



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/EM/13
26 de enero de 1998

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología
y las Cuestiones Financieras Conexas
Reunión de Expertos en derecho y política
de la competencia
Ginebra, 24 de noviembre de 1997

COMUNICACIÓN DE LA MISIÓN PERMANENTE DE MÉXICO ANTE LA OFICINA
DE LAS NACIONES UNIDAS Y OTRAS ORGANIZACIONES
INTERNACIONALES DE GINEBRA

Nota de la secretaría de la UNCTAD

El texto que se adjunta se distribuye como documento oficial de la UNCTAD a petición de la Misión Permanente de México ante la Oficina de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales de Ginebra en relación con el informe de la secretaría de la UNCTAD, titulado "Pruebas empíricas de las ventajas que se derivan de la aplicación de los principios del derecho y la política de la competencia al desarrollo económico a fin de conseguir mayor eficiencia en el comercio internacional y en el desarrollo" (TD/B/COM.2/EM/10), que sirvió de base para las deliberaciones de la Reunión de Expertos en derecho y política de la competencia celebrada del 24 al 26 de noviembre de 1997.

México D.F. 15 de diciembre de 1997

Comentarios de la Comisión Federal de Competencia a la llamada 73 del estudio de la UNCTAD denominado "Pruebas empíricas de las ventajas que se derivan de la aplicación de los principios del derecho y la política de la competencia al desarrollo económico a fin de conseguir mayor eficiencia en el comercio internacional y en el desarrollo" presentado en la reunión de Expertos en Derecho y Política de Competencia realizada del 24 al 26 de noviembre.

El párrafo de referencia es:

"En México, aunque la Ley sobre la competencia ha estado en vigor desde 1993, el dinamismo del organismo encargado de la competencia ya ha influido considerablemente en la actitud general y en la manera de hacer negocios en México. No obstante, se ha sugerido que existen grandes escapatorias y normas que faltan en la Ley sobre la competencia en lo que respecta a las exenciones de las "prácticas monopólicas relativas" (sometidas a evaluaciones caso por caso y no a prohibiciones absolutas), particularmente en cuanto al procedimiento debido y a la claridad de las investigaciones."

Comentarios

Los comentarios se dividen en tres secciones. En la primera sección se analiza el tratamiento de las prácticas monopólicas relativas en la LFCE considerando también otras legislaciones, mientras que la segunda sección describe los recursos que la LFCE pone a disposición de los particulares para que las resoluciones sean reconsideradas y a las acciones que lleva a cabo la Comisión en relación a la transparencia de sus procedimientos. En la última sección se presentan las conclusiones.

1) El tratamiento de las prácticas monopólicas relativas en la LFCE y en otros ordenamientos legales

Para comentar las aseveraciones manifestadas en relación a las prácticas monopólicas relativas conviene primeramente mencionar que el artículo 10º de la LFCE configura como prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, para los siguientes casos:

- 1) La distribución exclusiva de bienes o servicios, la segmentación de mercados y los convenios para no producir o distribuir bienes o prestar servicios.

- II) La imposición del precio de reventa del productor hacia sus distribuidores o proveedores.
- III) La venta o transacción condicionada a comprar, vender o proporcionar otro bien o servicio sobre bases de reciprocidad
- IV) La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.
- V) La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas, bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.
- VI) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a estos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.
- VII) En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

A su vez, el artículo 11º establece que para que estas conductas se consideren violatorias de la LFCE los presuntos responsables deberán tener poder sustancial en el mercado relevante de que se trate. Los criterios para determinar el mercado relevante y el poder sustancial en ese mercado no son arbitrarios sino que están definidos en detalle en los artículos 12º y 13º respectivamente.

El requerimiento de que los presuntos responsables tengan poder sustancial en el mercado relevante para determinar la ilegalidad de la conducta se aplica para distinguir aquellas conductas en las que las restricciones referidas podrían tener objetivos de eficiencia de aquellas en que se busca abusar del poder de mercado ya sea para fijar precios de reventa (fracción II), la exclusión de competidores (fracciones I, III, IV, V, VI) o conductas de tipo más general no especificadas (fracción VII)¹

Al condicionar la ilegalidad de las prácticas a la existencia de poder sustancial en el mercado relevante, se hace necesaria una evaluación caso por caso de la conducta en cuestión. Con ello, la LFCE evita la prohibición de restricciones aplicadas por empresas sin poder en el mercado relevante que buscan aumentar sus ventajas competitivas de

¹Dentro de esta fracción se analizan la discriminación y la depredación de precios entre otras.

acuerdo a las condiciones de los mercados.

En este aspecto, el tratamiento que otorga la LFCE a las prácticas monopólicas relativas contrasta con el de las absolutas que estas últimas, al comprender a los convenios entre competidores, siempre tienen efectos anticompetitivos por lo que se prohíben sin que sea necesario llevar a cabo investigación alguna sobre el poder de mercado de los participantes.

En el lenguaje convencional de la política de competencia se ha denominado a la evaluación de los efectos pro y anticompetitivos de determinadas conductas para determinar su ilegalidad como "regla de la razón" mientras que a las prácticas cuyos efectos son siempre anticompetitivos el tratamiento legal es el de la prohibición *per se*.

La aplicación de la "regla de la razón" se ha desarrollado en base a la experiencia práctica y también a los avances en el análisis económico. En relación al segundo aspecto se ha mostrado que en mercados competitivos se desarrollan muchas restricciones verticales que obedecen a razones de eficiencia y a la protección de derechos de propiedad intelectual que además contribuyen a un mayor desarrollo de la inversión, la innovación tecnológica todo ello en favor de un mayor desarrollo de los mercados.² Para ello basta observar el acelerado progreso en lo referente a ventajas a los consumidores que han tenido sistemas competitivos que utilizan ampliamente restricciones verticales como las franquicias cuyos efectos en la reducción de costos derivadas de la integración son de gran importancia o los sistemas de distribución exclusiva que protegen los gastos de promoción de las empresas.

La aplicación de la "regla de la razón" en las prácticas monopólicas relativas no es privativo de México sino que se ha considerado en las legislaciones de Canadá, los Estados Unidos y en el Tratado de Roma de la Unión Europea entre otros. Estas son la distribución exclusiva, los territorios exclusivos y la discriminación y depredación de precios entre otras. Solamente la imposición de precios de reventa, la denegación de trato y los boycotts colectivos se prohíben *per se* en algunas de estas legislaciones³.

Para ilustrar el objetivo de la regla de la razón es conveniente analizar los criterios de competencia que se aplican en la legislación de competencia de la Unión Europea. El artículo 85 prohíbe los acuerdos entre empresas así como las decisiones de asociaciones

² Véase "Competition Policy and vertical restraints: franchising agreements". OECD, Paris 1994.

³ Particularmente se evalúan bajo este criterio la discriminación de precios en las secciones 1 y 2 de la Robinson-Patman Act (RPA), la depredación de precios en la sección 2 de la Sherman Act, la sección 5 de la Federal Trade Commission Act (FTCA) y la sección 3 de la RPA así como la sección 50(1)(c) de la Competition Act de Canada (CA) y el trato y la distribución exclusivos en la sección 5 de la FTCA y en las secciones 77(2) y 77(3) de la CA.

de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común incluyendo acuerdos que incorporen restricciones que consistan en subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. Sin embargo, el referido artículo considera en su tercera sección la posibilidad de aplicar exenciones a dichos acuerdos cuando estos "contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o/a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos que se trate".

Claramente, la posibilidad de exención de conductas prohibidas reconoce que en algunos casos los acuerdos de referencia tienen efectos procompetitivos que no deben ser sancionados por la ley. En este aspecto, el artículo 85 del Tratado de Roma al igual que en el artículo 10° de la LFCE consideran la evaluación de los efectos competitivos de una determinada conducta para determinar su ilegalidad. Por otra parte, el artículo 86 prohíbe la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado por lo que se requiere de un análisis del poder de mercado de los agentes involucrados antes de determinar la ilegalidad de la referida conducta. Este análisis es similar al criterio de poder sustancial establecido en la LFCE para evaluar las prácticas monopólicas relativas.

A diferencia del Tratado de Roma, la ley mexicana no considera en su evaluación de las prácticas monopólicas relativas, objetivos explícitos de progreso técnico ni tampoco la forma de distribución equitativa de los beneficios. Sin embargo, es plenamente compatible con los criterios de la Unión Europea en la evaluación de restricciones que mejoren la producción y distribución de bienes que redundan en beneficios a los consumidores.

Considerando lo anterior, la determinación de la legalidad por parte de la LFCE de prácticas en las que los agentes carecan de poder de mercado es compatible con la legislación internacional en la materia y no puede verse como una escapatoria ya que en todos los casos se evalúa el efecto sobre el proceso de competencia de las prácticas referidas prohibiendo solamente aquellas conductas que dañan dicho proceso cuya protección es el objeto de la Ley.

II. Procedimientos y transparencia en la LFCE

En lo que se refiere al procedimiento que contempla la LFCE, el artículo 30 establece que puede iniciarse a través de una investigación de oficio o bien, a petición de parte. En ambos casos "la protección del proceso de competencia y libre concurrencia implica a la vez el derecho del particular y la obligación de la autoridad, donde moleste o prive al primero de sus bienes o derechos, de respetar todas las formalidades agrupadas en lo que se conoce como seguridad jurídica"⁴

Las formalidades esenciales del procedimiento son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privado. Es decir que se debe respetar la garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional que consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa. Para ello, impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica se traduce en los siguientes requisitos: (1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; (2) la oportunidad de ofrecer y desanogar las pruebas en que se finque la defensa, (3) la oportunidad de alegar; y (4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas⁵

Los cuatro requisitos antes mencionados se encuentran contemplados en el artículo 33 de la LFCE que establece lo siguiente:

"...el procedimiento ante la Comisión se tramitará conforme a las siguientes bases:

⁴Comisionado Javier Aguilar Álvarez: "Análisis constitucional de la Ley Federal de Competencia Económica", vid. Informe de Competencia Económica Segundo Semestre de 1996, Comisión Federal de Competencia.

⁵Formalidades Esenciales del Procedimiento son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo, vid. Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Época: 8A, Número:53, MAYO 1992, Tesis:P LV/92, Página:34.

PRECEDENTES:

Amparo directo en revisión 2981/90, Ópticas Devlyn del Norte, S.A. 12 de marzo de 1992. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el miércoles veinte de mayo en curso, por unanimidad de diecinueve votos de los señores ministros presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, Ignacio Magaña Cárdenas, José Trinidad Lanz Cárdenas, Samuel Alba Leyva, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Deblado, José Antonio Llanos Duarte, Santiago Rodríguez Roldán, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordo Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez; aprobo, con el número LV/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausente: Victoria Adato Green. México, Distrito Federal, a veintidós de mayo de mil noventa y dos.

- I) Se emplazará al presunto responsable, informándole en qué consiste la investigación, acompañando, en su caso, copia de la denuncia;
- II) El emplazado contará con un plazo de treinta días naturales para manifestar lo que a su derecho convenga y adjuntar las pruebas documentales que obran en su poder y ofrecer pruebas que ameriten desahogo;
- III) Una vez desahogadas las pruebas, la Comisión fijará un plazo no mayor a treinta días naturales para que se formulen los alegatos verbalmente o por escrito; y
- IV) Una vez integrado el expediente, la Comisión deberá dictar resolución en un plazo que no excederá de 60 días naturales".

Asimismo, la actuación de la Comisión está condicionada al cumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 16 constitucional en relación a la garantía de legalidad, por lo que toda resolución que emita la Comisión deberá estar debidamente fundada y motivada. "En la práctica la Comisión ha cumplido con esas obligaciones y hasta la fecha ninguna autoridad judicial ha ordenado la reposición de procedimiento alguno"⁶.

En cuanto a la posibilidad de impugnar las resoluciones de la Comisión, el artículo 39 de la LFCE establece el llamado "recurso de reconsideración" ante la propia Comisión, con el objeto de revocar, modificar o confirmar las decisiones emitidas por la misma. La interposición de dicho recurso suspende la ejecución de la resolución impugnada. De acuerdo a Ley la Comisión dispone de un plazo de 60 días a partir de la interposición de dicho recurso para dictar resolución y notificar al promovente. El silencio de la Comisión significa que se ha confirmado el acto impugnado.

Una vez agotado este recurso, los particulares pueden impugnar las resoluciones de la Comisión al resolver el recurso de reconsideración, ante el Tribunal Fiscal de la Federación o por la vía del amparo ante los Tribunales Federales.

En términos de la experiencia de esta Comisión, cabe destacar que se han registrado en una proporción muy baja las resoluciones modificadas o revocadas tanto por la propia Comisión como por las autoridades correspondientes (Tribunal Fiscal de la Federación, Juzgados de Distrito, y Suprema Corte de Justicia)⁷. Al respecto cabe señalar los siguientes datos estadísticos:

De los 584 casos de concentraciones y prácticas monopólicas resueltos desde la entrada en vigor de la LFCE en julio de 1993 hasta diciembre de 1996, se interpusieron 83 recursos de los cuales 12 tuvieron como resultado la revocación de las resoluciones y 6

⁶*op.cit.*, pg. 83.

⁷A la fecha, ninguna de estas autoridades han hecho un pronunciamiento de que la LFCE es inconstitucional. *idem.*, pg. 83.

su modificación.⁸ Asimismo, es importante mencionar que la proporción de recursos de reconsideración ingresados en relación a los casos atendidos por periodo ha descendido sustancialmente. lo cual indica una mayor comprensión de los agentes de los procedimientos aplicados por la Comisión. De esta manera en el periodo entre julio de 1995 y julio de 1996 se atendieron 217 casos de concentraciones y prácticas monopólicas y 35 recursos de reconsideración que corresponden a 16.12% del total, mientras que en el segundo semestre de 1996 se atendieron 157 casos y 12 reconsideraciones que corresponden al 7.6%.⁹

Por otra parte la Comisión lleva a cabo esfuerzos continuos por elevar el nivel de transparencia en lo que respecta a los criterios que se aplican de acuerdo con la Ley. De manera particular conviene referirnos a la publicación de sus informes anuales donde se publican resúmenes de los casos atendidos. Siguiendo el objetivo de transparencia también se utiliza activamente la página tiene la Comisión en Internet donde se publican los criterios aprobados por el Pleno para diversos aspectos así como los resúmenes de las resoluciones adoptadas. A su vez se han desarrollado eventos orientados al público en general y al sector empresarial en particular como parte de una política efectiva en favor de una política de competencia en México.

III Conclusiones

A partir de los elementos presentados anteriormente consideramos que el párrafo de referencia presenta información tendenciosa ya que no aclara los criterios que aplica la LFCE para determinar la ilegalidad de las prácticas monopólicas relativas y su análisis caso por caso, particularmente los referidos a la existencia de poder sustancial en mercado relevante y los elementos considerados en su evaluación. Por otra parte las aseveraciones sobre la falta de claridad en el procedimiento que establece la LFCE, omiten los detalles del procedimiento que se sigue ante la Comisión sin mencionar que la LFCE se apega a los artículos constitucionales 14 y 16 referentes al "debido procedimiento". De manera que se respetan las formalidades esenciales de cualquier proceso y las garantías individuales de todo individuo, quienes a su vez cuentan con medios para impugnar las decisiones de la Comisión. Por estas razones, solicitamos atentamente que el párrafo en cuestión sea removido del texto de referencia.

⁸ Véase el Apéndice estadístico del Informe de Competencia Económica Segundo Semestre de 1996. Comisión Federal de Competencia, México, 1997. Páginas 155 y 168. Los casos referidos excluyen consultas y casos pendientes al 31 de diciembre de 1996.

⁹ Véase Apéndice estadístico, *ibid.*