, Y POR LO TANTO, NO DEMUESTRAN O REFUTAN DE FORMA CONCLUYENTE LA PRESENCIA DE UN CARTEL.

4. Producción intensiva en capital. Altos requerimientos de capital funcionan como una barrera contra la entrada de posibles competidores, disminuyendo la probabilidad de fractura en el cartel (Symeonidis, 2003).

Estas son algunas estructuras de mercado que pudieran facilitar la colusión, sin embargo, es importante recalcar que su (in) observancia no prueba la (in) existencia de un cartel.

El enfoque estructural puede verse como el preámbulo de un análisis más detallado en determinada industria.

IV.1.2.3 Enfoque de comportamiento

La implementación de prácticas colusorias trae como consecuencia un cambio en las estructuras de mercado; esto, a su vez, se ve reflejado en los patrones de precios y/o

en las cantidades producidas. El enfoque de comportamiento, a diferencia del estructural, trata de inferir cambios en comportamiento de los oferentes o en las estructuras de mercado a partir de las dinámicas de precios y/o cantidades producidas. El enfoque de comportamiento puede verse como una etapa posterior al enfoque estructural. Una vez que el enfoque estructural identifica una industria cuya estructura de mercado facilita la colusión, en el enfoque de comportamiento se analizan los siguientes factores que podrían indicar la existencia de un cartel:

Dinámicas de Precios

1. Incremento injustificado en el precio. Todos los carteles tienen como objetivo incrementar las utilidades de sus miembros a costa de mayores precios al consumidor. La entrada en vigor de un acuerdo de colusión está generalmente acompañada de un incremento en precios.

2. Disminución de la variación en precios. Dado que los precios en un mercado colusorio son establecidos por los miembros del cartel, la variación en precios entre los distintos oferentes tiende a ser menor en este tipo de mercados.
3. Baja correlación precio-costo. Los precios en mercados colusorios no reaccionan a cambios en costos (o tecnología) con la misma rapidez que en mercados competitivos.
4. Incremento injustificado en los márgenes de ganancia. Como ya se mencionó, la formación de carteles incrementa los beneficios, por lo tanto, si vemos que los márgenes de ganancias de una industria se incrementan de forma injustificada (por ejemplo en ausencia de incrementos de demanda), esto pudiera ser un indicativo de prácticas colusorias.

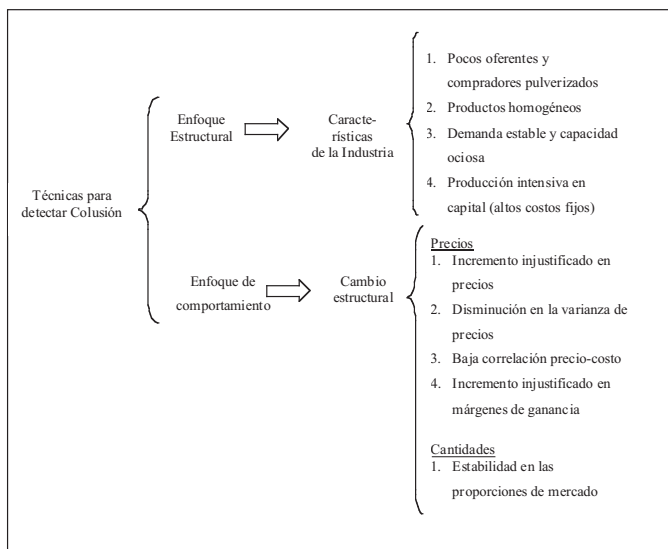
Dinámicas en las Cantidades Producidas

1. Estabilidad en las proporciones de mercado. En mercados caracterizados por altos niveles de competencia, los oferentes luchan continuamente por acaparar proporciones de mercado. La competencia económica incentiva a las empresas a invertir en nuevas tecnologías, mejorar su estrategia de promoción, reducir costos de transporte, etc. En la medida en que algunas empresas adopten estos cambios con mayor rapidez, la proporción de mercado que éstas pueden satisfacer se incrementará. De tal forma, en mercados competitivos las proporciones de mercado van cambiando en el tiempo mientras que, en aquéllos en donde se da la colusión, las proporciones de mercado son fijadas por los miembros del cartel y tienden a ser estables.

2. Estabilidad en las proporciones de mercado para un grupo de empresas solamente. Si el cartel está formado sólo por un grupo de empresas, entonces la estabilidad en las proporciones de mercado se observarán únicamente para aquellas empresas que forman parte del cartel.

En el enfoque de comportamiento, lo que importa son las dinámicas de precios o cantidades; las técnicas que se clasifican bajo este enfoque tratan de identificar cambios estructurales en el mercado. Como ya se mencionó, la entrada en vigor de un cartel traerá cambios significativos en la estructura de mercado;

Figura 1. Técnicas para Detección de Colusiones de Mercado



Fuente: Elaboración propia con base en Harrington (2006a, 2006b y 2006c) y Porter (2005).

las técnicas enumeradas en este apartado tratan de probar si ha habido algún o algunos cambios en dichas estructuras y si estos corresponden con prácticas monopólicas.

IV.1.2.4 Definición, metodologías y técnicas de análisis de restricciones verticales en el mundo

Cabe señalar que, a diferencia de otras prácticas analizadas por las autoridades de competencia en el mundo, como por ejemplo, fusiones o carteles, el análisis sobre las restricciones verticales está lejos de alcanzar un consenso internacional (véase Cuadro 7).

El carácter evolutivo de la teoría y política sobre prácticas anticompetitivas se encuentra en vigencia plenamente. En particular, la discusión sobre qué acuerdos o prácticas económicas tienen un efecto anti-competitivo en la economía y, por lo tanto, pueden ser catalogadas como prácticas monopólicas es un debate abierto. Sólo para fijar ideas, a continuación se muestra una breve

Cuadro 7. Restricciones verticales a la competencia

Práctica (nombre en inglés)	Descripción
Imponer o establecer precios de manera vertical (<i>Resale price maintenance</i>)	Cuando un proveedor determina el precio al que todos los revendedores deben vender el producto, teniendo como efecto la eliminación de la competencia entre revendedores.
Ventas atadas (<i>Tie-in</i>)	Cuando un vendedor requiere que el comprador del producto A (el bien atador) también compre sus requerimientos de uno o más productos (los bienes atados) del comprador A. Dicha práctica puede restringir la libertad del comprador para obtener de vendedores competidores estos bienes y, por ende, limitar la efectividad de la competencia.
Imponer condiciones de exclusividad para vender o comprar (<i>Exclusive dealing</i>)	Cuando un vendedor contrata a distribuidores para vender únicamente sus productos (excluyendo a los productos de sus competidores). Si dicha práctica es utilizada por varias empresas grandes en el mercado, el acceso de pequeñas empresas y entrantes potenciales a canales establecidos puede ser severamente restringido.
Rechusarse a vender o comprar bienes que sí están disponibles para otros agentes económicos (<i>Refusal to supply</i>)	Cuando un vendedor deliberadamente se rehúsa a venderle a un cliente, con la intención de aplicar <i>exclusive dealing</i> , <i>tie-in sales</i> y <i>resale price maintenance</i> .
Ofrecer descuentos por lealtad (<i>Aggregated rebates</i>)	Cuando se otorgan descuentos a la compra total de un consumidor a lo largo del tiempo. Se utiliza para adquirir la confianza del consumidor hacia el vendedor, pero puede generar efectos anti-competitivos, ya que incentiva a los clientes a quedarse con un solo vendedor, excluyendo a los demás competidores.
Discriminar en precios (<i>Price discrimination</i>)	La habilidad de un vendedor para vender el mismo producto, mediante la separación de mercados, a diferentes precios.
Depredación de precios (<i>Price predation</i>)	Acción de bajar los precios a un nivel no rentable (costo medio o costo variable medio) con objeto de deshacerse de la competencia. Una vez que se elimina la competencia, se vuelven a alzar los precios.*
Subsidios cruzados (<i>Cross-subsidization</i>)	Cuando se ofrecen subsidios internos a ciertos productos o departamentos, con pérdidas dentro de la misma empresa, financiados por los beneficios de otros productos o departamentos.

Fuente: Collins Dictionary of Economics, Pass, Lowes & Davies y The MIT Dictionary of Modern Economics, Pearce.

* Aunque en los diccionarios no está considerada la propiedad de recuperación de pérdidas (recoupment), en la realidad muchas autoridades consideran dicha característica.

lista (no exhaustiva) de algunas de las prácticas económicas que usualmente son catalogadas como restricciones verticales, aunque incluso algunas de ellas pudieran ser consideradas parte natural del proceso económico, por lo que pudieran no ser juzgadas como anticompetitivas³⁶.

Muestra de este debate es el testimonio de distintas autoridades alrededor del mundo. En palabras propias de las autoridades de los Estados Unidos (la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia): “La responsabilidad de la sección 2 (de la Ley Sherman) hacia las conductas unilaterales con potencial anticompetitivo es incierto. Incluido en este análisis está el reconocimiento de que, generalmente, es difícil distinguir entre conductas ilícitas y competencia legítima, y que un error puede resultar en costos que vayan más allá del caso particular a través de desincentivar las conductas legítimas de otras empresas”³⁷ (sobre-disuasión).

De acuerdo con estas autoridades, el principal problema ha estado en “desarrollar estándares apropiados” para identificar conductas que son realmente perjudiciales para el bienestar de los consumidores, y que no son comportamientos legítimos ni promotores de la eficiencia.

En el caso del Reino Unido, no hay enunciados generales contra las prácticas anticompetitivas en su legislación -Competition Act 1998 (CA98), Enterprise Act 2002 (EA02) y European Community Competition Law (ECCL)- más allá del abuso del poder de mercado y la prohibición de cierto tipo de conductas³⁸. Esta situación le ha permitido a la Oficina de Comercio Justo (OFT, por sus siglas en inglés) alguna flexibilidad en la definición de la política de competencia, así como en la determinación de qué objetivos perseguir, por lo que la OFT ha adoptado un criterio basado en efectos, para analizar las conductas abusivas y enfocarse en maximizar el excedente del consumidor cuando aplica la

prohibición del capítulo II³⁹ de la CA98⁴⁰.

La OFT le puede hacer un “Oficio de Investigación de Mercado” a la Comisión de Competencia (CC) en el caso de que tenga bases razonables para sospechar si alguna o algunas características de un mercado de bienes o servicios en el Reino Unido previene, restringe o distorsiona la competencia en conexión con la oferta o adquisición de bienes en el Reino Unido⁴¹.

EL PRINCIPAL PROBLEMA HA ESTADO EN “DESARROLLAR ESTÁNDARES APROPIADOS” PARA IDENTIFICAR CONDUCTAS QUE SON REALMENTE PERJUDICIALES PARA EL BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES, Y QUE NO SON COMPORTAMIENTOS LEGÍTIMOS NI PROMOTORES DE LA EFICIENCIA.

Al igual que las autoridades de los Estados Unidos, las autoridades del Reino Unido consideran que el principal reto en la aplicación de los objetivos sobre las prácticas anticompetitivas (en específico unilaterales), se relaciona con la necesidad de una robusta metodología para analizar la probabilidad del daño a los consumidores como resultado de una conducta alegada. En particular, opinan que es necesaria una metodología objetiva y predecible que evite el enfoque de presunción y sea aplicable en la práctica⁴².

En la misma línea que los Estados Unidos y el Reino Unido, Turquía reconoce la dificultad de determinar si una práctica es resultado del proceso natural competitivo de las empresas o resultado de propósitos anticompetitivos. A pesar de ello, el artículo 6 de su ley de competencia considera una lista no exhaustiva de posibles prácticas abusivas, la cual se basa en el artículo 82 del tratado de Roma.

IV.1.3 Prácticas anticompetitivas en México

La LFCE considera dos tipos de restricciones a la competencia: las prácticas monopólicas absolutas (restricciones horizontales) y las prácticas monopólicas relativas (restricciones verticales). Cabe señalar que cualquier investigación se inicia en respuesta a una denuncia o por iniciativa “ex-oficio” de la Comisión.

IV.1.3.1 Prácticas monopólicas absolutas

De acuerdo con la CFC, las prácticas monopólicas absolutas o carteles son las faltas más graves al proceso de competencia y son dañinas *per se*, es decir, su propia existencia reduce el grado de disputabilidad o rivalidad entre los competidores de un mercado y puede derivar en perjuicio para los consumidores⁴³. Según el artículo 9 de la LFCE, son prácticas monopólicas absolutas aquellos

acuerdos entre competidores entre sí, cuyo objetivo sea:

1. Fijar precios
2. Fijar oferta
3. Dividir mercados
4. Coordinar posturas o licitaciones

Para el análisis de las prácticas monopólicas absolutas la CFC adopta el enfoque *per se*. De acuerdo con la CFC, existen dos tipos de acuerdos o prácticas monopólicas absolutas: 1) los explícitos y, 2) los tácitos. Para el caso de los primeros, la existencia de un documento o evidencia dura donde se establezcan los términos del acuerdo es condición necesaria y suficiente para tipificar la conducta como tal.

Para el caso de los segundos, la CFC sostiene que “los tácitos son aquellos que no obran en ningún documento. Para probar su existencia, las autoridades en general toman en consideración indicios de esta conducta, que se deriva de la información que obtienen”⁴⁴. Los

indicios que explícitamente enuncia⁴⁵ la CFC están contenidos en el artículo 9 del reglamento de la LFCE y se puede decir que, en términos generales, son la observación de: 1) paralelismo de precios y 2) precios superiores o inferiores a precios internacionales.

Hay dos tipos de sanciones que la CFC puede imponer cuando detecta una práctica monopólica absoluta: multas⁴⁶ de carácter administrativo y/o la orden de suprimir la conducta. Para que la Comisión imponga una sanción, multa u orden en específico es necesario que lleve a cabo un procedimiento que consta de dos etapas: la de investigación y la de juicio. En la primera, la CFC tiene que analizar si existe la conducta alegada, y tiene que identificar a los posibles responsables. Si concluye que existe una presunta violación a la ley, el caso pasa a la segunda etapa en donde la Comisión informa a los probables responsables de las conductas que se les imputan y les otorga la posibilidad de defenderse.

IV.1.3.2 Prácticas monopólicas relativas

La LFCE define las prácticas monopólicas relativas como los actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea desplazar a otros agentes del mercado. El artículo 10 de la LFCE tipifica once conductas que se pueden considerar como prácticas monopólicas relativas⁴⁷:

1. Entre agentes que no son competidores entre sí, fijar la comercialización o distribución exclusiva de bienes y servicios.
2. Imponer o establecer precios de manera vertical (a proveedores o distribuidores).
3. Vender bienes atados (condicionar la venta de un bien a la compra de otro).
4. Imponer condiciones de exclusividad para vender o comprar.
5. Acción unilateral de rehusarse a vender o comprar bienes que sí están disponibles para otros agentes económicos.

6. Boicot (la concertación entre agentes económicos contra un tercero, para rehusarse a vender, comprar o comercializar bienes o servicios de dicho agente).
7. Depredación de precios (reducir los precios por abajo del costo medio o costo variable medio, para después recuperar las pérdidas)⁴⁸.

HAY DOS TIPOS DE SANCIONES QUE LA CFC PUEDE IMPONER CUANDO DETECTA UNA PRÁCTICA MONOPÓLICA ABSOLUTA: MULTAS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO Y/O LA ORDEN DE SUPRIMIR LA CONDUCTA.

8. Ofrecer descuentos por lealtad.
9. Utilizar subsidios cruzados.
10. Discriminar en precios (establecer precios o condiciones de venta distintas a agentes en situación igual).
11. La acción de uno o varios agentes económicos para incrementar los costos de hacer negocios para rivales u obstaculizar la entrada a nuevos competidores.

De acuerdo con la CFC, el análisis de las prácticas monopólicas relativas sigue el enfoque de la regla de la razón y, al igual que en el caso de las prácticas monopólicas absolutas para sancionar una práctica, se lleva a cabo en dos etapas. En la práctica, durante la etapa de investigación, la CFC lleva a cabo lo siguiente:

1. Determinar la posesión de poder sustancial de mercado sobre el mercado relevante, por parte del presunto responsable (Artículos 11 y 13 de la LFCE). La ley consi-

dera los siguientes elementos: si puede fijar unilateralmente el precio o restringir el abasto, las barreras a la entrada, el poder de sus competidores, acceso a insumos, comportamiento reciente y otros elementos definidos en el reglamento de la LFCE.

2. Definir el mercado relevante donde se está llevando a cabo la presunta conducta (Artículo 12 de la LFCE). Para tal efecto, se deben considerar: el grado de sustituibilidad del bien o servicio respecto a otros bienes; los costos de distribución del bien; los costos y probabilidades de los consumidores para acudir a otros mercados, y las restricciones normativas que limiten el acceso de los consumidores a otras fuentes de abasto.
3. Analizar la existencia de la presunta práctica monopólica relativa e identificar a los probables responsables. Para demostrar la existencia o naturaleza anti-

competitiva de la práctica, es suficiente documentar la intención o los “efectos potenciales” de la misma a través de: a) que su objetivo sea desplazar a los agentes, entorpecer su acceso o establecer una ventaja exclusiva; b) que pueda producir tales efectos; o c) que ya los haya producido⁴⁹.

4. Adicionalmente, para determinar si las conductas alegadas son violatorias de la ley, la CFC tiene que analizar las ganancias en eficiencia⁵⁰ derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos.

Si la Comisión dictamina la posible existencia de una práctica monopólica relativa, violatoria de la LFCE, entonces la investigación pasa a la segunda etapa donde se sigue el mismo procedimiento que en el caso de las prácticas monopólicas absolutas.

Una vez que se han revisado los pasos que lleva a cabo la CFC para la investigación de prácticas mono-

pólicas absolutas y relativas, se puede señalar lo siguiente respecto a su proceso de investigación:

1. La evidencia sugiere que la CFC adopta el enfoque de presunción, aunque no hay algún documento oficial que así lo señale.
2. Al parecer, durante el proceso de investigación la Comisión no lleva a cabo el análisis de los efectos económicos reales de una práctica alegada, sino sólo el análisis de “efectos potenciales”. Por ejemplo, se juzga anticompetitiva la depredación de precios por la existencia e intención de la práctica, pero no se consideran los efectos reales en los consumidores o competidores.
3. De acuerdo con la LFCE, para cuantificar las multas, sí se lleva a cabo el análisis de los efectos económicos reales.
4. Existe una serie de vacíos metodológicos que impiden saber con mayor precisión qué crite-

rios utiliza la CFC para evaluar prácticas monopólicas relativas. El reglamento de la LFCE sólo establece los criterios que se deberán considerar respecto a depredación de precios.

En cuanto a los riesgos asociados con la sobre-disuasión, la CFC sostiene que la metodología que utiliza atiende estos riesgos claramente al utilizar el enfoque de la razón y permitir la defensa de las empresas a través de ganancias en eficiencia. Sin embargo, al adoptar el enfoque de presunción y no tener criterios metodológicos claros y transparentes, la Comisión permite un cierto grado de incertidumbre entre la comunidad de negocios acerca de lo que se puede esperar de su comportamiento al juzgarse un caso. Dicha incertidumbre probablemente se reduciría si la Comisión adoptara el enfoque basado en efectos y publicara criterios sólidos para la investigación de prácticas anticompetitivas.

IV.1.3.3 Casos sobre prácticas monopólicas en la CFC

En esta sección se revisarán algunos casos sobre prácticas monopólicas absolutas y relativas que ha investigado la CFC en los últimos años. El

AL ADOPTAR EL ENFOQUE DE PRESUNCIÓN Y NO TENER CRITERIOS METODOLÓGICOS CLAROS Y TRANSPARENTES, LA COMISIÓN PERMITE UN CIERTO GRADO DE INCERTIDUMBRE ENTRE LA COMUNIDAD DE NEGOCIOS ACERCA DE LO QUE SE PUEDE ESPERAR DE SU COMPORTAMIENTO AL JUZGARSE UN CASO.

objetivo de esta sección es identificar los criterios que la Comisión ha tomado en consideración durante el proceso de investigación, y compararlos contra los criterios considerados por otras autoridades en el mundo. Asimismo, este ejercicio brindará una primera aproximación del grado de transparencia en el proceso de investigación que lleva a cabo la CFC.

IV.1.3.3.1 Análisis de casos sobre prácticas monopólicas absolutas

Durante el año 2006, se concluyeron 11 asuntos que involucraban la investigación de prácticas monopólicas absolutas, los cuales representaron el 28% del total de asuntos sobre restricciones a la competencia. El Cuadro 8 muestra cuatro casos relevantes⁵¹ que la Comisión ha analizado en los últimos años. De éstos, en el caso que se presentó en el estado de Durango, la Comisión acreditó el acuerdo para fijar el precio de la tortilla, la prohibición de su distribución y la prohi-

bición de trabajar el día domingo, a través del monitoreo de precios y una serie de declaraciones. De acuerdo con lo anterior, se puede inferir que la CFC utilizó algunos elementos del enfoque de comportamiento, pero no hay indicios de un estudio exhaustivo que hubiera incluido análisis de correlación precio-costo, márgenes de ganancia y estabilidad de proporciones de mercado⁵². En los otros tres casos restantes, los agentes económicos cooperaron con la Comisión, por lo que ésta desistió de las investigaciones.

IV.1.3.3.1.1 Análisis de casos sobre prácticas monopólicas relativas

Durante 2006, se concluyeron 18 asuntos que incluía la investigación de prácticas monopólicas relativas, los cuales representaron 46.15% del total de asuntos sobre restricciones a la competencia, de ese año. Como se mencionó anteriormente, la diversidad y complejidad de las posibles conductas económicas que pueden ser consideradas como restricciones verticales es muy amplia, por lo que establecer un juicio gene-

Cuadro. 8 Casos seleccionados de Prácticas Monopólicas Absolutas

Nombre	Expediente	Resultado
Grupo Industrial Lala	IO-25-2000	Inocente
Estado de Yucatán (caso en el mercado tortilla)	DE-07-2007	Inocente
Grupo Modelo/Cervecería Cuauhtémoc Moctezuma	IO-03-2000	Inocente
Gobierno del Estado de Durango/Asociación de Industriales de la Masa y la Tortilla del Estado de Durango/Empresa Integradora Regional de la Industria de la Masa y la Tortilla del estado de Durango/Eduardo Lorenzo Hema	DE-11-2004	Culpable

Fuente: Elaboración propia con base en la Gaceta de Competencia Económica.

ral al respecto, está fuera de los alcances de este estudio. Por lo tanto, en esta subsección se hará referencia a algunos casos analizados por la CFC, en particular sobre depredación de precios y contratos exclusivos (véase Cuadro 9). Además, se tratará de identificar los criterios que tomó en cuenta la CFC para investigar estas prácticas y se compararán con los criterios de otras autoridades en el mundo.

La investigación Warner Lambert fue iniciada en 1994 por una denuncia de Canel's contra Warner Lambert (antes conocida como Chiclets Adams) por depredación de precios en el mercado de la goma de mascar. Debido a que la investigación fue iniciada antes de la publicación del reglamento de la LFCE, en 1996 la CFC inició una investigación ex-oficio contra Warner Lambert por depredación de precios. La Comisión definió dos segmentos de mercado para la goma de mascar en paquetes de cuatro unidades: el formal (tiendas de conveniencia) y el informal (vía

pública). La Comisión determinó que la venta del producto (Clarks) por debajo del costo en el mercado informal representaba una barrera a la entrada a este segmento. Los criterios que tomó en cuenta durante la investigación fueron: mercado relevante, poder sustancial de mercado, precios sistemáticamente por debajo del costo (históricos, promedio, etc.), tarifas de importación, rentabilidad de los agentes, entre otros.

Ante esta decisión, Warner Lambert inició un amparo arguyendo la presunta inconstitucionalidad de la ley. Finalmente, en 2003, la Suprema Corte declaró inconstitucional el artículo 10, fracción VII de la LFCE y del reglamento referente a este artículo. El argumento esencial fue que la LFCE no establecía con precisión el marco legal, por lo que la autoridad administrativa (CFC) no podía imponer una multa sobre esta práctica.

Cuadro 9. Casos seleccionados de Prácticas Monopólicas Relativas

Caso	Práctica	Resultado
Warner Lambert (Chiclets Adams)	Depredación de precios	Resolución de la CFC desechada por la Suprema Corte, por la inconstitucionalidad de la LFCE.
Bebidas carbonatadas (Coca-Cola)	Contratos exclusivos; Descuentos de lealtad	Culpable

Fuente: Elaboración propia con base en la Gaceta de Competencia Económica e Información de la ICN.

En el caso de bebidas carbonatadas, Pepsi Cola Company y sus subsidiarias denunciaron en el año 2000 a The Coca-Cola Company, Coca-Cola Export Corporation y 89 subsidiarias embotelladoras, por acuerdos de exclusividad y descuentos de lealtad. La práctica alegada era la siguiente: Coca-Cola impulsaba un contrato con sus distribuidores donde se acordaba, entre otras cosas, que sólo se podrían mostrar los productos Coca-Cola, y, a cambio de esto, concedía beneficios como cubrir los gastos administrativos de los distribuidores. El mercado relevante fue definido como todas las bebidas carbonatadas a nivel nacional, donde Coca-Cola tenía poder sustancial.

Se puede inferir que la CFC demostró el posible desplazamiento de los competidores de Coca-Cola, a través de la imposibilidad de éstos de construir una red de canales de distribución capaz de competirle y a través de barreras a la entrada en forma de publicidad y posicionamiento de marca. Coca-Cola, por su

parte, presentó una defensa alegando ganancias en eficiencia, pero ésta fue desechada porque, según la CFC, el argumento no era suficientemente sólido⁵³.

Después de analizados los casos sobre prácticas monopólicas relativas, se compararán los criterios usados por la CFC contra los criterios usados por otras autoridades en el mundo. Para tal efecto, se usará intensivamente la información recabada por la ICN en el grupo de trabajo sobre conductas unilaterales. En particular, se hará referencia a tres reportes y las respuestas de las distintas autoridades de competencia a éstos: 1) Reporte sobre los Objetivos de la Leyes sobre Conductas Unilaterales, Análisis de Dominancia/Poder Sustancial de Mercado/ Monopolios creados por el Estado; 2) Reporte sobre Depredación de Precios y, 3) Reporte sobre Contratos Exclusivos⁵⁴.

Para el análisis de depredación de precios, México –al igual que casi todas las autoridades encuestadas (excepto Corea)– utiliza una medida

de precio por debajo del costo. Sin embargo, de acuerdo con lo declarado por México, la fijación del precio por debajo de una medida de costo es una condición suficiente para generar una presunción de depredación de precios (véase Cuadro 10). Este planteamiento podría crear un fenómeno de sobre-disuasión, pues es posible que algunos agentes económicos se sentirían desincentivados para llevar a cabo una práctica de este tipo, porque eventualmente podrían ser acusados de dañar el proceso de competencia.

Asimismo, llama la atención que el enfoque usado en México para demostrar la recuperación es “presunción”. Éste, se lleva a cabo a través de características estructurales del presunto depredador, aunque no es necesariamente un enfoque incorrecto, pues ninguna de las autoridades de competencia entrevistadas declaró que necesita mostrar un cálculo explícito de recuperación de pérdidas, ni un tiempo específico, ni una probabilidad de recuperación.

La mayoría de las autoridades en el mundo –Brasil, República Checa, Francia, Alemania, Corea, Perú, el Reino Unido, además de México– consideran a la intención de depredación de mercado como un criterio relevante. La CFC sostiene que para analizar la intención de desplazar a un competidor del mercado, limitar su acceso o establecer una ventaja exclusiva (market foreclosure) es

suficiente demostrar los efectos potenciales. Por el contrario autoridades como Chile o los Estados Unidos no lo consideran importante.

Para demostrar depredación de precios, autoridades como Brasil, Chile, República Checa, Irlanda, Corea, Perú, Rusia y los Estados Unidos requieren cuantificar los efectos como daño al consumidor o

desplazamiento de los competidores. Por el contrario, países como México, Bulgaria y Turquía no requieren que los efectos sean probados. Otros criterios que no se consideran en México son entrada y salida de competidores, incrementos de precios, prevención o retraso de bajas en el precio para justificar los efectos y la naturaleza anticompetitiva de la depredación de precios.

Cuadro 10. Respuestas de la CFC al Cuestionario sobre Depredación de Mercado del ICN

Pregunta	Respuesta
¿El precio debe estar por debajo de una medida de costo?	Sí
¿El precio debe ser inferior al costo variable promedio?	Sí
¿El precio debe ser inferior al costo no hundido promedio?	No
¿El precio debe ser inferior al costo total promedio?	Sí
¿Se usa alguna otra medida de costo?	No
¿Es la misma medida del costo aplicada en todos los casos?	Sí ¹
¿Tiene que ser demostrada la duración en un caso de depredación de precios?	Sí ⁴
¿Fijar el precio por debajo de una medida de costo crea una presunción de depredación de precios?	Sí
¿Es la presunción refutable?	Sí ⁵
¿Es requerida la recuperación?	Sí
¿Hay forma de justificar la recuperación?	Sí ²
¿Hay un tiempo relevante para la recuperación?	No
¿Hay algún grado de probabilidad requerido para la recuperación?	No
¿Es relevante la intención?	Sí
¿Se consideran los efectos como el daño al consumidor o al mercado?	No
¿Son permitidas las justificaciones y defensas?	Sí ⁶
¿Debe de ocurrir la depredación de mercado en el mismo mercado donde el presunto depredador tiene poder de mercado?	No ³

Fuente: Elaboración propia con información del ICN.

- 1 Se aplica el criterio de costo total promedio para precios sistemáticos y el criterio de costo variable total para precios ocasionales.
- 2 La CFC presume la recuperación si el agente alegado tiene fortaleza financiera, exceso de capacidad y/o reputación de afectar a la competencia.
- 3 La CFC analiza también casos de subsidios cruzados.
- 4 De acuerdo con la CFC, a pesar de que un periodo específico de tiempo no está considerado, la LFCE considera precios sistemáticos, lo que implica una duración continua del comportamiento.
- 5 Si no se cumple el poder sustancial de mercado del agente alegado y por defensa de ganancias de eficiencia.
- 6 Sí, a través de ganancias de eficiencia.

Un elemento relevante durante un caso es que si las empresas acreditan ganancias en eficiencia, la CFC debe evaluar el impacto neto ponderando si el efecto en el bienestar del consumidor excede los efectos anti-competitivos. Si este es el caso, hay un aparente vacío entre el proceso de investigación y el proceso de juicio, ya que no queda claro cómo se llevará a cabo este análisis debido a que, bajo el enfoque de presunción, la CFC sólo tiene que analizar los efectos potenciales y no los efectos actuales (por ejemplo, el daño al bienestar de los consumidores) para juzgar una práctica como anticompetitiva.

Para el análisis de contratos exclusivos, la LFCE no considera elementos específicos, sino sólo los expresamente mencionados en la definición de la misma. Cabe señalar que hay un consenso relativo internacional en los criterios generales para analizar este tipo de prácticas, entre ellos: el análisis de

poder sustancial de mercado (véase Cuadro 11).

En cuanto a criterios mencionados en el Cuadro 11, podemos observar que México no utiliza un *case law* (véase el Glosario), ni evalúa los efectos anti-competitivos (aunque, como se discutió anteriormente, se asume que la práctica

monopólica relativa intrínsecamente tiene efectos anti-competitivos, y se evalúa su efecto potencial).

A pesar de que la CFC consideró la duración como un factor importante durante el proceso de investigación, dicho criterio no se encuentra explícitamente en la legislación, aunque sí se encuentra en la etapa

Cuadro 11. Criterios Generales considerados para Acuerdos Exclusivos

País	Posición dominante/poder sustancial de mercado	Case Law como criterio	Efectos anticompetitivos	Justificaciones/defensas
Alemania	Sí	Sí	No	No
Brasil	Sí			
Bulgaria	Sí	No	Sí	No
Canadá	Sí	No	Sí	No
Chile		NO APLICA*		
Comisión Europea	Sí	Sí	Sí	Sí
Corea	Sí	No	Sí	No
Estados Unidos	Sí	Sí	Sí	Sí
Francia	Sí	Sí	Sí	Sí
Italia	Sí	No	Sí	No
Jamaica	No**	No	Sí	No
Japón	No**	No	Sí	No
Jersey	Sí	No	Sí	No
Lituania	Sí	No	Sí	No
México	Sí	No	No	Sí
Nueva Zelanda	Sí	Sí	Sí	No
Perú		Mismos criterios que la Comisión Europea		
Reino Unido		Mismos criterios que la Comisión Europea		
República Checa	Sí	No	Sí	No
República Eslovaca				
Rusia			No	Sí
Singapur	Sí	No	Sí	Sí
Suiza				
Taiwán	Sí	No	Sí	No
Turquía	Sí	Sí	No	No

Fuente: Elaboración propia con información del ICN.

* Sólo han tenido un caso, y ya se aprobó *exclusive dealing* siempre y cuando el mercado sea competitivo.

** No se considera.

de cuantificación de la multa. Cabe señalar que las respuestas de 32 autoridades de competencia exponen un consenso relativo al respecto, ya que 21 se pronunciaron porque dicho criterio era importante (entre ellos Brasil, Chile, Canadá, la Comisión Europea y México).

Respecto a la necesidad de mostrar los efectos de los contratos exclusivos para castigar la conducta, 22 de las 32 autoridades encuestadas señalaron que sí es necesario

mostrar los efectos (por ejemplo, Brasil, Chile, Canadá, Jamaica, Corea, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos, entre otros). De las pocas autoridades que declararon lo contrario están México, Dinamarca, Kenia y Rusia (véase Cuadro 12).

Si profundizamos en términos de efectos actuales o potenciales, la mayoría de las autoridades de competencia considera importantes a ambos (para México sólo es necesario mostrar el efecto potencial).

Además, sólo una minoría de ellas (seis) señaló que se debían mostrar los efectos como el daño al consumidor.

En cuanto a las defensas/justificaciones, la mayoría de las autoridades las considera dentro del proceso de investigación y juicio (22 de 32, entre ellas México que considera ganancias en eficiencia). Llama la atención que apenas 11 autoridades de competencia (entre ellas México, Rusia, Canadá, la Comisión

Cuadro 12. Respuestas de la CFC al Cuestionario sobre Conductas Exclusivas del ICN

Pregunta	Respuesta
¿Tiene leyes que cobran prácticas de contratos de exclusividad?	Sí
¿Requiere una empresa comprar todo de un solo proveedor?	Sí
¿Es la duración importante?	Sí
¿Tienen las empresas el arreglo para cubrir una porción sustancial del mercado?	No
¿Importa si el arreglo fue solicitado por el agente no-dominante?	No
¿Puede esta práctica ser considerada abusiva si contiene otras provisiones como cláusula inglesa ⁵⁵ o derechos a un primer rechazo?	No
¿Hay circunstancias bajo la cuales un contrato exclusivo se presume ilegal?	No
¿Hay puntos seguros en la ley sobre contratos exclusivos?	No
¿Se necesita mostrar el efecto de desplazamiento de los competidores (<i>market foreclosure</i>) para probar el abuso?	No necesariamente
¿Qué evidencia es usada para demostrar estos efectos y si los efectos deben ser actuales o potenciales?	Es suficiente mostrar efectos potenciales
¿Otros efectos como daño al consumidor tienen que ser mostrados?	No
¿Hay una defensa disponible para las empresas?	Sí, ganancias de eficiencia
¿Son las ganancias en eficiencia balanceadas contra el daño a la competencia para dictaminar el carácter anticompetitivo de la práctica?	Sí

Fuente: Elaboración propia con información del ICN.

Europea⁵⁶) respondieron que contrastan las ganancias en eficiencia contra los efectos anticompetitivos, para dictaminar el carácter anticompetitivo de los contratos exclusivos. Cabe señalar que, a pesar de que México declaró aplicar el concepto de ganancias en eficiencia, Ávalos y De Hoyos (2008) demuestran que este criterio empíricamente no tiene influencia significativa en la decisión de la CFC en materia de fusiones.

Finalmente, del análisis de los casos de la CFC y los criterios utilizados por la misma para el análisis de depredación de precios y contratos exclusivos, y su comparación con criterios utilizados por otras agencias en el mundo, se deriva lo siguiente:

1. La determinación del poder sustancial de mercado/dominancia y la definición del mercado relevante es una práctica común en México y en el ámbito internacional. De hecho, algunas autoridades lo consideran como un

seguro contra los riesgos de sobre-disuasión al reducir el número de empresas sujetas a investigación (caso Pepsi Cola).

2. El establecimiento de un criterio de precio por debajo de una medida de costo es una práctica común en el mundo. Sin embargo, dado el enfoque usado en México, este planteamiento puede generar un fenómeno de sobre-disuasión.
3. No hay un consenso internacional acerca de si es necesaria la recuperación en depredación de mercado
4. De los países encuestados por el ICN, la mitad o más de la mitad de la muestra considera la evaluación de efectos como el daño al consumidor, en la demostración de contratos exclusivos y depredación de precios. Bajo el enfoque de presunción adoptado por la CFC, esto en principio no sería posible. Adicionalmente, si las empresas acreditan ganancias de eficiencia, la CFC tendría que balance-

ar los efectos anti y procompetitivos de la práctica por lo que, en última instancia, sí tendría que calcular los efectos procompetitivos.

5. Para la mayoría de las autoridades encuestadas (21 de 32) la duración es un criterio importante para analizar acuerdos de exclusividad. A pesar de que la CFC declaró que para ella es importante, no tiene criterios explícitos para evaluarla.

IV.2 Mecanismos de transparencia de prácticas monopólicas

IV.2.1 Mecanismos de transparencia en el mundo

Como se vio en la sección II, algunos de los mecanismos que usan las autoridades de competencia para transparentar y difundir sus actividades se encuentran a continuación:

- Leyes generales de competencia
- Informes anuales
- Gacetas o diarios de actividades

- Criterios
- Discursos y casos de referencia (speeches y case law)
- Documentos de divulgación
- Documentos de evaluación ex-post por académicos
- Oficinas de evaluación
- Iniciativas legislativas

Un instrumento recurrente para transparentar los criterios que usan las autoridades de competencia, durante el proceso de investigación de una práctica anticompetitiva o una fusión, son los criterios. El Cuadro 13 muestra los resultados de una encuesta realizada por el ICN para ver qué países tienen criterios sobre carteles. Destaca que 10 autoridades cuentan con criterios propiamente dichos y 12 más cuentan con información relevante para evaluar dichas conductas. Por ejemplo, los Estados Unidos cuentan con una guía sobre colaboraciones entre competidores. De acuerdo con este documento, el objetivo es proveer a la comunidad de negocios información acerca de cómo la FTC y el DoJ

analizan ciertos elementos anti-competitivos en las colaboraciones entre competidores. Todo esto con el fin de brindar mayor certidumbre acerca de lo que se puede esperar de la política antimonopolio de los Estados Unidos, así como no desincentivar los acuerdos procompetitivos entre las empresas.

Según la FTC y el DoJ, esta Guía sobre Colaboraciones debería permitir a la comunidad de negocios evaluar proyectos de transacciones con un mayor entendimiento acerca de sus posibles implicaciones en la política antimonopolio, por lo que puede favorecer las colaboraciones procompetitivas, disuadiendo aquellas que dañen a la competencia y a los consumidores y, en consecuencia, facilitando las investigaciones sobre colaboraciones⁵⁷.

Cuadro 13

País	Guideline sobre Carteles
Alemania	Sí
Australia	Sí
Barbados	No, pero hay información relevante
Bélgica	No
Bosnia y Herzegovina	No
Brasil	No, pero hay información relevante
Bulgaria	Sí
Canadá	No
Corea	No, pero hay información relevante
Costa Rica	No
Croacia	No
EFTA	No, pero hay información relevante
Eslovenia	No
Estados Unidos	No, pero hay información relevante
Estonia	No
Finlandia	Sí
Holanda	Sí
Hungría	No, pero hay información relevante
Irlanda	No
Israel	No
Italia	No
Jamaica	No
Japón	No, pero hay información relevante
Latvia	No
Luxemburgo	No
Malta	No, pero hay información relevante
Noruega	Sí, pero no es público
Nueva Zelanda	No, pero hay información relevante
Pakistán	Sí
Reino Unido	No, pero hay información relevante
Rumania	Sí
Serbia	No
Sudáfrica	No, pero hay información relevante
Suiza	Sí
Tunisia	Sí
Ucrania	Sí
Unión Europea	No, pero hay información relevante
WAEMU	No
Zambia	No

Fuente: Elaboración propia con información del ICN.

IV.2.2 Mecanismos de transparencia en México

Como se argumentó anteriormente, la CFC no está obligada a brindar información que no conste en documentos, por lo que no tiene que transparentar necesariamente los procesos de investigación y metodologías que rigen sus decisiones en materia de prácticas monopólicas y concentraciones.

La CFC, a través distintos mecanismos (principalmente el reglamento de la LFCE y documentos de divulgación), ha difundido con bastante claridad el proceso administrativo que deben seguir los distintos asuntos que están a su cargo (fusiones, investigación de prácticas monopólicas, opiniones, etc.). Sin embargo, si se considera sólo el proceso de investigación, poco se sabe acerca de la metodología, los criterios, la congruencia en el uso de los mismos y los casos correctamente juzgados de prácticas monopólicas.

Por lo tanto, se puede decir que el grado de transparencia respecto a

estos temas es limitado por parte de la CFC.

En cuanto a los mecanismos, la CFC no publica una guía sobre restricciones verticales como otras autoridades en el mundo. Cabe mencionar, dada la diversidad de posibles prácticas anticompetitivas, la distinta naturaleza de cada una de ellas, la complejidad del análisis para determinar su carácter anti o procompetitivo, y los distintos enfoques de análisis para evaluarlas; muy pocas autoridades en el mundo han publicado estas guías. Sin embargo, esto no quiere decir que no se deban desarrollar estándares y criterios metodológicos para su análisis. Como se mencionó anteriormente, las autoridades de competencia de los Estados Unidos y el Reino Unido han reconocido que su principal reto en el análisis de las restricciones verticales a la competencia ha sido y será desarrollar metodologías robustas.

Con lo que sí cuenta la CFC son documentos de divulgación para prácticas monopólicas absolutas,

relativas y el proceso sancionador⁵⁸. Estos documentos son, en estricto sentido, de divulgación, porque informan al público en general qué son las prácticas anticompetitivas, cómo pueden incurrir las empresas en ellas y cuál es el proceso administrativo, pero en términos generales no explican bajo qué criterios (más allá de definiciones) la CFC juzga las prácticas anticompetitivas.

Por último, si bien la CFC ha publicado en su página web documentos de difusión acerca de qué son y qué sanciones tiene el incurrir en una práctica monopólica, la CFC no tiene guías metodológicas, más allá de los criterios establecidos en la LFCE y su reglamento, que permitan establecer parámetros mínimos para conducir una investigación. La publicación de estas guías en otros países como los Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido, ha significado un avance en la transparencia con que se lleva a cabo el proceso de decisión.

IV.3 Imparcialidad Procesal

Por otra parte, la CFC y el Poder Judicial Federal (como son los Juzgados de Distrito y los Tribunales Colegiados de Circuito) deben analizar, en igualdad de condiciones, tanto a las empresas extranjeras como a las empresas domésticas. Asimismo, las empresas involucradas deben tener acceso en igualdad de condiciones al proceso de decisión, con el fin de conocer la información y argumentos que las autoridades de competencia esgrimieron en sus decisiones.

La aplicación de la política de competencia frecuentemente se vincula con casos individuales que implican situaciones de intereses financieros específicos, por lo que el proceso de decisión tiene que ser absolutamente transparente y, en lo posible, desligado del ámbito político.

El proceso judicial de las implicaciones derivadas de las leyes de competencia, exige imparcialidad procesal. Se requiere de informa-

ción suficiente y evidencia contundente para inculpar a los agentes económicos que, presumiblemente, hayan violado la ley de competencia; suficiente tiempo y oportunidad para escuchar a todos los involucrados; suficiente tiempo para apelar; suficiente tiempo a la autoridad de competencia, para armar, considerar y tomar decisiones razonadas y, finalmente, mantener la confidencialidad de secretos de negocios.

Para el caso particular de México, también se requieren jueces y tribunales especializados en temas de competencia⁵⁹. Ávalos (2006) ilustra que, en México, la implementación de la política de competencia puede ser no eficiente debido a que existe un problema de aplicación efectiva de multas y sanciones. Por ejemplo, en el caso de las multas, el problema no es que el agente económico tenga la posibilidad de impugnar la multa impuesta por la autoridad de competencia ante un Tribunal Colegiado de Circuito, como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

(TFJFA), sino que al revisar la impugnación de la multa, este tribunal evalúa no sólo la legalidad, sino el procedimiento y el fondo de los asuntos de competencia que llevaron a su determinación. Ávalos (2006) sostiene:

EN MÉXICO, LA IMPLEMENTACIÓN DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA PUEDE SER NO EFICIENTE DEBIDO A QUE EXISTE UN PROBLEMA DE APLICACIÓN EFECTIVA DE MULTAS Y SANCIONES.

En realidad, el TFJFA se ha convertido en una instancia de revisión de los procedimientos de competencia, adicional a los que ya existen en el poder judicial. Esta adición genera un círculo vicioso, en donde la revisión de los procedimientos en el TFJFA impone trámites extras, alargando innecesariamente los procedimientos, y se reduce la efectividad del sistema de castigos mediante las multas y sanciones que impone la CFC, con lo cual se fortalecen los incentivos para que agentes económicos cometan ilícitos en detrimento de la competencia. El TFJFA no debería de constituirse en una instancia de revisión de los procedimientos contenidos en la LFCE, ya que éste no es un órgano especializado en temas de competencia y libre concurrencia.

En resumen, mientras que en muchos países los casos judiciales están en manos de “Cortes administrativas”, en otros se han creado “Tribunales Especializados” en temas de competencia, los cuales

revisan, ratifican o modifican las decisiones tomadas por las autoridades de competencia. Algunos de los países que cuentan con tribunales especializados en competencia son Brasil, Perú, Sudáfrica, Dinamarca, Singapur y el Reino Unido. La falta de tribunales especializados es una falla institucional que se ha evidenciado en muchos países, ya que a pesar de que algunas agencias tienen personal debidamente capacitado, sus decisiones pueden ser apeladas por jueces que no tienen conocimiento sobre temas de competencia (Mateus, 2007).

LA FALTA DE TRIBUNALES ESPECIALIZADOS ES UNA FALLA INSTITUCIONAL QUE SE HA EVIDENCIADO EN MUCHOS PAÍSES.