



**ARTÍCULO 134 DE LA LEY FEDERAL DE  
COMPETENCIA ECONOMICA. Una visión colectiva.**

**ALUMNO: LIC. DAVID AMBROSIO MOLINA VAZQUEZ**

**ENSAYO**

## INDICE

Página

<b>INTRODUCCION.</b>	<b>1</b>
<b>LAS ACCIONES COLECTIVAS. Aspectos Generales</b>	<b>1-7</b>
<b>LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA LEGISLACION DE COMPETENCIA ECONOMICA. Artículo 134 de la Ley Federal de Competencia Económica.</b>	<b>8-11</b>
<b>LA TEORIA DE JUEGOS</b>	<b>11-17</b>
<b>CRITERIOS DE INDEMNIZACION PARA EL CONSUMIDOR. Idea inicial de una propuesta</b>	<b>17-19</b>
<b>CONCLUSIONES FINALES</b>	<b>19-20</b>

## INTRODUCCION

La restitución de daños y perjuicios que se desprenden de cualquier práctica ilícita sancionada por la Ley Federal de Competencia Económica, constituye la culminación del procedimiento legal previsto por el legislador. Los consumidores que al fin y al cabo son los perjudicados en su bienestar por las barreras a la libre competencia, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre competencia y competencia económica o cualquier otra restricción al funcionamiento eficiente de los mercados; son el sujeto pasivo que mediante procedimientos judiciales expeditos y eficaces deben ser protegidos y tutelados en sus derechos para reclamar los daños y perjuicios que esas ilicitudes les confieren en su nivel de bienestar. El presente ensayo pretende hacer ver que independientemente de la acción individual de daños y perjuicios, que puede interponer un agente económico por su propio derecho: El uso concurrente de las acciones colectivas son un procedimiento de mayor impacto en la política pública de competencia económica, porque hace posible que a un número considerable de consumidores, les sea restituido el daño y el perjuicio económico por la pérdida de bienestar que las practicas antes señaladas les confieran, de tal manera que un mayor volumen y frecuencia de acciones colectivas en el ámbito judicial en contra de los agentes económicos sancionados por la Comisión Federal de Competencia Económica; sin la menor duda razonable será un factor que inhiba a violar la ley de competencia por lo costoso que pudieran resultar los daños colaterales que ocasionan al consumidor y porque éste reclamará con frecuencia de manera colectiva la reparación del daño y perjuicio sufrido.

### **LAS ACCIONES COLECTIVAS. Aspectos Generales.**

El derecho a un medio ambiente sano, la salud; la preservación del patrimonio histórico, artístico y cultural; la protección de los intereses de los consumidores contra los productos peligrosos o dañinos, la publicidad engañosa, las cláusulas abusivas impuestas por los agentes económicos a los consumidores en contratos de bienes o servicios, son quizá los intereses más evidentes que se pueden identificar como los tutelados por las acciones colectivas.

Las acciones colectivas aparecen como una necesidad susceptible de regulación en la sociedad moderna, emanan de la complejidad y el desarrollo en la producción de bienes y servicios cuya explotación comercial innovadora, en reiterados casos afecta los intereses de una sociedad determinada, extrapoliándose desde una comunidad a varias regiones nacionales incluso traspasando fronteras. Esa producción va generando novedosos paradigmas que tienen entre sí, un factor común que es; -- La distribución de la riqueza --. La cual mientras mejor distribuida, integra coherentemente, persistentemente una sociedad más fuerte, al respecto dice Michid Morishima que:

“En cualquier tipo de sociedad, mientras la sociedad exista, seguirá habiendo gente que convive y habrá que mantener un cierto orden entre sus miembros. Además para que tal sociedad persista, debe poseer una base material. Es decir, debe poseer riqueza para seguir existiendo; y para mantenerse en el futuro debe reproducir esa riqueza en el tiempo. La riqueza que se produce ha de ser distribuida entre los miembros de la sociedad. Pero si las leyes que rigen la distribución no satisfacen ciertas condiciones, la sociedad acaba por desintegrarse”<sup>1</sup>. La visión que plantea Morishima se basa en la creencia de que la distribución de la riqueza entre un mayor número de miembros de la sociedad, le da a esta una fortaleza coherente, con un bienestar general; por lo cual, partiendo de esta hipótesis considerando la coherencia que tiene el bienestar del consumidor con el bienestar general, resulta socialmente benéfico que la sociedad reclame los daños y perjuicios a los agentes económicos que por determinada práctica monopólica o por una concertación ilícita le han despojado de uno o más grados de su nivel de bienestar de consumidor, vía los sobrepagos que tiene que pagar como víctima de conductas anticompetitivas. Incluso el reclamo social puede ser atendiendo una visión económica más actualizada; porque esas prácticas anticompetitivas han afectado aspectos socioculturales del contexto donde sucede el consumo, que pueden ser esenciales en la percepción que el consumidor tiene de su bienestar, su identidad y la relevancia social y personal de sus elecciones en el mercado.

No resulta ocioso precisar lo que Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino en la obra “Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica” sostienen en el sentido que; “en realidad la eficiencia distributiva (mejor conocida como justicia distributiva) busca encontrar mejores formas de distribuir el ingreso o la riqueza. El derecho de la competencia económica no tiene objetivos distributivos, aunque la reducción del poder de mercado de los agentes económicos (en particular los monopólicos) trae como resultado un efecto redistributivo positivo a nivel agregado. No obstante que dicha circunstancia con frecuencia resulta del buen funcionamiento del mercado, en el caso de México, debe considerarse un efecto secundario, más no un objetivo, de la legislación sobre competencia económica.”<sup>2</sup>. Lo antes argumentado se sostiene en el sentido mismo de la regla de la razón estructurada, que se desprende del artículo 55 de la ley de la materia de competencia pues al respecto ese artículo indica que; “Las prácticas serán ilícitas y se sancionarán... salvo que el Agente Económico demuestre que generan ganancias en eficiencia e inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre competencia superando sus posibles efectos anticompetitivos, **y resultan en una mejora del bienestar del consumidor...** Las demás que demuestren que las aportaciones netas **al bienestar del consumidor** derivadas de dichas prácticas superan sus efectos anticompetitivos”. Ahí el efecto de **redistribución de la riqueza**.

Las acciones colectivas se caracterizan porque a diferencia de las acciones individuales, tutelan una diversidad de intereses de personas que conforman un grupo o una colectividad.

---

<sup>1</sup> Michid Morishima. *The Economic Theory of Modern Society*. Pag. 2. Cambridge University Press. 1981

<sup>2</sup> Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino (ANTECEDENTES ECONÓMICOS PARA UNA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, *El Trimestre Económico, Fondo de Cultura Económica, vol. LX(1), Núm. 237, México, Enero-marzo de 1993, pg. 230*)

Las acciones colectivas son las que se ejercen para tutelar los intereses de toda una comunidad de personas, esos intereses no son individuales pues pertenecen a una colectividad y no a individuos particulares y son indivisibles pues solo pueden ser propuestos en nombre de la colectividad y la resolución que se dicte en el procedimiento respectivo debe ser única y con efectos para toda la colectividad. Esto es, son como lo dice Pablo Gutiérrez de Cabiedes: - supraindividuales- “...*la supra individualidad significa que los intereses protegidos no son un suma de derechos individuales y que trascienden a los que sería una simple agregación de situaciones estrictamente individuales, integrando solidariamente posiciones jurídicas coincidentes con otras de igual o análogo contenido, unidos por un mismo fin*”<sup>3</sup>. También tienen la característica de la indivisibilidad, al respecto comenta Xavier Ginebra Serrabou que la indivisibilidad se refiere “*a que se trata de intereses difusos y no es una posición de ventaja o relación jurídica única, cuya titularidad sea indivisible y solamente atribuible a la colectividad, el interés supraindividual como realidad jurídica autónoma, si bien refleja una situación o aspiración común, esto es, compartida por un grupo de sujetos con relación a un mismo bien, está constituido en realidad por un conjunto de situaciones jurídico-subjetivas, cada una de las cuales es personal, referible a sujetos concretos*”<sup>4</sup>

Se puede sostener que las acciones colectivas son el andamiaje a través del cual un grupo de individuos, mediante un representante, tiene expedito el derecho de acudir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de derechos o intereses de carácter colectivo, o bien, en defensa de derechos e intereses individuales, que no encontrarían una solución adecuada a través de acciones individuales. Dicho de otra forma; con el uso de las acciones colectivas se pretende la protección de derechos o intereses colectivos en sentido lato, y la protección colectiva de derechos o intereses exclusivamente individuales. Así, con el ejercicio de las acciones colectivas se pretende la protección de dos clases de intereses o derechos: i) los colectivos en sentido estricto y los difusos; y ii) los individuales homogéneos que son tratados como colectivos. Entre los derechos e intereses que se reclaman mediante las acciones colectivas, destaca entre otros, como el derecho al medio ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho a la paz, a la salud, al patrimonio histórico, cultural, y artístico, el derecho de los consumidores frente a los productos peligrosos o nocivos, o a la publicidad engañosa, así como el que se incoa contra las prácticas y cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. El artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles delimita la procedencia de la acción colectiva a la defensa y protección de los derechos e intereses difusos en materia de las relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente. Cabe aclarar que mediante las acciones colectivas no se pretende la tutela de la comunidad entera, sino la de una colectividad más reducida como una clase, categoría o grupo, por ejemplo, las mujeres los indígenas,

---

<sup>3</sup> Pablo Gutiérrez de Cabiedes “Comentario al artículo 1 del Código Iberoamericano de procesos colectivos” código modelo de procesos colectivos, un dialogo iberoamericano, Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac Gregor. Editorial Porrúa y UNAM México 2008 p.24

<sup>4</sup> Xavier Ginebra Serrabou “Nuevos aires en el derecho mexicano de la competencia; las acciones colectivas en competencia económica” Derecho de la Competencia Económica. Editorial Porrúa. México 2012 p. 217.

las personas con capacidades diferentes, los niños y las niñas, un grupo de consumidores, los trabajadores de alguna empresa, los habitantes de un lugar o los usuarios de ciertos bienes.

Expuesto lo anterior, es pertinente considerar la definición que hace Antonio Gidi sobre la institución jurídica “ acción colectiva” refiere el autor que; “ *Una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya consecuencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)*”<sup>5</sup>. De lo anterior, el mencionado autor concluye que los elementos fundamentales de la acción colectiva son la existencia de un representante; la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada, deja claro esencialmente una cualidad distintiva entre la acción colectiva con respecto de una individual, en el sentido de que no es propiamente el demandante, quien puede ser un miembro del grupo, un organismo público o de gobierno, o una asociación civil, sino la aptitud de la acción colectiva de proteger el derecho de un grupo (objeto del procedimiento), sin que tenga relevancia también, que la protección obtenida sea para prevenir un daño o lograr que sea reparado. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede sostener que lo que caracteriza a las acciones colectivas es la existencia de un derecho cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, o bien la existencia de derechos individuales que tienen un origen común.

Los artículos 580 y 581 del Código Federal de Procedimientos Civiles, previenen lo antes dicho, pues en el primer artículo referido se precisa que las acciones colectivas persiguen la protección de dos clases de intereses o derechos: Los colectivos en sentido estricto, y los difusos; así como los individuales homogéneos, que son tratados como colectivos. Los tipos de derechos e intereses corresponden a cada una de las tres acciones colectivas que se enuncian en el artículo 581. De esa manera, en la fracción I se menciona que la acción difusa es aquella de naturaleza indivisible, que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, y tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico entre dicha colectividad y el demandado.

La acción colectiva en sentido estricto, de conformidad con la fracción II, es parafraseando al Magistrado Juan José González; “...aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así

---

<sup>5</sup> Gidi Antonio “Las acciones colectivas en Estados Unidos, en procesos colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada, Antonio Gidi y Eduardo Ferrer McGregor (coord.). Editorial Porrúa México 2004 Pág. 1”

como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo, y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado y de conformidad con la fracción III, la acción individual homogénea es aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, para reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.<sup>6</sup>

Las acciones colectivas previstas en el artículo 581 del código federal de procedimientos civiles son varias y según su objeto de defensa y las sentencias que prevén las podemos resumir en la siguiente tabla:

ACCION	DERECHOS TUTELADOS	TITULAR	OBJETO	SENTENCIA
Difusa	Derechos e intereses Difusos	Colectividad Indeterminada	Reclamar la reparación del daño, sin que Necesariamente Exista un vinculo Entre quienes la Promueven	Restitución de las cosas al Estado que guardaban Antes de que se generara el daño, o Cumplimiento sustituto
Colectiva En sentido estricto	Derechos e intereses colectivos	Colectividad Determinada Con base en Circunstancias Comunes	Reclamar la reparación del Daño y cubrir los Daños en forma Individual a los Miembros del Grupo, derivado De un vinculo Jurídico	Cubrir los daños en Forma individual a los miembros de la colectividad
Individual Homogénea	Derechos e Intereses individuales de Incidencia colectiva	Individuos Agrupados con base en Circunstancias comunes	Reclamar de un tercero el cumplimiento Forzoso de un Contrato o su Rescisión con sus consecuencias y efectos según las Leyes aplicables	Quienes Podrán promover El incidente de Liquidación en El que deberán probar el Daño sufrido

Como puede advertirse, en la acción difusa el daño es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación únicamente que este daño afecta al demandante así como a todo un grupo de personas aunque puede no existir un vínculo jurídico directo entre la colectividad y quien generó el daño. Es por eso que en este tipo de acción colectiva la reparación consiste en la restitución

<sup>6</sup> *Varios autores Coordinadores; Leonel Castillo González, Jaime Murillo Miranda “Acciones Colectivas Reflexiones desde la Judicatura”. Consejo de la Judicatura federal México. Instituto de la Judicatura Federal – Escuela Judicial. México 2014 p. 14*

de las cosas en el estado en que se encontraban antes de los actos que afectaron a la colectividad o en su caso un cumplimiento sustituto. Estos de ningún modo podrán cubrir daños individuales, al tratarse de una afectación no cuantificable.

De acuerdo a lo expuesto la legislación de las acciones colectivas constituye un elemento innovador, perfeccionable desde luego en la reparación del daño producido por prácticas anticompetitivas. En términos generales se puede decir que los tres tipos de acciones colectivas (**difusa**; Afecta a una multitud con tamaño desconocido. **Colectiva en sentido estricto**. Afecta a un grupo, no se puede dividir, se sabe a cuantos y a quienes afecta. **individual homogénea**; se ejerce de manera individual en referencia a un daño colectivo) tienen utilidad práctica en materia de competencia económica, sin embargo sugiero que las acciones difusas y las colectivas en sentido estricto, son las que tienen un mayor grado de ductilidad para los consumidores ante prácticas monopólicas absolutas y la individual homogénea tratándose de prácticas monopólicas relativas.

De manera hipotética podemos ejemplificar lo siguiente; en caso de que la Comisión de Competencia Económica (COFECE) sancione la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 56 inciso III de la ley de su materia, conocida como “venta o compra atada” esto es condicionar la compra o venta de un bien a la compra o venta de un bien distinto. Digamos porque existe colusión entre un fabricante de automóviles y/o concesionarios con una aseguradora y se demuestra que el consumidor solo puede adquirir un tipo de vehículo X solo si contrata un seguro de cobertura amplia con la aseguradora Y. Aunque existan las aseguradoras A, B y C que otorgan el mismo tipo de seguro incluso a un precio más bajo; de tal manera que solo le venden el auto si solo si, adquiere el seguro con la aseguradora Y. El cual es un 30% más caro que el que ofrecen las aseguradoras A, B y C. Entonces una vez que exista una resolución firme emitida por la COFECE el consumidor afectado por esa práctica que aumentó excesivamente el costo en la adquisición de su vehículo, puede intentar la acción que se llama **Colectiva en sentido estricto**. Pues afecta al grupo de consumidores que tuvieron que adquirir el auto de la marca cuya venta estuvo atada a la compra del seguro Y. Esta acción no se puede dividir, pues cubre los daños en forma individual a la colectividad, no per cápita sino en función al daño causado al consumidor en el entendido que habrá algunos que adquirieron un solo vehículo y quienes adquirieron varios o una flotilla. La reparación del daño objetivamente sería imputable al o a los agentes económicos sancionados por esta práctica (fabricante-distribuidor-aseguradora), quienes de manera solidaria o mancomunada según el planteamiento de la demanda deberán pagar el consumidor el equivalente a su afectación o sea el 30% que pagó de más por el seguro que tuvo que contratar como venta atada.



Otro caso hipotético puede ser el que se castigue porque agentes económicos se comportaron con coordinación de posturas en una licitación; práctica que resulta prohibida de acuerdo a lo que previene el artículo 53 fracción IV de la Ley Federal de Competencia Económica el cual dice; *Artículo 53. Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes: .... IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas,...*” lo hipotético deviene de un caso en que el Hospital Público del Estado X que afilia a ciudadanos del programa oportunidades necesita adquirir trianualmente oxígeno medicinal. En el mercado hay dos empresas que producen ese producto y participan en una licitación. Las dos empresas se coordinan de manera que se irán rotando la adquisición de la licitación. Es decir una de ellas ganará la licitación cada tres años y la otra la ganara la licitación del trienio siguiente, para ello, una de ellas incrementará sus precios al doble a la hora de la subasta a fin de perderla, y la ganadora aumentará sus precios en un 40% por ciento, de esta manera aumentaran sus beneficios vendiendo el oxígeno de uso medicinal artificialmente caro. En este caso un ciudadano puede interponer una **acción individual homogénea**; reclamando de la empresa que ganó la licitación mediante el uso de los arreglos, convenios o combinaciones con el otro agente económico involucrado, que establecieron posturas coordinadas para vender el oxígeno medicinal más caro en un 40%. La rescisión del contrato de suministro con sus consecuencias y efectos legales. En este caso el Hospital Público del estado X puede promover incluso el incidente de liquidación en el que probando el daño económico sufrido, por pagar un precio artificialmente alto; puede reclamar la restitución económica correspondiente. En este caso la acción individual homogénea se ejerce por un ciudadano de manera individual en referencia al daño colectivo que representa el sobreprecio que tuvo que pagar el Hospital; ahí lo divisible de la acción, se ejerce para hacer valer los derechos e intereses individuales que dañan a la colectividad de derechohabientes del hospital y se reclama la rescisión del contrato subastado.

Considerando este ejemplo, cabe precisar que si ya se presentó la demanda y no participó algún o algunos miembros de la colectividad, se pueden adherir pues para eso son las acciones colectivas; puesto que cada individuo afectado puede sumarse al juicio de acciones colectivas en cualquier momento y hasta 18 meses después de que la sentencia sea definitiva, al haberse resuelto las impugnaciones y recursos que cualquiera de las partes puede interponer, o se haya aprobado el convenio de solución amistosa, a través de una comunicación expresa por cualquier medio dirigida al representante común, quien a su vez lo presentará al juez (artículo 594 del Código Federal de Procedimientos Civiles). Las personas que integren la demanda colectiva deberán de acreditar que son miembros de la colectividad afectada; el grado de afectación deberá ser demostrado en la parte final o de reparación del daño en caso de conseguir una sentencia favorable.

## **LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA LEGISLACION DE COMPETENCIA ECONOMICA. Artículo 134 de la Ley Federal de Competencia Económica.**

Como parte de las reformas constitucionales en materia de acciones colectivas el 30 de Agosto del 2011 hubo adiciones al Código Federal de Procedimientos Civiles, se estableció que **la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos** será ejercida ante los tribunales de la Federación y solo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados y medio ambiente. Que las acciones colectivas son procedentes para tutelar; derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes; y de derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.

En la reforma en comento se hizo puntual clasificación de las acciones colectivas en: acción difusa; acción colectiva en sentido estricto; y acción individual homogénea. Se señaló que las acciones colectivas prescribirán a los tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño; si se trata de un daño de naturaleza continua el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que haya generado el daño causante de la afectación.

Sobre la legitimación activa para ejercer las acciones colectivas se facultó a la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, **la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE)**, el representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros, las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia y el Procurador General de la Republica. Todo lo anterior se testó en el libro quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles. El artículo 12 fracción XXVIII de la Ley Federal de Competencia Económica y el artículo 5 fracción XXVIII de su Estatuto Orgánico, sustentan la legitimidad y atribuciones de la COFECE para ejercitar las acciones colectivas de conformidad con el libro quinto del código federal de procedimientos civiles.

Como parte de las aludidas reformas el 30 de Agosto de 2011 se modificó el artículo 38 de la Ley Federal de Competencia Económica, permitiendo a quienes se hayan visto afectados por prácticas anticompetitivas o una concertación ilícita, reclamar de manera individual o colectiva a través del procedimiento de acciones colectivas antes señalado.

El fin social de las acciones colectivas es idéntico a la que tiene la reclamación de daños; generar confiabilidad en las instituciones y permitir que la sociedad tenga un papel protagónico, actualizado, participativo, coordinado e influyente en la impartición de justicia. De igual modo, con la modificación al citado artículo 38 se tuvo en cuenta que se facilitaría al reclamante iniciar acciones

en contra del demandado que quizá de realizarse en lo individual, serían como lo he venido sosteniendo económicamente poco viables.

Las acciones colectivas las visualizó el legislador como una herramienta legal para proteger en un solo juicio a grupos de personas contra las empresas que abusen de sus derechos y se hace por medio de un juicio en casos que tengan que ver con asuntos de competencia ante los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones. Con estas acciones se busca inhibir que los agentes económicos dejen de realizar prácticas abusivas violatorias de la política de competencia y que subsanen los daños. Este tipo de acciones se promueven por un representante de un grupo de individuos ante los juzgados competentes, en defensa de sus intereses comunes.

Cabe recordar que esta reforma al artículo 38 de la Ley Federal de Competencia Económica y que deviene de las acciones colectivas y el procedimiento judicial colectivo, correspondiente al libro tercero “procedimientos especiales del Código Federal de Procedimientos Civiles”. Capítulo II De la Legitimación Activa (Adicionado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 2011). Desató en el foro especializado en Materia Económica un revuelo de críticas. La visión que al respecto escribió Xabier Ginebra Serrabou en su obra; “Nuevos aires en el derecho mexicano de la competencia: las acciones colectivas en competencia económica” reflejan el común denominador de los notables constructores del derecho de competencia económica de esta época, el autor dice: “ ..... *El art. 38 de la Ley Federal de Competencia Económica señala claramente la posibilidad de reclamar la reparación del daño, al establecer que : una vez que la resolución de la comisión haya causado estado, los agentes económicos que hayan sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica monopólica o concertación prohibida, podrán deducir su acción por la vía judicial para obtener una indemnización por daños y perjuicios ..... de acuerdo con lo establecido con el art. 38 de la Ley Federal de competencia económica resulta que las costas privadas de iniciar y seguir los procedimientos son muy altos. El diseño institucional y el tiempo de resolución, aunados a las probabilidades de éxitos resultan muy honerosos para intentar una acción como esta. La situación se torna muy complicada cuando encontramos que quienes se han visto afectados por prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas pueden ser una gran inmensidad de consumidores – personas físicas o pequeñas empresas – en donde resulta verdaderamente inimaginable que conozcan este tipo de acciones y menos que pretendan afrontar los costos que representan el intentar la acción de forma individual. Así mismo, es importante considerar, como ya antes se ha comentado, que los daños individuales incurridos por una persona física o empresa generalmente son insuficientes para justificar los costos individuales que genera los litigios. Adicionalmente por razones culturales, México es un país poco propenso al litigio entre particulares, especialmente en acciones de pago de daños, cuando se compara con países como los Estados Unidos o incluso de Europa. De tal forma en la realidad encontramos que este precepto es casi inútil. Se han presentado algunos casos de litigio por esta vía, pero solamente en situaciones donde los afectados han sido grandes empresas con la capacidad económica y organizativa, suficiente para enfrentar este tipo de procesos.....en este*

*sentido, encontramos que los obstáculos y complicaciones tradicionales de intentar una demanda civil, el tiempo y los altos costos que representa, la falta de información, los reducidos beneficios individuales así como la dificultad de prevención de resultados genera que el esquema actual de reclamación de daños en materia de competencia en nuestro país resulte altamente ineficiente e ineficaz....”<sup>7</sup>*

En los tiempos actuales del 2015 esa visión debe cambiar: Pues ahora el citado artículo 38 de la Ley Federal de Competencia Económica, ha sido abrogado. La actual legislación de la materia contiene un texto y contexto distinto, a la idea que plasmó originariamente el legislador. Ahora en la vigente Ley de Competencia Económica, se tiene el siguiente sentido:

Artículo 134. Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración ilícita podrán interponer las acciones judiciales en defensa de sus derechos **ante los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones** hasta que la resolución de la Comisión haya quedado firme. El plazo de prescripción para reclamar el pago de daños y perjuicios se interrumpirá con el acuerdo de inicio de investigación. **Con la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento seguido en forma de juicio se tendrá por acreditada la ilicitud en el obrar del Agente Económico de que se trate para efectos de la acción indemnizatoria.**

Por ello las personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración ilícita podrán interponer las acciones judiciales correspondientes **ante los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones;** los cuales fueron creados en sesión ordinaria del 7 de agosto del 2014 por el Consejo de la Judicatura Federal, acuerdo general 22/2013, denominándolos juzgados Primero y Segundo de Distrito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Quedando como tribunales de alzada el Primer y Segundo Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Administrativa Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones.

Resulta presupuesto de la acción colectiva que se presente en materia de competencia económica, que la resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica haya quedado firme. Esto es que la resolución definitiva o bien no haya sido impugnada o bien se cuente con una resolución que tenga la calidad legal de firme, dictada por los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones; este dato es importante ya que con la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento seguido en forma de juicio se tendrá por acreditada la ilicitud en el obrar del Agente Económico de que se trate para efectos de la acción indemnizatoria. Con lo anterior se deja sin efectos la confusa solicitud que podía hacer el juez civil sobre la opinión de la COFECE.

---

<sup>7</sup> *Xavier Ginebra Serrabou “Nuevos aires en el derecho mexicano de la competencia; las acciones colectivas en competencia económica “Derecho de la Competencia Económica. Editorial Porrúa. México 2012 p. 234, 235*

El plazo de prescripción de tres años seis meses; previsto en el artículo 584 del código federal de procedimientos civiles para reclamar el pago de daños y perjuicios se interrumpirá con el acuerdo de inicio de investigación que emita la Comisión Federal de Competencia Económica, en tratándose de acciones colectivas que tengan que ver con asuntos resueltos y con firmeza judicial que haya dictado ese órgano regulador.

Las acciones colectivas visualizadas con un sentido hermenéutico entre el artículo 134 de la Ley Federal de Competencia Económica, y el libro quinto de las acciones colectivas previstas en el código federal de procedimientos civiles artículos 578 a 609. Se erigen como un mecanismo de judicialización de la defensa del consumidor que sirven para reclamar violaciones legales en distintas materias y que afectan a los ciudadanos y consumidores. La finalidad de las acciones colectivas es similar a la que tiene la reclamación de daños, así como generar confianza en las instituciones reguladoras y permitir que la sociedad tenga un papel más protagónico e influyente en la manera de impartición de justicia por asuntos que tengan que ver con el consumo de bienes y servicios que hayan afectado el bienestar del consumidor. De igual modo, se hace más fácil al afectado iniciar acciones en contra del sancionado por violaciones a la ley de competencia.

## **LA TEORIA DE JUEGOS**

Un juego es un proceso en que dos o más personas toman decisiones y acciones, tomando en cuenta un conjunto de reglas, escritas o no escritas (formales o informales), con el objetivo de obtener el mayor beneficio. Cada decisión o decisiones y acciones tomadas son una amalgama de combinaciones infinita, determinan una dinámica particular, y dado que las decisiones y acciones de las personas involucradas pueden ser combinadas de numerosas formas, las situaciones generadas también serán numerosas y su magnitud igual a las de las combinaciones de decisiones y acciones que tomen las personas involucradas. El conjunto total de situaciones posibles será denominado Cuadro Situacional del Juego.

Siguiendo con el razonamiento anterior, encontramos que cada situación (es decir, cada punto del cuadro situacional) genera una combinación de premios determinada. El premio que le da a un jugador una situación particular puede ser comparado con los premios que le ofrecen las otras situaciones.

Lo fundamentalmente importante en el análisis de juegos es la siguiente: "cada jugador buscará su máximo bienestar posible". De esta forma, cuando se observa el proceder de un jugador, sabremos que éste deberá calificar cada situación y perseguir siempre las situaciones particulares que ofrezcan el mayor bienestar.

Un concepto importante es el del pago, pues, cada situación particular ofrece una combinación de premios, de la manera siguiente: si se trata de dos jugadores, la situación ofrece un premio para el primero y otro para el segundo. Si se trata de tres jugadores, la situación genera un premio para cada jugador. Ésta es la lógica de los premios y las situaciones. A cada premio se le llama pago.

Otro concepto importante es el de la función de utilidad. La función de utilidad convierte a los pagos en bienestar. Esto es, no importa violar una o varias reglas del juego si es que la violación genera más utilidad que el costo que habrá que pagar por violarla. En la toma de decisiones económicas lo anterior es muy importante, pues los agentes económicos cuando analizan alternativas visualizan sus costos y beneficios esperados, por ello la teoría de juegos es un ingrediente siempre vigente en la estrategia empresarial pues los agentes económicos eligen las estrategias que generan los mayores beneficios o bien que minimizan el costo esperado; considerando las probables estrategias que tomarán sus competidores, incluso las autoridades reguladoras. La teoría de juegos es la brújula orientadora que da la pauta a los agentes económicos para tomar decisiones o estrategias. Cuando lo anterior tiene que ver con una violación premeditada a la Ley Federal de Competencia Económica, el agente económico definitivamente que visualiza la rentabilidad de su decisión violatoria de esa ley con la premeditación y ventaja necesaria y si encuentra rentable y racional cometer violaciones a la ley definitivamente que las hace, ya que los beneficios esperados son muy elevados porque se derivan de la posibilidad de generar un sobreprecio que se podrá cobrar a los consumidores.

Lo anterior pone en relieve el monto y las sanciones que el agente económico sabe que le pueden aplicar por determinada conducta, previstas en los artículos 127 128 y 131 de la Ley Federal de Competencia Económica, las cuales pueden ser desde; medidas correctivas o de supresión de la práctica monopólica o concentración ilícita. Como la desconcentración parcial o total de una concentración ilícita y la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda; o multas según por el equivalente del salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal correspondiente a; cinco mil salarios mínimos, ciento setenta y cinco mil veces el salario mínimo, ciento ochenta mil veces, cuatrocientas mil veces, un millón quinientas mil veces, novecientas mil veces. Lo anterior va de acuerdo con la afectación al mercado por la falta cometida por prácticas monopólicas relativas, absolutas, por no haber notificado una concentración o por falsedades ante la autoridad.

También visualiza el agente económico sanciones más severas como son; las multas que equivalen al ocho o el diez por ciento de sus ingresos sea por haber incurrido en prácticas monopólicas absolutas o relativas, concertaciones ilícitas, o no haber notificado una concertación; o por incumplir con una resolución o medida impuesta por la COFECE al agente económico. Contempla también, la Inhabilitación para ejercer como consejero, administrador, director, gerente, directivo, ejecutivo, agente, representante o apoderado en una persona moral hasta por un plazo de cinco años. Toma en cuenta el agente económico dentro de su teoría de juegos incluso el sentido del artículo 131. De la Ley Federal de Competencia Económica el cual refiere que; “Cuando la infracción sea cometida por quien haya sido sancionado previamente por la realización de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, la Comisión considerará los elementos a que hace referencia el artículo 130 de esta Ley y en lugar de la sanción que corresponda, podrá resolver la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes

sociales o acciones de los Agentes Económicos, en las porciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos”.

Así contra las ganancias esperadas y sopesando según sea el caso, la responsabilidad penal en que puede incurrir su conducta y su responsabilidad civil, el agente económico siempre tiene en mente las ganancias versus el riesgo legal en que puede incurrir y así contrastan la sanción esperada, consistente desde el punto de vista cuantitativo en la multa que podría imponer la autoridad, multiplicada por la probabilidad de detección y sanción de violaciones a la ley. Esta última variable se deriva de la efectividad de la autoridad de competencia en la persecución de prácticas anticompetitivas. Sin embargo ahora con la actual ley de Competencia la teoría del juego es más complicada pues el legislador agregó sanciones penales y administrativas que representan un factor no ponderable fácilmente, dentro del contexto de la ecuación tradicional de la teoría del juego, así estadísticamente pueden ser ponderados los grados de impunidad en materia penal y eficiencia con el que actúa el ministerio público federal en delitos que devienen de procedimientos administrativos. Sopesado lo anterior definitivamente la formación de carteles y otro tipo de conductas anticompetitivas seguirán siendo fuertes y generaran constantes abusos que finalmente dañan a los consumidores, mientras no exista la práctica del consumidor de ejercer acciones colectivas para inhibir ex post conductas anticompetitivas.

La acción colectiva que pueden interponer los consumidores, frente a las reiteradas afectaciones patrimoniales que van minimizando su nivel de bienestar, por las violaciones de los agentes económicos a la Ley de Competencia Económica, puede ser analizada dentro del contexto del dilema del prisionero.

El dilema del prisionero es un problema básico de la teoría de juegos que muestra que dos personas pueden no cooperar incluso si ello va en contra del interés de ambas. Este dilema fue desarrollado originariamente por Merrill M. Flood y Melvin Dresher. Albert W. Tucker formalizó el juego con la frase sobre las recompensas penitenciarias y le dio el nombre del "dilema del prisionero".<sup>8</sup>

Este modelo es un ejemplo de problema de suma cero. (En teoría de juegos no cooperativos, un **juego de suma cero** describe una situación en la que la ganancia o pérdida de un participante se equilibra con exactitud con las pérdidas o ganancias de los otros participantes.) Se llama así porque si se suma el total de las ganancias de los participantes y se resta las pérdidas totales el resultado es cero.

Las técnicas de análisis de la teoría de juegos estándar, por ejemplo determinar el equilibrio de Nash, pueden llevar a cada jugador a escoger traicionar al otro, pero ambos jugadores obtendrían un resultado mejor si colaborasen. (Equilibrio de Nash.- situación en la cual todos los jugadores han puesto en práctica, y saben que lo han hecho, una estrategia que maximiza sus ganancias dadas las estrategias de los otros. Consecuentemente, ningún jugador tiene ningún incentivo para modificar individualmente su estrategia.) En el **dilema del prisionero**, la cooperación puede obtenerse como un

---

<sup>8</sup> *Albert Tucker. "a two-person dilemma" Stanford University Press. 1950*

resultado de equilibrio. Aquí se juega repetidamente, por lo que, cuando se repite el juego, se ofrece a cada jugador la oportunidad de castigar al otro jugador por la no cooperación en juegos anteriores. Así, el incentivo para defraudar puede ser superado por la amenaza del castigo, lo que conduce a un resultado cooperativo. La estructura de pagos del juego, genera que la estrategia dominante sea confesar ante lo cual ambos prisioneros quedarán en la cárcel con una mayor sentencia a la que habrían obtenido si ninguno hubiera confesado. Así en este juego se requiere la cooperación de los prisioneros para obtener el mejor resultado posible, que no es otra cosa más que ambos prisioneros salgan libres.

Este entuerto teórico en una situación práctica dentro del contexto de política de la competencia es muy útil, pues más allá de la acción de la autoridad, la vigilancia del proceso de competencia y libre concurrencia depende de que personas jurídicas o individuos, tomen acciones concretas que contribuyan a disuadir o a demandar sanciones por el ejercicio de prácticas sancionadas por la Ley Federal de Competencia Económica, pues así paulatinamente los agentes económicos que actúan al margen de esa ley, verán que es muy difícil obtener beneficios, ya que además del procedimiento sancionador que impone la ley en comento, si salen con responsabilidad, tendrían que enfrentar un segundo proceso de naturaleza civil colectiva para resarcir daños y perjuicios; por ello la racionalidad en la toma de decisiones económicas encaminadas a violar la ley de competencia se verá paulatinamente poco rentable y por tanto poco racional.

Dentro de la práctica jurídica mexicana, generalmente los costos que debe pagar un individuo por interponer una acción concreta, sea administrativa o civil, para el resarcimiento de daños y perjuicios, no son lo suficientemente mínimos para que sean superados en demasía, por los beneficios esperados si se ganan los juicios. Es por ello que individualmente las personas difícilmente acuden a las instancias legales que les permitirían proteger sus propios intereses en materia de competencia, máxime que la autoridad reguladora no puntualiza los daños específicamente por cada consumidor ni por cada agente económico afectado por la práctica monopólica prohibida; pues es la afectación al mercado en general lo que se puntualiza como daño en un momento dado.

México posee un sistema poco práctico para incoar la acción de daños y perjuicios, una problemática que no es un tema exclusivo de la materia de Competencia Económica. El concepto de daños y perjuicios ha permanecido inmóvil desde el siglo pasado (1928) y es la base para diversas ramas del derecho como el de propiedad industrial, protección al consumidor, la responsabilidad patrimonial del estado, el derecho de amparo, el derecho de competencia económica, entre otros. La evolución doctrinaria que las anteriores áreas de derecho han tenido y su visión con el derecho comparado, dejan ver a la institución jurídica tradicional de daños y perjuicios civilista, digamos como un traje del abuelo que viste la percha de un joven. Infortunadamente, esta falta de dinamismo, ha provocado una falta de desarrollo y efectividad en la práctica procesal del derecho de la Competencia Económica.



Cuando los efectos de las prácticas monopólicas prohibidas cometidas por un agente económico impone afectaciones a la sociedad en su conjunto o a cierto grupo de consumidores, los individuos afectados tienen la posibilidad de elegir entre la opción de reclamar la reparación del daño y perjuicio económico causados, o simplemente no interponer ninguna acción legal y asumir la pérdida de bienestar.

Si cada vez que el mercado sufriera abusos por el ejercicio de prácticas anticompetitivas, los consumidores reclamaran a los agentes económicos responsables el daño sufrido; aquellos se encontrarían constantemente en procedimientos legales, que por sí mismos generan costos, aunado al pago de daños al que se verían condenados. En esta situación hipotética, la acción de los consumidores tendría como consecuencia, inhibir las prácticas anticompetitivas y se reforzaría el sistema de sanciones económicas impuestas pues se tendría que pagar la sanción emitida por los órganos reguladores, más la que imponga el poder judicial federal, por consecuencia del daño directo a los consumidores.

Así como en el dilema del prisionero; cuando todas las empresas de un mercado o todos los consumidores, considerará que por las violaciones a la ley de competencia terminan en una situación poco óptima, supeditados a los reiterados abusos por parte de las empresas con poder sustancial que excluye del mercado a sus competidores o bien, en el caso de los consumidores, que quedan sujetos a pagar precios altos por bienes y servicios escasos y de ínfima calidad. Será cuando en uso de las acciones colectivas los afectados, al decidir demandar daños y perjuicios: El dilema del prisionero será un elemento virtuoso para inhibir violaciones a la ley de competencia.

Expuesto lo anterior es pertinente aludir lo señalado por María Elena Estavillo Flores y Carlos Mena Labarthe, en su obra “la acción colectiva para la reclamación de daños en materia de competencia económica, en teoría de juegos y derecho contemporáneo. Quienes argumentan que: *“Las condiciones de competencia imperantes en los mercados eficientes se pueden considerar como un recurso común ya que todos los consumidores se benefician de ellas obteniendo una mayor variedad de bienes al menor precio y mejor calidad. Complementariamente, si los consumidores y las empresas que participan en dicho mercado no hacen uso de los recursos legales disponibles para asegurar el mantenimiento de dichas condiciones de competencia – su contribución al recurso común – entonces esas condiciones irán desapareciendo en detrimento de todos los participantes del mercado (con excepción de los responsables de las prácticas monopólicas anticompetitivas). Alternativamente, la situación descrita puede analizarse como el caso de un proceso de producción con externalidades positivas donde son los consumidores quienes deciden el “nivel de producción” de demandas por daños y perjuicios que habrán de originar, considerando para ello solamente la utilidad individual que ello les implique. Procediendo de esta manera, no incorporan en su toma de decisiones la generación de beneficios externos (externalidades positivas) en la forma de un efecto disuasivo para la comisión de prácticas monopólicas del cual podrá gozar toda la comunidad de consumidores. Como resultado, se tiene que las decisiones individuales llevan a un nivel de producción subóptimo de demandas por daños*

*y perjuicios – menor al socialmente deseable o eficiente desde un puesto de vista global-”<sup>9</sup>*

En la práctica cuando un particular reclama daños por la comisión de una práctica monopólica a un agente económico sancionado por el organismo regulador de la competencia, crea la expectativa en diversos consumidores para seguir sus pasos, sin embargo como las acciones civiles son personalísimas y cada consumidor tiene una situación particular en cuanto al daño que personalmente sufrió por pagar un sobreprecio en el mercado investigado, es evidente que solo se da un reflejo entre los actores, pero el esfuerzo individual poco abona para persuadir al agente económico sancionado a que considere como una amenaza las acciones individuales de los consumidores, pues en realidad será un número ínfimo los que decidan correr el riesgo de transitar un procedimiento civil costoso, en relación con el daño que particularmente pueden demostrar les ocasiono la práctica monopólica sancionada.

Lo anteriormente mencionado, es para el caso del sistema jurídico civil y de competencia económica mexicano, pues en aras de aludir el derecho comparado en este ensayo, resulta pertinente traer a colación el siguiente asunto: El pasado 2 de febrero se llevó a cabo, el Super Bowl XLVIII. Sin duda el evento deportivo más importante en la Unión Americana, se estima que tuvo una audiencia de 108 millones de televidentes, de acuerdo al Departamento de Agricultura de Estados Unidos, el día del Súper Bowl es el día de mayor consumo de comida en ese país, sólo detrás del día de acción de gracias. Para darse una idea se consumen 50 millones de envases de cerveza y se gasta en mercancía promocional alrededor de 12 mil millones de dólares. Sin duda, el evento representa un pico de consumo, principalmente en Estados Unidos y en algunos otros países del mundo. En medio de estos datos millonarios se encuentra la historia de un consumidor que ha puesto contra las cuerdas a la liga de Fútbol americano (NFL). Se trata de Josh Finkelman, un fan de Nueva Jersey que interpuso una demanda de acción colectiva (classaction) en contra de la venta de boletos del Super Bowl. El argumento de su demanda tiene que ver con competencia económica, regulación y protección al consumidor. Veamos. En Estados Unidos, cada estado puede regular en materia de consumidores y Nueva Jersey, donde se realizó el evento, cuenta con una ley contra el fraude a los consumidores (NJ Consumer Fraud Act) en donde se especifica (artículo 56:835.1) que sólo se podrán retener hasta el 5 % de los boletos de cualquier evento para ventas anteriores a la venta al público en general. Esto es que 95% de los boletos deben de salir a la venta para los consumidores finales. El precio, por supuesto, fluctuará de acuerdo a la oferta y demanda del bien. Sabemos que en el caso de los estadios éstos tienen una oferta fija (no se pueden construir más asientos antes del juego), por lo que en un evento como éste es claro que va a existir un exceso de demanda que resultará en un aumento de precios. En el caso del evento deportivo en comento, el precio promedio llegó a ser de poco más 4 mil dólares por boleto. La razón: además de la demanda fue la estructura de asignación de la oferta.

16

---

<sup>9</sup> *María Elena Estavillo Flores y Carlos Mena Labarthe, en su obra “la acción colectiva para la reclamación de daños en materia de competencia económica, en teoría de juegos y derecho contemporáneo. Temas selectos José David Enríquez Rosas, (coordinador académico) Editorial Porrúa e Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) México. Pag 228.*

La NFL reportó que del total de 83 mil boletos disponible para el evento, sólo el 1% sería puesto a la venta abierta a los consumidores, el 35%, se repartiría por mitades para los equipos jugadores, 33.6% para el resto de los equipos de la liga, 25% para la propia NFL y 6% para los equipos del estadio (Jets y Giants). Claro que muchos consumidores obtuvieron los boletos a través de las loterías que organizaron cada equipo y la liga para acceder a ellos. Sin embargo, al ser un mecanismo indirecto de obtención del boleto puede haber distorsiones adicionales a los precios.

Es claro que la decisión de venta de la NFL está en contraposición de la legislación local en Nueva Jersey. Será interesante seguir la resolución de la corte en el caso Finkelman v. NFL. La valoración de la corte deberá tomar en cuenta la pérdida en bienestar de los consumidores debido al mecanismo de asignación de la oferta. Puede ser que no haya afectación alguna (es decir, que aun sacando todos los boletos a la venta el precio promedio sería el mismo), pero lo importante será el razonamiento que se haga entre regulación local, práctica comercial y bienestar del consumidor.

### **CRITERIOS DE INDEMNIZACION PARA EL CONSUMIDOR. Idea inicial de una propuesta**

Considerando la viabilidad jurídica que la ley de competencia económica en México prevé para que el consumidor pueda ejercer la acción colectiva de daños y perjuicios ocasionados por el o los agentes económicos sancionados, por intervenir en un mercado específico ejerciendo prácticas horizontales o verticales prohibidas por la ley de competencia, que hayan desde luego dañado al mercado, incluso por una concentración anticompetitiva: Es conveniente puntualizar que la legislación mexicana al respecto no previene con nitidez, como debe calcularse la reparación del daño ni el valor real de la pérdida sufrida por la víctima (consumidores) como tampoco lo referente al lucro obtenido y los intereses devengados.

Lo anterior no es un dato menor, y es benéfico para la política de competencia que en la nueva curia de los juzgados especializados en competencia económica; ha de tenerse una base o fuente de interpretación preferentemente normativa, dentro del derecho positivo, para evitar que en el momento en que se tenga que decidir sobre la teoría del daño que plantea el justiciable en el litigio correspondiente y se someta al estudio jurisdiccional; no resulte una decisión excesivamente difícil o prácticamente imposible de ejecutar.

Visto lo anterior. Considero que la misma ley de competencia económica debe reformarse a fin de que: Contemple los **criterios mínimos indemnizatorios**. Los cuales pueden ser el resultado que se obtenga en el estudio de mercado o en el procedimiento seguido en forma de juicio; de tal forma que dichos criterios deben ser el resultado de la aplicación de métodos aproximativos de cálculo o disposiciones simplificadas para el cálculo de la pérdida, ante los tribunales especializados en competencia económica.

Para realizar lo anterior como ejemplo y dentro de los límites de este ensayo puntualizo que sería pertinente y benéfico para la política pública de competencia; que en nuestra legislación se pueda distinguir desde la etapa de investigación de mercado, los siguientes elementos encaminados a señalar y definir el daño ocasionado al bienestar del consumidor, definiendo lo siguiente; i) consumidores finales ii) distribuidores vinculados en exclusividad de suministros con el agente económico sancionado.

i) **CONSUMIDORES FINALES**, se debe definir qué tipo de personas se identifican en el asunto en concreto, como consumidor final presuntamente afectado por la práctica investigada, para tener en claro lo siguientes elementos:

a) **DAÑO REAL**. El daño que objetivamente pueda ser acreditado por el consumidor final

b) **MONTO MINIMO INDEMNIZATORIO**. Se deben puntualizar unos criterios de indemnización, que permitan identificar una cuantía mínima a la que el consumidor final pueda tener derecho.

Para aterrizar la anterior idea puede tomarse en cuenta dos fuentes de información objetivas que se desprenden de la investigación de mercado y del procedimiento seguido en forma de juicio: 1) la utilidad bruta declarada por el agente sancionado, durante el tiempo en el que se haya cometido la practica ilícita de competencia 2) las unidades o servicios prestados anuales, vendidas por el agente económico sancionado durante el mismo lapso temporal antes referido. De estos elementos se obtiene el **BENEFICIO** que obtuvo el agente económico sancionado por unidades que el consumidor final adquirió (directamente del agente económico sancionado o mediante sus distribuidores) durante el tiempo en que operó, dañando al mercado investigado. Lo anterior identifica un resultado que puede ser considerado, como la cuantía mínima de indemnización que el consumidor final puede obtener.

ii) **DISTRIBUIDORES DEL AGENTE ECONOMICO SANCIONADO QUE OPERARON CON CONTRATOS DE EXCLUSIVIDAD**.

a) **DAÑO REAL**.- Tratándose de agentes económicos afectados por contratos de exclusividad como consumidores finales (prácticas monopólicas verticales) que se identifican por la imposición del agente económico, al agente perjudicado, de una desigualdad de prestaciones que conllevan precios o condiciones de venta menos favorables en comparación con los que el agente económico sancionado otorga a otros distribuidores del mismo producto y en el mismo eslabón de la cadena de distribución; lo que configura una clara desventaja competitiva para el perjudicado. Al respecto para positivar el resarcimiento de este tipo de daño al consumidor; se podría tomar en cuenta el criterio mantenido por el **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS** en los supuestos en que el agente económico sancionado haya venido celebrando convenios o tratos con condiciones desiguales para operaciones comerciales equivalentes, que hayan ocasionado al consumidor una desventaja competitiva. En este sentido puede legislarse que; el agente económico sancionado indemnice a los

agentes económicos afectados, tomando como indicador para el cálculo; el daño real que efectivamente se acredite por el órgano regulador de la competencia que se ha ocasionado al mercado investigado.

Para lo anterior señalo, que el cálculo de la indemnización debería determinarse por la diferencia que resulte entre, los precios de adquisición más beneficiosos para esos mismos productos, ofrecidos por la misma empresa infractora a otros agentes económicos no vinculados con la exclusiva de suministro, durante el tiempo que persista la infracción. Con lo anterior existen posibilidades de individualizar el daño tomando en cuenta, el daño por unidad o servicio prestado que se identifique en los contratos de suministro y en la demanda satisfecha a los consumidores afectados.

b) CRITERIOS MINIMOS DE INDEMNIZACION.- Suponiendo que el cálculo de la indemnización resulte imposible de identificar en un asunto concreto, por la falta de elementos comparativos en los términos antes señalados, es bueno para la política de competencia que el perjudicado reciba una indemnización mínima. Esta puede ser una cuantía basada en el beneficio que obtuvo el agente económico sancionado durante el tiempo en que compeñó violando la ley de competencia; lo que se traduce en un porcentaje predeterminado en la ley de la materia digamos un 20% 30% o hasta 50%.

Hasta aquí mis personalísimas y atrevidas sugerencias. No sin antes expresar que quedo con la inquietud de manifestarme sobre las bases indemnizatorias para las prácticas monopólicas verticales y horizontales en cada uno de sus tipos.

## CONCLUSIONES FINALES

En materia de competencia económica, la reforma a la ley de la materia aprobada en el año 2014 da la pauta para que los consumidores que hayan sufrido daños o perjuicios por una práctica monopólica o una concentración ilícita, puedan reclamar daños y perjuicios **ante una instancia experimentada como son los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones** cuando la resolución de la Comisión haya quedado firme, siendo la misma la que acredite **la ilicitud en el obrar del Agente Económico de que se trate para efectos de la acción indemnizatoria.** Con la especialización de los tribunales y con la resolución definitiva sancionatoria emitida por la COFECE que haya causado estado, visualizadas con un sentido hermenéutico entre el artículo 134 de la Ley Federal de Competencia Económica, y el libro quinto de las acciones colectivas, previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles; artículos 578 a 609. Se espera que serán el andamiaje jurídico sólido en la judicialización de la defensa del consumidor, que generará su confianza en las instituciones reguladoras y en el Poder Judicial Federal, por ello digo que la sociedad tendrá un papel más protagónico e influyente en la manera de impartición de justicia ex post, por asuntos que tengan que ver con el consumo de bienes y servicios y con su

oferta, cadena de producción, de distribución y comercialización, con concentraciones o con prácticas anticompetitivas sancionadas, por la Ley Federal de Competencia Económica. Que hayan afectado el bienestar del consumidor.

De igual modo, lo anterior desde la visión del modelo de conflictos “dilema del prisionero” podrá inhibir, que los agentes económicos tengan la visión costo-beneficio de violar la Ley de Competencia Económica, por virtud de lo barato o ponderación del riesgo que puede resultar una sanción determinada, a la luz del beneficio económico esperado como excedente de productor. Mientras la judicialización de las acciones colectivas sea más consuetudinaria, los agentes económicos propensos a violar la Ley de la Competencia en México, se verán racionalmente, volitivamente auto impedidos para hacerlo.

De acuerdo a lo expuesto. Es indudable que se generan beneficios; el primero es de justicia pues las acciones colectivas en comentó permiten que el afectado sea indemnizado el segundo es la disuasión del agente económico en su consideración de incurrir en prácticas anticompetitivas, pues deberá temer no solo a las altas sanciones económicas de índole administrativa, incluso a la privación de su libertad. Sino también a las acciones por daños colectivos que enderezarán los consumidores. Lo anterior debe ser una piedra medular en la política de competencia en México.

Como lo traté a lo largo de este ensayo, la virtud de las acciones colectivas desde el punto de vista del litigante en competencia económica, es tener en cuenta que con las reformas a la ley de la materia del 2014 se abonó a los mecanismos procesales ya positivados; el factor contundente de la jurisdicción especializada, vendrá a aplicar el justo derecho para resarcir los daños que ocasionan las practicas prohibitivas por la ley de la materia, tanto a; consumidores, proveedores, competidores, compradores indirectos, mercados relacionados e incluso minimizara daños a factores macroeconómicos del estado, que ocasionan las violaciones al proceso de competencia y libre concurrencia por la contumacia que han desplegado los agentes económicos en cuanto a operar al margen de la ley de competencia.