

Prácticas monopólicas absolutas. Una aproximación sobre la teoría de los efectos en los cárteles internacionales

Absolute Monopolistic Practices. An Approach About the Theory of the Effects in International Cartels

A Pricila e Isabella

Gabriel González Aragón*

RDP

RESUMEN

El autor reflexiona sobre las prácticas monopólicas absolutas y sus efectos en los cárteles internacionales. Parte del análisis del acuerdo colusorio y la producción de sus efectos. Explica el tema con base en la Ley Federal de Competencia Económica y la labor de investigación que realiza la Comisión Federal de Competencia Económica respecto a la celebración de tales acuerdos colusorios y su respectiva aptitud para sancionar los efectos anticompetitivos dañinos del mercado nacional.

PALABRAS CLAVE: prácticas monopólicas absolutas; acuerdo colusorio; cárteles internacionales.

ABSTRACT

The author reflects about the absolute monopolistic practices, and the effects on international cartels. The author begins with the analysis of the collusive agreement and the production of its effects. He explains the issue in the Federal Antitrust Law and the research work carried out

* Contacto gabrielgonzalezaragon@gmail.com.

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

by the Federal Antitrust Commission regarding such collusive arrangements and its ability to punish the harmful antitrust effects of the national market.

KEYWORDS: absolute monopolistic practices; collusive agreements; international cartels.

Sumario

1. Introducción. ¿Qué son las prácticas monopólicas absolutas?
 - A. Perspectiva económica
 - B. Perspectiva jurídica
2. ¿Qué son los cárteles internacionales?
 - A. Perspectiva económica
 - B. Perspectiva jurídica
3. Una aproximación sobre la teoría de los efectos en los cárteles internacionales
 - A. Principio de territorialidad en la aplicación de la LFCE
 - B. Clasificación de los cárteles internacionales
 - C. Prescripción en los cárteles internacionales
 - D. Responsabilidad en los cárteles internacionales
 - E. Cálculo de multas en los cárteles internacionales

1. Introducción. ¿Qué son las prácticas monopólicas absolutas?

A. *Perspectiva económica*

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

se toman anticipando las de los competidores) y mayormente por diferenciación (de producto, publicidad, calidad, variedad, promociones, etcétera).

Adicionalmente, las industrias marcadas por la homogeneidad de producto, ventas frecuentes, estructuras de costo similares y altas barreras a la entrada son más propensas a la colusión (entendido como un pacto ilícito en daño de tercero) y es más probable que se acerquen al desempeño de un “monopolio colectivo”.¹

Entre los actos contrarios a la competencia, las prácticas monopólicas absolutas (colusión entre competidores) son las más dañinas para el funcionamiento eficiente de los mercados, debido a que la coordinación entre competidores transforma la dinámica de un mercado razonablemente competitivo, en un monopolio en los hechos (no por existir un monopolio propiamente, sino porque los competidores se comportan como uno a través de la colusión), apoyado en un esquema de control unificado de la oferta. Es por ello que en México (como en muchos otros países) las prácticas monopólicas absolutas u horizontales no tienen una defensa económica posible, caso contrario de las concentraciones y prácticas monopólicas relativas (de aquí que sean ilícitas en sí mismas, y se analicen desde la perspectiva de lo que doctrinalmente se conoce como “*the per se rule*”).²

El problema de la interdependencia estratégica entre los competidores en un escenario de oligopolio, cuyo poder de mercado conjunto (y logrado precisamente a través del pacto colusorio) les permite excluir de la toma de decisiones a los consumidores, es que el equilibrio cooperativo de los competidores impone una externalidad negativa a los consumidores (un costo social), que se materializa en la forma de precios supracompetitivos y la consecuente transferencia indebida de riqueza de los consumidores a los productores. En términos económicos, se produce una apropiación del excedente del consumidor,³ por parte

¹ Kovacic, William E. et al., *Derecho y economía de la competencia*, México, Comisión Federal de Competencia, 2004, p. 98.

² Estavillo, Ma. Elena y Roldán Xopa, José, *Competencia económica, estudios de derecho, economía y política*, Porrúa-ITAM, 2007, p. 267.

³ En términos sencillos, el excedente del consumidor es la diferencia entre lo que está dispuesto a pagar el consumidor y lo que realmente paga, cuando lo que paga es mayor.

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

de los productores y es por ello que el derecho de la competencia de algún modo busca generar un efecto redistributivo de la riqueza.

El vínculo ilegal entre aquellos competidores que se coluden con la finalidad de eliminar la competencia entre sí, recibe el nombre de cártel (económico), mismo que la Real Academia Española (RAE) lo define como: [el] “convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial”.⁴

El objetivo principal del cártel es evitar la competencia entre sus miembros, ya que de esta forma se lograrán mayores utilidades y se reducirán los costos propios de competir. Esto no significa que todos los cárteles tengan utilidades exageradas, pero sí que alcanzarán más utilidades con el cártel que sin él. Sin embargo, la oposición a la creación de los cárteles no es porque se vayan a lograr más utilidades, sino porque esas utilidades extras que se logran, son indebidamente obtenidas de la sociedad.⁵

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

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

⁴ <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=cartel>.

⁵ Peredo Rivera, Amílcar, *Competencia económica, teoría y práctica*, México, Porrúa, 2004, p. 92.

los agentes económicos grandes que se coluden expresamente entre sí, normalmente observan la “colusión tácita” de los pequeños, actividad que describiremos más abajo.

B. *Perspectiva jurídica*

La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) establece que son ilícitos aquellos contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre competidores que tengan por *objeto* o *efecto*, cualquiera de las siguientes:⁶

1. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados.
2. 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.
3. 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.
4. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas.
5. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.

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

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

⁶ Estas prácticas son nulas de pleno derecho y se sancionan en todos los casos.

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

1. *Desde la perspectiva de su objeto:* La RAE define objeto como “*fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación*”.⁷ A la luz de esta definición, es claro que la celebración de un acuerdo colusorio constituye necesariamente la voluntad dolosa y premeditada entre competidores con la intención (u objeto) de restringir la competencia entre sí mismos. La materialización real de la práctica prohibida, es decir, la producción de sus efectos en los mercados, en este punto es irrelevante, toda vez que la simple intención (u objeto) probada de restringir la competencia a través del pacto colusorio entre competidores es *per se*, violatoria de la LFCE.

En otras palabras, el simple acuerdo colusorio entre dos o más competidores constituye en sí la ilegalidad prevista por la LFCE y no se requiere la producción de resultado alguno. Por ello es importante no perder de vista la posibilidad de que un acuerdo colusorio celebrado en forma, no necesariamente llega a generar sus efectos anticompetitivos por diversos motivos (pensemos a manera de ejemplo, un acuerdo colusorio celebrado entre dos productores para concertar posturas en una licitación, aunque la licitación sea cancelada súbitamente, por lo que la producción de efectos nunca llegó a materializarse, etcétera).

2. *Desde la perspectiva de sus efectos:* La RAE define como efecto “*aquello que sigue por virtud de una causa*”.⁸ A la luz de dicha definición, es claro que lo que sigue al acuerdo colusorio es el despliegue de sus efectos en los mercados. Más adelante abundaremos sobre el momento en que se producen dichos efectos, lo cual desde luego tiene un componente más económico y menos jurídico haciendo compleja pero interesante su interpretación.

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

a. *La celebración de un acuerdo colusorio*

El presente elemento es fundamental pues precisamente de no existir un acuerdo colusorio, la conducta es cualquier otra cosa menos una práctica monopólica absoluta al no formarse el vínculo ilícito entre com-

⁷ <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=ASl4C3u6lDXX2Hqai7FM>.

⁸ <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=48Tvek3XjDX2vLXGBQH>.

petidores que prohíbe la LFCE. En este respecto, y como ya se mencionó en ocasiones y generalmente en mercados de estructura oligopólica, las acciones sobre precio y oferta de un agente económico tienen una influencia significativa en sus competidores, quienes después de un periodo de acciones repetidas toman consciencia de este hecho y sin la existencia de un acuerdo explícito coordinan su comportamiento como si estuvieran comprometidos en conductas colusorias para fijar precios y limitar la oferta.

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

Esta forma de colusión tácita, se conoce en la jerga de competencia como “paralelismo consciente” y quien la emprende como el “cartelista seguidor”. En general, el paralelismo consciente genera el mismo efecto económico de un acuerdo colusorio para la fijación de precios. Sin embargo, si lo anterior (al no derivar propiamente de un acuerdo colusorio) debería ser ilegal por generar un efecto restrictivo de la competencia es un tema de controversia en el mundo del derecho y economía de la competencia. Los argumentos modernos al respecto, han avanzado hacia apuntar que el paralelismo consciente en sí mismo no necesariamente debe ser interpretado como evidencia de colusión, puesto que el problema radica más en la naturaleza del mercado (oligopólico) que de la forma de operar de los competidores que concurren en el mismo.⁹

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

⁹ <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3172>.

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

ausencia del cártel (y del paralelismo consciente también). Ahora bien, únicamente se hace esta reflexión para el caso de la imitación en la fijación de precios, pues para el caso del resto de las formas de comisión de las prácticas monopólicas absolutas, es decir, la segmentación del mercado, la restricción de la oferta, la coordinación de posturas en licitaciones y el intercambio de información en relación con las anteriores, existen razones suficientes para afirmar que el paralelismo consciente en ocasiones no sólo es natural sino también sano y necesario.

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

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

En los inicios del derecho de la competencia económica en México, allá por 1994, la celebración y ejecución de acuerdos colusorios era muy frecuente, en gran medida por la falta de cultura de competencia entre los sectores económicamente productivos, así como por la frecuente estructura oligopólica de los mercados mexicanos (que como ya comentamos es un factor que incentiva la colusión). En la medida en que ha ido desarrollándose la práctica y aplicación del derecho de la competencia, es como han ido conociéndose las funciones de la Co-

misión Federal de Competencia Económica¹⁰ (la “Comisión”) se ha ido sofisticando el *modus operandi* de los cartelistas, lo que a la postre, ha dificultado la detección de dicho tipo de prácticas, entre otras razones, por la extrema discreción con que se conducen los infractores. Sin embargo, a la vez esta circunstancia constituye una de sus principales debilidades, dadas las dificultades que implica para las partes asegurar el cumplimiento de los compromisos colusivos sin el establecimiento de mecanismos contractuales formales.¹¹

Finalmente, es importante señalar que dentro del abanico de sanciones que prevé la LFCE por la comisión de prácticas monopólicas absolutas, precisamente se encuentra que las mismas serán nulas de pleno derecho y, en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno.¹²

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

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

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

¹⁰ Órgano regulador en materia de competencia económica, en la totalidad de los mercados salvo en los de telecomunicaciones y radiodifusión, de naturaleza constitucionalmente autónoma, en virtud de las reformas constitucionales de 2013.

¹¹ Comisión Federal de Competencia, Informe Anual de Competencia Económica, México, Comisión Federal de Competencia, 1997.

¹² Sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles y penales que pudieran imponerse a los infractores, las cuales mencionaremos más adelante.

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

En lo económico, no es necesario ir más allá de determinar si los agentes participan (competidores reales) o pueden participar (competidores potenciales) en él o los mismos mercados, para ser considerados competidores entre sí. La confirmación de que se realizó o intentó realizar la división del mercado o la coordinación de precios es por lo general suficiente para concluir que se trata de competidores entre sí, pues las prácticas señaladas no tendrían sentido si los que las realizan no participaran o pudieran participar en el o los mismos mercados...¹³

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

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

¹³ Comisión Federal de Competencia, Informe Anual de Competencia Económica, *cit.*, nota 11.

2. ¿Qué son los cárteles internacionales?

A. *Perspectiva económica*

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

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

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

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

A partir de los años noventa, con la paulatina apertura de nuestras barreras comerciales y la inclusión de nuestro país en la nueva diná-

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

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

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

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

B. *Perspectiva jurídica*

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

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

3. Una aproximación sobre la teoría de los efectos en los cárteles internacionales

A. *Principio de territorialidad en la aplicación de la LFCE*

La LFCE es de orden público e interés social, aplicable a todas las áreas de la actividad económica y de observancia general en toda la república mexicana.¹⁴ En sentido jurídico, esto significa que el ámbito espacial de validez de la LFCE es exclusivamente la república mexicana, es decir, la territorialidad en la aplicación de la norma es imperativa. En palabras simples, la LFCE no resulta aplicable fuera de territorio mexicano por lo que la Comisión no tiene facultades sobre prácticas monopólicas ocu-

¹⁴ Artículo 1o. de la LFCE.

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

rridas fuera del territorio mexicano. Asimismo, el principio de territorialidad de la LFCE también implica, en sentido contrario, que el Estado manifiesta su soberanía en la fuerza que imponen sus normas (en este caso la LFCE) pues ninguna otra legislación extranjera de competencia sería aplicable en México.

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

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

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

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

Ahora bien, si el acuerdo colusorio celebrado en el extranjero, tiene como resultado la producción de efectos anticompetitivos en México,

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

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

B. *Clasificación de los cárteles internacionales*

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

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

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

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

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

Pensemos ahora en la segunda fracción del citado artículo, que prohíbe la restricción concertada de la oferta entre competidores. Supongamos que la oferta mensual para México del cartelista A es de mil unidades y la del cartelista B dos mil. A manera de ejemplo, ambos celebran en Francia (por el domicilio de sus sociedades matrices) un acuerdo colusorio en donde pactan restringir su oferta para México al 50%, quedando en 500 y mil unidades mensuales, respectivamente. Según la microeconomía, una reducción de oferta resulta en un incremento en el precio, por lo tanto, el producto cartelizado se apreciará y el consumidor pagará un sobreprecio resultado de la restricción de oferta concertada. En un sentido similar, podría asumirse (al menos desde la perspectiva jurídica) que el momento en que se generan los efectos en territorio nacional, sería también al momento en que se realiza la primera venta del producto cartelizado, en donde el daño producido sería precisamente el sobreprecio que paga el consumidor, y que no ocurriría en caso de no haberse celebrado el acuerdo colusorio.

En el caso de la tercera fracción del artículo 53, es decir, la segmentación o división del mercado, pensemos en que el cartelista A celebra en Francia un acuerdo colusorio con el cartelista B para repartirse el territorio mexicano en dos regiones, norte y sur. Con base en el escenario descrito, ¿en qué momento se generan los efectos en territorio nacional como fruto del acuerdo colusorio? En una primera intuición, podría suponerse que al menos desde la perspectiva jurídica, los efectos se desplegarían con la primera venta realizada una vez que fuese efectiva la división del mercado concertada. Podría asumirse que el objetivo de la división del mercado iría encaminada a un aumento en los pre-

cios, al ser cada uno de los cartelistas un monopolio artificial en su territorio asignado. El daño al mercado podría medirse según el sobreprecio que pagaría el consumidor y que no ocurriría en ausencia de la conducta colusoria descrita.

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

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

Pensemos a manera de ejemplo que cuatro de los principales productores en el mundo de dispositivos electrónicos, son invitados a participar en una licitación organizada en Alemania por una de las principales armadoras de automóviles en el mundo. Cada uno de los licitantes deberá maximizar su capacidad competitiva y además de cumplir con los requerimientos técnicos y productivos indicados en la licitación, también deberá ofrecer el mejor precio a fin de resultar ganador. El cartelista A, estima que el precio por unidad que ofrecerá en la licitación rondará los USD\$100, pero sospecha que al menos uno de los demás participantes podría ofrecer un precio cercano a los USD\$95 por lo que,

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

de ser el caso, no resultaría ganador. Es por ello que el cartelista A decide contactar a sus competidores y coordinar sus posturas de manera que B, C y D concertada y deliberadamente se abstengan de participar en la licitación, dejando sólo al cartelista A (el acuerdo se celebra en Alemania y una vez asignado el ganador los automóviles se producirán en México).

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

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

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

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

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

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

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

Siguiendo nuestro ejemplo, supongamos que la armadora automotriz “X” convoca a los fabricantes de sistemas o frenos de mano que tengan la capacidad necesaria para participar en una licitación que busca asignar un contrato de suministro en relación al automóvil “Y” que será lanzado al mercado como año/modelo 2022. El cartelista A estima internamente que su precio rondará los USD\$100 por unidad aunque intuye que el cartelista B podría ofrecer USD\$95 o menos por unidad, lo cual claramente no le conviene. Por su parte, el cartelista C sabe que

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

su precio estaría muy por encima de A y B, y aunque le gustaría licitar un precio de USD\$170, su destino seguramente sería perder la licitación. C decide convocar a una reunión a los cartelistas A y B en donde los convence de abstenerse de participar, dejando a D como único participante y así estar en posibilidades de ganar, aun cuando su precio sea de USD\$170 (es decir USD\$75 por encima del precio de B, el cual hubiese sido el precio más bajo, en caso que la licitación hubiese seguido sin ser afectada por la colusión.)

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

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

En estos casos, la interpretación de la norma prohibitiva de las prácticas monopólicas absolutas debe analizarse con claridad y resulta por demás interesante. En consideración del principio de aplicación territorial de la LFCE, descrito previamente, es claro que la Comisión no cuenta con facultades legales para sancionar el acuerdo colusorio celebrado

fuera de territorio nacional (en nuestro ejemplo, en algún país asiático), toda vez que las facultades de la Comisión se limitan a aplicar la LFCE en forma territorial, es decir, investigar y sancionar nada más aquellas prácticas ocurridas en el territorio nacional).

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

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

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

C. Prescripción en los cárteles internacionales

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

Lo anterior no es únicamente aplicable para el caso de cárteles internacionales sino también para cualquier práctica anticompetitiva o concentración que la Comisión pudiese llegar a investigar en uso de sus

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

facultades de investigación otorgadas en la LFCE. En el caso de cárteles internacionales resulta fundamental la correcta interpretación en la aplicación de dicho precepto legal, pues contiene diversas aristas que no deben perderse de vista.

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

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

Ahora bien, el análisis para cárteles de ejecución retardada o de efectos continuados necesariamente cambia y se torna un tanto más complicado porque determinar el momento en que ha cesado la conducta es más difícil o porque tal vez ni siquiera ha ocurrido aún.

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

1. El primero, consiste en que los efectos del cártel no hayan sido producidos aún, es decir, los efectos del cártel se encuentran en fase de “letargo”. Ante este escenario, el término de la prescripción deberá necesariamente computarse a partir de la celebración del acuerdo colusorio, pues es el único momento en que podría considerarse que “cesó” la práctica (los efectos tal vez nunca lleguen a producirse). De lo anterior, puede afirmarse que la Comisión sólo podría investigar la celebración del acuerdo colusorio y no sus efectos. Lo interesante en este caso es que hablando de un cártel internacional de ejecución retardada la Comisión no podría sancionar a los cartelistas, toda vez que el acuerdo colusorio, aun cuando estuviese plenamente probado y/o reconocido, con base en el principio de territorialidad de la LFCE, la Comisión carecería de facultad legal alguna para investigar y sancionar dicha conducta.
2. Un segundo escenario, consiste en que una vez celebrado el acuerdo colusorio, sus efectos ya han sido desplegados en territorio nacional. Bajo este escenario, la Comisión no podría sancionar el acuerdo colusorio celebrado en el extranjero, pero sí podría sancionar los efectos anticompetitivos dañinos del mercado nacional.

Lo que ocurre en la práctica con mayor frecuencia es que la Comisión tiene conocimiento de la celebración de un acuerdo colusorio en el extranjero (normalmente como resultado de un procedimiento de inmunidad) y dado que sólo tiene facultades para investigar y sancionar

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

aquellos efectos producidos en México en los últimos diez años, deberá determinar con precisión el momento en que ha cesado la producción de los efectos en México, lo cual no siempre resulta sencillo. Al respecto, de alguna manera puede afirmarse que el estándar general ha sido el momento en que se realizó la última venta (directa o indirecta) del producto cartelizado en México.

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

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

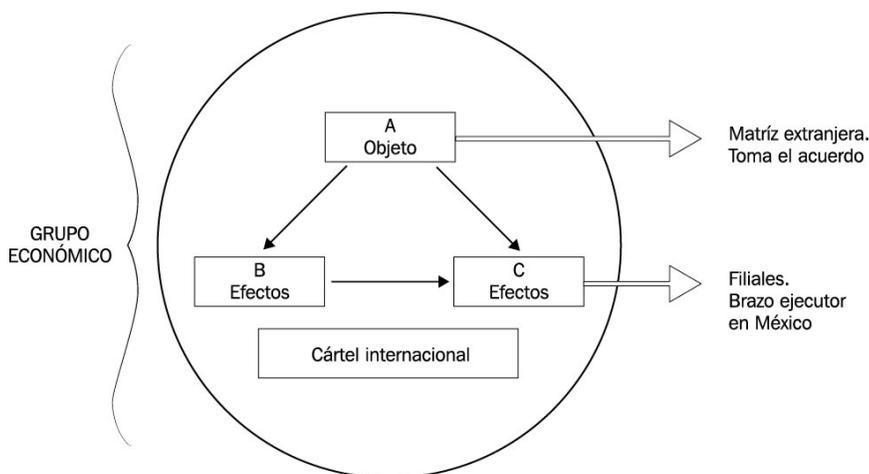
D. Responsabilidad en los cárteles internacionales

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

La LFCE no distingue sobre la nacionalidad o internacionalidad de la práctica, es decir, sanciona ambos supuestos por igual, y lo que ocurre

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

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



En otras palabras, la sociedad matriz o holding celebra el acuerdo colusorio y toda vez que la estrategia empresarial y la dirección económica del grupo está alineada, las subsidiarias acatarán las órdenes de su matriz, al recibir por ejemplo los precios a los que deberán vender los productos en cada uno de sus países, sin poder participar en la toma de decisiones al respecto. Dicha dinámica empresarial es común, y es claro que si dicho precio ha sido determinado como resultado de

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

un acuerdo colusorio celebrado por la sociedad matriz, entonces la comercialización de dichos productos por las subsidiarias en sus países, producirá un efecto anticompetitivo o daño al mercado, el cual será sancionable por la Comisión (o cualquier otra agencia de competencia de que se trate) inclusive, si la subsidiaria no participó en la celebración del acuerdo colusorio.

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

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

Lo anterior tiene su antecedente desde tiempos de la “teoría de la ficción jurídica” de Federico Von Savigny, quien a fines del siglo XVIII en su obra *Sistema de derecho romano actual*, concibe a las personas morales como seres jurídicos ficticios y con capacidad artificial en virtud de la separación de la responsabilidad de los socios que la integran.¹⁵ Este

¹⁵ Véase Castro y Bravo, Federico de, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 138-141.

postulado propone desde hace muchos años que las personas morales son responsables únicamente por sus actos y son independientes de la responsabilidad que puedan tener otras personas morales con independencia a que pertenezcan al mismo grupo de sociedades.

El derecho de la competencia económica supera este postulado afortunadamente y se apoya en su razonamiento en el concepto novedoso de “grupo de interés económico”, en una precisa sustitución del concepto clásico de grupo de sociedades. A continuación se exponen los principales criterios jurisprudenciales que han cimentado las bases en la interpretación de lo anterior:

1. En materia de competencia económica, se está ante un grupo de interés económico cuando un conjunto de personas físicas o morales tienen intereses comerciales y financieros afines, y coordinan sus actividades para lograr un determinado objetivo común. Así, aunado a los elementos de interés —comercial y financiero— y de coordinación de actividades, concurren otros como son el control, la autonomía y la unidad de comportamiento en el mercado. En esa tesitura, el control puede ser real si se refiere a la conducción efectiva de una empresa controladora hacia sus subsidiarias, o bien, latente cuando sea potencial la posibilidad de efectuarlo por medio de medidas persuasivas que pueden darse entre las empresas aun cuando no exista vínculo jurídico centralizado y jerarquizado, pero sí un poder real. Bajo esta modalidad —poder latente— es que la autonomía jurídica de las sociedades carece de contenido material, imponiéndose los intereses del grupo o de la entidad económica, entendida como organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado acorde a los intereses de las sociedades integrantes; es decir, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las empresas, éstas se comportan funcionalmente como una sola en el mercado, lo que implica la pérdida de la libertad individual de actuación. Por lo tanto, para considerar que existe un grupo económico y que puede tener el carácter de agente económico, para efectos de la LFCE, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

sobre la otra, en los términos anotados, sin que sea necesario que se den de manera concomitante.¹⁶

2. Adicionalmente y para el caso concreto de las prácticas monopólicas absolutas, cuando las conductas atribuidas a una empresa fueron desplegadas por el grupo de interés económico al que pertenece, la Comisión debe vincular tanto al agente investigado como a la integración vertical de operación del aludido grupo. Lo anterior se explica toda vez que en los grupos de interés económico es esencial que haya un órgano de coordinación entre sus integrantes, sin cuya existencia no cabría hablar de una asociación de empresas. Por tanto, a partir de los vínculos de tipo comercial, organizativo, económico, jurídico, relativos al control, autonomía y unidad de comportamiento en el mercado entre las sociedades que puedan existir, es factible demostrar la influencia de una de las empresas sobre la estrategia de las otras, y justificar que se conciban como una sola unidad económica. Esta circunstancia origina que en la práctica sean muy diversos los procedimientos que pueden utilizar las empresas para ponerse de acuerdo o coordinarse con vistas a restringir la competencia, pudiendo además, en ciertos casos, ser difícil establecer con precisión cómo se ha llegado a un acuerdo o a un comportamiento anticompetitivo concertado, dado el cuidado que los interesados pondrán en ocultar un acuerdo o decisión formal. En esa tesitura, la Comisión en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, cuando las conductas atribuidas a una empresa fueron desplegadas por el grupo de interés económico al que pertenece, debe vincular tanto al agente investigado como a la integración vertical de operación del aludido grupo, por ser la actividad económica de éste la que se juzga en su conjunto.¹⁷

3. Respecto de la carga de la prueba, resulta importante mencionar que corresponde a la empresa sancionada demostrar que no forma parte del grupo de interés económico al que se atribuye la instrumentación

¹⁶ Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Jurisprudencia, Novena Época, Registro 168470, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXVIII, noviembre de 2008, tesis I.4o.A. J/66, p. 1244.

¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Jurisprudencia, Novena Época, Registro 168587, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXVIII, octubre de 2008, tesis I.4o.A. J/67, p. 2286.

y coordinación de las conductas consideradas prácticas monopólicas. Lo anterior se explica cuando con motivo de una relación vertical entre empresas de un grupo de interés económico, la Comisión presume que una de ellas ejerce influencia sobre las otras, lo que le permite instrumentar y coordinar la realización de conductas consideradas prácticas monopólicas, y ante dicha circunstancia sanciona a un agente económico en lo individual, corresponde a éste demostrar que no es integrante de la unidad económica, lo cual requerirá acreditar que determina su política comercial de forma autónoma e independiente.¹⁸

En una interpretación lógica y jurídica de lo anterior, se concluye que como hemos mencionado ya, la Comisión no podrá sancionar la celebración de un acuerdo colusorio celebrado por una sociedad matriz en el extranjero, en aplicación del principio de territorialidad de la LFCE, pero sí podrá sancionar a una sociedad subsidiaria que haya fungido como “brazo ejecutor” de los efectos del cártel en territorio nacional.

En opinión del autor, para dichos fines la Comisión dispone de tres vías o herramientas para soportar la imposición de sanciones a las subsidiarias en México:

1. El primero de ellos es a través de la “atribución de responsabilidad directa”, es decir, en aplicación de la LFCE y la interpretación de los criterios jurisprudenciales arriba referidos, la sanción se aplicaría no a una persona moral jurídicamente independiente, sino que se dirigiría al grupo de interés económico que instrumentó la violación a la LFCE. Desde luego que, para efectos jurídicos y prácticos, se deberá dirigir cualquier notificación del dictamen de probable responsabilidad y cualquier otro oficio relacionado, a una persona moral o física en particular, pero esto ocurrirá bajo el cobijo de los criterios jurisprudenciales referidos, sobre todo en cuanto a que: a) “cuando las conductas atribuidas a una empresa fueron desplegadas por el grupo de interés económico al que pertenece, debe vincular tanto al agente investigado como a la integración vertical de operación del aludido grupo, por ser la actividad económica de éste la que se juzga en su conjunto”, y b) “... a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las empresas, éstas se

¹⁸ Sirva el presente trabajo para expresar mi reconocimiento y aprecio al magistrado Jean Claude Tron Petit, principal impulsor y autor de dichos principios, que han contribuido en gran medida al desarrollo del derecho mexicano de la competencia económica.

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

comportan funcionalmente como una sola en el mercado, lo que implica la pérdida de la libertad individual de actuación”.

2. El segundo de los caminos es a través de la sanción a la sociedad subsidiaria por la coadyuvancia en la comisión de la práctica monopólica absoluta internacional. Recordemos que a la luz del artículo 127 de la LFCE, la principal sanción que se podrá imponer a la sociedad principalmente responsable es hasta el 10% de sus ingresos económicos y, para cualquier otro agente económico que haya coadyuvado, propiciado o inducido en la comisión de prácticas monopólicas (la subsidiaria por ejemplo), se impondrían multas hasta por el equivalente a 180 mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal. El hecho de que la subsidiaria dependa en la toma de decisiones de su sociedad matriz y que en virtud de esa alineación en la dirección económica del grupo, la subsidiaria haya fungido como “el brazo ejecutor” de los efectos del cártel en México, encuadraría en la coadyuvancia de la práctica, que sanciona la LFCE, si es que no se decide estratégicamente sancionarla en forma directa, según el supuesto anterior.

3. El tercer camino, el cual con base en la mejor información disponible para el autor no ha sido utilizada aún por la Comisión en algún procedimiento, consiste en la atribución de responsabilidad solidaria a la sociedad subsidiaria. El fundamento de dicha opción se encuentra en el artículo 4o. de la LFCE, el cual plantea que serán responsables solidarios los agentes económicos que hayan tomado o adoptado la decisión, así como instruido o ejercido influencia decisiva en la toma de decisión (léase la sociedad matriz que celebra el acuerdo colusorio), y el directamente involucrado en la realización de la conducta prohibida por la LFCE (léase la sociedad subsidiaria que ejecuta o implementa los efectos del cártel).

En otro orden de ideas, un planteamiento interesante sobre la responsabilidad para los cárteles internacionales se relaciona al principio romano *non bis in idem*, también conocido en derecho anglosajón como *Double Jeopardy*, que significa “no dos veces sobre lo mismo”. En otras palabras, el *non bis in idem* garantiza a toda persona que no sea sancionado nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar

de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión.¹⁹

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

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

Descrito lo anterior, es claro que la facultad sancionadora de la Comisión para el caso de los cárteles internacionales, descarta la contravención al principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y aplicable en forma análoga al derecho de la competencia.

E. Cálculo de multas en los cárteles internacionales

En la imposición de multas en general, la Comisión deberá considerar diversos elementos para determinar la gravedad de la infracción, como 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; así como su capacidad económica y, en su caso, la afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión.

¹⁹ Cabanellas, Guillermo, *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, 4a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 1992, p. 175.

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

Lo anterior se dispone en el artículo 130 de la LFCE y también en el “Proyecto de Criterios Técnicos para la Imposición de Multas en Materia de Competencia Económica” publicado por la extinta Comisión Federal de Competencia en abril de 2011, mismas que no son vinculantes, aunque ofrecen orientación al respecto y que han sido aplicados de facto por la Comisión en el cálculo de sus sanciones.

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

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

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

Entre los cárteles internacionales tristemente célebres en tiempos recientes, entre otros, están los que involucran autopartes (todo indica que es una de las industrias más cartelizadas del mundo en tiempos recientes). Múltiples agencias de competencia en todo el mundo han estado investigando y en algunos casos sancionando prácticas que afectan dicho sector. En este tipo de mercados es común que el producto cartelizado afecte en un primer nivel a las armadoras de automóviles,

cuando compran los insumos cartelizados a los productores cartelistas (ventas directas). Al final del día, las armadoras de automóviles incluirán el producto cartelizado en el producto final, pensemos a manera de ejemplo los asientos del conductor, que son un insumo importante en la construcción del vehículo. El sobreprecio que paga la armadora de autos en virtud del cártel, podría absorberlo o bien trasladarlo al consumidor final (aquella persona que se presente en la agencia automotriz a comprar el vehículo), que es lo que normalmente ocurre.

La medición del daño que resiente el consumidor que adquiere el automóvil (venta indirecta del producto cartelizado) podría complicarse en la medida en que el fabricante del automóvil haya absorbido totalmente el sobreprecio derivado del cártel (es decir el consumidor final no lo resiente) o en el escenario en que el fabricante del auto traslade en forma total o parcial el sobreprecio al consumidor final (siendo éste quien lo afronte total o parcialmente).

En múltiples ocasiones se ha discutido, principalmente en Estados Unidos y en Europa, si los compradores indirectos deberían ser compensados por el daño causado por el cártel. En los Estados Unidos, la discusión se ha centrado en torno a dos estudios académicos. En el primero de ellos (Landes y Posner), que sigue los postulados de la Escuela de Chicago, los autores sostienen que existe un conflicto entre si el objetivo de la competencia en este caso es el de hacer justicia o el de disuadir la comisión de este tipo de prácticas y en su opinión las agencias de competencia deben preferir la segunda, es decir, la disuasión de la práctica. Dicha preferencia implica que las autoridades de competencia enfoquen sus esfuerzos de investigación y sanción a los daños al mercado generados por las ventas directas, toda vez que los compradores directos son más cercanos (en la cadena productiva) a los cartelistas y cuentan con mejor y mayor acceso a la evidencia que de manera eventual permita comprobar la comisión de la práctica colusoria y así tendrán una mejor posición en su posible reclamo de daños y perjuicios.²⁰

En cambio, en la práctica europea la óptica es más abierta, en el sentido que tanto compradores directos como indirectos deben ser com-

²⁰ Landes, William M. y Posner, Richard A., "Should Indirect Purchasers have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick", 46 *University of Chicago Law Review*, núm. 602, 1979.

GABRIEL GONZÁLEZ ARAGÓN

pensados por igual.²¹ El punto en donde coinciden ambos puntos de vista es en que la base generalmente aceptada para el cálculo de los daños generados por el cártel es el sobreprecio del producto o servicio cartelizado.

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

Con el fin de ser más ilustrativos, imaginemos que en nuestro ejemplo, productores de asientos para conductor fijan sus precios. Posteriormente la armadora de automóviles utiliza dicho insumo en su producto final, es decir el automóvil (venta directa). Después, el automóvil con el asiento cartelizado llega a las agencias de autos nuevos y se vende a un particular (llamémosle venta indirecta 1). Años después, dicho consumidor anuncia en el periódico su auto y decide revenderlo a otro consumidor (llamémosle venta indirecta 2), y así sucesivamente hasta que el auto sea destruido como chatarra. Queda claro que la medición del efecto de las ventas indirectas de un producto cartelizado varias capas abajo, podría ser sumamente complicado o de plano imposible y el riesgo de contar doble (o triple) es latente.

Como mencionamos ya, desgraciadamente en México no existen aún lineamientos, guías, criterios técnicos al respecto. Tampoco existen pre-

²¹ “A practical guide to computing cartel damages in private actions Prepared for DG Competition’s Expert Workshop on the Quantification of Antitrust Damages”, Brussels, 26 de enero de 2010, disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actions-damages/vandijk_verboven.pdf.

cedentes suficientes para poder definir el criterio de la Comisión en el abordaje de dicho tema.

Al año 2015, la Comisión únicamente ha logrado sancionar con éxito un caso por cártel internacional, mismo que impuso diversas multas en total de de 223.27 millones de pesos por fijación de precios, a cuatro empresas que integraban una red global de fabricantes de compresores para refrigeración.²²

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

En específico, se impusieron las siguientes sanciones:²³

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

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año V, núm. 9, enero-junio 2016

²² Sirva también el presente estudio, para expresar mi reconocimiento a la gran labor realizada por la Comisión, especialmente a la Dirección General de Investigación de Prácticas Monopólicas Absolutas.

²³ La versión pública de la resolución puede ser consultada en <http://www.cfc.gob.mx:8080/cfcresoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V85/19/1797812.pdf>.