

Crisis Económica Internacional y Política de Competencia en México

por

Víctor Pavón-Villamayor *

30 Julio 2009

I. INTRODUCCIÓN

El desencadenamiento de la actual crisis económica internacional ha generado un ambiente propicio para promover la relajación del combate a ciertas prácticas monopólicas como un medio para impulsar el nivel de actividad económica y la preservación del empleo. Según los proponentes de este enfoque, se hace necesario ser menos estrictos en la aplicación de la política de competencia a fin de apoyar la sobrevivencia de empresas en circunstancias críticas y mantener así el nivel de actividad en la economía. Los pronunciamientos a favor de la relajación de la política de competencia suelen tomar distintas vertientes, pero entre éstas destacan particularmente dos:

- a. el apoyo a la formación de cárteles en industrias que han sido impactadas significativamente por la crisis económica y,
- b. la aprobación de concentraciones que involucran empresas al borde de la quiebra en circunstancias en las cuales el daño a la competencia es probable.

Este documento discute la naturaleza y los méritos de estos dos argumentos, discierne algunas de sus implicaciones para el caso del régimen de competencia mexicano y, finalmente, elabora sobre algunas propuestas de reforma.

* Víctor Pavón Villamayor es doctor en economía por la Universidad de Oxford. Email: victor.pavon-villamayor@alumni-oxford.com

II. CÁRTELES

En algunos países del mundo, la operación de cárteles con el objeto de estabilizar los márgenes de ganancia que han sido afectados por una recesión económica goza de legalidad. Toda vez que la legalidad de estos acuerdos de coordinación toma lugar sólo en tiempos de crisis económica, estos esquemas de cooperación se suelen conocer bajo el nombre de “cárteles recesivos”. La figura de cártel recesivo es reconocida dentro del marco jurídico de algunos regímenes de competencia del mundo, como el de la Comunidad Europea y Japón. La legislación europea en la materia, por ejemplo, legaliza la operación de este tipo de cárteles en la Tercera Sección del Artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea en tanto que la legislación japonesa, en el artículo 24-4 de su Ley Antimonopolio, autoriza la organización de cárteles recesivos con el objeto de proteger industrias en situación de vulnerabilidad.

El simple hecho de que los cárteles recesivos sean reconocidos dentro del aparato legal de distintos países del mundo no significa necesariamente que éstos sean económicamente eficientes o, incluso, que permitan alcanzar los objetivos de política pública que les dieron origen (v. gr., estabilizar las ganancias en una industria con el objeto de evitar el cierre de empresas). De hecho, la noción de que una política más flexible en materia de cárteles en tiempos de crisis representa un medio para mejorar los prospectos de recuperación económica es cuestionable. En el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, la evidencia empírica sugiere lo contrario: la lenta recuperación de la economía estadounidense observada con posterioridad al crack de 1929 puede ser atribuida en gran medida a la relajación de las restricciones legales que limitaban la organización de cárteles durante la década de 1930. En particular, se ha encontrado que la instrumentación de la “*National Industrial Recovery Act*” en 1933 —que promovió la cartelización de importantes segmentos de la economía estadounidense— fue un factor clave para explicar la lentitud de la recuperación económica en las etapas posteriores a la crisis.¹ En la misma línea de razonamiento, se ha argumentado que la larga recesión que ha vivido Japón durante los últimos años puede ser atribuida, al menos parcialmente, a las políticas de promoción de cárteles recesivos en industrias en declive que ha venido promovido ese gobierno por décadas.

La principal lección para nuestro país resulta entonces clara: desde una perspectiva de largo plazo, la flexibilización de las políticas anticártel en momentos de crisis resulta sumamente costosa para la

¹ Cole y Ohanian (1999) ‘The Great Depression in the United States from a Neoclassical Perspective’; *Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review*; 23; pp 2-24. Otra investigación que comparte la misma conclusión es: Ebell, M., A. Ritschl (2008); ‘Real Origins of the Great Depression: Monopoly Power, Unions and the American Business Cycle in the 1920s’; *CEP Discussion Paper No. 876*; Centre for Economic Performance, London School of Economics.

economía en su conjunto. Si bien es cierto que la operación de cárteles recesivos puede estar asociada al “beneficio” de evitar el cierre de empresas en momentos críticos, los costos económicos de permitir su operación tienden a ser mucho más altos. En efecto, estos costos resultan particularmente elevados porque el desmantelamiento de los intereses económicos creados (rentas) como resultado de la cartelización resulta ser particularmente difícil de ejecutar en las etapas posteriores a la crisis, por lo que se limitan sustancialmente las posibilidades de una rápida recuperación sustentada en procesos intensos de innovación y dinámica competitiva. Por esta razón, la relajación de la política anticártel en momentos de crisis económica puede resultar contraproducente desde una perspectiva de largo plazo y por ello, México debe evitar caer en la tentación de su implementación.

Argumentar por la no relajación de la política anticártel en México presupone la existencia de un régimen de competencia con capacidad para combatir con cierta efectividad la operación de cárteles. Es un hecho, sin embargo, que nuestro actual régimen jurídico no permite un combate efectivo contra estas prácticas monopólicas, por lo que incluso antes que plantear la no relajación de la política anticártel en nuestro país, resulta mucho más pertinente plantear una serie de reformas que permitan mejorar su operación. En los últimos meses, en particular, el tema de las sanciones monetarias a las empresas que participan en un cártel ha sido un tema recurrente en nuestro país, como lo ilustra la iniciativa de reforma a la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) que ha sido presentada recientemente en el Senado de la República.² El importante tema de las sanciones por violaciones al régimen de competencia mexicano queda, sin embargo, fuera del contexto de nuestra presente discusión por lo que se abordará en un documento independiente.

III. CONCENTRACIONES

Una de las consecuencias inmediatas del desencadenamiento de una crisis económica es la quiebra de empresas. La inviabilidad económica de una empresa conforme se desarrolla la crisis podría significar su eventual salida de la industria y, en consecuencia, la generación de restricciones en la oferta que se pudieran traducir en incrementos sustantivos en el nivel de precios que enfrentan tanto los consumidores como las empresas que demandan insumos. Con el fin de contener los efectos nocivos de la salida de empresas sobre el estado de la competencia, algunas jurisdicciones han reconocido la figura de “*Failing Firm Defense*” (FFD) como una medida de ‘última instancia’ para aminorar los impactos de la crisis sobre el *status quo* competitivo. En particular, la FFD consiste en la autorización de concentraciones que involucran empresas al borde de la quiebra aún cuando la

² “Proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica” presentada por el Senador Santiago Creel en el Senado de la República el 21 de abril de 2009.

concentración de activos a la que se da paso incrementa significativamente el poder de mercado. La determinación de los efectos anticompetitivos de una posible concentración representa la primera parte del proceso de evaluación que conduce a la aplicación adecuada de la doctrina FFD ya que establece el primer escenario de comparación: las condiciones de competencia que prevalecerían en una situación sin destrucción de activos. El segundo escenario deriva de una evaluación cuidadosa de los efectos anticompetitivos que derivan de una salida *efectiva* de los activos productivos de la empresa en problemas. La doctrina FFD presume que, en cualquiera de estos dos escenarios, el estado de la competencia en la industria se deteriora respecto al *status quo* competitivo, pero que los efectos anticompetitivos de aprobar la concentración son menores que los asociados al bloqueo de la transacción. La mayoría de las jurisdicciones que reconocen la FFD como un instrumento válido de la política de competencia restringen su aplicabilidad al cumplimiento de las siguientes cuatro condiciones:³

1. La empresa vulnerable es incapaz de enfrentar sus obligaciones financieras en el corto plazo;
2. La empresa vulnerable es incapaz de reorganizarse en un tiempo razonable de manera exitosa;
3. Es posible demostrar que la empresa vulnerable ha venido realizando esfuerzos genuinos, aunque poco exitosos, por mantener sus activos tangibles e intangibles en operación a través de la exploración de otras opciones de organización industrial que pudiesen generar un menor daño al proceso de competencia que la concentración de activos propuesta, y
4. Es posible demostrar de manera convincente que, en ausencia de la concentración, los activos de la empresa vulnerable saldrían del mercado relevante.

Una solicitud típica de autorización de una concentración bajo la doctrina FFD inicia con la aseveración de que la empresa concentrada puede sobrevivir sin mayores problemas pero que, en ausencia de la concentración, la empresa vulnerable estará obligada a salir de la industria. Dado que en el corto plazo —sea a través de la autorización de la concentración o la quiebra de la empresa vulnerable— se observará una empresa menos en la industria, se argumenta que la concentración es *neutral*, ex post, respecto al número de empresas en la industria. Esta línea de argumentación es

³ Ver la sección 5.1 de las '*Horizontal Merger Guidelines*' de los Estados Unidos y la sección 92 de la *Competition Act* canadiense.

frecuentemente complementada con el anuncio de ganancias en eficiencia intrínsecas a la transacción.⁴

El marco jurídico de la competencia en México no reconoce explícitamente la figura de FFD aunque, en los hechos, la Comisión Federal de Competencia (CFC) ha empleado los criterios de esta doctrina para autorizar concentraciones en el pasado. En 2001, por ejemplo, la CFC autorizó la adquisición de *Mundet* por parte de *FEMSA* a pesar que la participación de mercado de esta última empresa en la industria de bebidas carbonatadas ascendía, ex ante, a 67% en tanto que su más cercano competidor poseía una participación cercana al 19%. Asimismo, la industria estaba caracterizada por significativas barreras a la entrada derivadas de los altos gastos en publicidad y el alto costo asociado al desarrollo y mantenimiento de redes de distribución. La aprobación de la transacción se fundamentó, sin embargo, en el cumplimiento de los criterios asociados a la doctrina FFD, esto es: la evidencia de que *Mundet* había realizado esfuerzos serios por vender su marca a un amplio número de agentes económicos distintos a *FEMSA* sin éxito y de que, en ausencia de la concentración, *Mundet* no tendría otra alternativa más que salir del mercado.

Otro aspecto importante del impacto de la crisis económica sobre la política de concentraciones se refiere a la rapidez con la que las autoridades de competencia estarán obligadas a evaluar y, en su caso, aprobar este tipo de transacciones. La razón es que, en un entorno de crisis económica, la aprobación de una concentración y/o adquisición podría ser de vida o muerte para las empresas involucradas, por lo que se requieren tiempos de reacción (gubernamental) inmediata. Ante esta situación, las autoridades de competencia deberán estar preparadas para evaluar *ex post* un mayor número de reclamaciones por abuso de poder de mercado ya que el riesgo de autorizar operaciones que representan riesgos importantes a la competencia con tiempos de evaluación restringidos —la velocidad con la que se requerirán autorizar fusiones y/o adquisiciones de empresas en problemas no permitiría realizar una evaluación cuidadosa de sus efectos anticompetitivos— es mucho mayor. En este tema de revisión *ex post* de concentraciones, el régimen de competencia canadiense es un buen referente. En esa jurisdicción, la sección 97 de la *Competition Act* otorga atribuciones a las autoridades de competencia para revertir una concentración hasta un año después de que ésta se haya materializado —hasta el primer trimestre de 2009, este período comprendía tres años.⁵ En cierto sentido, este régimen de competencia contiene una “válvula de seguridad” que permite a las partes cerrar operaciones de acuerdo a sus tiempos, pero condicionadas al derecho de la autoridad a investigar y, en su caso sancionar, *ex post* transacciones que son nocivas a la competencia.

⁴ Heyer, K., Kimmel, S. (2009); ‘Merger Review of Firms in Financial Distress’; *Economic Analysis Group Discussion Paper EAG 09-1*; Antitrust Division, US Department of Justice, Marzo 2009, Washington, D. C.

⁵ Addy, G., A. Banicevic, M. Katz (2008); ‘Antitrust Legislation and Policy in a Global Economic Crisis – A Canadian Perspective’; *Competition Policy International*, Diciembre 2008.

IV. ¿MAYOR LAXITUD EN LA POLITICA DE CONCENTRACIONES? EL CASO DE LA INDUSTRIA AEREA EN MEXICO

El impacto de la actual crisis económica internacional en nuestro territorio ha planteado la necesidad de hacer un uso más intensivo de la doctrina FFD en México. En la industria aérea, en particular, un diario de circulación nacional reportó recientemente que:

*“Para evitar la eventual quiebra de una de las dos aerolíneas bandera del país, Grupo Mexicana de Aviación sugirió una fusión total con Aeroméxico...En entrevista, el directivo [de Grupo Mexicana] recordó que...las condiciones económicas actuales deberán propiciar más flexibilidad de parte del organismo antimonopolios”.*⁶

Parecería ser entonces que la posible concentración entre las aerolíneas *Mexicana* y *Aeroméxico* se plantea precisamente en términos de la doctrina FFD: una medida que evitaría la quiebra de, al menos, una de las mayores aerolíneas comerciales de México.⁷ Sin embargo, una aplicación apropiada de la doctrina FFD al caso aéreo en México sólo puede concebirse en un contexto en el cual existe un riesgo inminente de que los activos productivos de las aerolíneas en problemas abandonen la industria en ausencia de la concentración. En estos momentos, no está claro que ese sea el escenario que enfrenta alguna de estas dos aerolíneas comerciales. Si bien los efectos de la recesión económica —y, en las últimas semanas, el impacto de la crisis epidemiológica— ha reducido el nivel de actividad de estas aerolíneas, pareciera ser que su quiebra esta aún lejos de producirse.⁸ Las actuales negociaciones para evaluar una posible concentración entre estas dos aerolíneas parece obedecer más al análisis de los beneficios que derivarían de la opción —pero no la obligación— de concentrar a las empresas y acceder a un paquete de apoyo financiero de 3,000 millones de pesos que las autoridades federales han puesto a disposición del sector aeronáutico condicionado a observar una reestructuración de la industria. En suma, todo parece indicar que una posible concentración entre *Mexicana* y *Aeroméxico* tendrá que evaluarse bajo los parámetros de una concentración convencional y no bajo el marco analítico de la doctrina FFD.

La discusión sobre los fundamentos económicos que podrían justificar una posible concentración entre las dos principales aerolíneas comerciales en México plantea claramente la necesidad de que nuestro marco jurídico reconozca explícitamente la doctrina FFD y establezca claramente el conjunto de condiciones que deben satisfacerse para apelar a su aplicación. Una posibilidad es que el artículo

⁶ “Mexicana va por una fusión total con Aeroméxico” *Milenio* (página 26), 29 abril 2009.

⁷ Es digno de destacar que la CFC ya posee un buen conocimiento de los posibles impactos anticompetitivos a los que daría lugar la aprobación de esta transacción ya que, el 4 de octubre de 2000, la misma CFC recomendó que las empresas integrantes de la Corporación Internacional de Transportación Aérea (Cintra) —*Mexicana* y *Aeroméxico*— deberían venderse por separado toda vez que una venta conjunta generaría un agente económico con el poder y los incentivos para fijar unilateralmente tarifas, desplazar competidores y erigir barreras de entrada a la competencia.

⁸ ¿Quebrará Aeroméxico? *Excélsior*, 9 julio 2009.

16 de la LFCE establezca no sólo la atribución de la CFC para impugnar y sancionar concentraciones cuyo efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia, sino que también establezca las atribuciones de esta autoridad para aprobar concentraciones que si bien disminuyen o dañan el estado actual de la competencia, su daño es menor que el causado por la prohibición de esta transacción. La determinación de las condiciones específicas que deberán satisfacerse para apelar a la doctrina FFD en México podría introducirse a partir de una adición al apartado V del artículo 18 de la misma ley. En particular, este apartado deberá establecer que para determinar si una concentración puede ser impugnada o sancionada, la CFC deberá considerar no sólo los elementos que los agentes económicos puedan acreditar para demostrar la mayor eficiencia en el mercado que derivaría de la concentración y que inciden favorablemente en la competencia, sino también aquellos elementos acreditados por las partes para demostrar *convincentemente* que el daño a la competencia derivado de la concentración es menor que el que derivaría de no autorizar la transacción. Toda vez que el mismo apartado V ya establece que el Reglamento de la LFCE establecerá los términos y condiciones necesarios para acreditar ante la CFC los elementos antes indicados, la especificación de las condiciones particulares para la aplicación de la FFD deberá establecerse en el artículo 16 del Reglamento de la LFCE.

Es posible que el actual entorno económico por el que transita en la actualidad la economía mexicana genere un mayor número de aplicaciones de concentraciones bajo el amparo de la doctrina FFD. Sin embargo, la adversidad de las actuales circunstancias económicas no debe ser justificante para relajar los criterios bajo los cuales se aplica esta doctrina y por ello es importante que la regulación de competencia mexicana cuente con unos criterios de aplicación claros y bien definidos.

Por otra parte, una posible concentración entre *Aeroméxico* y *Mexicana* muestra que quizá sería recomendable que el régimen de competencia mexicano incorpore formalmente en su proceso de evaluación de concentraciones un mecanismo de revisión *ex post*. En principio, un mecanismo 'informal' de evaluación *ex post* de concentraciones no es ajeno al régimen de competencia mexicano, como lo ilustra el proceso de creación y liquidación de Cintra. El siguiente cuadro tiene por objeto ilustrar el cercano paralelismo existente entre un mecanismo de evaluación *ex post* de concentraciones y el proceso de creación y desintegración de Cintra, que para todos los efectos representó una concentración de carácter público.⁹

⁹ Ver "Caso Cintra: Resolución sobre su Venta", Comisión Federal de Competencia, México.

Evaluación ex post de Concentraciones y Cintra

Proceso de Evaluación ex post de Concentraciones en casos de Error Tipo II	Proceso de Creación y Liquidación de Cintra
I. La concentración se autoriza <i>ipso facto</i> ante la necesidad de evitar la quiebra de una de las empresas.	I. Se aprueba la creación de Cintra en 1995 con el objeto de proceder a la reestructuración financiera de las aerolíneas y evitar su quiebra.
II. Los efectos competitivos de la concentración son evaluados ex post por las autoridades y se concluye que la transacción es dañina a la competencia.	II. La CFC evalúa continuamente el desarrollo del mercado aéreo y concluye que Cintra ha adquirido una posición dominante en ese mercado, por lo que sus tarifas son mayores a las que prevalecerían en una situación de competencia efectiva.
III. La concentración es revertida.	III. La CFC recomienda que las subsidiarias de Cintra se vendan de manera independiente, liquidando (desintegrando) así a la empresa controladora.

Nota: Un error tipo II se refiere a un escenario en el cual las autoridades de competencia aprueban, por error, una transacción que tiene una alta probabilidad de generar efectos nocivos sobre la competencia.

El cuadro anterior muestra como la realización de una evaluación ex post de una concentración no es completamente ajena al régimen de competencia mexicano, aunque debe reconocerse que en este caso una evaluación ex ante de la operación estaba fuera del alcance de las autoridades de competencia por razones de interés público. En materia de los mecanismos ‘formales’ de evaluación ex post de concentraciones en México, la LFCE establece en su artículo 22 que:

“No podrán ser investigadas con base en esta Ley las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa o bien cuando la resolución haya quedado sujeta a condiciones posteriores y las mismas no se hayan cumplido en el plazo establecido para tal efecto. Tampoco podrán ser investigadas las concentraciones que no requieran ser previamente notificadas, una vez transcurrido un año de su realización”.¹⁰

En lo referente a este artículo, dos puntos son dignos de destacar. En primer lugar, su contenido excluye completamente la posibilidad de que las autoridades de competencia puedan cometer un error de tipo II, esto es, aprobar erróneamente una concentración con efectos nocivos sobre el estado de la competencia. En particular, no queda claro cual sería el procedimiento legal a seguir en caso de que CFC encontrase, ex post, que la concentración autorizada resultó finalmente dañina del *status quo* competitivo. En segundo lugar, el artículo 22 establece que la CFC se reserva el derecho de investigar concentraciones no notificadas en plazos menores a un año. Si bien esto representa ya un mecanismo de evaluación ex post de ciertas concentraciones, la instrumentación de un

¹⁰ Artículo 22 de la Ley Federal de Competencia Económica.

mecanismo más amplio de evaluación no debiera descartarse. En particular, este mecanismo podría ser introducido como una extensión natural de este último precepto legal y consistiría en establecer la atribución de la CFC para otorgar autorizaciones de concentraciones *condicionadas* al derecho de la autoridad para investigarlas y sancionarlas, *ex post*, durante un período de tiempo determinado. Es probable que en contra de la instauración de este tipo de mecanismo se argumente la generación de incertidumbre del lado de las empresas concentradas, toda vez que el riesgo de contravenir la legalidad de la operación en un futuro estaría latente. Un análisis más cuidadoso de esta propuesta deja sin contenido esta objeción, ya que la autorización de concentraciones condicionadas genera un “*screening device*” que induce a las empresas involucradas en concentraciones pro-competencia a aceptar autorizaciones condicionadas sin mayores problemas y a las empresas implicadas en concentraciones anticompetitivas a rechazarlas.

IV. RECOMENDACIONES

La actual crisis económica internacional impone importantes retos a la política antimonopolios en nuestro país, de ahí que sea necesario contar con un régimen de competencia económica más sólido, sustentado en las mejores prácticas internacionales y en un diseño inteligente de reformas. En particular, este trabajo ha propuesto un catálogo de tres recomendaciones puntuales tendiente a mejorar la calidad del régimen de competencia en México en un entorno crítico como el actual, a saber:

1. Conservar una política anticártel estricta durante la parte descendente del ciclo económico e incluso, mejorar su efectividad toda vez la velocidad de la recuperación dependerá de manera fundamental de este factor..
2. Reformar el marco jurídico de la competencia en México para reconocer explícitamente la figura de FFD y determinar con claridad el conjunto de condiciones bajo las cuales es factible su aplicación.
3. Instrumentar un mecanismo de evaluación *ex post* de concentraciones en México a partir del establecimiento de la atribución de la CFC para otorgar autorizaciones de concentraciones *condicionadas*.