



LA REGLA *PER SE* EN EL DERECHO DE COMPETENCIA MEXICANO: HACIA UNA NUEVA INTERPRETACIÓN EN SU APLICACIÓN

Francisco Javier Núñez Melgoza

La regla *per se* en el derecho de competencia mexicano: hacia una nueva interpretación en su aplicación

Noviembre 2024



Francisco Javier Núñez Melgoza*

“Economista con más de 30 años de experiencia en el análisis de competencia y regulación económica. Fue Comisionado de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y actualmente es Socio Director de Ockham Economic Consulting”.

Resumen: Este artículo analiza la aplicación de la regla *per se* en el derecho de competencia mexicano desde una perspectiva comparada, considerando como referente el origen y evolución de la regla en diversas jurisdicciones. El documento explora el marco legal mexicano, las interpretaciones judiciales y las prácticas de la autoridad de competencia en la aplicación de la regla *per se*. Se destacan algunas contradicciones en la aplicación de la regla, particularmente en casos donde la evidencia económica juega un papel relevante. La conclusión es que, sin necesidad de modificar el marco legal, es posible adoptar criterios de interpretación que permitan a la autoridad actuar con mayor efectividad para mejorar la eficiencia en el funcionamiento de los mercados. Finalmente, se propone implementar un análisis previo al inicio de una investigación, para identificar si la conducta podría ser evaluada bajo la regla *per se* o requiere de un análisis económico detallado.

INTRODUCCIÓN

El derecho de la competencia económica se aplica en México desde 1993, cuando fue promulgada la primera ley de competencia y se creó la primera agencia antimonopolios, la Comisión Federal de Competencia. El sistema fue reformado constitucionalmente en 2013 cuando fueron creados dos organismos autónomos encargados de aplicar la ley en la materia: el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, y la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), en el resto de los sectores económicos.

En 2014, se promulgó una nueva Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), que otorga facultades a las agencias de competencia para investigar prácticas monopólicas absolutas, que se refieren a la colusión o cartelización.

En la práctica de más de 30 años, las autoridades han delineado la aplicación de las reglas *per se* y de razón a través de sus decisiones, pues no existe en la LFCE un pronunciamiento expreso que permita definir ambas reglas y su ámbito de aplicación. En este artículo se abordará la experiencia de COFECE, que es la agencia que tiene mayor actividad de investigación y que considera que todo acto de coordinación entre agentes económicos competidores es ilegal *per se* y no admite análisis de eficiencia económica. El enfoque aplicado a la investigación de las prácticas monopólicas absolutas deja poco espacio para analizar la racionalidad económica de la conducta y sus efectos.

El objetivo de este artículo es exponer el marco normativo en que se fundamenta la aplicación de la regla *per se* en México, analizar algunas actuaciones relevantes de COFECE, y contrastar con la doctrina y la experiencia de otros países. Lo anterior, con el propósito de mostrar que, sin necesidad de incurrir en una

* Las opiniones vertidas en este artículo son personales del autor y elaboradas desde una perspectiva académica. Para la elaboración de este artículo, el autor no recibió apoyo o contraprestación económica de algún agente económico.

modificación al marco legal, es posible adoptar criterios que permitirían a la autoridad mexicana actuar con mayor efectividad para el logro del objetivo de mejorar la eficiencia en el funcionamiento de los mercados.²

I. APLICACIÓN DE LA REGLA *PER SE* EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Origen de la regla *per se*

Durante los primeros años de su aplicación, la Corte Suprema de los EUA interpretó la Ley Sherman de manera literal en cuanto a la prohibición de todo tipo de restricciones al comercio. Las primeras referencias a la ilegalidad *per se* datan de finales del siglo XIX, aunque la distinción que dio origen a las reglas *per se* y de razón comenzó a adquirir forma en el caso [Standard Oil Co. v. United States](#) de 1911, en el que la Corte interpretó que la violación a la Ley Sherman procedía de contratos o actos que restringían el comercio de manera no razonable.

La regla *per se* ha sido utilizada para identificar conductas consideradas inherentemente anticompetitivas, que por ello no requieren un análisis detallado de sus efectos económicos para ser declaradas ilegales. De tal forma, la regla *per se* aplica a "(...) *todos los acuerdos explícitos entre competidores para fijar precios, manipular licitaciones, repartirse clientes o territorios, así como acuerdos para compartir ganancias.*"³

Históricamente ha habido diversos pronunciamientos sobre la ilegalidad *per se*, como el emitido por el Juez Stevens en 1978:

*"los acuerdos cuya naturaleza y efecto necesario son tan claramente contrarios a la competencia que no es necesario un estudio detallado de la industria para determinar su ilegalidad."*⁴

Para Werden, la regla *per se* es un caso particular de la regla de razón, pues:

*"Los litigios en virtud de la regla de la razón siguen un enfoque de redistribución de la carga probatoria. Como caso especial de la regla de la razón, la regla *per se* también emplea un enfoque de redistribución de carga probatoria, pero las cargas impuestas tanto al demandante como al demandado difieren de las de la regla de la razón no abreviada. Lo que da nombre a la regla *per se* es que es la naturaleza de la conducta la que determina su legalidad en lugar de su impacto real en el mercado. La carga inicial del demandante con arreglo a la regla *per se* consiste en demostrar *prima facie* que la conducta impugnada entra dentro de una categoría *per se* establecida, como la fijación de precios. Si el demandante demuestra *prima facie* que cumple los criterios de prueba pertinentes, la carga del demandado consiste en socavar o refutar el caso *prima facie* y, por tanto, demostrar que el demandante calificó erróneamente la conducta. No se admiten justificaciones. Las circunstancias y los efectos de la conducta impugnada importan en la medida en que arrojen luz sobre su correcta caracterización. Que una conducta encaje en una categoría *per se* establecida es una cuestión analítica, no descriptiva. Para establecer un caso *prima facie* bajo la regla *per se*, la carga del demandante es demostrar que la conducta impugnada funciona para suprimir la competencia de la manera que caracteriza la conducta en la categoría *per se* a la que el demandante pretende asignar la conducta".*⁵

2 El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que COFECE tiene como objetivo garantizar la libre concurrencia y competencia, así como combatir las prácticas restrictivas del funcionamiento eficiente de los mercados.

3 Werden, Gregory J., *The Foundations of Antitrust: Events, Ideas, and Doctrines*, página 290, Carolina Academic Press, 2020. Edición de Kindle.

4 Ibid, página 294.

5 Ibid, páginas 298-299.

Lo anterior significa que no todo acuerdo entre competidores es considerado ilegal. La decisión de la autoridad de aplicar la regla per se a una conducta requiere un trabajo analítico previo, que permita demostrar que la conducta entraña una supresión de la competencia. Por esa razón, para Werden la regla per se es una forma simplificada de la regla de razón, porque no implica todo el trabajo analítico de ésta, pero sí requiere la aplicación del algún razonamiento económico previo.

Werden señala que en la actualidad el alcance de la regla per se se circunscribe a los acuerdos explícitos:⁶

“El ámbito de aplicación de la regla per se básica de la Ley Sherman se expresa, como en el caso anterior, utilizando el descriptor «desnudo», por ejemplo, la norma per se básica se extiende a todos los acuerdos horizontales desnudos para fijar el precio o la producción, o para asignar territorios o clientes». La palabra «desnudos» fue introducida por la opinión del juez Douglas en White Motor, que observó que las asignaciones territoriales horizontales son «restricciones desnudas del comercio sin otro propósito que sofocar la competencia». La cláusula citada no tiene por qué interpretarse como una definición de «desnuda», pero eso es lo que el Juez Douglas parece haber querido decir, y «sin otro propósito que el de asfixiar la competencia» es la definición estándar de una restricción desnuda.

El concepto de restricción desnuda se remonta al menos a la opinión del juez William Howard Taft en United States v. Addyston Pipe & Steel Co. (1898). El Juez Taft se refirió a los contratos cuyo «único objeto es restringir el comercio para evitar la competencia». El juez Taft también merece gran parte del crédito por originar la norma per se básica de la Ley Sherman. Basándose en el derecho anglosajón, el juez Taft declaró que la Ley Sherman prohibía las restricciones desnudas como el acuerdo de agrupación presentado en Addyston Pipe, sin tener en cuenta su impacto real en el mercado o las justificaciones para las mismas»⁷

Criterios de las autoridades en los EUA

El Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión Federal de Comercio (FTC) han emitido lineamientos sobre la colaboración entre competidores, que clarifican que el objetivo de las autoridades es permitir la realización de acuerdos favorables a la eficiencia y perseguir solo unos pocos casos.⁸ En sus directrices describen un marco analítico para ayudar a las empresas a evaluar la probabilidad de que una colaboración con uno o más competidores pueda originar una investigación.

Las autoridades señalan que la regla per se aplica a aquellos acuerdos que podrían perjudicar a la competencia sin aportar algún beneficio procompetitivo, por lo que la autoridad no invierte tiempo y recursos para una investigación detallada de sus efectos. Se trata de situaciones en las que el acuerdo siempre o casi siempre tiende a aumentar el precio o a reducir la producción.

Las autoridades proceden de la siguiente manera: Primero, realizan un examen de la naturaleza del acuerdo en cuestión y se cuestionan el propósito empresarial del acuerdo. En ocasiones, la naturaleza del acuerdo y la ausencia de poder de mercado pueden demostrar conjuntamente la ausencia de daño anticompetitivo, lo que conduce a que la autoridad no proceda a su impugnación. Cuando la probabilidad de un daño

⁶ En adelante, nos referiremos indistintamente a estos acuerdos explícitos como colusión desnuda o acuerdos duros.

⁷ Werden, páginas 304-305.

⁸ Department of Justice-Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 2000, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

anticompetitivo es evidente por la naturaleza del acuerdo, o el daño anticompetitivo ha resultado de un acuerdo ya en funcionamiento, entonces, a falta de beneficios superiores que puedan compensar el daño anticompetitivo, las autoridades impugnan tales acuerdos sin un análisis detallado del mercado.

Si se identifican posibles problemas de competencia, pero el acuerdo no es del tipo de los que puedan ser impugnados sin un análisis detallado del mercado, las autoridades analizan el acuerdo con profundidad. Las autoridades suelen definir los mercados de referencia y calcular participaciones de mercado y concentración de éste como paso inicial para evaluar si el acuerdo puede crear o aumentar el poder de mercado o facilitar su ejercicio. Si del análisis no resulta la posibilidad de un daño anticompetitivo, las autoridades concluyen su investigación sin considerar los posibles beneficios procompetitivos. Si la investigación indica un daño anticompetitivo, las autoridades examinan si el acuerdo es razonablemente necesario para lograr beneficios procompetitivos que probablemente compensarían los daños anticompetitivos.

Las autoridades consideran si la colaboración entre competidores puede permitir a los participantes ofrecer bienes o servicios más baratos y valiosos para los consumidores o su comercialización más rápida que sin la colaboración. La colaboración podría facilitar el mejor uso de los activos existentes o puede incentivar a la realización de inversiones que aumenten la producción y que no se producirían sin la colaboración.

Se considera que la colaboración entre competidores puede ser dañina para la competencia y los consumidores si aumenta la capacidad o los incentivos para subir los precios, reducir la producción, la calidad, el servicio o la innovación. Asimismo, el daño puede ocurrir si los acuerdos pueden limitar la toma independiente de decisiones o si lleva a combinar el control o intereses financieros en la producción, activos clave o las decisiones relativas al precio, la producción u otras variables sensibles. Las directrices señalan umbrales de seguridad, en los que se considera que es poco probable que la colaboración entre competidores sea perjudicial para la competencia. En términos generales, las autoridades no impugnan acuerdos de colaboración entre competidores cuando las participaciones de mercado de los participantes no representan más del 20 por ciento del mercado de referencia.

La Unión Europea y el enfoque de restricciones por objeto

La Unión Europea no aplica la regla per se sino que ha desarrollado un enfoque similar denominado restricciones por objeto, en el que las restricciones se consideran anticompetitivas por su propia naturaleza, sin necesidad de demostrar sus efectos concretos en el mercado, pues se asume que son perjudiciales para la competencia.

Para determinar si una práctica es una restricción por objeto, se analiza el contenido de las disposiciones del acuerdo; los objetivos que se pretende alcanzar y el contexto económico y jurídico en el que se desarrolla. En el enfoque europeo no es necesario demostrar una intención de las partes de restringir la competencia, sino que se evalúa objetivamente si la conducta tiene por su propia naturaleza el potencial de restringir la competencia. Para ello se requiere identificar un grado suficiente de daño a la competencia para adoptar la perspectiva de que no es necesario evaluar los efectos.⁹

Si la autoridad clasifica a la conducta como una restricción por objeto, ésta se presume ilegal y la carga de la prueba se invierte hacia las empresas, que deben demostrar que se cumplen las condiciones para una exención individual.

⁹ European Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, 2023/C 259/01.

La autoridad realiza un análisis preliminar del contexto económico y jurídico antes de clasificar una práctica como restricción por objeto, aunque conductas como la fijación de precios y el reparto de mercados usualmente son consideradas restricciones por objeto. Este enfoque simplifica el análisis y reduce la carga probatoria para las autoridades de competencia.

Chile

En Chile, la Ley N° 20.945 de 2016 introdujo la regla per se para el tratamiento de los carteles. De esta manera, los carteles duros pasaron a constituir conductas intrínsecamente anticompetitivas y se abandonó una regulación que dificultaba la aplicación de la normativa de competencia, que exigía un análisis de eficiencia y requería que los acuerdos entre competidores les confirieran poder de mercado.¹⁰

Ahora, para declarar la ilicitud de un cartel duro, únicamente se requiere acreditar: 1) la existencia de un acuerdo que involucre a competidores entre sí; y 2) que el acuerdo tenga por objeto neutralizar la decisión independiente de los competidores respecto de variables esenciales de competencia, al fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignar zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación.

Los carteles duros son considerados intrínsecamente anticompetitivos y no admiten defensa por eficiencias. Es decir, la regla per se es aplicada de manera restringida, únicamente a conductas intrínsecamente anticompetitivas.

II. APLICACIÓN DE LA REGLA PER SE EN MÉXICO

Marco legal

El artículo 53 de la LFCE define las prácticas monopólicas absolutas y las considera ilícitas. Las prácticas consisten en contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea:

I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios;

II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;

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

V. Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.”¹¹

¹⁰ Grunberg Pilowsky, Jorge, “Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente”, Investigaciones CeCo (febrero, 2020), <http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>

¹¹ LFCE, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014.

El artículo 53 también establece que las prácticas monopólicas absolutas serán nulas de pleno derecho y no producirán efecto jurídico alguno. Los responsables de las conductas pueden enfrentar sanciones administrativas pero además podrían estar sujetos a responsabilidad civil o penal.

Origen de la aplicación de la regla per se

COFECE ha adoptado un enfoque de regla per se para las prácticas absolutas, con base en el señalamiento del artículo 53 que establece que éstas “*se consideran ilícitas*” y a que la LFCE no indica que se requiere algún análisis adicional, aunque tampoco lo limita.

La autoridad ha sostenido repetidamente que, en la investigación de prácticas monopólicas absolutas, no está obligada a definir el mercado relevante en que ocurre la conducta, a identificar efectos o daños ni a realizar un análisis de efectos anticompetitivos versus ganancias de eficiencia como el que se realizaría en el caso de una práctica monopólica relativa, en el que la LFCE explícitamente requiere definir dichos aspectos, así como identificar un posible desplazamiento indebido.

Este enfoque ha sido reforzado por decisiones del Poder Judicial, que ha resuelto que las prácticas monopólicas absolutas se consideran ilegales per se debido a que no producen beneficios económicos a la sociedad y carecen de justificación económica. La aplicación de la ley establece una presunción por la cual se tiene por infringida la norma.¹² En otro pronunciamiento, el Poder Judicial afirma que para la regla per se “es innecesario establecer en cada caso si se producen efectos anticompetitivos (...) pues se estima que, intrínsecamente, son lesivas” y “revisten un carácter ilegal inherente”.¹³

Así, las prácticas monopólicas absolutas se sancionan por su mera existencia, aunque las consideraciones sobre los efectos de dichas conductas proceden de una presunción. Esta interpretación deja poco margen para el análisis y desafortunadamente puede conducir a sancionar conductas que no tienen el propósito de afectar al mercado. Además, este criterio contradice el objetivo constitucional de combatir las conductas que afectan el funcionamiento eficiente de los mercados. Con todo, como se verá en la próxima sección, hay jurisprudencia que es más flexible respecto de la utilización de la regla per se.

Análisis de la ejecutoria de la SCJN en la colusión en licitaciones públicas de productos de salud

En 2006, la Comisión Federal de Competencia inició una investigación por colusión en licitaciones públicas convocadas por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para la adquisición de medicamentos. La agencia antimonopolios investigó un número significativo de procesos de compra de dos productos: insulina y sueros. Los procesos tenían algunas características facilitadoras de la colusión: productos homogéneos, licitaciones frecuentes, asignación múltiple, estabilidad de las reglas de licitación e intercambio y contacto entre los competidores.¹⁴

La autoridad determinó la existencia de un mecanismo de coordinación entre 4 participantes, que persistentemente presentaron las mismas posturas de precios entre 2003 y 2005. El asunto condujo a diversas impugnaciones en tribunales y en 2015 fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

12 Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Amparo en revisión 46/2014. Semanario Judicial de la Federación, publicada el 15 de julio de 2016.

13 Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica. Amparo en revisión 161/2017. Semanario Judicial de la Federación, publicada el 26 de abril de 2019.

14 COFECE (2015), Análisis de práctica monopólica absoluta. Colusión en licitaciones públicas de compra de medicamentos para el IMSS. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/HISTORIA_IMSS_080415.pdf#pdf

que reconoció la inexistencia de evidencia directa de la conducta, aunque identificó evidencia de contacto e intercambio de información entre los competidores. La Corte examinó la evidencia económica y concluyó que era válida como evidencia indirecta y que, analizada de manera integral junto con la evidencia circunstancial, permitía concluir la existencia de un acuerdo. Para la Corte, el comportamiento económico solo era explicable por la existencia de un arreglo colusivo, pues no existía una explicación económica alterna de la conducta y sí existía evidencia de contacto e intercambio de información.

La Corte emitió jurisprudencia derivada del caso. Entre los aspectos más relevantes, se encuentra:

- i. El “análisis económico” de la autoridad de competencia puede constituir una prueba indirecta válida para demostrar la existencia de una práctica monopólica absoluta, pues de él pueden advertirse indicios que conduzcan a presunciones que, administradas, demuestren la existencia de la conducta.¹⁵
- ii. En el contexto de licitaciones públicas, hay características que pueden evidenciar la existencia de la conducta, que no encuentran justificación económica razonable: a) existencia de un patrón de posturas ganadoras y perdedoras; b) similitud en los precios ofertados, para ganar o perder la licitación; c) existencia de agentes económicos que en forma preponderante resulten ganadores; y d) que la entrada de nuevos competidores refleje un cambio drástico de disminución en los precios ofertados.¹⁶
- iii. Para acreditar una práctica monopólica absoluta, la autoridad puede basar su resolución en presunciones contenidas en pruebas indiciarias, no desvirtuadas por los agentes económicos. Para la Corte es difícil establecer con precisión cómo se ha concertado un acuerdo por el cuidado que los interesados ponen para velar u ocultar cualquier vestigio o rastro de ello, por lo que en muchos casos no se podrá encontrar prueba directa de la conducta desplegada por el agente o los agentes involucrados ni de todos los detalles que, por obvias razones, se ocultan u oscurecen.¹⁷

Estos pronunciamientos reconocen la dificultad de obtener prueba directa de las conductas, ante lo cual el Poder Judicial considera que es factible que la autoridad de competencia pueda utilizar evidencia económica como prueba indirecta, administrada con otros indicios.

A pesar de que el Poder Judicial ha validado el carácter per se de las prácticas monopólicas absolutas, también ha señalado que para la existencia de ellas se debe acreditar la existencia del acuerdo entre competidores y que dicho acuerdo tenga por objeto o efecto un resultado anticompetitivo en las licitaciones públicas.¹⁸

Lo anterior contradice la interpretación que se ha dado a la regla per se, pues según ella, basta con la existencia de un acuerdo para decretar su ilegalidad. La Corte reconoce que se requiere de la existencia de un resultado anticompetitivo, sin el cual no sería posible acreditar la conducta.

Ejemplos de divergencia en la aplicación de la regla per se

Aunque las agencias de competencia mexicanas han sostenido que las prácticas monopólicas absolutas deben ser evaluadas bajo la regla per se, hay situaciones en las que han aplicado un enfoque flexible. Un primer ejemplo es la autorización de cláusulas de no competir en el contexto de las concentraciones.

15 Décima Época. Registro: 2009653. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 21, agosto de 2015, Tomo I.

16 Décima Época. Registro: 2009657. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 21, agosto de 2015, Tomo I.

17 Décima Época. Registro: 2009659. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 21, agosto de 2015, Tomo I.

18 Décima Época. Registro: 2009654. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I.

COFECE autoriza cláusulas de no competencia y acuerdos de accionistas pactados en el contexto de una transacción. Las cláusulas de no competencia son definidas como acuerdos de voluntades por virtud de los cuales el vendedor asume la obligación de no competir, directa o indirectamente, con el comprador. La racionalidad de la restricción es proteger la transmisión de los activos a su nuevo propietario.¹⁹

Asimismo, COFECE define los acuerdos de accionistas como acuerdos de voluntades por los cuales los accionistas o socios de una coinversión se comprometen a no participar, por cuenta propia, en actividades iguales o directamente relacionadas con las de la coinversión. La racionalidad de estos acuerdos es generar incentivos para que los participantes de la coinversión realicen su mejor esfuerzo en el desarrollo del negocio.

COFECE evalúa caso por caso la procedencia de las cláusulas y en términos generales las permite sujetas a diversos criterios respecto de los sujetos obligados, cobertura del bien o servicio, duración y cobertura geográfica.

También existen casos en que se ha aplicado la regla de razón para resolver una investigación de prácticas monopólicas absolutas. En una investigación en el mercado de la producción, distribución y comercialización de huevo para plato, se analizó la operación de un sistema electrónico de intercambio de información en tiempo real con el objeto o efecto de manipular el precio en el mercado. De acuerdo con la imputación, el sistema habría permitido a los competidores obtener reportes de precios actualizados que habrían sido empleados para tomar decisiones de precios. El sistema no era de uso público y solo los competidores inscritos tenían acceso a capturar información y recibir informes.²⁰

COFECE resolvió que la conducta no existió y cerró el expediente. Las razones fueron que, a partir de la información capturada, no era posible obtener información individualizada de los competidores, no se podía identificar a los competidores que habían cargado información, y que la información no estaba homologada. La agencia concluyó que no había evidencia de efecto anticompetitivo sobre los precios. El análisis de COFECE se basó en efectos económicos, lo cual es contrario al criterio que ha aplicado en el análisis de la colusión.

Otro caso ocurrió durante la pandemia de COVID-19. En marzo de 2020, COFECE emitió un comunicado respecto de la aplicación de la LFCE durante la emergencia sanitaria, en el que indicó que no se perseguirían acuerdos de colaboración entre agentes económicos que fueran necesarios para mantener o incrementar la oferta, satisfacer la demanda, proteger cadenas de suministro, evitar escasez o acaparamiento de mercancías y no tuvieran por objeto desplazar a sus competidores.²¹

III. CONTRASTE ENTRE LA APLICACIÓN DE LA REGLA PER SE EN MÉXICO Y EL RESTO DEL MUNDO

A nivel internacional, la regla per se o medidas similares se aplican en investigaciones de colusión desnuda o carteles duros. Sin embargo, hay una tendencia hacia la aplicación de un mayor análisis económico.

En este sentido, diversas agencias aplican enfoques que mantienen una presunción de ilegalidad pero

19 COFECE, Acuerdo mediante el cual el Pleno emite la Guía para la Notificación de Concentraciones, sección 7.9, 25 de febrero de 2021. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/04/AcuerdoNoCFCE-047-2021GUIA-PARA-Not-CNTs.pdf>

20 COFECE, resolución del expediente IO-004-2015, 4 de abril de 2019. <https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V299/0/4797875.pdf>

21 Postura de la COFECE en términos de la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica ante la emergencia sanitaria, 27 de marzo de 2020.

<https://www.cofece.mx/postura-cofece-ante-emergencia-sanitaria/>

son flexibles para otorgar alguna consideración a justificaciones o efectos. Para ello, antes de iniciar una investigación por cartel, las autoridades examinan, así sea brevemente, los méritos económicos de las conductas y verifican que se trate de comportamientos que efectivamente puedan ser considerados intrínsecamente dañinos para la oferta y precios en el mercado. Esto les permite considerar como legítimos aquellos acuerdos de colaboración entre competidores que permiten la obtención de beneficios o eficiencia que probablemente no serían alcanzados por otros medios.

Es evidente que la aplicación de la regla per se tiene ventajas para las agencias de competencia, pues simplifica la carga probatoria, permite un mejor uso de sus recursos y reduce los costos de los litigios. Sin embargo, la aplicación generalizada e inflexible de la regla per se genera el riesgo de sancionar conductas que no tienen como propósito ni como resultado afectar el funcionamiento eficiente del mercado.

En los EUA es claro que para sancionar un acuerdo entre competidores aplicando la regla per se se requiere prueba directa de la existencia del acuerdo, pero además es necesario clasificar la conducta como un acto que, de manera incontrovertible, conllevaría a una afectación a la oferta y los precios en el mercado. Esto requiere de una evaluación económica preliminar, por lo que la regla per se es considerada como una regla de razón abreviada. Ante la ausencia de prueba directa, las autoridades pueden auxiliarse de pruebas indirectas, incluyendo la evidencia económica, lo cual implica que la autoridad debe realizar un análisis económico integral, incluyendo la evidencia económica aportada por los investigados.

En contraste, en México se ha aplicado un enfoque rígido que ha sido validado por el Poder Judicial, caracterizado por una aplicación estricta que rechaza el análisis de mercado y las justificaciones de eficiencia; asume la presunción de daño; e incluye conductas como el intercambio de información sensible, que pudiera implicar que también se consideren conductas implícitas.

Está fuera de discusión que ante casos de carteles duros o colusión desnuda, si la autoridad cuenta con la evidencia directa de la existencia del acuerdo, se debe proceder conforme a la regla per se. Sin embargo, en casos en que la autoridad no cuente con evidencia directa ni se tenga la seguridad de que la conducta puede ser dañina al mercado, se debería adoptar un enfoque acorde con la experiencia internacional expuesta. Para que ello pueda funcionar, se requiere que la autoridad implemente en sus procedimientos un análisis preliminar al inicio de las investigaciones, para examinar y cuestionarse si efectivamente la conducta puede ser categorizada como cartel duro o colusión desnuda. Asimismo, ante la carencia de evidencia directa, sería necesario que la autoridad realice un análisis económico de la conducta.

La actuación de COFECCE muestra que existe el espacio para buscar una mayor flexibilidad en la investigación de los acuerdos entre competidores. Incluso, el pronunciamiento de la Suprema Corte al referirse a la colusión en el ámbito de las licitaciones públicas reconoce que el acuerdo bajo investigación debe tener por objeto o efecto un resultado anticompetitivo. Para implementar un enfoque como el propuesto no es necesario efectuar alguna modificación a la LFCE por parte del Congreso, sino que únicamente se requiere emitir criterios o lineamientos, que ya están previstos en la propia LFCE.

CONCLUSIÓN

Si bien existe espacio para la interpretación matizada de la aplicación de la regla per se al análisis de las prácticas monopólicas absolutas en México, la adopción de un cambio requiere de una evolución significativa en la implementación legal y la práctica administrativa. Esto podría lograrse a través de interpretaciones judiciales renovadas y la emisión y aplicación por parte de las agencias de competencia de criterios y

lineamientos apegados a la práctica internacional.

El desafío es encontrar un equilibrio entre la simplificación legal que la regla per se proporciona a las autoridades y la flexibilidad necesaria del enfoque económico, para efectuar investigaciones útiles para mejorar el funcionamiento de los mercados.

En concreto, se requiere:

- Realizar un esfuerzo para alinear la práctica mexicana con los estándares internacionales, a partir de una revisión profunda del alcance del artículo 53 de la LFCE.
- Emitir guías más detalladas por parte de las agencias de competencia que ayuden a clarificar a los agentes económicos bajo qué circunstancias se consideraría que una colaboración entre competidores podría ser permitida.
- Adoptar un enfoque que considere el contexto económico y los posibles beneficios procompetitivos antes de clasificar automáticamente una colaboración como práctica monopólica absoluta.

El propósito no es eximir de responsabilidad a posibles infractores, sino crear un ámbito de análisis basado en la razonabilidad económica, que persiga el objetivo constitucional de mejorar la eficiencia en el funcionamiento de los mercados y que permita aprovechar los beneficios de la colaboración entre competidores.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Francisco Javier Núñez Melgoza, "La regla *per se* en el derecho de competencia mexicano: hacia una nueva interpretación en su aplicación", *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2024),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile