

DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS, DUMPING Y DEPREDACIÓN: TRES DISCIPLINAS, UN FENÓMENO ECONÓMICO.

Francisco González de Cossío*

Free trade, one of the greatest blessings which a government can confer on its people, is in almost every country unpopular.

—Thomas Babington Macaulay (1824)

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	EL FENÓMENO ECONÓMICO: PRECIOS DISTINTOS.....	3
III.	RESPUESTA JURÍDICA AL FENÓMENO ECONÓMICO: DIFERENTES UMBRALES DE INTOLERANCIA.....	3
A.	DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS.....	4
B.	DUMPING	5
C.	DEPREDACIÓN DE PRECIOS	6
1.	Precios debajo de costo	7
2.	Poder de mercado.....	8
3.	Daño al proceso competitivo: el desplazamiento de un competidor	8
4.	Recobro.....	9
IV.	RELACIÓN ENTRE DISCRIMINACIÓN, DEPREDACIÓN Y DUMPING	10
V.	DUMPING Y DEPREDACIÓN: DOS UMBRALES, UNA REALIDAD.....	12
VI.	SOLUCIÓN POSIBLE	13
A.	CONTRADICCIÓN CON LA TEORÍA DE LA VENTAJA COMPARATIVA	13
B.	FLAQUEZA DE LA TEORÍA DEL DUMPING	15
C.	COMPETENCIA ECONÓMICA COMO UNA MEJOR SOLUCIÓN	16
VII.	POSTURAS EN CONTRA	16
VIII.	CONCLUSIÓN.....	18
IX.	<i>POST SCRIPTUM</i> : UNA PRECAUCIÓN	18

* González de Cossío Abogados, S.C. Profesor de Arbitraje y Derecho Económico (incluyendo Competencia Económica y Derecho Mercantil), Universidad Iberoamericana, Universidad de las Américas e Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Deseo agradecer el interés y valiosa retroalimentación recibida de Antonio Osio Tovar tanto en el aspecto económico como jurídico. Sin embargo, cualquier deficiencia o error es atribuible exclusivamente al autor.

Resumen

La discriminación de precios, el dumping y la depredación de precios son tres disciplinas que tienen como origen la existencia de precios distintos por un mismo producto. El análisis, regulación y sanción de cada uno es distinta. En este artículo se realiza un breve estudio de cada uno con miras a realizar una propuesta: que el derecho de la competencia económica absorba la disciplina de dumping—actualmente incluida en la rama del comercio exterior.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de la competencia económica y del comercio exterior tienen un común denominador: discriminación de precios, *dumping*¹ y depredación de precios. Los tres temas citados encuentran un mismo origen fáctico: la existencia de precios distintos por un mismo producto. Sin embargo, el análisis jurídico, objetivos y consecuencias de cada uno es distinto.

En este estudio pretendo hacer una breve mención de cada uno haciendo resaltar una situación desafortunada de la regulación actual de los mismos y una posible solución.

Para lo anterior procederé a realizar un comentario sobre el antecedente económico del fenómeno (§II), una comparación entre los elementos jurídicos de las tres disciplinas (§III), la relación entre los mismos (§IV), los problemas inherentes a la diferencia de umbrales (§V), una posible solución (§VI), un comentario sobre las posturas que en contra de lo que sostengo se me han comunicado (§VII) para concluir con un comentario final (§VIII).

Antes de comenzar debo hacer un comentario sobre el perfil y propósitos de este artículo. Como el título del mismo anticipa, el objetivo es hacer un comentario para ser difundido en una publicación jurídica cuya audiencia son abogados. No es un estudio profundo sobre los aspectos económicos de las áreas abordadas. Más bien, se apoya en teoría (micro y macro) económica para hacer un comentario sobre el estado actual de ciertas áreas del derecho. Menciono lo anterior puesto que he recibido comentarios encontrados sobre el mismo.² Si bien muchos han sido interesantes y han colaborado a enriquecerlo, otros están fundados en una apreciación distinta del perfil y propósitos señalados.

¹ En este estudio empleo el término “*dumping*” para referirme a lo que se conoce como discriminación internacional de precios. Lo anterior por brevedad y para evitar que se confunda con el otro tema que se aborda en este estudio: la discriminación de precios.

² Si bien a varias personas les gustó, otros deseaban saber más sobre las áreas abordadas. Curiosamente, he recibido comentarios más positivos de administradores de empresas que de algunos abogados y economistas, aunque a otros de estos últimos les pareció que, dado el perfil y la audiencia, el nivel de análisis era apropiado. Debo confesar que la divergencia de opinión me ha hecho reconsiderar su publicación. Sin embargo, entendidas las aclaraciones sobre el perfil, creo que vale la pena difundir la postura. En caso de que el lector tenga observaciones, serán bienvenidas a la siguiente dirección: fgc@bstl.com.mx

Deseo alertar al lector sobre otro aspecto del perfil de este estudio: es, en ciertos aspectos, general, pero en otros especializado. Es decir, en diversas áreas se presume un conocimiento intermedio de conceptos económicos que, por consiguiente, no son definidos; mientras que, por otro lado, un lector puede encontrar que ciertas generalizaciones son realizadas, mas no probadas. No he tomado la sugerencia de cimentar las generalizaciones ni definir los conceptos puesto que entonces el estudio mutaría su perfil. Además, no todo estudio tiene que empezar desde cero.

II. 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 a 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”.

El empleo del término “precios estratégicos” no debe crear la inferencia 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, radicará en cómo identificar los tipos de precios que deben ser sancionados sin disuadir el que los agentes económicos establezcan el tipo de precios agresivos que buscan propiciar las leyes de competencia económica.

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

La respuesta del derecho al fenómeno descrito ha sido la creación de tres cuasi-delitos que, de reunirse ciertas circunstancias, ameritarán una sanción. A continuación se tratará en cada uno forma breve.³

³ La descripción se mantiene breve puesto que se realiza exclusivamente para el propósito del tema que se aborda en este estudio. En caso de desear abundar sobre ello puede acudir a: Francisco González de Cossío, LAW AND ECONOMICS OF THE MEXICAN COMPETITION LAWS, University of Chicago, 2003; o Francisco González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA: ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, 2005.

A. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS⁴

Las empresas que participan en un mercado perfectamente competitivo no tienen opción más que cobrar un precio competitivo; es decir, en términos económicos, al enfrentar a una curva de demanda horizontal son “tomadores de precios” (*price-takers*) por lo que no tienen más opción que vender al precio de mercado. Sin embargo, la mayoría de las empresas que participan en un mercado que dista de ser competitivo tienen alguna discreción en su política de precios.⁵ Pueden cobrar precios distintos por los mismos bienes o un precio que varíe dependiendo de cuantas unidades sean adquiridas (lo que se conoce como “precios no-lineales” (*non-linear pricing*) o “precios no-uniformes” (*non-uniform pricing*)). Lo anterior con miras a incrementar ganancias.⁶

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 a la curva de costo. Una diferencia de precio no necesariamente implica 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 los precios son los mismos.⁷

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 tiene.⁸ A su vez, encuentra su justificación en las diferencias (a veces calidoscópicas) que presentan los distintos mercados.

Una razón adicional por la que la práctica es interesante obedece a que puede ser tan pro-competitiva como anti-competitiva. Puede ser pro-competitiva puesto⁹ que le resta eficacia a carteles, conlleva eficiencias, cuando la discriminación es sistemática

⁴ En esta sección se hacen comentarios *genéricos* sobre el fenómeno económico que están dirigidos a dar un marco de referencia sobre el propósito que el artículo pretende lograr. En caso de desear abundar sobre el tema, puede consultarse: Dennis W. Carlton, y Jeffrey M. Perloff, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION, HarperCollins College Publishers, Segunda Edición, 1994, pgs. 431 a 448; Jean Tirole, THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, MIT Press Cambridge Massachusetts, Londres, 1998, pgs. 133 a 166; y Jeffrey M. Perloff, MICROECONOMICS, Segunda Edición, Addison Wesley, 2001, pgs. 387 a 396.

⁵ Dennis W. Carlton, y Jeffrey M. Perloff, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION, HarperCollins College Publishers, Segunda Edición, 1994, pg. 431.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ En términos económicos, ante un mismo producto, algunos consumidores mostrarán una elasticidad de demanda alta, mientras que otros una elasticidad baja.

⁹ La lista es ejemplificativa. A su vez, por razones de espacio, no abordaré porqué cada una puede ser pro-competitiva.

resulta en competencia vigorosa, reduce el “desperdicio”¹⁰ de cobrar un mismo precio a individuos con diferentes valores residuales, y puede ser utilizada como una manera de eliminar el problema de reducción de precios que se presenta de la venta de un producto a costo marginal.¹¹

Pero también puede ser anti-competitiva. Por ejemplo, necesariamente implica cierto poder de mercado (de otra manera sería imposible discriminar ya que la curva de demanda sería plana), y, de no ser perfecta la discriminación,¹² puede implicar ineficiencias. A su vez, la discriminación de precios hace que la depredación de precios sea menos costosa,¹³ más lucrativa y, por consiguiente, más probable.

Cuando 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, particularmente puesto que muchos sostienen que los esquemas de discriminación de precios con frecuencia incrementan el abasto y sólo rara vez excluyen a competidores.¹⁴ Es un hecho de la vida—y un fenómeno económico aceptado—que, cuando 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—como todo en la vida—radicará en establecer el justo medio que distinga lo bueno de lo malo. No obstante que existen razones económicas que justifican su existencia, la discriminación de precios ha sido tradicionalmente 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”:¹⁵ la discriminación de precios y los subsidios. Lo que la LCE

¹⁰ Desde la perspectiva del vendedor; ya que desde la perspectiva del comprador significará un beneficio (*consumer surplus*) en unos casos, y operaciones no celebrada en otros.

¹¹ Me refiero a la reducción de precio de los productos producidos antes del “producto marginal” que resulta de la producción a niveles de costo marginal.

¹² Lo cual con toda probabilidad será el caso. El asumir discriminación perfecta es útil para establecer un modelo que la explique, pero será poco fiel en su reflejo de la realidad económica.

¹³ 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 ser utilizada para “mandar un mensaje” a rivales que venden no sólo en el mercado depredado sino en otros mercados.

¹⁴ Lo cual es una cuestión empírica y debe de determinarse caso por caso. Una generalización sería impropio.

¹⁵ Artículo 28 de la Ley de Comercio Exterior.

denomina como “discriminación de precios” es lo que en el argot internacional se conoce como “dumping”. Los elementos de dumping bajo la LCE son:

1. Precio: precios debajo de “valor normal”. El valor normal esta definido como el precio comparable de un producto idéntico o similar destinado al mercado interno del país de origen en el curso normal de operaciones.¹⁶
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 industria nacional¹⁷ que los bienes en cuestión pueden sufrir o que obstaculicen la creación de nuevas industrias. La amenaza de daño es el peligro eminente y claramente previsible que la industria nacional pueda sufrir un daño.¹⁸
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 ser debajo de *valor normal* del país de origen, causando (o amenazando con causar) un *daño* a la industria del país importador, y el establecimiento del vínculo causal entre el precio y el daño o amenaza del mismo, a por lo menos, el 25% de la industria nacional.

C. DEPREDACIÓN DE PRECIOS

La depredación de precios se encuentra dentro del universo de precios estratégicos. En su forma más ortodoxa, la depredación se refiere a la práctica de desplazar a 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 monopólicos una vez que los rivales hayan sido eliminados o disciplinados. Lo anterior se considera como la única explicación racional por la que un agente económico consideraría a la depredación de precios como una práctica que maximiza ganancias.¹⁹

La noción que un precio es ilegal por ser demasiado bajo podría, de primera impresión, considerarse como una contradicción ya que al derecho de la competencia económica por lo general no le interesa establecer un límite al precio mínimo. Al

¹⁶ U “operaciones comerciales normales”, como lo denomina la LCE (artículos 31 y 32).

¹⁷ “Industria nacional” se define como por lo menos 25% de la producción nacional de los bienes en cuestión. (Artículo 40 de la LCE).

¹⁸ Artículo 39 de la LCE.

¹⁹ Herbert Hovenkamp, FEDERAL ANTITRUST POLICY. THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1994, pg. 298.

contrario, si se entiende que la conducta monopólica puede generar problemas de competencia económica es por que resulta en precios *supra*-competitivos. Entonces, ¿porqué sancionar precios bajos?

La respuesta del derecho de competencia económica es la siguiente. Una empresa que disciplina o desplaza a un competidor mediante la venta de un producto a precios no-económicos no esta *en verdad* compitiendo, está sacrificando ganancias presentes mediante precios no-remunerativos como una inversión para destruir, disciplinar o intimidar a rivales, y así recobrar sus pérdidas en el periodo posterior a la campaña depredatoria mediante la obtención de rentas monopólicas. 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 presente.²⁰

En México, la depredación de precios es una práctica monopólica relativa.²¹ 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; y
3. Que tenga como propósito o efecto el desplazar a un competidor fuera del mercado.

A continuación se comentará cada uno.

1. Precios debajo de costo

Un precio será considerado depredatorio si cae debajo de alguna de las siguientes dos medidas de “costos”:²²

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

La Comisión Federal de Competencia (“CFC”) ha establecido²³ que dicha práctica involucra precios inferiores al nivel que maximiza ganancias. Es decir, el establecer

²⁰ Phillip E. Areeda y Herbert Hovenkamp, ANTITRUST LAW, AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION, Vol. IIIA, Little Brown and Company, Boston/Toronto/London, 1996, pgs. 221-223.

²¹ 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.

²² Artículo 7.I del Reglamento de la LFCE.

²³ 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*” (páginas 58 a 63).

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

Con la finalidad de abordar el dilema de los costos, la CFC ha establecido ciertos criterios en materia de contabilidad con la finalidad de echar luz sobre lo que constituye “costo” para efectos del análisis involucrado en una investigación de depredación de precios.²⁴ Como parte de ello se determinan los costos relevantes, la distribución interna de costos indirectos, la relevancia sobre los costos de otras erogaciones, y la contabilidad paralela. No abordaré cada uno por rebasar los propósitos de este estudio.

2. Poder de mercado

Un elemento necesario para la existencia de depredación de precios es que el depredador debe tener poder de mercado²⁵ en un mercado definido. De lo contrario, el objetivo de la práctica no sería viable. Sería auto-destructivo. A su vez, el depredador tendrá que 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 a 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 competidores (actuales o potenciales) entren al mercado dados los gastos ya incurridos (*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 cuidadosamente analizados durante un periodo de investigación en la medida en que están cercanamente relacionados con dicha práctica. Además, la determinación de la “intención” será un factor adicional en el análisis de la depredación.

En forma relacionada, Informe Anual de la CFC para 1996 reporta seis investigaciones de depredación de precios en donde se estableció el siguiente criterio: las ventas a precios inferiores a los niveles internacionales no necesariamente involucran 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 pérdidas.²⁶

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 en sí—sino el proceso

²⁴ Informe Anual 1994-1995.

²⁵ El “poder de mercado” es la habilidad de incrementar precios a niveles supra-competitivos, sin que ello pueda ser contrareestado por los competidores. La LFCE bautiza esto como “poder sustancial” (artículo 13 de la LFCE).

²⁶ 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, pg. 45.)

competitivo—, en la medida en que los mismos no fueron desplazados por una superior eficiencia del depredador, sino por el uso de fuerza bruta (el poder de mercado), se considera que ello implicaría un daño al proceso competitivo. Lo anterior 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 y que dañe el proceso competitivo en la producción, procesamiento, distribución y mercadeo de bienes y servicios.²⁷

4. Recobro

El recobro²⁸ es la habilidad de obtener ganancias supra-competitivas una vez que el objetivo haya sido logrado. Implica que la estructura de mercado y las barreras de entrada permiten recobrar los costos incurridos durante la etapa de depredación.

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

Un Comisionado ha explicado que la depredación de precios es una reducción de precios no basada en costos con la finalidad de eliminar a un competidor para luego incrementar substancialmente el precio arriba de costo.²⁹ No se hizo mención alguna de la posibilidad de recobro.

En un artículo publicado en el Informe Anual de 1997³⁰ 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—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 analizarlo.³¹

²⁷ Informe Anual de 1997, pg. 72.

²⁸ Utilizo el término “recobro” para hacer alusión a lo que se ha llamado “recoupment” en otras jurisdicciones.

²⁹ Dr. Pascual García Alba Iduñate, FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, Informe de Competencia Económica, Segundo Semestre de 1996, pgs. 106-107.

³⁰ Francisco J. Soto Álvarez, LA DEPREDACIÓN DE PRECIOS COMO PRÁCTICA MONOPÓLICA, Informe de Competencia Económica de 1997, pg. 151.

³¹ 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 incorporó el mismo como parte de la ofensa. (Richard Whish, COMPETITION LAW, Butterworths, Cuarta Edición, 2001, pgs. 646-652.)

IV. 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 cimientos económicos son distintos.

Mientras que la legislación en materia de competencia económica es una invención estadounidense (*antitrust*), las leyes antidumping nacieron en Canadá en 1904.³²

Los defensores de la política legislativa de las leyes antidumping no son los mismos que las leyes de competencia económica. Mientras que los primeros están conformados por industrias que enfrentan mercados débiles o en declinación a largo plazo,³³ 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. Mientras que la legislación antidumping descansa en un argumento sobre “justicia” o “lealtad”,³⁴ buscando crear una forma—políticamente popular—de proteccionismo contingente que poco tiene que ver con la prevención de monopolios, así como el deseo de competir en igualdad de circunstancias³⁵ que ha motivado a la misma 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 existencia.³⁶ Contrario a lo anterior, la legislación antidumping carece de los cimientos que le brinden los elementos para soportar un escrutinio serio e imparcial.³⁷ No obstante la falta de una columna vertebral

³² La primera ley canadiense de antidumping establecía que un producto importado a Canadá que también se manufacturara en dicho mercado le sería impuesto 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”).

³³ Alan O. Sykes, ANTIDUMPING AND ANTITRUST: WHAT PROBLEMS DOES EACH ADDRESS?, Brookings Trade Forum 1998, Robert Z. Lawrence Editor, Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998, pg. 2.

³⁴ De allí el nombre de “prácticas *desleales* de comercio internacional”.

³⁵ O “*level the playing field*” (“nivelar la cancha de juego”) como dice la retórica en inglés.

³⁶ Es cierto que han habido tropiezos (legislativos y judiciales) en el proceso de creación de una teoría económica y jurídicamente aceptable. Sin embargo, existe una tendencia mundial a considerar que el punto medular de atención de la disciplina es la pérdida de bienestar social (*deadweight loss*). (ver, en general, James J. Garrett (Editor general), WORLD ANTITRUST LAW AND PRACTICE, A Comprehensive Manual for Lawyers and Business, Little Brown and Company, Boston/New York/Toronto/London, 1995.)

³⁷ Es cierto que cierto análisis económico ha tenido lugar en relación con dumping y su definición. Por ejemplo ver 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 la de competencia económica en general, y depredación de precios en particular.

teórica sería y convincente, el derecho del antidumping continúa expandiéndose (o, contagiándose) a las legislaciones internacionales más modernas y de más alto nivel.³⁸

³⁸ Inclusive han llegado a niveles de la Organización Mundial de Comercio. En específico, el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, comúnmente referido como el “Acuerdo Antidumping” .

V. DUMPING Y DEPREDACIÓN: DOS UMBRALES, UNA REALIDAD

Es interesante notar que la existencia concurrente de ambos dumping y deprecación de precios significa que un fenómeno relacionado tendrá efectos en dos áreas legales (competencia económica y comercio exterior) pero bajo dos diferentes umbrales. La tabla siguiente ilustrará el punto:

COMPARACIÓN DE UMBRALES DE COSTOS ENTRE
DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS, DUMPING, Y DEPRECACIÓ 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: • <u>Costo medio total</u> : ventas habituales • <u>Costo medio variable</u> : ventas esporádicas
Efecto	Ganancias Distintas	“Daño” (o amenaza del mismo) a la industria nacional	Desplazar a competidores del Mercado
Otros requisitos		Vinculo Causal	1. Poder de mercado; 2. Resultados Anti-competitivos mayores que los resultados pro-competitivos; 3. Recobro. ³⁹

³⁹

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

El hecho que diferentes umbrales existan 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 desdeñable—la otra (competencia económica) es sólida y busca prevenir la ocurrencia de conducta que sí tiene efectos nocivos.

VI. 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 jurisdicciones avanzadas como la Unión Europea,⁴⁰ ANCERTA⁴¹ y el Convenio entre Canadá y Chile;⁴² y lo aplauden autores respetados.⁴³ Sin embargo, dicha postura no es unánime. Otros autores consideran que la relación entre la política de competencia y de comercio exterior se extiende a más que el simple reemplazo de la ley antidumping local con legislación armonizada sobre precios. Por consiguiente, una no puede abarcar a la otra.⁴⁴

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; y (3) porque el derecho de la competencia económica es una mejor manera de abordar el problema. Me explicaré.

A. CONTRADICCIÓN CON LA TEORÍA DE LA VENTAJA COMPARATIVA

La teoría de la ventaja comparativa sostiene que el comercio entre dos países beneficia a ambos si cada país exporta los productos en los que tiene una ventaja comparativa.⁴⁵

⁴⁰ 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. (Ver Gunnar Niels y Adriaan Ten Kate, TRUSTING ANTITRUST TO DUMP NTIDUMPING —ABOLISHING ANTIDUMPING IN FREE TRADE AGREEMENTS WITHOUT REPLACING IT WITH COMPETITION LAW, *Journal of World Trade*, Vol. 31, No. 6, December 1997, pg. 39.)

⁴¹ 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 Bienes (Protocol on Acceleration of Free Trade in Goods) dentro del marco de ANCERTA, 1983. (Niels y Ten Kate, *op. cit.* pg. 40.)

⁴² 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.* pg. 41.)

⁴³ Gabrielle Marceau, ANTI-DUMPING AND ANTI-TRUST ISSUES IN FREE TRADE AREAS, Clarendon Press, Oxford, 1994, páginas 133 y 310. A su vez, Gunnar Niels y Adriaan Ten Kate, *op. cit.*

⁴⁴ Michael J. Trebilcock y Robert House, THE REGULATION OF INTERNATIONAL TRADE, Routledge, London and New York, 1995, pg. 122.

⁴⁵ Me limito a realizar esta enunciación del postulado principal de la Teoría *Ricardiana* del comercio internacional en la medida en que la misma es suficiente para el estudio que se está realizando. Sin embargo, debo admitir que es simplista.

Desde su creación por David Ricardo,⁴⁶ constituye el modelo más aceptado en el que descansa la explicación del fenómeno económico del comercio internacional.⁴⁷

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 a los que de otra manera hubiera fijado. Lo anterior 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 al que en forma natural hubiere escogido el productor es contrario a una economía de mercado y la teoría de la ventaja comparativa. Más aún, es el tipo de intervenciones que muchos economistas prestigiados rechazan.

Las intervenciones proteccionistas del género de cuotas compensatorias han estado rodeadas de la (malentendida) retórica de “igualdad” y “justicia”. Es decir, se habla que el comercio debe ser “leal” de tal forma que si 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 otros.⁴⁸ Y lo 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 que ello es “justo”.

⁴⁶ 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 realizado 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*.

⁴⁷ Melquiades Chacholiades, ECONOMÍA INTERNACIONAL, segunda edición, McGraw-Hill, 1992, pgs. 13 a 32. Stephen Husted y Michael Melvin, INTERNATIONAL ECONOMICS, cuarta edición, Addison-Wesley, 1997, pgs. 60 a 67. Paul R. Krugman y Maurice Obstfeld INTERNATIONAL ECONOMICS, cuarta edición, Addison-Wesley, 1997, pgs. 14 a 39.

⁴⁸ Por ejemplo, el clima, el costo laboral, recursos naturales, las habilidades de la planta productiva, preferencias y/o gustos de consumidores, etcétera.

B. 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”⁴⁹ es negativa o injusta para 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 que 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 ya que debe presumirse que el precio inferior es el resultado de superiores eficiencias productivas por parte del productor extranjero.

Podría contestarse que el productor extranjero sí le debe algo al productor nacional: competir “justamente”, entendiendo 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 existe un cabo suelto en el análisis: no son sustituibles al no ser comparables; y no son comparables puesto que el resultado de cada uno es distinto y, por ende, no abarcable el uno por el otro.

El resultado de la determinación de la existencia de *dumping* es distinto al 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 apropiado.⁵⁰ 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 pagarlo.⁵¹ 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

⁴⁹ El lector recordará que “valor normal” es el precio al que se venden dichos productos en el mercado de origen.

⁵⁰ Mientras que la legislación de competencia busca castigar y erradicar conducta anticompetitiva, la legislación *dumping* busca evitar el daño a la industria nacional.

⁵¹ Es decir, resulta en un número determinado de operaciones que no se realizan 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.

reducido. Es decir, sanciona sin resultados que afecten el bienestar del consumidor o que busquen ser una excusa para propiciar proteccionismo.⁵²

C. 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 aún para quienes tienen dudas sobre la teoría de depredación de precios.⁵³

El umbral de “valor normal” de la legislación antidumping es muy distinto al 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 realizan los empresarios al momento de determinar el precio que deben establecer. Por consiguiente, es mejor dejar en manos de autoridades que realizan dicho tipo de análisis que las que usan el de “valor normal”.

VII. POSTURAS EN CONTRA

Como era de esperarse, la postura soslayada en este estudio ha encontrado oposición. Se me ha mencionado que las disciplinas son substantivamente diferentes. Coincido con la observación; sin embargo, reitero que considero que 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 en la sección VI.

⁵² Podría contestarse que la multa sí afecta al consumidor puesto que 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 realizó 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, lo anterior es una razón adicional para preferir la multa por depredar a la cuota compensatoria por *dumping* como forma de solucionar la práctica. Además, hace relucir una flaqueza adicional de la cuota compensatoria: se impone en una etapa distinta a la época de *dumping*, en la cual puede no presentarse el fenómeno.

⁵³ En otro contexto, este autor ha 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 operaciones justificadas caigan dentro de una sombra de sospecha; (2) la no conjugación del concepto de recobro en la ecuación de depredación; y (3) los criterios de caracterización y distribución de costos invitan a que las autoridades de competencia económica realicen 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, COMPETENCIA ECONÓMICA. ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, 2005, pgs. 187-222; o Francisco González de Cossío, LAW AND ECONOMICS OF THE MEXICAN COMPETITION LAWS, University of Chicago, 2003, pgs. 261-316.

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 realizado y que no quiero dejar de abordar es que, al no realizar en este estudio un análisis detallado de las justificaciones económicas detrás del derecho anti-dumping, mi argumento principal no logra su objetivo. Hay algo de razón en la observación. Es cierto que no realizo un escrutinio *profundo*⁵⁴ de los aspectos económicos (tanto conceptuales como empíricos) para demostrar que la teoría de dumping es poco sólida.⁵⁵ La razón de ello es triple: en primer lugar, rebasa el perfil de este estudio. En segundo, considero que los argumentos ofrecidos en la sección VI de este estudio son suficientes para desvirtuar a la disciplina en la forma que lo he hecho en este comentario. 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 el decidir si ello es causa suficiente para desechar por completo la postura que estoy haciendo valer.

Finalmente, se ha dicho que simplemente no estamos listos y que carece de lógica imponer un cambio de sistema como si fuésemos un país desarrollado sin reparar en el daño que puede causar al país.⁵⁶ Más aún, que la eliminación de las leyes contra prácticas desleales por las de competencia debe tener lugar únicamente cuando se presente una integración total aduanera, como sucede en la Unión Europea.⁵⁷

Humildemente disiento. Si bien los motivos están descritos a lo largo de este estudio,⁵⁸ hay uno adicional interesante: la necesidad de contar con un esquema de integración aduanera antes de implementarlo.⁵⁹ Me pregunto porqué. ¿Por qué deben estar dos economías integradas para que se eliminen medidas en contra de prácticas desleales de comercio internacional? ¿Implica que la existencia de una aduana es un requisito para que tenga lugar el *dumping*? No lo creo, lo que se necesita es que existan mercados distintos (que pueden existir dentro de un mismo espacio aduanero). Podría

⁵⁴ Enfatizo el adjetivo puesto que en las secciones IV y VI de este estudio he explicado los orígenes y tipo de argumentación que sobre la misma se hace. Si el lector lo considera lacónico es porque los argumentos mismos revisten dicho calificativo, no mi exposición de los mismos.

⁵⁵ Aunque sí he hecho alusión a la teoría económica que al respecto he encontrado (*vid*, pie de página 37).

⁵⁶ Rodolfo Cruz Miramontes, LAS RELACIONES COMERCIALES MULTILATERALES DE MÉXICO Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON LA UNIÓN EUROPEA, Universidad Iberoamericana y Universidad Nacional Autónoma de México, pg. 78.

⁵⁷ Id., pg. 76.

⁵⁸ El argumento que asevera que no estamos listos es de corte proteccionista, por lo que le aplica la explicación que al respecto se ha dado con anterioridad en la sección VI.

⁵⁹ Como recordatorio, existen *grasso modo* cuatro niveles de integración (en orden creciente): (1) zona de libre comercio; (2) unión aduanera; (3) mercado común; y (4) integración total.

uno preguntarse porqué entonces ha sido dentro del contexto de integraciones que se ha presentado la eliminación de medidas como *dumping* o subvenciones. Contestaría que obedece a que las negociaciones que han concluido en una integración dan lugar a la adopción de medidas inteligentes que desechan argumentos proteccionistas.

Lo anterior no debe interpretarse en el sentido de que no aplaudo la idea de una unión aduanera o integración total. Todo lo contrario. Sin embargo, no veo porqué condicionarse la eliminación de una legislación proteccionista hasta que ello tenga lugar. Dicho en términos distintos, no tenemos que esperarnos a la obtención de una unión aduanera o integración total para obtener algunos de los beneficios del libre comercio.

Debo admitir que me persuade más la talla intelectual del emisor del comentario, que el contenido del argumento mismo.⁶⁰ Sin embargo, no lo encuentro persuasivo. En mi opinión, no cambia ni las premisas ni la conclusión anteriormente detalladas.

VIII. CONCLUSIÓN

En mi opinión, toda la disciplina de *dumping* debería ser eliminada. Los motivos son que: (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; y (4) se traslapa con un área que sí tiene un verdadero y legítimo bien jurídico a tutelar, y que no incurre en los defectos descritos: la competencia económica en general, y la depredación de precios en particular.

IX. *POST SCRIPTUM*: UNA PRECAUCIÓN

Existe un aspecto que creo que es necesario considerar en caso de contemplarse la eliminación de la disciplina de *dumping* —y es de corte *realpolitik*. Si bien estoy convencido que la materia debe eliminarse, creo que debe eliminarse en forma multi-jurisdiccional y paralela. Una eliminación unilateral puede ser peligrosa. Permitiría que jurisdicciones extranjeras puedan continuar aplicando medidas anti-*dumping*, mientras que otras no. Ello no solo generaría problemas económicos, sino políticos; y estos últimos probablemente hagan que, lejos de que el ejemplo del pionero sea seguido, se utilice como argumento (o excusa) adicional para no tomar la medida, argumentando que la misma no ha sido exitosa en otras jurisdicciones.

Dicho de otra manera, el paso debe tomarse, pero no hay que ser inocentes al hacerlo. De lo contrario, la idea podría ser la víctima de su éxito.

⁶⁰ El Dr. Rodolfo Cruz Miramontes fue mi maestro de Derecho de la Integración. Ello fue un honor. El Dr. Cruz Miramontes es uno de los intelectuales más formativos que he conocido, y en buena medida aguijoneó mi interés en profundizar sobre estas materias.