

# ACCIONES COLECTIVAS Y COMPETENCIA ECONÓMICA

*Francisco González de Cossío\**

I.	INTRODUCCIÓN.....	2
A.	UN COROLARIO COMO PUNTO DE PARTIDA.....	2
B.	DEFENSA DEL COROLARIO .....	2
C.	RAMIFICACIONES DEL COROLARIO .....	3
II.	ECONOMÍA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.....	5
A.	RAISON D'ÊTRE.....	5
B.	BENEFICIOS.....	5
C.	PROBLEMAS.....	6
1.	Problemas 'de agencia' o problemas 'principal-agente' .....	6
2.	Selección adversa .....	7
3.	Hostigamiento y chantaje .....	7
4.	El problema de traslado .....	8
5.	Doble cobro .....	8
D.	UNA SOLUCIÓN MENOS EXPLORADA .....	9
III.	ACCIONES COLECTIVAS Y COMPETENCIA ECONÓMICA .....	10
A.	EL DERECHO .....	11
B.	COMÚN DENOMINADOR.....	11
1.	Beneficios .....	11
2.	Política de Competencia.....	13
3.	Víctimas .....	13
a)	Consumidores .....	14
b)	Proveedores .....	15
c)	Competidores .....	18
d)	Compradores indirectos.....	18
e)	Mercados relacionados .....	19
f)	Agregados.....	19
C.	INDIVIDUAL.....	20
D.	COLECTIVA.....	26
1.	Acciones Colectivas .....	26
2.	Protección al consumidor .....	29
3.	Arbitraje.....	30
a)	Colectividad y consentimiento .....	31
b)	Conveniencia.....	32
c)	Arbitrabilidad .....	32

---

\* González de Cossío Abogados, SC ([www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)) Observaciones bienvenidas a [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx)

## I. INTRODUCCIÓN

### A. UN COROLARIO COMO PUNTO DE PARTIDA

Pido al lector que lea y pondere sobre la siguiente afirmación:

*“Todos aceptamos algo de conducta negativa por el simple hecho que recurrirla es oneroso”.*

Si, una vez ponderada, el lector está dispuesto a aceptarla, puede pasar a la sección C de esta introducción, evitando la sección B. Sin embargo, si desea explorarla, sugiero continuar.

### B. DEFENSA DEL COROLARIO

Lo admito, la aseveración es cuestionable<sup>1</sup> — y desde un doble ángulo: conceptual y empírico.

*Conceptualmente*, uno puede pensar en razones diversas que justifiquen (o pseudo-justifiquen: racionalicen) recurrir conducta inapropiada aunque sea *de minimis*. Por ejemplo, puede versar sobre una cuestión de principio. Puede tener un valor de precedente. Puede disuadir conducta futura en relaciones continuadas.<sup>2</sup> Etcétera. Existen motivos diversos por los que uno puede convencerse que una lucha vale más que su simple lado monetario, sin que merezca la victoria ser tildada de pírrica.

*Empíricamente*, todos hemos sabido de instancias o personas que incurren en (una cantidad a veces impresionante de) esfuerzos para pelear un

---

<sup>1</sup> Lo cual podría parecer que le desmerece ser considerada ‘corolario’. Después de todo, ¿por qué siento entonces la necesidad de justificarla? Respuesta: porque eso es justamente lo que *es* un corolario: una proposición fácilmente deducible, que no necesita prueba particular. El que sea *fácilmente* mas no *evidentemente* sostenible es lo que justifica unas palabras. De lo contrario, sería un *axioma*.

<sup>2</sup> Es decir, relaciones que no se ciñen a una sola interacción. En dicho caso, el *costo* de recurrir será una *inversión* en futura conducta correcta.

punto que parece banal, o por lo menos que no se justifica desde la perspectiva costo-beneficio. Lo que coloquialmente aludimos mediante la frase “le salió más caro el caldo que las albóndigas”. Y el fenómeno no es nuevo, como tampoco es que levante cejas. Ya desde 1872 nada más y nada menos que Rudolf von Jhering se enigmaba ante lo que llamaba la “manía del litigio”,<sup>3</sup> dando como posible explicación que ello obedecía al amor por la lucha de algunos, o el deseo (que calificó de ‘irresistible’) por infligir daños al oponente— aún y cuando cueste más a quien los genera.<sup>4</sup>

Me pregunto sin embargo si los casos observados son ejemplificativos de la regla, o más bien su excepción. Ciertamente, todos hemos visto o vivido casos que no se justifican desde la perspectiva ‘costo-beneficio’. También cierto, pueden no ser pocos. Pero invito a que el lector considere si ello es la regla de la conducta humana. En mi caso, no lo percibo así. Y hablando por experiencia propia, estoy dispuesto a admitir que he peleado cuestiones que, bajo la lupa ventaja/desventaja, podrían ser cuestionables. Pero después de reflexión, estoy convencido que no son ni por mucho la regla de mi actuar. En buena medida, me ciño—y constriño—a escoger mis batallas—lo cual milita a favor de aceptar el corolario propuesto.

### C. RAMIFICACIONES DEL COROLARIO

Si el lector está dispuesto a aceptar la afirmación (por lo menos para fines argumentativos), fluyen ramificaciones importantes.

Primero, existe una cantidad de conducta ‘incorrecta’ que, aunque toleramos, preferiríamos que no ocurriese. Sin embargo, la aceptamos puesto que tomar medidas en contra de ella no se justifica. Es más ‘caro’ atacarla que aceptarla. (Por concisión, en lo sucesivo la llamaré “Conducta Deplorable”.)

---

<sup>3</sup> Al aludir a ello se refería a las instancias en que, recibida asesoría jurídica en el sentido que el pleito generará costos importantes, superiores a los beneficios esperados, aún así el cliente da instrucción de proseguir con el mismo.

<sup>4</sup> THE STRUGGLE FOR LAW, Callaghan and Company, Chicago, 1915, pp. 25-26.

Segundo, entre más oneroso sea hacer valer un derecho y recurrir Conducta Deplorable, más de ésta ocurre. Es decir, existe un universo mayor de conducta que, de ser menos oneroso recurrir, recurriríamos.

Tercero, si la parte que incurre en la Conducta Deplorable recibe un beneficio de la misma, puede beneficiarse de la onerosidad de ejercer el derecho en detrimento de terceros y ‘salirse con la suya’. Dado que ello le reporta beneficios, tiene incentivos para incurrir en la misma. Y dichos beneficios continuarán hasta que se rebase el umbral a partir del cual se justifica recurrirla.

Cuarta ramificación, que es una consecuencia lógica y necesaria de la segunda y tercera: entre más oneroso sea recurrir, más Conducta Deplorable ocurrirá.<sup>5</sup> Y más costos son impuestos a terceros.

Éstas cuatro consecuencias no son las únicas que fluyen del corolario, pero son útiles para entender la utilidad de las acciones colectivas: permiten recurrir daños impuestos masivamente y que—dado el costo de hacer valer derechos—permanecerían impunes.

Hay mucho que puede —y debe— decirse sobre esta materia, y su lamentable estatus en México.<sup>6</sup> En esta nota me ceñiré a un caso particular de

---

<sup>5</sup> A primera impresión esta aseveración parece idéntica a la segunda. Se distingue sin embargo en que la segunda alude a un *statu quo* estático: entre más caro es pelear, más conducta se acepta. La cuarta conclusión busca hacer ver que, si se empezó con un umbral de costo de terminado (v.g.r., 100), y luego se incrementó (v.g.r., 150), ello incrementará necesariamente el universo de Conducta Deplorable. Es decir la apreciación es dinámica.

<sup>6</sup> Recomiendo las siguientes obras: Ricardo Ríos Ferrer, Juan Pablo Patiño y Julio Gutiérrez Morales, ANÁLISIS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL QUE INTRODUCE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN MÉXICO, en RETOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO MEXICANO EN EL SIGLO XXI ¿CÓMO DEBE EVOLUCIONAR?, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed. Themis, México, D.F., 2012, p. 597. Abel Rivera Pedroza y Ernesto Gómez Magaña, ACCIONES COLECTIVAS, Incidencia de las Organizaciones de la Sociedad Civil en la Reivindicación de Derechos, Indesol, 2012. Daniel García Barragán, LAS ACCIONES COLECTIVAS: PERSPECTIVAS Y REALIDADES DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN MÉXICO, UNAM, México, D.F., mayo 2013.

la misma: competencia económica, no sin antes comentar la economía detrás de las acciones colectivas.

## II. ECONOMÍA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

### A. RAISON D'ÊTRE

Las acciones colectivas son un mecanismo *jurídico* para remediar un doble problema *económico* (además de social): primero, la inconveniencia, desde un punto de vista de costo-eficiencia, de utilizar el Derecho para obtener indemnización por daños 'pequeños'. Segundo, remediar problemas de coordinación.<sup>7</sup> En ausencia de dicho mecanismo, existirá un universo de costos que resiente la clase consumidora que carecerán *de facto* de recurso para hacerse valer. De hecho, entendido el corolario, no es exagerado decir que, en ausencia de un mecanismo como las acciones colectivas, *el Derecho en verdad no existe para un universo de casos: aquellos que, estando debajo de cierto umbral de costo, hacen inviable usar el Derecho para recurrirlos.*

Existe otra cara de la moneda de dicha situación: los beneficios que genera a los productores. Los actos u omisiones que podrían ser recurridos mediante acciones colectivas generan beneficios del lado del productor que los incurre. Y estos beneficios pueden ser importantes. Luego entonces, en ausencia del mecanismo de las acciones colectivas, el resultado es que un sector de la sociedad está a la merced de otro; un escenario que interesa a algunos mantener inalterado.

### B. BENEFICIOS

El argumento principal a favor de las acciones colectivas es fácil de entender: es más eficiente litigar la misma cuestión en un solo foro que en muchos o en

---

<sup>7</sup> Una lección que arroja el análisis económico del derecho es que la acción no-coordinada de grupos de individuos tiende a ser menos eficiente que la coordinada. (*Vid.*, Mancur Olson, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION, Public Goods and The Theory of Groups, Harvard University Press, 1965.)

muchas ocasiones, a través de muchas demandas individuales pequeñas, aunque se trate de un número importante de actores. Dicho en términos económicos, existen economías de escala tanto del lado de los demandantes como del lado de los demandados en contar con un único litigio que abarque a todos los involucrados. La justicia colectiva permite realizar dichas economías: que un grupo de demandantes situados en la misma situación consoliden sus reclamaciones individuales en un grupo grande.

Entendido lo anterior, puede resumirse que existen tres grandes motivos para permitir acciones colectivas:

1. *Disuadir*: evitar la Conducta Deplorable;
2. *Compensar*: indemnizar a las víctimas de Conducta Deplorable; y
3. *Eficientar*: permitir que una misma cuestión se ventile en la menor cantidad de foros posibles, lo cual acarrea dos consecuencias: (i) reducción de costos sociales en su resolución; (ii) evitar decisiones contradictorias.

## C. PROBLEMAS

Entendida la razón de ser de las acciones colectivas, ello no quiere decir que carezcan de problemas (incluyendo costos sociales). Vale la pena mencionarlos sucintamente.

### 1. Problemas ‘de agencia’ o problemas ‘principal-agente’

Un problema o costo ‘de agencia’ (*principal-agent o agency costs*) es el término económico para aludir a la discrepancia entre el desempeño de una actividad realizada en beneficio de una parte interesada (el ‘principal’) por quien la llevará acabo (el ‘agente’); es decir, quien administra los intereses de otro. Cuando los incentivos generados invitan conducta oportunista de quien actúa por alguien (el ‘agente’) en detrimento del representado (el ‘principal’). El mecanismo de acciones colectivas está plagado de problemas ‘principal-agente’.

Uno relacionado con nuestro tema consiste en la relación entre el representante legal y los miembros de una clase: los incentivos de la clase y su representante pueden no estar perfectamente alineados, lo cual detona conducta que pueden beneficiar al representante legal pero lastimar a los representados.<sup>8</sup>

## 2. Selección adversa

En la medida en que la condena crezca con el volumen de demandantes, existe un incentivo para incrementar el tamaño de la clase. Ello propicia un problema de selección adversa: quienes tengan un caso débil preferirán sumarse a (y perderse dentro de la masa de) la clase. Ello puede propiciar indemnizaciones en casos que no se justificaban.

## 3. Hostigamiento y chantaje

Una acción colectiva genera el incentivo de transigir para evitar no sólo el fallo, sino el costo del litigio—el cual en el caso mexicano siempre es fijo dada la deplorable praxis judicial respecto a costas.<sup>9</sup> Ello invita a que el mecanismo sea abusado en detrimento de agentes económicos que en verdad no generaron daño. Como consecuencia, el demandado puede ser forzado a aceptar transacciones con la simple finalidad de evitar el pleito, no porque en verdad haya causado daños: un paraíso para abogados poco escrupulosos, dispuestos a enderezar acciones frívolas.

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, las transacciones. Si el representante legal cobra por hora, es natural suponer que preferirá estirar la duración del fallo lo más posible. Sin embargo, si es un costo fijo (cuota litis), el incentivo será inverso. E *in extremis* podría apresurar decisiones y montos que pudieron haber sido mejor logrados con más recursos. (Y aunque al llevarse un porcentaje el representante también sufre, sufre más la clase representada, por ser quien tiene más en juego.)

<sup>9</sup> Me refiero a la práctica de descuidar el análisis de *quantum* y condena de los montos condenados como costas judiciales. Al no ser un costo que se distribuya entre las partes en litigio, la simple existencia del litigio implica un costo hundido no compensable que el demandado puede racionalmente—y sin existir Conducta Deplorable—preferir evitar aceptando una transacción para ello. Esto es sabido por todos (particularmente los litigantes)—excepto (aparentemente) nuestro Poder Judicial. (De otra manera, ¿cómo se explica el *statu quo*?)

#### 4. El problema de traslado

Cómo discernir el daño generado a entes que se vean directamente afectados por una práctica monopólica, de agentes económicos ubicados en otros eslabones de la cadena productiva que hayan sufrido el efecto dominó de la práctica, es un tema complejo que ha generado debates y diferencias. Por ejemplo en 1977 la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos determinó que sólo aquellos que hubieren adquirido *directamente* los productos o servicios podían demandar.<sup>10</sup> Ello ha propiciado que algunos aseveren que dicha decisión tiene por efecto mermar en buena medida el derecho del consumidor de obtener indemnización por la práctica anticompetitiva (que involucró la peor de todas: fijación por precios).<sup>11</sup>

#### 5. Doble cobro

La posibilidad de que a la par de acciones colectivas existan demandas individuales trae aparejada la probabilidad de doble cobro. Este problema ha dado origen a una enorme cantidad de especialización sobre cómo manejarlo. En este contexto sólo tomo nota del mismo.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). El razonamiento de la Suprema Corte de Estados Unidos para circunscribir indemnización al primer eslabón consistió en la complejidad implícita en el cálculo conforme el producto transita la cadena productiva. En sus palabras: “complex economic adjustments ... that would greatly complicate and reduce effectiveness ... would transform treble-damages actions into massive efforts to approtino the recovery among all potencial plaintiffs that could have absorved part of the overcharge”.

<sup>11</sup> Frederic M. Scherer, CLASS ACTIONS IN THE US EXPERIENCE: AN ECONOMIST’S PERCEPTION, en Jürgen G. Backhaus, Alberto Cassone, y Giovanni B. Ramello, THE LAW AND ECONOMICS OF CLASS ACTIONS IN EUROPE, Lessons from America, Edward Elgar Publishing Limited, USA, 2012, p. 35.

<sup>12</sup> Una de las maneras de evitarlo es comúnmente aceptada: quien demande individualmente queda excluido *ipso facto* de la clase. Esta solución no sólo es universalmente aceptada, sino que derecho mexicano la ha acogido. (Artículo 613 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).)



#### D. UNA SOLUCIÓN MENOS EXPLORADA

Cada uno de los problemas enunciados encuentra herramientas para manejarlos tanto en la literatura económica como en sistemas procesales que lo han ponderado. No abundaré en ellos, sólo dejo constancia de su existencia para evitar que ello se torne en el motivo (o excusa) para no adoptar un régimen apropiado sobre acciones colectivas. Comentaré sin embargo una preocupación jurídica frecuentemente escuchada:<sup>13</sup> que las acciones colectivas pueden prestarse para abusos.<sup>14</sup> Ello es cierto; es de admitirse. Pero la opción no es no contemplar legislación sobre la materia. Y tampoco lo son las medidas que la legislación actual contempla.<sup>15</sup> Sobre ello, deseo hacer eco de un llamado que he hecho en otros contextos:<sup>16</sup> propongo que la solución consiste en la utilización inteligente de la facultad que los juzgadores tienen para condenar al pago de costas. Esta facultad es un gran remedio para atacar el (serio) problema de abuso de proceso que tenemos en nuestro país. No obstante que la facultad existe, rara vez se utiliza—y nunca en términos de mercado. Es decir, las condenas de costas son lacónicas. Como resultado, mucha conducta procesal lamentable (v.gr., chicanería) es no sólo *tolerada*, sino *incentivada*: el no atribuir las consecuencias (costos) a quien los genera hace las veces de un subsidio. Y la conducta subsidiada es fomentada.

Se propone que las condenas de costas sean a precios de mercado, no las migajas del 2% y 6% que contempla legislación procesal diversa. Si ello se permite, se verá cómo el abuso de proceso se reduce seriamente.

La praxis actual no puede calificarse que de tímida. El argumento que he escuchado es que no se puede sancionar el ejercicio de un derecho.

---

<sup>13</sup> Aquella indicada en la sección II.C.(3), *supra*.

<sup>14</sup> Esta preocupación es escuchó con mucha fuerza durante la gestación del régimen de acciones colectivas. Sospecho que fue lo que descarriló lo que era una muy buena iniciativa.

<sup>15</sup> Al respecto, *vid* sección III.D, *infra*.

<sup>16</sup> Tanto conferencias como ensayos. Uno es Francisco González de Cossío, EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, Ed. Porrúa, 2007.

Respetuosamente, la apreciación pierde de vista el punto. Lo que se sanciona no es el *ejercicio* de un derecho, sino *abuso* del mismo—algo distinto. En respuesta a dicha observación se me ha contestado que ello puede ser difícil de diferenciar. En mi opinión, quien conoce un expediente sabe cuando ha habido un ejercicio legítimo de un derecho y cuando hay abusos. Chicanas. Y mientras que las primeras no merecen la consecuencia de costas, las segundas sí.<sup>17</sup>

Es hora—no, ya es tarde, pero no demasiado—para que cambiemos nuestra praxis judicial sobre esto. La timidez actualmente visible es injustificada. El derecho de acción es un derecho como cualquier otro. De abusarse, debe generar consecuencias. No hacerlo acentúa el problema de congestión judicial que apresa al Poder Judicial y merma el (verdadero) valor de los derechos de todos.<sup>18</sup>

### III. ACCIONES COLECTIVAS Y COMPETENCIA ECONÓMICA

Aunque es probable que el régimen que comentaré cambie a la luz de la modificación Constitucional en materia de Competencia y Telecomunicaciones (de 11 de junio de 2013),<sup>19</sup> el tema merece ser analizado para oxigenar el

---

<sup>17</sup> En DISTRIBUCIÓN DE COSTOS EN EL ARBITRAJE: EL MODELO PORCENTUAL (visible en [www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)) propongo un método que se basa en análisis económico del derecho para distribuir costas de una manera que se detonen los incentivos y las consecuencias correctas. Dicho “Método Porcentual” (como lo bauticé) ha encontrado eco en varias latitudes. Varios laudos arbitrales han echado mano del mismo en su análisis de distribución de costas. Dicho método tiene como antecedente la noción defendida en LAS COSTAS EN ARBITRAJE: ¿UNA ZANAHORIA O UN PALO? (Pauta 53, mayo 2007, p. 11.)

<sup>18</sup> Para entender porqué, ver la teoría propuesta en ESTADO DE DERECHO: ENFOQUE ECONÓMICO, Ed. Porrúa, 2007.

<sup>19</sup> Para abundar sobre esta (histórica) reforma Constitucional, véase González de Cossío, LA MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE COMPETENCIA ECONÓMICA Y TELECOMUNICACIONES: UN COMENTARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE COMPETENCIA, documento auspiciado por el Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., (CIDAC) julio 2013 (visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/competencia](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/competencia)).

derecho a recibir indemnización por prácticas anticompetitivas.<sup>20</sup> A continuación explicaré porqué.

## A. EL DERECHO

El artículo 38 de la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”) dice:

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)

El primer párrafo del artículo 38 de la LFCE otorga el derecho a las víctimas de una práctica monopólica o concentración prohibida a demandar indemnización por los daños y perjuicios que hayan sufrido. El segundo párrafo establece cómo se ejerce: individual o colectivamente. A continuación se comentarán por separado, no sin antes hacer un comentario sobre comunes denominadores.

## B. COMÚN DENOMINADOR

### 1. Beneficios

La posibilidad de que coexistan acciones por daños y perjuicios a la par del procedimiento administrativo es vista con buenos ojos por muchas

---

<sup>20</sup> Lo que es más, siendo que este ensayo se emite justo cuando se está trabajando en la legislación secundaria derivada de la modificación Constitucional, es de esperarse que lo aquí tratado se tome en cuenta en el diseño de la nueva legislación secundaria.

jurisdicciones por dos motivos.<sup>21</sup> El primero es *justicia*: permitir que el afectado sea indemnizado. Segundo, constituye una pieza clave de *disuasión*: el agente económico que considere incurrir en prácticas anticompetitivas temerá no sólo las sanciones altas, sino las acciones por daños que enderezarán los entes privados. Y la experiencia no sólo secunda la noción, sino que exige concluir que puede ser una pieza clave de éxito de una política de competencia, particularmente cuando el órgano de competencia tiene límites de recursos— como es el caso de México. Por ejemplo, en Estados Unidos de América el 90%<sup>22</sup> o 95%<sup>23</sup> de los casos de competencia tienen como origen una acción individual. Ello se explica en buena medida por el aliciente consistente en que la indemnización a los afectados será el triple: los famosos *treble damages*.<sup>24</sup> En Europa, también se fomenta la posibilidad de obtener indemnización por daños derivados de prácticas monopólicas.<sup>25</sup> Como se dijo en el *Green Paper* de la Unión Europea:<sup>26</sup>

...enhanced private enforcement will ... increase the incentives of companies to comply with the law, helping ensure that the markets remain open and competitive ...”

---

<sup>21</sup> Aunque existen dudas dada la litigiosidad que genera aunado a que los incentivos de los demandantes no necesariamente están alineados con los del público. (*vid* Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, Harvard, 2008, pp. 55-76.). Para ser claros, Hovenkamp no critica la figura, sino que la considera adecuada para casos en los que la violación es clara y su éxito depende de secrecía— como los cárteles (actualmente contemplados en el artículo 9 de la LFCE). La posibilidad de demandar por daños por actos públicos o que distan de desplegar el ánimo defraudatorio visible en los cárteles (v.gr., justifican indemnización sola, no triplicada). La advertencia resuena sensata. Es de esperarse que ello sea sguido en la legislación secundaria en vías de ser redactada.

<sup>22</sup> Para ser exactos, según un estudio de la Universidad de Georgetown, entre 1973 y 1983 el noventa por ciento de procesos de competencia provino de acciones privadas (Lawrence J White, *PRIVATE ANTITRUST LITIGATION: NEW EVIDENCE, NEW LEARNING*, MIT Press, Cambridge Massachusetts, 1988).

<sup>23</sup> Hovenkamp, *ob. cit.*, p. 58.

<sup>24</sup> §4 de la Clayton Act (15 U.S.C. §15 (Supp. 1992)) que dice “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore ... and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of the suit, including reasonable attorney’s fee”.

<sup>25</sup> *Green Paper of the EC Commission, Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules* (19 de diciembre de 2005) y *White Paper on Damages actions*, 2008.

<sup>26</sup> *Commission Staff Working Paper*, Anexo al *Green Paper* (COM (2005) 672, ¶5).

[el incremento en las demandas privadas ... incrementa los incentivos de las compañías a cumplir con el derecho, ayudando a asegurar que los mercados permanezcan abiertos y competitivos]

Como puede verse, detrás de la posibilidad de demandar está no sólo el ánimo de *justicia* (indemnizar al afectado) sino el de *eficacia*: sirve de aliciente para cumplir el derecho de la competencia.<sup>27</sup>

## 2. Política de Competencia

En resumen que desde el punto de vista de política de competencia, existen tres motivos por los cuales es aconsejable contar con un régimen que permita que los afectados puedan accionar para obtener indemnización por los daños que han sufrido:

- a) *Eficiencia*: evita duplicidad y contradicciones como resultado de multiplicidad de acciones que versen sobre un mismo hecho.
- b) *Disuadir*: al proveer un mecanismo claro de indemnización, se desincentiva incurrir en una práctica.
- c) *Compensar*: se indemniza a las víctimas de prácticas anticompetitivas por el daño causado, mismas que pueden ser muchas—como a continuación se explicará.

## 3. Víctimas

Detecto seis áreas en las que, dependiendo de la práctica anticompetitiva, pueden generarse daños: <sup>28</sup> consumidores, proveedores, competidores,

---

<sup>27</sup> Es de admitirse que existe una escuela de opinión que considera que las reclamaciones privadas son cuestionables en que detonan mucho litigio orientado a obtener el lucro individual, sin poco deseo de ayudar a la situación macroeconómica. Y ello constituye un peso (por distracción de recursos) serio a los agentes económicos. Por ejemplo, Herbert Hovenkamp se manifiesta a favor de la posibilidad de demandar, mas no los daños triples. (Hovenkamp, *ob. cit.*, p. 59.)

<sup>28</sup> El impacto exacto dependerá de la práctica en cuestión. Por ejemplo, mientras que las prácticas absolutas y concentraciones horizontales afectarán a competidores, las relativas y concentraciones verticales a proveedores o clientes y otros agentes

compradores indirectos, mercados relacionados y el aletargamiento general (macroeconómico) de la competencia. Los comentaré por separado.

a) *Consumidores*

El daño más frecuente y serio lo resentirán los consumidores. Los compradores de productos a precios supra-competitivos.<sup>29</sup> Ello es fácil de entender, pero un ejemplo puede ilustrar.

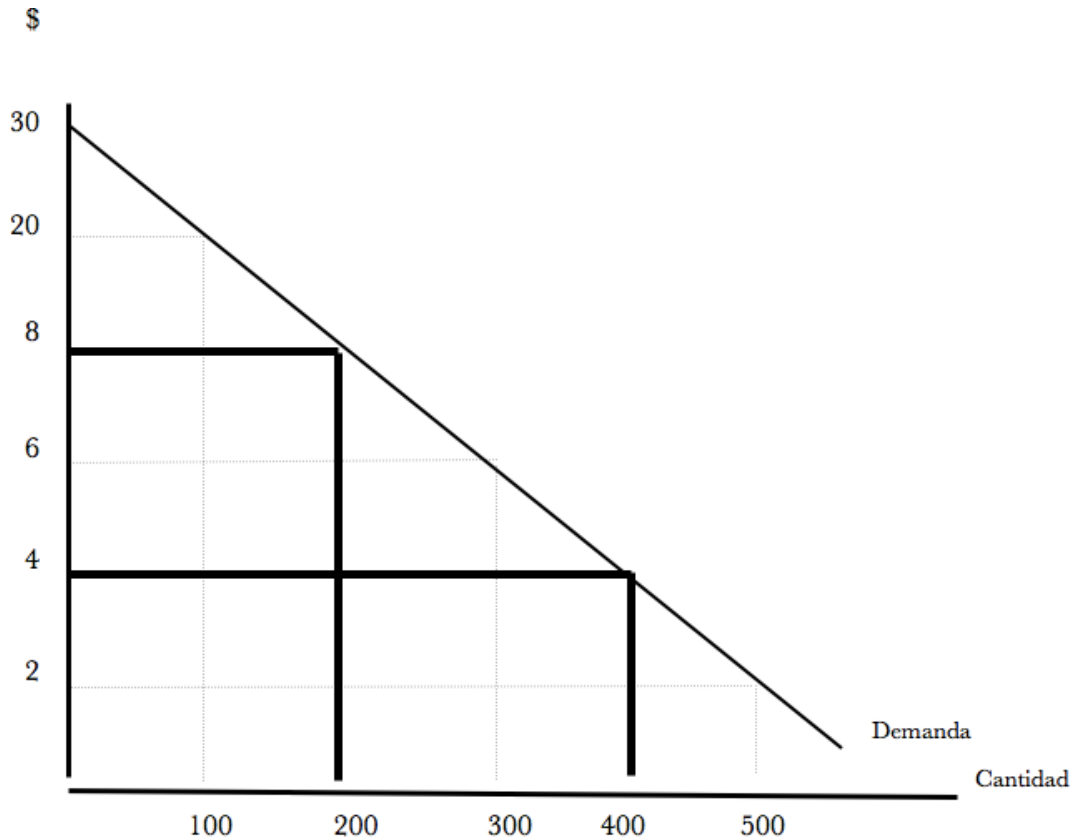
La **Figura 1** ilustra un producto cuyo precio de mercado es \$4. Acorde a dicha curva de demanda, la cantidad vendida serían 400 unidades. Ello quiere decir que el consumidor reflejado en dicha curva de demanda adquiriría dicho volumen por \$1,600. Ahora considérese que—gracias a una práctica anticompetitiva—el agente económico puede venderla a \$8. El resultado en dicho mercado será que se venderán sólo 200 unidades: la mitad de lo que se vendería en un mercado competido. Y el consumidor en dicho mercado pagará por ello \$1,600: ¡la misma cantidad por la que pudo adquirir 400! Ello quiere decir que, en el ejemplo, la cada unidad es vendida al doble de precio. Los 200 consumidores que compraron pagaron un sobre costo de 4 por unidad. Todo ello es daño. Pero siendo que \$4 es demasiado poco como para justificar una acción, el productor (que incurrió en la práctica anticompetitiva) lo apropia: se ‘sale con la suya’. Mediante una acción colectiva, dicho daño es indemnizable. Aunque \$4 no la justifica, \$800 sí puede justificarlo.

---

económicos hacia abajo de la cadena productiva (como distribuidores). Y en todos los casos existirá un impacto al consumidor: precios supra- competitivos.

<sup>29</sup> Esto es frecuentemente visible en México. ¿Alguna vez se ha preguntado el lector por qué muchos de los productos que adquiere en México son sensiblemente más caros que en Estados Unidos y Europa? Ya no puede hablarse de impuestos de importación; en términos generales, México es un país muy abierto al comercio internacional. Y quien aluda a costos de transporte está incurriendo en un yerro fácilmente verificable: ¿acaso el producto que tiene en mente no incurrió en costos de transporte para llegar al mercado estadounidense o europeo?

**FIGURA 1**

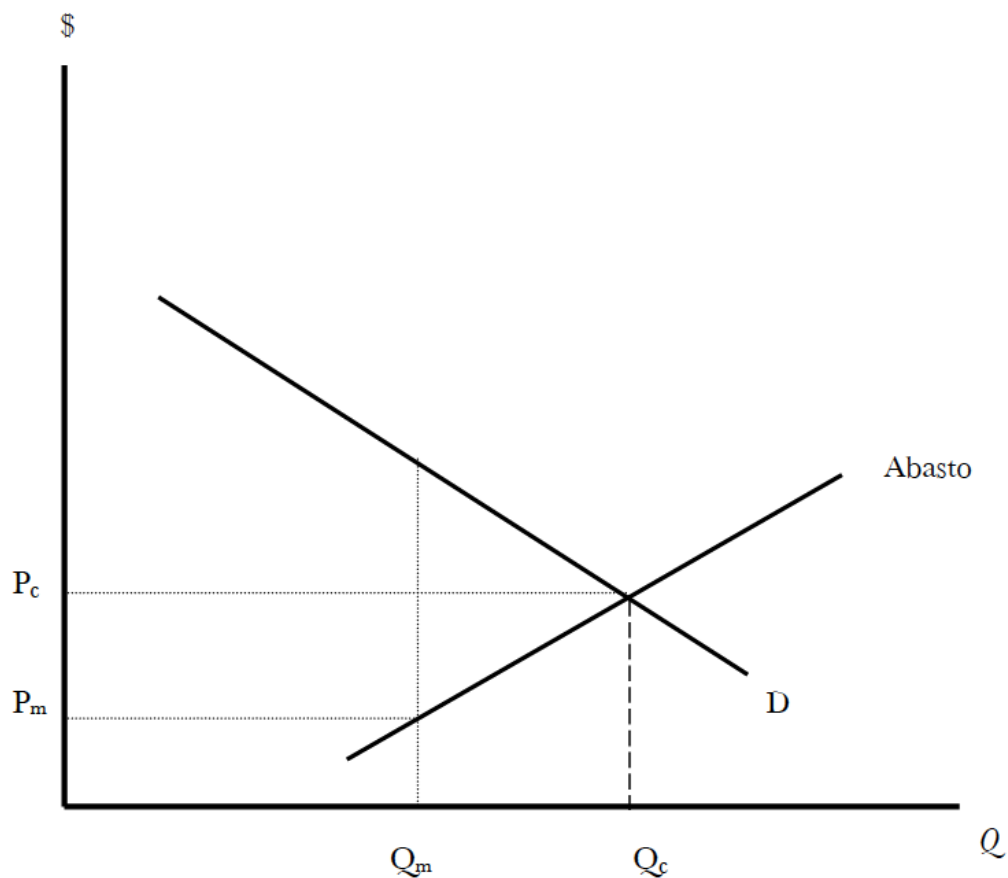


*b) Proveedores*

Un proveedor puede sufrir daño al ser exprimido de valor que hubiera apropiado si, en vez de vender producto a clientes en un mercado competido, enfrenta un mercado donde hay pocos o un solo cliente. En dicho caso suministra producto a un agente económico que cuenta con poder de mercado del lado de la compra (un monopsonio) y éste lo utiliza, por ejemplo, apretando en demasía el precio al cual se le vende. La **Figura 2** ilustra gráficamente el punto. En la misma se observa una reducción del precio de los productos entre aquel que se pagaría en un mercado competido ( $P_c$ ) y el que se paga como resultado de la ‘mano de puerquito en precios’ que le hace el comprador con

poder ( $P_m$ ). Hay más consecuencias económicas que pueden citarse.<sup>30</sup> Dados los fines de este ensayo, me ceñiré a poner el acento en la apropiación inmediata de valor que apropia el comprador en detrimento de los vendedores. El mismo resultado resulta si en vez de un comprador son dos o tres y se ponen de acuerdo en el precio de compra.<sup>31</sup>

**FIGURA 2**



<sup>30</sup> Por ejemplo, la erosión que ello causa en el mercado de oferentes. (Después de todo, ¿quién desea invertir en un mercado dominado por un único cliente que le extraerá todo el valor?) A su vez, la afectación a la eficiencia asignativa. Y la incidencia en la señalización implícita en los precios, que distarán de reflejar el verdadero apetito social por el producto—que, gracias al empresario es vendido a precios infra-competitivos, lo cual afecta el mensaje al productor que existe un deseo social para satisfacer cierta necesidad.

<sup>31</sup> Y que dicho sea de paso no puede suponerse que es reflejado en menores precios al consumidor. Con frecuencia el precio final de mercado permanece igual (atendiendo a las circunstancias del mercado). El valor extirpado es conservado por el distribuidor con poder de mercado: simplemente ensancha su margen de utilidad vía su reducción de costos.



El mercado mexicano está plagado de este fenómeno. Un ejemplo puede ilustrar. Dada la importante consolidación de las vías de distribución, existen hoy por hoy un puñado de entes que cuentan con lo que la micro-economía llama “retail power” (que traduciré “poder de mercado del distribuidor”). Y la experiencia enseña que dicho poder es usado agresivamente.<sup>32</sup> Esto requiere atención. En la última década ha existido una erosión de mercados diversos de proveedores que enfrentaron a entes con poder monopsónico en México.<sup>33</sup> Y es difícil encontrar una sola instancia de una respuesta del derecho de la competencia a dicha realidad. Ello es explicable por motivos diversos, uno que merece énfasis en el contexto de este ensayo: dado el problema del proceso de competencia, pensar en denunciar es un harakiri. Inmediatamente verá el denunciante que sus órdenes de compra se van de picada o abiertamente desaparecen. Resultado: rápidamente saldrá del mercado, dado el poder de mercado del distribuidor que existe.<sup>34</sup>

La relevancia de la situación descrita en nuestro tema consiste en que, el fracaso del proceso de competencia propiciado por su defectuoso diseño,<sup>35</sup> de

---

<sup>32</sup> Lo que indico es muy fácil de verificar (si es que el lector no ha ya pensado en casos que personalmente ha vivido). Invito al lector a que pregunte a proveedores diversos (por ejemplo, de alimentos) sus experiencias con distribuidores. Otra manera (muy comunicativa) de verificar la aseveración es observando la información pública de las empresas trasnacionales que cotizan en bolsa y que tienen operaciones en México. Véase el desempeño de sus subsidiarias mexicanas comparadas con el desempeño con otras jurisdicciones. Anticipo que la conclusión a la que llegará será sorprendente. Para algunas de ellas, ¡el mercado más lucrativo *del mundo* es México! No faltará quien diga que ello obedece a que el mercado mexicano es muy bueno. Ello no dista de ser verdad, pero no desdice el mensaje: es un síntoma de un mercado “de compradores”. Un mercado donde el clima de competencia es tal que es posible y conveniente incurrir en conductas anticompetitivas saliéndose con la suya. Además, no contradice la erosión del mercado de proveedores.

<sup>33</sup> Lo que es más, quien quiera abrir un nuevo negocio en materia de alimentos en México, tiene que considerar que una parte importante del valor que generará será apropiado por los entes con poder de distribución. Ello cierra puertas. Lo que es más, inhibe el surgimiento de industrias y opciones que deseamos fomentar dado que cohibe a emprendedores.

<sup>34</sup> El ejemplo descrito no es el único en México, sólo uno conspicuo en su existencia y ausencia de casos.

<sup>35</sup> No existe un mecanismo procesal para asegurar que puede conocerse de un caso evitando retorsión comercial. (Por ejemplo, la figura del testigo anónimo). Si a ello se

poder correctamente manejar un género de casos podría ser suplido con acciones colectivas. Así, lo que no aporta una pieza del sistema (el proceso administrativo) puede ser aportado por la acción colectiva.

*c) Competidores*

Dependiendo de la práctica específica, el daño que puede sufrir un competidor puede consistir en ventas perdidas, participación de mercado perdida, en casos extremos, pérdida de capital invertido por concurso o quiebra derivado de cierres de acceso a mercados.<sup>36</sup> La aplicabilidad de cada uno de estos casos merece análisis. Lo que en este contexto haré es ejemplificar: si un agente económico efectúa una venta atada con miras a condicionar la compra de producto *X* a la compra de producto *Y*, ambos producidos por el mismo agente económico, suponiendo que mientras que el mercado *X* es monopolizado *Y* enfrenta un mercado competitivo, sus competidores en el mercado *Y* sufrirán un desplazamiento inmediato. El mercado les será cerrado como resultado de la venta atada. Se trata del aplacamiento de un monopolio en otro mercado.

*d) Compradores indirectos*

Las prácticas anticompetitivas tienen un efecto en el mercado similar a arrojar una piedra a un lago: las ondas que genera se sienten (y resienten) en todo el lago. Cuando el producto es insumo de otro, el sobre-costos es trasladado (a veces multiplicado) en los productos compuestos o complejos hacia adelante de la cadena productiva (*v.gr.*, los consumidores de clientes de un cartel). Como resultado, el comprador final adquiere un producto con capas distintas de sobrecosto.

---

suma el tiempo que toman estos casos y la indisponibilidad (*de facto*) de medidas precautorias, el resultado es una tierra de nadie competitiva—lo cual favorece a entes con poder de mercado.

<sup>36</sup> La aseveración hace relevante la preocupación transversal a toda la competencia económica: la protección del competidor en vez del proceso competitivo. Siendo que parto de la premisa que se está ante una práctica monopólica, no es necesario hacer aclaración adicional alguna.

e) *Mercados relacionados*

Agentes económicos de mercados relacionados resentirán daño, particularmente en mercados de productos complementarios. Un producto (**B**) es económicamente complementario de otro (**A**) cuando el incremento en la demanda de **A** tiene por efecto incremento en la demanda de **B**. Piénsese por ejemplo en el fabricante de las fundas de iPhone. Si dicho producto es vendido a precios altos como resultado de una práctica monopólica, es natural inferir que existirá una reducción en la demanda de las fundas de iPhone, pues se trata de un producto complementario.<sup>37</sup>

f) *Agregados*

Las prácticas monopólicas que permanecen impunes tienen un efecto corrosivo agregado: entumecen competencia, reducen innovación y dan pie a mercados menos eficientes. Y ello nos lastima a todos—micro- y macro-económicamente. Ello es fácilmente visible para todo aquel que ha desarrollado ojo clínico sobre el tema. Pero hay casos tan graves que inclusive el no-letrado los percibe. Por ejemplo, si alguna vez el lector ha sentido asombro ante el *statu quo* de mercados de ciertos países en comparación con el nuestro, entenderá a lo que me refiero. Los mercados competidos son vibrantes. Magnéticos: atraen actividad económica. Generan un eco-sistema que no sólo es producto de éxito económico, sino que da pie a más: propicia una espiral positiva. El éxito propicia éxito. Como resultado, cada vez más espacios de valor—de necesidad—son procurados por la actividad económica. (Y dicho sea de paso, ello es libertario: adoptando la noción de progreso de Amartya Sen,<sup>38</sup> los

---

<sup>37</sup> Generalmente el éxito de un producto hace nacer subindustrias: productos que se envuelven al producto original, y aportan valor que el primero no da. Ello es deseable. Y el éxito de las subindustrias sigue la suerte del producto inicial.

<sup>38</sup> Amartya Sen, DEVELOPMENT AS FREEDOM, Anchor Books, New York, 1999.

mercados competidos son libertarios en que dan opciones.<sup>39</sup> Y entre más opciones, somos más libres.<sup>40</sup>)

Pero lo inverso también es cierto. Cuando la clase emprendedora percibe que los mercados no están abiertos, que le ‘pertenecen’ los incumbentes, mismos que están dispuestos a tomar cualesquiera medidas para defender su espacio de comodidad, y no se perciben consecuencias de competencia ante dicha conducta rapaz, la clase emprendedora dirige su atención a otras áreas. Después de todo, ¿quién desea arriesgar su capital en mercados cuyas aguas están infestadas de tiburones económicos que nadan con impunidad?

La moraleja es conspicua: *las prácticas anticompetitivas generan daños que inciden en muchos eslabones del proceso productivo*. Nos lastiman a todos.

### C. INDIVIDUAL

Con respecto a la posibilidad de presentar una acción individual, se vislumbran tres alternativas: responsabilidad civil por hecho ilícito tanto (i) conforme a la LFCE como (ii) conforme a derecho común, y (iii) por violación a una norma constitucional.

Estas posibilidades habían recibido cierto eco; la idea de demandar por hecho ilícito se apoyaba en dos teorías distintas ancladas en un primer punto de partida, y que arrojan un mismo resultado. El punto de partida es la noción

---

<sup>39</sup> Para dicho Premio Nobel, el ‘desarrollo’ consiste en la progresiva eliminación de carencias de libertades (‘unfreedoms’ como él las llama). Una de ellas es la imposibilidad de adquirir bienes. Un pasaje toca el punto en específico: “...denial of opportunities of transaction ... can be a source of unfreedom...”. (Id., p. 25.) En su (fascinante) obra Sen postula que las libertades están interrelacionadas y se enriquecen mutuamente, de allí que la procuración de cualquiera de ellas alimenta a las demás. En sus palabras. “The effectiveness of freedom as an instrument lies in the fact that different kinds of freedom interrelate with one another, and freedom of one type may greatly help advancing freedom of other types”. (Id. p. 37).

<sup>40</sup> Esta digresión merece profundización. Provee una respuesta profunda a todo aquél que ha malentendido el capitalismo.

que puede exigirse responsabilidad civil por hecho ilícito con fundamento en el artículo 1910 del Código Civil Federal:

Aquél que obrando *ilícitamente* o en contra de las buenas costumbres cause un 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

(énfasis añadido)

Partiendo del principio general del derecho de las obligaciones reflejado en el artículo 1910, una de las teorías postulaba que al concepto abierto ‘hecho ilícito’ puede dársele contenido con la noción de hecho ilícito con la definición que provee el derecho común: el artículo 1830 del Código Civil Federal:

Es *ilícito* el hecho que es contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres

(énfasis añadido)

Hasta aquí llegaría la primera teoría: la responsabilidad civil nacería de concebir conducta anticompetitiva como contraría a las buenas costumbres. La segunda teoría parte de aquí y aduce que, siendo la LFCE una ley de orden público,<sup>41</sup> de existir una práctica monopólica se actualizará la hipótesis “hecho contrario a las leyes de orden público”, haciendo nacer el derecho de la víctima a ser indemnizado por quien incurra en la práctica.

La tercer teoría toma un punto de partida el deber de indemnizar por el hecho ilícito (1910 del Código Civil Federal) y le da contenido a la hipótesis con un precepto constitucional: el artículo 28, cuando establece que:

... la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, *comerciantes* o empresarios de servicios,

---

<sup>41</sup> Aunque (curiosamente) no lo diga. Para abundar sobre esto, verse González de Cossío, LO LÚDICO DEL ORDEN PÚBLICO, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, Agosto 2013 (también visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).)

*que* de cualquier manera *hagan*, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para *obligar a los consumidores a pagar precios exagerados* y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social

(énfasis añadido)

La conducta (las prácticas) que actualicen las hipótesis contempladas en el párrafo anterior son ilícitas—si bien constitucionales—por lo que hacen nacer la obligación de indemnizar—a según esta teoría.

Dichas teorías son interesantes pues buscan darle fuerza la (empolvada) institución civil del hecho ilícito—que ha casi caído en desuetudo. En apoyo a dichas teorías se explicaba que un hecho puede actualizar diferentes hipótesis normativas conforme a diferentes *lex specialis*. (Lo que algunos han llamado la ‘teoría de impacto múltiple de un ilícito’).

La idea no prosperó. En forma consistente con la respuesta dada ante la misma interrogante respecto de otras legislaciones especiales (como propiedad industrial<sup>42</sup> y derechos de autor<sup>43</sup>), la Suprema Corte de Justicia de la Nación

---

<sup>42</sup> **PROPIEDAD INDUSTRIAL. ES NECESARIA UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.** (...en virtud de que el [Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial] es la autoridad administrativa especializada que conoce de esa materia ... para la procedencia de ... acción de indemnización es necesaria, por parte del propio instituto, una previa declaración de la existencia de infracciones...) (Contradicción de tesis 31/2003-PS. 17 de marzo de 2004. Tesis de jurisprudencia 13/2004. Aprobada 17 de marzo de 2004.)

<sup>43</sup> **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.** (...la Ley Federal del Derecho de Autor ... [ha] alcanzado un alto grado de autonomía por especialización legislativa respecto de las normas del derecho civil y del mercantil ... su aplicación ... corresponde ... al Instituto Nacional del Derecho de Autor ... por ende, la procedencia de la acción de indemnización por daños y perjuicios en la vía jurisdiccional requiere una previa declaración, en el procedimiento administrativo respectivo ... sobre la existencia de infracciones en la materia.) (Registro No. 169114 Amparo directo en revisión 1121/2007. 21 de mayo de 2008.)

(*SCJN*),<sup>44</sup> conociendo de un amparo directo en revisión<sup>45</sup> sostuvo que, cuando una ley atribuya la facultad a un órgano administrativo de determinar la licitud de una conducta conforme a cierta legislación, no puede ‘dársele la vuelta’ mediante una acción civil por hecho ilícito. La acción indemnizatoria debe esperar a que exista un fallo del órgano administrativo especializado y en base al mismo demandar por daños y perjuicios. Ello generó la siguiente tesis:<sup>46</sup>

**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.** Al ejercerse la acción de responsabilidad civil, el juzgador debe examinar y, en su caso, interpretar la legislación ordinaria para resolver cuál es la hipótesis normativa de la que deriva la pretendida ilicitud del acto que da origen a esa pretensión, pero no implica que con base en el artículo 1830, en relación con el numeral 1910, ambos del Código Civil Federal, esté facultado, con fundamento en el artículo 28 constitucional, en un pretendido ejercicio de su arbitrio judicial, para establecer que una determinada conducta configura una práctica monopólica que da lugar a exigir el pago de daños y perjuicios. La función del órgano jurisdiccional es seleccionar y aplicar una norma jurídica a la realidad fáctica para emitir una resolución fundada en derecho, atento a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14 constitucional, sin embargo, los párrafos primero y segundo del artículo 28 constitucional no señalan qué casos configuran las prácticas monopólicas. De manera que si en la época en que se suscitaron los hechos controvertidos, existía una omisión legislativa relativa en la fracción VII del artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica, en virtud de que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucional esa porción normativa por que no establecía los parámetros necesarios para determinar qué conductas constituían prácticas monopólicas, no por esa razón el órgano jurisdiccional está en aptitud de determinar si la conducta desplegada por la demandada debe calificarse como una práctica monopólica, porque la ilicitud de la conducta no emergería de

---

<sup>44</sup> Amparo Directo en Revisión No 426/2009. Sentencia de 25 de noviembre de 2009.

<sup>45</sup> Pues se hacía una interpretación directa de la constitución: el artículo 28.

<sup>46</sup> Registro No. 165118, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *SFJ* y su Gaceta, XXXI, Marzo de 2010, p. 2855, Tesis: I -14o C 65 C. Emitida por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito. Amparo Directo 426/2009. Canel's S.A. de C.V. 24 de septiembre de 2009.

una descripción legislativa general, sino de una decisión particular del juzgador que lo convertiría en creador de una hipótesis legal, lo cual excedería su función jurisdiccional, porque el artículo 28 constitucional desarrolla una parte de los principios relativos a la rectoría económica del Estado para garantizar el crecimiento económico del país, mediante diversas acciones, entre otras, la prohibición de los monopolios, pero deja al legislador ordinario y no a la autoridad judicial, la facultad de fijar cuáles son las conductas que deben calificarse como prácticas monopólicas, independientemente de la proyección penal, administrativa o civil que pueda darse a la clasificación que precise la autoridad legislativa.

(énfasis añadido.)

El criterio contenido en esta tesis merece mucho comentario.<sup>47</sup> Dado nuestro tema, haré sólo uno: su impacto en las acciones de indemnización, sea individual o colectiva.

El criterio toca una teoría interesante: la posibilidad de que un mismo hecho detone efectos jurídicos en diversos cuerpos normativos. Como explican Gabriela Campos y Omar Guerrero en un interesante estudio,<sup>48</sup> dicha teoría fue intentada en diversas instancias del asunto que eventualmente dio lugar al criterio citado. Mientras que hay quien defiende la noción, hay quien considera que el criterio citado constituye un rechazo de la teoría de diversas proyecciones de un hecho ilícito (civil, mercantil, administrativo, penal). Cuestiono sin embargo si la teoría en verdad fue rechazada o simplemente acomodada temporalmente. ¿Acaso no es una mejor interpretación de la decisión de la Corte entender que lo que hizo fue sostener que, si hay un órgano especializado bajo la *lex specialis*,<sup>49</sup> el fallo de éste debe esperarse para ser base de la acción civil de indemnización? Que una acción ‘directa’ basada en un precepto constitucional con base en la legislación civil no puede eludir la jurisdicción especializada. Después de todo, es un requisito de procedencia.

---

<sup>47</sup> Se trata de un tema profundo e interesante. Digno de una tesis doctoral.

<sup>48</sup> Gabriela Campos de Pablo y Luis Omar Guerrero Rodríguez, LÍMITES A LA AUTONOMÍA JUDICIAL EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA: COMENTARIOS EN RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL, Pauta 62, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, Noviembre 2010, p. 44.

<sup>49</sup> Por ejemplo, IMPI en propiedad industrial, INDAUTOR en derechos de autor y CFC en competencia económica.



Hasta que el fallo especializado exista, puede acudirse a la vía civil. Se trata de un presupuesto procesal. De la (rica) tesis, los siguientes fragmentos tocan el punto en cuestión:

Al ejercerse la acción de responsabilidad civil, el juzgador debe examinar y, en su caso, interpretar la legislación ordinaria para resolver cuál es la hipótesis normativa de la que deriva la pretendida ilicitud del acto que da origen a esa pretensión ...

... no por esa razón el órgano jurisdiccional está en aptitud de determinar si la conducta desplegada por la demandada debe calificarse como una práctica monopólica ...

los párrafos primero y segundo del artículo 28 constitucional no señalan qué casos configuran las prácticas monopólicas. ...

Aunque parte del razonamiento de la decisión consistió en la hebra de la acción consistente en el tipo abierto otrora existente en la fracción VII del artículo 10 así como el (interesante) cuestionamiento sobre qué hacer ante una omisión legislativa y la teoría civil del hecho ilícito—dos temas profundos e interesantes—lo atinente a la cuestión de responsabilidad por hecho ilícito se reduce a sostener que, *cuando en una lex specialis que contempla un ilícito da jurisdicción a un órgano especializado, para proceder por la vía civil es necesario esperar el fallo del órgano especializado*. Ello no sólo es lógico y consistente, sino que cumple la voluntad del legislador que el tema especializado sea decidido por el órgano especializado.<sup>50</sup>

Entendido así, en verdad, no se ha rechazado la noción que un hecho no puede “tener proyección” en diferentes leyes—lo que en mi opinión sería un

---

<sup>50</sup> La aseveración anterior descansa en la lógica y correcta interpretación jurídica. Deja abierto sin embargo el dilema que se genera cuando el tiempo que toma el fallo de los órganos especializados merma la eficacia del derecho sustantivo, a veces aniquilándola. Por ejemplo, cuando la prescripción se cuenta a partir del hecho generador del daño (como sucede en materia de acciones colectivas - artículo 584 del CFPC). Como resultado, el derecho de acción habrá fenecido para cuando el requisito de procedencia se cumpla: se emita el fallo del órgano especializado sosteniendo que existe un ilícito. Esto merece atención dada la seriedad y frecuencia con la que ocurre. Una solución sencilla sería sostener que la prescripción empieza a contar a partir de que se cumple el requisito de procedencia: el fallo del órgano especializado causa estado.

yerro aceptar.<sup>51</sup> *Por supuesto que lo puede tener.* La única pregunta desde la perspectiva de cada *lex specialis* es ¿se actualizó *mi* hipótesis normativa? Y para responder dicha incógnita el que se hayan satisfecho otras hipótesis normativas conforme a otros cuerpos normativos es simplemente irrelevante.

#### D. COLECTIVA

Existen dos mecanismos de justicia colectiva que pueden ser empleados para demandar responsabilidad por daños generados por prácticas anticompetitivas. A continuación serán comentados, para luego hacer ver una opción menos explorada que puede ser útil para resolver ciertos problemas: el arbitraje.

##### 1. Acciones Colectivas

Como se explicó con anterioridad, las acciones colectivas son mecanismos jurídicos (procesales) para permitir obtener indemnización por daños que de otra manera permanecerían impunes como resultado del problema del costo de una acción. Siendo que el daño que pueden generar prácticas monopólicas está diseminado en el consumidor en general, el que *expressis verbis* nuestro derecho permita acciones colectivas es una gran idea.<sup>52</sup> Esta apreciación tiene, en el caso mexicano, una lamentable aplicación pragmática. El Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles incluye el régimen de acciones colectivas en México. Mucho puede decirse sobre el mismo.<sup>53</sup> Me ceñiré a indicar que el tino de la reforma por la que se crea el derecho a solicitar indemnización por prácticas anticompetitivas fue frustrado mediante la adopción de una pésima legislación en materia de acciones colectivas.

---

<sup>51</sup> En mi opinión, lo que se ha sostenido es una regla de tiempos. Primero el órgano especializado, luego indemnización. Pero ello no significa que un hecho no puede proyectarse en diversas leyes. Sí se proyecta; pero el que detone consecuencias depende de lo que para ello determine el órgano aplicador del derecho de cada ley especializada. Dicho de otra manera, la idea que se rechazó es que mediante la teoría del hecho ilícito se le puede dar la vuelta a la jurisdicción especializada. Nada más, y nada menos.

<sup>52</sup> Tanto el artículo 38 de la LFCE como el 588.I del CFPC contemplan la posibilidad de enderezar una acción colectiva por prácticas monopólicas.

<sup>53</sup> Para lo cual se recomiendan las obras citadas en el pie de página 6, *supra*.

Habiendo contado con una iniciativa de ley elaborada por un experto mundialmente reconocido (Antonio Gidi), y asesoría de juristas mexicanos reconocidos, el proceso legislativo se encargó de hacer modificaciones tan desatinadas que el régimen actual es inservible.<sup>54</sup> Los motivos son muchos. Destaco dos:

- a) **Representación:** El régimen de representación exige requisitos tales que obstruyen la acción. Por ejemplo, el requisito de registro, el tiempo de vida de las asociaciones, el número de representados.<sup>55</sup> Se trata de requisitos innecesarios que hacen sospechar que en la práctica serán aplicados de una manera tal que se disuada que existan acciones colectivas. Además, arrojan una injustificada aura negativa sobre los especialistas en la materia.
- b) **“Opt in”:** La necesidad de “opt in”. Esta es la trampa más sutil de toda la legislación. Hace inviable el mecanismo más importante para el éxito de la institución: el que el representante común pueda representar a *toda una clase* sin necesidad de designación individual.<sup>56</sup> Me explico.

Estudios muestran que existe un problema de acción colectiva que puede remediarse dependiendo de la forma en que se presenta una opción. Si por ejemplo se desea fomentar que exista donación de órganos (un fin público loable), por facilidad algunos gobiernos han establecido que ello se propicie en un acto que mucha gente realiza: la licencia de conducir.

---

<sup>54</sup> La conclusión que en la mente del observador casual se propicia de ver lo ocurrido y la versión adoptada de la legislación sobre acciones colectiva es que se diseñó para no funcionar. Es inclusive uno de los síntomas más conspicuos de cómo el Poder Legislativo Federal está capturado por los intereses. Si me equivoco, ofrezco una disculpa por tan dura apreciación. Y hay una manera muy buena de callarme: retomando el tema y emitiendo una ley buena. (Propondría que adoptemos ciegamente el proyecto de ley de Gidi.) De ocurrir, seré el primero en replegar.

<sup>55</sup> Se exigen 30 miembros (artículos 585 y 588.III del CFPC).

<sup>56</sup> Por ejemplo, el Código de Acciones Colectivas para países civilistas preparado por Antonio Gidi dice que “The Class as a whole and its members are the party in the class proceeding, represented in court by a representative.” (Artículo 2.1.) (CLASS ACTIONS IN BRAZIL. A MODEL FOR CIVIL LAW COUNTRIES, 51 Am J. Comp. L. 311 (2003).)

Aceptado el objetivo y el método, el éxito dependerá en buena medida de cómo se implementa. Si por ejemplo al momento de obtener la licencia se requiere que una persona marque con “x” el cuadro que indica que si, en caso de fallecimiento, desea donar sus órganos (*opt in*), la respuesta estadística es muy distinta a que si la pregunta se plantea en forma inversa: que marque “x” para **no** donar los órganos en caso de fallecimiento (*opt out*). Los resultados de los estudios realizados coinciden en que será muy *a favor* de donar en el segundo caso y muy *en contra* de donar en el primero. El motivo: como indiqué, es un problema de acción colectiva.

En nuestro tema, al establecer la necesidad de *opt in* (en vez de *opt out*<sup>57</sup>) no solo se exige del representante común una labor titánica (obtener una autorización por escrito de todos los miembros de una clase<sup>58</sup>)—lo cual es *per se* suficiente para desechar *ex ante* una cantidad enorme de acciones que hubieran sido deseables—sino que estadísticamente es menos probable que tengan éxito.

Quien argumente (no faltará) que ello es una protección del representado le preguntaría: ¿Estaría Usted en contra de recibir un cheque por una cantidad pequeña como resultado de una acción colectiva que se enderezó a favor de toda una clase a la que Usted pertenece hace dos años y que fue exitosa y para cual Usted no tuvo que mover un dedo? ¿Cree Usted que el consumidor en general lo objete?

---

<sup>57</sup> Es decir, que se dé por supuesto que el miembro de una clase está de acuerdo con la representación a menos que indique lo contrario.

<sup>58</sup> Y aunque sean menos de la totalidad, *ex hypothesi* puede ser más oneroso obtener la autorización del miembro individual de la clase que la indemnización a ser obtenida en caso de éxito. Se trata de un caso de costos de transacción prohibitivos que hacen que el mecanismo de representación de una clase sea la respuesta jurídica a un problema que merma seriamente la eficacia de la institución.

Es cierto, las acciones colectivas generan posibilidades y oportunidades de abuso,<sup>59</sup> pero la forma de manejarlo es mediante una enérgica aplicación de la facultad de atribuir costas<sup>60</sup> y la facultad del juzgador de tomar medidas ante abusos<sup>61</sup>—no mediante legislación que pone tantas trabas en la acción (vía ‘requisitos’) que hace que en la praxis el derecho sea de casi imposible ejercicio.

## 2. Protección al consumidor

La Procuraduría Federal del Consumidor (*Profeco*) y Comisión Federal de Competencia Económica (*CFCE*),<sup>62</sup> entre otros, tienen derecho de acción en materia de acciones colectivas.<sup>63</sup> (Además de que Profeco puede presentar denuncias ante CFCE.<sup>64</sup>) Ello es una magnífica idea. Sin embargo, no es un sustituto de la acción colectiva ‘privada’ (en contraste con la iniciada por órganos gubernamentales). El motivo es fácil de entender: se convierte al consumidor en general en un aliado en la persecución de prácticas anticompetitivas.<sup>65</sup> Siendo que ello reportará beneficios al representante, tiene incentivos para ‘invertir’ en el caso (vía trabajo y cubrir los gastos que

---

<sup>59</sup> Por ejemplo, conducta oportunista diversa por abogados poco escrupulosos (lo que la doctrina de la materia llama *rent-seeking litigation*).

<sup>60</sup> Como lo propuse en la sección II. D.

<sup>61</sup> Por ejemplo, el Código Modelo Gidi da al juzgador facultades diversas para cerciorarse que la representación es “adecuada”. Una de ellas es la conducta y calidad del representante. Ello—se propone—la solución correcta. (Y ello en parte fue acogido en México: artículo 586.III del CFPC.) Permite que el juez ejerza discernimiento para casuísticamente decidir cuándo hay abusos y cuándo no. (Dicho sea de paso, esta es una de varias medidas inteligentes que el Código Modelo propone, y que no abordo para evitar incurrir en digresiones. Lo indico para hacer más palpable el mensaje: Mucho ganaríamos si nuestro legislador simplemente adopta el código, sin tropicalización alguna. El trabajo ya está hecho. Lo único que falta es que exista voluntad para beneficiar al consumidor y no la clase industrial. Es por ello que he aseverado que el tema de las acciones colectivas es posiblemente el síntoma más conspicuo reciente sobre la captura del gobierno por intereses.)

<sup>62</sup> Artículos 8 y 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor (*LFPC*).

<sup>63</sup> Artículo 585 del CFPC.

<sup>64</sup> Fracción XX Bis del artículo 24 de la LFPC.

<sup>65</sup> Dicho razonamiento recibió eco favorable por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos explicando que se hace de los particulares “private attorneys general” para incentivar que ocurra litigio que procura un interés público (*Hawaii v Standard Oil Co.* (415 US 251, 262) (1972)).

generará<sup>66</sup>) con miras a obtener el beneficio que reportan. Durante el proceso legislativo hubo quien puso bajo luz negativa dicha circunstancia. *Ello no tiene nada de malo*. Se trata de una situación ganar-ganar: el miembro de la clase obtiene indemnización que de otra manera no obtendría, y sin mover un dedo; el representante obtiene un retorno por su trabajo;<sup>67</sup> y se propician mercados más competidos desincentivando prácticas monopólicas. Todos ganan—salvo quienes quieren incurrir en prácticas monopólicas.

### 3. Arbitraje

Una alternativa que deseo comentar a efecto de iniciar una discusión y profundización es la canalización de este tipo de controversias al arbitraje.

A primera impresión, la sugerencia probablemente levantará cejas. Lo que es más, probablemente generará detractores enérgicos. Después de todo, el arbitraje es comúnmente entendido como un procedimiento *privado* y *voluntario* de solución de controversias. Como tal, la solución de problemas de una *colectividad* cuyos miembros no dieron su *consentimiento* siguiendo los cánones que la *lex specialis* requiere<sup>68</sup> merece rechazo.

En principio, el cuestionamiento sería acertado. Pero lo que propondré es cómo utilizar el arbitraje para lograr cometidos útiles en esta materia, no como un mecanismo para ventilar la acción colectiva *in toto*.

Comenzaré por indicar que existe un despertar sobre esta materia. Tanto en jurisdicciones extranjeras<sup>69</sup> como internacionales<sup>70</sup> ha surgido la

---

<sup>66</sup> Por ejemplo, el costo de las publicaciones para alertar e informar a la clase sobre la existencia de la acción, mismo que no es pequeño.

<sup>67</sup> Mismo que está limitado (Artículo 617 del CFPC).

<sup>68</sup> Artículo 1423 del Código de Comercio.

<sup>69</sup> Por ejemplo, en Estados Unidos donde la Suprema Corte de Justicia confirmó la nulidad de un laudo producto de un proceso arbitral donde se cursó una acción colectiva por fijación de precios. El motivo de la nulidad fue considerar que es imposible obligar que una acción colectiva se curse al arbitraje en ausencia de consentimiento de las partes. (*Stolt-Nielsen S.A. et al v Animalfeeds International Corp*, (559 U.S. \_\_\_\_ (2010))

inquietud consistente en la posibilidad y conveniencia de canalizar vía el arbitraje la solución de problemas que atañen a una colectividad. La respuesta ha sido interesante en algunos casos, y cuestionable en otros.<sup>71</sup> Y el desarrollo en general contiene lecciones que pueden ser capitalizadas en la experiencia mexicana—lo cual aquí haré.

a) *Colectividad y consentimiento*

Es cierto; *ab initio*, existe un problema: si una clase está formada por miles de personas, existe un problema fundamental a resolver antes de comenzar: consentimiento. Siendo el acuerdo arbitral un acto jurídico formal, ¿cómo justificar arbitrar disputas de una masa que no ha consentido conforme a la ley especial?

Una respuesta puede provenir no de la *lex specialis* arbitral, sino de acciones colectivas: el mecanismo procesal de concebir a una ‘clase’ como una parte en un proceso. Dicha ‘parte’ está representada por alguien que puede procesalmente comprometerla.

Otra respuesta puede ser que el juez de la acción colectiva puede ordenar que la controversia se canalice al arbitraje. Aunque la posibilidad de llevar a cabo el acto exigiría contar con facultades para ello,<sup>72</sup> el punto es que de permitirlo el derecho aplicable la posibilidad puede tener ventajas y desventajas—a lo cual paso.

---

<sup>70</sup> En *Abaclat and others v Argentine Republic* (Caso CIADI No. ARB/07/5) se presentó una acción por 180,000 demandantes (luego reducida a 60,000) en contra de Argentina que versó sobre (supuestos, el caso sigue en curso) incumplimientos a una colocación de bonos gubernamentales.

<sup>71</sup> Al respecto se recomienda la lectura de dos ensayos de un pensador importante (William W. Park): LA JURISPRUDENCE AMÉRICAIN EN MATIÈRE DE «CLASS ARBITRATION» : ENTRE DÉBAT POLITIQUE ET TECHNIQUE JURIDIQUE, *Revue de L'Arbitrage* No. 3, 2012, p. 507. THE POLITICS OF CLASS ACTION ARBITRATION: JURISDICTIONAL LEGITIMACY AND VINDICATION OF CONTRACT RIGHTS, *Arbitration of Int'l Bus. Disputes*, Oxford (2006, 2d ed 2012), p. 97.

<sup>72</sup> De contemplarse, se recomendaría que no sólo el juzgador de acciones colectivas tenga la facultad, sino también la Profeco.

### b) *Conveniencia*

La conveniencia de canalizar un problema colectivo al arbitraje despierta dudas. Dado el tema de este ensayo deseo proponer que, como regla, no debe tener lugar. Que la acción colectiva se lleve a cabo ante el juzgador nacional competente. Como excepción sin embargo puede ser conveniente que cierto género de problemas sean canalizados a expertos vía el arbitraje. ¿Cuáles? Aquellos cuya solución evoca cuestiones complejas técnicas, que requieren mucha laboriosidad especializada para resolver. *Tal es el caso de la competencia económica.* Existiendo un fallo de la Comisión Federal de Competencia Económica sobre la existencia de, por ejemplo, una práctica monopólica relativa que ha generado efectos negativos en diferentes áreas, su cuantificación puede ser una labor tanto ardua como exigente de una pericia determinada. En dicho caso, puede sondearse la conveniencia que el juzgador de la acción colectiva designe a un árbitro o tribunal de árbitros especialistas en ello para que analicen los méritos de las aseveraciones del representante común y las refutaciones del agente económico declarado responsable por la práctica—incluyendo las opiniones que al respecto comparta la Comisión Federal de Competencia Económica o Instituto Federal de Telecomunicaciones.<sup>73</sup> Hecha la determinación, el juez la usa en su decisión final de todo el asunto.

### c) *Arbitrabilidad*

La posibilidad de cursar vía arbitraje disputas colectivas detona también una duda que deseo perfilar en el contexto de la noción de arbitrabilidad.

Casos diversos han surgido donde se endereza una acción colectiva para luego encontrar que la documentación de la cual parte contiene un acuerdo arbitral. Ello ha generado dudas sobre qué hacer. Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos sostuvo que la existencia del acuerdo

---

<sup>73</sup> Como actualmente lo permite el artículo 38 de la LFCE con respecto a la Comisión Federal de Competencia.



arbitral vedaba la acción colectiva.<sup>74</sup> En mi humilde opinión, ello es cuestionable. Aunque el razonamiento despliega una enorme disposición judicial favorable al arbitraje, el efecto de la decisión será mermar el derecho del consumidor a que se canalicen correctamente problemas colectivos. Y ello lastimará al arbitraje—una gran ironía dado el deseo de la decisión de apoyar al arbitraje. Provocará que el arbitraje se perciba como un obstáculo para ejercer sus derechos del consumidor; y que la clase industrial utilice al arbitraje no como lo que es (un mecanismo sofisticado para resolver disputas) sino para evitar acciones colectivas.

Propongo la siguiente solución: la existencia de un acuerdo arbitral es inocua para efectos de una acción colectiva. No se deja sin efectos el acuerdo arbitral,<sup>75</sup> pero tampoco es óbice para la misma. Mientras que el arbitraje se ciñe a resolver las disputas contractuales, las reclamaciones derivadas de la legislación de protección al consumidor (o legislación similar, como competencia económica) son diversas a las contractuales, y por ende se tienen por no incluidas dentro del ámbito material de validez del acuerdo arbitral—al margen de la amplitud de su lenguaje.

Invito retroalimentación sobre esta solución.

---

<sup>74</sup> *AT&T Mobility LLC v Concepcion et ux*, 563 U.S. \_\_\_ (2011).

<sup>75</sup> Como lo hizo la Suprema Corte de Justicia de California en *Discover Bank v Superior Court* (36 Cal 4th 148, 113 P. 3d 1100 (2005)) por *unconscionability* (una institución inexistente en derecho mexicano, pero similar a la *lesión*).