

DEPREDACIÓN

*Francisco González de Cossío**

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	MODELOS QUE DESCRIBEN LA DEPREDACIÓN DE PRECIOS.....	5
	A. Teoría de los Juegos	5
	B. Irracionalidad	6
	C. Asimetría en financiamiento	6
	D. Información imperfecta.....	6
	E. Reputación	6
	F. Señalizar	7
III.	TIPOS DE DEPREDACIÓN.....	7
	A. Depredación por reducciones de precios	7
	B. Depredación por irrupción de patrones de distribución	8
	C. Depredación mediante abuso de cortes o agencias gubernamentales	8
	D. Innovación depredatoria	8
	E. Cambios de compatibilidad depredatorias.....	8
	F. Restricciones Verticales Depredatorias.....	9
	G. Anuncios prematuros depredatorios	9
IV.	DEBATE SOBRE LA DEPREDACIÓN.....	9
V.	CASOS.....	14
	A. Estados Unidos	14
	B. Europa.....	15
VI.	LA TEORÍA MEXICANA DE DEPREDACIÓN	17
	A. Depredación de Precios como una Práctica Monopólica Relativa.....	17
	B. Precios Debajo de “Costo”	17
	1. Tipos de Medidas de Costo.....	17
	a) Costo Total.....	18
	b) Costo Variable.....	18
	c) Costo Marginal o Incremental	18
	d) Costo Medio Total	19
	e) Costo Medio Variable	19
	f) Costo Medio Fijo.....	19
	g) Costos Fijos.....	19
	h) Costos Hundidos	20
	i) Costo Incremental a Largo Plazo.....	20

* González de Cossío Abogados, SC (www.gdca.com.mx) Tomado de González de Cossío, COMPETENCIA, Ed. Porrúa, México, D.F. 2013.

	j)	Costo Incremental Promedio a Largo Plazo	20
2.		Corto Plazo v. Largo Plazo	22
3.		Costos Fijos v. Costos Variables.....	23
4.		Soluciones derivadas de la doctrina y experiencia comparada.....	23
	a)	Costo Medio Variable como un equivalente del Costo Marginal a Corto Plazo	24
	b)	El costo derivado de los “Estados de Resultados” como equivalente	27
	c)	La propuesta de Joskow y Klevoric	28
	d)	La regla Williamson.....	29
	e)	La regla Baumol.....	30
	f)	La regla Ordoover & Willig.....	30
	g)	La regla Krattenmaker & Salop.....	30
5.		Determinación de la mejor medida de “Costo”	31
6.		La medida de costo mexicana.....	35
	a)	El umbral de costo	35
	b)	La Clasificación y Distribución de Costos	38
	1.	Costos Relevantes	39
	2.	Distribución indirecta de costos	40
	3.	La relevancia de los costos en otras erogaciones.....	41
	4.	Contabilidad paralela.....	41
	5.	Problemas adicionales	41
	a)	Gastos promocionales.....	42
	b)	Publicidad	42
	c)	Gastos promocionales “excesivos”	42
	d)	Líderes de pérdidas	43
	e)	Firmas de múltiples productos y productos con retornos diferenciales	43
	f)	Inversión depredatoria.....	44
7.		Siguiendo los pasos europeos	45
C.		Recobro.....	46
D.		Daño al proceso competitivo: el desplazamiento de un competidor.....	50
VII.		COMENTARIO FINAL	52

I. INTRODUCCIÓN

Aunque el género *depredación* abarca un universo de prácticas algunas relacionadas con precios y otras no, es la depredación *de precios* la que más atención y experiencia ha generado.

La depredación de precios se encuentra dentro del universo de precios estratégicos.¹ En su forma más ortodoxa, consiste en la práctica de establecer precios por debajo de costo con la finalidad de disciplinar o desplazar a rivales actuales o evitar la entrada de un competidor potencial. El objetivo último es capturar un mercado. Asegurarlo como cautivo a efecto de establecer precios supra-competitivos. Como resultado, el bienestar (tanto del consumidor² como del productor³) es menor a largo plazo. Existen otras definiciones sin embargo. Por ejemplo, el establecimiento de precios temporalmente bajos con la finalidad de mejorar la utilidad a largo plazo mediante la inducción de salida de rivales, elusión de entrada, o disciplina de rivales para aceptar porciones relativamente pequeñas de mercado;⁴ o las prácticas de negocio agresivas y exclusionarias dirigidas a reducir el bienestar del consumidor (propriadamente evaluado);⁵ o precios por debajo de un umbral aceptable de costo.⁶ Una aguda es la de Posner: un precio diseñado para infligir daño a un rival. Deseo proponer la siguiente: la estrategia de negocio dirigida a lastimar o excluir rivales, en vez de crear o capturar valor.

La práctica ha atraído mucha atención. Especulo que ello obedece no sólo a lo sanguinario de su noción, o a la metáfora de cacería que el nombre de la práctica evoca (entre un depredador y su presa), sino también al riesgo estratégico que implica, que hace que sus implicaciones sean importantes. Cualquiera que sea el motivo, es de notarse que es una de las prácticas más analizadas y comentadas, no obstante que muchos la consideran la más rara.⁷ Para mí, el estudio formal de la práctica es estimulante dado que implica un

¹ De allí que este capítulo se encuentre después del de discriminación por precios: no sólo se trata de un caso particular de la aproximación propuesta en el mismo, sino que es necesario (no sólo conveniente) tener el trasfondo analítico detallado en dicho capítulo para mejor-comprender la problemática abordada en este. Por ello, si el lector no ha leído el capítulo de discriminación, se sugiere hacerlo previo a consumir este.

² Pues de ser exitosa, el “ahorro” obtenido durante la campaña depredatoria será rebasado por la “prima”, el excedente, que pagará una vez atrapado el mercado.

³ Pues destruye ganancias mientras ocurre y activos que permanecerían útiles si no fuera por la táctica artificial.

⁴ Paul Milgrom y John Roberts, NEW THEORIES OF PREDATORY PRICING, p. 112.

⁵ Janusz A. Ordover y Garth Saloner, PREDATION, MONOPOLIZATION AND ANTITRUST, Handbook of Industrial Organization, Vol. I, Richard Schmalensee and Robert D. Willig (eds), North-Holland Elsevier, Oxford, 1989, p. 538.

⁶ Propuesta y seguida por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en *Matsushita y Brooke Group* (analizados abajo).

⁷ Otros consideran (consideramos) que, aunque frecuentemente aducida, es improbable que sea cierta. Sospechamos que muchos de los casos que así lo han sostenido son problemas tipo I: falsos positivos.

reto intelectual enorme: la depuración de los (verdaderos) elementos del tipo de una práctica compleja, tanto jurídica como económicamente, de difícil diferenciación de (o fácil confusión con) competencia agresiva, proclive a errores conceptuales y pragmáticos pues, aun suponiendo que la norma sea teóricamente adecuada, su implementación es extremadamente difícil.

La práctica dista de ser nueva. Desde el siglo antepasado han existido aseveraciones de su existencia.⁸ Sin embargo, es hasta tiempos recientes que se ha logrado confeccionar una teoría coherente y creíble—tanto en lo jurídico como en lo económico.

La práctica es irónica, compleja e importante. La *ironía* reside en que, mientras que por regla a la competencia le agradan los precios bajos, el que sean ‘demasiado’ bajos suscita una preocupación—contradicción dirían algunos. La contradicción sin embargo se torna en aparente cuando se considera que no todo se vale en la competencia. La competencia debe ser “on the merits” (como dicen algunos⁹): en los planos de precio y calidad—y precio debe ser tal que arroje un beneficio al vendedor. De lo contrario, no se está *en verdad* ‘compitiendo’. Establecer precios por debajo de costo no es competir “en los méritos”.¹⁰ Es ‘hacer trampa’: lejos de *ganarse* el voto económico del consumidor, se *arranca* mediante el ‘engaño’ de un precio que no es producto de competir, sino que busca obviarlo—por lo menos a largo plazo.¹¹ Y el lesionado (a largo plazo) será justamente la víctima del engaño: el consumidor (a quien se le hace creer que está siendo beneficiado con un producto a buen precio, cuando en verdad se le está utilizando como parte de un esfuerzo dirigido a eliminarle alternativas a mediano o largo plazo).

La teoría descrita, *a priori* entendible, se torna en *difícil* de implementar en la praxis si se consideran tres factores. Primero, que competir es una actividad estratégica y agresiva que implica librar batallas por participación de mercado que incluyen esquemas hostiles a rivales que tienen por efecto procurarse una mejor situación en el mercado: ganar en la competencia. Y estas prácticas, en su generalidad, son vistas como plausibles pues incrementan bienestar. Segundo, que lo que pueden parecer episodios de depredación pueden ser fluctuaciones de precio explicables por consideraciones inocentes.¹² Tercero,

8 Por ejemplo, las aseveraciones de su existencia eran rampantes en tiempos en que fue adoptada la *Sherman Act*—lo cual dio lugar a su sección 2.

9 Por ejemplo, Areeda y Hovenkamp, ANTITRUST LAW, AN ANÁLISIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION, Vol. IIIA, Wolters Kluwer, EUA, tercera edición, 2008, p. 22.

10 Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, pp. 221-223. Hovenkamp, FEDERAL ANTITRUST POLICY, p. 298.

11 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 como para recuperar las pérdidas inmediatas derivadas de la inversión en depredación, descontadas a valor presente.

12 Por ejemplo, fluctuación de la demanda, variaciones de precios de insumos (particularmente cuando es uno importante—un componente crucial de un producto), o una reacción normal a un declive en la curva de demanda residual derivado de movimientos tectónicos del escenario competitivo o estructura de mercado (por ejemplo, por la reducción de un arancel, por un avance en la tecnología, por la entrada de un nuevo agente económico).

competir implica tomar decisiones diversas ante una realidad fluctuante y compleja *inter alia* porque involucra diferentes precios por diferentes productos, éstos de una calidad variopinta. Si a ello se suma que la noción de “costo” es no sólo multívoca, sino casuista, la distinción entre un precio *infra*-costo de un precio bajo mas explicable por motivos comerciales diversos puede ser difícil o inclusive discutible.¹³ Como resultado de lo anterior, el ejercicio de distinción entre depredación del género de conducta competitiva y plausible es proclive a errores tipo I y tipo II.

Finalmente, la adopción de una noción correcta es *importante* pues es sobre el terreno de la misma que mucha actividad económica se estructurará. Adoptar una noción que no entienda la dificultad descrita puede ser (paradójicamente) anticompetitivo: entumecerá actividad económica que, ante una noción más sofisticada, hubiera sido más competitiva.¹⁴

Es con dicho trasfondo que este capítulo analiza el contenido de esta idea en su expresión más aceptada haciendo notar sus sutilezas y problemas, para luego abordar la postura que asoma la experiencia mexicana, comentándola.

II. MODELOS QUE DESCRIBEN LA DEPEDACIÓN DE PRECIOS

Se han elaborado múltiples modelos de teoría de los juegos sobre la depredación, mismos que han despertado dudas diversas. Por ejemplo, si se basan en demasía en suposiciones (a veces cuestionables), que no citan evidencia alguna para soportar sus predicciones o resultados. Como resultado, el común denominador de las mismas es que son de cuestionable utilidad para discernir depredación de competencia.¹⁵ A continuación resumiré los principales.¹⁶

A. TEORÍA DE LOS JUEGOS

Este modelo se basa en un análisis de teoría de los juegos basado en asimetrías de información relacionadas con los costos de competidores y condiciones de mercado. Bajo la misma, la depredación puede generar más ganancias y ser más racional para ciertas firmas que otras estrategias.

¹³ Por ejemplo, ante conducta estratégica, un observar podría brincar a la conclusión que es sintomática de depredación, cuando a lo mejor lo que está ocurriendo es competencia intensa que *inter alia* ofrece precios diversos ante consumidores distinguibles o escenarios diversos (vgr., descuentos por volumen, relaciones a largo plazo, inversión en apertura de un mercado).

¹⁴ Por ejemplo, las guerras de precios tendrán un piso proveniente, no de razones de costos de producción, sino del (artificial) tipo legal. De ocurrir, ello sería lamentable; no solo porque el consumidor hubiera tenido precios más bajos, sino irónicamente implicaría que más competencia hubiera ocurrido de no ser por el derecho de la competencia (!).

¹⁵ John R. Lott, Jr., ARE PREDATORY COMMITMENTS CREDIBLE?, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 4.

¹⁶ Francisco Javier Soto Álvarez, LA DEPEDACIÓN DE PRECIOS COMO PRÁCTICA MONOPÓLICA, Informe de Competencia Económica, 1997, p. 154. Janusz A. Ordover y Garth Saloner, PREDATION, MONOPOLIZATION AND ANTITRUST, Handbook of Industrial Organization, Vol. I, Richard Schmalensee and Robert D. Willig (eds), North-Holland Elsevier, Oxford, 1989, p. 546 *et seq.*

B. IRRACIONALIDAD

Este modelo se basa en suponer que existe información perfecta. Las opciones de una compañía con poder de mercado que tiene la intención de eliminar a un competidor son ya sea adquirir al competidor (o fusionarse con el mismo) o desplazarlo del mercado mediante depredación de precios. Dado que la adquisición (o fusión) sería una concentración que (ante poder de mercado) con toda probabilidad no sería permitida por la CFC, resta sólo la opción de depredación. Sin embargo, dada la asimetría en participación de mercado, el costo de la campaña depredatoria sería significativo, y la recuperación no sería segura. Por ende, sería irracional.

C. ASIMETRÍA EN FINANCIAMIENTO

Esta teoría se basa en limitaciones que ciertos agentes económicos pueden tener para acceder capital. Un depredador prospectivo, en adición a tener más fondos, sabiendo la capacidad económica y limitaciones de su “víctima”, puede calibrar su ataque para que ésta tenga que salir del mercado después de la primera amenaza creíble de un ataque depredatorio para evitar comprometer recursos en una batalla fútil.

D. INFORMACIÓN IMPERFECTA

En teoría de los juegos, un jugador tiene información *imperfecta* cuando no sabe los pasos que sus adversarios han tomado. Tiene información *incompleta* cuando no sabe el resultado de sus actos o los actos de sus oponentes. Recordado ello, se ha dicho que la depredación puede ser explicada por información imperfecta, es decir, cuando los jugadores carecen de certeza. El depredador usará la información imperfecta para hacerle creer al entrante que no es posible obtener ganancias altas en dicho mercado.

Una variante es la disponibilidad de “bolsillos profundos” (“*deep pockets*” o “*long purse*”). Es decir, la ventaja de tener amplios fondos disponibles provee información incompleta que crea una asimetría de información, en detrimento del agente económico a ser desplazado.

E. REPUTACIÓN

La depredación puede tener por objetivo no sólo erosionar competencia presente sino evitar futura al hacerse el depredador de una reputación de un competidor duro, fuerte y agresivo de tal forma que se desincentive la entrada de competidores futuros.¹⁷ La idea es que las reducciones de precio pueden ser vistas como una inversión en reputación que sirva para evitar la entrada de nuevos rivales. El beneficio lo serán las rentas supra-competitivas obtenidas como resultado de la ausencia de entrada por competidores.¹⁸ Esta teoría se basa

¹⁷ Massimo Motta (COMPETITION POLICY, Cambridge University Press, New York, 2004, pp. 418-422) analiza especies y escenarios diversos, como lo son “*separating-equilibrium*”, “*pooling equilibrium*”, “*test-market predation*” y “*signal-jamming predation*”. El común denominador es que se trata de modelos que explican porqué puede ocurrir la depredación.

¹⁸ Paul Milgrom and John Roberts, LIMIT PRICING AND ENTRY UNDER INCOMPLETE INFORMATION: AN EQUILIBRIUM ANALYSIS, *Econometrica* 50 (October), 1982, p. 443. David Kreps and Robert Wilson, REPUTATION AND IMPERFECT INFORMATION, *Journal of Economic Theory* 27, Agosto,

en la información que un depredador tiene de competidores. Un agente económico con poder de mercado puede comportarse agresivamente cuando considera que sus costos son más bajos o iguales a los de sus competidores potenciales, y tenderá a ser acomodaticio si considera que sus costos son iguales a, o superiores, los de sus competidores. Bajo este modelo, la reputación de agresividad puede ser explotada para maximizar utilidades.

F. SEÑALIZAR

Los modelos de señalización se basan, como los de reputación, en información imperfecta. En esencia, un competidor potencial que está considerando entrar a un mercado observará el precio del incumbente. Si considera que es débil, entrará. Si lo considera fuerte, probablemente entrará y generará pérdidas. Sin embargo, con frecuencia se carece de certeza para distinguirlos. Y no es infrecuente que los débiles se ostenten como fuertes—y viceversa.

Los modelos anteriores no son los únicos, sólo los más frecuentemente citados.¹⁹ Un común denominador de todos es que involucran (en mayor o menor medida) una forma de información asimétrica. No obstante, Ordover y Saloner hacen ver que es posible concebir otros modelos en donde la depredación sea tanto posible como racional y donde las firmas estén perfectamente involucradas.²⁰

III. TIPOS DE DEPREDACIÓN

El Juez Robert Bork dice que existen tres tipos de depredación:²¹ (a) depredación por reducción de precios; (b) depredación por irrupción de los patrones de distribución; y (c) depredación por el mal uso de las cortes u otras agencias gubernamentales. La literatura económica identifica adicionales. A continuación se resumirán.

A. DEPREDACIÓN POR REDUCCIONES DE PRECIOS

Esta es su noción más ortodoxa y fácil de entender—aunque no fácil de demostrar. Consiste en reducir precios en forma estratégica, a veces por debajo de costo, con la finalidad de erosionar el mercado, para luego incrementar el precio por encima del nivel competitivo una vez que los rivales sean desplazados o disciplinados. La explicación al

1982, 253. Janusz A. Ordover y Garth Saloner, PREDATION, MONOPOLIZATION AND ANTITRUST, Handbook of Industrial Organization, Vol. I, Richard Schmalensee and Robert D. Willig (eds), North-Holland Elsevier, Oxford, 1989, pp. 546-561.

¹⁹ En caso de desear abundar sobre los mismos se recomienda la obra de Emmanuel Combe, ÉCONOMIE ET POLITIQUE DE LA CONCURRENCE, Dalloz, París, 2005, pp. 265 *et seq.*

²⁰ Id., p. 562. Por ejemplo, en industrias sujetas a rendimientos decrecientes donde se puedan tener beneficios de compatibilidad, los entrantes tendrán una ventana de oportunidad pequeña para entrar exitosamente. Si se retrasa la entrada, el incumbente puede cerrar la ventana mediante precios agresivos.

²¹ Bork, THE ANTITRUST PARADOX, Free Press, 1993, p. 148.

inicio de este capítulo y la sección de debate (§IV, *infra*) se enfoca sobre esta. Por ende, no abundaré sobre la misma.

B. DEPREDACIÓN POR IRRUPCIÓN DE PATRONES DE DISTRIBUCIÓN

En todos los negocios con el tiempo se desarrollan patrones de distribución considerados más eficientes que los patrones de distribución alternativos que no se desarrollan. Los patrones que sí se generan y persisten pueden suponerse como óptimos. Al irrumpir los patrones óptimos de distribución un rival puede imponer costos sobre otro (posiblemente superiores). En caso de que los costos adicionales sean serios, la imposición de costos podría concebiblemente ser una forma de depredación.²²

Es una forma compleja de depredación. Varía desde exclusividad (que es una forma rara de depredación) hasta la expulsión del grupo cooperativo de negocios (vgr., cámaras de comercio). Es una táctica que puede posibilitar que depredadores inflijan pérdidas que, aunque no sean mayores que las que sufre el depredador, dadas otras circunstancias de la “víctima”,²³ puedan ser insoportables.

C. DEPREDACIÓN MEDIANTE ABUSO DE CORTES O AGENCIAS GUBERNAMENTALES

Este tipo es particularmente efectivo puesto que el litigio mercantil complejo puede ser muy costoso (tanto por los costos legales como por la distracción de recursos *inter alia* de ejecutivos). La técnica de desplazar a rivales del mercado mediante litigio puede ser particularmente efectiva cuando un agente económico grande se lo hace a una víctima pequeña, ya que los costos serían proporcionalmente más altos.²⁴

D. INNOVACIÓN DEPREDATORIA

Si bien la innovación incrementa el bienestar, el innovador exitoso puede incrementar el precio al nivel supra-competitivo. Inclusive se dice que existe innovación que induce salida del mercado, y consiste en imponer costos adicionales al entrante. El que la innovación en verdad sea depredación (y no creación y apropiación de valor) es fácil de malentender o confundir. Inclusive, aún suponiendo que el *animus* del agente económico sea lastimar en vez de crear, su racionalidad está en disputa pues, aunque crea barreras que el depredador putativo puede explotar, le imponen más costos que a su presa. Probablemente por eso no ha tenido mucho éxito ni como teoría ni en litigio.

E. CAMBIOS DE COMPATIBILIDAD DEPREDATORIAS

Un caso particular de depredación por innovación consiste en que el productor dominante rediseñe un sistema con la finalidad de hacerlo incompatible con los componentes del rival

²² Bork, THE ANTITRUST PARADOX, p. 156.

²³ Por ejemplo por asimetría financiera; onerosidad para la víctima del uso de las alternativas no utilizadas; preferencia del consumidor por el insumo vedado a la víctima como resultado de la estrategia depredatoria.

²⁴ Bork, THE ANTITRUST PARADOX, p. 159.

sea del producto principal o periféricos. Al hacerlo, el depredador puede obtener un tiempo de dominancia adicional (con el consecuente precio adicional): el tiempo que transcurre para que el rival se readapte. Y si el costo de la implementación del sistema nuevo es alto, puede tornarse en una barrera.

F. RESTRICCIONES VERTICALES DEPREDATORIAS

Un agente económico dominante puede tener incentivos para extender su dominancia en mercados a lo largo de la cadena productiva integrándose en los mercados hacia arriba o hacia abajo de la cadena productiva. Existen muchos motivos y estrategias para lograr lo anterior, así como efectos de hacerlo. Y varían atendiendo *inter alia* a la estructura del mercado, disponibilidad de financiamiento, composición del mercado de los proveedores y características del producto. Según esta teoría, existen estrategias que pueden dar una desventaja a rivales ubicados hacia abajo de la cadena productiva, particularmente cuando no puedan igualar el esfuerzo o cuando al hacerlo puedan efectuar un “pellizco en precios” (*price squeeze*). El que la integración vertical tenga este objetivo o sea producto de la búsqueda de ganancias o estrategia de negocios es casuista y puede ser de difícil discernimiento.

G. ANUNCIOS PREMATUROS DEPREDATORIOS

El que un agente económico anuncie en forma anticipada que introducirá un nuevo producto en el futuro puede eliminar competencia. Ello puede ocurrir cuando hay economías de escala del lado de la demanda, en cuyo caso los consumidores quedan atados o atrapados (*locked-in*) a una tecnología, propiciando una base instalada importante. En dichas circunstancias, una firma que tiene una tecnología nueva puede prevenir que sus clientes potenciales queden atrapados a la tecnología vieja mediante un anuncio anticipado y dando a los consumidores que no hayan comprado la tecnología previa la oportunidad de esperar la nueva tecnología. Así, la nueva tecnología encontrará un espacio de aceptación cuando, sin el anuncio prematuro, lo hubiera perdido.²⁵

IV. **DEBATE SOBRE LA DEPREDACIÓN**

La prevalencia—inclusive existencia—de la depredación ha generado un debate acalorado de difícil solución empírica. *Standard Oil*²⁶ fue el primer caso de depredación por precios. Involucró una acción bajo la Sección 2 de la *Sherman Act* por monopolización aduciendo que entre 1870 y 1899 Standard Oil obtuvo una posición monopólica (90% del mercado de refinación de petróleo de EU) mediante *inter alia* una política de reducción selectiva de precios²⁷ dirigida a ciertos rivales en algunos mercados a niveles tan bajos que dichos rivales se vieron obligados a salir del mercado vendiéndole a Rockefeller (por montos

²⁵ Existen dudas sobre si ello es depredar o simplemente estrategia de negocios.

²⁶ *Standard Oil Company of New Jersey v U.S.*, 221 U.S. 1, 47, 76 (1911).

²⁷ Tanto por Standard Oil como por distribuidores “independientes” que en verdad estaban bajo su control.

insignificantes).²⁸ Aunque luego hubieron otros casos importantes (como *American Tobacco*,²⁹ *AT&T*³⁰ y *Matsushita*³¹), fue *Standard Oil* el que motivó una batalla intelectual gracias al ensayo publicado por McGee sobre dicho caso donde, examinado el expediente de 13,500 páginas, después de señalar dudas diversas,³² asevera que efectuar una campaña depredatoria no era la alternativa racional para la familia Rockefeller.³³ Otros disputan la defensa tanto conceptual como *in casu*.³⁴ Aunque muchos pensadores han comentado (inclusive refutado) los cuestionamientos de McGee,³⁵ y la argumentación de McGee no ha

28 Otras prácticas incluyeron la toma de vías ferroviarias, discriminación por precios, soborno de empleados de rivales, sabotaje de rivales. (George Stigler, MEMOIRS OF AN UNREGULATED ECONOMIST, University of Chicago Press, 1985, p. 102.)

29 *US v. American Tobacco Co.*, 221 US 106 (1911).

30 *US v. AT&T*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982).

31 *Matsushita Electric Industrial Co. Ltd. et al. v. Zenith Radio Corp. et al.*, 475 US 574.

32 Que fueron: (1) que dado su mayor participación del mercado un agente económico grande sostendrá mayores pérdidas que el pequeño: *caeteris paribus*, la pérdida por unidad será multiplicada entre un número mayor de unidades. (2) que la depredación hace sentido sólo si el agente económico incumbente incrementará precios una vez desplazado el rival; el que ello pueda ocurrir es una suposición difícil (a veces imposible) dado que pueden entrar otros rivales. (3) la teoría de depredación supone que el incumbente tiene muchos más recursos que la víctima; dicha suposición debe demostrarse, no suponerse. (4) para que la depredación sea racional, debe no sólo ser posible, sino racional, lo cual tiende a no darse puesto que es ineficiente al destruir ganancias de la industria mientras dura. No es que dichas dudas carezcan de contestación—como se verá, existe—sino que *in casu* era cuestionable que se hubieran satisfecho.

33 John McGee, PREDATORY PRICE CUTTING: THE STANDARD OIL CASE, *Journal of Law and Economics*, 1958, 1:137-69. Su punto nodal consiste en que, dado el costo y riesgo de depredar, hubiera sido mucho más barato y sensato adquirir a la presa, que desplazarla vía depredación. En sus palabras: “I am convinced that Standard did not systematically, if ever, use local price cutting in retailing, or anywhere else, to reduce competition.” (Id., p. 168.)

34 Por ejemplo, Scherer (1980, p. 336) cita la carta que Rockefeller le escribió a un socio, H.A. Hutchins, en 1881: “We want to watch, and when our volume of business is to be cut down by the increase of competition to fifty percent, or less, it may be a very serious question whether we had not better make an important reduction [in price], with a view of taking substantially all the business there is.”

35 Por ejemplo, Massimo Motta, COMPETITION POLICY, Cambridge University Press, New York, 2004, pp. 413-414. Richard Posner, ANTITRUST LAW, Segunda Edición, p. 208-209. Janusz A. Ordover y Garth Saloner, PREDATION, MONOPOLIZATION AND ANTITRUST, *Handbook of Industrial Organization*, Vol. I, Richard Schmalensee and Robert D. Willig (eds), North-Holland Elsevier, Oxford, 1989, p. 538. Motta hace una (aguda) contestación de cada una de las premisas de McGee. Posner se centra en lo que considera en *quid*: la argumentación de McGee supone que una adquisición que arrojaría un monopolio es posible. La suposición es falsa, pues una concentración así no sería permitida hoy en día (2001). Además, puede ser sensato preferir depredar pues es más difícil de detectar (1976). Ordover y Saloner hacen ver que (1) si el depredador puede efectivamente discriminar por precios entre mercados o consumidores diversos, entonces los costos de la depredación no tienen que ser iguales a la participación de mercado; (2) la depredación en un mercado puede tener efectos en otros mercados, lo cual McGee no considera es un análisis costo-beneficio; (3) el depredador puede no tener otra opción más que basarse en precio como señal de las condiciones de mercado que son relevantes a la decisión de los rivales sobre permanecer o no en el

sido totalmente aceptada por muchos académicos, practicantes y autoridades de la materia, el mérito que tuvo su denuncia fue sentar las bases de una discusión más elevada. Gracias a ello, la práctica se sujetó a un escrutinio jurídico y económico más riguroso.

El resultado agregado de los casos y debate procurado fue que la idea de depredación por precios se enraizó en el pensamiento jurídico, económico y de negocios. Y así permanece al día de hoy.

Hasta los años ochenta la opinión predominante solía ser que la depredación de precios rara vez es lucrativa. El motivo: depredar es oneroso y riesgoso—además de ilícito. Es *oneroso* pues no sólo es necesario reducir *precios* por debajo de costos por las unidades ya producidas, sino que es necesario ampliar *abasto* al nivel del precio bajo. Sin el abasto adicional, el precio no se puede mantener bajo. Es *riesgoso* pues, aún si fuera exitosa, el beneficio que arroja la práctica (el mercado cautivo) tendría una vida efímera: al ser incrementados los precios, tendrán el efecto de un imán de nuevos competidores,³⁶ lo cual complicaría o evitaría amortizar la inversión en depredación.³⁷ Por lo anterior, en el mejor de los casos, la inversión en depredación propicia un ‘activo’ que riesgoso. En el peor, inexistente. ¿Puede ante ello concluirse con facilidad que existirá depredación cuando involucra una inversión tan grande en un activo tan inestable?

¿Quiere ello decir que la depredación es una quimera? Depende de a quién se le pregunte. Para algunos, los motivos indicados son suficiente para adoptar una regla de *per se* legalidad sobre los precios bajos o para eliminar la teoría de nuestro *corpus iuris*. Para otros, tienen que analizarse más factores, como la estructura de mercado, la existencia de barreras, las asimetrías de información, y asimetrías financieras: después de todo, se necesitan muchos recursos para seguir una estrategia depredatoria. Ello ha dado lugar a diversas teorías que buscan demostrar que, siempre que sean aceptables ciertas suposiciones, depredar puede ser en teoría altamente lucrativo. El que dicha teoría se convierta en realidad es otra cuestión.

Aunque la opinión más aceptada es que la depredación puede existir y por ende debe estar regulada (sancionada), han existido voces escépticas que—en mi opinión—han tenido el efecto plausible de imbuir rigor al análisis del tema, tanto conceptualmente como

mercado; (4) Siguiendo el modelo reputacional, mucho del beneficio de una depredación es el impacto que tiene en la entrada futura sea en la misma industria o en otras; y (5) la eliminación del rival es muy ventajosa cuando incrementa la concentración del mercado.

36 Lo cual sucede en todos los mercados: la existencia de un precio alto en cualquier industria atrae competencia. No olvidemos además que los activos del agente económico desplazado no se desvanecen. Quedan en el mercado. Y el competidor potencial podría adquirirlos—probablemente a precios de liquidación, lo cual atrae aún más—y con ello ingresar al mercado y competirle al otrora depredador. Además, si no hay barreras importantes, es de suponerse que el ingreso de nuevos rivales ocurrirá velozmente. Siendo que existe una correlación positiva entre la altura de la barrera y la facilidad con la que se desplace a un depredador del mercado, el que haya existido la depredación hace suponer que las barreras no deben ser muy importantes—lo cual nos regresa a la entrada de competidores nuevos.

37 Y si, atraído un nuevo rival, se tiene que repetir el *blitzkrieg* depredatorio, se añadirá más costo al existente de la primera campaña. Ello probablemente torne en escéptico al agente económico que tenga que ponderar volver a invertir en depredar: la primera experiencia fue un fracaso.

en la praxis. Una ya citada fue McGee. Otra es Areeda, quien—al analizar la posibilidad y probabilidad de la depredación—advierte que:³⁸

The position taken here is not that such long-run strategies never occur or are never anticompetitive. Rather, it is that in most circumstances antitrust tribunals currently do not have the tools to deal with long-run concerns in a way that identifies them properly and penalizes them without imposing unacceptably large risks on aggressive competition on the merits that antitrust should encourage.

[La postura aquí tomada no es el que dichas estrategias de largo plazo nunca ocurren o nunca son anticompetitivas. Más bien, es que en la mayoría de las circunstancias, los tribunales de competencia económica actualmente no cuentan con las herramientas para manejar las preocupaciones a largo plazo de forma que las identifique adecuadamente y las penalice sin imponer riesgos inaceptablemente grandes a la competencia agresiva en circunstancias que deben ser fomentadas por la competencia económica.]

Aún otra ha sido la Escuela de Chicago. Uno de sus pensadores más representativos y activos, Robert Bork, ha sido consistente en sus dudas: la depredación es demasiado onerosa como para tomarse a la ligera o suponerse. Y de ocurrir, el beneficio de la “inversión” consistente en la campaña depredatoria se obtendrá en el futuro distante, el cual siempre es incierto. Si a ello se le suma que el incremento de precios atraerá competencia, y que es de suponerse que si un rival fue excluido no habrá barreras muy altas, por lo que existirán nuevos rivales después de excluido el existente, las autoridades de competencia no deben preocuparse por la práctica pues, aún suponiendo que exista, será autodestructiva. El mercado la corregirá. Desde *The Antitrust Paradox* hasta su obra más reciente persevera con la idea que la depredación es cuestionable.³⁹ De hecho, hace ver que los estudios económicos más recientes y aceptados tienden a concluir que la depredación es rara, lo cual es consistente con la noción conceptualmente: la depredación daña más al depredador que a su víctima supuesta. Otro pensador prominente, Richard Posner, concluye que:⁴⁰

The conditions required ... are too exacting to make ... predatory pricing ... a rational tactic ... This does not mean that predatory pricing is never a rational strategy, though it does imply the paradox that for it to be rational the predator may have to convince potential entrants that he is *irrational* and therefore will persist in a predatory campaign even if the losses that he incurs exceed the expected benefits.

[Las condiciones necesarias para hacer de la depredación por precios una táctica racional son demasiado exigentes ... Esto no significa que la depredación de precios nunca es una estrategia racional, aunque implica la paradoja de que para ser racional el depredador deberá convencer a entrantes potenciales que él es

38 Areeda y Hovenkamp, ANTITRUST LAW, AN ANÁLISIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION, Vol. IIIA, Wolters Kluwer, EUA, tercera edición, 2008, p. 28. Dicha conclusión es desarrollada en las páginas 135-168.

39 Robert Bork, A TIME TO SPEAK, ISI Books, Delaware, 2009, p. 424.

40 Richard Posner, ANTITRUST LAW, Segunda Edición, 2001, p. 212.

irracional y por ende persistirá en una campaña depredatoria aunque las pérdidas en las que incurra excedan los beneficios esperados.]

Frank Easterbrook—un pensador y juzgador conocido por su agudeza—hace ver que:⁴¹

If the court errs by condemning a beneficial practice, the benefits may be lost for good. Any other firm that uses the condemned practice faces sanction in the name of stare decisis, no matter the benefit. If the court errs by permitting a deleterious practice, though, the welfare loss decreases over time. Monopoly is self-destructive. Monopoly prices eventually attract entry.

[Si el tribunal se equivoca al condenar un práctica benéfica, sus beneficios pueden perderse para siempre. Cualquiera otra empresa que utilice la práctica condenada se enfrenta a una sanción en nombre de stare decisis, sin importar el beneficio. Sin embargo, si el tribunal se equivoca permitiendo una práctica nociva, la pérdida de bienestar disminuye con el tiempo. El monopolio es autodestructivo. Los precios monopólicos eventualmente atraen entrada.]

En un estudio reciente e interesante Lott concluye que los tribunales de Estados Unidos han tenido razón en ser escépticos sobre si muchas de las aseveraciones de competidores sobre la existencia de depredación (frecuentemente el líder de mercado) son en buena medida parte del jaloneo normal inherente a la competencia.⁴²

En la primera edición de esta obra, como *post-scriptum* aludí a una experiencia personal que me marcó profundamente a este respecto.⁴³ Tornó lo que era un escéptico extremo, en un convencido parcial. Sobre la pregunta de si la depredación de precios debe o no ser regulada o sancionada, dicha experiencia—aunada a otra consultoría que al respecto di—ha tenido un impacto profundo en mi entendimiento (y, por ende, postura) sobre el tema. Consistió en el conocimiento de primera mano de la intención de un agente económico de incurrir en una práctica depredatoria en contra de un rival ilegítimo.⁴⁴ Sus razones para hacerlo eran *ad littera* que (a) quería desplazar al rival del mercado; (b) sostenía que podía justificar a los accionistas *cualquier* inversión siempre y cuando obtuviera un retorno en un periodo razonable de tiempo, y consideraba que dicha compañía podía ser exitosa *dentro de un ejercicio fiscal*, permitiendo recuperar la inversión de la depredación dado lo lucrativa de la empresa.⁴⁵

Dicha experiencia me hizo reevaluar y cuestionar mi postura sobre la materia, que solía ser escéptica: originalmente dudaba si el fenómeno debía ser reglamentado. Mi duda

⁴¹ Easterbrook, THE LIMITS OF ANTITRUST, Texas Law Review 63, 1984, p. 1.

⁴² John Lott, ARE PREDATORY COMMITMENTS CREDIBLE?, Chicago, 1999, p. 16.

⁴³ González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA, Ed. Porrúa, México, D.F., 2005, p. 220.

⁴⁴ El adjetivo “ilegítimo” obedece a que el rival estaba compuesto por personal que salió de la compañía con secretos y fórmulas industriales, utilizándolos para competir—¡con activos e inventario robado de dicho agente económico!—en su contra. La reacción fue el resultado de la frustración de este agente económico al descubrir lo difícil que en la práctica que era probar que el robo de secretos industriales había tenido lugar, particularmente dados los requisitos para ello bajo derecho mexicano.

⁴⁵ Eventualmente el agente económico en cuestión decidió no realizar dicha conducta.

se ha sin embargo disipado. La experiencia demuestra que la práctica *sí* ocurre y necesita ser reglamentada y sancionada, aunque en mi opinión con mucho menos frecuencia de lo que muchos suelen suponer. Me sumo al punto de vista⁴⁶ que sostiene que, no obstante que no puede ser rechazada como totalmente irracional, las siguientes circunstancias militan a favor de un umbral alto: (a) la probabilidad de ocurrencia de dicha conducta es cuestionable; (b) la alta probabilidad de error (dada la dificultad del problema); (c) las consecuencias del mismo (incorrectamente clasificar como depredatoria conducta competitiva normal, sancionando a quien se debería aplaudir); y (d) el efecto de enfriamiento en conducta pro-competitiva.

No obstante la importante cantidad de escepticismo que existe (arriba resumido), el paradigma actual es que los agentes económicos dominantes pueden incurrir en depredación, lo cual es demostrable mediante teoría de los juegos.⁴⁷ Por ende, la corriente escéptica no ha logrado deshacerse de la teoría. (Lo cual no percibo que era su objetivo; sólo cuestionar las premisas existentes y la laxitud con la que son ocasionalmente satisfechas.)

V. CASOS

A. ESTADOS UNIDOS

En *Matsushita*⁴⁸ la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos sostuvo (por mayoría 5:4) que la venta de televisores japoneses en Estados Unidos a precios por debajo del precio en Japón, y que tuvo por efecto que ganara una participación importante del mercado estadounidense, forzando—después de periodos sostenidos de pérdidas—a la quiebra a varios productores nacionales, no era depredación pues ello exigía poder establecer precios altos después, lo cual no se había logrado inclusive después de 20 años de la práctica—máxime que dos de los agentes económicos con más participación de mercado eran estadounidenses.

En *Cargill v. Monfort of Colorado* la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos sostuvo que las inferencias erróneas relacionadas con precios depredatorias son especialmente costosas pues pueden enfriar el tipo de conducta que las leyes de competencia buscan proteger.⁴⁹

⁴⁶ Abogado por Posner (ANTITRUST LAW, pp. 186-190) y Bork (ANTITRUST PARADOX, p. 157).

⁴⁷ Richard Whish & David Bailey, COMPETITION LAW, Oxford University Press, Oxford, Novena edición, 2012, p. 740.

⁴⁸ *Matsushita Electric Industrial Co. Ltd. et al. v. Zenith Radio Corp. et al.*, 475 US 574.

⁴⁹ *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 US 104, 122 (1986). En sus palabras “mistaken inferences concerning alleged predatory prices are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect”.

En *Brooke Group*⁵⁰ la Suprema Corte de Estados Unidos aludió a la implausibilidad general de la depredación por precios y concluyó que las campañas depredatorias son rara vez intentadas, y aún más rara vez exitosas. Y los costos de determinaciones erróneas son altos. En opinión de Areeda, el impacto de dicha decisión fue que pavimentó el camino para el rechazo sumario de la mayoría de las reclamaciones por depredación por precios.⁵¹ (Algunos consideran que la decisión se basó en análisis económico superado.⁵²) Este caso ha dado lugar a una de las frases más citadas en casos posteriores:⁵³

The government must show pricing below an appropriate level of costs.

[El gobierno debe demostrar que existen precios por debajo de un umbral apropiado de costo.]

En *Microsoft* se argumentaba que el motivo por el que depredó obedecía a que, si no eliminaba a Netscape como amenaza de Windows, no podría recuperar sus costos de depredación.⁵⁴ Al margen de que ello fuera cierto, dicha teoría, *qua* teoría de depredación, ha generado inquietudes: aceptarla implicaría que los agentes económicos no pueden invertir en estrategias para mantener su posición de mercado. Ello es cuestionable bajo nociones de estrategia de negocio válidas tanto desde la perspectiva de negocios como de análisis económico.⁵⁵

B. EUROPA

En *Akzo v Commission* la Corte de Justicia sostuvo que AKZO había depredado en contra de ECS, un agente económico de Reino Unido que vendía químicos. ECS solía vender su producto en un mercado determinado (*A*). En 1979 decidió entrar a un segundo segmento de mercado (*B*) donde AKZO era dominante. AKZO le informó a ECS que, a menos que saliera del mercado *B*, reduciría sus precios, particularmente en el mercado de origen de ECS —*A*— con la finalidad de lastimarlo. AKZO llevó acabo la amenaza. Al concluir que esto era depredación, la Comisión decidió guiarse más por la estrategia genérica que por el umbral de precios. No porque no considerara que el umbral es relevante, sino porque en ciertos casos lo relevante era determinar si la firma dominante había seguido una estrategia de eliminación de competencia, sus efectos y la reacción probable en la conducta del dominante.⁵⁶

50 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 US 209 (1993).

51 P. Areeda and H. Hovenkamp, (1996), ANTITRUST LAW, rev ed.

52 Patrick Massey.

53 Por ejemplo, en *US v. American Airlines, Inc., et. al.* Judgment of 27 April 2001, US District Court for the District of Kansas, case no. No. 99-1180-JTM.

54 B. Klein, THE MICROSOFT CASE: WHAT CAN A DOMINANT FIRM DO TO DEFEND ITS MARKET POSITION, *Journal of Economic Perspectives*, Vol.15 (2) spring, 2001, p. 45-62.

55 Ver por ejemplo la teoría Ordovery-Willig.

56 En forma importante para la discusión de umbral de precios, sección VI.B.6 *infra*, en el párrafo 79 de la decisión la Comisión postuló que inclusive un precio por encima de CMV puede ser depredatorio, dependiendo del mercado y su contexto.

En *Tetra Pak v Commission*⁵⁷ se determinó que Tetra Pak había incurrido en depredación al subsidiar sus pérdidas de las (importantes) ganancias obtenidas de otro mercado donde carecía de competencia. Aunque determinó que las ventas por debajo de costo involucraron siete países, en análisis se enfocó en Italia, donde la Comisión concluyó que los precios estaban por debajo de CMV y existían suficientes elementos probatorios para concluir que ello era parte de una estrategia deliberada para eliminar competencia: una “*eviction strategy*” en sus palabras.⁵⁸

En *France Télécom v Commission* (o “*Wanadoo*”, como también se le conoce) se determinó que los precios de banda ancha de Internet residencial a precios por debajo de costo medio total y costo medio variable pero aproximados a costo variable eran depredatorios pues estaban destinados a rapazmente devorar la mayoría del mercado. Una estrategia para “*pre-empt the market*”.

⁵⁷ Case C-333/94 *Tetra Pak International SA v Commission* [1996] ECR I-5951, [1997] 4 CMLR 662. OJ [1992] L 72/1, [1992] 4 CMLR 551.

⁵⁸ En *obiter* comentó que era difícil creer que una transnacional sofisticada podría incurrir en conducta tan opuesta a la lógica comercial de obtener ganancias como resultado de un error administrativo.

VI. LA TEORÍA MEXICANA DE DEPREDACIÓN

A. DEPREDACIÓN DE PRECIOS COMO UNA PRÁCTICA MONOPÓLICA RELATIVA

En México, la depredación de precios es una práctica monopólica relativa.⁵⁹ La LFCE la tipifica así:⁶⁰

La venta sistemática de bienes o servicios a precios por debajo de su costo medio total o su venta ocasional por debajo del costo medio variable, cuando existan elementos para presumir que estas pérdidas serán recuperadas mediante incrementos futuros de precios, en los términos del Reglamento de esta Ley.

Cuando se trate de bienes o servicios producidos conjuntamente o divisibles para su comercialización, el costo medio total y el costo medio variable se distribuirán entre todos los subproductos o coproductos, en los términos del reglamento de esta Ley

A continuación se hará un comentario sobre cada uno de los elementos contenidos en dicha norma.⁶¹

B. PRECIOS DEBAJO DE “COSTO”

La mayoría de los académicos y autoridades de competencia económica coinciden en que la depredación de precios involucra el establecimiento de precios debajo de una medida apropiada de “costo” (con algunos factores adicionales). La duda que surge es cuál es la medida apropiada de “costo”. La respuesta a dicha pregunta ha generado debate. El que la LFCE lo haya identificado es digno de comentario.

Conforme a la LFCE un precio será considerado depredatorio si cae por debajo de alguna de las siguientes dos medidas de “costos”:

- **Ventas habituales**: a un precio debajo de su costo medio total.
- **Ventas aisladas**: a precios debajo de costo medio variable.

Un vistazo a la teoría de los costos es necesario para entender las implicaciones de la definición de depredación adoptada por la LFCE.

1. **Tipos de Medidas de Costo**

Como punto de partida, el costo de un producto depende de los precios de producción y nivel de abasto. A su vez, los procesos de producción pueden tener ciertas características, como economías de escala o economías de ámbito, que influyen el costo final del producto.

⁵⁹ Fracción VII del artículo 10 de la LFCE.

⁶⁰ Fracción VII del Artículo 10 de la LFCE.

⁶¹ Un elemento que no comentaré—por estar en otro capítulo de esta obra—es que el agente económico cuente con poder de mercado y que tenga por objeto o efecto desplazar a un competidor fuera del mercado.

Existen diversos tipos/estándares de costos, mismos que a continuación serán definidos.

a) *Costo Total*

Costo total es la suma de los costos fijos y de los variables, y puede representarse con la siguiente expresión aritmética: $C=F+V$.⁶² Donde:

C = costo

F = fijos

V = variables

b) *Costo Variable*

Los costos variables son costos que varían con los cambios de abasto. Por lo general, en la medida en que incrementa el abasto, también lo hacen sus necesidades de materia prima, trabajo, electricidad, etc. Por consiguiente, el costo variable depende de los salarios y precios que una firma debe pagar. Dicho costo está expresado aritméticamente de la siguiente manera: $CV(q)$.⁶³

c) *Costo Marginal o Incremental*

El costo marginal (también conocido como *costo incremental*) es el incremento al costo total que resulta de la producción de una unidad adicional de abasto.⁶⁴ En general, se refiere al costo marginal a “corto plazo”, que es una función de los costos variables, ya que los costos fijos, por definición, son costos que permanecen no afectados por cambios en el abasto.

El costo marginal de corto plazo generalmente se reduce en niveles bajos de abasto e incrementa en la medida en que la producción se acerca a la capacidad de planta. Si los costos variables son estrictamente proporcionales al abasto, el costo marginal será igual al costo medio variable de todo el abasto. De no ser el caso, el costo marginal será menor que el costo medio variable bajo algún nivel (generalmente bajo) de abasto y más alto en algún nivel (generalmente alto) de abasto. Dicho de otra manera, cuando los costos variables por unidad se reducen, el costo marginal es más bajo que el costo variable; cuando los costos variables suben, el costo marginal es superior al costo variable.⁶⁵

Es importante distinguir entre el costo marginal y los varios conceptos de costo *medio*, que a continuación serán definidos.

62 Carlton and Perloff, p. 51.

63 Carlton and Perloff, p. 51.

64 Carlton and Perloff, pp. 51-52.

65 Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 320.

d) *Costo Medio Total*

El Costo Medio Total (“CMT”)⁶⁶ también conocido como Costo Promedio (“CP”) y (“*full cost*”) es el resultado de dividir el costo total (la suma de costos fijos y costos variables) entre abasto ($CMT=C(q)/q$).⁶⁷

El costo medio total es superior al costo medio variable en todos los niveles de abasto y será generalmente inferior a costo marginal a niveles altos de abasto cuando la planta rebasó en sus operaciones el punto eficiente de capacidad operativa.⁶⁸

No obstante que el costo marginal es independiente del costo fijo y el costo medio no lo es, no es necesariamente cierto que a cualquier nivel de abasto el costo marginal será inferior al costo medio. La razón por la que el costo marginal puede exceder el costo medio es que el costo marginal se refiere a cambios en costo, y no niveles.⁶⁹

Una firma que establece precios a por lo menos CMT es completamente lucrativa; le es posible recobrar y reemplazar la parte fija de su inversión. En la medida en que “costo” también incluye un retorno suficiente para atraer capital al mercado, dicha firma también pagará dividendos competitivos a sus accionistas o reinvertirá una cantidad similar, y cubrirá los pasivos existentes.⁷⁰

e) *Costo Medio Variable*

Costo Medio Variable (“CMV”) es la suma de todos los costos variables divididos entre abasto: $CMV=CV(q)/q$.⁷¹

f) *Costo Medio Fijo*

El Costo Medio Fijo (“CMF”)⁷² es el costo fijo dividido entre abasto. Se expresa: $CMF=F/q$.⁷³

g) *Costos Fijos*

Los costos fijos son aquellos que no varían con abasto.⁷⁴ La única manera en que pueden ser evitados es cerrando la operación.

66 En inglés conocido como “*Average Total Cost*”.

67 Carlton and Perloff, p. 52.

68 Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 321.

69 Carlton and Perloff, p. 52.

70 Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, pg. 394.

71 Carlton and Perloff, p. 52.

72 En inglés conocido como “*Average Fixed Cost*”.

73 Idem.

74 Carlton and Perloff, p. 51.

h) *Costos Hundidos*

Los costos hundidos (*sunk costs*) son la porción de los costos fijos que no son recobrables. Como mencionan Carlton and Perloff, son como leche derramada (*spilled milk*): una vez incurridos, no deberían preocuparse sobre ellos y no deben afectar el proceso de decisión subsiguiente.⁷⁵ Están en el pasado y, dado que son erogaciones irreversibles, deben ser ignorados para propósitos de tomar decisiones financieramente correctas con la finalidad de evitar la “falacia de los gastos hundidos” (“*sunk-cost fallacy*”).⁷⁶

i) *Costo Incremental a Largo Plazo*

Costo incremental a largo plazo (“*Long Run Incremental Cost*”) es la suma de los costos fijos y variables en los que una incurre firma al decidir manufacturar un producto particular (o prestar un servicio específico): el ‘incremental’. No tiene que incluir los costos fijos y variables distintos a los incurridos para el producto incremental.

j) *Costo Incremental Promedio a Largo Plazo*

El Costo Incremental Promedio a Largo Plazo (“*Long-Run Average Incremental Cost*”) es el que resulta de dividir todos los costos incrementales a largo plazo entre el abasto. Es el mismo que el costo medio total de una firma que produce un sólo producto. Será inferior al costo medio total de firmas con líneas de producto diversas puesto que excluye los costos comunes de diversos productos.

Los últimos dos costos (LRIC y LRAIC) son útiles para resolver el (difícil) problema de cómo aquilatar “costo” de agentes económicos en industrias que tienen costos fijos altos y costos variables bajos,⁷⁷ como en las telecomunicaciones.

La siguiente gráfica⁷⁸ y tabla⁷⁹ puede ser de utilidad en la visualización de las diferentes medidas de costo y sus relaciones:

75 Dicha observación también es compartida por Richard A. Brearley y Stewart C. Myers, PRINCIPLES OF CORPORATE FINANCE, McGraw Hill, 1996, p. 115.

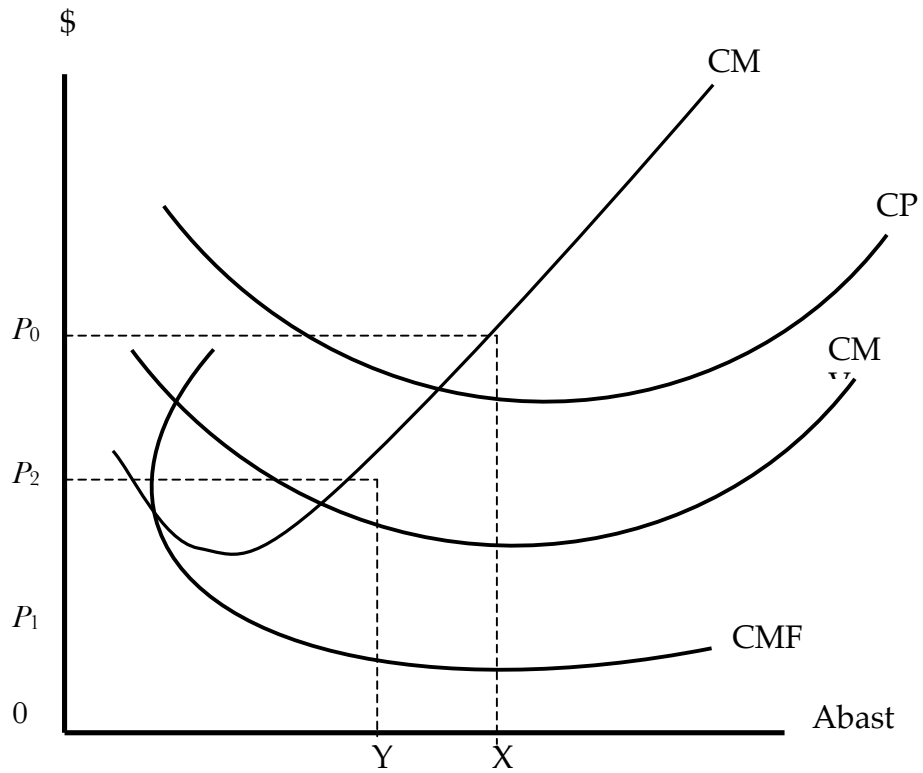
76 Idem.

77 Un ejemplo frecuente es la industria de las telecomunicaciones: el costo de la infraestructura es muy alto en comparación con el costo variable de hacer una llamada—cerca de cero.

78 Tomada de Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 321.

79 Carlton and Perloff, p. 53.

Comparación de las Diferentes Medidas de Costo



El costo marginal (CM) es igual al costo medio variable (CMV) cuando CMV está al mínimo y es igual al costo medio total (CMT) cuando CM está al mínimo.

Comparación de las Diferentes Medidas de Costo

Abasto	Costo Fijo (CF)	Costo Medio Fijo (CMF)	Costo Medio Total (CMT)	Costo Medio Variable (CMV)	Costo Total (CT)	Costo Medio Total (CMT')	Costo Marginal (CM)
0	100		0		100		
1	100	100	10	10	110	110	10
2	100	50	19	9.5	119	59.5	9
3	100	33.3	25	8.3	125	41.7	6
4	100	25	32	8.0	132	33	7
5	100	20	40	8.0	140	28	8
6	100	16.7	49	8.2	149	24.8	9
7	100	14.2	60	8.6	160	22.9	11
8	100	12.5	73	9.1	173	21.6	13
9	100	11.1	88	9.8	188	20.9	15
10	100	10	108	10.8	208	20.8	20

2. Corto Plazo v. Largo Plazo

En argot económico, *corto plazo* es el periodo de tiempo durante el cual una firma no cambia sus costos fijos de activos productivos (vgr., una planta industrial) o por lo menos no puede hacerlo sin costo. En contraste con ello, el *largo plazo* es el periodo de tiempo durante el cual todos los costos se convierten en variables y una firma puede modificar hasta sus costos más “fijos” (vgr., selección del tamaño de una planta); es decir, los factores de producción pueden variar sin costo.⁸⁰

La caracterización entre corto y largo plazo también tiene relevancia en el contexto de la maximización de ganancias puesto que la maximización de ganancias puede cambiar con el tiempo. El precio que en el corto plazo maximiza ganancias será el que se establezca en la intersección del costo marginal e ingreso marginal y maximizará las ganancias monopólicas en la venta inmediata. A diferencia de ello, el precio que maximiza utilidades en el largo plazo será un precio inferior que evite la entrada por rivales potenciales o la

⁸⁰ Carlton and Perloff, p. 55.

expansión de rivales actuales. Al hacerlo el monopolista intercambiará el volumen de las ganancias inmediatas por una mayor duración de ganancias monopólicas.⁸¹

3. Costos Fijos v. Costos Variables

La diferencia entre fijo y variable es conceptual y no es distinguible en un mismo periodo. Qué costos son fijos y qué costos son variables (y por ende marginales) es una función de la magnitud del cambio contemplado en el abasto y tiempo. Dependiendo del abasto considerado variarán los costos y es imposible establecer una regla definitiva. Por ejemplo, si lo demás se mantiene constante, en la medida en que el abasto alcance la capacidad de la planta, los costos reducirán. En la medida en que el abasto exceda el punto de equilibrio, los costos tenderán a incrementar de nuevo. Por ello, la influencia de abasto en los costos está sujeta a un análisis casuista. A su vez, el costo total incluye un retorno razonable por el capital invertido, y la estimación de los costos razonables de obtener capital o el costo de oportunidad de utilizarlo es con frecuencia difícil de determinar.⁸²

El tiempo también juega un papel. Más gastos se tornan variables en la medida en que el periodo de tiempo incrementa. A largo plazo, todos los costos son variables⁸³ y casi ningún costo es variable en un plazo muy corto (por ejemplo, en las siguientes horas). Lo anterior se complica por el hecho que, empíricamente, la durabilidad del equipo de planta varía dentro de una sola firma.

Como resultado de lo anterior, y la lección que debe derivarse de lo anterior para efectos del tema que se está considerando, es que *la distribución de costos entre las diversas líneas de producto de una firma es arbitraria*. Es parte del margen de acción (y discreción) con el que cuentan los hombres de negocio.

Los estándares de CMT y CMV no siempre son apropiados. Algunas industrias tienen costos fijos muy altos con costos variables bajos. Piénsese en, por ejemplo, la industria de las telecomunicaciones en donde la inversión original en infraestructura es enorme pero, una vez realizada, los costos actuales de una llamada son muy bajos, casi cero (son variables o incrementales).

Tanto el abasto como las características de producción también impactan. Economías de escala surgen cuando los costos promedio declinan en la medida en que el abasto incrementa. Las economías de ámbito surgen cuando los costos promedio son menores si dos o más productos son producidos en forma conjunta: ciertos costos son comunes para diversos productos.

4. Soluciones derivadas de la doctrina y experiencia comparada

A continuación resumiré algunas de las soluciones que ha propuesto la doctrina y experiencia comparada.

81 Areeda and Hovenkamp, *ANTITRUST LAW*, Vol. III, p. 319.

82 Areeda and Hovenkamp, *ANTITRUST LAW*, Vol. III, p. 386.

83 Por ende, a largo plazo, el costo marginal de largo plazo y el costo total serán iguales cuando la tecnología sea constante.

a) *Costo Medio Variable como un equivalente del Costo Marginal a Corto Plazo*

Areeda, Turner y Hovenkamp⁸⁴ consideran que el costo marginal a corto plazo es la mejor frontera entre los precios depredatorios y no-depredatorios. Dicho concepto consiste en el costo adicional directo de producir una unidad adicional más.⁸⁵ Sin embargo, dado que es muy difícil medir, proponen que sea *costo medio variable* el que se utilice como equivalente, como “proxy”, de *costo marginal*.

CMV no es idéntico a CM. Cuando los costos declinan, CMV es mayor que CM. Cuando los costos variables incrementan, el CMV está por debajo de CM. Sin embargo, si los costos variables son constantes en un periodo, entonces en dicho periodo CMV y CM son iguales.⁸⁶

El costo marginal será inferior a CMV cuando el costo de las unidades variables decline en la medida que el abasto se expande. El CMV generalmente excederá el costo marginal cuando una planta esté operando por debajo del uso eficiente de su capacidad. Esto hace que la depredación sea más fácil de demostrar en condiciones de exceso de capacidad. En esta región, el CMV es correcto en principio y no sólo como equivalente de CM. Bajo éstas circunstancias, un agente económico que vende a un precio por debajo de CMV no está minimizando pérdidas, sería más barato simplemente cerrar la planta.⁸⁷

La capacidad también juega un papel importante en la rectitud de la utilización de las medidas costo marginal y costo medio variable. Cuando existe capacidad excedente (lo cual implica cualquier nivel de abasto inferior al nivel competitivo de producción— Q_c), algunos de los precios del agente económico pueden parecer inferiores a costo medio variable y aún ser competitivos. Particularmente cuando: (i) el agente económico tiene cierta habilidad para discriminar por precios; y (ii) un agente económico tiene la oportunidad de fijar un precio de venta bajo dada la capacidad no utilizada.⁸⁸

84 Su postura está detallada en Phillip Areeda and Donald Turner, PREDATORY PRICING AND RELATED PRACTICES UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT, 88 Harvard Law Review 697, (1975); y Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 378.

85 Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 378.

86 Se justifica pausar un segundo a reflexionar sobre esta aseveración. El siguiente ejemplo puede ser útil para ilustrar la relación entre CMV y CM. Piénsese en personas que entrarán a un cuarto, y, al hacerlo, serán pesadas por dos individuos. El primero escribe su peso y lo suma al monto total de las personas que entraron antes que ella. La segunda determina el peso promedio. Imaginemos que al entrar la una persona al cuarto el peso promedio (derivado de todos los que le antecedieron) es de 50 kilos. Entra una quinta persona (la “marginal”) que pesa 30 kilos. El promedio decrecerá a 46. Sin embargo, si la quinta persona hubiera pesado 50 kilos, el promedio hubiera permanecido estable. Siempre que el peso permanezca constante en 50 kilos, aunque entren al cuarto más personas, el peso “marginal” seguirá siendo 50. (Este ejemplo está inspirado en uno parecido de Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 379. Se hace eco del mismo por su valor ilustrativo.)

87 Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 381.

88 Cuando exista capacidad en exceso, un precio puede estar por arriba del costo marginal y ser inferior a CMT. En forma contraria, en presencia de abasto por arriba de Q_c , cualquier precio por arriba de costo marginal también estaría arriba de CMT. (Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 394.)

El razonamiento de dicha propuesta es entendible: un agente económico establece su abasto al nivel que maximiza su utilidad ecualizando precio y costo marginal. (Precio = costo marginal ($P=CM$)) Por ende, cualquier precio que sea inferior a ello no estará maximizando ganancias; involucrará un sacrificio de las mismas, lo cual es el primer requisito de depredación.

Areeda y Hovenkamp sostienen que ningún precio que sea igual a, o excedente de, el costo marginal o incremental debidamente definido, debe considerarse depredatorio o ilícito.⁸⁹ No obstante que existen justificaciones no-depredatorias para establecer precios por debajo de CMV,⁹⁰ Areeda y Hovenkamp concluyen que los precios por debajo de costo medio variable son por lo general no racionales dado que no maximizan precios ni minimizan pérdidas. Por consiguiente, cuando en presencia de ciertos requisitos estructurales, dichos precios tienen una presunción fuerte de ilicitud y pueden ser condenados sin pruebas sobre la intención del agente económico.⁹¹

89 Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, pg. 367. Más aún, algunos precios por debajo de costo marginal están económicamente justificados y, por ende, deben ser lícitos – aquéllos que son claramente superiores al CMT y por ende completamente lucrativos. Como regla general, los precios por debajo de costo marginal involucrarán una práctica depredatoria o exclusionaria ilícita siempre que ciertas condiciones estructurales se cumplan. La excepción a esta regla se presenta cuando el precio por debajo de costo marginal es igual o superior al costo medio total. Esto sería una situación rara ya que la producción generaría un desperdicio, al margen de que exceda o no costo medio. Por ende, este escenario ocurre en raras ocasiones. Sin embargo, de no existir la excepción/defensa, las demandas injustificadas serían galopantes. A su vez, el precio arriba de CMT es fácil de demostrar, en contraste con el costo marginal, que es muy difícil de probar. Por consiguiente, los precios arriba de CMT deben siempre ser considerados como siempre libres de responsabilidad (un “*safe harbour*”). Los precios por debajo de costos marginales pero arriba de CMT se presentan cuando el monopolista exceda el nivel al que sus costos totales son minimizados puesto que el costo marginal incrementa por arriba del costo medio total únicamente a niveles altos de producción. El costo marginal está por debajo de costo medio cuando el monopolista posee capacidad en exceso. Es únicamente en este caso que el precio a costo marginal del monopolista privará a rivales igualmente eficientes—actuales o potenciales—del retorno normal de su capital (Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 369.). Un precio igual, o que excede del costo promedio, no puede lastimar a rivales igualmente eficientes o potenciales.

90 Específicamente: (i) cuando cerrar operaciones impone costos colaterales más altos que el costo de continuar la producción por debajo de CMV; y (ii) un agente económico puede estar en vías de comenzar y anticipar llegar a los niveles de producción que llevarán sus precios a niveles remunerativos.

91 Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 363. Las únicas excepciones son: (i) equiparación del precio de la competencia (*meeting competition*); (ii) cuando el costo de cerrar operaciones y empezar de nuevo son aún mayores; (iii) precios por debajo de costo como resultado de la existencia de lapsos de tiempo, o fracasos en la transmisión/obtención de información que, no obstante que el agente económico buscaba fijar sus precios por encima de CMV, el resultado fue distinto. Por ejemplo, el intentar vender a clientes que necesitan conocer los precios con una cierta anticipación, antes de que se conozcan ciertos aspectos de importancia, y que luego la firma tenga que atenerse a dichos precios; (iv) errores de cálculo de la demanda que forcen el desperdicio de productos a precios chatarra (*distress prices*), particularmente cuando el producto no pueda mantenerse en inventario por periodos largos; y (v) precios utilizados para fines promocionales. (Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, pp. 364 y 375.)

Bork critica la propuesta de CMV de Areeda/Turner sobre la base de que los verdaderos costos medios variables (CMV) no pueden ser reconstruidos adecuadamente de los registros de negocios llevados por un agente económico de cierta complejidad. Areeda y Turner parecen tratar los costos de planta que, no obstante que no son *per se* problemáticos, no son iguales a los costos de un agente económico, mismos que son extremadamente difíciles de determinar y distribuir, especialmente para una planta o firma que produce múltiples productos. Por ello, existe una alta probabilidad de que los costos que la ley utiliza sean equivocados y el hostigamiento de las autoridades y demandantes dañará más al consumidor dado que inducen conducta de precios que no es competitiva.⁹²

Richard Posner critica la propuesta de Areeda/Turner/Hovenkamp pues dice que para que el razonamiento que el costo marginal de corto plazo sea inferior al costo marginal de largo plazo el mercado tiene que tener capacidad en exceso, en cuyo caso el precio de mercado debería ser igual al costo marginal de corto plazo con la finalidad de disuadir el reemplazo de la capacidad productiva en la medida en que se desgaste, y de esa manera se elimine el excedente. En la opinión del Juez Posner, dicho razonamiento, aunque ortodoxo, descuida el que la mayoría de las firmas tienen cierta capacidad productiva de reserva o sobrante, ya sea de forma deliberada—con la finalidad de atacar/satisfacer picos o sobrantes de demanda inesperados—o por ser inevitable, dado que la capacidad de los activos no necesariamente coincide con el abasto deseado (lo que denomina “*lumpiness of assets*”). En cualquier caso, el costo marginal de corto plazo será inferior que el costo marginal de largo plazo hasta que la capacidad no utilizada sea absorbida por la expansión del abasto.⁹³ El costo marginal de corto plazo no varía en el corto plazo con la cantidad de abasto. Sin embargo, son parte del costo marginal de producción a largo plazo, lo cual explica que el costo marginal de producción de corto plazo de un agente económico sea inferior que su costo marginal de largo plazo.⁹⁴

Existen críticas adicionales a las anteriores, y algo más técnicas. Una versa sobre la utilización de CMV como *proxy* de CM. En algunos casos CM puede ser sensiblemente más alto que CMV, lo cual le hace fácil a un dominante en incurrir en reducciones de precio depredatorias sin violar el estándar. En otros casos, cuando hay capacidad en exceso importante, el CMV puede estar muy por debajo de CM. Ante ello, sugerir usar CMV como *proxy* cuando no difiera significativamente de CM resta la utilidad de usarlo como equivalente. Hay quien sostiene que el análisis efectuado para sugerir CMV como equivalente de CM es inadecuado; no deriva los conceptos de costos correctos, por lo que

⁹² Bork, ANTITRUST PARADOX, p. 154.

⁹³ Richard A. Posner, ANTITRUST LAW, University of Chicago Press, Chicago, London, second edition, 2001, p. 218. El lector notará que ahora estoy citando de la segunda edición al libro de Posner. En la primera edición de este libro (Posner, ANTITRUST LAW, p. 191.) en Juez Posner sostenía que el costo marginal a corto plazo es inferior al costo marginal de largo plazo, aun cuando no existiera exceso de capacidad. La aseveración que el costo marginal a corto plazo *siempre* es inferior a costo marginal de largo plazo era equivocada en su fundamento económico. Dicho error ha sido corregido en la nueva edición de dicho eminente e influyente libro.

⁹⁴ Id., pp. 191-192.

no provee un lineamiento claro de cómo manejar algunos componentes que pueden ser importantes (como gastos de publicidad y otros gastos de capital).⁹⁵

Otra crítica le pega al corazón del estándar: en la medida en que las propiedades del costo marginal se basan en consideraciones *estáticas*, no son las relevantes para analizar lo que en esencia son interacciones estratégicas *dinámicas* entre un dominante y rivales. El agente económico debe tomar en cuenta las acciones y reacciones de sus rivales. Una regla divorciada de ello genera la duda de cómo manejar conducta anticompetitiva en contextos estratégicos. Siendo que *ex definitione* la conducta estratégica impacta la viabilidad y utilidades de rivales (actuales y potenciales), *per se* la relación entre el costo marginal y precio pierde mucho de su valor como probativo de depredación.⁹⁶

No obstante lo anterior, este estándar ha sido adoptado por tribunales de Estados Unidos en muchos casos.

b) *El costo derivado de los “Estados de Resultados” como equivalente*

Richard Posner propone como definición de depredación de precios: “los precios calculados a excluir del mercado a un competidor que sea igual o más eficiente”,⁹⁷ y sostiene que sólo dos prácticas satisfacen dicha definición:⁹⁸

- i) *Ventas debajo de costo marginal de corto plazo*: puesto que no existe una razón consistente con la eficiencia de vender un producto a un precio por debajo del costo que incurre el vendedor de dicha venta.⁹⁹
- ii) *Ventas por debajo del costo marginal a largo plazo con la intención de excluir a un competidor*: los costos marginales de largo plazo son aquellos que deben ser cubiertos para mantenerse en negocios durante un tiempo indefinido. Si los ingresos de una firma

⁹⁵ Janusz A. Ordover y Garth Saloner, PREDATION, MONOPOLIZATION AND ANTITRUST, Handbook of Industrial Organization, Vol. I, Richard Schmalensee and Robert D. Willig (eds), North-Holland Elsevier, Oxford, 1989, pp. 581-582.

⁹⁶ Janusz A. Ordover y Garth Saloner, PREDATION, MONOPOLIZATION AND ANTITRUST, Handbook of Industrial Organization, Vol. I, Richard Schmalensee and Robert D. Willig (eds), North-Holland Elsevier, Oxford, 1989, p. 582.

⁹⁷ Sus palabras exactas son: “pricing at a level calculated to exclude from the market an equally or more efficient competitor”.

⁹⁸ ANTITRUST LAW, 2d ed., p. 188.

⁹⁹ No obstante que una venta bajo dicha medida de costo únicamente puede tener la finalidad (y, de persistir, el efecto probable) de excluir a un rival igual o más eficiente, la dificultad de medición hace difícil aplicar dicha definición. Una firma puede estar ofreciendo productos a un precio por debajo de costo (posiblemente cero) como parte de una estrategia de promoción. En estas circunstancias Posner propone que el precio *real* de las ventas deba ser calculado incluyendo ingresos futuros generados por la venta, distintos a los ingresos anticipados de los precios monopolísticos. Un matiz es aplicable: una firma puede disponer de una parte de su abasto por debajo de costo en un mercado con la finalidad de limitar su abasto y por ende incrementar precios y ganancias en otro mercado en donde cuente con poder de mercado. (Posner, ANTITRUST LAW, p. 189.)

no cubren estos costos, eventualmente será desplazada del mercado; tendrá que dejar de hacer negocios.¹⁰⁰

El Juez Posner considera que las ventas por debajo de los costos promedio derivados de la contabilidad o de un estado de resultados (balance) es un equivalente tolerable para establecer depredación puesto que la firma tendría que distribuir sus costos en el mercado en el que está supuestamente depredando y sus demás mercados.¹⁰¹

c) *La propuesta de Joskow y Klevoric*

Joskow y Klevoric proponen un análisis doblemente escalonado para determinar si hay depredación. Primero, analizar si las condiciones estructurales son conducentes a una campaña depredatoria exitosa. Ello incluye la participación de mercado del dominante, el tamaño de las otras firmas del mercado, la estabilidad de las participaciones del mercado en el tiempo, el historial de ganancias de la firma dominante, las elasticidades de demanda residuales, las condiciones de entrada. El objetivo de este primer esfuerzo es filtrar alegaciones espurias o infundadas de depredación.

El segundo paso consiste en el análisis de costo, para lo cual se propone uno más estricto que el de Areeda y Turner. El motivo obedece a que, en opinión de Joskow y Klevoric, CM no es un umbral adecuado. Precios por debajo de CMV deben presumirse ilegales puesto que a dichos precios el depredador ni siquiera cubre costos evitables. Aún más importante, argumentan que cualquier precio debajo de costo total debe ser presumiblemente ilegal pues en un mercado competido el precio de equilibrio será igual a CMT y, más aún, es poco probable que el precio post-entrada en un mercado predispuesto a la depredación sea tan bajo como para imponer pérdidas al agente económico incumbente. Para analizar esta posibilidad Joskow y Klevoric proponen que se permita como defensa la demostración que el precio por debajo de CMT es maximizador de ganancias a corto plazo.¹⁰² Esta teoría recuerda el razonamiento en *Wanadoo*:¹⁰³

in prohibiting the abuse of a dominant market position in so far as trade between Member States is capable of being affected, Article 82 EC refers to conduct which is such as to influence the structure of a market where the degree of competition is already weakened and which, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition (Hoffman-La Roche v Commission, paragraph 91; Case 322/81

100 Sin embargo, las ventas por debajo de costo marginal a largo plazo únicamente sugieren, mas no prueban conclusivamente, la existencia de precios ineficientes. Una firma puede cobrar por debajo de dichos precios sin una intención exclusionaria, sino—por ejemplo—con la finalidad de minimizar los costos de salida de un mercado. (Posner, *ANTITRUST LAW*, p. 189.)

101 Posner, *ANTITRUST LAW*, p. 190.

102 Joskow y Klevoric consideran también que reducciones de precio temporales a niveles por encima de CMT pueden ser depredatorias si ocurren en un periodo de tiempo pequeño (como dos años). Al hacerlo, comulgan con Baumol, cuya propuesta se describe más abajo.

103 Case C-202/07 P, sentencia de fecha 2 de abril de 2009, (“*Wanadoo*”) ¶104. (Traducción del autor.)

Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v Commission [1983] ECR 3461, paragraph 70; *AKZO v Commission*, paragraph 69; and Case C-95/04 P *British Airways v Commission* [2007] ECR I-2331, paragraph 66).

[al prohibir el abuso de una posición de mercado dominante, en tanto se pueda afectar al comercio entre Estados Miembros, el Artículo 82 de EC se refiere a la conducta que sirve para influenciar la estructura de un mercado en el que el grado de competencia ya se encuentre debilitado y en el que, a través de métodos diferentes a los que regulan la competencia normal en productos o servicios en base a transacciones de operadores comerciales, tenga el efecto de entorpecer el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado, o el crecimiento de dicha competencia (*Hoffman-La Roche v. Commission*, párrafo 91; Caso 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461, párrafo 70; *AKZO v. Commission*, párrafo 69; y Caso C-95/04 P *British Airways v. Commission* [2007] ECR I-2331, párrafo 66).]

La importancia de la estructura de mercado es enfatizada así:¹⁰⁴

In particular, it must be found that an undertaking abuses its dominant position where, in a market the competition structure of which is already weakened by reason precisely of the presence of that undertaking, it operates a pricing policy the sole economic objective of which is to eliminate its competitors with a view, subsequently, to profiting from the reduction of the degree of competition still existing in the market.

[Particularmente, se debe considerar que un agente económico abusa su posición dominante cuando en un mercado la estructura competitiva que ya se encuentra debilitada por la presencia de dicho agente económico, opera una política de precios con el único objetivo económico de eliminar a sus competidores con miras a, subsecuentemente, beneficiarse de la reducción de competencia que subsista en el mercado.]

d) *La regla Williamson*

Williamson propone una regla de depredación novedosa, pues no se enfoca directamente en costos. Con miras a discernir los aspectos estratégicos de conducta anticompetitiva propone determinar si existe una expansión de abasto “ajustada a la demanda” en respuesta a una nueva entrada. Si un incumbente reduce su abasto después de la entrada de manera depredatoria. El nivel de abasto—ya sea más bajo o alto que el nivel pre-entrada—será depredatorio si, después de la entrada, el precio de mercado cae por debajo de CMV. La teoría de Williamson se basa en nociones de precios límite y estrategias de evasión de entrada, posicionándose para combatir a un nuevo entrante al mercado. La postura, aunque refrescante e interesante, no carece de detractores. Por ejemplo, en opinión de Ordover y Saloner la regla que propone Williamson es inferior desde el punto de vista de bienestar y su postulado relacionado con la reducción de abasto no es uniformemente válido.¹⁰⁵ En mi opinión, además de la atinada observación de Ordover &

104 *Wanadoo*, ¶107.

105 Ordover & Saloner, *ob cit*, p. 585.

Saloner, la regla es proclive a confundir depredación por competencia en precios en mercados con productos cuyo retorno de capital no es alto.

e) *La regla Baumol*

Baumol propone que se prohíba al dominante reducir sus precios en respuesta a la entrada de un rival, para luego incrementarlos una vez que lo haya desplazado. Es decir, propone permitir reacciones de precio agresivas ante una entrada de un rival al mercado siempre que no incremente el precio después (durante un periodo específico). Propone un piso para la reducción del precio: costo incremental variable (*average incremental cost*). El enfoque de Baumol no es tanto en la *reducción* de precio como en el *incremento* post-campaña depredatoria; y toda su teoría descansa en nociones de mercados potencialmente competidos (*contested market theory*). Para mi gusto, la regla es inconveniente pues hace sospechosos movimientos de precios que pueden ser naturales y exige un monitoreo continuado de precio que la hace inmanejable.

f) *La regla Ordovery & Willig*

Ordovery y Willig proponen primero definir y luego aplicar. Definen depredación como “la respuesta a un rival que sacrifica parte de las ganancias que pudieron obtenerse en circunstancias de competencia, con la finalidad de inducir salida y luego obtener ganancias monopólicas”. Es decir, sus elementos son:

- i) Que existía otra respuesta a entrada que no hubiera lesionado al rival;
- ii) Vista *ex ante*, la estrategia del incumbente debe haber generado más ganancias, dada la salida del rival, que las opciones disponibles para lastimar al rival; y
- iii) Suponiendo que el rival continúa siendo un rival potencial viable, la respuesta del incumbente, vista *ex ante*, genera menos utilidades que las opciones disponibles.

Dicha propuesta ha sido criticada por ser opaca, demasiado difícil de implementar y desapegada de estándares de eficiencia, así como potencialmente dañina a la eficiencia dinámica (pues desincentiva innovación).

g) *La regla Krattenmaker & Salop*

Krattenmaker y Salop han analizado las estrategias existentes para elevar costos de rivales y proponen como estándar que una práctica se considere anticompetitiva cuando (i) incremente significativamente los costos marginales de un rival, y (ii) el agente económico que la implemente pueda incrementar sus precios después de que los costos de sus rivales son encarecidos. Es decir, la estrategia incrementó el control del agente económico sobre precios y por ende su poder de mercado.

La propuesta anterior implica que el agente económico puede excepcionarse a lo anterior demostrando (i) que sus rivales tienen estrategias efectivas para contrarrestar y que las blindarían de los efectos adversos de la estrategia inicial, por lo que podrían dejar sin efectos la estrategia inicial. (ii) que la práctica, aunque dañina al consumidor, de todos modos arroja eficiencias que, en balance, incrementan el bienestar social agregado.

Algunos han aplaudido el que esta teoría se enfoca en prácticas de negocios que, aunque potencialmente anticompetitivos, no requieren que el incumbente sacrifique ganancias presentes con miras a beneficios futuros. Yo aplaudiría que es una regla que permite aquilatar la postura del agente económico facilitando discernir estrategia de negocio válida de depredación.

5. Determinación de la mejor medida de “Costo”

Habiendo resumido el listado de soluciones que se han propuesto, incluyendo las medidas que la Teoría de los Costos arroja, la cuestión que ahora surge es la determinación de la medida más apropiada para servir como umbral de determinación de la depredación de precios.

En mi opinión, la respuesta debería ser determinada en base a *qué haría un hombre de negocios racional con miras a maximizar utilidades*. El motivo: dicho estándar decanta conducta estratégica loable de cuestionable. El precio y abasto que maximiza ganancias o minimiza pérdidas es aquél en el cual un incremento en abasto agregaría más a los costos que a ingresos, y cualquier reducción de abasto que reduciría ingresos más que costos.¹⁰⁶ Dicho de otra manera, un agente económico, al decidir si debe incrementar o reducir abasto, analizará (o puede—racionalmente—sólo tomar en cuenta) los efectos incrementales en ingresos y costos. Ante lo anterior, la interrogante se torna en cuál medida de costo logra el objetivo descrito del párrafo anterior. Como regla, la respuesta es *costo marginal*.¹⁰⁷ Ello pues un agente económico racional que actúa con el sólo propósito de optimizar ganancias o minimizar pérdidas no negaría una venta a costo marginal en la medida en que signifique más ingreso que ayude a soportar sus costos fijos. Y como se explicó con anterioridad, los gastos hundidos (*sunk costs*) son como leche derramada: no deben alterar decisiones subsecuentes.

Para ilustrar el punto, los siguientes ejemplos pueden ser útiles. Piénsese en la industria de aviación. Una vez que los gastos fijos han sido cubiertos (vgr., el avión, gasolina, personal, etc.) llenar el resto de los asientos impone muy pocos costos adicionales (posiblemente sólo los cacahuates y el boleto de papel). Por consiguiente, vender dichos asientos por debajo de CMT o CMV puede ser racional en la medida en que proporcionan ingreso adicional. Una regla que condene vender en la forma descrita podría forzar a que la aerolínea vuele ineficientemente: con asientos vacíos.¹⁰⁸

106 A su vez, para determinar cuál de las diferentes categorías de costos es la más apropiada para ser tomada como el umbral relevante por debajo del cual será el que formará parte de la definición de depredación de precios, resulta útil preguntar cuáles costos son relevantes para una firma que busca maximizar ganancias o minimizar pérdidas.

107 Dado que los costos fijos no varían con los cambios de abasto y por consiguiente son irrelevantes para la determinación del abasto que maximiza precios o reduce pérdidas.

108 Evidentemente, muchos (inclusive obvios) argumentos económicos y de estrategia de precios pueden ser esgrimidos en contra del resultado que aparentemente acabo de (accidentalmente) sugerir: el vender un vuelo de avión al costo de los cacahuates y el papel del boleto más un margen pequeño de ganancia. No lo haré. Son obvios e irrelevantes para el mensaje que deseo transmitir.

Otro ejemplo es una pastelería cuyo costo marginal por una unidad adicional de pan puede ser 0.10 centavos si evita tener que incluir en el precio la renta del local, costo del horno, etc. (lo cual presumiblemente tendría que ser considerado en presencia de un umbral de CMT), y se limita a incluir la harina y una parte del costo laboral (es decir, únicamente contemplado ingredientes marginales). Forzar que la pastelería tenga que establecer un precio arriba del precio de 0.10 centavos puesto que (por ejemplo) es la única pastelería del pueblo (y, por ende, para efectos del ejemplo, supondré que tiene poder de mercado) tan sólo resultaría en forzar a que los consumidores paguen un precio superior a el que la pastelería hubiera originalmente escogido.

Estoy seguro que no faltará quien objete dicha manera de ver los costos y su impacto en precio. Y acepto que pueden predecirse motivos por los cuales la política de precios insinuada puede generar problemas económicos. Mi punto sin embargo es que dicha forma de ver costos y precios es *posible* y *defendible*—aunque no la *óptima*, si lo que se desea es obtener la mayor cantidad posible de ingreso de un conjunto de activos. Y la realidad sería que a veces los agentes económicos se topan con circunstancias de mercado que puede ya sea orillarlos a vender a precios diversos a los que prefieren, o seguir estrategias que pueden—en un momento para un segmento de productos—no ser el óptimo desde la perspectiva de ingresos. Pero así es la vida en el mundo de los negocios: a veces tienen que soportarse situaciones con tal de sobrevivir, o para obtener otros fines estratégicos. Y una regla que descuida dicha realidad estableciendo un umbral de costo que no guarda sintonía con lo que con frecuencia ocurre en la misma puede, en el mejor de los casos, cerrar opciones al agente económico,¹⁰⁹ en el peor condenarlo a sanciones donde en verdad no hay *animus furandi*.

Es por lo anterior que someto a la consideración del lector que el umbral de costo, a efecto de estar en sintonía con la realidad económica, tiene que tomar nota de cómo se maximiza ganancias o minimiza pérdidas.

Bajo un escenario de competencia perfecta, un agente económico maximiza utilidades (o minimiza pérdidas) mediante la producción a un abasto en el que el costo marginal es igual al precio de mercado.^{110,111}

La siguiente gráfica ejemplifica el precio que maximiza ganancias para una firma competitiva:¹¹²

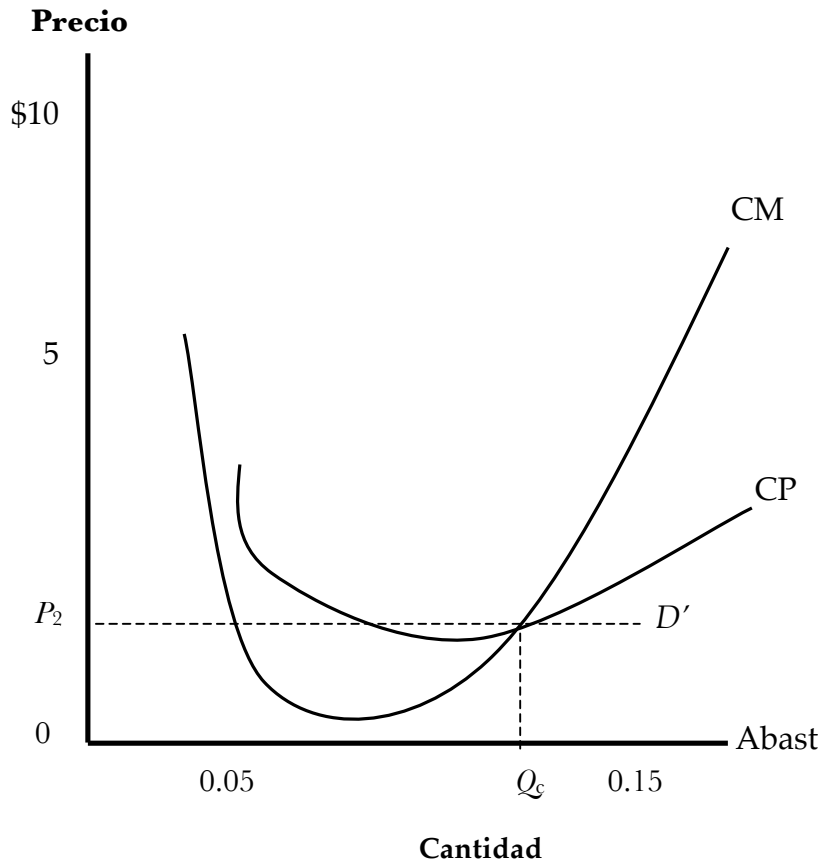
109 En su lucha para crear valor—; a veces para sobrevivir!

110 En caso de que el precio de mercado esté por debajo del costo medio variable a todos los niveles de abasto, el agente económico puede minimizar pérdidas cerrando sus operaciones.

111 Lo anterior puesto que es un “tomador de precios” y por ello tendrá que aceptar el precio corriente de mercado ya que cualquier variación de su abasto es demasiado pequeña como para cambiar el precio de mercado. Desde la perspectiva de bienestar, lo plausible de la situación anterior es que bajo condiciones competitivas tiene lugar una distribución eficiente de recursos ya que el precio de mercado reflejará lo que los consumidores están dispuestos a pagar por la última unidad de abasto.

112 Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 326.

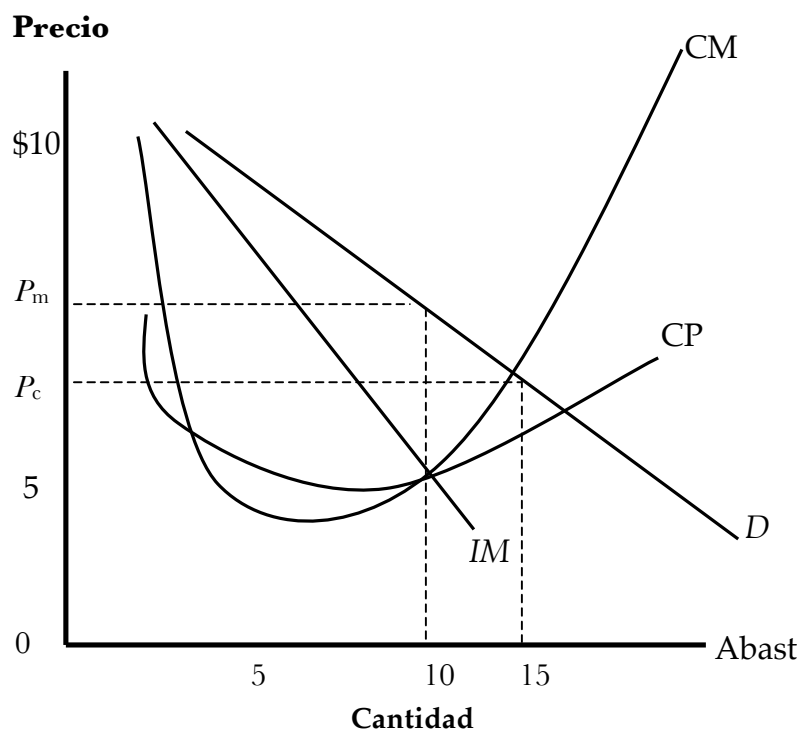
**Descripción del Precio que
Maximiza Utilidades de una Firma Competitiva**



En contraste con el resultado que arroja el mercado, un agente económico monopólico enfrenta una curva con pendiente negativa y cualquier incremento en abasto reducirá el precio de mercado. Por ello, cualquier ingreso incremental para el monopolista de la producción de una unidad adicional es inferior al precio recibido por dicha unidad, menos el ingreso perdido de la venta de todas las unidades restantes al precio inferior. Por consiguiente, para el monopolista, el ingreso marginal es siempre inferior al precio que maximiza sus utilidades. El abasto al que el costo marginal es igual a ingreso marginal generará un precio que excede costo marginal. El precio del monopolista es por ende superior y el abasto inferior que el que es socialmente óptimo. La siguiente gráfica describe las opciones del monopolista:¹¹³

113 Idem.

Descripción de las Opciones de un Monopolista



Habiendo dado eco favorable del uso de costo marginal como el umbral apropiado de “costo”, tiene que advertirse que presenta dos problemas: (i) los elementos a ser incluidos en el costo marginal no siempre son claros; y (ii) el costo incremental de hacer y vender la última unidad no es fácil de derivar de las cuentas convencionales de negocios (que no muestran mas que los costos variables observables). Para resolver el problema,

Areeda y Hovenkamp proponen utilizar el CMV como un equivalente de costo marginal. Para resolver el problema indicado proponen excluir de los costos variables (y por ende marginales) lo siguiente: (a) costos de capital (intereses de deudas y costo de oportunidad de capital) atribuibles a inversiones en inmuebles, plantas y equipos; (b) bienes e impuestos no afectados por abasto; y (c) depreciación de plantas (cuya vida se afecte poco por el uso). Según Areeda y Hovenkamp, la inclusión de todos los demás costos como marginales parece razonable. La utilización de CMV como una alternativa práctica o de la vida real para el concepto teórico de “costo marginal” alinearía teoría con práctica y proporcionaría un umbral de “costo” adecuado.¹¹⁴ Dicha solución, es de admitirse, genera dudas a algunos. En esencia, si siempre se excluyen los conceptos indicados, el resultado agregado de desempeño del agente económico puede ser muy bajo, dependiendo de las

114 Id., p. 376-377.

características¹¹⁵ del agente económico arrojando (a ojos de algunos) un manto de sospecha sobre su política de precios.

6. La medida de costo mexicana

La (doble) regla de costos adoptada por la LFCE tiene aciertos pero genera algunas dudas (inclusive preocupaciones, dependiendo de cómo se aplique). A continuación los comentaré, dividiendo el comentario entre la cuestión del umbral de costo (§a) y los lineamientos de costos establecidos por la CFC (§b).

a) *El umbral de costo*

Por principio, al utilizar CMT para ventas habituales y CMV para ventas ocasionales la LFCE podría parecer que invita sobreprotección (o sobre-sanción, atendiendo al ángulo del cuál se perciba). Ello se magnifica si se considera que la Comisión Federal de Competencia ha indicado que dicha práctica involucra precios a niveles más bajos que el nivel que maximiza ganancias.¹¹⁶ El motivo obedece a que el establecimiento de precios debajo de dichos umbrales puede obedecer no al deseo de depredar; puede ser racional y consistente con el deseo de minimizar pérdidas o lidiar con una situación económica particular.¹¹⁷ Por ende, la adopción de dicha regla por el derecho mexicano de competencia podría arrojar una sombra de sospecha sobre diversas prácticas de precios que no solo el análisis económico justifica, sino la “batalla por mercado” exige. Es decir, dicho umbral podría poner a un agente económico en la posición de tener que justificar los resultados pro-competitivos de dichas prácticas de precios, siendo que su conducta es inocente.

Desde el punto de vista de técnica jurídica en materia de competencia, en mi opinión, en caso de duda, las normas de competencia deberían preferir soluciones *pro-laissez-faire*, a las *dirigistes*. Como se ha indicado antes en esta obra, la regla de *default* debe ser liberal, no intervencionista. Después de todo, el mercado tiende a corregir. Y ante la duda, es mejor pecar del lado conservador¹¹⁸ que el intervencionista.

Ello exige la pregunta si la regla debió haber sido diseñada en forma inversa. Si el umbral debió haber sido costo marginal, o un equivalente, como el costo medio variable (CMV) sugerido por Areeda/Turner/Hovenkamp o el que se derive de la revisión de los estados financieros o balanza de resultados sugerido por Posner.¹¹⁹ Los motivos de mi

115 Vgr., estructura de capital—incluyendo financiamiento—así como estatus de la amortización y depreciación de la inversión.

116 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).

117 Por ejemplo, fluctuaciones de demanda, entrada de sustitutos, reaccionando a una reducción de arancel de importaciones, disparo del precio de un insumo.

118 Desde la perspectiva de propensión a intervenir.

119 Posner propone que las ventas por debajo del costo promedio que arroje la contabilidad o balance es un equivalente aceptable para la depredación y el demandado tendría que distribuir sus costos entre

postura son dos. En primer lugar, y como he mencionado con anterioridad, considero que las reglas de competencia deben seguir un tenor excepcional. Es decir, *una regla de competencia económica que prohíba cierta conducta debe ser establecida únicamente cuando tenga razones sociales y económicas que claramente y sin ambigüedades la justifiquen y que los costos de su implementación no sean mayores que los beneficios*. En segundo lugar, la teoría económica y legal de la depredación de precios es aún controvertida¹²⁰ y los costos sociales de una regla sobre-reguladora y su implementación pueden ser enormes. Por ello, si es que el tema debe ser

el mercado que supuestamente está depredando con el de otros mercados. (Posner, ANTITRUST LAW, p. 190.)

120

Un estudio empírico concluye que el escepticismo que rodea la depredación es justificado. (John R. Lott, Jr., ARE PREDATORY COMMITMENTS CREDIBLE? WHO SHOULD THE COURTS BELIEVE?, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1999, p. 120.) El Profesor Lott argumenta a favor de la sospecha que la depredación no es más que el resultado del “jaloneo” (“give-and-take”) normal de la competencia (Lott, p. 6). Para llegar a dicha conclusión, lo siguiente fue analizado: (a) las premisas detrás de los modelos teóricos al ser aplicados a las firmas privadas (Lott no encontró prueba alguna de que las presunciones detrás de los diversos modelos de depredación son empíricamente sostenibles. Al contrario, las pruebas justifican el escepticismo de los jueces en los modelos basados en teoría de los juegos (Lott, p. 59)); (b) suposiciones en las que incurren modelos de diversos economistas (vgr., Milgrom y Roberts (1982) Kreps y Wilson (1982), y Tirole (1990)); (c) las preferencias de los órganos de administración, incluyendo el atrincheramiento (el argumento en el sentido de que las firmas que supuestamente incurren en depredación incrementan la compensación de los administradores cuando las ganancias a corto plazo suben es difícil de conciliar con cualquier noción de depredación (Lott, p. 59)). Para que los compromisos de administradores sean creíbles, el ambiente contractual y meta-contractual de las firmas debe hacer que sea difícil removerlos (de lo contrario, serían removidos durante la campaña depredatoria por las pérdidas incurridas). A su vez, el órgano de administración del supuesto depredador debe ser recompensado por incrementar abasto y no por incrementar ganancias a corto plazo. Lott no encontró prueba alguna de que las firmas acusadas de depredación obtuvieran retornos adicionales al atrincheramiento de sus administradores. Al contrario, resultó ser más probable que estas firmas vincularan los salarios a ganancias a corto plazo. Dicho vínculo entre salarios y ganancias hace que sea más costoso para un administrador vender productos por debajo de costo, como lo requiere la depredación (Lott, p. 120). En forma significativa, ninguno de los supuestos depredadores durante el periodo examinado de 1963 a 1982 fueron recompensados. Existe poca evidencia que soporte la noción de que los miembros de los órganos de administración estaban más atrincherados que los de otras firmas. Más aún, los supuestos depredadores son, con más frecuencia, firmas grandes con esquemas de compensación que se basan fuertemente en ganancias a corto plazo. Dichas firmas también tendían a ubicarse en estados sin leyes anti-tomas hostiles (*antitakeover laws*) (Lott pp. 59-60)); (d) modelos reputacionales, incluyendo la fama de ser un rival duro; (e) modelos reputacionales que versan sobre la percepción de oponentes sobre las intenciones de los agentes económicos; y (f) la presunción de información asimétrica, en el sentido de que se considera que las firmas que depredan generalmente tienen un mejor acceso a ventajas de información. En forma interesante, Lott concluye que la creación de la reputación de depredador puede ser auto-destructiva dados los efectos en el mercado financiero secundario (las ganancias por operaciones derivadas de la entrada a mercados y la competencia por rivales potenciales, que fomentarán la entrada más de lo que la previenen (Lott, p. 115)). Lo anterior como resultado de las reglas que permiten las operaciones en las que una compañía toma una posición en otra en base a la información confidencial de la primera (Lott, p. 126). Dicho en términos sencillos, dado que los ejecutivos de un rival potencial están en una posición única en cuanto a información se refiere, pueden lucrar mediante el intercambio de las acciones del depredador y la variación que resulta de la fluctuación de las mismas. Pueden hacerlo puesto que pueden contar con que el pseudo-depredador incurrirá en la conducta en cuestión, y puesto que la legislación bursátil prohíbe el intercambio de valores emitidos por la sociedad en la que trabajan, mas no los de otras sociedades (ver, en general, el Capítulo Cinco de Lott).

reglamentado,¹²¹ por lo menos debe serlo mediante la adopción de una regla pro-*laissez-faire*: que tenga como punto de partida dejar hacer, y no cerrar opciones vía limitaciones de precios que puedan ser justificadas y útiles.

La regla actual es que los precios debajo de los estándares referidos por una agente económico con poder de mercado que tengan el efecto de desplazar a competidores del mercado serán depredatorios a menos que las consecuencias pro-competitivas pesen más que dicho resultado. Considero que la carga no debe estar sobre el supuesto depredador. Ciertamente; la posibilidad de que el establecimiento de precios por debajo de los estándares aludidos pueda, en efecto, resultar en responsabilidad sólo tendrá lugar después de un análisis pro y anti-competitivo. Y éste puede dejar falsos positivos de falsos negativos. Pero la regla adoptada propicia que el agente económico que desee evitar cualquier riesgo buscará comportarse conservadoramente y, al establecer precios, necesitará hacerlo de una manera que reducirá los beneficios de economías de escala, eficiencias y conducta competitiva. Es decir, la regla de la LFCE reduce margen de acción. Puede entumecer competencia.¹²²

Para empeorar las cosas, la CFC examinará las decisiones sobre caracterización de costos de la firma y *podrá* incluir costos históricos en el análisis.¹²³ El resultado de lo anterior es, no sólo que el agente económico tendrá que establecer precios arriba de CMT o CMV, según sea el caso, sino que tendrá que hacer un estimado de dichos umbrales de una manera que puede ser contraria a la opinión *ex post facto* que puede tener la CFC. Esta combinación es una receta perfecta para ineficiencias y falta de certeza jurídica. Más aún, para errores tipo I.

Expuestas las preocupaciones, pasemos a los aciertos.

Debe reconocerse que la postura mexicana busca ser prudente al ser sobre-inclusiva permitiendo que la CFC, después de realizar un análisis pro- y anti-competitivo, pueda ejercer discernimiento entre casos que merecen sanción de los que no, atendiendo a las circunstancias del caso. Y como política legislativa, es atinada. Sin embargo, debe tenerse cuidado. Puede poner en predicamento a firmas que buscan establecer precios de una manera competitiva, agresiva y sana.

¹²¹ Lo cuál no es una respuesta necesaria. Por ejemplo, Bork considera que una regla en contra de las reducciones de precio depredatorias hacen más daño que bien (Bork, ANTITRUST PARADOX, pg. 386). Me convence más la postura pragmática de Posner que dicha regla debería existir, pero no debería ser tan estricta (Posner, ANTITRUST LAW, p. 190).

¹²² Las dos medidas utilizadas por la LFCE (costo medio total para ventas habituales y costo medio variable para ventas aisladas) son demasiado bajas. Como resultado de ello, ciertos precios económicamente justificados pueden resultar en responsabilidad. Para evitar dicho riesgo los agentes económicos sentirán presión para cobrar precios más altos que los costos y los que la estructura de mercado y demás circunstancias permitir con la finalidad de evitar incurrir en responsabilidad. Un resultado irónico, si se recuerda los fines últimos de la competencia económica.

¹²³ Como se explica en la siguiente sección.

El resultado del umbral de costo escogido es que: (i) establece un “safe harbour”¹²⁴ que reduce los beneficios de las eficiencias, economías de escala y conducta competitiva; y (ii) atrae litigio. Dicho umbral, aunado a las determinaciones *ex post facto* que la CFC hará cuando un competidor es sacado del mercado, puede significar multas a agente económicos por el solo hecho que ganaran la competencia. Y como ya lo hacía ver Learned Hand:¹²⁵

“The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins.”.

[El competidor exitoso, habiendo sido conminado a competir, no debe ser sancionado una vez que gana]

b) *La Clasificación y Distribución de Costos*

Con la finalidad de abordar el dilema de los costos, la CFC ha establecido ciertos criterios en materia de contabilidad con la finalidad de esclarecer una definición sobre lo que constituye “costo” para efectos del análisis involucrado en una investigación de depredación de precios.¹²⁶ 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. En forma resumida, se establece lo siguiente:

- Costos Relevantes: los costos históricos son considerados y no se establece un umbral de costos utilizados para propósitos internos.
- Distribución Interna de Costos: En adición a los criterios de contabilidad seguidos por la firma, la CFC favorecerá la distribución indirecta de costos en la proporción que la respectiva tasa de retorno tiene en los costos de ventas, dado que la distribución indirecta de costos en base a las ventas totales tiende a esconder prácticas depredatorias.¹²⁷
- Relevancia de Costos en otras Erogaciones: con respecto a la exclusión de otros conceptos de costos de la contabilidad como lo puede ser la publicidad o la composición química del producto, la CFC evaluará y ordenará estudios de expertos con la finalidad de determinar su procedencia. La CFC podrá utilizar los estudios independientes proporcionados por la firma investigada en caso de que los considere confiables.

¹²⁴ Un “safe harbour” es un área, política o conducta que insula responsabilidad. De estarse dentro del mismo, o sus parámetros, no se incurrirá en responsabilidad. Me disculpo por el anglicismo, pero resulta útil para el mensaje que deseo transmitir.

¹²⁵ *United States v Aluminum Co. of America*, 1945, 148F 2nd, p. 430.

¹²⁶ Informe Anual, 1994-1995. Informe Anual, 1995-1996, p. 64.

¹²⁷ Este punto fue enfatizado en la segunda fase de la Guerra de los Chiclos que involucró una investigación *ex officio*. (Informe de Competencia Económica, 1997, p. 74). La CFC sostuvo que la distribución de costos debería tener lugar entre costos de ventas haciendo notar que no era su intención descalificar otros métodos generalmente aceptados de contabilidad ni implicaba una opinión sobre su certeza técnica; sin embargo, hizo notar la (supuesta) “incongruencia” de distribuir costos indirectos entre las participaciones de ventas, precio por producto y precios no relacionados con al suma de los costos y ganancias.

- Contabilidad Paralela: la CFC hizo notar la conveniencia de mantener una contabilidad paralela a la normal que siga los criterios de distribución mencionados. Al valorar la existencia de depredación de precios, la CFC no sólo exceptuará de la regla general casos en donde existan razones especiales para determinar si otros medios de distribución son más apropiados para este tipo de erogaciones.¹²⁸

A su vez, el Artículo 10 del Reglamento de la LFCE establece los siguientes lineamientos sobre distribución de costos:

- I. La distribución del costo medio total y del costo medio variable entre subproductos o coproductos deberá tomar en cuenta las características técnicas de los procesos de producción, distribución o comercialización, así como los principios de contabilidad generalmente aceptados o las normas de información financiera;
- II. En caso de una investigación iniciada a petición de parte, el denunciante debe presentar a la Comisión la metodología y los elementos que permitan determinar la distribución de costos en que se base la denuncia, y
- III. Se presumirá que un agente económico puede recuperar las pérdidas cuando, además de contar con poder sustancial, cuente con capacidad financiera suficiente o capacidad excedente de producción, o reputación de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados en que concurre.

A continuación comentaré dichos criterios y algunos problemas de la clasificación.

1. Costos Relevantes

La CFC ha sostenido que considerará, como parte de la definición de “costo” para efectos de los umbrales de depredación de precios, los “costos históricos” y no simplemente los costos utilizados por la entidad investigada. No se presenta explicación alguna sobre lo que significan “costos históricos”. Entiendo que dicho concepto debe significar los gastos fijos y los gastos hundidos (*sunk costs*). Si este es el caso, el paso me genera dudas tanto desde la perspectiva de Teoría de los Costos, las prácticas de las firmas y la teoría financiera más aceptada, como, desde la perspectiva de estrategia, la forma de aproximar y gerenciar el tema ante la fluida realidad en el contexto de las “batallas por mercados”.

En relación con los costos fijos, la distribución de los mismos de la manera que la CFC lo considere más conveniente con la finalidad de establecer un precio que considere adecuado sobre un producto puede ser contrario a la noción de que es racional que un agente económico cobre un precio igual al costo marginal e ignore los costos fijos por la simple y sencilla razón de que significa más ingreso.

En relación con los costos hundidos (*sunk costs*), la posición de la CFC parece contraria a la lección de la teoría financiera que dice que la toma de decisiones (incluyendo las decisiones sobre precios) de una firma racional debe ignorar los gastos hundidos (*sunk costs*) en la medida en que son pretéritos y son como leche derramada (*spilled milk*) y, por ende, se debe hacer caso omiso de los mismos para tomar decisiones de negocios

¹²⁸ La CFC puede ser consultada para los casos en los que la valoración podría ser diferente de aquella obtenida de costos de ventas.

correctas.¹²⁹ Y lo que es más, si un agente económico ya le ha sacado jugo (beneficio, ingreso) suficiente a un conjunto de activos, puede ser entendible que establezca una política de precios que los ignore—¡sin *animus depredandi!*

2. Distribución indirecta de costos

En adición a los criterios de contabilidad internos seguidos por la firma, la CFC favorecerá la distribución indirecta de costos en base a la participación que el producto en cuestión tiene con respecto a los costos de ventas totales. Lo anterior en la medida en que considere que la distribución indirecta de costos mediante el retorno total de ventas tiende a esconder prácticas depredatorias.¹³⁰

El problema generado por dicha postura es que implicará el llevar a cabo una reevaluación por la CFC de las decisiones de hombres de negocios sobre temas en los cuales estos están mejor situados para tomar. Dicho de otra manera, la CFC no es la mejor situada para hacer la clasificación y distribución de los costos de un agente económico. El mejor situado es el empresario mismo, quien es experto en *su* rama de negocios. Al tomar dichas decisiones la CFC analizará “a toro pasado”, con el beneficio de la retrospectiva, las decisiones que en la trinchera (el mercado, el mundo de los negocios) un hombre de negocios tomó en consideraciones de que era la mejor decisión dadas las circunstancias. Para complicar las cosas, las determinaciones que la CFC realizará parecen pasar por alto el que la distribución de gasto realizada por un agente económico pudiera ser en base a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

No es gratuito que bajo la contabilidad,¹³¹ exista margen de maniobra con respecto a la distribución interna de costos en mi opinión, en la medida en que lo haga en forma congruente con una justificación de negocios o principios de contabilidad generalmente aceptados (NIF), sería más prudente que la CFC fuera cuidadoso en hacer determinaciones *ex post facto* de las decisiones de la agente económico.

En mi juicio, las prácticas pretéritas de la firma en materia de contabilidad son una base más adecuada (y comunicativa—por ende, probativa) para la distribución. Si un agente económico prueba que las prácticas de contabilidad cuestionadas fueron también seguidas durante periodos distintos al que está bajo investigación (por ser el periodo durante

¹²⁹ La teoría financiera más aceptada dice: Olvídense de los costos hundidos/incurridos. Los costos ya incurridos son como leche derramada: son flujos pasados e irreversibles. Dado que son hechos pretéritos, no pueden ser afectados por la decisión de aceptar o rechazar un proyecto, y por ende deben ser ignorados. (“*FORGET SUNK COSTS. Sunk costs are like spilled milk: They are past and irreversible outflows. Because sunk costs are bygone, they cannot be affected by the decision to accept or reject the project, and so they should be ignored.*”) Cita de Brearley and Myers, PRINCIPLES OF CORPORATE FINANCE, p. 115.

¹³⁰ Informe Anual, 1995-1996, p. 64. Este punto fue enfatizado en la segunda fase de la Guerra de los Chicles que involucró una investigación *ex officio*. (Informe de Competencia Económica, 1997, p. 74). La CFC sostuvo que la distribución de costos debería tener lugar entre costo de ventas haciendo notar que no era su intención descalificar otros métodos generalmente aceptados de contabilidad ni implicaba una opinión sobre su certeza técnica; sin embargo, sí hizo notar la “incongruencia” de distribuir costos indirectos entre las participaciones de ventas, precio por producto y precios no relacionados con la suma de los costos y ganancias.

¹³¹ Los principios de contabilidad generalmente aceptados, ahora Normas de Información Financiera.

el cual tuvo lugar la supuesta campaña depredatoria), considero que ello sería prueba fehaciente de que la distribución de costos en cuestión no ha sido manipulada (¡y viceversa!), sino que es consistente con su creencia de que es la mejor forma de hacerlo.¹³²

3. La relevancia de los costos en otras erogaciones

Con respecto a la exclusión de otros conceptos de la contabilidad, como lo son la publicidad/mercadotecnia o la composición química de un producto, la CFC evaluará y ordenará estudios de expertos para determinar su procedencia. La CFC puede utilizar estudios independientes proporcionados por la firma investigada en caso de que los considere confiables.

Con respecto a esta decisión, manifiesto mi conformidad con la postura. Es congruente con la opinión expresada en el último párrafo de la sección que antecede. La CFC debe dar deferencia a la distribución de costos por una firma o erogación que sea congruente con algún principio de contabilidad generalmente aceptado o una razón de negocios. En caso de que se cuestione la forma en que se distribuyó, una opinión experta es la mejor forma de solucionarlo.

4. Contabilidad paralela

La CFC hizo notar la conveniencia de seguir una contabilidad paralela a la normal y utilizar los criterios de distribución que emitió. Al valorar la existencia de una posible práctica depredatoria, la CFC tan sólo exceptuará de la regla general los casos en donde existan razones especiales para determinar que otros métodos de distribución son más apropiados para este tipo de erogaciones.¹³³

La opinión expresada con anterioridad sobre la deferencia que la CFC debe mostrar a las decisiones de contabilidad también aplica aquí. A su vez, exigir llevar una contabilidad paralela impone costos innecesarios sobre el agente económico. Mucho mejor—por comunicativo—ver si el manejo del concepto de costo ha sido *consistente* a lo largo de la historia contable del agente económico: tanto pre—como post—campaña depredatoria putativa. innecesario de costos.

5. Problemas adicionales

El problema de clasificación y distribución de costos es magnificado por la existencia de diversos tipos de erogaciones que presentan problemas de política de competencia económica. A continuación serán someramente comentados.

¹³² En forma interesante, en la Guerra de los Chicles, la CFC rehusó tomar en cuenta dicho factor.

¹³³ La CFC puede ser consultada en casos en los que la valoración podría ser diferente de aquella obtenida de sus costos de ventas.

a) Gastos promocionales

Un precio promocional es un precio temporalmente bajo diseñado para atraer ventas con miras a que el consumidor siga adquiriendo el producto en el futuro a un precio superior. El precio promocional puede ser debajo de costo y es fácilmente ilustrado por el vendedor que regala un producto a clientes prospectivos. Si el precio promocional tiene éxito, incrementará las ventas al punto en que el abasto será eficiente y lucrativo.¹³⁴

La práctica de precios promocionales por firmas que carecen de poder de mercado no genera problema alguno en materia de competencia económica. Facilita la entrada y sirve el propósito de informar al consumidor sobre su existencia dándole al consumidor una mejor compra durante el periodo promocional y permitiéndole que juzgue (y rechace) el producto competidor. En este sentido, es preferible a la publicidad.

No obstante que la promoción puede desviar demanda de productos mejores o más eficientes, la desviación sólo durará por el tiempo necesario para que rechacen el producto de calidad inferior.

Cuando el agente económico tiene poder de mercado en el mercado del producto promovido, la defensa/excepción puede desaparecer. La promoción puede dañar el proceso competitivo al disminuirlo en lugar de intensificarlo.

b) Publicidad

La publicidad se relaciona directamente con el abasto inmediato y, en casos en que el abasto es apropiado se convierte en uno de los gastos incrementales de la depredación.¹³⁵ En ausencia de pruebas claras sobre el alcance y la posibilidad de medir los efectos a largo plazo, la publicidad debe clasificarse como un gasto variable. Por consiguiente, es incorrecto considerar que todos los gastos de publicidad pueden afectar los gastos fijos, como algunas cortes lo han sostenido.¹³⁶

c) Gastos promocionales “excesivos”

Se dice que una firma puede conllevar campañas de publicidad o proporcionar servicios especiales a clientes sin incremento alguno al precio. Dichas erogaciones obviamente incrementarán los gastos de una firma y pueden imponer cargas onerosas a rivales pequeños para que mantengan su participación de mercado. Si los gastos promocionales

¹³⁴ Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, pp. 446-447.

¹³⁵ Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 390.

¹³⁶ *U.S. Phillips Corp. v. Windmere Corp.*, 861 F2d 695, 703-704 (Fed. Cir. 1988), cert. Denied, 490 U.S. 1068 (1989).

adicionales incrementan el CMV arriba del precio, entonces los gastos promocionales podrían considerarse depredatorios.¹³⁷

d) Líderes de pérdidas

Un líder de pérdidas (“*loss leader*”) es un bien cuyo precio ha sido fijado agresivamente con la finalidad de atraer clientes con la esperanza de que comprarán también otros productos. Por definición, el líder de precios estará por debajo de cualquier medida de costo.

Un líder de pérdidas no debe confundirse con un precio promocional puesto que el vendedor podría no ser una firma nueva o el producto con precio agresivo puede no ser nuevo, y la estrategia de líder de precios puede ser utilizada en forma indefinida y, por ende, no sería considerado promocional.

Suponiendo que el impacto en el ingreso incremental de la estrategia de establecer precios en forma agresiva sea positivo, la práctica de establecer líderes de pérdidas no será depredatoria.¹³⁸

e) Firmas de múltiples productos y productos con retornos diferenciales

Cuando un agente económico produce múltiples productos y obtiene retornos distintos, medir en forma correcta la relación costo-precio es extremadamente complicado.

Un hombre de negocios, actuando competitivamente, al determinar un precio siempre comienza con un conjunto de activos determinado y luego considera si los ingresos incrementales serán suficientes para cubrir el costo incremental, todos debidamente descontados en cuanto a riesgo y tiempo. El que un nuevo grupo de ventas sea *incrementalmente* lucrativo,¹³⁹ no justifica ser considerado “debajo de costo” o depredatorio simplemente porque parezca que está debajo de costo al ser promediado con otros costos que ya han sido cubiertos.¹⁴⁰ Es necesario analizar más. Cuatro cuestiones se tornan relevantes:¹⁴¹

- i) El “subsidiar” los retornos inferiores en el mercado depredado con los retornos de diferentes productos o mercados geográficos.

¹³⁷ Phillip Areeda and Donald Turner, PREDATORY PRICING AND RELATED PRACTICES UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT, 88 Harvard Law Review, 697, 1995; en Terry Calvani and John Siegfried, ECONOMIC ANALYSIS AND ANTITRUST LAW, Little Brown, Boston and Toronto, Second Edition, 1988 p. 206.

¹³⁸ Areeda and Hovenkamp, ANTITRUST LAW, Vol. III, pg. 424.

¹³⁹ Es decir, sin que aparte para cubrir costos fijos.

¹⁴⁰ Id., p. 412.

¹⁴¹ Idem.

- ii) La determinación del retorno apropiado cuando una firma produce diferentes conjuntos de ventas en la misma planta o instalación, pero se alega la existencia de depredación únicamente en uno. Este problema aparece en dos especies: (1) diferentes productos producidos en una misma planta; y (2) el mismo producto vendido a diferentes grupos de clientes.
- iii) La medición de los costos variables cuando la firma produce múltiples productos en la misma planta y algunos tienen ciertos costos variables en común; y
- iv) Los efectos de la depredación de un producto en los productos sustitutos del monopolista.

Para lidiar con esta (difícil) interrogante, un experto recientemente hizo una propuesta que merece ser considerada: Adriaan Ten Kate.¹⁴²

f) Inversión depredatoria

Hay quien ha abogado por considerar como “depredatorio” el añadir nuevas instalaciones cuando anticipe que el ingreso a ser obtenido de las mismas durante su vida útil no cubrirá todos sus gastos, incluyendo un retorno normal a su inversión.¹⁴³ La proposición ha generado diferentes respuestas. Areeda y Hovenkamp concluyen que el derecho de la competencia económica debe ignorar los casos de supuesta inversión depredatoria por las siguientes razones:¹⁴⁴

- i) La creación y manutención de capacidad excesiva es demasiado costosa y el riesgo de que no logrará evitar la nueva entrada o expansión de rivales es significativo. Por ende, debería ser considerado una excepción más que una regla. La mayoría de los casos en que aparezca, con toda probabilidad involucrará instancias de errores de cálculo o reducciones de costos.
- ii) Las dificultades prácticas de intentar distinguir entre una expansión inocente y depredatoria son mucho más severas que la evaluación de precios a corto plazo.

Coincido con esta postura. Añadiría que la probabilidad de que una inversión importante sea realizada *exclusivamente* para depredar potencialmente es demasiado pequeña, dados los riesgos involucrados, como para motivar una sanción. Cuando algo ocurra que se asemeje a lo descrito por la teoría aludida, lo más probable es que lo que se esté atestigüando sea planificación competitiva con miras a capturar oportunidades futuras dados los estimados que tiene el agente económico. Si se equivoca, el mercado lo disciplinará. Ello no debe ser el género de conducta para el cual fue creado la disciplina competitiva. Sospecho además que lo más posible es quien denuncie la (supuesta) práctica es un agente económico (que probablemente enfrente demanda decreciente) que desea detener la rapacidad (léase, mayor eficiencia) de su competidor. Ello, sobra decir, no merece desprecio, si no aplauso.

¹⁴² Adriaan Ten Kate, A MULTI-PRODUCT LERNER INDEX AND ELASTICITY AGGREGATION (no editado).

¹⁴³ Id., p. 454.

¹⁴⁴ ANTITRUST LAW, Vol. III, p. 455.

6. Siguiendo los pasos europeos

Como nota final, la definición mexicana de CMT y CMV es similar (más no idéntica) a la solución europea. En *AKZO v. Commission*¹⁴⁵ la siguiente regla fue adoptada:¹⁴⁶

- Arriba de CMT: presunción de legalidad: los precios por encima de CMT se presumen inocuos . Un agente económico dominante que cobra precios arriba de CMT no será culpable de depredación.
- Precios entre CMT y CMV: un agente económico dominante que venda a menos que CMT pero arriba de CMV puede ser responsable por depredación cuando su política de precios tenga como finalidad eliminar a un competidor.
- Precios debajo de CMT: presunción de ilegalidad: se presumirá que un agente económico dominante que venda por debajo de CMV estará abusando de su posición dominante. La presunción admite prueba en contrario cuando exista una justificación objetiva por vender a precios-debajo de costo.

Dicho *test* se reiteró en un caso reciente (*Wanadoo*) así:¹⁴⁷

the Court of Justice has held, first, that prices below average variable costs must be considered prima facie abusive inasmuch as, in applying such prices, an undertaking in a dominant position is presumed to pursue no other economic objective save that of eliminating its competitors. Secondly, prices below average total costs but above average variable costs are to be considered abusive only where they are fixed in the context of a plan having the purpose of eliminating a competitor (see *AKZO v Commission*, paragraphs 70 and 71, and *Tetra Pak v Commission*, paragraph 41).

[la Corte de Justicia ha establecido, primero, que los precios por debajo de costo medio variable debe ser considerado prima facie abusivo puesto que, al aplicar dichos precios, se presume que un agente económico dominante no persigue objetivo económico distinto a eliminar a sus competidores. Segundo, los precios por debajo de costo promedio total, pero por encima de los costo promedio variable deben considerarse abusivos sólo cuando se encuentran fijados en el contexto de un plan que tenga por objeto el eliminar al competidor (ver *AKZO v. Commission*, párrafos 70 y 71, y *Tetra Pak v. Commission*, párrafo 41).]

La aplicación de dicha regla no es mecánica. Se analizan las circunstancias.¹⁴⁸

145 Caso C-62/86 [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215. ECS/AKZO, OJ [1985] L 374/1, [1986] 3 CMLR 273.

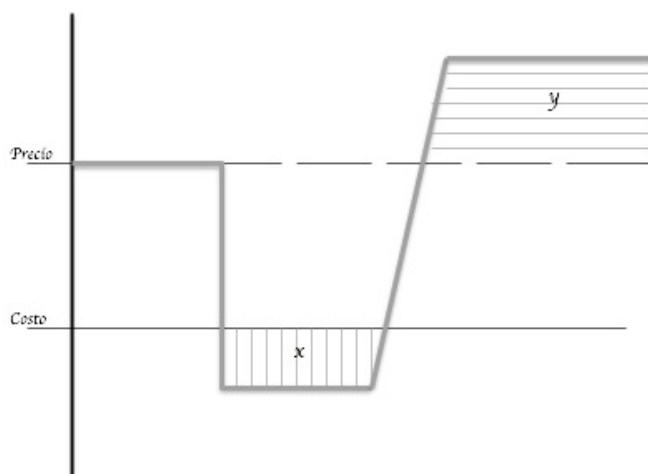
146 Whish, p. 649.

147 Case C-202/07 P, 2 de abril de 2009, ¶109.

148 *Tetra Pak v Commission* (OJ [1992] L 72/1,][1992] 4 CMLR 551) y *Wanadoo* (apelación de *France Télécom v Commission*, decisión del 16 de julio de 2006 [2005] 5 CMLR 120).

C. RECOBRO

El recobro¹⁴⁹ consiste en la recuperación (amortización) de la pérdida sufrida por la depredación (vista como inversión) después de haber desplazado al rival como resultado de los precios supra-competitivos que se pueden cobrar. Expuesto gráficamente:



Mientras que el efecto en costos de la campaña depredatoria está representado por X , el beneficio obtenido habiendo asegurado el mercado ganado (ahora cautivo) por la campaña depredatoria está representado por Y . Si Y es más grande que X ($Y > X$) entonces la inversión en depredación es sensata.

Algunas jurisdicciones (como Estados Unidos de América) requieren que el demandante que sostiene que ha existido depredación de precios demuestre que el recobro es posible.¹⁵⁰ La razón de lo anterior puede ser resumida en lo siguiente. En primer lugar, la mayoría de los mercados están competidos (*contested*) aunque sea potencialmente; por ende, en ausencia de algún factor estructural que permita el recobro post-depredatorio (como, por ejemplo, una barrera de entrada¹⁵¹), un depredador que, con posterioridad a la campaña depredatoria, busque recuperar los costos incurridos durante la misma, atraerá competencia y con ello la reducción de precios al nivel competitivo que, por definición, no

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

150 En Estados Unidos algunas cortes requieren que el demandante pruebe que (1) existe una probabilidad de que el esquema depredatorio causaría un incremento en los precios por encima de su precio competitivo; (2) sería suficiente para compensar las cantidades erogadas en la depredación, incluyendo el valor en el tiempo del dinero invertido. (Textualmente: “*a plaintiff must demonstrate that there is a likelihood [1] that the predatory scheme alleged would cause a rise in prices above a competitive level [2] that would be sufficient to compensate for the amounts expended on the predation, including the time value of the money invested in it.*” (Brooke – 509 U.S., pg. 225)).

151 La cual debe ser muy alta con la finalidad de asegurar un monopolio o, por lo menos, poder de mercado.

permiten recuperar la inversión en depredación.¹⁵² Por ello, suponiendo racionalidad, ningún agente económico haría la inversión en depredación en ausencia de algún indicio de que obtendría un retorno¹⁵³ a dicha inversión. En segundo lugar, en ausencia de recobro, el establecer precios debajo de costo no constituirá más que un regalo al consumidor.¹⁵⁴ El que dicho regalo hiera a competidores es irrelevante para efectos del derecho de la competencia económica, cuya preocupación es el *proceso competitivo*, no los *competidores*. Por consiguiente, dicho regalo no debe implicar responsabilidad bajo la legislación de competencia económica. Finalmente, un agente económico racional hace una inversión únicamente después de haber calculado si las ganancias anticipadas justifican el costo y riesgo. La inversión en depredación no es diferente. Por ello, *a priori*, la valoración que la firma debe llevar a cabo sobre la viabilidad financiera de la depredación debe tomar en cuenta:¹⁵⁵ (a) el costo de depredación; (b) el retorno del recobro; (c) el valor en el tiempo de la inversión en depredación; y (d) el riesgo de ser detectado y sancionado—y el quantum de las sanciones, hoy por hoy las más altas del sistema jurídico mexicano.¹⁵⁶ Por consiguiente, al requerir prueba de recobro las autoridades de competencia económica aseguran que no se sancione conducta competitiva ni irracional. En ausencia de la posibilidad de recobrar, lo más probable es que los precios en cuestión sean competitivos y no depredatorios. De no ser el caso, en ausencia de la posibilidad de recobro, no existirá daño al proceso competitivo y la práctica será auto-destructiva. Por ende, el derecho de la competencia económica no debe preocuparse por la misma.

Otras jurisdicciones (como Unión Europea) no lo requieren.¹⁵⁷ Como se dijo recientemente *Wanadoo*:¹⁵⁸

... contrary to what the appellant claims, it does not follow from the case-law of the Court that proof of the possibility of recoupment of losses suffered by the application, by an undertaking in a dominant position, of prices lower than a certain level of costs constitutes a necessary precondition to establishing that such a pricing policy is abusive. In particular, the Court has taken the opportunity to dispense with such proof in circumstances where the eliminatory intent of the undertaking at issue could be presumed in view of that undertaking's application of prices lower than average variable costs (see, to that effect, *Tetra Pak v Commission*, paragraph 44). ...

... the lack of any possibility of recoupment of losses is not sufficient to prevent the undertaking concerned reinforcing its dominant position, in particular, following

152 La depredación por un agente económico racional debe entenderse como una inversión riesgosa en un monopolio futuro.

153 El retorno de la “inversión depredatoria” se refiere a los precios monopólicos que sean lo suficientemente altos y duraderos como para amortizar la inversión.

154 Por ende, debería de mandar un agradecimiento (un “thank you note”) en lugar de reprochar el acto.

155 Areeda and Hovenkamp, *ANTITRUST LAW*, Vol. III, p. 279.

156 Al respecto, ver el capítulo ___ de esta obra.

157 Whish & Bailey, *COMPETITION LAW*, Novena edición, 2012, p. 745.

158 Case C-202/07 P, 2 de abril de 2009, ¶¶110 y 112.

the withdrawal from the market of one or a number of its competitors, so that the degree of competition existing on the market, already weakened precisely because of the presence of the undertaking concerned, is further reduced and customers suffer loss as a result of the limitation of the choices available to them.

[...contrario a lo que el apelante manifiesta, no se desprende de la prudencia de la Corte que la posibilidad del recobro de las pérdidas sufridas por el apelante al establecer precios por debajo de cierto nivel de costo tenga que demostrarse, por un dominante como condición necesaria para determinar que dicha política de precios es abusiva. La Corte ha pasado por alto la necesidad de demostrar dicho elemento en circunstancias en las que el intento eliminatorio del agente económico puede suponerse ante la implementación de precios por debajo de costo medio variable. (véase, *Tetra Pak v. Commission*, párrafo 44). ...

... la falta de posibilidad de recobro de pérdidas no es suficiente para prevenir que el agente económico refuerce su posición de dominancia, particularmente después de retirar del mercado a uno o a cierto número de competidores, con la finalidad de que el grado de competencia existente en el mercado, ya débil precisamente por la presencia de dicho agente económico, sea aún más reducido, y los clientes sufran pérdidas como resultado de la limitación de las opciones que tiene disponibles.]

Ante la variopinta respuesta de las dos jurisdicciones líderes, comentemos ahora lo que establece tanto el derecho como la praxis mexicana. La fracción VII del artículo 10 de la LFCE dice:

La venta sistemática de bienes o servicios a precios por debajo de su costo medio total o su venta ocasional por debajo del costo medio variable, *cuando existan elementos para presumir que estas pérdidas serán recuperadas mediante incrementos futuros de precios*, en los términos del Reglamento de esta Ley.

(énfasis añadido)

La fracción III del Artículo 10 del Reglamento de la LFCE establece:

Se presumirá que un agente económico puede recuperar las pérdidas cuando, además de contar con poder sustancial, cuente con capacidad financiera suficiente o capacidad excedente de producción, o reputación de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados en que concurre.

Mientras que la LFCE alude a indicios, el Reglamento contiene presunciones. Mientras que el primer paso me parece plausible, el segundo me genera dudas. El que la presunción esté conjugada en sentido imperativo genera la duda del tipo de presunción: *¿iuris tantum* o *iure et de iure*? Considero que debe ser *iuris tantum* a efecto de permitir escuchar lo que al respecto tiene que decir el agente económico a efecto de poder realizar una ponderación pro- y anti-competitiva exhaustiva. Dicha conveniencia se magnifica cuando se consideran los elementos que genera la presunción. Mientras algunos son plausibles como presunción en contra (por ejemplo, el historial negativo del agente económico—particularmente si existe reincidencia); otras son características que no solo son insuficientes para justificar la presunción (por ejemplo, capacidad financiera) sino que pueden ser plausibles como estrategia de negocio (vgr., capacidad ociosa).

Solía no ser parte de la definición incluida en las partes relevantes de la LFCE o su reglamento. Ello cambió con la modificación de la LFCE de 2006. 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.¹⁵⁹

En el marco de la aclaración de la postura de la CFC sobre el tema, 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 sustancialmente el precio arriba de costo.¹⁶⁰ No se hizo mención alguna a la posibilidad de recobro. En un artículo publicado en el Informe Anual de 1997,¹⁶¹ se menciona que el recobro es un elemento de la depredación de precios y se explica que la estructura del mercado y las barreras de entrada deben permitir el recobro de los costos incurridos durante la etapa de la depredación. La habilidad de obtener ganancias supra-competitivas, una vez que el objetivo haya sido logrado, debe estar presente.

Por consiguiente, la letra actual de la ley y su aplicación revelan que el elemento de recobro, que es tan importante en otras jurisdicciones,¹⁶² ha recibido poca—o nula— atención bajo el sistema mexicano de competencia económica. La teoría mexicana parece emular la versión europea de depredación de precios, que no incluye dicho elemento de recobro como uno necesario, sino que deja abierta la posibilidad de incluirlo en el análisis.¹⁶³ Aunque solía pensar que la postura mexicana de la depredación de precios adolecía de un problema con respecto al recobro,¹⁶⁴ he cambiado de opinión. Considero que lo que la CFC ha hecho es atinado: considerarlo más no exigirlo. El motivo es que hace más difícil lo que puede ser de si una acción de difícil constatación, máxime para el denunciante. Además de que existen prácticas depredatorias que pueden buscar herir sin quedar claro que exista posibilidad de recobro. (No olvidemos la definición que propongo al inicio de este capítulo: “depredación es la estrategia de negocio dirigida a lastimar o excluir rivales, en vez de crear o capturar valor”.) Por ende, exigirlo como un extremo de la

159 Particularmente, qué peso te otorga la CFC en casos *in limine*.

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

161 Francisco Javier Soto Álvarez, LA DEPEDACIÓN DE PRECIOS COMO PRÁCTICA MONOPÓLICA, Informe de Competencia Económica, 1997, pp. 147-164. Los elementos están contenidos en la página 164.

162 Algunas cortes de Estados Unidos requieren prueba de recobro como una parte crucial de la depredación (v.gr., *Matsushita v. Zenith Radio* (475 US 574 (1986)), *AA Poultry Farms Inc. v. Rose Acre Farms Inc.* (881 F 2d 1396 (1989)), *Brooke Group v. Brown Williamson Tobacco* (509 US 209 (1993))).

163 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, pp. 646-652.)

164 González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA, p. 213. El motivo era que, en la medida en que las autoridades de competencia económica dejen de tomar en cuenta el elemento de recobro en su análisis de depredación de precios, harán caso omiso de todos los factores que dicho requisito logra; en especial, no castigar precios que con toda probabilidad son competitivos, ni prácticas irracionales y auto-destructivas.

acción lo haría incompatible con un universo de conductas y prácticas que pueden darse y que merecen repudio.

D. DAÑO AL PROCESO COMPETITIVO: EL DESPLAZAMIENTO DE UN COMPETIDOR

El desplazamiento o eliminación de competidores es el objeto final de una campaña depredatoria. En la medida en que ha sido establecido que el derecho de la competencia económica no busca proteger a los *competidores* en sí, sino al *proceso competitivo*, una interrogante que puede surgir es porqué dicho desplazamiento (o daño a un competidor) sí debe motivar responsabilidad bajo la LFCE. Dicho de otra manera, *¿cuándo se convierte un daño a un competidor (por su desplazamiento) en un daño al proceso competitivo?* Respuesta: cuando el desplazamiento no ocurre como resultado de *competir* sino como resultado de *depredar*.

Un elemento necesario para la existencia de depredación de precios es que el depredador cuente con poder en un mercado definido. De lo contrario, el objetivo de la práctica no sería viable, sino auto-destructiva. 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.

Factores estructurales: La existencia de factores estructurales que acompañan o asistan la estrategia depredatoria deben ser analizados. Por ejemplo, la existencia de factores que retrasen la entrada o salida de un agente económico competidor del mercado, o que hagan que sea más costoso para que competidores (actuales o potenciales) entren al mercado dados los gastos ya incurridos (*sunk costs*) que ello implicaría. A su vez, la depredación de precios con frecuencia está acompañada de otras acciones que la refuerzan, como la invasión de derechos de propiedad, adquisición de competidores, establecimiento de barreras para fuentes de suministro, etcétera. 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” sería un factor adicional en el análisis de la depredación.

El Informe Anual de la CFC para 1996 reporta seis investigaciones de depredación de precios. En dicho contexto 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.¹⁶⁵

En el Informe Anual de 1997 la CFC estableció que las ventas por 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

¹⁶⁵ 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.)

que dañe el proceso competitivo en la producción, procesamiento, distribución y mercadeo de bienes y servicios.¹⁶⁶

166 Informe Anual de 1997, p. 72.

VII. COMENTARIO FINAL

En la primera edición de esta obra mostraba preocupación por la teoría mexicana de depredación de precios por ser sobre-sancionadora y por ende disuadir el tipo de competencia que la LFCE fue diseñada a fomentar.¹⁶⁷ Deseo ahora postular que lo que hace es tejer una red fina para permitir a la CFC capturar con la misma a agentes económicos que estén incurriendo en campañas depredatorias o en estrategias cercanas a las mismas, confiando en su capacidad para distinguir falsos positivos de falsos negativos. Como política legislativa, el paso es sano. Sin embargo, existen precauciones a tomar—que a continuación comentaré.

Las aristas que la teoría mexicana de depredación de precios propicia son: (1) los umbrales de costo para considerar si una venta es depredatoria son bajos, poniendo bajo una sombra de sospecha diversas prácticas de precios que son económicamente justificadas; (2) la clasificación de costos y criterios de distribución de costos emitidos por la CFC invitan a determinaciones *ex post facto* por la CFC de las decisiones de negocios o contables de los agentes económicos, mismos que considero que merecen deferencia; y (3) la LFCE se centra en depredación *por precios*, siendo que no es la única especie de depredación.

La depredación debe ser entendida como un tipo dúctil. Un tipo abierto. Un concepto cuya determinación no obedezca a un análisis acartonado, mecánico; de satisfacer requisitos como si fueran una lista de quehaceres, sino a la comprensión de un género de conductas que pueden cobrar muchas formas, pero que tienen una constante: no buscan crear y capturar valor, buscar infligir daño en rivales. Ello puede ocurrir de muchas maneras. Todas estas actualizan, en mi juicio, la conducta “depredar”—aunque no sea en precios.¹⁶⁸

La depredación de precios ha presentado un dilema de política legislativa en todas las jurisdicciones que han abordado el fenómeno; específicamente, la posibilidad de diseñar una regla que ataque el problema en forma apropiada, pero sin enfriar conducta competitiva. Al hacerlo, el derecho debe realizar una labor de equilibrio delicada entre los siguientes riesgos: condenar respuestas competitivas de agentes económicos dominantes, por un lado, y, por el otro, sancionar conducta exclusionaria.

La regla adoptada refleja prudencia legislativa así como confianza en la habilidad de la CFC de detectar conducta anticompetitiva y erradicarla. Considero que dicha confianza exige tomar en cuenta los mismos problemas en los que otras jurisdicciones han sucumbido y que han sido criticados por décadas, y que pueden disuadir conducta pro-competitiva. Una vertiente importante de opinión (vgr., de los jueces Posner¹⁶⁹ y Bork¹⁷⁰) considera que, no obstante que la conducta no puede ser desechada como irracional, la frecuencia con la que ocurre es cuestionable, la probabilidad de error (dada la dificultad del problema),

¹⁶⁷ González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA: ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, México, D.F., 2005, p. 196.

¹⁶⁸ Ello no quiere decir que no puedan ser perseguidas bajo la LFCE, pueden serlo bajo la fracción XI de su artículo 10.

¹⁶⁹ Posner, ANTITRUST LAW, p. 186.

¹⁷⁰ Bork, THE ANTITRUST PARADOX, p. 157.

las consecuencias de la misma (incorrectamente clasificar como depredatoria conducta competitiva), y el efecto de enfriamiento de conducta competitiva, argumentaban a favor de un umbral alto.¹⁷¹ Ello torna en importante el análisis de efectos pro- y anticompetitivos que la CFC realiza, y en relevante las lecciones del análisis económico (empírico y conceptual) más aceptado sobre este tema. A continuación sintetizo algunas agudas.¹⁷²

Una de las lecciones que arrojan los modelos estratégicos es desvirtuar la suposición, generada por McGee y que ganó eco en la mente de muchos (vgr., Bork), que la depredación siempre es más cara al depredador que la presa, y por ende es irracional, lo cual la hace de rara ocurrencia. En una serie de escenarios (frecuentemente visibles en la realidad) conducta anticompetitiva es viable y provechosa financieramente. Sin embargo, la perspectiva populista que los agentes económicos dominantes tienen un poder casi ilimitado para controlar rivales o evitar entradas al mercado carece de sustento.

No existe *un* lineamiento claro para definir conducta depredatoria que abarque todos los escenarios posibles de conducta que reduce bienestar. Los escenarios de mercado en que la depredación puede ser racional son demasiado variados como para ser vistos bajo un estándar que arroje una respuesta conclusiva sobre la práctica. Los mercados en que la depredación puede ser racional se caracterizan por información imperfecta y asimétrica, economías de escala, vínculos inter-temporales tanto de costo como ingreso, así como barreras de entrada. Ello milita a favor de una norma que procure discernimiento (lo que he llamado un tipo dúctil) en vez de una regla acordonada con elementos rígidos.

Mucho del debate sobre depredación no ha arrojado en modelos económicos apropiados para explicar cuando la depredación puede ser racional. La depredación puede ser exitosa en mercados en que los entrantes tienen mucha menos información que los incumbentes. Por ende, el análisis de las asimetrías que caracterizan el mercado puede ser importante para probar la aseveración de que la depredación ha sido racional y ha ocurrido. Al entender de muchos (me incluyo) no hay un solo caso en que esto haya sido tratado.

El enfoque en la depredación *por precios* (a diferencia de otras estrategias de depredación) es cuestionable dada la riqueza de estrategias que pueden ser empleadas por agentes económicos en sus batallas por participación de mercado.

Es necesario mayor ponderación y entendimiento de cómo las estrategias de negocios sofisticado pueden ser traducidas en estándares manejables. Pero ello debe comenzar con reconocer esto para abrir los ojos a dicha posibilidad. Es éste el sincero objetivo de este capítulo.

171 En la primera edición de esta obra indiqué que hubiera sido conveniente utilizar un umbral más alto. (González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA: ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, México, D.F., 2005, p. 197.)

172 Estas observaciones se nutren *inter alia* de Ordover & Saloner, p. 591 y 592.

Casos de Depredación de Precios

Número de expediente	Agente económico	Mercado	Fecha de inicio	Fecha de resolución	Resultado
DE-044-2006	Sepsa Custodia de Valores	Servicio de traslado y custodia de bienes o valores	14-feb-2007	31-mar-2008	Cierre
DE-033-2006	SAVI Distribuciones, S.A. de C.V. y Novo Nordisk México, S.A. de C.V.	Producción, distribución y comercialización de insulina para el sector público	11-oct-2006	26-jun-2007	Cierre
DE-031-2006	Volaris y Avolar	Servicio al público de transporte aéreo nacional regular de pasajeros	29-sep-2006	07-may-2007	Cierre
DE-003-1999	Teléfonos de México; Avantel; Alestra y Marca Tel	Servicios de acceso y de transporte interurbano	09-abr-1999	04-jul-2002	Sanción
IO-016-1996	Chicles Canel's / Chicle Adams / Grupo Warner Lambert México, S.A. de C.V.	Dulces	26-abr-1996	06-jun-2002	Sanción