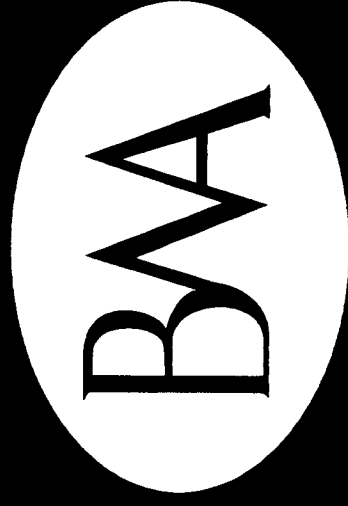


EL FORO



Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

COMPETENCIA ECONÓMICA Y PRÁCTICAS DESLEALES DE
COMERCIO INTERNACIONAL.
UN COMENTARIO*

Francisco González de Cossío

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El fenómeno económico: precios distintos. 3. Respuesta jurídica al fenómeno económico: diferentes umbrales de intolerancia. 4. Relación entre discriminación, depredación y dumping. 5. Dumping y depredación: dos umbrales, una realidad. 6. Solución posible. 7. Posturas en contra. 8. Conclusión.

RESUMEN

La discriminación de precios, el dumping y la depredación de precios son tres disciplinas originadas en la existencia de precios distintos para un mismo producto. El análisis, regulación y sanción de cada uno son diferentes. En este ensayo emprendemos un breve estudio de cada uno con miras a hacer una propuesta: que el derecho de la competencia económica absorba la disciplina de dumping actualmente incluida en la rama del comercio exterior.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de la competencia económica y del comercio exterior tienen un común denominador: discriminación de precios, dumping¹ y depredación de precios. Los tres temas citados encuentran un mismo origen fáctico: la existencia de

* Muchas personas me brindaron comentarios interesantes sobre este ensayo. Sin embargo, no quiero dejar de agradecer las valiosas observaciones del Dr. Leonel Pereznielo. Sobre decir que cualquier deficiencia o error es atribuible exclusivamente al autor.

¹ Por brevedad y para evitar la confusión con el otro tema que se aborda en este estudio: la discriminación de precios, en este ensayo empleo el término dumping para referirme a lo que se conoce como discriminación internacional de precios.

precios distintos para un mismo producto. Sin embargo, el análisis jurídico, los objetivos y las consecuencias de cada uno son diferentes.

En este ensayo mencionaré cada uno, resaltando una situación desafortunada de su actual regulación, y una posible solución.

Comentaré los antecedentes económicos del fenómeno, haré una comparación entre los elementos jurídicos de las tres disciplinas, la relación entre ellos, los problemas inherentes a la diferencia de umbrales y una posible solución; daré mi opinión sobre las posturas que, en contra de lo que sostengo, me han comunicado y una conclusión.

2. EL FENÓMENO ECONÓMICO: PRECIOS DISTINTOS

La determinación del precio de un producto es un ejercicio difícil y trascendente que todo comerciante debe llevar a cabo. Para entender las opciones disponibles de un agente económico que desea establecer el precio de su producto, deben contemplarse los siguientes escenarios: en un extremo, el monopolista; en el otro, la competencia perfecta. Entre ambos extremos se manifiestan una diversidad de escenarios que permiten que las decisiones sobre precios busquen, no sólo los fines inmediatos evidentes (ganancias), sino fines ulteriores. A lo anterior se le conoce como "precios estratégicos".

Al emplear el término "precios estratégicos" no debe inferirse que dicha práctica es inherentemente condenable. Una empresa (oligopolista, dominante, u otra) no puede maximizar sus ganancias sin tomar en consideración las respuestas de sus rivales (incluyendo potenciales); y maximizar sus utilidades es un objetivo legítimo. Aunque la mayoría de los precios estratégicos son lícitos, solamente los precios estratégicos pueden ser ilícitos. El problema, entonces, radicarán en cómo identificar los tipos de precios que deben sancionarse sin disuadir el que los agentes económicos establezcan el tipo de precios competitivos que buscan propiciar las leyes de competencia económica.

3. RESPUESTA JURÍDICA AL FENÓMENO ECONÓMICO: DIFERENTES UMBRALES DE INTOLERANCIA

La respuesta del derecho al fenómeno descrito ha sido la creación de tres cuasidelitos que, de reunirse ciertas circunstancias, ameritarán una sanción. A continuación, se tratará cada uno en forma breve.²

A. Discriminación de precios³

La única opción de las empresas participantes en un mercado perfectamente competitivo es cobrar un precio competitivo; es decir, en términos económicos, al enfrentar una curva de demanda horizontal, son "tomadores de precios" (price-takers) por lo cual su única alternativa es vender al precio de mercado. Sin embargo, la mayoría de las empresas participantes en un mercado que dista de ser competitivo tienen alguna discreción en su política de precios⁴. Con miras a incrementar ganancias⁵, pueden cobrar precios distintos por los mismos bienes o un precio que varíe dependiendo de cuántas unidades sean adquiridas (lo que se conoce como "precios no-lineales" (non-linear pricing) o "precios no-uniformes" (non-uniform pricing)).

En términos económicos, la discriminación de precios ocurre cuando un vendedor obtiene diferentes tasas de retorno por la venta de un mismo producto a diferentes consumidores o mercados. Dicho de otra manera, un vendedor que discrimina cobra a diferentes compradores precios que guardan distancias distintas de la curva de costo. Una diferencia de precio no necesariamente implica

² La descripción es breve pues sólo es para el propósito del tema que se aborda en este ensayo. Para más información, véase Francisco González de Cossío, *Law and Economics of the Mexican Competition Laws*, Universidad de Chicago, 2003.

³ En esta sección hacemos comentarios genéricos sobre el fenómeno económico, dirigidos a dar un marco de referencia para el propósito de este ensayo. Para más información, véase Dennis W. Carlton y Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Harper Collins College Publishers, 2a ed., 1994, pp. 431-448; Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press Cambridge Massachusetts, Londres, 1998, pp. 133-166; Jeffrey M. Perloff, *Microeconomics*, 2a ed., Addison Wesley, 2001, pp. 387-396, y F. M. Scherer y David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company, Boston, 3a ed., 1990, pp. 489-516.

⁴ Dennis W. Carlton, y Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, HarperCollins College Publishers, Segunda Edición, 1994, pg. 431.

⁵ Existen cinco tipos de precios no-uniformes: (1) tarifas de dos partes (two-part tariffs); (2) descuentos por volumen; (3) ventas atadas; (4) discriminación de calidad; y (5) discriminación de precios. En este estudio el enfoque será la última especie de precio no-uniforme.

discriminación de precios, y la identidad de precio no elimina la existencia de discriminación. Cuando una ley toma como punto de partida la diferencia de precios, ignora en términos económicos la discriminación de precios cuando éstos son los mismos⁶.

La discriminación de precios es una práctica interesante por varias circunstancias. En primer lugar, encuentra su *raison d'être* en las diferencias de "valor residual" que cada individuo tiene⁷. A su vez, encuentra su justificación en las diferencias (a veces calidoscópicas) que presentan los distintos mercados.

Una razón adicional por la cual la práctica es interesante obedece a que puede ser tan procompetitiva como anticompetitiva. Puede ser procompetitiva pues⁸ le resta eficacia a carteles, conlleva eficiencias, cuando la discriminación es sistemática resulta en competencia vigorosa, reduce el "desperdicio"⁹ de cobrar un mismo precio a individuos con diferentes valores residuales, y puede ser utilizada para eliminar el problema de reducción de precios que se presenta en la venta de un producto a costo marginal¹⁰.

Pero también puede ser anticompetitiva. Por-ejemplo, necesariamente implica cierto poder de mercado (de otra manera, sería imposible discriminar pues la curva de demanda sería plana), y, de no ser perfecta la discriminación¹¹, puede implicar ineficiencias. A su vez, la discriminación de precios hace que la depredación de precios sea menos costosa¹², más lucrativa y por consiguiente, más probable.

⁶ La definición descrita ha motivado diferencias de opinión. Al respecto se me ha indicado que la discriminación de precios es exclusivamente la existencia de precios distintos por productos idénticos. Disiento. Sin embargo, menciono esto al lector para que lo juzgue en la forma que considere apropiado.

⁷ En términos económicos, ante un mismo producto, algunos consumidores mostrarán una elasticidad de demanda alta, mientras otros la mostrarán baja.

⁸ La lista es sólo un ejemplo. Por razones de espacio, no aboradaré porqué cada práctica puede ser procompetitiva.

⁹ Desde la perspectiva del vendedor, pues desde la perspectiva del comprador significará un beneficio (*consumer surplus*) en unos casos, y operaciones no celebradas en otros.

¹⁰ Me refiero a la reducción de precio de los productos producidos antes del "producto marginal" que resulta de la producción con costos marginales.

¹¹ Con toda probabilidad, ese puede ser el caso. Asumir la discriminación perfecta es útil para establecer un modelo que la explique, pero será poco fiel en su reflejo de la realidad económica.

¹² La discriminación de precios reduce los costos de depredación en forma eficiente cuando el depredador es capaz de identificar exactamente qué clientes están dentro del ámbito de influencia de la víctima. A su vez, una reducción de precios en un mercado puede utilizarse para "mandar un mensaje" a rivales que venden no sólo en el mercado depredado sino en otros mercados.

Cuando las empresas operan en diferentes (o múltiples) mercados en especial geográficos), por lo general maximizarán ganancias en cada mercado en forma individual. Sus precios serán discriminatorios cuando diferentes mercados muestren diferentes curvas de demanda o tasas de retorno. En sí, esta situación no debe preocupar, pues muchos sostienen que los esquemas de discriminación de precios, con frecuencia, incrementan el abasto y sólo rara vez excluyen a los competidores¹³. Es un hecho de la vida -y un fenómeno económico aceptado- que, cuando las empresas poseen diferentes grados de poder de mercado en mercados distintos, cobran precios distintos en cada uno. Más aún, la discriminación de precios puede ser socialmente benéfica en la medida en que empuja el abasto más cerca del nivel que se generaría en un mercado perfectamente competitivo.

Como puede verse, la discriminación puede ser positiva o negativa, dependiendo de diversos factores. Por consiguiente, lo difícil radicará en establecer el justo medio que distinga lo bueno de lo malo. No obstante que hay razones económicas para justificar su existencia, la discriminación de precios ha sido, por tradición, atacada bajo las leyes de competencia y de comercio exterior.

B. Dumping

La Ley de Comercio Exterior (LCE) contempla dos tipos de "prácticas desleales de comercio internacional"¹⁴: la discriminación de precios y los subsidios. Lo que la LCE denomina "discriminación de precios" es lo que en el argot internacional se conoce como dumping. Los elementos de dumping, según la LCE, son:

1. Precio: precios debajo de valor normal. Se define el "valor normal" como el precio comparable de un producto idéntico o similar, destinado al mercado interno del país de origen en el curso normal de operaciones¹⁵.
2. Daño: que las importaciones del producto sujeto a discriminación de precios causen, o amenacen con causar, daño a una industria nacional. "Daño" se define como la pérdida económica o privación de cualquier ganancia lícita y normal de la

¹³ Eso es una cuestión empírica y debe determinarse caso por caso; una generalización sería imprecisa.

¹⁴ Artículo 28 de la Ley de Comercio Exterior.

¹⁵ También llamadas "operaciones comerciales normales", según la LCE (artículos 31 y 32).

industria nacional¹⁶ que los bienes en cuestión pueden sufrir o que obstaculicen la creación de nuevas industrias. La amenaza de daño es el peligro inminente, y claramente previsible, de que la industria nacional pueda sufrir un daño¹⁷.

3. Vínculo: un vínculo causal entre el precio y el daño a la industria. En otras palabras, para que un producto importado sea calificado como sujeto a dumping, su precio debe estar debajo del "valor normal" del país de origen, y causar (o amenazar con causar) un "daño" a la industria del país importador, así como establecer un vínculo causal entre el precio y el daño, o amenaza del mismo de por lo menos 25% de la industria nacional.

C. Depredación de precios

La depredación de precios se encuentra dentro del universo de los precios estratégicos. En su forma más ortodoxa, la depredación se refiere a la práctica de desplazar rivales del mercado mediante el establecimiento de precios debajo de costo.

En teoría, el depredador buscará eliminar a sus competidores con la finalidad de cobrar precios monopolísticos una vez que los rivales hayan sido eliminados o disciplinados; esto se considera la única explicación racional por la cual un agente económico consideraría la depredación de precios como una práctica para maximizar ganancias¹⁸.

La noción de que un precio es ilegal por ser demasiado bajo podría, en una primera impresión, considerarse como una contradicción pues, por lo general, al derecho de la competencia económica no le interesa establecer un límite al precio mínimo. Al contrario, si se entiende que la conducta monopolística puede generar problemas de competencia económica es porque resulta en precios supracompetitivos. Entonces, ¿por qué sancionar precios bajos?

La respuesta del derecho de competencia económica es la siguiente: una empresa

¹⁶ "Industria nacional" se define como, por lo menos, 25% de la producción nacional de los bienes en cuestión (artículo 40 de la LCE).

¹⁷ Artículo 39 de la LCE.

¹⁸ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1994, p. 298.

que disciplina o desplaza a un competidor mediante la venta de un producto a precios no económicos no está *en verdad* compitiendo; está sacrificando ganancias presentes mediante precios no remunerativos como una inversión para destruir, disciplinar o intimidar a sus rivales, y así recobrar sus pérdidas en el periodo posterior a la campaña depredatoria mediante la obtención de rentas monopolísticas. Es más, para que la conducta sea racional, el precio debe ser lo suficientemente alto para recuperar las pérdidas inmediatas derivadas de la inversión en depredación, descontadas a valor presente¹⁹.

En México, la depredación de precios es una práctica monopolística relativa²⁰; sus elementos son:

1. Precios debajo de: (a) costo medio variable para ventas ocasionales; o (b) costo medio total para ventas habituales.
2. Por una empresa con poder de mercado.
3. Que tenga como propósito o efecto desplazar a un competidor fuera del mercado.

A continuación se comenta cada uno.

1. Precios de bajo de costo. Un precio será considerado depredatorio si se incluye en alguna de las siguientes dos medidas de "costos"²¹:

- Ventas habituales: la venta sistemática de bienes y servicios a un precio debajo de su costo medio total.
- Ventas aisladas: las ventas no sistemáticas a precios debajo de costo medio variable.

La Comisión Federal de Competencia (CFC) ha establecido²² que dicha práctica involucra precios inferiores al nivel que maximiza ganancias, es decir, establecer

¹⁹ Phillip E. Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol. IIIA, Little Brown and Company, Boston/Toronto/Londres, 1996, pp. 221-223.

²⁰ Es una de las prácticas contenidas en la fracción VII del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), de conformidad con el artículo 7.1 del Reglamento de la LFCE.

²¹ Artículo 7.1 del Reglamento de la LFCE.

²² El tema ha sido tratado en diversos informes anuales de la CFC. El más útil parece ser el Informe Anual 1995-1996 en el cual se reportó la experiencia de un caso que recibió mucha publicidad y que fue bautizado por los medios como "la guerra de los chicles" (pp. 58-63).

precios a un nivel que, a largo, plazo busque incrementar el poder de mercado del depredador, una vez eliminados los rivales.

Para abordar el dilema de los costos, la CFC ha establecido ciertos criterios en materia de contabilidad a fin de hacer luz sobre lo que constituye el "costo" para efectos del análisis involucrado en una investigación de depredación de precios²³, por ejemplo, se determinan los costos relevantes, la distribución interna de costos indirectos, la relevancia sobre los costos de otras erogaciones y la contabilidad paralela.

2. Poder de mercado. Un elemento necesario para la existencia de depredación de precios es que el depredador debe tener poder de mercado²⁴ en un mercado definido. De lo contrario, el objetivo de la práctica no sería viable; sería autodestructivo. A su vez, el depredador deberá tener los recursos suficientes para soportar las pérdidas o reducción de ganancias, así como la habilidad de infligir daños a sus competidores con menos sacrificio de sí mismo durante la etapa depredatoria. Al hacerlo, el depredador incrementa su participación y poder de mercado y por consiguiente, la habilidad de tomar otras medidas depredatorias.

Deben existir factores que retrasen la entrada o salida de un agente económico competidor del mercado, o que hagan que sea más costoso que los competidores (actuales o potenciales) entren en el mercado, dados los gastos ya efectuados (*sunk costs*) que ello implicaría. Sin embargo, la CFC ha establecido que la existencia de estas circunstancias no es suficiente para incurrir en responsabilidad; más bien, dichos elementos serán analizados con cuidado durante un periodo de investigación en la medida en que están relacionados cercanamente con dicha práctica. Además, la determinación de la "intención" será un factor adicional en el análisis de la depredación.

El Informe Anual de la CFC de 1996 informa de seis investigaciones de depredación de precios en donde se estableció el siguiente criterio: las ventas a precios inferiores a los estándares internacionales no involucran, por fuerza,

²³ Informe Anual 1994-1995.

²⁴ El "poder de mercado" es la habilidad de incrementar precios a niveles supracompetitivos, sin que ello pueda ser contrarrestado por los competidores. La LFCE bautiza esto como "poder sustancial" (artículo 13 de la LFCE).

depredación de precios. Para ello se requiere, por lo menos, ventas debajo de precios consistentemente inferiores al costo medio total a largo plazo, y que el depredador genere pérdidas²⁵.

3. Daño al proceso competitivo: el desplazamiento de un competidor. La finalidad última de la campaña depredatoria es aniquilar competidores. Si bien la LFCE no es proteccionista ni busca proteger a los competidores por sí mismos sino el proceso competitivo en la medida en que ellos no fueron desplazados por una eficiencia superior del depredador, sino por el uso de fuerza bruta (el poder de mercado), se considera que ello implicaría un daño al proceso competitivo. Esto se considera así puesto que el depredador no se ganó el voto económico del consumidor mediante medios legítimos (competencia), sino que lo robó mediante medios ilegítimos (depredó). Por ejemplo, en el Informe Anual de 1997 la CFC se estableció que las ventas debajo de costo serían consideradas depredatorias cuando un agente económico, armado con poder sustancial, busque en forma indebida desplazar a otros agentes económicos del mercado; asimismo, que dañe el proceso competitivo en la producción, procesamiento, distribución y mercadeo de bienes y servicios²⁶.

4. Recobro. El recobro²⁷ es la habilidad de obtener ganancias supracompetitivas una vez logrado el objetivo. Implica que la estructura de mercado y las barreras de entrada permiten recobrar los costos efectuados durante la etapa de depredación.

El recobro no es parte de la definición incluida en la LFCE, y los casos reportados a la fecha no arrojan mucho análisis respecto de la relevancia del concepto y qué tan importante es en una investigación sobre depredación de precios.

Un comisionado explica que la depredación de precios es una reducción de precios no basada en costos, con la finalidad de eliminar a un competidor, para

²⁵ Vidrios y Cristales Industrializados, S. A. de C. V., Vidrios Marte, S. A. de C. V. y Espejos Nacionales, S. A. de C. V. vs. Vidrio Plano de México, S. A. de C. V., Vidrio Flotado, S. A. de C. V., Vidrio Plano, S. A. de C. V. y Distribuidora Nacional de Vidrio, S. A. de C. V. (Informe de Competencia Económica, Segundo Semestre, 1996, pp. 45.).

²⁶ Informe Anual de 1997, p. 72.

²⁷ Utilizo el término "recobro" para hacer alusión a lo que se ha llamado *recoupment* en otras jurisdicciones.

luego incrementar substancialmente el precio arriba de costo²⁸. Sin embargo, no hizo mención alguna de la posibilidad de recobro.

En un artículo publicado en el Informe Anual de 1997²⁹, se menciona que la posibilidad de recobro se debe presumir como una condición de la depredación de precios. Sin embargo, la discusión no es más rica sobre el tema, ni hay indicios de que se considere un elemento esencial de la práctica.

Por consiguiente, la letra actual de la ley y su aplicación parecen revelar que el elemento de recobro, que es tan importante en otras jurisdicciones, ha recibido poca o nula atención bajo el sistema mexicano de competencia económica. La teoría mexicana parece emular la versión europea de depredación de precios, que no incluye el elemento de recobro, sino que deja abierta la posibilidad de analizarlo³⁰.

4. RELACIÓN ENTRE DISCRIMINACIÓN, DEPREDACIÓN Y DUMPING

No obstante que la discriminación de precios, la depredación y el dumping son parte del mismo árbol genealógico, sus orígenes, fundamentos, objetivos y elementos económicos son distintos.

Mientras que la legislación en materia de competencia económica es una invención estadounidense (antitrust), las leyes antidumping nacieron en 1904 en Canadá³¹.

Los defensores de la política legislativa de las leyes antidumping no son los mismos que las leyes de competencia económica; los primeros están conformados

por industrias que enfrentan mercados débiles o en declinación a largo plazo³² los segundos son personas preocupadas por la pérdida de bienestar social derivada del ejercicio del poder de mercado.

Los fundamentos económicos de ambas legislaciones son distintos: la legislación antidumping descansa en un argumento sobre "justicia" o "lealtad", que busca crear una forma políticamente popular de proteccionismo contingente. Este proteccionismo poco tiene que ver con la prevención de monopolios, ni con el deseo de competir en igualdad de circunstancias³³ que la ha motivado desde su creación. Los fundamentos del derecho de competencia económica son la eficiencia, evitar la pérdida social y daño al proceso competitivo, que resulta del ejercicio del poder de mercado.

Desde su concepción, las leyes de competencia económica han desarrollado una teoría económica y legal sólida que justifican su existencia³⁴. Por el contrario, la legislación *antidumping* carece de los cimientos que le brinden los elementos para soportar un escrutinio serio e imparcial³⁵. No obstante la falta de una columna vertebral teórica seria y convincente, el derecho del *antidumping* continúa expandiéndose (o contagiándose) a las legislaciones internacionales más modernas y de más alto nivel³⁶.

5. DUMPING Y DEPREDACIÓN: DOS UMBRALES, UNA REALIDAD

Es interesante notar que la existencia concurrente de ambos dumping y la

²⁷ Alan O. Sykes, *Antidumping and Antitrust: What Problems does each Address?*, Brookings Trade Forum 1998, Robert Z. Lawrence, comp., Brookings Institution Press, Washington, D. C., 1998, p. 2.

²⁸ Como dice la retórica en inglés: level the playing field ("nivelar la cancha de juego").

²⁹ Es cierto que ha habido tropiezos (legislativos y judiciales) en el proceso de creación de una teoría económica y jurídicamente aceptable; sin embargo, hay una tendencia mundial a considerar que el punto medular de atención de la disciplina es la pérdida de bienestar social (deadweight loss). Véase, en general, James J. Garrett (comp. gral.), *World Antitrust Law and Practice, A Comprehensive Manual for Lawyers and Business*, Little Brown and Company, Boston/New York/Toronto/Londres, 1995.)

³⁰ Es verdad que ha habido cierto análisis económico en relación con el dumping y su definición; véase Viner, Dumping; Dale, *Antidumping Law*; Deardoff, *Economic Perspectives on Antidumping Laws*; Jackson y Vermulst, *Antidumping Law*. Sin embargo, no tienen ni por mucho la seriedad y abundancia que tiene la competencia económica en general, y la depredación de precios en particular.

³¹ Incluso han llegado a la Organización Mundial de Comercio. En específico, al Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, comúnmente referido como el "Acuerdo Antidumping".

²⁸ Pascual García Alba Iduñate, *Fundamentos económicos de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia, Informe de Competencia Económica*, Segundo semestre de 1996, pp. 106-107.

²⁹ Francisco J. Soto Alvarez, *La depredación de precios como práctica monopolística*, Informe de Competencia Económica de 1997, p. 151.

³⁰ En *AKSO v. Commission* (Caso C-62/86 [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215), la Corte Europea de Justicia reconoció la importancia del recobro (párrafo 71) pero no lo incorporó como parte de la ofensa. (Richard Whish, *Competition Law*, Butterworths, 4ª ed., 2001, pp. 646-652.)

³¹ La primera ley canadiense de antidumping establecía que a un producto importado a Canadá, que también se manufacturara en dicho mercado, le sería impuesta una cuota cuando el precio cobrado por el artículo importado en Canadá, menos el costo de envío, fuera inferior al precio al que dicho producto fuera ofrecido en el mercado local (el "valor justo").

depredación de precios significa que un fenómeno relacionado tendrá efectos en dos áreas legales (competencia económica y comercio exterior) pero en dos diferentes umbrales. La tabla siguiente ilustrará el punto:

Comparación de umbrales de costos entre discriminación de precios, dumping y depredación de precios

ELEMENTOS DE LA PRÁCTICA	DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS	DUMPING	DEPREDACIÓN
Precio	Precios diferentes (con mismos costos) o mismos precios (con costos diferentes)	Debajo de valor normal	Debajo de: <ul style="list-style-type: none"> • Costo medio total: ventas habituales • Costo medio variable: ventas esporádicas
Efecto	Ganancias distintas	"Daño" (o amenaza del mismo) a la industria nacional	Desplazar a competidores del mercado
Otros Requisitos		Vínculo Causal	<ol style="list-style-type: none"> 1. Poder de mercado 2. Resultado anticompetitivos mayores que los resultados procompetitivos 3. Recobro³⁷

³⁷ Aunque incluyo recobro, reitero que la teoría y la práctica mexicana de depredación parecen no darle tanta atención.

El hecho de haya que diferentes umbrales no debe ser preocupante; después de todo, cada ley protege bienes jurídicos tutelados distintos. Sin embargo, es más preocupante el punto de fondo: ambas se traslapan; pero mientras que una de las disciplinas (*antidumping*) es cuestionable por no decir desdénable, la otra (competencia económica) es sólida y busca prevenir la ocurrencia de una conducta que sí tiene efectos nocivos.

6. SOLUCIÓN POSIBLE

Ante la situación descrita, la solución parece ser clara: que la disciplina de competencia económica absorba la legislación *antidumping*. Así lo han hecho otras como la Unión Europea³⁸, ANCERTA³⁹ y el Convenio entre Canadá y Chile⁴⁰; y lo aplauden autores respetados⁴¹. Sin embargo, dicha postura no es unánime. Otros autores consideran que la relación entre la política de competencia y de comercio exterior se extiende más allá del simple reemplazo de la ley *antidumping* local con legislación armonizada sobre precios. Por consiguiente, una no puede abarcar a la otra⁴².

En mi opinión, la eliminación de la disciplina de *antidumping* sería apropiada por tres motivos: (1) su contradicción con la teoría de la ventaja comparativa; (2) por su falta de una cimentación económica sólida; (3) porque el derecho de la competencia económica es una mejor manera de abordar el problema.

1. Contradicción con la teoría de la ventaja comparativa. La teoría de la ventaja

³⁸ El Tratado de Roma excluye la aplicación de reclamaciones antidumping entre Estados Miembros de la Unión Europea. Como resultado de ello, la legislación antidumping es relevante únicamente para importaciones provenientes de fuera de la Unión Europea. (Véase Gunnar Niels y Adriaan Ten Kate, *Trustees Anitruist to Dump Antidumping -Abolishing Antidumping in Free Trade Agreements Without Replacing it With Competition Law*, Journal of World Trade, vol. 31, núm. 6, Diciembre 1997, p. 39.)

³⁹ En 1990, Australia y Nueva Zelanda eliminaron las acciones antidumping en relación con los bienes que se originan en el mercado de cada uno. Este paso fue implementado mediante el Protocolo de Aceleración de Libre Comercio sobre

⁴⁰ El Tratado Bilateral de Libre Comercio entre Canadá y Chile establece excepciones progresivas mutuamente aplicables sobre cuotas compensatorias. Dicho tratado entró en vigor en julio de 1997. (Niels y Ten Kate, op. cit., p. 41.)

⁴¹ Gabrielle Marceau, *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 133 y 310. A su vez, Gunnar Niels y Adriaan Ten Kate, op. cit.

⁴² Michael J. Trebilcock y Robert House, *The Regulation of International Trade*, Routledge, Londres y Nueva York, 1995, p. 122.

comparativa sostiene que el comercio entre dos países beneficia a ambos si cada país exporta los productos en los que tiene una ventaja comparativa⁴³. Desde su creación por David Ricardo⁴⁴, constituye el modelo más aceptado en el cual descansa la explicación del fenómeno económico del comercio internacional⁴⁵.

A la teoría de la ventaja competitiva se le atribuyen los siguientes beneficios: el abasto agregado es mayor, los precios son inferiores y dada la especialización que implica, la calidad de los productos (en los que un país tiene una ventaja comparativa) será superior.

La legislación en materia de *dumping* es contraria a la teoría de la ventaja competitiva en la medida en que obliga a un productor a vender en un mercado extranjero a precios distintos de los que, de otra manera, hubiera fijado. Esto es ineficiente en la medida en que el precio que hubieran fijado es el óptimo -un resultado natural de asumir que el productor fijará precios en la forma que maximiza sus utilidades, dada la curva de demanda que enfrenta-. Forzar un precio distinto del que en forma natural hubiere escogido el productor es contrario a una economía de mercado y a la teoría de la ventaja comparativa; más aún, es el tipo de intervenciones que rechazan muchos economistas prestigiados.

Las intervenciones proteccionistas del género de cuotas compensatorias han estado rodeadas de la (malentendida) retórica de igualdad y justicia. Es decir, se habla de que el comercio debe ser *leal*, de tal forma que si los productores extranjeros fijan precios inferiores al valor normal, estarán actuando en forma *desleal* de allí las cuotas compensatorias. Sin embargo, todo este discurso es equivocado. El comercio internacional ocurre precisamente porque los agentes económicos y los países no son iguales. Algunos tienen ventajas comparativas sobre otros⁴⁶. Y lo

⁴³ Me limito a hacer esta enuncianción del postulado principal de la Teoría ricardiana del comercio internacional en la medida en que es suficiente para este ensayo. Sin embargo, debo admitir que es simplista.

⁴⁴ En verdad, no fue David Ricardo quien la creó. Esta teoría fue mencionada por primera vez por Adam Smith en *The Wealth of Nations*, en 1776. A su vez, muchos economistas (e. g., Robert Torrens y John Stuart Mill) han hecho contribuciones importantes. Sin embargo, las contribuciones de David Ricardo (en su libro *On the Principles of Political Economy*, de 1819) son tan importantes que con frecuencia se alude a la teoría clásica como la Teoría ricardiana.

⁴⁵ Melquiades Chacholiades, *Economía internacional*, 2a ed., McGraw-Hill, 1992, pp. 13-32; Stephen Husted y Michael Melvin, *International Economics*, 4a ed., Addison-Wesley, 1997, pp. 60-67; Paul R. Krugman y Maurice Obstfeld, *International Economics*, 4a ed., Addison-Wesley, 1997, pp. 14-39. Por ejemplo, el clima, el costo laboral, los recursos naturales, las habilidades de la planta productiva, las preferencias o gustos de los consumidores, etcétera.

que es más, a todos conviene que las diferencias entre los productores se exploten en beneficio de la productividad no en contra. Dicho en pocas palabras, en la medida en que el comercio internacional ocurre gracias a las diferencias entre los países y los productores, es ineficiente y equivocado desear eliminar dichas diferencias mediante intervenciones (y distorsiones) gubernamentales bajo el argumento de que es justo.

2. Flaqueza de la teoría del *dumping*. La discriminación internacional de precios carece de una cimentación económica sólida. Implica que la venta de un producto a un precio inferior a su "valor normal" es negativa o injusta con la industria del país importador.

¿Y que hay de los consumidores? Aceptar dicha postura lleva implícito anteponer los intereses de una industria nacional a los de los consumidores. Implica que es preferible distorsionar el funcionamiento natural del mercado como mecanismo de determinación del agente económico, que debe recibir el "voto económico" del consumidor mediante una (artificial) cuota compensatoria. Esta cuota le merma al consumidor nacional los beneficios del libre comercio con el (cuestionable) propósito de eliminar dicha "práctica desleal de comercio internacional". Implica que es preferible soportar artificialmente a un agente económico que propiciar el bienestar del consumidor.

No hay nada de "desleal" en discriminar precios de tal forma que se obtengan ganancias distintas de mercados distintos. El productor extranjero no le debe nada al productor nacional. Más aún, si se discrimina de tal forma que se establezca un precio inferior en un mercado extranjero en comparación al de origen, se estará en presencia de un claro ejemplo de un beneficio derivado del libre comercio o para ser más exactos, de la teoría de la ventaja competitiva, pues debe presumirse que el precio inferior es el resultado de eficiencias productivas superiores por parte del productor extranjero.

Podría contestarse que el productor extranjero sí le debe algo al productor nacional: competir "justamente", entendiéndose por "justo" sin vender debajo de costo. De ser éste el caso, esta situación estaría adecuadamente abordada mediante la disciplina de depredación de precios del derecho de la competencia económica. Parecería que hay un cabo suelto en el análisis: no son sustituibles al no ser comparables; y no son comparables pues el resultado de cada uno es distinto y, por ende, no abaricable el uno por el otro.

El resultado de la determinación de la existencia de *dumping* es distinto del resultado de la determinación de la existencia de depredación de precios. Mientras que la segunda concluye en multas, la primera resulta en una cuota compensatoria. Dados los objetivos de cada legislación, el resultado de cada uno es el apropiado⁴⁷.

Sin embargo, en mi opinión, la multa (asumiendo que se calibra en forma apropiada) es una mejor sanción que la cuota compensatoria puesto que sanciona a quien debe sancionar: al productor. La cuota compensatoria, al elevar el precio final del producto, afecta *en passant* al consumidor reduciendo el número de consumidores que pueden pagarlo⁴⁸. Por el contrario, una multa sancionará exclusivamente al agente económico que incurre en la conducta indeseada dejando que los consumidores puedan adquirir el producto al precio reducido. Es decir, sanciona sin resultados que afecten el bienestar del consumidor o que busquen ser una excusa para propiciar proteccionismo⁴⁹.

3. Competencia económica como una mejor solución. Una razón adicional para borrar la disciplina de *dumping* de los códigos es que el análisis en el contexto de la depredación de precios es más sólido en lo económico. Dado que ambos se traslapan, al eliminarse el *dumping*, subsistirá únicamente la depredación de precios.

En específico, el análisis efectuado en el contexto de depredación de precios sobre "costo", es más sofisticado en lo económico que el análisis sobre "valor normal". Lo anterior es cierto aun para quienes tienen dudas sobre la teoría de depredación de precios⁵⁰.

⁴⁷ Mientras que la legislación de competencia busca castigar y erradicar conducta anticompetitiva, la legislación *dumping* busca evitar el daño a la industria nacional.

⁴⁸ Es decir, resulta en un número determinado de operaciones que no se llevan a cabo por estar el precio adicionado con la cuota por encima del punto de equilibrio (de intersección entre la curva de oferta y la curva de demanda) que, de otra manera, hubiera mostrado.

⁴⁹ Podría contestarse que la multa sí afecta al consumidor pues es un costo que necesariamente será repercutido en el precio final y, por ende, el consumidor sigue siendo dañado. Sin embargo, al imponerse en una etapa posterior a la que se efectuó la operación, el consumidor sigue beneficiado. Una vez implementada la multa, de elevarse el precio en forma congruente, el agente económico recibirá una sanción adicional: la del mercado. Menos consumidores adquirirán el producto por ser superior el precio. Como puede observarse, esto es una razón adicional para preferir la multa por depredar, a la cuota compensatoria por *dumping* como forma de solucionar la práctica. Además, hace reducir una flaqueza adicional de la cuota compensatoria: se impone en una etapa distinta de la época de *dumping*, en la cual puede no presentarse el fenómeno.

⁵⁰ En otro contexto, he sostenido que la teoría mexicana en materia de depredación de precios incurre en ciertos errores. Los motivos son: (1) la medida de "costo" es demasiado alta, lo cual hace que

El umbral de "valor normal" de la legislación *antidumping* es muy distinto del de "costo" en materia de depredación; por lo general, el primero es más alto. Y aunque no lo sea, el tipo de análisis efectuado en el contexto de costo para efectos de depredación es más sofisticado y acercado al análisis que llevan a cabo los empresarios al momento de determinar el precio que deben establecer. Por consiguiente, es mejor dejar en manos de las autoridades que hacen tal tipo de análisis, que en las que usan el de valor normal.

7. POSTURAS EN CONTRA

Como era de esperarse, la postura sostenida en este ensayo ha encontrado oposición. Me han mencionado que las disciplinas son substancialmente diferentes; coincido con la observación. Sin embargo, reitero que considero que hay un traslape de bienes jurídicos tutelados y mientras que *dumping* adolece de defectos en sus cimientos económicos, la depredación de precios tiene fundamentos más sólidos y por consiguiente, la primera debe ser eliminada por las razones que ya he explicado.

Otra observación que se me ha hecho es que, mientras que la determinación de la existencia de depredación implica un procedimiento lento y costoso, la determinación de la existencia de *dumping* es razonablemente rápida y menos costosa. En mi opinión, el comentario es cierto, pero insuficiente para mantener en vida la disciplina de *dumping*. Una mala regulación no debe prevalecer sobre una buena por el simple hecho de que es más rápida.

Una aguda observación que se me ha hecho y no quiero dejar de comentar es que, al no emprender en este ensayo un análisis detallado de las justificaciones económicas detrás del derecho *antidumping*, mi argumento principal no logra su objetivo. Hay algo de razón en la observación. Es cierto que no hago un escrutinio profundo⁵¹ de los aspectos económicos (tanto conceptuales como empíricos)

operaciones justificadas caigan dentro de una sombra de sospecha: (2) la no conjugación del concepto de recobro en la ecuación de depredación; (3) los criterios de caracterización y distribución de costos invitan a que las autoridades de competencia económica hagan evaluaciones ex post facto de las decisiones de negocios y contabilidad de las empresas. En caso de desear abundar sobre los motivos que arrojan dichas conclusiones, puede consultarse Francisco González de Cossío, *Law and Economics*.⁵¹ Enfatizo el adjetivo pues en este ensayo he explicado los orígenes y tipo de argumentación que sobre ella se hace. Si el lector lo considera lacónico es porque los argumentos mismos revisten dicho calificativo, no mi exposición de los mismos.

para demostrar que la teoría de dumping es poco sólida⁵². La razón de ello es triple: en primer lugar, rebasa el perfil de este ensayo. En segundo, considero que los argumentos ofrecidos son suficientes para desvirtuar la disciplina en la forma que lo he hecho. En tercer lugar, he preferido hacer eco (y apalancarme) de la literatura económica que considera que el análisis económico existente en materia de *dumping* es insuficiente para sostenerla como una disciplina que debe continuar siendo aplicada. Dejo a criterio del lector decidir si ello es causa suficiente para desechar por completo la postura que estoy haciendo valer.

8. CONCLUSIÓN

En mi opinión, toda la disciplina de *dumping* debería eliminarse. Los motivos son:

(1) Choca con paradigmas actuales en materia de comercio internacional y de bienestar social; (2) carece de una sólida cimentación económica; (3) es el resultado de proteccionismo; (4) se traslapa con un área que no incurre en los defectos descritos: la competencia económica en general, y la depredación de precios en particular.

⁵² Aunque sí he hecho alusión a la teoría económica que al respecto he encontrado (véase, n. 37).

EL FORO, órgano de la Barra Mexicana,
Colegio de Abogados, A.C.

fue impreso en el mes de mayo de 2005,
en *JorMan*, México, Distrito Federal.

Su tiraje consta de 1 900 ejemplares en papel gráfico.

Su composición fue realizada en tipos Times New Roman de 10.5 puntos