

INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO



**EL PAPEL DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y
PERJUICIOS EN EL DERECHO DE COMPETENCIA
ECONÓMICA EN MÉXICO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
JESÚS EDUARDO AGUILAR CORTÉS

ASESOR: MTRO. BERNARDO ALTAMIRANO RODRÍGUEZ

CIUDAD DE MÉXICO

2018

"Con fundamento en los artículos 21 y 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor y como titular de los derechos moral y patrimonial de la obra titulada **"EL PAPEL DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO"**, otorgo de manera gratuita y permanente al Instituto Tecnológico Autónomo de México y a la Biblioteca Raúl Baillères Jr., autorización para que fijen la obra en cualquier medio, incluido el electrónico, y la divulguen entre sus usuarios, profesores, estudiantes o terceras personas, sin que pueda percibir por tal divulgación una contraprestación".

JESÚS EDUARDO AGUILAR CORTÉS

Fecha

Firma

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá, que es mi mayor inspiración, a quien agradezco por su apoyo, cariño, sus consejos y por siempre impulsarme a llegar más lejos.

A mi hermana Fer, a quien admiro y de quién siempre he aprendido, por su apoyo.

A mi papá, a quien le agradezco las enseñanzas a lo largo de la vida.

A mis abuelos, quienes representan mi mayor ejemplo de tenacidad y fortaleza en el mundo, por todo el cariño que nos dieron.

A mis hermanos Andrea, Michel, Jonathan y Rolf, por su duradera y fuerte amistad, así como, por su apoyo durante la carrera y en la redacción del presente trabajo.

Al Colegio Humboldt, sus profesores y a todos los amigos que formé.

Al ITAM, los profesores y amigos que compartieron conmigo este gran logro.

A Esteban Gorches, Gabriel Barrera y Juan Luis Blanco, por la oportunidad de trabajar y aprender de ustedes.

A Brenda Hernández y a todos los que formaron parte de la Oficina de Coordinación de la Cofece, por su amistad y por la gran oportunidad que me dieron de aprender.

A Laura Méndez, por la orientación brindada para la redacción de este trabajo.

A Lucía Ojeda y al estupendo grupo que forma SAI, por su invaluable apoyo y enseñanzas.

A Javier Nuñez Melgoza, por sus apreciables consejos y enseñanzas.

A Felipe Rueda, por sus consejos y amistad.

An Catherine Lahmek. Herzlichen Dank für ihre Unterstützung in Straßburg.

ABREVIATURAS

Nombre oficial	Abreviatura
Código Civil Federal	CCF
Código Federal de Procedimientos Civiles	CFPC
Comisión Federal de Competencia	COFECO
Comisión Federal de Competencia Económica	Cofece o Comisión
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Constitución
Instituto Federal de Telecomunicaciones	IFT
Instituto Mexicano del Seguro Social	IMSS
Con ambas denominaciones se hace referencia a los Juzgados de Distrito y los Tribunales Colegiados de Circuito en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República.	Juzgados especializados o tribunales especializados

Nombre oficial	Abreviatura
Ley Federal de Competencia Económica, publicada el 23 de mayo de 2014 en el Diario Oficial de la Federación	LFCE o Ley de competencia
Ley Federal de Competencia Económica, publicada el 24 de diciembre de 1992 en el Diario Oficial de la Federación	LFCE`92
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos	OCDE
Procuraduría Federal del Consumidor	PROFECO
Reclamación de daños y perjuicios que se ejercita en la vía civil ante un daño generado por una práctica monopólica, absoluta o relativa, o una concentración ilícita en los términos que establece la LFCE.	reclamación de daños, acción de daños o reclamación de daños y perjuicios
Suprema Corte de Justicia de la Nación	SCJN

EL PAPEL DE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO

INTRODUCCIÓN	1
Capítulo I. EL DESARROLLO DEL DERECHO MEXICANO DE COMPETENCIA ECONÓMICA: LA PREPONDERANCIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SANCIÓN	7
1. El derecho de competencia económica como un marco jurídico enfocado en la sanción de los infractores	9
A. La importancia de que el marco normativo disuada a los infractores de violar la ley	10
2. El desarrollo del derecho mexicano de la competencia económica	13
A. El derecho mexicano de la competencia económica en la actualidad	17
3. Derechos Fundamentales protegidos por la reclamación de daños y perjuicios y por el derecho de competencia económica	23
Capítulo II. LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA: UN RECURSO MARGINADO EN MÉXICO.....	29
1. La responsabilidad administrativa ante una infracción en materia de competencia económica	31
2. La responsabilidad penal ante una infracción en materia de competencia económica	33
3. La responsabilidad civil ante una infracción en materia de competencia económica	35

A. La responsabilidad civil subjetiva por la comisión de un hecho ilícito.....	35
B. La reclamación de daños en materia de competencia económica	36
C. El papel de la reclamación de daños en Derecho Comparado.....	37
4. El desarrollo histórico del marco normativo aplicable a las reclamaciones de daños en materia de competencia económica	44
A. Antecedentes desde la primera legislación en materia de competencia económica	44
B. El marco normativo vigente	51
Capítulo III. HACIA UNA RECLAMACIÓN DE DAÑOS QUE HAGA MÁS EFICAZ AL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO	77
1. Los efectos de contar con una sólida reclamación de daños y perjuicios en el entorno de la competencia económica	80
A. Potenciales ventajas de contar con mecanismos sólidos de reclamación de daños y perjuicios.....	80
B. Retos en la implementación de mecanismos de reclamación de daños y perjuicios.....	86
2. Análisis económico del derecho de la reclamación de daños.....	92
A. La dinámica de incentivos en la reclamación.....	94
3. Replanteando el marco normativo que rige las reclamaciones de daños y perjuicios.....	96
A. Ampliar el espectro de conductas ante las cuales se puede exigir una compensación	96
B. Definir la jurisdicción facultada para resolver las controversias civiles a partir de una violación al marco normativo de competencia económica	97

C. Los sujetos que debieran estar legitimados para reclamar	98
D. La amplitud de los plazos legales.....	102
E. Las compensaciones que debieran estar disponibles.....	103
F. De la adecuación de los temas procesales	106
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFÍA	115
Referencias bibliográficas	115
Instrumentos internacionales	119
Legislación nacional	119
Sentencias y resoluciones	120
Jurisprudencia y tesis consultadas	121
Recursos electrónicos	122
Otros	123

INTRODUCCIÓN

En 2016, después de 7 años de que se abriera la investigación, quedaron firmes diversas resoluciones emitidas por la hoy extinta Comisión Federal de Competencia en las que sancionó a diversos comercializadores de pollo por la comisión de una práctica monopólica absoluta.¹ La práctica consistió en la celebración de acuerdos entre diversos comercializadores de 2005 a 2010 para manipular artificialmente el precio al que se vendía el pollo en los estados de Quintana Roo, Veracruz y en la Ciudad de México.

El dictado definitivo de dichas resoluciones tardó tanto debido que el marco jurídico que regía el procedimiento de sanción administrativa, hasta antes del 2013, preveía la procedencia de múltiples medios para revisar los actos y resoluciones de la COFECO. Situación que cambió radicalmente con las reformas al artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como, con la nueva Ley Federal de Competencia Económica en 2013 y 2014, respectivamente.

Dichas reformas han sido acertadas, en cuanto crearon nuevas autoridades de competencia económica, la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones²,

¹ Se hace referencia a las investigaciones tramitadas bajo los expedientes IO-005-2009, separadas en varias cuerdas de investigación de acuerdo a la zona geográfica y momentos en los que se llevaron a cabo las conductas ilícitas.

² Las referencias al Instituto Federal de Telecomunicaciones se realizan de manera exclusiva a su calidad de autoridad de competencia económica en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones; en términos del párrafo décimo sexto del artículo 28 de la Constitución, por virtud del cual, se establece que el IFT será la autoridad de competencia económica para dichos sectores. Para referirse, tanto a la Cofece, como al IFT se utilizará indistintamente “la autoridad de competencia”.

con importantes facultades para cumplir con el mandato establecido en el artículo 28 constitucional de proteger la libre competencia y concurrencia. Actualmente el único medio de impugnación de las resoluciones de la nueva autoridad de competencia es el juicio de amparo, bajo el cual no es posible combatir ya los actos intraprocesales, además de que no admite la suspensión de los actos reclamados más que en especialísimos casos.³

En el caso en comento, seis personas morales⁴ y diversas personas físicas fueron sancionadas con alrededor de 140 millones de pesos por dicha infracción, sin embargo, según estudios de la autoridad de competencia, se calcula que el daño al mercado rondó entre 118 y 212 millones de pesos.⁵ Los que salieron perdiendo fueron los proveedores que bajaron sus ventas y los consumidores que pagaron un sobreprecio en los productos, que pese a tener el derecho de reclamar los daños y perjuicios por la vía civil, decidieron no intentarlo.

Desgraciadamente éste no representa un caso aislado, sino todo lo contrario. Pese a que se encuentra previsto de manera expresa un derecho en favor de los afectados para ser compensados por los daños y perjuicios a partir de una conducta contraria a la competencia económica, lo cierto es que los afectados no fueron compensados en este caso, ni ninguno de todos los demás competidores, proveedores y consumidores que han resultado afectados como consecuencia de una infracción a lo largo de

³ *Vid. Supra.* Cap. I, apartado 2, sección A, inciso a.

⁴ Industrias Bachoco, S.A.B. de C.V., Avicola Pilgrims Pride De Mexico, S.A. de C.V., Tyson Operaciones, S. De R.L. De C.V., Grupo Pecuario San Antonio, S.A. De C.V., Unión Nacional De Avicultores y Pollo De Querétaro, S.A. De C.V.

⁵ La evaluación ex-post de los daños fue publicada por la Cofece en marzo de 2017, bajo el número EVA-001-2016. Documento que puede ser consultado en el siguiente link:

https://www.cofece.mx/cofece/phocadownload/PlaneacionE/evaluacion_ex_post_pollo.pdf

los 25 años en que éste derecho se ha regulado esta materia.⁶ En varios casos los daños han superado los 100 millones de pesos, según estimaciones de la misma autoridad de competencia, pero ni siquiera ello ha generado que los afectados acudan a la vía judicial.⁷ Sólo se tiene conocimiento de dos demandas intentadas con anterioridad, pero ninguna de éstas derivó en una sentencia favorable para los afectados. Lo que es peor, debido a cuestiones previas, en ninguno de estos casos hubo siquiera una sentencia que se abocara al fondo del asunto.

Actualmente, únicamente se sabe de una acción de daños y perjuicios en trámite, presentada por el Instituto Mexicano del Seguro Social en contra de diversas farmacéuticas, luego de que fueran

⁶ La presente investigación tiene como objeto las exclusivamente las reclamaciones de daños y perjuicios que pueden ser presentadas en la vía civil por los afectados como consecuencia de una violación a la legislación en materia de competencia económica, concretamente, por la comisión de una práctica monopólica absoluta o relativa, o una concentración ilícita. *Vid. Infra. Cap. II, apartado 4, sección B, a.* Sin embargo, no deja de reconocerse que existen otras conductas que pueden dar lugar a una reclamación de daños por otras razones y otras vías, como el enriquecimiento ilegítimo o las prácticas desleales; mismas que no serán materia de la presente investigación.

⁷ Se hace referencia, como ejemplo, a las investigaciones: i) DE-153-2008, en el sector de autotransporte de carga en el que los daños pudieron ascender a 9 mil millones de pesos, ii) IO-006-2013, en el mercado de venta de azúcar, en el que los daños se estimaron en 106 millones de pesos, y iii) en el servicio de transporte de gasolina, en el que los daños se estimaron en alrededor de 180 millones de pesos. *Cfr. Los análisis de casos, publicados por la Cofece “Colusión para manipular el precio y restringir la venta de azúcar” y “Ventas atadas de PEMEX-Refinación a franquiciatarios de gasolineras”, los cuales se encuentran disponibles en el portal de la Cofece: <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/promocion/analisis-de-casos> ; y la “Evaluación del impacto de una práctica colusiva en el mercado de autotransporte de carga en México”, publicado por la Cofece, consultable en el siguiente link: https://www.cofece.mx/cofece/attachments/article/37/COFECE_Evaluacion_mercado_de_autotransporte_de_carga.pdf*

sancionadas por coludirse en diversas licitaciones públicas entre 2005 y 2009.⁸

Este oscuro panorama en el que ningún infractor es obligado a indemnizar a los afectados por los daños ocasionados, nos lleva preguntarnos: ¿por qué los afectados no acuden a demandar los daños? ¿existe algo en el marco normativo que represente un obstáculo? ¿es redituable acudir a demandar los daños en la vía judicial? pero bueno, en caso de que no fuera redituable ¿qué podemos hacer para revertir esa situación? ¿cómo se ha hecho en otros países?

Es posible que, incluso, los que en este momento se encuentren leyendo el presente trabajo de investigación no recuerden haberse encontrado en un supuesto en el que pudieran reclamar daños a partir de una violación a las leyes de competencia económica. No porque no hayan existido recurrentes violaciones que afectaron mercados de productos que todos consumimos, como el pollo, el huevo o la cerveza⁹; sino porque simplemente nadie está interesado en reunir a los afectados e iniciar un juicio en el que va a tener una baja probabilidad de ganar o en el que, en el mejor de los casos, se termine recibiendo menos de los costos necesarios para entablar el litigio. En este escenario, los infractores pueden estar tranquilos de que no enfrentarán demandas de daños y que, en caso de que éstas se llegaran a presentar, no significarían para ellos una mayor preocupación. Dicha situación, en palabras de Abel Rivera, termina *por “bendecir un enriquecimiento ilegítimo de los infractores”*¹⁰.

En este contexto, el objeto del presente trabajo es revisar el marco normativo que rige actualmente a las reclamaciones de daños y perjuicios en México, aplicable a la materia de competencia económica, que nos

⁸ *Vid. Infra. Cap. II.*

⁹ Rivera Pedroza, J. Abel, *Responsabilidad Civil, Acciones colectivas y competencia económica, replanteando el estándar de daño exigible*, en “El desafío de la reclamación de daños en materia de competencia económica”, CIDAC, 2014, México D.F., p. 52

¹⁰ *Ibidem*, pp. 72-73.

permite identificar los elementos que inhiben actualmente que los afectados acudan a los tribunales a demandar los daños. La hipótesis del presente trabajo es que un sistema en el que exista un sólido mecanismo de reparación de daños resulta vital para una defensa y tutela eficaz del derecho de la competencia económica.

Para demostrar esto, se revisará el desarrollo que ha experimentado el marco normativo del derecho de la competencia en México, enfocado primordialmente a garantizar un funcionamiento institucional (Capítulo I), asimismo, estudiaremos a detalle el desarrollo del marco jurídico aplicable a la reparación de daños, a la luz del orden normativo mexicano, y del derecho comparado (Capítulo II) y, por último, haremos una serie de planteamientos y propuestas, a la luz del análisis económico del derecho, que permitan equilibrar el esquema mexicano de competencia económica (Capítulo III).

Capítulo I.

EL DESARROLLO DEL DERECHO MEXICANO DE COMPETENCIA ECONÓMICA: LA PREPONDERANCIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SANCIÓN

El mercado es de suma relevancia en la vida de una sociedad, fundamentalmente por la capacidad que tiene, como conformación social básica, para organizarla,¹¹ por lo que, resulta necesario asegurar que los agentes que concurren en el mercado se comporten de tal manera que no trasgredan los bienes jurídicos tutelados y que, en cambio, se conduzcan de tal manera que permitan cumplir con los fines deseados.

Ante este escenario, el Estado y, particularmente, la regulación juega un papel fundamental en la construcción de un marco de derechos y libertades que garanticen el funcionamiento del mercado a través de la reducción en los costos de transacción. Lo anterior, en el entendido de que bajo una concepción económica liberal, la oferta y la demanda servirán como el mejor mecanismo para ordenar los mercados,¹² y el Estado sólo estará legitimado para intervenir ante casos que justifiquen verdaderamente su intervención, como déficits de competencia, déficits de información o externalidades.¹³

Sin embargo, es importante entender que, aún en este escenario, el papel del Estado no es únicamente reactivo ante las circunstancias, sino que a éste le corresponde definir los derechos y libertades que hacen

¹¹ Roldán Xopa, José, *Justicia Constitucional, Derechos Humanos y Mercado, en Derecho de Competencia en México*, coords. Mena Labarthe, Roldán Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015, p. 225.

¹² *Ibidem*, p. 217.

¹³ Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 228.

possible concebir al mercado como un ámbito de intercambio, es decir, el Estado, en sentido amplio, tiene como tarea definir el marco normativo bajo el cual se habrán de comportar los agentes del mercado. En estas circunstancias el Estado se convierte en un Estado de Derecho y del Derecho, “en el que se encuentra sometido al derecho, pero en el que también hace uso del derecho para desarrollar sus funciones respecto del mercado”.¹⁴

En palabras de Baldwin y Cave, en esa tarea, el Estado impone una regulación en sentido constructivista, por virtud de la cual, ejerce una deliberada influencia pública sobre las actividades industriales o sociales.¹⁵

Lo anterior, en cuanto a que la libertad implica la capacidad de autodeterminación y la posibilidad de proyectar un plan de vida propio, de establecer relaciones ventajosas, pero siempre respetando el derecho del resto.¹⁶ En la medida en que los derechos y libertades no sean garantizados, el mercado dejará de comportarse dentro de un marco establecido y dejará de ser benéfico para la sociedad en su conjunto.

Para entender plenamente el papel que puede jugar la reclamación de daños y perjuicios dentro de dicha función estatal, particularmente en el caso de México, se estudiara en este capítulo: 1) el escenario en el cual se inserta el derecho de competencia económica y la relevancia de que genere un grado óptimo de disuasión; 2) el desarrollo histórico de la legislación en materia de competencia económica en México; 3) el estatus actual del marco normativo del derecho de competencia económica en México, y 4) los Derechos Fundamentales que se pueden ver afectados a partir de una deficiente aplicación del derecho de

¹⁴ Batacor, Andrés, [sic], Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2010, p.91; *apud*. Roldán Xopa, José, *opt. cit.*, p. 218.

¹⁵ Baldwin R., Cave M. y Lodge M., *Understanding regulation; Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 1999, p.2., *apud* Roldán Xopa *op. cit.*, p. 19.

¹⁶ Grimm, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, p. 105; *apud* Roldán Xopa, *op. cit.*, p. 223.

competencia económica, así como, de deficientes mecanismos de reclamación de daños y perjuicios ante una infracción en dicha materia.

1. El derecho de competencia económica como un marco jurídico enfocado en la sanción de los infractores

El derecho de competencia, en su sentido más estricto, debe preocuparse por la existencia de condiciones que permitan la máxima rivalidad entre los agentes económicos que concurren en el mercado, circunstancia que obliga a las empresas concurrentes a esforzarse para ser mejores, implementar procesos más eficientes y reducir sus costos.¹⁷ La competencia económica permite así que los consumidores disfruten de los beneficios de la reducción de precios, el aumento de la oferta, la ampliación de la variedad y la mejora de la calidad.¹⁸

Generalmente, los Estados han utilizado dos medios para su implementación: (i) el establecimiento de entidades administrativas que vigilen el cumplimiento de las leyes de competencia económica, y/o, (ii) la implementación de medios efectivos de compensación en favor de los afectados por una infracción a las leyes de competencia económica, que logren disuadir a los potenciales infractores de violar las leyes. Así, este

¹⁷ Al respecto, actualmente pareciera haber un consenso en que la finalidad es el de la satisfacción del bienestar de los consumidores. Sin embargo, el objeto de la política de competencia ha variado dependiendo del tiempo y lugar. En realidad, puede decirse que esta nació en Estados Unidos con la finalidad de proteger a los pequeños productores frente al poder que representaban las industrias a escala a finales del siglo XIX. Massimo Motta, *Competition Policy*, p. 1-2. Motta, Massimo, *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2004, p. 1-2.

¹⁸ Nuñez Melgoza, Javier, *El control de concentraciones en la nueva legislación de competencia: evolución y perspectivas*, en Derecho de Competencia en México, coords. Mena Labarthe, Roldán Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015, p. 241.

mecanismo puede ayudar a elevar la vigilancia y los costos para los infractores de infringir las normas.¹⁹

A. La importancia de que el marco normativo disuada a los infractores de violar la ley

Como se señaló anteriormente, un marco normativo en materia de competencia económica se inserta en un escenario en el que se concede libertad al mercado para auto-determinarse, pero dentro de cierto marco de derechos y libertades definido por las leyes de competencia económica.²⁰ De manera que sólo cuando un agente económico se comporte fuera de este marco y afecte las condiciones de competencia y derechos de terceros, el Estado deberá sancionarlo y garantizar que los afectados sean efectivamente compensados.

La neutralidad se convierte, por tanto, en una condición institucional referente a la claridad y certidumbre de las reglas, pero también referente a la aplicación por igual a los agentes económicos, que lleve a la debida protección de los derechos económicos y libertades,²¹ entre los que se encuentran los derechos de propiedad y la reparación de los daños y perjuicios que sufra una persona cuando el marco jurídico establecido sea violado.²²

¹⁹ Directorate for Financial and Enterprise Affairs, OCDE Competition Committee, *Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement -, Summary of Discussion of the Roundtable on the relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, OCDE, June 2015.

²⁰ *Vid. Supra.* Cap. I, apartado 1.

²¹ *Ibidem* Roldán Xopa, José, *op. cit.*, p. 218.

²² *Cfr.* Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, Directrices, Apartado E. Medidas que permiten a los consumidores obtener compensación, Inciso 32.

En este sentido, el derecho de competencia económica se constituye como una regulación enfocada en sancionar primordialmente las infracciones cometidas en los mercados, lo que se conoce en términos regulatorios como una regulación *ex post*,²³ y no en dictar la manera concreta en la que se deben comportar de manera *ex ante*. En el primer caso, sólo se vigila el incumplimiento de los infractores, y en el segundo caso se vigila el cumplimiento de todos los participantes.²⁴

Estados Unidos es un país característico por la forma en que ha utilizado a la regulación *ex post*, como un medio para mantener bajos los costos de entrada al mercado. Sin embargo, dicho diseño regulatorio se debe también al papel que juegan el litigio y, consecuentemente, los tribunales bajo la cultura jurídica del Derecho Común. Robert Kagan refiere que *mediante este diseño los Estados Unidos logran simplificar el aparato administrativo, en cuanto, los abogados, los jueces y las demandas son el equivalente funcional de las grandes burocracias que dominan en los Estados de bienestar.*²⁵

De manera que, un verdadero esfuerzo porque el derecho de competencia sea realmente eficaz no puede olvidarse de la importancia

²³ Así, a la regulación enfocada en investigar y sancionar las infracciones en un sentido reactivo se le conoce como regulación *ex post*, en contraposición a la regulación *ex ante* enfocada en regular las condiciones iniciales de todos los que podrían violar una norma. *Cfr.* Issacharoff, Samuel, *Regulating after the Fact*, DePaul Law Review, Vol. 56, t. 2, 2007, pp. 376-378.

²⁴ Como refieren Morales Rodrigo Elcoro y Jessica González, las facultades tradicionales de una autoridad de competencia incluyen la evaluación preventiva de fusiones y adquisiciones y sanciones y la sanción *ex post* de las conductas anticompetitivas. Morales Elcoro y González Jessica, *Ánalisis económico-jurídico en la determinación de insumos esenciales y barreras a la competencia en el derecho mexicano de la competencia*, en Derecho de Competencia en México, coords. Mena Labarthe, Roldán Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015, p. 291.

²⁵ Kagan, Robert, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, 16, [sic], 2001; *apud* Issacharoff, Samuel, *opt. cit*, p.377; *vid. Supra*. Cap. III, apartado 1, sección B, inciso i.

de que las sanciones induzcan efectivamente a que se respete la ley, toda vez que, si aspira a ser generalmente respetada y seguida, deberá proveer necesariamente de incentivos para que ello suceda realmente.

En este contexto, la disuasión se presenta como un elemento fundamental en los medios de regulación *ex post*, debido a que, si bien su función es sancionar las infracciones, éstas tampoco pueden exceder cierto grado que sea manejable para los medios de vigilancia, investigación y sanción de los infractores. Sin este aspecto fundamental, los potenciales infractores optarán con mayor frecuencia por incumplir con las normas, siempre que la expectativa de sanción y los costos esperados de ser sancionados sean menores a los beneficios de incumplir la norma.²⁶

El Estado, en su básica tarea de ordenar a la sociedad, debe regular cuidadosamente esos medios para inducir a las conductas deseadas, pero ello no quiere decir que el mismo tenga que hacer todo, porque no es eficiente y tampoco es factible. Ninguna autoridad en el mundo podría por si sola vigilar la totalidad de los mercados.²⁷

Al respecto, incluso se ha señalado, en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, que una política de competencia económica puede alcanzar sus fines por medio de la vigilancia que ejerza una autoridad administrativa, pero también, por medio de las acciones de daños que ejerciten los sujetos que resulten afectados a partir de las conductas ilícitas. En este sentido, debe considerarse a la reclamación de daños y a la persecución pública “*como una sola política en la cual múltiples factores contribuyen a alcanzar los objetivos complementarios de sanción, disuasión y compensación*”²⁸

²⁶ Baker, Jonathan, *The Case for Antitrust Enforcement*, The Journal of Economic Perspectives, American Economic Association, Vol. 17, No. 4, 2003, pp. 27-50.

²⁷ *Vid. Infra.* Cap. III, apartado 1, sección A.

²⁸ Directorate for Financial and Enterprise Affairs, OCDE Competition Committee, *op. cit.*

En cuanto, la vigilancia pública y las acciones de daños inciden en el entorno de la competencia económica, ambos medios deben configurarse de manera razonada, a efecto de que: i) no entren en conflicto entre sí, ii) que las sanciones no resulten excesivas o, en su caso, iii) que se terminen sancionando conductas de mercado agresivas, pero permitidas bajo criterios estrictamente económicos, con las definitivamente no permitidas. Una mala configuración, en este sentido, podría conducir a inhibir conductas que no afectan a los consumidores y que protegieran a los competidores ineficientes.²⁹ A estos riesgos de evaluar incorrectamente una conducta se les ha conocido como falsos positivos o a falsos negativos.³⁰

2. El desarrollo del derecho mexicano de la competencia económica

El primer antecedente en México de una prohibición de las prácticas en contra de la competencia económica se puede encontrar en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.³¹ En

²⁹ Robert Bork, *The Antitrust Paradox*, The Free Press, New York, 1993; *apud* Nuñez Melgoza, El control de concentraciones en la nueva legislación de competencia: evolución y perspectivas, en Derecho de Competencia en México, ed. Mena Labarthe, Roldán Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015, pág. *op. cit.*, p. 241.

³⁰ En el caso de los falsos negativos el riesgo consiste en sancionar conductas que no afectan a los consumidores, pero que protegen a los competidores ineficientes, en cambio, en el caso de los falsos positivos consiste en no sancionar conductas que sí afectan al mercado. *Cfr.* Weiser, Phil, *The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era*. Antitrust, Antitrust Bulletin, Vol. 50, September 2005; University of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 06-19. pág. 2005, p. 5; y Schinkel, Maarten Pieter & Tuinstra, Jan. (2004). *Imperfect Competition Law Enforcement*, International Journal of Industrial Organization, 2006, p. 16.

³¹ Mismo que en su artículo 28 establecía: “Artículo. 28. No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones á título de protección á la industria. Esceptúanse únicamente los relativos á la acuñacion de moneda, á los correos, y á los

este sentido, podría decirse que México fue pionero en el mundo en establecer una prohibición a las prácticas que podían afectar negativamente a mercado, pues lo hizo 32 años antes que Canadá, y 33 años antes que Estados Unidos, país que lo haría por medio de la famosa Ley Sherman (en inglés *Sherman Act*). Sin embargo, la falta de legislación secundaria al respecto y la falta de aplicación han ocasionado que ésta pase desapercibida por múltiples académicos en el mundo, al momento de hacer un recuento de las legislaciones en materia de competencia a lo largo de la historia.³²

Pese a esto, debe reconocerse que al menos en México se tuvo una noción desde muy temprano de que ciertas prácticas podían afectar a los mercados, no por nada, tal prohibición se encontraba en el máximo nivel normativo del orden jurídico mexicano. Su falta de aplicación no se debe entonces, a una ignorancia de que ciertas prácticas podían ser dañinas para el mercado, particularmente a partir de las políticas económicas adoptadas en los países vecinos, sino debido a circunstancias muy particulares de la dinámica social mexicana, que justificaron en varios

privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley á los inventores ó perfeccionadores de alguna mejora.”.

³² En cambio, se toma como gran referente la promulgación de la Sherman Act en Estados Unidos. Motta, Massimo, *op. cit.*; Ortiz, Blanco *et al.*, *Manual de derecho de la competencia*, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.

momentos una rectoría del Estado sobre la economía en el país;³³ función que hasta nuestros días le sigue correspondiendo.³⁴

La primera Ley Federal de Competencia Económica fue propuesta por el secretario Jaime Serra Puche, de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), al presidente Carlos Salinas de Gortari, misma que sería aprobada por el Congreso, y publicada 24 de diciembre de 1992 en el Diario Oficial de la Federación. Con la promulgación de esta ley, se abrogaron también múltiples disposiciones en materia de regulación económica, características de la fuerte rectoría del Estado, como la fijación de precios y la aplicación de controles directos.³⁵

³³ México adoptó una política de “*desarrollo estabilizador*” después de la depresión económica mundial de 1929 y hasta el sexenio del presidente Gustavo Díaz Ordaz en 1970, periodo caracterizado por el milagro mexicano de la posguerra, un crecimiento económico continuo, la estabilidad de los precios, la estabilidad de la balanza de pagos y una promoción de la “*sustitución de importaciones*”. El desarrollo estabilizador fue sustituido, por el desarrollo compartido en el sexenio del presidente Luis Echeverría a partir de 1970, modelo bajo el cual se recalcó la importancia de la distribución además de la producción, entendiendo que se debía de compartir con la población modo significativo los beneficios del crecimiento. Ello suponía imponer un Estado fuerte, que, a diferencia de estrechar alianzas con el sector privado, como lo hizo durante el “desarrollo estabilizador”, requería de una coalición populista con los obreros y campesinos bajo su tutela. *Cfr.* Smith, Peter, *Historia de América Latina*, Vol. 13, México y el Caribe desde 1930, Leslie Bethell, ed., (trad. del inglés: Jordi Beltrán), Cambridge University Press-Crítica, 1998, Barcelona, Cap. II; contenido en Departamento Académico de Estudios Generales, *El México Moderno y el México Contemporáneo (Méjico 1946-2010)*, ITAM, 2015, pp. 74 - 75.

³⁴ Roldán Xopa, José, *op. cit.*, pp. 222 y 223.

³⁵ Concretamente las leyes siguientes: I.- La Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en materia de Monopolios publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1934 y sus reformas; II.- La Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de Diciembre de 1950 y sus reformas; III.- La Ley de Industrias de Transformación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de mayo de 1941; y IV.- La Ley de Asociaciones

Posteriormente, en 1993 se crearía la primera autoridad administrativa en México, la COFECO, como un órgano descentrado de la SECOFI. Entre las facultades que se le concedieron a dicha autoridad administrativa, se contemplaron las facultades de: i) investigar y sancionar la existencia de prácticas monopólicas absolutas, ii) investigar y sancionar la existencia de prácticas monopólicas relativas, iii) revisar concentraciones, y iv) opinar (de forma no vinculante) sobre leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos.

No obstante, en los años posteriores a la creación de la COFECO, se evidenciaron las deficiencias en el sistema de investigación y sanción, pues, el reducido número de trabajadores con los que contaba, la poca claridad en sus facultades y herramientas para ejercerlas, así como lo bajas que podían llegar a ser las sanciones máximas en comparación con las ganancias de los infractores, mermaron en gran medida que la política tuviera un mayor impacto sobre los mercados.³⁶

Algunas de las reformas necesarias llegaron en el 2006, en las que: i) se ajustó la redacción de varios conceptos en la LFCE '92, ii) se facultó a la COFECO a realizar visitas de verificación, iii) se reconfiguró de la revisión *ex ante* de las concentraciones, iv) se incluyeron importantes sanciones a la LFCE '92, entre ellas la desincorporación de empresas, y v) se incorporó el programa de inmunidad de sanciones.³⁷ En el año 2011 se adaptaron las facultades de la autoridad de competencia económica a las mejores prácticas internacionales, entre las más importantes se encuentran: i) el establecimiento de las sanciones con base en la

de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de junio de 1937.

³⁶ Mena Labarthe, Carlos, Nueva Política de Competencia, en Derecho de Competencia en México, coords. Mena Labarthe, Roldan Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015, pp. 11 -15.

³⁷ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, publicado el 28 de junio de 2006 en el Diario Oficial de la Federación. Cfr. Mena Labarthe, Carlos, *opt. cit.*, pp. 11-12.

capacidad económica del agente responsable, ii) la agilización de las visitas de verificación, eliminando la obligación de presentar una orden judicial, y iii) la concesión de facultades a la COFECE para la imposición de medidas provisionales.³⁸

Aun cuando las reformas de 2011 fueron altamente relevantes, una serie eventos desafortunados en el sector de telecomunicaciones centraron nuevamente la atención sobre la necesidad de rediseñar el marco normativo del derecho de competencia económica.³⁹ Las condiciones se conjuntaron durante la transición política de 2012 cuando las tres grandes fuerzas políticas del país en ese momento firmaron una agenda común denominada como “Pacto por México”.⁴⁰ Sin embargo, esta vez, no se buscarían nuevas reformas a la Ley de competencia, sino que se normaría directamente desde la Constitución.

A. El derecho mexicano de la competencia económica en la actualidad

a. Las reformas constitucionales de 2013 y la nueva Ley Federal de Competencia Económica

En el 2013 se reformó el artículo 28 de la Constitución y se promulgó una nueva Ley Federal de Competencia Económica vigente hasta hoy en

³⁸ *Cfr.* Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, del Código Penal Federal y del Código Fiscal de la Federación, publicado el 10 de mayo de 2011.

³⁹ Flores Bernés, Miguel, *Propuestas para mejorar el sistema de reclamación de daños y perjuicios en materia de competencia económica*; en El desafío de la reclamación de daños en competencia económica, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC), México, 2014, p. 91.

⁴⁰ El texto íntegro de los acuerdos celebrados entre el Partido Acción Nacional (PAN), el Partido de la Revolución Democrática (PRD) y el Partido Revolucionario Institucional (PRI), las tres fuerzas políticas más fuertes del país en 2012, puede consultarse en el siguiente portal de internet: <http://pactopormexico.org/>

día. Es evidente que el nivel de detalle con el que se normó en la Constitución es propio de una ley o reglamento, sin embargo, ello refleja también la viva preocupación del órgano reformador por asegurar la eficacia de la política de competencia, blindándola de potenciales ideologías gubernamentales, cambios políticos, recursos administrativos, juicios administrativos, juicios de amparo e, incluso, de interpretaciones judiciales que pudieren tergiversar su implementación.

El hecho que refleja de mejor manera tal preocupación es la creación de dos nuevas autoridades de competencia, la Cofece y el IFT, bajo un nuevo esquema de Órganos Constitucionales Autónomos, mismo que representa un cambio trascendental en la estructura clásica de la separación de poderes en un Estado republicano, a uno que desliga a ciertas entidades administrativas de las relaciones formales de subordinación respecto del Poder Ejecutivo.⁴¹

A la Cofece se le concedieron, además, novedosas facultades llamadas “incrementales”, relevantes en cuanto no buscan sancionar conductas, sino la imposición de medidas correctivas, sin el requisito de acreditar una conducta anticompetitiva.⁴² Estas facultades le permiten eliminar barreras a la competencia, regular el acceso a insumos esenciales y ordenar la desincorporación de bienes de agentes económicos para corregir las fallas del mercado.

Respecto de los medios de impugnación, se estableció la procedencia del juicio de amparo directo, como único medio para combatir las resoluciones de las autoridades de competencia, y en el caso del amparo indirecto se hizo la especialísima reserva de que los actos de la autoridad de competencia no fueran objeto de suspensión, a menos que ésta imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones. De manera que debe tenerse por especialísima, en

⁴¹ Ugarte Calderón, Filiberto Valentín, *Órganos Constitucionales Autónomos*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 29, Ciudad de México, (2010).

⁴² Morales Elcoro y González Jessica, *op. cit.*, p. 295.

cuanto en ningún otro caso la Constitución concede tal fuerza a los actos de una autoridad, frente a una de las cualidades esenciales del juicio de amparo.⁴³ En el sector de telecomunicaciones se fue más allá al conjuntar, en un mismo órgano, las funciones de una autoridad de competencia y de un órgano regulador.

De igual relevancia, resulta la creación de tribunales federales especializados para la resolución de los medios de impugnación en contra de los actos de la Cofece y el IFT, con la finalidad de contar con órganos judiciales con experiencia en los conocimientos técnicos requeridos, evitando con ello incongruencias interpretativas.⁴⁴ Como parte de las medidas implementadas para obtener un efecto disuasorio en los potenciales infractores de la Ley de competencia, se establecieron sanciones penales por la obstrucción en las visitas de verificación y se incrementaron las sanciones penales por la comisión de prácticas monopólicas absolutas.

b. Avances logrados y retos pendientes

Aun cuando es demasiado pronto para medir debidamente el impacto de las reformas implementadas, sobre todo porque los procedimientos que se encontraban en investigación se tramitan conforme a la legislación

⁴³ Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los principios fundamentales del juicio de Amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), 2016, Ciudad de México, p. 119-122.

⁴⁴ Como existiría si cualquiera de los tribunales administrativos o mixtos del país tuviere competencia para resolver. Este punto fue reconocido en la misma exposición de motivos de la LFCE. México, *Exposición de motivos de la propuesta de reforma a diversas disposiciones en materia de resolución de fondo del conflicto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* presentada por el Presidente de la República ante la Cámara de Diputados el 28 de abril de 2016, p. 9.

abrogada,⁴⁵ puede decirse que se han alcanzado logros trascendentales que han logrado mejorar la percepción de Estado de Derecho respecto a la competencia en los mercados. Ejemplo de ello son los índices de adhesión al programa de inmunidad de la Cofece, que tan solo del año 2014 a 2016 recibió 52 de las 113 solicitudes de adhesión al Programa en sus primeros diez años de existencia.⁴⁶

Lo anterior se suma a la gran cantidad de investigaciones y a la primera solicitud de la Cofece a la Procuraduría General de la República para ejercer acción penal en contra de determinados sujetos que se habrían coordinado en licitaciones públicas convocadas por el sector salud, entre los años 2009 y 2015.⁴⁷ Ello ha mandado señales muy claras al mercado del férreo compromiso de la Comisión en favor de la libre competencia y concurrencia.

Entre todos los logros, resalta de manera especial la actuación de la Cofece en: i) la defensa de las plataformas para reunir proveedores con consumidores,⁴⁸ ii) como contrapeso en las decisiones respecto a la

⁴⁵ En términos del artículo transitorio segundo de la LFCE, publicada el 23 de mayo de 2014 en el Diario Oficial de la Federación.

⁴⁶ Como se explicó en la celebración de los 10 años del programa de Inmunidad, al respecto puede consultarse el comunicado COFECE-052-2016, en el siguiente link: <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/historico-de-noticias/celebra-cofece-10-an-os-del-programa-de-inmunidad>

⁴⁷ Lo anterior según fue referido por el Titular de la Autoridad Investigadora en la conferencia del 15 de febrero de 2017, por la que se dio a conocer de la presentación de la querella ante la Procuraduría General de la República; puede consultarse la versión estenográfica en el link a continuación: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:GIZF9b52wTkJ:https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/discursos-2017%3Fdownload%3D1021:solicita-cofece-accion-penal-contra-varias-personas-que-pudieron-haberse-coludido-en-la-venta-de-bienes-en-el-sector-salud-version-estenografica+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx>

⁴⁸ Opinión emitida por la Cofece el 4 de junio de 2015, bajo el número OPN-008-2015.

asignación de slots en el Aeropuerto de la Ciudad de México,⁴⁹ y iii) la sanción a diversas Afores por coludirse para reducir los traspasos de cuentas individuales entre ellas.⁵⁰

Los logros mencionados, sin duda, son trascendentales para que se vayan generando condiciones de mayor competencia y concurrencia. Pero, no por ello el reto deja de ser menos grande, pues de las políticas económicas adoptadas durante siglo XX,⁵¹ quedaron no sólo mercados muy concentrados, sino también la percepción de que ciertos comportamientos no son dañinos para el mercado. Ello es especialmente relevante, debido a que ciertos grupos con una importante presencia en mercados particularmente concentrados, podrían mantener fuertes incentivos económicos para defender su posición en el mercado.⁵² Dicha circunstancia los convierte en potenciales infractores con una alta probabilidad de violar la Ley de competencia, si es que les llegare a resultar suficientemente redituable hacerlo.

En este sentido, no le corresponde a una política de competencia económica restructurar los mercados concentrados, pues, si bien la autoridad de competencia cuenta con las llamadas facultades incrementales,⁵³ para casos más extremos debe optarse por una regulación distinta del mercado.⁵⁴ Lo que sí le corresponde al derecho de

⁴⁹ La investigación se trató bajo el número de expediente IEBC-001-2015, resuelta por el Pleno de la Cofece el 15 de junio de 2017.

⁵⁰ La investigación se trató bajo el número de expediente IO-003-2015, resuelta por el Pleno de la Cofece el 20 de abril de 2017.

⁵¹ Se hace referencia a los períodos conocidos como “desarrollo compartido” y “desarrollo estabilizador”. *Vid. Supra.*, Cap. I, apartado 2, sección A.

⁵² Contreras, Benjamín, *El futuro de la abogacía en materia de competencia: El caso de las contrataciones gubernamentales*; en Derecho de Competencia en México, coords. Mena Labarthe, Roldán Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015, p. 355.

⁵³ *Vid. Supra.* Cap. II, apartado 1.

⁵⁴ Motta, Massimo, *op. cit.*, p. xviii.

competencia económica es cambiar la forma en la que se comportan los agentes económicos, induciéndolos a escenarios en los que compitan y produzcan los mejores resultados.

Cabe resaltar que, en ocasiones, es el propio gobierno el que promueve prácticas anticompetitivas, como sucedió durante la política económica conocida como “*la sustitución de importaciones*”, o en casos, como la reciente colusión en el mercado de tortillas en la zona metropolitana de Guadalajara.⁵⁵ De manera que, los cambios no sólo deben centrarse en la forma en la que se comportan los agentes económicos, sino el propio Estado. Como señala José Ángel Gurría, la política de competencia se traduce en un marco normativo *que evite comportamientos indebidos de los agentes económicos, pero también, en reformas a las prácticas y regulaciones del propio gobierno que restringen o impiden la competencia económica*.⁵⁶

Sin embargo, uno de los principales retos en materia de competencia económica, que se ha dejado desatendido es garantizar que los afectados por una infracción en la materia, efectivamente resulten compensados. Resulta preocupante que, en más de 25 años de existir un marco normativo en materia de competencia, en los que se han impuesto

⁵⁵ “(...)*el sector industrial de la nación se hizo ineficiente y, juzgado de acuerdo con patrones internacionales, poco competitivo. Al tener asegurados los mercados nacionales y verse protegidos de la competencia extranjera, los fabricantes mantuvieron los costes bajos –y los beneficios altos– haciendo solo inversiones mínimas para renovar y modernizar sus instalaciones (...)*”. Smith, Peter, *El México Moderno y el México Contemporáneo* (Méjico 1946-2010), *opt. cit.*, p.17. En el caso del mercado de tortillas, la Cofece sancionó al Secretario de Desarrollo Rural del Estado de Jalisco por haber coayuvado, como funcionario público, en la firma de un acuerdo colusorio en dicho mercado. *Cfr.* Expediente DE-009-2016, resolución disponible en el link: <http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V239/0/3979935.pdf>

⁵⁶ Gurría Treviño, José Ángel, *Importancia de la Política de Competencia y sus avances en México*; en La Política de Competencia en el umbral de la consolidación, en, Miguel Ángel Porrúa, México D.F., 2013, p. 102.

sanciones en alrededor de cien casos en la vía administrativa⁵⁷, ningún sujeto haya sido compensado, sin importar que en algunos casos los daños se hubiesen estimado en millones de pesos.⁵⁸ Resulta aún menos alentador que solamente tres sujetos lo hayan intentado.⁵⁹

Lo anterior, hace patente que, por un lado, el marco que rige la investigación y sanción administrativa empieza a funcionar de manera adecuada, pero no así el marco normativo que rige las reclamaciones de daños. Es decir, particularmente a partir de las reformas de 2013 y 2014, las autoridades administrativas han sido capaces de detectar y sancionar más casos y de mejor manera, pero ni eso ha sido suficiente para generar que se presenten más acciones de daños en sede judicial.

Se aduce que los cambios al marco regulatorio que se han venido haciendo desde el 2006, se han enfocado exclusivamente en cómo mejorar las funciones de investigación y sanción de la autoridad de competencia. En cambio, se ha dejado desatendido el marco jurídico que rige la reclamación de daños, pues, aun cuando se ha reformado recurrentemente, lo cierto es que ni el sistema abrogado, ni el vigente, han logrado que una sola persona resulte compensada a partir de una infracción en materia de competencia económica.

3. Derechos Fundamentales protegidos por la reclamación de daños y perjuicios y por el derecho de competencia económica

La situación en la que se encuentra actualmente la reclamación de daños, no sólo es preocupante porque tenemos una legislación que no está funcionando, sino porque un marco normativo deficiente de reclamación

⁵⁷ Portal de resoluciones y opiniones de la Cofece: Al menos hasta noviembre de 2017, se tiene que se han impuesto sanciones en al menos 110 investigaciones; ello de acuerdo con el portal de la Cofece, que incluye también las sanciones impuestas por la COFECE: <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/resoluciones-y-opiniones>

⁵⁸ Como ejemplo se citan los daños en los mercados de: la venta de pollo, azúcar y el de transporte de gasolinas. *vid, Supra*, Introducción.

⁵⁹ *Vid. Infra*, Cap. II, apartado 3, sección D, inciso b.

de daños puede traducirse en la violación a ciertos derechos fundamentales establecidos en la Constitución, en instrumentos internacionales y en jurisprudencia.

Atendiendo a los derechos fundamentales protegidos con la institución de la reclamación de daños civil, pueden citarse: i) el derecho a la tutela judicial efectiva, ii) el derecho a la reparación integral del daño o justa indemnización y iii) el derecho de toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados a "*interponer un recurso efectivo*".

El derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido en los artículos 17 de la Constitución, así como en los artículos 8, numeral 1, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La concesión de este derecho implica la obligación del Estado de garantizar: "*en primer término, el acceso a la jurisdicción, es decir, que el gobernado pueda ser parte en un proceso judicial y, en segundo, el derecho que tiene a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada y su cabal ejecución, que deberá ser pronta, completa e imparcial*"⁶⁰.

Al respecto, debe recordarse que la Corte Interamericana ya se ha pronunciado respecto de que, para garantizar este derecho, no basta con el acceso formal a un recurso, ni que en el proceso se produzca una decisión judicial definitiva. Un recurso sólo se considera efectivo si es idóneo para proteger una situación jurídica infringida y da resultados o respuestas.⁶¹

El derecho a la reparación integral o justa indemnización del daño está reconocida en el artículo 63 de la Convención Americana sobre

⁶⁰ México, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 4, Tesis: II.8o.(I Región) 1 K (10a.), p. 2864, "*Tutela judicial efectiva. El acceso a un recurso efectivo, sencillo y rápido, es consecuencia de ese derecho fundamental.*".

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 64 y 66; y *Opinión Consultiva OC-11/90*, 10 de agosto de 1990, párr. 36; *apud* Exposición de motivos, *op. cit.*, p. 1.

Derechos Humanos, y constituye de igual manera parte del nuevo marco jurídico de derechos fundamentales incorporado con las reformas constitucionales de 2011.⁶² En la misma línea, el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en dicho instrumento hayan sido violados, a interponer un recurso efectivo de reclamación de daños.

Por otro lado, se encuentran los derechos fundamentales de aplicación específica a los sujetos que potencialmente podrían ser afectados, en caso de que, el Estado dejara de procurar una efectiva aplicación de la política de competencia económica. Nos referimos, concretamente, los derechos fundamentales de los consumidores: iv) al máximo beneficio, y v) al acceso a mercados en condiciones de libre competencia y concurrencia.

El derecho al máximo beneficio se encuentra establecido en el artículo 28 constitucional, complementado, a su vez, con las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor emitidas en 1985.⁶³ Estas Directrices, revisadas en 2015 por

⁶² Lo anterior, así ha sido reconocido expresamente por la Primera Sala de la SCJN, refiriendo que la concesión de este derecho implica que el Estado deba tomar las medidas necesarias para asegurar que cualquier violación a los derechos fundamentales de los gobernados, ocasionada por particulares, sea reparada por el causante del daño. México, *Semanario Judicial de la Federación*, décima Época, Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 1, Tesis: 1a. CXCIV/2012 (10a.), p. 522: “*Reparación integral del daño o justa indemnización. Este derecho fundamental quedó incorporado al ordenamiento jurídico mexicano a raíz de la reforma al artículo 1o. constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.*”.

⁶³ *Ibidem*, décima Época, Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 3, Tesis: I.3o.C.53 C (10a.), p. 1846: “*Consumidor. La obtención del máximo beneficio con sus reservas, es un derecho humano del consumidor tutelado en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se complementa con las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para su protección.*”

su trigésimo aniversario, contienen como uno de sus objetivos “*promover el establecimiento de condiciones de mercado que den a los consumidores una mayor selección a precios más bajos*”, estableciendo expresamente la obligación a los Estados de garantizar: “*la disponibilidad para el consumidor de medios efectivos de solución de controversias y de compensación*”.⁶⁴ El derecho al máximo beneficio, en ese sentido, involucra un conjunto de derechos que buscan proteger al consumidor integralmente en sus relaciones como consumidor frente a los proveedores.⁶⁵

Por último, el derecho al acceso a mercados en condiciones de libre competencia y concurrencia se encuentra contenido en el artículo 28 de la Constitución. Esa interpretación ha sido reconocida por el Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito en la Tesis Aislada I.3o.C.51 C (10a.) en estas palabras: “*(...) lo que se reconoce implícitamente es un derecho humano de la persona en su vertiente de consumidor frente al abuso de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que impidan la libre competencia y la libre concurrencia en el mercado que tenga como finalidad generar una ventaja en perjuicio de las demás personas, determinadas o indeterminadas. (...)*”⁶⁶

⁶⁴ Cfr. Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, sección F “Solución de controversias y compensación” de las, contenidas en la Resolución aprobada el 22 de diciembre de 2015 por la Asamblea General (A/RES/70/186)., accesible en el portal oficial de la Organización de las Naciones Unidas: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/449/14/PDF/N1544914.pdf?OpenElement>

⁶⁵ Sin duda, el reconocimiento y alcance de las citadas Directrices irán siendo objeto de interpretaciones judiciales o incluso de futuras reformas, por lo pronto, considero que debiera considerarse incluidas a las compensaciones a partir de las violaciones a las leyes de competencia.

⁶⁶ México, Semanario Judicial de la Federación, décima Época, Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 3, Tesis: I.3o.C.53 C (10a.), p. 1846: “*Consumidor. La obtención del*

máximo beneficio con sus reservas, es un derecho humano del consumidor tutelado en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se complementa con las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para su protección.”.

Capítulo II.

LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA: UN RECURSO MARGINADO EN MÉXICO

En México aquella persona que incurra en una violación a las leyes de competencia económica⁶⁷ puede llegar a enfrentar hasta tres sanciones de distinta naturaleza jurídica: la administrativa, la civil y la penal.

La *responsabilidad administrativa* se determina bajo un procedimiento seguido por una autoridad administrativa; la *responsabilidad civil*, es la que reclama la parte afectada en sede judicial; y, por último, la *responsabilidad penal* es la que determina un juez penal, a partir de la querella que presente, en su caso, el IFT o la Cofece y la acusación que formule la Procuraduría General de la República.

En este sentido, debe hacerse la distinción entre el procedimiento administrativo de sanción y los procesos civil y penal. Lo anterior, en cuanto dichas responsabilidades son determinadas por órganos del Estado distintos, a saber, una autoridad administrativa y un órgano judicial y, sobre todo, bajo principios jurídicos propios de cada materia. Al respecto, debe notarse que, las sanciones que imponen la Cofece o el IFT, no son de carácter compensatorio, sino sancionador desde el punto de vista administrativo, por lo que, un agente económico no colmaría por completo su obligación de responder con el pago de tales multas, y aún podría ser obligado a responder en las civil y penalmente.

La independencia de estos procedimientos podría conducir incluso a que se obtuvieran resoluciones contrapuestas, en las que, por ejemplo, se decretara una responsabilidad en la vía administrativa, y que, por el contrario, se resolviere en la vía civil que no hay obligación de compensar a los demandantes.

⁶⁷ *Vid. Supra.* Introducción.

La materia ambiental en México es un caso representativo sobre este punto, en la que, como apunta Miguel Flores Bernés, se estableció en 2013 a nivel legal la posibilidad de presentar acciones de daños de manera independiente al procedimiento administrativo de sanción.⁶⁸ Ello después de que la Ley ambiental fuera reformada, a partir de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que debía de existir una resolución administrativa declarando el hecho ilícito, antes de que se pueda intentar una acción de daños.⁶⁹

En el caso de competencia económica en México, probablemente para evitar resoluciones discordantes, se estableció en el artículo 134 de la LFCE una relación secuencial⁷⁰ entre el procedimiento administrativo y el proceso civil, en los que solamente se puede acudir a demandar las compensaciones civiles, después de que la autoridad administrativa emita una resolución. Al respecto, se expondrán más adelante las fallas que consideramos existen actualmente en el marco normativo para que se pueda tener plena certeza de la relación entre ambos procedimientos.⁷¹

En el presente capítulo se expondrá: 1-2) cómo una misma conducta violatoria de la legislación de competencia económica puede resultar en la obligación de responder administrativa, civil y penalmente, 3) el papel que han jugado las reclamaciones de daños en el Derecho Comparado, y 4) el desarrollo histórico del marco normativo que rige la responsabilidad civil ante una infracción en materia de competencia económica en México y su actual status.

⁶⁸ Flores Bernés, Miguel, *op. cit.* p. 90.

⁶⁹ México, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, Tomo XXVIII, agosto de 2008; p. 47. 1a. LXXX/2008: “Derechos de autor. La procedencia de la acción de indemnización por daños y perjuicios en la vía jurisdiccional requiere una previa declaración por parte del instituto mexicano de la propiedad industrial, sobre la existencia de infracciones en la materia.”.

⁷⁰ *Vid. Infra* Cap. II, apartado 4, sección B, inciso a., sub-inciso i.

⁷¹ *Vid. Infra*. Cap. II, apartado 4, sección B, inciso e., sub-inciso i.

1. La responsabilidad administrativa ante una infracción en materia de competencia económica

La responsabilidad administrativa es determinada por el Pleno de la Cofece o el IFT, previa investigación por la Autoridad Investigadora y emisión de un Dictamen de Probable Responsabilidad, así como, tramitación de un Procedimiento Seguido en Forma de Juicio, en el que el agente investigado tiene la oportunidad de defenderse.⁷²

Para determinar la responsabilidad administrativa ante una infracción en materia de competencia económica se han adoptado en Derecho Comparado dos modelos distintos: el modelo integrado y el modelo bifurcado. El modelo integrado se caracteriza por la existencia de una sola autoridad administrativa que ostenta las facultades de investigación y resolución, a diferencia del modelo bifurcado, en el que la autoridad administrativa únicamente cuenta con la facultad de investigación. En el primer modelo la ilicitud es decretada generalmente por un Pleno o Consejo, normalmente especializado en la materia, que determina si se cometió o no la infracción; en el otro caso, la autoridad administrativa actúa como fiscal, y tiene que acudir a la vía judicial a acusar al infractor.⁷³

El modelo bifurcado es utilizado por Chile, Canadá y Estados Unidos.⁷⁴ Por otro lado, México, al igual que la Unión Europea, ha adoptado el modelo integrado. La pertenencia a un modelo integrado no quiere decir, sin embargo, que se prescinda del todo de los órganos judiciales, pues éstos serán los que resuelvan en definitiva sobre la

⁷² El Procedimiento Seguido en Forma de Juicio se encuentra definido en Título Segundo del Libro Tercero de la LFCE, artículos 80 al 85.

⁷³ OCDE, *La resolución de asuntos de competencia por órganos de jurisdicción especializada y general: Balance de experiencias internacionales*, Ciudad de México, 2016, p. 13.

⁷⁴ Estados Unidos en lo que respecta a las investigaciones que realiza el Departamento de Justicia sobre de cárteles o concentraciones ilícitas. *Ibidem*, pp. 35- 38.

ilicitud de una conducta. Los tribunales de la judicatura pueden conocer de estos casos de distinta manera, ya sea por medio de una apelación o de una revisión constitucional.⁷⁵ El papel que asuman en uno y otro también diferirá en esa medida, dado que, bajo una apelación, un tribunal podría estudiar el caso completo, a diferencia de una revisión constitucional, como en el caso mexicano, en el que solamente pueden estudiar cuestiones de legalidad o constitucionalidad.⁷⁶

En México, las autoridades administrativas encargadas de determinar la existencia de una infracción en materia de competencia económica son la Cofece y el IFT, cuyo encargo constitucional específico es velar por la libre competencia y libre concurrencia.⁷⁷ Mandato constitucional que no debe confundirse con la protección directa de las relaciones comerciales de los consumidores, que se encuentra a cargo de la Procuraduría Federal del Consumidor, o con la defensa de los competidores en específico; ello en cuanto que, no les corresponde a las autoridades administrativas dirimir conflictos entre particulares, facultad que se encuentra reservada al Poder Judicial Federal o a los Poderes Judiciales de cada una de las entidades federativas.⁷⁸

Para cumplir con el mandato constitucional, la autoridad de competencia económica en México se encuentra facultada para tramitar procedimientos sancionadores, especiales o preventivos. Dentro de *los procedimientos sancionadores* se comprenden las investigaciones por: i) prácticas monopólicas absolutas, ii) prácticas monopólicas relativas, y iii) concentraciones ilícitas; dentro de *los procedimientos especiales*: i) las declaraciones sobre existencia de condiciones de competencia, ii) la

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 28-30 y 45.

⁷⁶ Artículo 107, fracción I, de la Constitución.

⁷⁷ En términos del artículo 28 de la Constitución, párrafo décimo cuarto.

⁷⁸ En términos del artículo 104 de la Constitución, fracción segunda, en lo referente a la jurisdicción federal; por otro lado, la jurisdicción de los estados se entiende reservada a éstos de manera residual.

regulación del acceso a insumos esenciales, y iii) la evaluación de barreras de competencia; y por último en *los procedimientos preventivos*: i) el control de concentraciones, y ii) la evaluación de las bases y participantes en procedimientos de licitación y situaciones análogas.⁷⁹

Los procedimientos sancionadores en materia de competencia económica, como ha sido expuesto,⁸⁰ difieren de los procedimientos regulatorios en los supuestos ante los que se accionan, siendo que los procedimientos sancionadores constituyen una regulación *ex post* y reactivos ante supuestas infracciones, y los segundos constituyen una regulación *ex ante* que no necesitan que se actualice las supuestas infracciones, sino que operan en escenarios potenciales de violación para evitar que efectivamente se generen daños a la eficiencia del mercado.

2. La responsabilidad penal ante una infracción en materia de competencia económica

La responsabilidad penal no resulta de cualquier violación a la Ley de competencia, sino exclusivamente de la comisión de una práctica monopólica absoluta, en los términos establecidos en el artículo 254 bis, Título Decimocuarto “Delitos contra la Economía Pública”, Capítulo I “Delitos contra el Consumo y la Riqueza Nacionales” del Código Penal Federal.

Las sanciones para las personas físicas que cometan la práctica pueden ser de 5 a 10 años de prisión y una multa de diez mil unidades de medida y actualización⁸¹. Sin embargo, dicha responsabilidad únicamente es investigada y, en su caso, impuestas las sanciones, en los casos en que la Cofece o el IFT presenten una querella en contra de los

⁷⁹ Nuñez Melgoza, Javier, *op.cit.* p. 242.

⁸⁰ *Vid. Supra.* Cap. I, apartado 1.

⁸¹ En términos del artículo 26, apartado B, párrafo sexto de la Constitución, la Unidad de Medida y Actualización es la medida que sirve para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales.

agentes económicos que consideren responsables en un Dictamen de Probable Responsabilidad durante el procedimiento administrativo de sanción.⁸²

No obstante, un infractor puede librarse de responder penalmente por una conducta, si se acoge al Programa de Inmunidad de las autoridades de competencia económica en términos del artículo 103 de la LFCE, en los que, a cambio de la completa cooperación de los infractores para determinar la existencia de las conductas, se reducen las sanciones administrativas y se excluye la obligación de responder penalmente por las infracciones.⁸³

Hasta la fecha, la Cofece únicamente ha utilizado la facultad para presentar una querella en una ocasión en febrero de 2017, en contra de determinados sujetos que se habrían coordinado en licitaciones públicas convocadas por el sector salud, entre los años 2009 y 2015.⁸⁴ A la fecha no se conocen detalles sobre el curso de las investigaciones por parte de la Procuraduría General de la República.

⁸² En términos del párrafo segundo del artículo 254 bis del Código Penal Federal.

⁸³ Al respecto, el párrafo tercero del artículo 254 bis del Código Penal Federal establece: *Artículo 254 bis (...) No existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el artículo 103 de la Ley Federal de Competencia Económica, previa resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica o del Instituto Federal de Telecomunicaciones que determine que cumple con los términos establecidos en dicha disposición y las demás aplicables (...).*

⁸⁴ Conferencia del 15 de febrero de 2017 del Titular de la Autoridad Investigadora, *opt. cit.*

3. La responsabilidad civil ante una infracción en materia de competencia económica

A. La responsabilidad civil subjetiva por la comisión de un hecho ilícito

Ante la comisión de un hecho ilícito, comúnmente se prevé que los sujetos que resulten afectados puedan reclamar al infractor los daños y perjuicios que sufrieren en su esfera jurídica. En ese sentido, puede pensarse en la responsabilidad civil de daños y perjuicios como una forma de administración social del daño, por medio del cual se reparten los daños entre el causante y las víctimas. Así, cuando un ordenamiento considera que una víctima no ha de soportar los daños, establece una protección jurídica a favor del interés de los afectados.⁸⁵

La institución civil que comprende la acción de daños y perjuicios recibe el nombre de responsabilidad civil, la cual se ha dividido doctrinalmente en: contractual o extracontractual. La primera, deviene de una relación jurídica previa entre el afectado y el causante de los daños y perjuicios; en cambio, en la segunda no existe tal vínculo jurídico previo. La responsabilidad civil extracontractual se divide, a su vez, en objetiva y subjetiva, basada según en el riesgo o en la culpa, respectivamente; en el caso de la segunda se viola un deber jurídico de no dañar a terceros (*alterum non debere*), un deber jurídico de observar las buenas costumbres o un deber jurídico establecido en una norma general imperativa o prohibitiva. A este último supuesto es al que nos referiremos en la presente investigación: la responsabilidad civil subjetiva a partir de la violación a un deber jurídico establecido en una norma general prohibitiva.⁸⁶

⁸⁵ Pena López, José María, *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Calamo, Barcelona, 2004, pp. 15-16.

⁸⁶ Rivera Pedroza, J. Abel, *opt, cit.*, pp. 24-31.

B. La reclamación de daños en materia de competencia económica

Actualmente, un afectado como consecuencia de la comisión de una violación en materia de competencia económica, en términos temporales, debe esperar a que la Autoridad Investigadora de la autoridad de competencia comience la investigación, previa denuncia o de oficio,⁸⁷ el plazo para que se investigue y se emita el Dictamen de Probable Responsabilidad, y que el Pleno emita una resolución definitiva y, en su caso, el tiempo en que tarden en resolverse los juicios de amparo que se presentaran.⁸⁸

De tal manera, que sólo después de esperar al procedimiento administrativo por medio del cual, la Cofece o el IFT se pronuncien de manera definitiva sobre la comisión de una infracción a la LFCE y esta resolución quede firme⁸⁹, una afectado puede presentar una demanda por daños y perjuicios ante los juzgados federales especializados en competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones.⁹⁰ Recordemos que la resolución administrativa únicamente puede ser revisada por los tribunales federales especializados vía el juicio de amparo.

Lo anterior, no quiere decir que no puedan presentarse demandas civiles de daños y perjuicios ante casos en los que la Cofece o el IFT no hubieran sancionado a cierto agente económico, pues en ese caso, los

⁸⁷ Si fuera mediante denuncia, al tiempo calculado debería sumarse lo que tardara en admitirse la denuncia, que es de 15 días en términos del artículo 69 de la LFCE.

⁸⁸ Pueden llegar a ser cinco periodos de 120 días durante la investigación (Art. 71 LFCE), 60 días que tiene la Autoridad Investigadora para emitir el Dictamen de Probable Responsabilidad, más aproximadamente 140 días que puede durar el Procedimiento Seguido en Forma de Juicio (Art. 83 LFCE).

⁸⁹ *Vid. Infra* Cap. II, apartado 4, sección B, inciso a., sub-índice i.

⁹⁰ Se estima que la forma en la que se encuentra regulada la reclamación de daños y perjuicios no deja claro que tales tribunales ostenten esta facultad de manera exclusiva. Al respecto, se hará un comentario más adelante en el capítulo. *Vid. Infra.* Cap. II, apartado 4, sección, B, inciso e, sub-índice i.

afectados aún podrían obtener una sentencia favorable a sus intereses en la vía civil. La “*relación secuencial*” entre estos procedimientos se refiere a que, primero habrá de determinarse la ilicitud desde el punto de vista administrativo por la autoridad de competencia, y de manera posterior, debe resolverse la controversia civil por los tribunales competentes. Con ello se pretende exponer que, los resultados del procedimiento administrativo y del proceso civil son contingentes, toda vez que, si después de un procedimiento administrativo no se sanciona a determinados agentes económicos, ello no necesariamente conducirá a que los afectados no sean compensados; de igual manera, podría no existir la obligación de indemnizar a los demandantes en caso de que administrativamente se hubiere determinado la infracción de determinado agente económico.

No obstante, aun cuando ello puede presumirse de la redacción actual del artículo 134 de la LFCE, se expondrá cómo el marco jurídico actual resulta impreciso sobre cuáles son los órganos facultados para legislar y resolver las controversias civiles que se deriven un daño en la materia de competencia económica.⁹¹

C. El papel de la reclamación de daños en Derecho Comparado

a. El papel de la responsabilidad civil extracontractual en las distintas tradiciones jurídicas

En el mundo existen dos grandes tradiciones jurídicas que han servido de guía para el resto de los sistemas jurídicos en el mundo, por un lado, el Derecho Común, que adoptaron principalmente las colonias o protectorados ingleses, y, por otro lado, el Derecho Civil que tiene su origen en el derecho romano y posteriormente en el Derecho francés. Ambos sistemas difieren principalmente uno del otro, por: i) la forma inductiva con la que se resuelven los casos en el Derecho Común, contra

⁹¹ *Vid. Infra Cap. II, apartado 4, sección B, inciso a., sub-inciso ii.*

la forma deductiva utilizada en el Derecho Civil; ii) el importante papel que juegan los precedentes emitidos por los tribunales en el Derecho Común, a diferencia del Derecho Civil, en el que dicho lugar es ocupado por la legislación existente; y por último, iii) el consecuente papel que ostentan los jueces en el Derecho Común, quiénes van definiendo la aplicación de ciertos criterios de manera casuística, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Civil, en el que existen las reglas aplican de manera general a todos los casos.⁹²

La reparación de los daños y perjuicios ha ostentado una función abiertamente distinta en uno y otro sistema judicial, lo que ha generado que bajo uno u otro sistema los afectados se encuentren incentivados a reclamar de manera distinta. Así, en los Estados con modelos jurídicos que siguen la tradición jurídica del Derecho Civil, la reclamación de daños y perjuicios ha jugado exclusivamente un papel compensatorio, por lo que, los jueces, por lo general, sólo se encuentran facultados para imponer sanciones acordes a este principio de compensación.

En cambio, el desarrollo de la materia de daños en el Derecho Común (en inglés *Tort Law*) ha permitido históricamente a los jueces imponer sanciones de manera casuística y acordes a la gravedad de la conducta ilícita cometida, permitiéndoles así ordenar compensaciones que rebasan una mera función compensatoria y se convierten en una forma de castigo para los infractores en beneficio de los afectados; esto se ha dado, particularmente, por medio de los llamados daños punitivos (en inglés *punitive damages*). Mediante esta figura, la concepción inglesa ante los daños cometidos por una infracción cumple con dos funciones: i) incentivar a los afectados a reclamar y no quedarse con sus daños, y ii) disuadir a los potenciales infractores de violar el marco jurídico.⁹³ La

⁹² Cfr. Vranken, M., *Western legal traditions: a comparison of civil law and common law*, Leichhardt, Australia, Federation Press, 2015.

⁹³ Cfr. Burbank, Stephen B.; Farhang, Sean y Kritzer, Herbert M., *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law*

compensación ve hacia los hechos pasados atendiendo a las circunstancias concretas bajo las cuales se cometió el daño, por otro lado, la disuasión busca evitar que se cometan futuras conductas ilícitas.

Resulta de fundamental importancia entender esta doble vertiente de las reclamaciones de daños, como medio compensatorio, pero también como un medio de disuasión que induce a comportamientos socialmente deseables.⁹⁴

b. El caso europeo: la reclamación de daños como un medio de compensación de los afectados

Recientemente la Comunidad Europea decidió robustecer los sistemas de reclamación de daños y perjuicios como parte de su marco normativo de competencia económica para cada uno de sus países miembro. No resultó sencillo, pero después de extensos debates desde 2004,⁹⁵ el 26 de noviembre de 2014 se aprobó la Directiva de la Unión Europea 2014/104/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, por virtud de la cual se emitieron reglas obligatorias que debían adoptar en su legislación nacional los Estados miembro a más tardar el 27 de diciembre de 2016.

Countries, Faculty Scholarship, Paper 347, University of Pennsylvania Law School, 2011.

⁹⁴ *Cfr.* Glover, J Maria, *op. cit.*

⁹⁵ Para la emisión de tal Directiva se redactaron en el seno de la Comisión Europea los libros Verde y Blanco. EL Libro Verde fue publicado en diciembre de 2005, en el cual se identificaron los principales obstáculos para un sistema más eficiente para presentar demandas por daños y perjuicios por infracción de la legislación en materia de competencia económica en la Unión Europea, en el cual también se propusieron medidas para fomentar su uso. Por otro lado, el Libro Blanco se publicó en abril de 2008, en el cual se propusieron medidas específicas para que todas las víctimas pudieran acceder efectivamente a los mecanismos de reparación para recibir una indemnización completa por el daño sufrido. Ambos documentos pueden consultarse en el siguiente portal de la Comisión Europea: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

Los debates en el seno de la Unión Europea resultaron tan extensos debido a la reserva sobre medios de reclamación que puedan generar un excesivo grado de disuasión o, en su caso, la presentación de demandas que busquen obtener compensaciones sin méritos.⁹⁶ Razones por las que fue difícil alcanzar un consenso respecto la manera en la que debían ser reguladas las acciones colectivas y por lo que se decidió no incluirlas dentro de la Directiva.

Sin embargo, la aprobación de esta Directiva nos demuestra cómo el hecho de que ciertos ordenamientos jurídicos sigan la tradición del Derecho Civil, como ocurre en Francia o Alemania, no es impedimento para incorporar mecanismos más protectores de los afectados; y que incluso principios como aquel en el que los afectados únicamente tienen derecho a reclamar los daños directos e inmediatos, que como se verá resultan insuficientes⁹⁷, pueden ser superados.⁹⁸

De manera que, pese a los efectos no deseados que podrían generar las reclamaciones de daños,⁹⁹ éstos no impidieron que se adoptaran mecanismos más robustos de reclamación de daños en la mayoría de los países miembro. Hasta noviembre de 2017, la Comunidad Europea

⁹⁶ *Vid. Infra. Cap. III, apartado 1, sección B.*

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ Se hace referencia al párrafo primero del artículo 12 de la Directiva, el cual establece: “*1. Para garantizar la plena efectividad del derecho al resarcimiento pleno establecido en el artículo 3, los Estados miembros velarán por que, con arreglo a las disposiciones previstas en el presente capítulo, el resarcimiento de daños y perjuicios pueda reclamarlo del infractor cualquiera que los haya sufrido, con independencia de que se trate de un comprador directo o indirecto, y se eviten indemnizaciones muy por encima de los daños y perjuicios causados al demandante por la infracción del Derecho de la competencia, así como la falta de responsabilidad del infractor*”. *Unión Europea, Directiva 2014/104/EU, opt. cit.*, artículo 12 (1). Cfr. considerando 44.

⁹⁹ *Cfr. Unión Europea, Directiva 2014/104/EU, opt. cit.*, considerandos 18 y 52; *Vid. Infra Cap. III, apartado 1, sección B.*

reporta que únicamente dos países de los veintiocho continuaban sin modificar sus legislaciones locales: Grecia y Portugal.¹⁰⁰

La Directiva en comento en efecto abarcó varios ámbitos. Con relación al ofrecimiento de pruebas, se estableció la obligación de que los órganos jurisdiccionales puedan ordenar a las empresas la exhibición de pruebas, en los casos en los que se les reclamen los daños y perjuicios, velándose por la protección de la información confidencial.¹⁰¹ Se estableció el plazo de al menos cinco años para que los afectados reclamen los daños y perjuicios, después de que quede firme la resolución de la autoridad correspondiente.¹⁰² De igual manera, se concedió valor a la resolución de las autoridades de competencia para que automáticamente sirvieran para acreditar de la comisión de las infracciones, ante las cortes del mismo país miembro.¹⁰³

Respecto de los legitimados para reclamar los daños y perjuicios, se concedió la posibilidad de que consumidores indirectos lo hagan.¹⁰⁴ Las compensaciones pueden reclamarse a cualquiera de los co-infractores, los que tienen derecho a reclamarse entre ellos lo que hubieren pagado de más;¹⁰⁵ y, por último, se estableció la validez de las resoluciones emitidas por autoridades de competencia para servir como prueba de la infracción de una empresa ante órganos nacionales de otros Estados miembro.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Ello de acuerdo con el reporte, actualizado semanalmente, publicado en el portal de acceso a la información de la legislación de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=celex:32014L0104> (Revisado el 24 de noviembre de 2017)

¹⁰¹ *Unión Europea*, Directiva 2014/104/EU, *opt. cit.*, Artículo 10.

¹⁰² *Ibidem*, Artículo 8.

¹⁰³ *Ibidem*, Artículo 9.

¹⁰⁴ *Ibidem*, Artículo 12.

¹⁰⁵ *Ibidem*, Artículo 11.

¹⁰⁶ *Ibidem*, Artículo 9.

c. El caso de Estados Unidos: la reclamación de daños como medio para disuadir violaciones

El relevante papel que juegan los tribunales en la tradición jurídica del Derecho Común resulta particularmente relevante para la manera en la que Estados Unidos ha implementado sistemas difusos de vigilancia respecto del cumplimiento de las normas, haciendo partícipes en la vigilancia e investigación sobre las infracciones, tanto a las agencias administrativas, como a los demás agentes del mercado. En este sentido, Farhang, profesor de derecho en la Universidad de California en Berkeley, menciona que debemos pensar en el concepto de capacidad del Estado (en inglés *State Capacity*), más allá de lo que realiza el propio gobierno, entendiendo por intervención estatal a todos aquellos medios por los que un Estado influye en la manera en la que se comporta una sociedad, independientemente de si éste ejecuta directamente éstos medios.¹⁰⁷

Así, en este país se ha permitido desde 1914 que los afectados obtengan hasta tres veces los daños que hubieren resentido a partir de una infracción en materia de competencia económica; circunstancia que ha generado que actualmente la mayor cantidad de casos investigados provengan de acciones de daños intentadas por sujetos afectados.¹⁰⁸ Recordemos que en Estados Unidos se sigue el modelo bifurcado, por lo que los afectados pueden acudir a denunciar y reclamar los daños directamente ante los tribunales.¹⁰⁹

El sistema adoptado por Estados Unidos es un referente en la manera en la que se ha utilizado a la reclamación de daños como un medio regulatorio. Sin embargo, el establecimiento de este sistema como un medio de regulación no nació de la intención de compensar a los

¹⁰⁷ Farhang, Sean, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁸ Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁹ *Vid. Supra*. Cap. II, apartado 1.

afectados de determinadas conductas ilícitas. En cambio, resulta un discutido objeto de estudio cómo el establecimiento de robustos mecanismos de reclamación de daños fueron utilizados para generar un efectivo grado de vigilancia y sanción de infractores, sin tener que crear una agencia administrativa;¹¹⁰ alternativas por las que optaban determinadas conformaciones legislativas, particularmente durante la década de los sesenta, como resultado de las rivalidades que enfrentaban con los presidentes en turno.¹¹¹

¹¹⁰ Para llegar a un modelo fuerte de reclamación de daños, Estados Unidos tuvo que pasar primero por una política fuerte de centralización burocrática de vigilancia, apartando a los privados de tales tareas, esta etapa se vivió sobre todo durante la era de la modernización industrial del “New Deal”. De manera que, a partir de la segunda mitad del siglo XX se vivió en Estados Unidos un empoderamiento de los privados en la vigilancia de las normas en lo que algunos han denominado como la construcción del “litigation state”. Un caso que resulta referente sobre el cambio el giro en la política estadounidense hacia un modelo fuerte de reclamación de daños, es el ámbito de la discriminación en el empleo. Originalmente, se había concedido un fuerte papel a las agencias administrativas, sin embargo, a partir del 1964 confirió a los privados la posibilidad de participar más activamente al respecto, concediéndoles la posibilidad de reclamar los honorarios de los abogados y reduciendo en gran medida las facultades concedidas a la autoridad de protección “Equal Employment Opportunity Commission”. En consecuencia, en la década de 2001 a 2010, el 98% de los casos investigados, son iniciados por partes privadas y no por la autoridad administrativa creada ex profeso. Burbank, Farhang & Kritzer, *Private Enforcement*, *op. cit.*, p. 695.

¹¹¹ De manera que, determinada conformación legislativa podría, en vez de crear una agencia ex profeso que quedaría controlada por el presidente, robustecer el sistema de reclamación de daños y con ello asegurar el cumplimiento del Estado de Derecho. La tesis que asocia la implementación de un mecanismo fuerte de reclamación de daños al antagonismo político en Estados Unidos ha sido especialmente desarrollada por Sean Farhang. Se aduce que las razones que llevaron a ellos fueron primordialmente: i) su complejo sistema de pesos y contrapesos, ii) los constantes cambios de poder entre los partidos políticos, y iii) su fuerte tendencia a mantener el *status quo*. Farhang, Sean, *op. cit.*, Cap. II.

4. El desarrollo histórico del marco normativo aplicable a las reclamaciones de daños en materia de competencia económica

A continuación, se analizará el curso que ha seguido el marco normativo aplicable a la reclamación de daños y perjuicios ante una infracción en el derecho mexicano de competencia económica, de manera que se puedan identificar los rubros que desincentivan su uso y que, consecuentemente, impiden que éste genere la suficiente compensación y disuasión en el mercado.

A. Antecedentes desde la primera legislación en materia de competencia económica

A partir de que se adoptó un marco normativo en materia de competencia económica competencia en 1992, siempre se ha previsto la posibilidad de reclamar los daños derivados de una violación al marco normativo de competencia económica, ya sea, por medio de una práctica monopólica o una concentración ilícita.¹¹² Hasta el día de hoy, no existe un caso conocido en el que haya sido compensada una sola persona por la comisión de una infracción en materia de competencia en México. Es decir, de las todas las sanciones que se han impuesto en México por la comisión de cualquier práctica monopólica, concentración indebida o incumplimientos de resoluciones,¹¹³ solamente tres afectados han intentado alguna acción de daños, y lo que es peor, ninguno de ellos logró recibir un solo peso como indemnización.

a. La evolución del marco normativo a partir de 1992

La primera previsión en el marco jurídico mexicano que establecía expresamente el derecho de los afectados a una compensación ante la comisión de una práctica monopólica o concentración ilícita, se

¹¹² Violaciones objeto del presente trabajo de investigación. *Vid. Supra*. Introducción.

¹¹³ Portal de resoluciones y opiniones de la Cofece, *opt. cit.*

encontraba contenida en el artículo 38 de la LFCE`92. Este artículo establecía lo siguiente:

“ARTICULO 38 [LFCE`92]. - Los agentes económicos que hayan demostrado durante el procedimiento haber sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concentración ilícita, podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener una indemnización por daños y perjuicios. Al efecto, la autoridad judicial podrá considerar la estimación de los daños y perjuicios que haya realizado la propia Comisión.

No procederá acción judicial o administrativa alguna con base en esta ley, fuera de las que la misma establece.”

Del artículo citado, se deduce que: i) los afectados podían pedir la compensación, si habían sido ellos los que hubiesen demostrado el hecho ilícito, ii) que debía hacerse por la vía judicial, iii) que debía intentarse una vez agotado la instancia administrativa, iv) que los tribunales podían auxiliarse de la estimación hecha por la COFECO, y v) que tal era la única forma de reclamar.

En 2006 se reformó el artículo 38 de la LFCE`92 aclarando que no debían ser necesariamente los afectados los que probasen el hecho ilícito ante la autoridad administrativa. El artículo quedó de la siguiente forma:

“ARTICULO 38 [LFCE`92]. - Una vez que la resolución de la Comisión haya causado estado, los agentes económicos que hayan sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concentración prohibida, podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener una indemnización por daños y perjuicios. Al efecto, la autoridad judicial podrá solicitar a la Comisión la estimación de los daños y perjuicios.

No procederá acción judicial o administrativa alguna con base en esta Ley, fuera de las que la misma establece.”

(Énfasis añadido)

Posteriormente en 2011, como resultado de las reformas legales complementarias a la reforma constitucional en materia de acciones

colectivas, se reformó el citado artículo 38 de la LFCE`92, quedando de la siguiente manera:

“ARTICULO 38 [LFCE`92]. - Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses de forma independiente a los procedimientos previstos en esta Ley. La autoridad judicial podrá solicitar la opinión de la Comisión en asuntos de su competencia.

Las acciones a que se refiere el párrafo anterior podrán ejercerse de forma individual o colectiva, estas últimas en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.

No procederá acción judicial o administrativa alguna con base en esta Ley, fuera de las que la misma establece.”

(Énfasis añadido)

Las reformas del 2011 establecieron la posibilidad de reclamar colectivamente los daños ocasionados por el hecho ilícito, pero también se innovó al señalar que la acción de daños se podía interponer de manera independiente a los procedimientos administrativos. Ambos cambios eran, sin lugar a duda, trascendentales en la forma en la que se venía regulando la responsabilidad civil, pues, por un lado, se abría la puerta a los medios de agregación de demandas individuales y, por el otro, se abría otra puerta para que los afectados pudiesen reclamar de manera independiente a lo que hiciera la autoridad administrativa.

La forma en la que debía interpretarse la “independencia”, sin embargo, no resultaba del todo clara. Respecto de las acciones colectivas, el artículo 588 del Código Federal de Procedimientos Civiles, señalaba desde entonces, como requisito de procedencia de la demanda, que las concentraciones indebidas o prácticas monopólicas fueran declaradas existentes por la autoridad de competencia económica. De manera que, la supuesta independencia no operaba para el caso de las acciones colectivas, en su caso, conviene referirse al procedimiento de acciones colectivas como: *un procedimiento “secuencial” o “encadenado” al*

*procedimiento administrativo de las autoridades de competencia económica.*¹¹⁴

La independencia descrita en el artículo 38 de la LFCE`92 parecía referirse entonces a las acciones individuales, sin embargo, bien hubiera valido clarificarlo o hacer las adecuaciones complementarias.¹¹⁵ En efecto, de haber concedido tal carácter a las acciones privadas individuales, ello se hubiera traducido en: i) la implementación de una efectiva reclamación de daños que sea complementaria a la vigilancia pública que se venía ejerciendo, ii) al no establecer una jurisdicción específica, que cualquier juez, local o federal, pudiera resolver sobre la ilicitud de ciertos hechos, aplicando directamente las leyes de competencia, y iii) que el juez no estuviera siquiera obligado a consultar a la COFECO en la resolución de los casos.¹¹⁶

Se plantean tales como suposiciones, dado que no se conoce de la existencia de algún caso presentado durante el periodo en que esta redacción se mantuvo vigente. En efecto, dichos cambios se esfumaron de la misma forma fugaz como llegaron, luego de que se reformara el artículo 28 de la Constitución en 2013 y se aprobara una nueva Ley Federal de Competencia Económica en 2014.

En general, puede decirse que ninguna de las redacciones del artículo 38 de la LFCE`92 se refirió claramente a: i) si se debía de tener por interrumpido el plazo para presentar la demanda de daños, dada el requisito de procedencia de que existiera una resolución firme previa¹¹⁷, ii) cuáles eran los tribunales que debían resolver las reclamaciones de

¹¹⁴ Flores Bernés, Miguel, *op. cit.* pp. 84 – 92.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp.89-90.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 84 – 92.

¹¹⁷ Al respecto, Flores Bernés hacía referencia al artículo 1934 del Código Civil Federal, en la parte referente a que debe valorarse la real y efectiva aptitud que el afectado haya tenido para hacer valer la acción respectiva, sin que deba ceñirse a la fecha en que se le causó el daño. *Ibidem*, p. 100.

daños, y iii) cuál era el valor probatorio de la resolución respecto de la ilicitud del infractor.

b. Casos que ha habido

Solamente se tiene noticia de la existencia de dos acciones de daños y perjuicios intentadas en todo el tiempo que lleva existiendo el derecho de competencia económica en México, sin que alguna de ellas resultare exitosa, y lo que es peor, en ninguna pudo entrarse siquiera al fondo del asunto. De manera tal que, en estricto sentido, no ha existido en México un solo juicio en el que se resuelva sobre el derecho de un afectado a ser compensado por los daños y perjuicios causados por la comisión de una práctica monopólica, absoluta o relativa, o por una concentración ilícita.

A continuación, se expondrá brevemente la suerte que tuvieron los demandantes que intentaron reclamar los daños en las instancias judiciales y las razones por las que finalmente los jueces dejaron de estudiar el fondo de los asuntos.

El primer caso, correspondió a un par de empresas dedicadas a la venta de chicles, en la que Chicles Canel's, S.A. de C.V. (Canel's) demandó civilmente los daños que le había ocasionado Grupo Warner Lambert México, S.A. de C.V. (Warner Lambert) durante la depredación de precios sancionada por la COFECO. En dicho caso, la COFECO encontró responsable a Warner Lambert de haber comerciado sus chicles por debajo de los costos medios totales de producción con la intención de desplazar a su competidor Canel's del mercado.¹¹⁸ Desgraciadamente para Canel's, el artículo bajo el cual se sancionó a Warner Lambert fue declarado inconstitucional por la SCJN, bajo el argumento de que el artículo que la fracción VII, del artículo 10 de la LFCE'92, que definía

¹¹⁸ El caso fue investigado por la COFECO bajo el número de expediente IO-15-96, mismo que puede ser consultado en la página web de la Cofece, bajo el siguiente link: <http://www.cofece.mx/docs/pdf/IO-15-96.pdf>

las prácticas monopólicas relativa, establecía parámetros genéricos, lo que vulneraba las garantías constitucionales de legalidad y seguridad jurídica. La demanda de daños no resultó exitosa, puesto que no existía ya forma de acreditar la ilicitud de las conductas de los demandados.¹¹⁹

El segundo caso, se presentó en el mercado de refrescos en el que la COFECE sancionó a Grupo Coca Cola por haber coaccionado a los dueños de puntos de venta, mediante el pago de premios y promociones para que no comercializaran los productos de Big Cola.¹²⁰ Pese a haber sido impugnada judicialmente, esta vez, la resolución administrativa logró superar la frontera judicial. No obstante, la demanda de daños y perjuicios no tuvo la misma suerte y fue desechada por haber sido ejercitada en la vía mercantil, cuando la vía adecuada, según el tribunal revisor, debía ser la vía civil.¹²¹

El caso más reciente y que se encuentra actualmente en trámite, y corresponde a una demanda presentada por el IMSS en contra de diversas empresas farmacéuticas, luego de que fueran sancionadas en la vía administrativa por el cartel que mantuvieron durante los años 2005 a

¹¹⁹ Como refiere Flores Bernés, Chicles Canel's, S.A. de C.V. intentó seguir con su acción intentando que se aplicara directamente el artículo 28 constitucional, no obstante, tal posibilidad fue rechazada, dado que ello implicaría que el juez se excediera de su función judicial, y tuviera que decidir las conductas que calificarían como prácticas monopólicas. Flores Bernés, Miguel, *op. cit.*, p. 87; Cfr. México, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XXXI, marzo de 2010, tesis: I.14o.C.65 C. p. 2855.: “*Acción de responsabilidad civil. No puede sustentarse en el artículo 28 constitucional, porque éste no faculta a los órganos jurisdiccionales para determinar qué conductas constituyen prácticas monopólicas en función de los hechos narrados por las partes en una controversia.*”.

¹²⁰ Investigación llevada bajo el número DE-021-2013, la resolución se puede consultar en la página web de la Cofece, bajo el siguiente link: <http://www.cofece.mx:8080/cfcresoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V90/0/2006027.pdf>

¹²¹ Flores Bernés, Miguel, *op. cit.* pp. 86-87.

2009 para repartirse las licitaciones de insulina y sueros.¹²² Sin embargo, se ha hablado en las noticias de que inicialmente se habría presentado la demanda ante los juzgados de distrito civiles y no ante los especializados,¹²³ razón por la cual habría sido desechada¹²⁴.

Actualmente, la demanda se encuentra radicada en el Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. De acuerdo con información publicada por el Consejo de la Judicatura Federal, se sabe que se habría dictado de manera precautoria el embargo de diversos bienes de los responsables.¹²⁵

¹²² La investigación se llevó a cabo por la COFECO bajo el número de expediente IO-003-2006, la resolución se puede consultar en la página web de la Cofece, bajo el siguiente link:

<http://cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V33/16/1312286.pdf>

¹²³ Noticia Expansión: *El IMSS alista demanda contra Probiomed, Cryopharma y Eli Lilly* (18 de octubre de 2016) <http://expansion.mx/empresas/2016/10/17/el-imss-alista-demanda-contra-probiomed-cryofarma-y-eli-lilly>

¹²⁴ Noticia El Pulso Laboral: *Atoran juzgados demanda del IMSS* (25 de octubre de 2016) <http://www.elpulsolaboral.com.mx/seguridad-social-y-salud/7016/atoran-juzgados-demanda-del-imss>

¹²⁵ Entre los bienes embargados se encuentran cuentas bancarias de inversión, cheques, acciones y los derechos de cobro derivados de diversos contratos. El juicio se tramita bajo el número de expediente 003/2017 del Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, cuyos acuerdos pueden consultarse en el siguiente link: <http://www.dgepj.cjf.gob.mx/internet/expedientes/Expediente.asp?TipoAsunto=4&TipoProcedimiento=979&Expediente=3%2F2017&Buscar=Buscar&Circuito=1&CircuitoName=PRIMER+CIRCUITO&Organismo=1301&OrgName=Juzgado+Primer+de+Distrito+en+Materia+Administrativa%2C+Especializado+en+Competencia+E+con%F3mica%2C+Radiodifusi%F3n+y+Telecomunicaciones%2C+con+residencia+en+la+Ciudad+de+M%E9xico+y+Jurisdicci%F3n+en+toda+la+Rep%FAblica&TipoOrganismo=0&Accion=1>

B. El marco normativo vigente

Con la promulgación de la LFCE en 2014, vinieron también cambios en la regulación de la reclamación de daños y perjuicios. El artículo pasó de ser el 38 de la LFCE`92 al 134 de la nueva LFCE y es nuevamente el único artículo dentro de la Ley dedicado a la reparación de daños:

“TÍTULO VIII
DE LA REPARACIÓN
Capítulo Único

De la Reparación de los Daños y Perjuicios

Artículo 134 [LFCE]. Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración ilícita podrán interponer las acciones judiciales en defensa de sus derechos ante los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones hasta que la resolución de la Comisión haya quedado firme.

El plazo de prescripción para reclamar el pago de daños y perjuicios se interrumpirá con el acuerdo de inicio de investigación.

Con la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento seguido en forma de juicio se tendrá por acreditada la ilicitud en el obrar del Agente Económico de que se trate para efectos de la acción indemnizatoria.”

Dicha disposición repara varios de los defectos que contenían las disposiciones pasadas. Primero, establece expresamente la interrupción del plazo de prescripción de la acción de daños, hecho que no quedaba claro bajo las redacciones anteriores. Segundo, pareciere que pretende fijar la competencia federal para la resolución de los juicios. Y tercero, concede valor probatorio pleno a la resolución definitiva obtenida del procedimiento seguido en forma de juicio ante la autoridad de competencia.

Sin embargo, la nueva LFCE tampoco se ha traducido en que los afectados acudan a demandar los daños en las instancias judiciales. Como veremos, el marco normativo actual no garantiza la compensación de los

afectados y mucho menos podrá ayudar significativamente a inducir el cumplimiento de las leyes de competencia económica. Para demostrar lo anterior, se hará referencia, a continuación, a los puntos que continúan generando incertidumbre respecto de la regulación de daños.

Ahora bien, la LFCE no es el único ordenamiento que actualmente limita un mejor ejercicio de una reclamación de daños. El derecho específico a reclamar los daños y perjuicios a partir de una daño en materia de competencia económica se encuentra contenido en la LFCE, pero el marco jurídico que rige la reclamación de daños, al ser la acción de naturaleza civil, se encuentra dado por el Código Civil Federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles.¹²⁶

El artículo que considero aplicable de la legislación civil federal o los análogos de las legislaciones locales¹²⁷, como refieren Flores Bernés¹²⁸ y Rivera Pedroza¹²⁹, es el artículo 1910 del Código Civil Federal, contenido en el Libro Cuarto “De las Obligaciones”, Primera Parte “De las Obligaciones en General”, Capítulo V, “De las Obligaciones que Nacen de los Actos Ilícitos”:

“Artículo 1910 [CCF]. - El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”.

¹²⁶ O en caso de que se concediera que los casos pueden ser conocidos por tribunales del fuero común, serían las legislaciones civiles estatales análogas.

¹²⁷ Más adelante se expondrán las razones por las que se considera que tribunales locales podrían llegar a conocer de las reclamaciones de daños en materia de competencia económica. *Vid. Supra. Cap. II, apartado 4, sección B, inciso e, sub-inciso i.*

¹²⁸ Flores Bernés, Miguel, *opt. cit.* p. 94.

¹²⁹ Rivera Pedroza, J. Abel, *opt. cit.*, p. 27

a. El hecho ilícito

El artículo 134 de la LFCE reconoce que existen tres conductas descritas que dan lugar a una compensación de los daños y resarcimiento de los perjuicios: las prácticas monopólicas absolutas, las prácticas monopólicas relativas y las concentraciones ilícitas.¹³⁰ Si bien el artículo 28 de la Constitución prohíbe también otras actividades como los estancos y las exenciones de impuestos, su actualización específica no se encuentra definida legalmente, por lo que un juez no podría resolver sobre su ilicitud, pues ello lo llevaría a crear y definir, él mismo, el contenido de las prohibiciones constitucionales, lo que iría en contra de su función judicial. Lo anterior, como fue resuelto por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al establecer que la acción de responsabilidad civil no puede sustentarse directamente del artículo 28 de la Constitución.¹³¹ De igual manera, las determinaciones que se adopten sobre las barreras a la libre concurrencia y libre competencia, la ostentación de poder sustancial en un mercado, así como, la ostentación de un insumo esencial, no son conductas que lleven a la sanción de un agente económico, sino procedimientos especiales a partir las denominadas “facultades incrementales”.

¹³⁰ Como se explicó en la introducción, la presente investigación se centra en aquellas conductas sancionadas por la autoridad de competencia que pueden dar lugar a una reclamación de daños. Sin embargo, se reconoce que adicionalmente existen otras conductas propias de la dinámica comercial, de las que podrían resultar afectados diversos sujetos que concurren en el mercado. No es objeto de esta investigación identificar dichos supuestos, ni las vías por las cuales deberían ser reclamados. *Vid. Supra. Introducción.*

¹³¹ México, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XXXI, marzo de 2010, Tesis: I.14o.C.65 C, p. 2855: “*Acción de responsabilidad civil. No puede sustentarse en el artículo 28 constitucional, porque éste no faculta a los órganos jurisdiccionales para determinar qué conductas constituyen prácticas monopólicas en función de los hechos narrados por las partes en una controversia.*”

Sin embargo, no deja de reconocerse que, como refirió Omar Guerrero en un reciente foro de competencia económica,¹³² el incumplimiento a las resoluciones de la autoridad de competencia, respecto de las condiciones impuestas a las concentraciones, las medidas adoptadas ante un insumo esencial, así como, las medidas que dicte el Poder Ejecutivo sobre los precios máximos, son conductas que podrían derivar en afectaciones y, en ese sentido, ser reclamadas. No obstante, bajo una interpretación literal del artículo 134 de la LFCE, los daños ocasionados por dichas conductas, no darían lugar a una reclamación de daños. Considero que, a fin de otorgar mayor certeza jurídica al respecto, dichos supuestos deberían quedar expresamente señalados.

i. Las prácticas monopólicas y las concentraciones ilícitas

En México, tanto las prácticas denominadas horizontales, como verticales, reciben el nombre de prácticas monopólicas¹³³, para distinguirlas se utilizan los adjetivos “relativas o “absolutas”. Así, en términos del artículo 53 de la LFCE, se denominan como prácticas monopólicas absolutas a todos aquellos contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, que tengan como objeto o efecto un daño o perjuicio al mercado¹³⁴.

¹³² Cfr. Participación de Omar Guerrero durante el Segundo Foro sobre Competencia y Regulación “En búsqueda de la eficiencia de los mercados”, el 9 y 10 de enero de 2018, organizado por la OCDE, la Secretaría de Economía y la Universidad Nacional Autónoma de México. Videogramaciones de las sesiones se encuentran disponibles en el siguiente link: http://webcast.unam.mx/?tribe_events=ii-foro-competencia-y-regulacion-se-ocde-unam-2

¹³³ Tal nombre se utilizará para referirse indistintamente a cualquiera de las dos, en el presente capítulo.

¹³⁴ Es decir, los siguientes:

I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;

Éstas se castigan *per se*, es decir, con su simple actualización, independientemente de si tuvieron efectos negativos en el mercado. Para que una conducta actualice el supuesto de una práctica monopólica relativa descrito en el artículo 54 de la LFCE, es necesario que: i) se encuentre descrita en alguna de las fracciones del artículo 56 de la LFCE, ii) que su objeto o efecto sea o pudiere ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas; iii) que las ganancias en eficiencia de ésta, acreditadas en su caso por el agente económico, no superen los efectos anticompetitivos en el proceso de competencia y libre concurrencia; iv) que quien la realice tenga poder sustancial sobre el mercado relevante; y v) que se realice respecto de bienes o servicios que correspondan al mismo mercado relevante.

La previsión legal de las prácticas monopólicas relativas ha sido históricamente objetada por su constitucionalidad, dado por la naturaleza dinámica de ciertas conductas que pueden actualizarlas. Repetimos, dicha objeción provocó que uno de los únicos casos de daños reclamados¹³⁵ resultará infructuoso, luego de que la ilicitud del infractor

-
- 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.

¹³⁵ Caso Canel's vs. Warner Lambert, al que se hará referencia más adelante.

decretada inicialmente por la COFECO, fuera posteriormente declarada inconstitucional en la vía judicial.¹³⁶

Por último, de acuerdo con el artículo 62 de la LFCE, las concentraciones ilícitas son todas aquellas que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia o la competencia económica. Las concentraciones se definen como todas las fusiones, adquisiciones del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos.¹³⁷

ii. “Hasta que la resolución de la Comisión haya quedado firme”

De la redacción del artículo 134 de la LFCE, se deduce que: i) para ejercitar la acción de daños se requiere de: i) una resolución firme de la Comisión, y ii) que bastaría con cualquier resolución por parte de la Comisión que quede firme.

1) *La resolución firme como requisito de procedencia*

Se entiende por una resolución firme, aquella que ya no pueda ser controvertida por ninguna vía, ya sea porque transcurrió el plazo para recurrirla o porque se agotaron las instancias de revisión.¹³⁸

Para los agentes económicos que se adhirieran a los programas de inmunidad, el hecho de que la resolución quedara firme para ellos, antes

¹³⁶ México, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XIX, abril de 2004, tesis: P. XII/2004, p. 256: “Competencia Económica. El artículo 10, fracción VII, de la ley federal relativa, al no especificar la conducta sobre la cual recaerá la sanción que prevé, viola las garantías de legalidad y seguridad jurídica previstas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.”

¹³⁷ En términos del artículo 61 de la LFCE.

¹³⁸ Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, Oxford University Press, 8va. Ed., 1999, México D.F., pp. 202-203.

que para el resto de los responsables, podría resultar en un desincentivo para acogerse a estos programas. Aun cuando la total cooperación de los agentes económicos sancionados, no signifique que no puedan pedir la revisión de la resolución administrativa, si un agente que se hubiere adherido a estos programas no presenta una demanda de amparo en el plazo establecido, la resolución quedaría firme para éste desde que se venciere el plazo. Ello podría repercutir en que se presentaran demandas de daños contra éste, independientemente de que el resto de los agentes fuera investigado, por lo que dicho agente económico tendría que pagar, en su caso, la totalidad compensaciones civiles en primera instancia; aun cuando posteriormente pudiere repetir en contra del resto de los infractores.¹³⁹

Sin embargo, podría decirse que el requisito de procedencia al que se refiere el legislador en la LFCE, únicamente opera en el caso de querer acudir a los juzgados especializados, por lo que incluso podrían intentarse acciones civiles no secuenciales a las resoluciones de la Comisión en los juzgados del fuero común. Esto se explicará más adelante.¹⁴⁰

2) *Cualquier resolución que quede firme*

No existe duda sobre la relación secuencial establecida entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial establecida en este artículo¹⁴¹, pero nada se dice respecto de si tienen que coincidir necesariamente. En efecto, el artículo establece como requisito de procedencia la existencia de una resolución firme por la autoridad de competencia, pero no señala que tal resolución deba sancionar necesariamente a los agentes económicos de los que se reclame los daños

¹³⁹ Flores Bernés, Miguel, *op. cit.*, p. 110

¹⁴⁰ *Vid. Infra.* Cap. II, apartado 4, sección B, inciso e, sub-inciso i.

¹⁴¹ Para el caso en que la acción de responsabilidad civil se presente ante los juzgados especializados.

y perjuicios. En el artículo 134 de la LFCE, el legislador hace incluso una distinción entre dos resoluciones, la necesaria como requisito de procedencia de las posteriores demandas de daños y perjuicios, y aquella resolución que sirve para acreditar la ilicitud del agente económico.

De manera que, un afectado puede presentar una demanda de daños en contra de un agente económico después de cualquier resolución quede firme por parte de la Comisión, aun cuando en ésta no sancione a los agentes investigados. A su vez, el Juez encargado de resolver la reclamación de daños, podría diferir de tal resolución sobre la ilicitud del agente económico, pues ésta solamente es señalada como requisito de procedencia, pero no como una directiva que necesariamente tenga la obligación de seguir. El único caso en el que expresamente no podría diferir, sería aquel en el que la resolución resulte de un procedimiento seguido en forma de juicio, decretando la ilicitud del agente económico del que se reclamaran los daños y perjuicios. Sin embargo, aun quedaría pendiente determinar la obligación de responder civilmente por los daños frente a los actores de la acción.

Así, no parece existir restricción alguna para que, al menos, un juez especializado encargado de resolver la controversia civil pudiera aplicar directamente la LFCE y resolviera sobre la existencia de una práctica monopólica o concentración ilícita, en términos de sus artículos 53, 54 y 62.

b. ¿Quiénes pueden reclamar?

En principio, el artículo 134 de la LFCE no limita a ningún sujeto para ser compensado. El artículo establece: “*Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración ilícita podrán interponer las acciones judiciales en defensa de sus derechos ...*”. No obstante, donde el ejercicio de tal derecho se vuelve complicado para los afectados, es aquél momento en el que se tenga que probar el daño, toda vez que, el estándar de daño tradicional resulta insuficiente para que todos los que son afectados

generalmente, encuadren en ese molde y puedan efectivamente ser compensados.

Lo que determina entonces quiénes son los sujetos que pueden reclamar los daños y perjuicios es el concepto de daño definido en el marco jurídico del derecho civil, a saber, el daño directo e inmediato; dicha discusión se retomará en el siguiente apartado.¹⁴² Por lo pronto, resulta de igual relevancia, revisar si los afectados deben reclamar los daños de manera individual o si, en cambio, existen medios que les permitan conjuntar sus demandas.

i. Medios de agregación de demandas

En agosto de 2011, la Constitución y otros ordenamientos legales federales fueron reformados para dar cabida a las acciones colectivas en el Derecho Mexicano. Así, se concedió legitimación activa a distintas autoridades administrativas para intentar acciones colectivas en representación de los sujetos a los que están encargadas de proteger (i), se regularon tres especies de acciones colectivas (ii), y se estableció expresamente el ámbito material de aplicación, entre los que se incluyó a la materia de competencia económica (iii).

Es importante señalar, que, tratándose de reclamaciones en materia de competencia económica, para acudir a tales medios de reclamación, a diferencia de las acciones individuales, debe existir necesariamente una resolución del IFT o la Cofece. Sin embargo, no puede ser cualquier resolución, sino una en la que se resuelva la infracción del agente económico del que se reclamen los daños.¹⁴³

Respecto de la legitimación activa, independientemente del tipo que se trate, las acciones colectivas pueden ser presentadas por: la Cofece

¹⁴² *Vid. Infra. Cap. II, apartado 4, sección B, inciso c, sub-inciso ii.*

¹⁴³ *Cfr. Artículo 588 del CFPC.*

y las demás autoridades de protección¹⁴⁴, el representante común de una colectividad de treinta miembros, las asociaciones civiles sin fines de lucro¹⁴⁵ y el Procurador General de la República.

1) *Los tipos de acciones colectivas*

Las acciones colectivas pueden llegar a constituirse como una herramienta fundamental en la reclamación de daños por dos razones: i) porque facilitan el acceso a los afectados a una reclamación, en cuanto, permiten compartir los gastos entre afectados, que de otra manera no lo harían, y ii) porque puede representar un efectivo medio para los infractores, para que decidan mejor no incurrir en una violación, ante el temor de verse obligados a pagar los daños cercanos a los efectivamente causados.¹⁴⁶

El Código Federal de Procedimientos Civiles prevé actualmente tres tipos de acciones colectivas: la difusa, la colectiva en sentido estricto y la acción individual homogénea. La acción difusa y la colectiva en sentido estricto son las relevantes para la responsabilidad civil en materia de competencia económica. A continuación, se distinguirán los supuestos en los que puede intentarse una acción difusa o una acción colectiva en sentido estricto, advirtiendo que cada una protege intereses distintos y,

¹⁴⁴ Según el artículo 585 del CFPC: la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia.

¹⁴⁵ Legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 586 del CFPC.

¹⁴⁶ Ello dependerá en gran medida de la forma en la que se regulen las acciones colectivas, a saber, si adoptan un modelo de agregación “*opt-in*” u “*opt-out*”. *Vid Supra*. Cap. III, apartado 3, sección C, inciso a.

por lo tanto, las sanciones que pueden dictarse al final de uno y otro proceso difieren en gran medida. En dicha exposición se seguirá lo expuesto por Abel Rivera.¹⁴⁷

a) *Las acciones colectivas difusas y el “daño in abstracto”*

Las acciones difusas, descritas en la fracción I del artículo 581 del CFPC, resultan idóneas para reclamar el daño *in abstracto*, descrito por Abel Rivera, como aquél daño generado a partir de la afectación al bien público, consistente en que los consumidores puedan acceder a mercados en condiciones de libre competencia y concurrencia económica.¹⁴⁸ La acción colectiva sirve, por lo tanto, no para que los afectados directos o indirectos reclamaran el daño en su propia esfera jurídica, sino para que se reclamen los daños causados a la libre competencia y concurrencia a nombre de la colectividad, de manera que no debe confundirse al daño *in abstracto* con el daño agregado de todos los afectados.¹⁴⁹

b) *Las acciones colectivas stricto sensu y el “daño agregado”*

Las acciones colectivas en sentido estricto representan el medio por el cual un grupo determinado o determinable de afectados pueden reclamar la violación a un derecho colectivo, pero son recompensados individualmente, es decir, aunque la acción no puede dividirse en cotos individuales y tampoco los derechos e intereses que tutela, el daño sí debe ser personal. Esta vía es la idónea para reclamar los daños agregados, dados por la suma de cada uno de los daños que se hubieren generado en las esferas patrimoniales específicas de cada uno de los afectados, por lo que, constituye el medio más representativo de una reclamación de daños en materia de competencia económica. Este tipo de reclamación permite a un grupo de consumidores o competidores reclamar de manera conjunta

¹⁴⁷ Rivera Pedroza, J. Abel, *op. cit.*

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 41-43.

los daños que se les hubiere generado a cada uno, y con ello evitar incurrir, cada uno en los gastos de manera independiente.

Las acciones colectivas en México se tramitan bajo la modalidad *opt-in*, bajo la cual, se entienden excluidos a todos los afectados a menos de que estos expresamente decidan incluirse en el grupo demandante.¹⁵⁰ Ello, bajo ciertas circunstancias, representa un obstáculo para que los afectados acudan efectivamente a reclamar los daños, toda vez que, los daños podrían ser tan bajos que no resultaría redituable reclamarlo, ni siquiera a nombre de una parte de los afectados.

Para la acreditación y cuantificación individual de los daños y perjuicios el CFPC prevé la tramitación de un “incidente de liquidación” que deberá tramitar cada uno de los afectados, lo que podría restarle celeridad al procedimiento.

c. El daño

i. El concepto de daño en el marco jurídico mexicano: el daño directo e inmediato

El “estándar clásico de daño”, adoptado en el ordenamiento jurídico mexicano para los casos de responsabilidad civil extracontractual, establece que los daños y perjuicios que pueden ser reclamados por los afectados deben ser directos e inmediatos. Ello, a partir de una interpretación extensiva del artículo 2110 del CCF, aplicable en principio ante el incumplimiento de las relaciones contractuales, pero que se ha aplicable de igual manera en los casos de responsabilidad civil extracontractual.¹⁵¹ En efecto este artículo señala:

“Artículo 2110. [CCF]- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la

¹⁵⁰ *Vid. Supra* Cap. II, apartado 4, sección B, inciso b, sub-inciso i.

¹⁵¹ Rivera Pedroza, J. Abel, *op. cit.*, pp. 45-46.

obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.”

(Énfasis añadido)

Como expone Abel Rivera,¹⁵² la referencia a lo directo implica que debe existir una continuidad del nexo causal entre el hecho generador y el resultado. La inmediatez implica, asimismo, que no deben existir elementos de interferencia entre el hecho generador y el resultado.

Ello resulta por demás insuficiente, toda vez que, dicho estándar de daños no alcanza a los afectados por la comisión de prácticas monopólicas en materia de competencia económica actualmente, como lo sería el caso de los consumidores que resultaren afectados de manera directa pero no inmediata. Ello sin contar que las compensaciones serían insuficientes para siquiera cubrir la totalidad de los costos propios del litigio, como lo es el pago de estudios económicos y dictámenes periciales que, por la complejidad y escasez de peritos en competencia económica, podrían llegar a ser demasiados costosos.

ii. Los afectados a partir de una infracción en materia de competencia económica

Los afectados como consecuencia de una infracción a las leyes de competencia pueden ser los: i) consumidores, ii) competidores de los infractores, iii) agentes económicos que participan en mercados relacionados, y iv) la sociedad en general.¹⁵³

¹⁵² Rivera Pedroza, J. Abel, *op. cit.*, pp. 53-55.

¹⁵³ Abel Rivera considera que también los proveedores tendrían derecho a reclamar los daños y perjuicios, a partir de la comisión de un monopsonio, en el que son los consumidores los que se coluden en perjuicio del productor. Rivera Pedroza, J. Abel, *op. cit.*, pp. 40-41. No obstante, ni de la redacción constitucional en el artículo 28, ni en la LFCE, se establece tal prohibición, por esa razón no lo incluyó en este apartado. Por supuesto sin que ello deje de reconocer que los proveedores podrían ser afectados en

Los consumidores pueden resultar directa o indirectamente afectados, directamente cuando la cadena entre el hecho ilícito y el daño es directa e inmediata, e indirectamente cuando se mantiene la relación causal, pero la consecuencia es indirecta y mediata; es en éste último supuesto, al que el “estándar clásico de daño” no logra cubrir.¹⁵⁴

La producción en la actualidad se encuentra en el nivel más sofisticado que haya existido, y con ella la distribución de los productos. En la producción de cualquier producto más o menos sofisticado son necesarias varias etapas productivas, las cuales comúnmente no son realizadas por la misma empresa.

Para exemplificar cómo el marco normativo actual dejaría desatendida tal dinámica, supongamos el siguiente caso. Antes de que un consumidor final compre un teléfono celular, las marcas productoras de estos dispositivos y que compiten en los mismos segmentos, podrían no vender el producto directamente a los consumidores finales, sino por medio de distribuidores terceros a éstas. En ese contexto, podría formarse un cartel entre las diferentes marcas de teléfono para fijar el precio al que le venden los celulares a los distribuidores, y así evitar reducir sus costos de producción o mejorar sus productos para poder competir entre ellas. En dicho caso, los distribuidores se verían obligados a buscar sustitutos a estos productos o a pagar el sobreprecio, si es que pudieran pasarlo al comprador final. En ese caso, los costos de tal colusión terminarían siendo absorbidos proporcionalmente entre los distribuidores y los consumidores finales según cual fuera la elasticidad de la oferta y la demanda en el mercado. Sin embargo, también habría consumidores que

ese caso, considero que no sería posible reclamar los daños y perjuicios, en cuanto tal previsión no es clara en el ordenamiento jurídico mexicano.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 51-58.

no estuvieran dispuestos a pagar los nuevos precios y que preferirían sustituir dichos productos.¹⁵⁵

En este caso, los distribuidores resultarían afectados por el sobreprecio que hubieran pagado, si es que lo hubieran absorbido parcial o totalmente, y por las ventas que hubieran dejado de tener. Dado que, en este caso, ellos hubieran adquirido el producto directamente de los agentes económicos que cometieron la violación, la afectación se hubiera dado de manera directa e inmediata, es decir, sin ninguna interferencia en el nexo causal entre la conducta ilícita y la afectación. Los distribuidores sí podrían indemnizados bajo el marco normativo que rige la reclamación civil en México, pero no así los consumidores que hubieren pagado un sobreprecio por sus teléfonos celulares.

Dado que el daño para los consumidores finales se daría de manera directa, pero mediata, ello les impediría actualizar el estándar de daño definido en el artículo 2110 del CCF; lo que generaría que simplemente no pudieren ser compensados.¹⁵⁶ Incluso, podría suceder que los distribuidores no llegaran a reclamar los daños, a fin de no romper sus relaciones comerciales con los proveedores, generando que los productores simplemente no pudieran ser obligados a responder civilmente.

¹⁵⁵ A estos fenómenos en los que los consumidores deciden pagar precios más altos o en el que deciden sustituir los productos se les conoce como “efecto ingreso” o “efecto sustitución”, cuyo estudio es atribuido a Eugen Slutsky (1880-1948); *apud* Anderson, P., Bolema, T., & Geckil, I, *Damages in antitrust cases*, AEG Working Paper 2007-2. Chicago, Anderson Economic Group, 2007, p. 4.

¹⁵⁶ Probablemente podría intentarse en estos casos una acción por enriquecimiento ilegítimo en términos del artículo 1882 y subsecuentes del Código Civil Federal, sin embargo, aun en dicho caso el afectado solo podría recuperar la cantidad “en la que se hubiere empobrecido”; misma que podría representar no redituable, sino pudieran conjuntar sus acciones por medio de una acción colectiva. *Cfr.* Rivera Pedroza, J. Abel, *opt, cit.*, p. 73.

En casos como el expuesto, el cálculo de los daños a cada uno de los sujetos que integran la cadena de comercialización hasta el consumidor, en la práctica podría depender de una gran cantidad de factores específicos a cada mercado, haciendo muy complejo calcular específicamente los daños que se pasaran (en inglés *pass-on damages*).¹⁵⁷

El hecho de que los demandantes puedan obtener compensaciones demasiado grandes, ha llevado en la práctica a que, judicial o legislativamente, se limite el número de sujetos que puedan reclamar las prácticas, con la finalidad de evitar un sinnúmero de demandas o persecución que exceda el grado de disuasión requerido.¹⁵⁸ Así, como en el caso de Estados Unidos, la jurisprudencia ha desarrollado la regla del comprador indirecto (*indirect purchaser rule*), con la cual se busca evitar demandas por sujetos cuyos daños sean demasiado remotos.¹⁵⁹

Siguiendo con otros agentes que pueden resultar afectados, se encuentran los competidores de los infractores, los cuales pueden llegar a ser desplazados, ser impedidos para entrar o al verse frustrados. Asimismo, los agentes económicos que participan en mercados de productos complementarios podrían ver reducidas sus ventas, dado el incremento en el precio del bien complementario.

¹⁵⁷ Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁸ Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁵⁹ Los resultados de la “*indirect purchaser rule*”, pueden ser tan controversiales como en el caso de Illionis Brick en Estados Unidos, uno de los casos en materia de competencia económica que más ha atraído la atención de la comunidad académica. En dicho caso, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos decidió negar la compensación de daños a aquellos sujetos que no hubieran resultado directamente afectados, es decir, el único que podía llegar a reclamar los daños sería el primer comprador; excluyendo a todos los demás sujetos de la cadena de afectados, toda vez que, el cálculo de los daños “sería bastante complicado y se perdería la efectividad de las acciones de daños”. *Illinoi Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); *apud Ibidem*, p.74.

Por último, el *daño in abstracto* a la competencia, anteriormente comentado, está compuesto por las distorsiones de tipo general como: las cantidades y precios distintos a los de competencia, la pérdida irrecuperable en la eficiencia, menos opciones para los consumidores, menos innovación, entre otros.¹⁶⁰ Como vimos, éste último daño puede ser reclamado por medio de una acción colectiva difusa, en términos del artículo 581, fracción I, del CFPC.¹⁶¹

iii. Daños punitivos en México

Resulta de especial relevancia, lo resuelto por la Primera Sala de la SCJN en la resolución al juicio de amparo directo 31/2013, sobre la función que pueden ostentar las compensaciones civiles. En este caso, se resolvió condenar a una cadena de hoteles conocidas como “Mayan Palace” con 30 millones de pesos, luego de que un joven muriera electrocutado a causa de falta de mantenimiento en las instalaciones de uno de sus hoteles. Al respecto, la SCJN se refirió a la importante relación entre las compensaciones que pudieren recibir los afectados y su función sancionatoria respecto de los infractores:

“A dicha faceta del derecho de daños se le conoce en la doctrina como “daños punitivos”¹⁶² y se inscribe dentro del derecho a una “justa indemnización”. En efecto, mediante la compensación el derecho desaprueba a las personas que actúan ilícitamente y premia a aquellas que cumplen la ley. De esta forma se refuerza la

¹⁶⁰ Rivera, Abel, *opt. cit.*, pp. 41-43.

¹⁶¹ *Vid Supra*. Cap. II, apartado 4, sección B, inciso b, sub-inciso i, 1), a.

¹⁶² Citas de la transcripción: “Pizarro, *Ob. Cit.* pp. 521-552; Owen, David G., *Ob. Cit.*, Owen, David G., *The Moral Foundations of Punitive Damages*, “Alabama Law Review”, 1988, 40, p. 705; Morgan, *The evolution of punitive damages in product liability litigation for unprincipled marketing behavior*, “Journal de Public Policy & Marketing”, 1989n n° 8, p. 279; O’Donnell, *Punitive damages in Florida negligence cases: How much negligence is enough?*, “University of Miami Law Review”, n° 42, p. 803”.

convicción de las víctimas en que el sistema legal es justo y que fue útil su decisión de actuar legalmente.¹⁶³ Es decir, la compensación es una expresión social de desaprobación hacia el ilícito y si esa punición no es dada, el reconocimiento de tal desaprobación prácticamente desaparece.¹⁶⁴

El limitar el pago de los daños sufridos a su simple reparación, en algunos casos significaría aceptar que el responsable se enriqueciera a costa de su víctima. Lo anterior en tanto las conductas negligentes, en muchas situaciones, pretenden evitar los costos de cumplir con los deberes que exigen tanto la ley, como los deberes generales de conducta.

Por otro lado, dichos daños tienen el objeto de prevenir hechos similares en el futuro. Se trata de imponer incentivos negativos para que se actúe con la diligencia debida, sobretodo en tratándose de empresas que tienen como deberes el proteger la vida e integridad física de sus clientes. A través de dichas sanciones ejemplares se procura una cultura de responsabilidad, en la que el desatender los deberes legales de cuidado tiene un costo o consecuencia real.

Por otro lado, una indemnización insuficiente, provoca que las víctimas sientan que sus anhelos de justicia son ignorados o burlados por la autoridad, por lo que, se le acrecienta el daño (no reparado) y se acaba revictimizando a la víctima, violándose de esta forma el derecho a una “justa indemnización”.¹⁶⁵

(Énfasis añadido)

No obstante, debe señalarse que dicha sanción se hizo atendiendo a los parámetros propios definidos para el daño moral que devienen de la imposibilidad de valorarlos económicoamente, definidos en el artículo

¹⁶³ Citas de la transcripción: “*Íbid.*, p. 1281”.

¹⁶⁴ Citas de la transcripción: “*Pizarro, Ob. Cit.*, p. 532.”.

¹⁶⁵ Resolución al juicio de amparo directo 31/2013, resuelto por la Primera Sala de la SCJN en sesión del 26 de febrero de 2014, pp. 97-99. La sentencia se puede consultar en el siguiente link: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=153594>

1916 del Código Civil del Distrito Federal, concretamente, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Sin embargo, los daños generados a partir de una infracción en materia de competencia económica, se encuentran sujetos a los parámetros establecidos en el artículo 2110 del CCF, que como se expuso, sólo permitirían a los afectados reclamar los daños directos e inmediatos de la conducta ilícita.

d. Cuestiones accesorias

De acuerdo a la legislación federal, en el caso de las acciones individuales de daños causados por hechos ilícito prescriben en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño;¹⁶⁶ para el caso de las acciones colectivas, el plazo es de tres años, seis meses.¹⁶⁷

Criticábamos de las redacciones en la legislación anterior que fallaban en no suspender el plazo para la prescripción de las acciones, la nueva LFCE sí lo hace, pero no de la mejor manera. El artículo 134 de la LFCE señala que se interrumpirá el plazo de la prescripción de las acciones de daños con el acuerdo de inicio de la investigación que dicte la autoridad de competencia. Considero que debiera especificarse que, para el caso en el que los afectados sean los que denuncien el presunto hecho ilícito ante la autoridad de competencia, en términos del artículo 67 de la LFCE, el plazo debiera interrumpirse desde el momento de la presentación de la demanda, y no cuando se dicte el acuerdo de inicio de la investigación, pues ese momento no depende ya de los afectados. Lo anterior, máxime que el plazo para reclamar los daños es extremadamente corto, en comparación con los plazos concedidos en

¹⁶⁶ De acuerdo al artículo 1934 del Código Civil Federal.

¹⁶⁷ De acuerdo con el artículo 584 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

otras jurisdicciones, como en Europa dónde recientemente se amplió a cinco años.¹⁶⁸

Cabe mencionar también, que nada se establece respecto de cuándo debiera tenerse por reanudado el plazo para reclamar los daños y perjuicios; de manera que, tomando en cuenta que la resolución podría quedar firme en distintos momentos, dependiendo de si los agentes económicos reclamaren o no.¹⁶⁹ En este sentido, como fue expuesto, se propone que se defina expresamente el momento en el que se tendrá por reanudado el plazo, máxime que este es muy corto.

De igual manera, en caso en que la autoridad de competencia decidiera no dar trámite a una denuncia y nunca se iniciara una investigación, el plazo nunca se vería interrumpido, aunque, ciertamente en ese caso, la probabilidad de que la acción de daños fuera exitosa sería realmente muy baja, luego de que ni siquiera hubiera superado la barrera de una causa objetiva.

i. La valoración de pruebas

Bajo el procedimiento actual, en el cual, un afectado debe acudir primero a la instancia administrativa a denunciar lo que considera una infracción a las leyes de competencia, ante la determinación de que sí existió la conducta ilícita, no sería ya necesario probar la existencia de tal durante un proceso civil. No obstante, la forma en la que se deben evaluar las pruebas resulta particularmente relevante en dos momentos: i) en la determinación de si existe un nexo causal entre la conducta denunciada y el daño en la esfera jurídica del demandante, y posteriormente ii) en la cuantificación de los daños.

En este sentido, debe mencionarse que actualmente los jueces carecen de parámetros que los auxilien en la estimación de los daños,

¹⁶⁸ *Unión Europea*. Artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de noviembre de 2014.

¹⁶⁹ *Vid. Supra*. Cap. II, apartado 4, sección B, inciso a, sub-inciso i.

máxime que la materia puede representar grandes retos técnicos en ese sentido.

Recientemente la Segunda Sala de la SCJN reconoció el valor que tienen los análisis económicos como prueba indirecta para probar la existencia de una infracción, particularmente, una práctica monopólica absoluta.¹⁷⁰ Lo anterior, luego de que la COFECO sancionara a diversas empresas farmacéuticas que coordinaron sus posturas en las licitaciones públicas convocadas por el IMSS¹⁷¹.

El desarrollo jurisprudencial podría ayudar a resolver parcialmente este tema. Sin embargo, se estima que deberían establecerse lineamientos específicos que auxiliaran a los jueces en este sentido.

e. Puntos poco claros bajo el marco regulatorio actual

La forma en la que se encuentra regulado actualmente la reclamación de daños no resulta del todo clara en los rubros siguientes:

- i) No deja claro si la responsabilidad civil en materia de competencia económica únicamente puede ser determinada por los juzgados y tribunales especializados o, en cambio, también puede ser revisada por los juzgados y tribunales de cada entidad federativa.
- ii) Bajo lo anterior, no es claro si es posible presentar demandas civiles por daños y perjuicios de manera independiente al procedimiento administrativo de sanción.

¹⁷⁰ México, *Semanario Judicial de la Federación*, décima Época, Libro 21, agosto de 2015, Tomo I, tesis: 2a./J. 96/2015 (10a.), p. 806: “*Práctica monopólica absoluta. El “análisis económico” constituye una prueba indirecta con la que puede demostrarse aquélla.*”.

¹⁷¹ La resolución de dicha investigación puede consultarse en el portal de la Cofece, bajo el número de expediente IO-003-2016, bajo el siguiente link: <https://www.cofece.mx/cofece/index.php/resoluciones-y-opiniones>

i. ¿Jurisdicción local o federal?

El primer punto que genera cierta incertidumbre jurídica es cuáles son los órganos facultados para legislar y juzgar las reclamaciones de daños en materia de competencia económica. Tal es una incógnita que ha de quedar clarificada a efecto de evitar que los esfuerzos para regular una efectiva reclamación de daños se vean demeritados por carecer de validez constitucional. La falta de claridad sobre este punto habría generado que incluso el mismo IMSS, a un año de que se publicara la LFCE, presentara una demanda de daños y perjuicios ante los juzgados de distrito civiles y no ante los especializados.¹⁷²

Actualmente, aun cuando el artículo 134 de la LFCE concede la facultad a los juzgados especializados de resolver las acciones de daños y perjuicios, no existe certeza de que la intención del legislador fuera reservar la jurisdicción para dichos tribunales. Al respecto, en la Exposición de Motivos de la iniciativa de la LFCE, únicamente se hace alusión a evitar conflictos interpretativos entre tribunales no especializados; pero nada se dice que se quisiere reservar tal jurisdicción.¹⁷³

Ello en cuanto la reclamación de daños en la vía civil corresponde legislarlo y resolverlo, en principio, a cada una de las entidades federativas en sus propios ordenamientos y mediante sus propios órganos judiciales, y no a la federación en una ley federal y mediante sus tribunales.¹⁷⁴ Por otro lado, se tiene que los artículos 28 y 104 de la

¹⁷² Noticia Expansión, *opt. cit.*

¹⁷³ México, *Exposición de motivos de la propuesta de reforma a diversas disposiciones en materia de resolución de fondo del conflicto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* presentada por el Presidente de la República ante la Cámara de Diputados el 28 de abril de 2016.

¹⁷⁴ Se interpreta lo anterior de que no es una facultad que se hubiere otorgado expresamente en la Constitución a la Federación, de manera que, atendiendo al principio residual, se considera una facultad reservada a las entidades federativas.

Constitución, respectivamente, conceden a la Federación la facultad de legislar sobre la materia de competencia económica.¹⁷⁵ Pareciera, entonces, que la reclamación de daños y perjuicios en materia económica se sitúa en medio de ambos ámbitos, por un lado, es una reclamación civil, regida en principio por leyes locales y por el otro lado, la ilicitud de la conducta deriva de una ley federal.¹⁷⁶

El artículo 104 de la Constitución establece la posibilidad de que las acciones civiles que se susciten del cumplimiento de la legislación federal pueden ser resueltas por los tribunales de la federación o por los de las entidades federativas, según decida el actor:

“Artículo 104 [Constitución]. - Los Tribunales de la Federación conocerán:

(...)

De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común.

(...)” (Énfasis añadido)

¹⁷⁵ Los actos administrativos son revisados por medio del juicio de amparo por los juzgados y tribunales federales, sin embargo, la naturaleza de este juicio es puramente constitucional.

¹⁷⁶ Debe apuntarse que, aun cuando pareciese clara la facultad exclusiva federal para legislar en materia de competencia económica, como refiere Flores Bernés, en 2012 se propuso en el Estado de Nuevo León una “Ley para la Procuración y Defensa de la competencia Económica”, considerando que existían “facultades coincidentes y concurrentes” entre la Federación y los Estados para legislar en materia de competencia Económica; *apud* Flores Bernés, Miguel, *op. cit.*, p. 95. Propuesta de ley consultable en el portal oficial del Honorable Congreso del Estado de Nuevo León, bajo el Link: http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/iniciativas/pdf/pri/LXXII-2012-EXP7354.pdf

Cierto es que el artículo establece la posibilidad de acudir a los tribunales de las entidades federativas cuando sólo se afecten intereses privados, así como que las infracciones en materia de competencia económica afectan un interés público. No obstante, considero que para el caso concreto del proceso civil de daños y perjuicios, únicamente se estarían afectando intereses particulares, en cuanto las resoluciones que se dictarán no afectarían los intereses de la nación, sino que únicamente tendrían efectos para las partes en el juicio, a saber, el infractor y el afectado.¹⁷⁷ De manera, que si en la determinación de la responsabilidad civil de daños y perjuicios únicamente se ventilan intereses particulares, podría pensarse en que existe un sustento constitucional para que los juzgados del fuero común conozcan y resuelvan sobre estos casos.

Si se pretendía fijar la competencia en los juzgados federales especializados, la forma en la que se hizo no fue la ideal. Ello en cuanto a que, señala que los afectados “...podrán interponer las acciones judiciales en defensa de sus derechos ante los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones...”, sin utilizar expresiones que demuestren que debieran ser los únicos competentes.

Lo anterior, máxime que en el artículo 38 de la anterior LFCE`92 el legislador expresamente establecía:

“Artículo 38 [LFCE`92]. - (...)

No procederá acción judicial o administrativa alguna con base en esta Ley, fuera de las que la misma establece.”

(Énfasis añadido)

Sin embargo, dicha expresión fue omitida en la nueva redacción del artículo, abriendo así la puerta a que, al menos hipotéticamente, se puedan intentar acciones por una vía distinta. Considero entonces que,

¹⁷⁷ México, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo II, septiembre de 1995, tesis: XX.34 K, p. 527: “Competencia concurrente. Si la litis se entabla entre una institución de crédito y particulares, los tribunales federales o locales pueden conocer de esa controversia a elección del actor”.

si se hubiera querido reservar tal facultad a los tribunales de la Federación, lo ideal hubiera sido hacerlo directamente desde el orden constitucional y no en un ordenamiento federal. Ello en cuanto, la regla general de poder acudir a ambas instancias se encuentra establecida a nivel constitucional, por lo que, la excepción excluyendo a los tribunales locales debería hacerse, en todo caso, al mismo nivel normativo que la regla a exceptuar y no en un ordenamiento jerárquicamente inferior, como lo es el orden federal.

No pasa desapercibida la redacción del artículo 28 de la Constitución en la que se prevé la creación de los juzgados especializados en la resolución de los juicios de amparo, que constituye el único medio para revisar las resoluciones que emita la Cofece o el IFT.¹⁷⁸ Disposición que resulta además de suma relevancia por: i) conceder una fuerza sin comparación a las resoluciones de la Cofece y el IFT, en cuanto a que no pueden ser suspendidas¹⁷⁹, y ii) por constituir la única especialización de juzgados y tribunales federales ordenada desde el nivel constitucional.

No obstante, es importante distinguir la reserva material específica, toda vez que, el artículo 28, vigésimo párrafo, fracción VII, contempla la resolución de los juicios constitucionales relacionados con la materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, pero no sobre la resolución de las controversias civiles que se susciten de las infracciones en materia de competencia económica. Lo anterior, se suma a que dicha situación ni siquiera fue explicitada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación o en sucesivos acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal.

En conclusión, la concesión de facultades a los juzgados especializados en el artículo 134 de la LFCE es válida, sin embargo, si lo que el legislador pretendía era reservar tal facultad para estos órganos, la

¹⁷⁸ Flores Bernés, Miguel, *op. cit.*, p. 97.

¹⁷⁹ Salvo cuando imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones; en términos del artículo 28 de la Constitución.

redacción tendría que haber sido distinta y el lugar para hacerlo hubiera tenido que ser la Constitución.

Otras críticas se han hecho respecto de si la facultad concedida a la Cofece y el IFT en el artículo 28 de la Constitución, de “*(...) prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados (...)*” son reservadas únicamente para estos órganos, y en tal sentido un órgano judicial no podría declarar la ilicitud de una práctica de forma independiente o adicional a los procedimientos administrativos. Al respecto, disiento de la opinión de Flores Bernés¹⁸⁰, sobre que un tribunal se vería impedido por esta razón a declarar la ilicitud de una práctica, dado que de la redacción de la disposición constitucional se aprecia que se está enumerando las facultades de la Cofece y el IFT, pero sin expresar de alguna manera su exclusividad. Ciento es, también, que las autoridades sólo están facultadas a lo expresamente concedido, sin embargo, considero que se encuentra dentro de las facultades de los Tribunales Federales para dar cumplimiento y aplicación a las leyes federales, el poder interpretar si una conducta actualiza determinado supuesto normativo.

En el capítulo III, a continuación, se analizarán los efectos que puede generar un mecanismo de reclamación de daños en el entorno de la competencia económica, la racionalidad económica sobre la cual un afectado decide demandar los daños en sede judicial, así como, las propuestas para solucionar las deficiencias identificadas en el marco normativo aplicable.

¹⁸⁰ Flores Bernés, *opt. cit.*, p. 92.

Capítulo III.

HACIA UNA RECLAMACIÓN DE DAÑOS QUE HAGA MÁS EFICAZ AL DERECHO DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO

En las sociedades modernas, las instituciones han de adaptarse a la dinámica en la que ésta se desarrolla, entendiendo que la capacidad y flexibilidad de las autoridades de un Estado nunca lograrán, ni es deseable que así sea, ejercer un pleno control sobre la totalidad de las esferas reguladas. Es decir, ninguna entidad pública, por más recursos o facultades que se le concedan, podrá vigilar la totalidad de sus ámbitos adecuadamente, no sólo debido a sus naturales limitaciones físicas, sino debido a una serie de factores que en la práctica pueden minar su trabajo, entre ellos, desventajas informativas,¹⁸¹ su inevitable incidencia política o su proclividad a investigar casos más sencillos.¹⁸²

En este sentido, el Estado puede complementar sus tareas para alcanzar un Estado de Derecho, por medio del establecimiento de mecanismos en los que los principales interesados de que se mantenga un equilibrio puedan colaborar a restablecerlo cuando éste sea perdido.¹⁸³

Así, la implementación de un mecanismo efectivo de compensación puede ayudar no sólo con su primordial función de indemnizar a los afectados, sino también a incrementar el grado de vigilancia sobre los mercados y, con ello, servir de complemento para la sanción de infracciones. Implementar mecanismos efectivos de reclamación de daños requiere incentivar a los afectados por la comisión de una práctica ilícita para demandar los daños judicialmente, de manera

¹⁸¹ Glover, L. Maria, *op. cit.*, pp. 1154 – 1155.

¹⁸² Burbank, Farhang & Kritzer, *Private Enforcement*, 17 Lewis & Clark Law Review, 637, 2013, pp. 663-665.

¹⁸³ Cfr. Glover, J. Maria, *op. cit.*

que los infractores sean desmotivados a cometer las infracciones desde un inicio, ante el alto grado de que sean descubiertos y los costos que pudieren resultar de ello.

Particularmente, en la arena de la competencia económica, los mecanismos robustos de compensación de daños y perjuicios han demostrado ser de gran relevancia para la persecución de ilícitos. Al respecto, cabe destacar el caso de Estados Unidos en el que tan solo el 95% de la persecución de prácticas ilícitas en materia de competencia económica son presentadas por las partes privadas, o, dicho de otra manera, sólo el 5% de los casos son perseguidos por las autoridades federales, a saber, el Departamento de Justicia o de la Comisión Federal del Comercio de Estados Unidos.¹⁸⁴ De igual manera, Robert Lande y Joshua Davis académicos de las universidades de Baltimore y San Francisco, han identificado que las reclamaciones de daños y perjuicios generan en ese país incluso mayor disuasión que las sanciones penales asociadas a las mismas conductas.¹⁸⁵

Sin embargo, debe considerarse que un excesivo grado de vigilancia podría llegar a generar efectos contrarios y más lesivos que de no haber implementado un marco normativo en materia de competencia¹⁸⁶. Pero tampoco puede dejarse de lado que más allá de que un mecanismo efectivo de reclamación de daños ayude a hacer el derecho de competencia económica más eficaz, éste cumple con una fundamental función de garantizar el derecho básico de las víctimas a una

¹⁸⁴ Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁸⁵ En un primer estudio, de los cuarenta casos, sólo diez de ellos se presentaron luego de una investigación por parte de las autoridades (los llamados “follow-on cases”). Land y Davis, *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws*, 2011 Brigham Young University Law Review, 2011, p. 345

¹⁸⁶ Bork, Robert, *apud* Nuñez Melgoza, Javier, *op. cit.* p. 241.

compensación efectiva, evitando así un enriquecimiento ilegítimo de los infractores.¹⁸⁷

La reclamación de daños no es el único mecanismo que puede generar la disuasión requerida sobre el mercado, pues existen otros medios como la imposición de cuantiosas sanciones pecuniarias y hasta el establecimiento de sanciones penales que pueden ir hasta la privación de la libertad de las personas físicas que hubieren incurrido en la práctica; no obstante, la reclamación de daños civil sí constituye el único mecanismo que asegura una efectiva compensación de los afectados por un ilícito. Ello en cuanto a que los procedimientos administrativos, dada su naturaleza jurídica estrictamente sancionadora, no contemplan el otorgamiento de indemnizaciones para los afectados de la infracciones.¹⁸⁸ Incluso en los casos en los que el Estado ha tenido tales facultades ha decidido usarlas excepcionalmente.¹⁸⁹

En efecto, resultaría sumamente complejo para una autoridad administrativa, además de tener que detectar, investigar y sancionar a los infractores, que tuviera que identificar también a todos los afectados y cuantificar cada una de sus compensaciones; ello resultaría demasiado costoso y no sería eficiente.¹⁹⁰ Como vimos, en el caso de México, ni la

¹⁸⁷ Además de evitar un enriquecimiento ilícito de los infractores, un Estado podría estar especialmente interesado en recuperar las ganancias que hubieren obtenido infractores extranjeros, que hubieren llevado ese dinero fuera del país. Tan solo en el caso de los sesenta casos en Estados Unidos estudiados por Davis y Lande, el total de lo recuperado asciende a alrededor de 35 mil millones de dólares, de los cuales al menos, 6 mil millones de dólares provenían de corporaciones extranjeras; cantidad que regresó a la economía de estadounidense. Davis, y Lande, *Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Enforcement*, Georgia Law Review, 48(1), 2013, p. 17.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 9.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁹⁰ Ello en cuanto debería establecer mecanismos para publicitar, ordenar y estudiar los casos de cada uno de los que se dijeran afectados. Tan solo, dicho procedimiento en las

Cofece, ni el IFT pueden resolver controversias civiles y ordenar indemnizaciones para los afectados de las conductas que sancionaren.¹⁹¹

En el presente capítulo se expondrá: 1) los efectos que puede generar un marco normativo eficaz de reclamación de daños y perjuicios en el entorno de la competencia económica, 2) cuándo puede decirse que los afectados se encuentran incentivados a reclamar desde una racionalidad económica, y 3) las propuestas de cómo dar solución a los rubros que actualmente inhiben una eficaz reclamación de daños y perjuicios en México.

1. Los efectos de contar con una sólida reclamación de daños y perjuicios en el entorno de la competencia económica

A. Potenciales ventajas de contar con mecanismos sólidos de reclamación de daños y perjuicios

Bajo el ordenamiento mexicano, partiendo de que los afectados que deseen reclamar los daños y perjuicios deben agotar primero el procedimiento administrativo de sanción, los afectados que consideren que tienen una alta probabilidad de obtener una sentencia favorable a sus intereses, en su afán por ser compensados, llevarán más casos a la autoridad de competencia para su sanción, lo que a gran escala podría generar no sólo que aumenten las sanciones, sino también la probabilidad de que éstas se apliquen.

En la exposición de las ventajas asociadas a mecanismos efectivos de reclamación de daños a partir de una infracción en materia de competencia económica se seguirá lo estudiado por Burbank, Farhang y Kritzer, académicos estadounidenses que se han dedicado a estudiar arduamente la relación en comento.¹⁹²

acciones colectivas es uno de los más complejos. Ello sin contar, la falta de información que podría tener respecto de cada uno de los efectos de las prácticas ilícitas.

¹⁹¹ *Vid supra. Cap. II, apartado 1.*

¹⁹² Burbank, Farhang & Kritzer, *Private Enforcement, op. cit.*

Un efectivo mecanismo de reclamación de daños: i) permite aprovechar las ventajas informativas que ostentan los sujetos potencialmente afectados para detectar las violaciones, ii) puede conducir a la innovación en la forma en la que se entiende la materia de competencia económica, y iii) multiplica la vigilancia existente, contribuyendo a la emisión de señales claras a los potenciales infractores de que las violaciones serán generalmente sancionadas, aun cuando la capacidad de las autoridades se vea sobrepasada.¹⁹³

i. Permite aprovechar la ventaja informativa de las partes privadas para la detección de violaciones

Los sujetos afectados, en comparación con las entidades administrativas, pueden llegar a encontrarse en una mejor situación para identificar una conducta ilícita y, posteriormente, para allegarse de información relevante para sustentar la demanda en el proceso judicial. Ello, debido a que un privado puede ser más sensible a los efectos de una infracción, ya sea, por su pericia en el ámbito en que se comete la infracción o simplemente por haber resentido un daño en su esfera jurídica.¹⁹⁴

Para que una autoridad de competencia económica mantuviere tal grado de sensibilidad en los mercados, se tendría que mantener un permanente monitoreo sobre la totalidad de los mercados, circunstancia que sería sin duda extremadamente costoso e ineficiente. En este sentido, en la medida, en que los sujetos que resulten afectados participen directamente en el mercado, ellos se encontrarán en una mejor posición para hacerse de pruebas que puedan demostrar la existencia de una infracción.

Lo anterior, posibilita además la utilización de recursos informativos en los que la autoridad probablemente no hubiera pensado o que hubiera tardado más en obtenerlos. Así la participación de los

¹⁹³ *Ibidem*, pp. 661- 666.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 663 y 664.

afectados permite aumentar no sólo la cantidad de información, sino también la diversidad de las pruebas que permitan acreditar una conducta ilícita.

Entre los casos, en que los consumidores comúnmente reclaman son los sobreprecios derivados de la colusión entre varios competidores. Ellos les resultarían relativamente sencillos de identificar, dada la acción coordinada de un grupo de productores aumentando el precio del mismo bien.¹⁹⁵

Los productores de los mismos bienes, al tener por lo general la misma tecnología y por eso mismo competir con esos productores, conocen suficientemente los costos de ellos, de manera que, podrían identificar con bastante rapidez una depredación de precios en su contra. Así, además de identificar con mayor rapidez que los consumidores las prácticas ilícitas, podrían estar incluso más interesados en que tales prácticas fueran efectivamente sancionadas, puesto que, de no suceder, su actividad misma estaría en riesgo de desaparecer. De otra manera, los efectos negativos sobre el mercado no serían visibles y tardarían, al menos hasta que los competidores salieran del mercado.

ii. Puede conducir a la innovación en la forma en la que se entiende la materia de competencia económica

La participación de los afectados en la persecución de los ilícitos puede generar también una diversificación en la persecución de las infracciones misma. Mientras las funciones administrativas son propensas a caer en un conservadurismo o rigidez en la persecución de ilícitos, la inclusión de los abogados postulantes por medio del litigio permite que ellos, en su

¹⁹⁵ No obstante, en el caso de prácticas más complejas como la depredación de precios, los consumidores resultarían incluso beneficiados de menores precios en un primer momento, sin saber que tal precio se sostendría hasta que el infractor lograra sacar a los competidores del mercado, y poder así elevar el precio a uno de monopolio. Tal práctica aun cuando pudiese ser eventualmente identificada por los consumidores, lo sería bastante tarde para evitar severos daños, en cambio, los mismos competidores podrían identificar dicha acción desde muy temprano.

afán profesional de ganar o atraer nuevos casos, desarrollos constantemente nuevas formas de investigar, argumentar, probar y en general de entender los ilícitos y sus repercusiones. Fenómeno que puede contribuir al desarrollo legal de la misma materia de competencia económica, a partir de la diversificación en los casos y en la forma de probarlos y que, consecuentemente, propiciaría la generación de más precedentes judiciales.

1) *Propensión de la autoridad a investigar casos que pueda ganar*

Una autoridad administrativa encargada de la protección de la competencia económica, sujeta al escrutinio público como toda dependencia estatal, podría verse obligada a justificar su existencia y necesidad de creación mediante logros fácilmente medibles. Ello podría hacerla más propensa a escoger casos en los que la probabilidad de ganar fuera mayor, por lo que, podría dejar de investigar los casos en que efectivamente se hubiere cometido una infracción, pero que probarlo o defenderlo en la vía judicial resultare demasiado complicado.¹⁹⁶ Sin embargo, la falta de persecución pública podría también ser resultado de una preferencia a tolerar falsos negativos en vez de producir falsos positivos.

De manera que dichas circunstancias, en ausencia de denuncias por parte de los afectados generaría que ciertas prácticas un poco más sofisticadas que las normales quedasen impunes, abriendo la puerta a que los infractores infringieran las leyes, sin exponerse a riesgos creíbles de sanción.

¹⁹⁶ Tan solo en Estados Unidos, las dependencias dedicadas a la persecución ostentan porcentajes muy altos de casos ganados. En estudio realizado por Lande y Davis se afirma que el Departamento de Justicia de en su peor año de 2000 a 2009 tuvo un porcentaje del 90% de los casos ganados. Davis, y Lande, *Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Enforcement*, *op. cit.*, p. 32.

iii. Multiplica la vigilancia existente, lo que contribuye a elevar la expectativa de sanción para los infractores.

La reclamación de daños, entendida como un medio para la detección de ilícitos, puede complementar las tareas de vigilancia realizadas por las autoridades administrativas.

Un óptimo grado de vigilancia en el mercado podría no alcanzarse por sus naturales limitaciones físicas, pero también por la captura ideológica o política de la que inevitablemente son objeto. Así, si la ideología económica predominante entre los directores de una autoridad administrativa fuera excesivamente conservadora, generaría que de facto ciertas prácticas lesivas de la competencia económica no fueran investigadas. En el mismo sentido, las capturas políticas podrían generarse a partir de la elección de grupos de decisión dentro de las agencias administrativas con ideologías demasiado conservadoras. Situación que ya ha acontecido en Estados Unidos en la década de los ochenta, a partir de la elección de presidentes, en su mayoría republicanos, que impusieron políticas demasiado conservadoras de persecución de infracciones en materia de competencia económica.¹⁹⁷

De manera que, una vigilancia del cumplimiento de las leyes no exclusiva por las entidades administrativas, sino un sistema difuso en el que los sujetos privados se mantengan en permanente vigilancia sin importar los ambientes políticos reinantes o las capacidades que tenga una autoridad administrativa en un momento determinado, permite mantener la expectativa de sanción constante.

¹⁹⁷ Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise*, *op. cit.*, p. 60.

El académico John C. Coffee ha denominado una función de salvaguarda¹⁹⁸ (en inglés *failsafe function*).¹⁹⁹ Si aumenta la vigilancia y con ello aumenta la cantidad de ilícitos sancionados, en la misma medida se incrementará la expectativa de sanción para los potenciales infractores. Así, la existencia de mecanismos efectivos de la reclamación de daños, podrían traducirse en un incentivo negativo para los infractores que los llevara a decidir no violar las leyes de competencia económica. Por lo que, independientemente de que la autoridad pudiera descubrirlos eventualmente, un conjunto de sujetos indeterminados serviría para mantener la expectativa de sanción siempre latente.

De esta manera, se multiplican no solo los medios de persecución y vigilancia, sino que se permite que la vigilancia se distribuya de manera más eficiente entre las autoridades y los sujetos potencialmente afectados, lo que permitiría, a su vez, que las autoridades administrativas se dedicaran primordialmente a la investigación de aquellas violaciones perjudiciales que los privados no se encontraren incentivados a perseguir.

¹⁹⁸ Coffee, John C. Jr., *Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter is Not Working*, 42 Maryland Law Review, 1983, pp. 215,218; *apud* Burbank, Farhang & Kritzer, *Private Enforcement*, *op. cit.*, p. 665.

¹⁹⁹ De manera adicional, puede mencionarse que un sistema robusto de reclamación de daños puede representar también una alternativa a incrementar el tamaño de la burocracia y la subsecuente intervención del Estado en la vida económica y social de una población. Es decir, permite alcanzar los mismos fines alcanzados con una aplicación pública, mediante medios menos intervencionistas, más impopulares, y más costosos económica y políticamente. Especialmente en sociedades adversas a una fuerte intervención estatal como Estados Unidos, si pueden alcanzarse las mismas políticas públicas mediante mecanismos aparentemente menos paternalistas, resultará atractivo acudir a medios de regulación en la que el Estado no pueda ser acusado de un exceso control. Farhang, Sean, *opt. cit.*, pp. 43-44.

B. Retos en la implementación de mecanismos de reclamación de daños y perjuicios.

No obstante las cualidades mencionadas, la implementación de un mecanismo de reclamación de daños que genere excesivas prerrogativas a favor de los demandantes podría, en determinados casos, generar efectos contrarios a los deseables. Al respecto, muchas han sido las críticas que se han levantado en Estados Unidos²⁰⁰ y recientemente en Europa con motivo de la discusión para la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, comunidad que ha preferido históricamente la persecución pública sobre la persecución privada.²⁰¹

El establecimiento de la reclamación de daños como vigilancia del cumplimiento de las normas no implica necesariamente la exclusión de las tareas de vigilancia que realiza la autoridad administrativa. Por el contrario, ambos mecanismos pueden subsistir bajo el mismo sistema regulatorio, todo depende de la forma en que éstos se configuren. Entre los retos se han mencionado los siguientes riesgos, que: i) puede generar un excesivo efecto disuasivo en los mercados, ii) puede desincentivar la participación de los infractores en los programas de cooperación con las autoridades administrativas, y que iii) puede propiciar la utilización estratégica de las acciones de daños.

²⁰⁰ País en el que hubo varios intentos por reformar la reclamación de daños, principalmente para reducir su papel en las políticas públicas de persecución de ilícitos, particularmente, de las acciones colectivas. Para conocer detalles sobre los períodos y detalles de las discusiones consultar: *Cfr. Burbank, Stephen B. & Farhang, Sean, Class Actions and the Counterrevolution Against Federal Litigation*, Faculty Scholarship, Paper 1555, 2015; y *Hensler, D. R., & Rowe, T. D., Beyond "It Just Ain't Worth It": Alternative Strategies for Damage Class Action Reform*, *Law and Contemporary Problems*, 64(2/3), 2001, p. 139.

²⁰¹ McAfee, H. Mialon & S. Mialon, *Private v. public antitrust enforcement: A strategic analysis*, *Journal of Public Economics*, Volume 92, Issues 10–11, 2008, p. 1864.

i. Puede generar un excesivo efecto disuasorio

Como dijimos, aun cuando la finalidad de un mecanismo de competencia económica sea alcanzar un alto grado de disuasión posible, un entero nivel de disuasión, por sus consecuencias, tampoco es deseable. Ello en cuanto a que, los costos sociales derivados del nivel de vigilancia o intervención estatal tan severo que debería ejercerse terminarían generando que las desventajas fueran mayores que los beneficios.²⁰² Por lo tanto, el equilibrio al que se debe aspirar en el entorno de la competencia económica estará dado por aquel nivel de vigilancia que alcance un grado óptimo, pero no total, de disuasión.²⁰³

De acuerdo con el Profesor William Landes²⁰⁴, académico de la Universidad de Chicago, quien se ha dedicado a estudiar profundamente la relación entre las sanciones en materia de competencia económica y el nivel de disuasión que generan en los infractores, el nivel óptimo de disuasión se alcanza mediante el establecimiento de sanciones, que se obtienen a partir de la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{daños totales generados}}{\text{(probabilidad de ser descubierto} \times \text{probabilidad de que se pruebe la infracción)}} = \text{Total de sanciones.}$$

Desde luego, no es posible conocer el nivel óptimo de sanciones dado por esta fórmula si se desconoce el porcentaje de infracciones cometidas no detectadas, pero dicha fórmula nos ayuda a entender que las sanciones totales deben exceder los daños causados totales, pues la probabilidad de que los infractores sean descubiertos y de que las infracciones sean probadas es siempre menor a uno. Es decir, si las

²⁰² Schinkel, Maarten Pieter & Tuinstra, *op. cit.*

²⁰³ Como señala Hovenkamp, existe un punto en que obtener más disuasión es socialmente más caro que los beneficios que se obtienen. Ello en cuanto la aplicación misma de las sanciones (en inglés *Enforcement*) se encuentra sujeta a rendimientos marginales decrecientes y costos marginales crecientes. Hovenkamp, Herbert, *A Primer on Antitrust Damages*, 2011, p. 3.

²⁰⁴ Land y Davis, *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws*, *opt. cit.*, pp. 319-320.

sanciones para los infractores, en caso de ser descubiertos y probados culpables, fueran incluso todas las ganancias económicas que obtuvieron ilícitamente, dado el margen de probabilidad de que no sean descubiertos o que si los descubren no se logre probar su culpabilidad, no tendrían razones económicas para no cometer la práctica ilícita; en términos económicos nunca saldrían perdiendo.

Incrementar las penas, suple la falta de persecución. Ello exemplificado con un robo, equivale a que, si un ladrón supiere que en caso de ser descubierto únicamente será obligado a devolver la cosa robada, siempre decidirá robar, dado que existe la posibilidad de que no sea descubierto, sumado a que de suceder no tendría pérdida económica alguna. En este sentido, debe encontrarse un equilibrio entre las sanciones administrativas y las compensaciones civiles; un desbalance entre ellas podría generar un grado indeseado de disuasión, se porque fuere muy bajo o muy alto.

ii. Puede desincentivar la cooperación de los infractores con las entidades de persecución

La cooperación voluntaria de los infractores con las autoridades, como ocurre en los programas de inmunidad o de reducción de sanciones parten de la confianza de los infractores a colocarse en una mejor situación de aquella en que la autoridad los descubriese, de manera que prefieren cooperar y enfrentar menores costos y sanciones, a no cooperar y tener que pagar altas sanciones al ser descubiertos. Dichos programas de cooperación son de los más exitosos dentro de la vigilancia pública para sancionar prácticas en contra de la competencia, toda vez que le permiten

a la autoridad sancionar conductas ilícitas, sin tener que incurrir en los costos propios de una investigación.²⁰⁵

Al respecto, se ha argumentado que la mejora en las condiciones para reclamar los daños y perjuicios podría conducir a que menos infractores decidieran cooperar con la autoridad administrativa.²⁰⁶ Considero que dicha crítica es válida si cooperar con la autoridad se tradujera en tener que pagar cantidades que excedieran de manera importante a los daños generados, lo que representaría un peor escenario que el de cooperar y pagar sanciones mínimas. No obstante, aun cuando pudiere parecer menos atractivo para el que asume su culpa, injusto sería privar a los afectados de mecanismos efectivos para ser indemnizados; en todo caso, el afectado no tiene la posibilidad de elegir ser afectado o no, y el infractor sí la tiene, de cometer o no la conducta desde un inicio.

Lo anterior nos lleva a entender que, en caso de robustecerse el mecanismo de reclamación de daños y perjuicios, paralelamente deben reconfigurarse los incentivos, para que el equilibrio, aun cuando el infractor tuviere que pagar altas indemnizaciones, se mantuviere en el punto en que el infractor decide cooperar.

iii. Puede propiciar la utilización estratégica de las acciones de daños

Se ha expuesto que los infractores podrían verse desincentivados a cooperar con las autoridades en los llamados programas de clemencia o de inmunidad, si la información que aportaran fuere posteriormente revelada a las personas que presentaren una demanda de daños.

Los demandantes que acuden a las instancias judiciales en el afán de satisfacer sus propios intereses pueden ayudar también al bien común si su conducta conduce a la sanción de verdaderos infractores. Sin

²⁰⁵ Mena Labarthe y Méndez Rodríguez, *El programa de inmunidad den México: perspectiva internacional*, en Derecho de Competencia en México, coords. Mena Labarthe, Roldán Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015, p. 241.

²⁰⁶ Silbye, F, *A note on antitrust damages and leniency programs. European Journal of Law and Economics*, 33(3), 2012, pp. 691-699.

embargo, éstas son dos variables que pudieran no moverse en la misma dirección, en cambio, las demandas podrían atender intereses distintos que atentaran incluso contra el bien común, sobre todo en la medida en la que las acciones de daños fueran utilizadas por competidores de manera estratégica. Particularmente, ello podría resultar riesgoso en el caso de que sujetos presentaren demandas que careciesen de sustento, únicamente con la finalidad de acceder a información sensible que pudiera comprometer la posición competitiva del infractor.

Los efectos de la competencia no siempre benefician a los competidores de determinado productor, sino que en la mayoría de los casos los afectan. Por ejemplo, en caso de que un productor baje sus precios o inmove en el producto o el servicio respecto a sus competidores, se haría de más consumidores, pero a costa de que sus competidores redujeran sus ventas.

De manera que los competidores están probablemente en la mejor posición para detectar las prácticas ilícitas, pero tienen también los suficientes incentivos para utilizar los medios de denuncia y reclamación como medios para denunciar las prácticas agresivas para ellos y benéficas para el mercado. Así, los productores con deficiencias productivas podrían aprovechar las reclamaciones civiles como un medio para frenar prácticas de productores que sí fueran eficientes, pero que de implementarlas dejarían a los primeros en desventaja. Por lo que, tal instrumento legal podría terminar afectando a los consumidores en última instancia, al inhibir que productores, por temor a ser acusados y sancionados, decidiesen no invertir en mejorar la calidad o precios de sus productos.²⁰⁷

²⁰⁷ Este medio ha sido utilizado incluso para exigir el pago del llamado “impuesto al éxito” (en inglés *tax on success*), por medio del cual el productor que se vuelve más eficiente productivamente, con tal de no ser denunciados por prácticas monopólicas, se ve obligado a pagar a los productores menos eficientes que podrían resultar desplazados del mercado. Lo cual sin duda desincentiva la inversión y la innovación, y lesiona a los consumidores. McAfee, H. Mialon & S. Mialon, *opt. cit.*, p.5.

Debe tenerse cuidado entonces en no conceder demasiadas facilidades a los demandantes para acusar y probar la culpabilidad de los supuestos infractores, dado que, de no hacerlo ciertos grupos se podrían aprovechar de tal circunstancia para presentar demandas carentes de sustento real y obligar así a los demandados a pactar o cesar la práctica, pese a no haber cometido infracción alguna. Tales grupos pueden bien ser los competidores, pero también consumidores o despachos que buscarán enriquecerse ilegítimamente.²⁰⁸

Con independencia de dicha reserva, existen estudios que han demostrado que para los casos de competencia económica, los demandantes tienen suficientes razones para ser más adversos al riesgo de enfrentar un proceso judicial, que los mismos sujetos demandados.²⁰⁹ Lo expuesto anteriormente representa un riesgo de los procesos contenciosos en general, por lo que no debe tomarse como un riesgo inherente a las reclamaciones civiles por daños y perjuicios. La posibilidad de utilizar a este medio de manera estratégica dependerá, por un lado, de su concreta configuración, y, por otro lado, de que existan tribunales confiables.

²⁰⁸ Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise*, *opt cit.*, p. 59.

²⁰⁹ Se llegó a la conclusión de que las acusaciones de los demandantes, al menos en estas muestras, no carecían de méritos. Y en efecto, se demostró que los demandantes mismos se enfrentan a mayores costos que los demandados en caso de perder el juicio, lo que incluso los lleva a aceptar acuerdos muy por debajo de los daños totales que podrían ganar en juicio, pero que preferirían no arriesgarse a no recibir siquiera. De manera que serían las propias víctimas las que incluso se encontrarían en mayor riesgo de ser afectados por intereses perversos, en cuanto a que sus abogados tendrían más incentivos a negociar, aunque fueran cantidades muy bajas, con la finalidad de no arriesgar sus propios recursos, como pasa en muchos casos en los que son ellos los que los proveen bajo cláusulas conocidas como “*contingency fee*”, en las que solo cobran una cantidad, en caso de obtener un resultado favorable del litigio. Davis, y Lande, *Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Enforcement*, *op. cit.*, p. 37.

2. Análisis económico del derecho de la reclamación de daños

Revisamos en el apartado 3 del capítulo II, las funciones que puede tener un mecanismo de reclamación de daños, ya sea, como un medio que busque una efectiva compensación, o como un medio que además busque generar la disuasión de infracciones.²¹⁰ Sin embargo, independientemente de la función que tenga, la reclamación para que efectivamente sea eficaz, debe incentivar a los afectados a que acudan a reclamar sus daños en la vía judicial. En este sentido, si un sistema de reclamación de daños no cumple con su función esencial que es la reparación de los daños y el resarcimiento de los perjuicios, menos podrá cumplir en su función accesoria de incidir en la manera en que se comporta una sociedad, concretamente, en la manera en la que se comportan los infractores.

En este sentido, como mencionan Alex Stein and Gideon Parchomovsky, profesores de las universidades de Harvard y de Pensilvania, aun cuando a los afectados por una conducta ilícita les asista un derecho a ser compensados por los daños y perjuicios que hubieren sufrido, este derecho no sucede de manera automática:

“(...) Rights, however, are not self-enforcing. They must be vindicated via our legal system, or more precisely, through litigation. Actual litigation is not always necessary. Oftentimes, the threat of commencing litigation will suffice to protect rights. But the threat must be credible: a rightsholder must be able to commence a case in court in order to deter violations of her right. As a legal matter, a rightsholder is at liberty to take her plight to court. As an economic matter, things are dramatically different. From an economic perspective, if rightsholders are rational self-interest

²¹⁰ *Vid. Supra.* Cap. II, apartado 3, sección C.

*maximizers, they will litigate if and only if litigation dominates the alternatives of settling or doing nothing. (...)"*²¹¹

De manera que, cuando hablamos de incentivos nos referimos a todos aquellos aspectos que motivan o desmotivan a los afectados a acudir a las instancias judiciales y reclamar los daños, como es el que en términos netos les resulte redituable. La ausencia de incentivos podría traducirse en que los afectados decidieren no reclamar, en casos en que las compensaciones ordenadas judicialmente no alcanzaran para cubrir al menos los costos del litigio.

Aun cuando no existan costos judiciales, emprender un litigio no es gratuito, pues necesariamente requiere gastos en pruebas o abogados que podrían llegar a exceder a las compensaciones que se dictaran en una resolución favorable.²¹² Así, tanto para los afectados, como para los infractores, sus decisiones estarán determinadas principalmente por las pérdidas o ganancias esperadas, factor que en contados casos podría no ser decisivo, pero que sin duda resulta de vital importancia para generar

²¹¹ Traducción propia: “(...)*Los derechos, sin embargo, no son autoejecutables. Deben reclamarse a través de nuestro sistema legal, o más precisamente, a través de un litigio. El litigio real no siempre es necesario. A menudo, la amenaza de iniciar un litigio será suficiente para proteger los derechos. Pero la amenaza debe ser creíble: el titular de un derecho debe poder iniciar un caso en el tribunal para evitar violaciones de su derecho. Desde el punto de vista jurídico, un titular de derechos tiene la libertad de llevar su caso ante los tribunales. [Sin embargo,] [d]esde el punto de vista económico, las cosas son dramáticamente diferentes. Desde una perspectiva económica, si los titulares de derechos maximizan sus propios intereses racionales, litigarán si y solo si el litigio domina las alternativas de negociar o no hacer nada. (...)"* Stein y Parchomovsky, *Empowering Individual Plaintiffs*, Cornell Law Review, Vol. 102, pp. 1320-1321.

²¹² La utilización de la reclamación civil de daños, en este sentido, no ha de ser confundida con los fenómenos de judicialización o intervención judicial en las políticas públicas, en tanto, éste no engloba sólo los procedimientos judiciales de reclamación de las partes privadas, sino también el contexto general de incentivos y condiciones que rodean el litigio, incluso antes de acudir a las instancias judiciales.

una práctica común en una sociedad. Ello en cuanto, independientemente de las motivaciones que llevan a un individuo en concreto a reclamar los daños, muy pocos serían los afectados que estarían dispuestos a verse económicamente más afectados de lo que hubieren resultado por la infracción.

A. La dinámica de incentivos en la reclamación

La ecuación que a continuación se presenta ha sido expuesta por Farhang²¹³ y resulta muy ilustrativa al respecto, en cuanto sintetiza de manera sencilla los factores que inciden en la probabilidad de un afectado para acudir a un juicio:

$$EV = EB(p) - EC$$

En la que *EV* es el “Valor Total Esperado”, *EB* son los “Beneficios Esperados” en caso de obtener una sentencia favorable, (*p*) es la “probabilidad de una resolución favorable” en un procedimiento judicial, y *EC* son los “Costos Esperados” del litigio.²¹⁴

Así, en los casos en los que el *Valor Total Esperado* (*EV*) sea positivo, el afectado decidiría acudir a juicio; a su vez, en los casos en que tal sea negativo o muy bajo, el afectado optaría razonablemente por no acudir a las instancias judiciales. A lo anterior debe sumarse el hecho de que, en la gran mayoría de los casos, los propios afectados no son abogados y deberán contratar a abogados para que lleven el caso. Por lo que, la decisión de acudir o no a juicio podría no ser tomada exclusivamente por el afectado, sino también por los abogados mismos, que muchas veces cobran sus honorarios tomando como base lo ganado en el juicio. De manera que, los abogados postulantes, al evaluar las ganancias y costos esperados de llevar o no el juicio inciden de manera

²¹³ Farhang, Sean, *opt. cit.*, pp. 21-31.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 22.

indirecta en que efectivamente las infracciones sean reclamadas por los afectados.²¹⁵

Los *Beneficios Esperados (EB)* se encuentran determinados por los daños que pueda recuperar el demandante, lo que incide directamente en el *Valor Total Esperado (EV)*, y con ello en los incentivos del afectado para acudir a las instancias judiciales.

La probabilidad (*p*) de que un afectado logre una sentencia favorable a sus intereses dependerá de que efectivamente logre probar la afectación en su esfera jurídica, así como de que se logren cuantificar debidamente los daños que hubiere resentido. Ambos elementos representan uno de los principales retos para el establecimiento de mecanismos de reclamación de daños y perjuicios en materia de competencia económica, pues, aunque se encuentre establecido un derecho a una compensación, judicialmente se requerirá de probar y cuantificar los daños debidamente.

Los *Costos Esperados (EC)* serán por lo general, la suma entre los costos del procedimiento judicial (en caso de que los tribunales cobren por los servicios), los honorarios de los abogados, y otros cobros por la preparación de pruebas, dictámenes periciales, entre otros.

Dichos costos pueden verse sustancialmente afectados según la regla que se siga para pagar o no los gastos de la contraparte vencedora, al respecto, puede seguirse la “regla americana” o la “regla inglesa”.²¹⁶

Sin embargo, para el caso mexicano considero que, en este sentido, lo más apropiado es que ambas partes asuman los costos del litigio, de manera, que no se incentive la presentación de demandas sin sustento.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 30.

²¹⁶ Burbank, Farhang & Kritzer, *Private Enforcement*, *op. cit.*, p. 676.

3. Replanteando el marco normativo que rige las reclamaciones de daños y perjuicios

A continuación, se presentan los rubros dentro del marco normativo aplicable a la reclamación de daños y perjuicios sobre los cuales se considera existe necesidad de emprender cambios, a fin de incentivar debidamente la presentación de reclamaciones de daños por parte de los afectados en materia de competencia económica. En la exposición de dichas propuestas se seguirá el orden siguiente, las relativas a: A) incorporar al artículo 134 de la LFCE otras conductas que pueden generar daños, B) definir la jurisdicción facultada para resolver las controversias civiles derivadas de una violación al marco normativo de competencia económica, C) adecuar a la materia de competencia económica, el estándar de daño, D) ampliar los plazos para reclamar, E) establecer compensaciones adicionales mínimas disponibles para los afectados, y F) adecuar diversos rubros accesorios.

Para evitar efectos negativos desconocidos en otras al momento de adecuar la institución civil, se propone la adopción de Lineamientos legales específicos a la materia de competencia económica.

A. Ampliar el espectro de conductas ante las cuales se puede exigir una compensación

Durante la definición del “hecho ilícito” que puede dar lugar a una reclamación de daños y perjuicios en términos del artículo 134 de la LFCE, observamos que existen conductas adicionales a las establecidas en dicho artículo que pueden afectar a los agentes que concurren en el mercado²¹⁷

Las conductas identificadas se pueden agrupar en dos grupos: i) aquellas establecidas a nivel constitucional, pero no definidas

²¹⁷ *Vid. Supra.* Cap II, apartado 4, sección B, inciso a.

legalmente, y ii) conductas que derivan del incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la autoridad de competencia.

Respecto del primer grupo, se propone mantener su exclusión, hasta que no se defina legalmente los elementos que deben entenderse que las actualizan. Dentro de estas conductas se encuentran los estancos y las exenciones de impuestos.

No obstante, respecto del incumplimiento de resoluciones relativas a las concentraciones condicionadas, sobre precios máximos y sobre medidas ante la existencia de un insumo esencial. De tal manera que, se considera que no existiría impedimento legal o constitucional que impidiera que un afectado pudiera reclamar los daños y perjuicios resentidos en su esfera jurídica a partir de un incumplimiento a las resoluciones referidas. Sin embargo, bien valdría aclarar este punto en el mismo artículo 134 de la LFCE, y así evitar que una eventual interpretación restrictiva privara a los afectados del derecho a ser compensados.

B. Definir la jurisdicción facultada para resolver las controversias civiles a partir de una violación al marco normativo de competencia económica

La incertidumbre jurídica respecto de los órganos competentes para resolver estos casos, en principio, no debería generar que un afectado se quedara desprotegido en caso de acudir a un juzgado distinto de los especializados, pues los efectos de la disposición en la forma en la que está redactada actualmente no reservan la competencia para los juzgados especializados. Sin embargo, este no pareció haber sido el criterio por parte del juzgado de distrito en materia civil que se inhibió de conocer la demanda por el IMSS.²¹⁸ De manera que resulta de especial relevancia

²¹⁸ *Vid. Supra.* Cap. II, apartado 4, sección A, inciso b.

establecer a nivel constitucional, y no legal,²¹⁹ los tribunales competentes.

En este sentido considero que es pertinente reservar la mencionada jurisdicción a los juzgados especializados, pues, bajo este esquema se aprovecha la creación de unos órganos altamente especializados para la determinación de las infracciones, ante los conocimientos en economía que requiere la materia de competencia económica. Particularmente, la determinación de las infracciones o la evaluación de los daños podrían representar importantes retos para los tribunales; los cuales no sólo requieren de conocimientos jurídicos, sino también de complejos conocimientos en materia económica.²²⁰

Asimismo, aun cuando la relación secuencial entre el procedimiento administrativo y civil resulte temporalmente más extenso. a tener procedimientos independientes, ello propicia una mejor persecución de las infracciones en la materia de competencia económica. En este sentido, mantener la relación secuencial entre ambos procedimientos considero que ayuda a evitar la sanción de falsos positivos, evitando que resultados que pudieran afectar una coherencia dentro de la política de competencia económica; ello, sin duda, deviene en mayor certeza jurídica para todos los agentes del mercado.

C. Los sujetos que debieran estar legitimados para reclamar

El espectro de los sujetos que pueden ser afectados va desde los afectados directamente hasta los afectados indirectamente. Sin embargo, en la determinación de quiénes pueden efectivamente reclamar los daños y perjuicios se corren ciertos riesgos. En caso de restringirlo a los directamente afectados, los sujetos a los que se les hubiesen trasladado indebidamente los daños no estarían en posibilidad de reclamar; por otro

²¹⁹ *Vid. Supra. Cap. II*, apartado 4, sección B, inciso e, sub-inciso i.

²²⁰ *Unión Europea*, Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 26 de noviembre de 2014, considerando 45.

lado, en caso de extender la legitimidad a todo sujeto que pudiere demostrar un daño, aunque sea de manera indirecta, se ha aducido que: i) sería demasiado complejo rastrear los daños ocasionados en una cadena de comercialización, o ii) que los infractores podrían resultar restituyendo cantidades excesivamente más altas que las ganancias que hubieren obtenido y los daños que hubieren ocasionado.²²¹

Así, los sujetos que pueden efectivamente reclamar los daños en sede judicial se encuentran determinados el estándar de daño que pueda reclamarse. Como comentamos, el artículo 134 de la LFCE no limita en principio a nadie para que pueda ejercitar una acción de daños y perjuicios,²²² sin embargo, el estándar establecido artículo 2110 del CCF resulta demasiado restrictivo, pues únicamente permite que los afectados reclamen los daños directos e inmediatos, excluyendo a los afectados de manera indirecta.²²³ Sobre este punto, propongo seguir lo adoptado en la Comunidad Europea respecto de ampliar el estándar de daño para que los daños directos y mediatos puedan ser reclamados;²²⁴ ello, por supuesto, sin que tuviera que dejar de ser probado un daño cierto y real y la razonable previsibilidad del daño.²²⁵

a. Del establecimiento de los medios de agregación

Es importante atender también a la posibilidad de que los afectados puedan conjuntar sus demandas que les permitan compartir costos e

²²¹ Caso Estados Unidos: *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). pp. 737-744 y 730-731: *apud* Hovenkamp, Herbert, *The Indirect-Purchaser Rule and Cost-Plus Sales*, Harvard Law Review, 1990, 103(7), p. 1718.

²²² *Vid Supra*. Cap. II, apartado 4, sección B.

²²³ *Vid. Supra*. Cap. II, apartado 4, sección B, inciso c, sub-inciso ii.

²²⁴ *Unión Europea*, Directiva 2014/104/EU, *opt. cit.*, Artículo 12.

²²⁵ Como menciona Abel Rivera, este estándar ya fue de hecho adoptado en la materia de derecho ambiental, en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, artículo 2.IV. Rivera Pedroza, J. Abel, *opt. cit.*, pp. 58-62.

información. Al respecto, existen críticas sobre las grandes cantidades de dinero que podrían llegar a ser reclamadas por medio de una acción colectiva, que podría generar que empresas, ante el riesgo o temor de ver afectada su posición en el mercado, tuvieran que negociar con los demandantes, sin que hubieren cometido infracción alguna.²²⁶

Sin embargo, lo cierto es que las críticas se han centrado en los detalles que otorgan mucha facilidad a este medio, y no en el medio en sí. En cambio, la necesidad de implementarlo ha sido especialmente enfatizada, sobre todo en casos donde los daños son tan bajos, que desincentivarían a los afectados a pagar los costos del litigio.²²⁷

El medio de agregación, no sólo incide en la cantidad del litigio, sino también en la calidad de las demandas. Las demandas presentadas por competidores, al ser más grandes los daños o simplemente por tener el capital suficiente para contar con una muy buena asesoría legal podrían ser cualitativamente superiores a las que presentasen consumidores, cuyos daños fueran menores. En este sentido, si se permite que varios sujetos se junten para ejercitar sus acciones de daños, en conjunto podrán acceder a mejores representaciones legales y con ello elevar su probabilidad de ganar los juicios.²²⁸

En este punto resulta de fundamental importancia la manera en la que se encuentren regulados los procedimientos de agregación, a saber, de manera *opt-in* u *opt-out*. Bajo el sistema *opt-out*, los demandantes reclaman los daños a nombre de la colectividad, a menos de que los afectados expresamente decidan excluirse; a diferencia del sistema *opt-in*, en el que en principio todos los afectados se encuentran excluidos de la demanda, a menos de que expresen que se quieren unir al grupo

²²⁶ Caso Estados Unidos: *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007), p. 559; *apud* Davis, y Lande, *Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Enforcement*, *op. cit.*, p. 3.

²²⁷ Dickey, B. M., & Rubinfield, D. L., *Antitrust Class Certification: Towards an Economic Framework*, NYU Annual Survey of American Law, vol. 66, 2010, p. 459.

²²⁸ Burbank, Farhang & Kritzer, *Private Enforcement*, *op. cit.*, pp. 674 y 675.

demandante. En este sentido, uno de los puntos que ha generado cierta reserva en este punto es que, bajo el sistema *opt-out*, las resoluciones son vinculantes para todos los afectados, aun cuando no se hayan adherido expresamente a la demanda; lo que podría generar que malas defensas legales terminaran perjudicando a los afectados.

Bajo el ordenamiento mexicano, considero que tales son riesgos pueden ser atajados debidamente mediante la salvaguarda que establece ciertos requisitos que aseguran la legitimidad de las representaciones legales. En términos del artículo 585 del CFPC, sólo puedan presentarse por: las autoridades administrativas de protección,²²⁹ el representante común de colectividad conformada por al menos treinta miembros, las asociaciones civiles constituidas al menos un año antes de presentar la acción de daños (cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate) o por el Procurador General de la República.

Sin embargo, considero que para asegurar el uso indiscriminado de este medio de reclamación debería seguirse lo propuesto en el estudio de la Dirección General de Políticas Internas de la Unión Europea²³⁰, respecto de que las acciones colectivas únicamente se tramiten bajo el modelo *opt-in*, en casos que justifiquen su necesidad, los cuales deben ser regulados claramente, como el caso de que los daños generados a los

²²⁹ La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia.

²³⁰ Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, *A: Economic And Scientific Policy, Collective Redress in Antitrust*, 2012, Brussels, European Parliament, el cual se puede consultar en el siguiente portal: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120613ATT46782/20120613ATT46782EN.pdf>

consumidores sean tan bajos como para poder conjuntar a los afectados.²³¹

En este sentido, variantes del mecanismo propuesto ya son de hecho utilizados en Bélgica y Reino Unido. A partir de las nuevas disposiciones aprobadas en 2014, en Bélgica únicamente pueden presentar acciones colectivas las organizaciones que cumplan con determinados criterios y, en su caso, corresponde al juez que conozca del litigio si se llevara mediante el mecanismo *opt-in* u *opt-out*; de similar manera, lo realiza el Tribunal de Apelaciones de Competencia en el Reino Unido, bajo procedimientos muy particulares.²³²

D. La amplitud de los plazos legales

Por otro lado, el plazo que se les conceda a los sujetos privados para reclamar es igualmente determinante para que efectivamente todos los afectados tengan el tiempo suficiente para detectar el daño y la fuente del daño, así como para preparar sus acusaciones legales, dado que un plazo bastante corto, que en la práctica podría terminar excluyendo a un grupo que, por lo mediato de la infracción, necesitara de más tiempo para cobrar conciencia sobre el daño.

²³¹ Cabe mencionar que, en 2013 la Comisión Europea adoptó las “Recomendaciones sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión”, en los que expresamente se sugiere la adopción del mecanismo *opt-in* (parágrafo 21). En efecto, dentro de la comunidad europea se ha tenido una especial reserva respecto a los medios de agregación de demandas y los daños multiplicados, particularmente, ante el miedo de propiciar demandas sin méritos. Geradin, D, *Collective Redress for Antitrust Damages in the European Union: Is This a Reality Now*, George Mason Law Review, 2014, vol. 22, pp. 1079-1080.

²³² *Ibídem*, pp. 1099-1001.

En este sentido, el plazo para poder ejercitar una acción de daños en México es demasiado corto, de dos años para las acciones individuales y de tres años seis meses para las acciones colectivas.²³³ En este sentido, se propone adoptar un plazo de cinco años para poder presentar esta acción, como recientemente fue ordenado para los países miembro de la Unión Europea.²³⁴

E. Las compensaciones que debieran estar disponibles

La sola compensación de los daños que hayan podido ser demostrados menos los costos del litigio, podrían no significar suficiente incentivo. En este sentido, se ha optado por que los afectados puedan acceder a compensaciones adicionales a los daños generados. Existen diversas modalidades de compensaciones: daños dobles o triples (*doubled or trebled damages*), daños punitivos (*punitive damages*), daños pre establecidos (*statutory damages*).

La concesión de varias veces los daños a los afectados ha sido ampliamente discutida dentro del ámbito académico, debido a que es considerado excesivo a la compensación, así como porque puede llevar fácilmente a que exista un nivel de excesiva disuasión.²³⁵ Ello, en cuanto inciden directamente en la cantidad de acciones de daños que se presenten, por lo que, deben ser cuidadosamente configuradas para evitar que ello degenera en la presentación de demandas frívolas.

Para impedir esto, académicos han propuesto incluso la multiplicación de los daños para los infractores, sin que todo lo que tengan que pagar vaya directamente a los afectados; argumentan que de esta manera se evitaría la presentación de demandas frívolas.²³⁶ No

²³³ *Vid. Supra. Cap. II*, apartado 4, sección B.

²³⁴ *Unión Europea*, Directiva 2014/104/UE, *opt. cit.*, Artículo 10.

²³⁵ Polinsky, A. M., & Shavell, S., *Punitive damages: An economic analysis*, *Harvard Law Review*, 1998, vol. 111 (4), p. 955.

²³⁶ McAfee, H. Mialon & S. Mialon, *opt. cit.*

obstante, considero que, al reducir las compensaciones de los afectados, se afecta precisamente uno de los factores de la fórmula según la cual, si los beneficios esperados no son suficientes para compensar la probabilidad de ganar el juicio y los costos de llevarlo, los afectados no iniciarán juicio alguno, aun cuando en efecto hayan resultado afectados. La solución a la presentación de casos frívolos considero que es la existencia de tribunales confiables y con las herramientas necesarias.

Se propone, por tanto, que se emitan Lineamientos específicos para la materia de daños en la materia de competencia económica, en los que: i) se incluyan parámetros que permitan valuar las compensaciones a partir de: los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso; y iii) se establezcan compensaciones adicionales prestablecidas que permitan a los afectados conocer previamente las compensaciones que pueden recibir.

El marco jurídico en México, aplicable a las demandas de daños y perjuicios en materia de competencia económica, actualmente carece de parámetros que permitan a los jueces imponer daños punitivos por la comisión de prácticas ilícitas. En este sentido, considero que es necesario establecer parámetros que permitan a los jueces imponer compensaciones que excedan el estándar clásico de daño y propicien una efectiva compensación de los afectados. Con ello no se plantea que en todos los casos se dicten compensaciones cuantiosas, sino que se faculte legalmente a los jueces para poder imponer éstas cuando las circunstancias así lo ameriten.

Al respecto, cabe hacer mención de las facultades que tiene la misma autoridad administrativa para dictar sanciones que pueden llegar a ser, incluso, del 10% de los ingresos de los agentes económicos sancionados.²³⁷ Sin embargo, en la determinación de estas sanciones, se previó que la Comisión contara de cierta discrecionalidad que le

²³⁷ En caso de incurrir en una práctica monopólica absoluta. Artículo 127, fracción IV de la LFCE.

permitiera para valorar caso por caso su cuantía. Entre los elementos se encuentran: “*[la] gravedad, duración, tamaño del mercado, participación, daño causado, antecedentes, indicios de intencionalidad, capacidad económica, entre otros, implican considerar, interpretar y calificar determinadas conductas y circunstancias de casos concretos, a la luz de principios, teorías e hipótesis que se construyen conforme a valoraciones y apreciaciones relativas a máximas de experiencia e información estadística de carácter histórico, conformando criterios económicos a partir de una perspectiva de aspectos complejos y técnicos*”.²³⁸

Por último, el punto relativo a las compensaciones adicionales a los daños y perjuicios generados no es algo desconocido en el derecho mexicano, particularmente, en casos en que los consumidores resultan afectados. Así, cuando un producto presente vicios ocultos, los consumidores tienen derecho a una reclamar una compensación o bonificación de al menos el 20% del valor del producto, con independencia de las indemnizaciones por los daños y perjuicios que legalmente correspondan. En efecto el artículo 92 ter establece:

“ARTÍCULO 92 TER. [LFPC]- La bonificación a que se refieren los artículos 92 y 92 Bis no podrá ser menor al veinte por ciento del precio pagado. El pago de dicha bonificación se efectuará sin perjuicio de la indemnización que en su caso corresponda por daños y perjuicios. (...)” (Énfasis añadido)

Partiendo del modelo propuesto en el que se impusieran a los infractores compensaciones adicionales a los daños y perjuicios que hubieren generado, una forma de solucionar un conflicto con los programas de clemencia de las autoridades administrativas podría ser que, aquellos agentes económicos que se hubieren adherido a los

²³⁸ México, *Semanario Judicial de la Federación*, opt. cit., 10a. Época; tesis: I.10.A.E.216 A (10a.); s/t, s/v, publicación semanal del 24 de noviembre de 2017: “*Competencia económica. Márgenes de discrecionalidad con que cuenta la Comisión Federal relativa en la valoración de elementos constitutivos de prácticas monopólicas que involucren conocimientos complejos o especializados.*”.

programas de inmunidad o reducción de sanciones, no tuvieran que pagar la totalidad de estas compensaciones adicionales, sino únicamente un porcentaje.

Así, se considera que los cambios propuestos son efectivamente viables y que de adoptarlos representaría un importante incentivo para que los afectos pudieran estimar la utilidad de reclamar los daños en la vía judicial. De igual manera, los jueces se encontrarían inicialmente en posibilidades de imponer sanciones lo suficientemente disuasorias, pero justificando debidamente sus resoluciones.

F. De la adecuación de los temas procesales

a. Evitar conflictos con las tareas de investigación de la autoridad de competencia: la resolución firme

El hecho de que la resolución administrativa de la autoridad de competencia económica pueda quedar firme en distintos momentos, podría representar un desincentivo para que los infractores se adhirieran a los programas de inmunidad²³⁹. Ello podría solucionarse, permitiendo la que las demandas de daños se pudieran presentar, únicamente después de que la resolución quedara firme para todos los agentes involucrados. Esto ciertamente le resta celeridad al proceso, pero abona a la eficiencia procesal y protege también uno de los programas de sanciones más exitosos para la autoridad de competencia.

b. Dificultad para acceder a las pruebas

Aun cuando se declare la ilicitud de una conducta en un procedimiento administrativo, bajo procedimientos secuenciales, los afectados aun deberían probar que la afectación en su esfera jurídica sucedió de manera directa e inmediata (o mediata, en su caso), para lo cual podrían no contar con los suficientes medios de prueba por sí solos. De manera que, resulta

²³⁹ *Vid. Supra.* Cap. II, apartado 4, sección B, inciso a., sub-inciso i.

de fundamental importancia que puedan tener acceso a las pruebas recabadas por la autoridad administrativa utilizadas para sustentar la resolución que en su momento hubiese emitido.

Sobre la información que hubiere sido recabada por la autoridad de competencia durante el procedimiento de investigación, en México, aun cuando los afectados puedan denunciar la práctica ante la autoridad administrativa, no ostentan la calidad de partes en el procedimiento administrativo de sanción, por lo que, no pueden acceder a la información recabada en el expediente.²⁴⁰

Sin duda, resulta de suma importancia que se defina legalmente el acceso que pueden tener los denunciantes respecto de la información recabada por la autoridad durante la investigación, concretamente, sobre la información obtenida de los programas de inmunidad. Se afirma lo anterior, en cuanto a que la falta de certeza legal sobre qué información puede ser revelada, podría representar un desincentivo importante para que los infractores cooperaran con la autoridad de competencia.²⁴¹

²⁴⁰ En ese sentido, el artículo 124 de la LFCE establece que únicamente los agentes económicos con interés jurídico pueden acceder a la información recabada, durante el procedimiento seguido en forma de juicio. Al respecto, cabe citar también el siguiente precedente, dictado por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones: México, *Semanario Judicial de la Federación*, décima Época, Libro 35, octubre de 2016, Tomo IV, tesis: I.1o.A.E.176 A (10.a.), p. 3010: “*Procedimiento de imposición de sanción previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. El denunciante carece de interés jurídico y legítimo para acceder como tercero al expediente relativo.*”.

²⁴¹ Resulta particularmente interesante lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Brasil en marzo de 2016, en un caso en el que determinó que la confidencialidad de la información obtenida de un programa de inmunidad no puede ser ilimitada. La noticia puede ser consultada en el siguiente portal de internet: <https://www.mayerbrown.com/brazil-stj-restricts-the-confidentiality-extension-granted-to-leniency-agreement-provisions-entered-into-by-cade-05-16-2016/>; Link de la resolución:

Al respecto, resulta relevante la manera en la que fue regulada la exhibición de pruebas en la Directiva de la Unión Europea 2014/104/EU. En ésta se establecieron criterios muy específicos, bajo los cuales el juez debe permitir que el acceso a la información recabada por la autoridad. Al respecto, resaltan las disposiciones que establecen la necesidad de que la parte demandante presente una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, y que éstos sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños; así como que, en su caso, el acceso a las pruebas debe hacerse lo más limitado y acotado como sea posible.²⁴²

En México dicha figura podría estar dada por los medios preparatorios a juicios, en términos de los artículos 379 al 399 del CFPC. No obstante, coincido con Miguel Flores Bernés en cuanto a la necesidad de clarificar los casos en que los afectados puedan acceder a la información.²⁴³

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque&nicial=1494823&num_registro=201502191117&data=20160405&formato=PDF

²⁴² Se estableció también que la revelación de la información debe hacerse de manera proporcional, tomando en cuenta: a) que la reclamación o la defensa esté respaldada por hechos y pruebas disponibles que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas, b) el alcance y el costo de la exhibición de las pruebas, y c) la naturaleza de la evidencia que se revelaría, particularmente si es confidencial o de terceros. Sin embargo, si fue previsto que los jueces puedan ordenar la revelación de información confidencial, pero sin que nunca se revelen las declaraciones proporcionadas durante los programas de inmunidad, ni las solicitudes de negociación para la reducción de sanciones. De igual manera, se previó la protección del secreto profesional y la posibilidad de que aquellos sobre los que se revelará la información se puedan pronunciar antes de que sea ordenado la revelación de las pruebas. *Unión Europea*, Directiva 2014/104/EU, *opt. cit.*, Artículo 5 (1) y (2).

²⁴³ Flores Bernés, Miguel, *opt. cit.*, pp. 119-122.

c. Dificultad para cuantificar los daños

El momento en el que se realicen las cuantificaciones será de suma importancia, en tanto que, cuando antes se tenga certeza sobre las compensaciones que se puedan llegar a obtener, ello permitirá a los interesados evaluar certeramente el valor esperado de sus reclamaciones.

La evaluación de los daños en materia de competencia económica puede involucrar para algunos casos la elaboración de estudios económicos altamente sofisticados, que buscan recrear escenarios que nunca en realidad nunca pasaron. Pueden existir casos en lo que los que únicamente se requerirán estudios para conocer el valor del sobreprecio de un producto, como aquellos en que consumidores reclamen directamente al cartel o monopolista; sin embargo, en caso de que se pretendan evaluar los daños generados a una serie de sujetos dentro de una cadena de producción o distribución, se deberán evaluar no sólo los sobreprecios, sino los perjuicios generados a partir de la pérdida de clientes, para lo cual se deberán evaluar, a su vez, cada uno de los factores que afectan las elasticidades de las demandas y ofertas de cada sujeto en cada uno de los mercados de la cadena productiva.

En este sentido, existen actualmente métodos que permiten la valoración de los daños y perjuicios lo suficientemente cercanos como para ser utilizados: el “yardstick” y el “before and after test”. El método “yardstick” o “vara de medición” evalúa a partir del comportamiento de mercados cercanos al investigado, donde las prácticas ilícitas no se dieron. El “before and after test” o “el test de antes y después”, en cambio, se estudia el comportamiento del mismo mercado antes y después de que se cometieran las prácticas ilícitas, para así evaluar los efectos durante la comisión de éstas.²⁴⁴ Se propone la inclusión de estos

²⁴⁴ Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise*, opt. cit., p. 75.

métodos en Lineamientos legales que sirvan a los jueces de guía al momento de imponer valuar los daños y perjuicios.²⁴⁵

²⁴⁵ Para un estudio más detallado de los métodos puede consultarse: Study prepared for the European Commission, *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2009. Disponible en el siguiente link: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf

CONCLUSIONES

Se observa que el importante desarrollo que ha tenido el marco normativo aplicable a las facultades de las autoridades de competencia y los juzgados especializados, no ha sido correspondido con un desarrollo del marco normativo aplicable a la reparación de daños y perjuicios para los agentes económicos afectados por una infracción en la materia. Ello, lo encontramos como un aspecto que ha impedido e impide actualmente un desarrollo adecuado, más amplio y dinámico del derecho de la competencia económica.

Para llegar a esta conclusión, se realizó un estudio del importante desarrollo que ha tenido el marco de competencia económica desde 1992 hasta las recientes reformas de 2014, el cual ha permitido actuaciones muy relevantes de la Cofece, en particular. Por otro lado, se estudió el curso que ha tenido la reclamación de daños en materia de competencia económica en México y contrastó con lo que ocurre en Estados Unidos y en la Unión Europea. Para fortalecer este análisis se introdujo un elemento que permite evaluar cómo los mecanismos de reparación de daños contribuyen a ampliar la eficiencia y la eficacia en la tutela del derecho de la competencia económica, mediante la participación más abierta de los particulares, lo que se facilita a través de un mecanismo difuso de protección de estos derechos por oposición a uno centralizado. En este sentido, se expuso un mayor involucramiento y participación judicial por parte de los afectados ello contribuye a generar una pluralidad de perspectivas en la materia, un marco más protector de los agentes que concurren en el mercado, generando así un esquema con mayor vigilancia, dinamismo y beneficios para en el entorno de la competencia económica en México.

De manera que, la presente investigación no consistió únicamente en un análisis institucional, que por suyo sirve para mostrar el valor de la figura de la reclamación de daños dentro de toda la ecuación de

protección de la competencia económica, sino que propone y advierte cómo encontrar equilibrios que contribuyan a incentivar a los agentes que concurren en el mercado, a participar y evitar que algunos arreglos generen incentivos perversos que atenten contra los mismos principios que enarbola el derecho de la competencia económica. Tomando en cuenta estos elementos, se elaboraron las siguientes propuestas, las cuales se sugiere se adopten en Lineamientos específicos que eviten efectos desconocidos en otras materias:

Clarificar los supuestos ante los cuales se pueden reclamar los daños y perjuicios

- Incluir dentro del artículo 134 de la LFCE el incumplimiento de resoluciones administrativas de la autoridad de competencia, así como, de precios máximos establecidos, como supuestos, bajo los cuales los afectados pueden reclamar daños y perjuicios en la vía civil.

Cambios en torno a la presentación de las reclamaciones de daños

- Definir constitucionalmente qué jurisdicción debe hacerse cargo de las reclamaciones de daños y perjuicios en materia de competencia económica.
- Ampliar los plazos para ejercitar las acciones de daños.
- Modificar el momento en el que se interrumpe el plazo en caso de que los afectados presenten la denuncia ante la autoridad administrativa, así como clarificar el momento en el que se reanudará.
- Mantener la actual relación secuencial entre las acciones de daños y el procedimiento administrativo de sanción.
- Permitir la modalidad *opt-out* en las acciones colectivas.

Cambios respecto las compensaciones a las que pueden acceder los afectados

- Ampliar el estándar de daño a los daños indirectos e inmediatos.
- Incluir elementos adicionales en la determinación de las compensaciones que permitan a los jueces imponer daños punitivos a los infractores.
- Establecer compensaciones adicionales mínimas a los daños y perjuicios a nivel legal.
- Establecer lineamientos legales que sirvan a los jueces para cuantificar los daños.

Cambios respecto cuestiones procesales

- Establecer legalmente los supuestos específicos en los que los afectados podrán solicitar el acceso a pruebas relevantes y necesarias recabadas por las autoridades administrativas en sus procedimientos.

Cambios para evitar conflictos con las tareas de vigilancia de la autoridad administrativa

- Establecer que las reclamaciones de daños y perjuicios únicamente podrán ejercitarse después de que la resolución quede firme para todos los agentes económicos investigados.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias bibliográficas

Anderson, P., Bolema, T., & Geckil, I, *Damages in antitrust cases*, AEG Working Paper 2007-2. Chicago, Anderson Economic Group, 2007.

Baker, Jonathan, *The Case for Antitrust Enforcement*, The Journal of Economic Perspectives, American Economic Association, Vol. 17, No. 4, 2003.

Burbank, Stephen B.; Farhang, Sean y Kritzer, Herbert M., *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries)*, Faculty Scholarship, Paper 347, University of Pennsylvania Law School, 2011.

Burbank, Farhang & Kritzer, *Private Enforcement*, 17 Lewis & Clark Law Review, 637, 2013.

Contreras, Benjamín, *El futuro de la abogacía en materia de competencia: El caso de las contrataciones gubernamentales*; en Derecho de Competencia en México, coords. Mena Labarthe, Roldan Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015.

Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los principios fundamentales del juicio de Amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), 2016, Ciudad de México.

Farhang, Sean, *The litigation state: public regulation and private lawsuits in the US*, Princeton University Press, New Jersey, 2010.

Flores Bernés, Miguel, *Propuestas para mejorar el sistema de reclamación de daños y perjuicios en materia de competencia económica*; en El desafío de la reclamación de daños en competencia económica, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC), México, 2014.

Glover, J. Maria, *The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law*, William & Mary Law Review, Vol. 53, 4, 2012.

Gurría Treviño, José Ángel, *Importancia de la Política de Competencia y sus avances en México*; en La Política de Competencia en el umbral de la consolidación, en, Miguel Ángel Porrúa, México D.F., 2013.

Hovenkamp, Herbert, *The Antitrust Enterprise*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009.

-----, *A Primer on Antitrust Damages*, 2011.

-----, *The Indirect-Purchaser Rule and Cost-Plus Sales*, Harvard Law Review, 1990, 103(7).

Issacharoff, Samuel, *Regulating after the Fact*, DePaul Law Review, Vol. 56, t. 2, 2007.

McAfee, H. Mialon & S. Mialon, *Private v. public antitrust enforcement: A strategic analysis*, Journal of Public Economics, Volume 92, Issues 10–11, 2008.

Mena Labarthe, Carlos, *Nueva Política de Competencia*, en Derecho de Competencia en México, coords. Mena Labarthe, Roldan Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015.

----- y Méndez Rodríguez, *El programa de inmunidad en México: perspectiva internacional*, en Derecho de Competencia en México,

coords. Mena Labarthe, Roldan Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015.

Motta, Massimo, *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 2004.

Morales Elcoro y González Jessica, *Ánalisis económico-jurídico en la determinación de insumos esenciales y barreras a la competencia en el derecho mexicano de la competencia*, en Derecho de Competencia en México, coords. Mena Labarthe, Roldan Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015.

Nuñez Melgoza, Javier, *El control de concentraciones en la nueva legislación de competencia: evolución y perspectivas*, en Derecho de Competencia en México, coords. Mena Labarthe, Roldan Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 1960, traducción al español, Porrúa, 16^a edición, México D.F.

Land y Davis, *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws*, 2011 Brigham Young University Law Review, 2011.

Davis, y Lande, *Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Enforcement*, Georgia Law Review, 48(1), 2013.

OCDE, *La resolución de asuntos de competencia por órganos de jurisdicción especializada y general: Balance de experiencias internacionales*, Ciudad de México, 2016.

Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, Oxford University Press, 8va. Ed., México D.F., 1999.

Palma Rangel, M., *Reforma microeconómica y arreglos institucionales: la política de competencia económica en México*, Revista Mexicana de Sociología, Vol. 69(1), 2007.

Polinsky, A. M., & Shavell, S., *Punitive damages: An economic analysis*, Harvard Law Review, 1998, vol. 111 (4).

Rivera Pedroza, J. Abel, *Responsabilidad Civil, Acciones colectivas y competencia económica, replanteando el estándar de daño exigible*, en “El desafío de la reclamación de daños en materia de competencia económica”, CIDAC, México D.F., 2014.

Roldan Xopa, José, *Justicia Constitucional, Derechos Humanos y Mercado*, en Derecho de Competencia en México; en coords. Mena Labarthe, Roldan Xopa y Méndez Rodríguez, Porrúa, México D.F., 2015.

Stein y Parchomovsky, *Empowering Individual Plaintiffs*, Cornell Law Review, Vol. 102.

Smith, Peter, *Historia de América Latina*, vol. 13, México y el Caribe desde 1930, Leslie Bethell, ed., (trad. del inglés: Jordi Beltrán), Cambridge University Press–Crítica, 1998, Barcelona, cap. II; contenido en Departamento Académico de Estudios Generales, El México Moderno y el México Contemporáneo (México 1946-2010), ITAM, 2015.

Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, *A: Economic And Scientific Policy, Collective Redress in Antitrust*, 2012, Brussels, European Parliament, el cual se puede consultar en el siguiente portal:

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120613ATT46782/20120613ATT46782EN.pdf>

Instrumentos internacionales

Naciones Unidas, Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, contenidas en la Resolución aprobada el 22 de diciembre de 2015 por la Asamblea General (A/RES/70/186).

Unión Europea, Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 26 de noviembre de 2014.

Legislación nacional

México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917.

México, Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.

México, Código Penal Federal, Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931.

México, Código Civil Federal, Diario Oficial de la Federación, 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

México, Código Federal de Procedimientos Civiles, Diario Oficial de la Federación, 24 de febrero de 1943.

México, Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014.

México, Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación, 24 de diciembre de 1992.

México, Ley Federal de Protección al Consumidor, Diario Oficial de la Federación, 24 de diciembre de 1992.

México, Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, Diario Oficial de la Federación, 7 de junio de 2013.

México, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación, 28 de junio de 2006.

México, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, del Código Penal Federal y del Código Fiscal de la Federación, Diario Oficial de la Federación, 10 de mayo de 2011.

México, *Exposición de motivos de la propuesta de reforma a diversas disposiciones en materia de resolución de fondo del conflicto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, presentada por el Presidente de la República ante la Cámara de Diputados el 28 de abril de 2016.

Sentencias y resoluciones

México, Primera Sala de la SCJN, amparo directo 31/2013, resuelto en sesión del 26 de febrero de 2014. Link de la sentencia: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=153594>

Brasil, Tribunal Superior de Justicia de Brasil, Recurso especial No. 1.554.986 - SP (2015/0219111-7), marzo de 2016. Link de la resolución: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequential=1494823&num_registro=201502191117&data=20160405&formato=PDF

Jurisprudencia y tesis consultadas

México, *Semanario Judicial de la Federación*, décima Época, Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 4, Tesis: II.8o.(I Región) 1 K (10a.), p. 2864, “*Tutela judicial efectiva. El acceso a un recurso efectivo, sencillo y rápido, es consecuencia de ese derecho fundamental.*”.

-----, décima Época, Libro XII, septiembre de 2012, Tomo 1, Tesis: 1a. CXCIV/2012 (10a.), p. 522: “*Reparación integral del daño o justa indemnización. Este derecho fundamental quedó incorporado al ordenamiento jurídico mexicano a raíz de la reforma al artículo 1o. constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.*”.

-----, décima Época, Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 3, Tesis: I.3o.C.53 C (10a.), p. 1846: “*Consumidor. La obtención del máximo beneficio con sus reservas, es un derecho humano del consumidor tutelado en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se complementa con las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para su protección.*”.

-----, décima Época, Libro 21, agosto de 2015, Tomo I, tesis: 2a./J. 96/2015 (10a.), p. 806: “*Práctica monopólica absoluta. El "análisis económico" constituye una prueba indirecta con la que puede demostrarse aquélla.*”.

-----, décima Época, Libro 35, octubre de 2016, Tomo IV, tesis: I.1o.A.E.176 A (10a.), p. 3010: “*Procedimiento de imposición de sanción previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. El denunciante carece de interés jurídico y legítimo para acceder como tercero al expediente relativo.*”.

-----, novena época, Tomo XXVIII, agosto de 2008; p. 47. 1a. LXXX/2008: “*Derechos de autor. La procedencia de la acción de*

indemnización por daños y perjuicios en la vía jurisdiccional requiere una previa declaración por parte del instituto mexicano de la propiedad industrial, sobre la existencia de infracciones en la materia.”.

-----, novena época, tomo XXXI, marzo de 2010, tesis: I.14o.C.65 C. p. 2855.: “*Acción de responsabilidad civil. No puede sustentarse en el artículo 28 constitucional, porque éste no faculta a los órganos jurisdiccionales para determinar qué conductas constituyen prácticas monopólicas en función de los hechos narrados por las partes en una controversia.”.*

-----, novena época, tomo XIX, abril de 2004, tesis: P. XII/2004, p. 256: “*Competencia Económica. El artículo 10, fracción VII, de la ley federal relativa, al no especificar la conducta sobre la cual recaerá la sanción que prevé, viola las garantías de legalidad y seguridad jurídica previstas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.”.*

-----, novena época, tomo II, septiembre de 1995, tesis: XX.34 K, p. 527: “*Competencia concurrente. Si la litis se entabla entre una institución de crédito y particulares, los tribunales federales o locales pueden conocer de esa controversia a elección del actor”.*

Recursos electrónicos

Noticia Expansión: *El IMSS alista demanda contra Probiomed, Cryopharma y Eli Lilly* (18 de octubre de 2016). <http://expansion.mx/empresas/2016/10/17/el-imss-alista-demanda-contra-probiomed-cryofarma-y-eli-lilly>

Noticia El Pulso Laboral: *Atoran juzgados demanda del IMSS* (25 de octubre de 2016). <http://www.elpulsolaboral.com.mx/seguridad-social-y-salud/7016/atoran-juzgados-demanda-del-imss>

OECD, “Labour productivity levels”, in OECD Factbook 2015-2016: Economic, Environmental and Social Statistics, OECD Publishing, Paris, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/factbook-2015-13-en>

Otros

Comunicado COFECE-052-2016, en el siguiente link:
<https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/historico-de-noticias/celebra-cofece-10-anos-del-programa-de-inmunidad>

Conferencia del 15 de febrero de 2017, por la que se dio a conocer de la presentación de la querella ante la Procuraduría General de la República; puede consultarse la versión estenográfica en el link a continuación:
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:GIZF9b52wTkJ:https://www.cofece.mx/cofece/index.php/prensa/discursos-2017%3Fdownload%3D1021:solicita-cofece-accion-penal-contravarias-personas-que-pudieron-haberse-coludido-en-la-venta-de-bienes-en-el-sector-salud-version-estenografica+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx>

Directorate for Financial and Enterprise Affairs, OCDE Competition Committee, *Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, Summary of the discussion of the roundtable on the relationship between Public and Private Antitrust Enforcement*, June 2015.

Global Guide to Competition Litigation 2016, Baker Mckenzie.

Portal de resoluciones y opiniones de la COFECO y la Cofece:
<https://www.cofece.mx/cofece/index.php/resoluciones-y-opiniones>

Portal de la Unión Europea: Reporte, actualizado semanalmente, publicado en el portal de acceso a la información de la legislación de la Unión Europea:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=celex:32014L0104>

Portal del Consejo de la Judicatura Federal para la consulta del expediente 003/2017 del Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones:

<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/internet/expedientes/ExpedienteTipo.asp?TipoAsunto=4&TipoProcedimiento=979&Expediente=3%2F2017&Buscar=Buscar&Circuito=1&CircuitoName=PRIMER+CIRCUITO&Organismo=1301&OrgName=Juzgado+Primero+de+Distrito+en+Materia+Administrativa%2C+Especializado+en+Competencia+Econ%F3mica%2C+Radiodifusi%F3n+y+Telecomunicaciones%2C+con+residencia+en+la+Ciudad+de+M%E9xico+y+Jurisdicci%F3n+en+toda+la+Rep%FAblica&TipoOrganismo=0&Accion=1>