



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

LA EFICACIA DE LA NORMA JURÍDICA EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

TESIS QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA:

LIC. SARA ITZEL GUEVARA LÓPEZ

TUTOR: DR. CARLOS FRANCISCO QUINTANA ROLDÁN

POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO

CIUDAD UNIVERSITARIA, Cd. Mx, MAYO 2016.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

LA EFICACIA DE LA NORMA JURÍDICA EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

Capítulo I Derecho y Economía

1.1. Lenguaje e instrumentos compartidos	pág. 6
1.2. El bienestar	pág. 8
1.3. Las consecuencias de las ineficiencias del mercado sobre el bienestar	pág. 11
1.4 Las prácticas en contra de la libre competencia	pág. 13
1.5. Determinación del poder sustancial y preponderante	pág. 17

Capítulo II Monopolios y competencia.

2.1. Disposiciones constitucionales antimonopolio anteriores a la Constitución de 1917	pág. 20
2.2. La Constitución Política de 1917 y leyes antimonopolio que precedieron a la Ley Federal de Competencia Económica	pág. 21
2.3. Criterios del Poder Judicial anteriores a la LFCE	pág. 22
2.4. Ley Federal de Competencia Económica de 1992	pág. 24

Capítulo III. Marco Normativo de la competencia económica

3.1. “El Capítulo Económico de la Constitución”	pág. 30
3.2. Los principios liberales.	pág. 35

3.3. El Artículo 133 Constitucional.	pág. 39
3.4. La Reforma Constitucional de 2013	pág. 40
3.5. Legislación secundaria y complementaria	pág. 42

Capítulo IV

La Ley Federal de Competencia Económica y sus sanciones.

4.1. Objeto, Sujeto y Definiciones	pág. 57
4.2. Excepciones a las prácticas monopólicas	pág. 58
4.3. La Comisión Federal de Competencia Económica	pág. 59
4.4. Prohibición de Conductas Anticompetitivas	pág. 68
4.5. Medidas de Apremio	pág. 73
4.6. Multas y Sanciones	pág. 73
4.7. Sanción de Desincorporación	pág. 77
4.8. Cumplimiento y Ejecución de las Resoluciones	pág. 78
4.9. La Reparación de los Daños y Perjuicios	pág. 79
4.10. Prescripción y Medidas Cautelares	pág. 79

Capítulo V

La competencia económica en otras regiones

5.1. El Derecho de la Competencia en Estados Unidos de América	pág. 81
5.2. El Derecho de la Competencia en La Unión Europea	pág. 103
5.3. El Derecho de la Competencia en América Latina	pág. 115

Conclusiones

Mesografía

INTRODUCCIÓN

La competencia económica es la rivalidad que se genera entre los agentes económicos que compiten por un mercado para vender sus bienes o servicios. Por su parte, se entiende como libre concurrencia a la posibilidad que tienen las empresas para participar y competir en el mercado, en las mismas condiciones que las demás. Estos dos conceptos se conocen en conjunto como: competencia económica y libre participación (o concurrencia) en el mercado.

En la competencia económica y en la libre concurrencia los agentes económicos toman decisiones de negocios, aplican estrategias comerciales y realizan acciones para ser más eficientes, reducir sus costos, aumentar sus ganancias y colocarse en mejor posición en el mercado. Por lo general, estas actividades, de competencia son normalmente positivas para el mercado y los consumidores, puesto que los agentes económicos se empeñan en ofrecer mayor calidad de sus productos, mejorarlos y ofrecer precios más atractivos al consumidor.

No obstante lo positivo de la competencia y libre concurrencia en los mercados, en ocasiones, existen acuerdos y decisiones de negocios que en lugar de causar dicho efecto, provocan todo lo contrario, ya que estos acuerdos, tienen el objeto o provocan el efecto de limitar o restringir la participación de otros competidores y consolidar y expandir sus ventajas en determinado mercado, que traen como consecuencias perjuicios al proceso de libre mercado para otros agentes económicos e impactan negativamente en la capacidad de compra de los consumidores. Estas conductas se conocen como: *prácticas monopólicas*.

En nuestro país las prácticas monopólicas realizadas por cualquier agente económico son prohibidas y sancionadas por el Estado; este principio rector de la actividad económica se encuentra previsto, específicamente, en el Artículo 28 Constitucional y de él se deriva su ley reglamentaria: La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE). Es importante destacar que LFCE no prohíbe, limita o castiga conductas de los agentes económicos que son consecuencia natural del proceso de competencia y libre concurrencia, sino sólo aquellas que se consideran prácticas monopólicas.

La presente tesis de maestría, pretende ser una investigación exhaustiva sobre el tema de la eficacia de la norma jurídica en la materia de competencia económica y la libre concurrencia, así como del marco normativo que las regula. La investigación inicia con una pregunta esencial que vincula al Derecho y la Economía: ¿Qué tan eficaz es la norma jurídica para incentivar o reprimir determinadas conductas de los agentes económicos?

Este dilema entre crecimiento económico y limitaciones jurídicas nos plantea diversas cuestiones que en el desarrollo propio de esta investigación, analizaremos y propondremos sus respectivas respuestas: a continuación se plantean sólo algunas de las más importantes interrogantes: ¿hasta dónde es conveniente establecer límites a las empresas en sus actividades económicas? ¿Debe el Estado asumir la responsabilidad de procurar y mantener un equilibrio entre los participantes de un mercado? ¿Es la imposición de sanciones el camino que se debe seguir para alcanzar este equilibrio? ¿Es mediante la imposición de normas jurídicas como se puede lograr equilibrio en el mercado?

Las respuestas a la pregunta central y a las accesorias están en el cuerpo de esta investigación.

El tema de la competencia económica ha tomado especial interés en los estudiosos de las ciencias sociales. El derecho, la economía e, incluso, la Ciencia Política comparten el privilegio de considerar este tópico dentro de sus respectivos campos de actividad. Particularmente en México, en los últimos años se ha llevado a los ámbitos académicos, profesionales, empresariales y de la práctica política. Parece ser un tema novedoso; sin embargo, su tratamiento formal en sus aspectos teórico y práctico tiene más de un siglo.

Aunque el tema en comento, se discute, y analiza con gran frecuencia, la literatura especializada, producto de la investigación resulta escaso, particularmente, en nuestro país. Le ha correspondido en especial a la propia autoridad encargada de vigilar y aplicar el marco normativo en la materia publicar diversos documentos relacionados con este tópico; se pondera la actividad de la Universidad Nacional Autónoma de México quien ha puesto, como en otros temas de gran relevancia, especial atención.

El objeto de la presente investigación es resolver el dilema que se presenta: por un lado, entre el crecimiento de las empresas y de los sectores económicos -conductas que aconseja el propio modelo capitalista- y, por el otro, las limitantes normativas que impone

un esquema de derecho para establecer hasta qué nivel pueden o deben llegar dichas actividades. Este choque se da, porque los modelos económicos aconsejan, prescriben que el objeto final de una empresa es la de alcanzar, cada vez más, mayor eficacia y eficiencia en sus procesos productivos con la mira puesta, siempre, en obtener rendimientos; sin embargo, ahora los esquemas jurídicos de los países que organizan su economía bajo el modelo capitalista, procuran, no siempre con mucho éxito, establecer límites a las conductas que conduzcan a la obtención de ventajas y condiciones por arriba del resto de sus competidores.

Para analizar este dilema, y las preguntas planteadas, enfocaremos nuestra investigación hacia el caso mexicano, que particularmente resulta interesante e ilustrativo, sobre todo para países llamados “emergentes”, que procuran por una parte un crecimiento económico acelerado y, por la otra, sus esquemas jurídicos frenan y limitan las actividades de aquellas empresas que han alcanzado algún nivel de relevancia en sus respectivos mercados.

Aunado a lo anterior, la globalización de los mercados exige e impacta a las naciones, al imponer modelos de competencia que limiten la presencia dominante de alguna empresa o grupo de ellas en un ámbito económico determinado. El fenómeno globalizador debe comprenderse como una consecuencia de los procesos de la liberalización de los mercados. Ahora es muy común observar el libre tránsito de mercancías, capitales y, en muchos casos, de personas. Es así, como las decisiones que se toman en una nación afectan de forma directa e inmediata en otras. Uno de los elementos consubstanciales en los modelos capitalistas modernos lo constituye el tema de la competencia. Resulta altamente importante considerar a la competencia económica como elemento esencial en los modelos capitalistas.

El trabajo que ahora se presenta le otorga al tema de competencia económica un doble análisis: el jurídico y el, propiamente, económico, sin olvidar sus consecuencias de orden político. Bajo un enfoque multidisciplinario, toma y analiza las distintas ópticas de los actores en esta materia.

Adicionalmente, esta tesis de grado atiende el momento que vive la política pública en materia de competencia económica. Las reformas y adiciones al marco jurídico han sido abundantes y frecuentes en los años recientes.

Tomando en consideración que el objetivo principal de la presente investigación es el de aportar un trabajo que cumpla con el requisito de ser útil a la comunidad universitaria, tanto a los jóvenes estudiantes que se interesen en esta materia, como a aquellos docentes e investigadores relacionados con este tema. Consecuentemente, en la búsqueda de este sentido utilitario, el libro se ha planteado en diversos capítulos que pretenden establecer un orden lógico en el desarrollo de los diversos temas que lo integran.

En este trabajo se aborda el tema del Estado y su responsabilidad como rector del desarrollo nacional, que se desprende del mandato constitucional. De este precepto legal surge el Derecho Económico, como aquella disciplina de la Ciencia del Derecho que estudia las normas jurídicas que regulan la presencia y las formas de intervención del Estado en la Economía.

La norma jurídica de la competencia económica tiene sus orígenes formales en la lucha del pensamiento liberal en contra de los abusos del poder; es decir los privilegios que otorgaban los monarcas a ciertas personas para desarrollar actividades económicas en forma exclusiva. La Constitución de Cádiz (1812) ya incorporaba preceptos sobre estos temas.

Para abordar el tema de las normas jurídicas en materia de competencia económica, es menester analizar sus aspectos económicos, para ello se incorporan dichos elementos, con el fin de que el estudio jurídico que se realiza posteriormente se lleve a cabo con base en un conocimiento sobre la conformación, funcionamiento y el comportamiento de los diversos mercados de bienes y servicios.

El Derecho Económico en México es producto del mandato constitucional previsto en el Artículo 25 de dicho cuerpo legislativo, desde el momento en que responsabiliza al Estado del desarrollo nacional; adicionalmente la Constitución mexicana contiene principios y mandatos en materia económica que complementan este precepto normativo; en particular, el Artículo 28 Constitucional, entre otros tópicos, establece la prohibición de los

monopolios y todas aquellas prácticas que impidan o limiten la libre competencia o que causen un perjuicio a los consumidores. Es precisamente de este principio constitucional del cual se deriva la Ley Federal de Competencia Económica, como disposición regulatoria de estos principios fundamentales, cuya aparición, desarrollo y relación con otros cuerpos normativos se estudia en la presente investigación.

Las llamadas prácticas monopólicas relativas; que en realidad se trata de estrategias que los propios agentes económicos diseñan y desarrollan para participar en competencia económica; sin embargo, la legislación en la materia condena dichas prácticas cuando el agente económico que las lleva a cabo tiene o toma una dominancia en el mercado de que se trate y prevé los castigos para el caso en que se llenen los supuestos normativos para tipificarlos.

Las conductas ilícitas que despliegan los agentes económicos, la legislación mexicana en materia de competencia económica las sanciona con severidad, castigos que imponen multas, la desintegración de los agentes económicos e, incluso, la prisión. Como todo acto de autoridad, cualquier gobernado, en este caso los agentes económicos, tiene diversos medios de defensa. Desde recursos administrativos, juicios ordinarios y también el amparo; Estos medios de defensa también se analizan.

Otras experiencias nacionales en materia de competencia económica. Especialmente de las naciones con las que nuestro país tiene importantes relaciones económicas se tocan en la presente tesis.

En grande trazos, este es el contenido del presente estudio, se espera sea de utilidad a los especialistas en el tema y aquellas personas que sin serlo, tienen un interés particular sobre el tema de la competencia económica, sus orígenes, evolución y su utilidad para la sociedad en su conjunto.

CIUDAD UNIVERSITARIA, MAYO DE 2016

CAPÍTULO I DERECHO Y ECONOMÍA

1.1. Lenguaje e instrumentos compartidos.

En las sociedades modernas los temas económicos se han convertido, cada vez con mayor intensidad, en fuente de derecho, en su más amplio significado. El estudio y análisis de las conductas humanas, individuales y colectivas, en su desempeño dentro de las actividades económicas, establecen parámetros que se convierten en reglas de derecho y cuya transgresión merece una sanción, al igual que las otras normas de derecho positivo.

Estos temas económicos, convertidos en norma jurídica, al igual que todo el andamiaje jurídico, evolucionan y se adapta a las nuevas condiciones de la realidad económica que las genera y cuya existencia justifica. Los modelos de producción capitalista se sostienen en *principios*¹, que se han convertido en verdades filosóficas indispensables para el diseño y operación de los Estados.

Dichos *principios* se basan fundamentalmente en el pensamiento liberal: tal como la libertad de profesión, de asociación, libertad de tránsito de mercancías, de capitales y personas para obtener lucro y ser propietario. Mismos que se han convertido en norma jurídica, incluso con la calidad de derecho humano y/o garantía individual. Ahora bien, estas libertades no son irrestrictas, el acceso a una actividad económica y su libre ejercicio están limitadas por el régimen de obligaciones normativas y por la responsabilidad del Estado de su adecuada conducción, con el fin de alcanzar objetivos de bienestar colectivo y que es del interés del Derecho Económico en lo general y del derecho de la competencia en lo particular.

En principio, los legisladores han tenido el reto de comprender el fenómeno económico para diseñar normas que regulen dichas actividades; y, posteriormente los juzgadores, para resolver los conflictos que se presentan, por su propia naturaleza, cuando las personas entran en conflicto por razones de esta índole.

¹ Los *principios* sobre los que se fundamenta la economía parten de la hipótesis del comportamiento racional de los agentes económicos.

Bajo estas circunstancias la economía y el derecho actúan simultáneamente para brindar a los agentes económicos las mejores condiciones de competencia y, en el caso de conflicto, la mejor solución. De esta manera, diversos aspectos económicos se han convertido, formalmente en reglas de derecho. Situación que hace a estas dos disciplinas convergentes. Conceptos como: eficiencia económica; regla de la razón; actividad preponderante; poder sustancial de mercado; entre otros, se han convertido en criterios jurídicos, para determinar los límites de las conductas económicas de los individuos, sociedades e, incluso, del Estado.

En la materia de Derecho Económico y particularmente en el Derecho de la Competencia, México tiene una breve experiencia, en el transcurso de sólo dos décadas ha intentado diversos caminos para buscar condiciones de equidad en la competencia entre los diversos agentes económicos, intentos que se han visto en la necesidad de ser re-direccionados, por las definiciones de política pública y el propio desarrollo económico de la nación.

Hasta los años ochenta, México tenía un modelo económico “cerrado”; es decir, se protegía a los productores nacionales, con el ánimo de desarrollar una estructura productiva nacional; una fuerte intervención del Estado en la economía; y, una gran dependencia de las finanzas públicas de las exportaciones petroleras. Es a partir de la reforma constitucional de 1983, que México ingresó al *General Agreement on Tariff and Trade* GATT² (Acuerdo General sobre aranceles aduaneros y comercio) y así mismo suscribió el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN)³ (North American Free Trade Agreement), que dicho modelo se modifica y se comienzan a tomar decisiones para transforman las políticas públicas y el modelo económico nacional; se privatizaron casi todas las empresas públicas; los esfuerzos se encaminaron para convertirnos en un país exportador; con equilibrio en las finanzas públicas y un nuevo marco legal para la actividad económica.

² México se incorporó al *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*, mediante la firma del protocolo correspondiente el 24 de agosto de 1986, mismo que fue ratificado por el Senado de la República el 11 de septiembre del mismo año.

³ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (NAFTA), fue suscrito el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigor el 1° de diciembre de 1994.

Dentro de estos cambios destaca, especialmente, el tema del marco regulatorio de la competencia económica. Toda vez que se diseñó una ley reglamentaria del artículo 28 Constitucional en la materia y se integró un organismo especializado en el tema⁴.

Para el legislador, el tema central en la legislación de competencia es el de regular el poder sustancial de mercado; esta es la capacidad que tiene un agente económico para determinar los precios de determinado bien y/o servicio en su propio beneficio; sin que sus competidores puedan contrarrestar dicha acción. La consecuencia natural de este poder sustancial de mercado provocaría una concentración de los agentes económicos participantes, provocando necesariamente una práctica desleal. En los mercados más concentrados, los agentes económicos tienen mayores posibilidades de alcanzar beneficios superiores que el resto de sus participantes, provocando, a su vez, deterioro entre los consumidores o usuarios de sus bienes y servicios, al tener que pagar precios que no obedecen a la estructura de costos y no pueden prescindir de ellos.

Es en este y otros temas donde el derecho y la economía actúan de manera conjunta; observamos fenómenos técnicos de una y otra disciplina, cuando el lenguaje de una se traslada a la otra y viceversa; sus herramientas de análisis y estudio se comparten y ofrecen resultados en común.

1.2. El bienestar.

El bienestar es una condición subjetiva; este concepto varía de nación a nación e, incluso de individuo a individuo; sin embargo, todos podemos imaginarnos lo que es una condición de bienestar. Sin entrar al análisis y polémica sobre este concepto en particular, podemos afirmar que el bienestar se relaciona con las condiciones de vida y los satisfactores que requiere un ser humano para alcanzar un equilibrio en su vida individual y colectiva. Sin duda, este concepto está relacionado con las condiciones de alimentación, salud, vivienda, educación, cultura, recreación, de medio ambiente, entre otras. La Organización de las

⁴ La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (actualmente Secretaría de Economía) formó una unidad especializada para la revisión del marco regulatorio de la actividad económica (Unidad de Desregulación Económica), cuyo principal objetivo fue el diseño y redacción de un borrador de ley en materia de competencia económica.

Naciones Unidas (ONU), a través del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha propuesto a los países integrantes que adopten la metodología del Índice de Desarrollo Humano⁵ (IDH), que se fundamenta en tres variables: salud (expectativa de vida al nacer); educación (grado de escolaridad) e ingreso. En México se utilizan otros indicadores para medir el bienestar. Sin importar la definición del bienestar, es obvio que todas las naciones desean alcanzarlo y mantenerlo. El camino para ello es la eficiencia económica.

Entenderemos por eficiencia económica a la condición de una economía en general o de uno de sus sectores en particular, que se encuentra en condiciones de producir con éxito beneficios para los consumidores: precios menores; mayor variedad; mejor calidad; entre otros elementos.

Ahora bien, la condición de bienestar se alcanza mediante la eficiencia económica. Para conocer si estamos frente a un mercado eficiente, requerimos de herramientas. El primero de ellos, y quizás el más importante, se refiere al análisis del poder del mercado⁶. Es una metodología de análisis económico que revisa los elementos estructurales de un determinado mercado, como son: las barreras al ingreso de nuevos participantes; el número de “jugadores” o participantes en un mercado, que definen el comportamiento de los participantes en él.

Con la utilización de esta herramienta de estudio: el análisis del poder del mercado, se arriba a la conclusión de que cuando existe menor competencia, algunas empresas están en condiciones de determinar los precios por arriba de sus costos marginales de producción⁷.

Cuando una empresa mantiene poder de mercado; es decir, actúa en ventaja, reduce la oferta para aumentar el precio; esto se traduce en beneficio para ella, ya que habrá un grupo de consumidores que continuara dispuesto a adquirir el bien no obstante su

⁵ El Índice de Desarrollo Humano (IDH) es un indicador ideado y desarrollado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)

⁶ Paradigma Estructura-Conducta-Desempeño. La estructura de la industria afecta su “conducta”, la que a su vez afecta su desempeño. Economic Concept for Strategy U Harvard.

⁷ Costos Marginales de Producción. Es el resultado del incremento del costo total, cuando la producción se incrementa una unidad.

aumento de precio. Es así como la empresa dominante calcula los efectos de incrementar los precios y los determina a tal nivel que el beneficio del incremento de los precios sea mayor al deterioro de reducir sus ventas; es decir, venderá menos producto, pero a mayor precio.

Esta situación en la competencia perfecta⁸ no ocurre, ya que los productores fijan precios homogéneos, con base en sus costos y los consumidores pagan precios óptimos por los bienes. Las empresas compiten entre ellas bajando sus precios, hasta donde sus costos se los permiten; no pueden vender por arriba de éstos, porque en el mercado hay otros participantes con ofertas a menor precio. De esta manera no hay poder de mercado; en consecuencia, la única forma en que pudieran elevar sus precios de venta sería que se estableciera una colusión⁹ entre ellos, conducta desleal que es sancionada. Estas asociaciones ilegales se conocen como: Carteles¹⁰ o en la LFCE las encontramos como prácticas monopólicas absolutas¹¹ (PMA).

Otras de las conductas que afectan la operación eficiente de los mercados es el monopolio¹². El monopolio típico se encuentra en condiciones de determinar el precio de venta de un bien o un servicio y las condiciones de abasto ante la ausencia de competidores; el precio máximo que cobra no está determinado por sus estructuras de costos, sino por la capacidad adquisitiva de sus consumidores.

Adicionalmente, debemos mencionar que el poder de mercado se encuentra limitado por dos elementos: el primero de ellos se refiere a la posibilidad que tiene el consumidor de sustituir el producto; y, la capacidad de sus competidores de aumentar la producción en corto plazo.

⁸ **Competencia perfecta**, es la situación de mercado en la cual ningún participante tiene la capacidad de manipular e imponer el precio del bien o del servicio de que se trate y se genera una maximación del nivel de bienestar para los consumidores.

⁹ **Colusión entre productores**. Situación de Mercado donde dos o más productores establecen un acuerdo ilegal para tomar ventaja indebida en la venta de sus bienes o servicios.

¹⁰ **Carteles**. Denominación que se le otorga, al grupo de empresas que se coluden para manipular un mercado determinado.

¹¹ Existe un acuerdo entre competidores para fijar precios y restringir el abasto.

¹² **Monopolio**. De acuerdo con la Teoría Económica, se trata de un productor que domina de forma determinante un mercado

Otro aspecto que se analiza en este tema de poder de mercado, es el de la posibilidad de la participación de nuevos jugadores en un mercado determinado; es decir, se estudian las barreras que deben enfrentar futuros participantes, éstas pueden ser: tecnológicas o de montos de inversión; las segundas se refieren a las limitaciones impuestas por el gobierno, como pueden ser permisos o reglamentaciones; y las últimas se refieren a las que pueden imponer los agentes con poder sustancial de mercado, que procuren impedir la participación de nuevos agentes en el mercado.

Por lo tanto, desde la óptica de la competencia económica, afirmamos que un agente económico tiene poder de mercado cuando está en condiciones de elevar los precios de forma unilateral o este impide la participación de otros en el mismo mercado.

Cuando estas acciones son reiteradas, abundantes o permanentes restan eficiencia al aparato económico y afectan los niveles de bienestar de la población; es de aquí donde nace la obligación del Estado de regular estas conductas y sancionar los abusos que se cometan respecto a ellas.

1.3. Las consecuencias de las ineficiencias del mercado sobre el bienestar.

Cuando una empresa o cualquier otro agente económico tienen o mantienen un poder sustancial de mercado, provoca afectaciones y distorsiones al funcionamiento del mercado de que se trate. La más frecuente y conocida, es la capacidad de elevar los precios de los bienes o servicios por arriba del costo marginal de producción, sin que este incremento desplace a todos los consumidores; es decir, decide tener menos compradores, pero productos a mayor precio.

Estas afectaciones o distorsiones del mercado, como consecuencia del aumento del precio, provocan una pérdida social de bienestar, ya que los consumidores pagaran un precio mayor y recibirán menos satisfactores¹³.

¹³ La Competencia Económica tiene como fin último que los consumidores obtengan mayores satisfactores a costos razonables.

Las empresas o agentes económicos que están dispuestos y en condiciones de adoptar estas políticas, saben que habrá consumidores dispuestos a pagar mayor cantidad de dinero por un bien distinto al que ofrece la competencia. De esta manera, al aumentar los precios, obviamente obtendrá mayores beneficios. Al llevar a cabo esta práctica, un grupo de consumidores quedará fuera de la posibilidad de adquirir sus productos y mantendrán sus compras de productos de menor precio.

El impacto social de esta práctica es que disminuye el consumo del bien y disminuye el nivel del bienestar. En términos teóricos, las restricciones sobre la oferta que impone un agente con poder de mercado, obliga a un grupo de consumidores a adquirir una cantidad inferior del producto o a sustituirlo por otro.

Adicionalmente a las pérdidas sociales por el manejo de precios desde una conducta monopólica, también existen otros tipos de afectaciones, como es el caso de las empresas que para mantener su posición de privilegio en el mercado realizan inversiones para mantener su posición de poder. Este tipo de inversiones son un desperdicio social ya que muchas de ellas se convierten en gastos improductivos. Esto da lugar a que las empresas tengan capital suficiente para tomar o mantener una posición monopólica.

Al estudiar el problema del costo social de los monopolios, se puede afirmar que: la totalidad de las rentas monopólicas, deberán ser contabilizadas como parte de la pérdida social de bienestar¹⁴. Es debatible asegurar que los gastos efectuados por un agente económico para obtener una posición monopólica o dominante signifique un desperdicio total.

Otro tipo de impacto al nivel de bienestar los constituyen los efectos distributivos. Éstos se explican a partir de los consumidores que mantiene el mismo tipo y nivel de consumo no obstante el aumento de los precios. El impacto al nivel de bienestar resulta que la pérdida de capacidad de compra del consumidor se transforma en beneficio de los empresarios que ejercen el poder de mercado; es decir, opera una transferencia de riqueza de los consumidores a los dueños de la empresa productora. Este impacto ocasiona una

¹⁴ Posner, Richard a., Antitrust Law, An economic prospective. Chicago University. 1976

disminución real del ingreso de las personas, daña su capacidad de compra y merma el nivel de bienestar. En conclusión, las conductas monopólicas afectan la distribución del ingreso ya que los consumidores absorben las consecuencias de los alzas en los precios.

Igualmente el ejercicio abusivo del poder del mercado impacta los costos de producción. La explicación es simple: las empresas reducen su producción y pierden sus economías de escala; a menor producción el costo unitario aumenta, en consecuencia, el agente económico al disminuir la oferta, en automático, se coloca en una escala superior de estructura de costos.

La competencia entre los agentes productivos es positiva porque obliga a las empresas a eficientar su desempeño, ya que de no hacerlo perderán su participación en el mercado o se quedarán muy atrás respecto a los demás. Estas condiciones no operan cuando hay poder de mercado, ya que no existe el aliciente o incentivo por esforzarse o ser mejor, ya que sin competidores el resultado de la condición del mercado seguirá siendo la misma.

1.4. Las prácticas en contra de la libre competencia.

En los renglones anteriores se ha manifestado porque la falta de competencia es perniciosa para la economía en general y para los consumidores en particular. Durante muchos años se han analizado las conductas que resultan dañinas y que puedan ser clasificadas como ilegales, es decir contrarias al marco jurídico vigente. A continuación se señalan los conceptos económico-jurídicos que resultan contrarios a la norma jurídica:

El Artículo 28 de la Constitución Federal Mexicana en relación con el tema de la competencia económica, promueve la libre concurrencia y señala los grandes conceptos que pueden ser considerados como las conductas indebidas en esta materia, esta son: monopolios; prácticas monopólicas; concentraciones; acaparamiento; acuerdo o procedimiento o combinación de productores; y, todo aquello que constituya una ventaja indebida a favor de una o de varias personas determinadas y con perjuicio a consumidores o determinados grupos sociales.

Por supuesto que el citado artículo cumple con su cometido, que es el de establecer los principios rectores en la materia y de igual forma, corresponde a la ley secundaria o reglamentaria realizar las precisiones a cada caso en particular.

Estos puntos se analizan con detalle en otros capítulos de la presente obra; sin embargo, desde el punto de vista teórico se formula el siguiente análisis:

-Monopolios.

Desde la óptica económica, se ha definido al monopolio como una situación de un sector del mercado en la que, un único vendedor o productor oferta el bien o servicio que la demanda requiere para cubrir sus necesidades en dicho sector. Para que un monopolio sea eficaz no tiene que existir ningún tipo de producto sustituto o alternativo para el bien o servicio que oferta el monopolista, y no debe existir la más mínima amenaza de entrada de otro competidor en ese mercado. Esto permite al monopolista el control de los precios. Esta es la descripción clásica de monopolio; sin embargo, la dinámica propia de la economía ha obligado a que los conceptos se especifiquen con mayor precisión.

Ha quedado claro que la falta de competencia disminuye, dañan o impiden la libre participación, en la producción, transformación, distribución y comercialización de bienes y servicios. Por ello ha sido necesario distinguir entre dos tipos de conductas las que tienen efectos “horizontales” o “verticales” sobre los mercados: las prácticas absolutas y relativas.

-Prácticas monopólicas absolutas.

Las prácticas monopólicas absolutas son aquellas conductas que tiene como fin convenir o arreglar entre agentes económicos o entre competidores las condiciones del mercado para tomar ventajas indebidas, como pueden ser: la manipulación o concentración de precios, las restricciones de la oferta, la división del mercado o la manipulación de las licitaciones públicas. A estos comportamientos ilegales se les

conoce como: Colusión; es decir, pactar algo ilícito para dañar a un tercero. Su objetivo, por lo general, es elevar los beneficios de los agentes económicos en perjuicio de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar un mayor precio por un producto o restringir su consumo.

Dichas prácticas económicas, trascienden las condiciones del mercado y en muchos son consideradas como conductas criminales; toda vez que se trata de conspiraciones en contra de algún sector de la sociedad.

-Prácticas monopólicas relativas.

Por lo que se refiere a las prácticas monopólicas relativas, éstas deben abordarse de forma distinta. Podemos afirmar que las prácticas monopólicas relativas son actos, contratos, convenios o combinaciones, cuyo objeto o efecto es o pueden ser el desplazamiento indebido de otros agentes, impedirles el acceso al mercado o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o de varios agentes económicos. Existen diversas conductas que pueden clasificarse como prácticas monopólicas relativas.

De dichas conductas podemos destacar las siguientes: la distribución exclusiva, que consiste en fijar o imponer o establecer un privilegio exclusivo de bienes o servicios para uno o varios agentes económicos; la división o asignación de clientes, mercados o proveedores; la imposición de no fabricar o distribuir bienes o servicios por un tiempo y en un espacio determinados.

Otros ejemplos de prácticas monopólicas relativas son: la imposición de precios de reventa o imponer condiciones que un distribuidor o proveedor debe acatar para el desarrollo de su actividad económica.

La venta condicionada es otra de las prácticas más comunes que afectan la libre competencia; así como, los convenios de exclusividad y la negativa a vender a determinado agente económico.

Otra de las prácticas monopólicas relativas más recurrente es la de la concertación entre dos o más agentes para ejercer presión sobre otros, para obligarlo a tomar determinada conducta o aplicarle represalias¹⁵.

La venta sistemática de bienes y servicio por debajo de su costo de producción, conocida como *depredación* también se tipifica como una violación a las reglas de competencia; así como, el otorgamiento de descuentos discriminados y el “subsidio” de que se otorga de un bien hacia otro, para mantenerlo de forma artificial en el mercado. La discriminación de precios para agentes económicos que se encuentran en igualdad de condiciones.

Para que las conductas arriba mencionadas puedan ser calificadas de violatorias se deben considerar dos condiciones: la primera, es que el presunto responsable tenga un poder sustancial del mercado relevante; la segunda, que las conductas desplegadas correspondan al mercado de que se trate.

A diferencia de las prácticas monopólicas absolutas, las prácticas monopólicas relativas no se califican de dañinas por sí mismas, toda vez que podríamos estar frente a prácticas comerciales que no reúnen los requisitos de preponderancia en el mercado y que sus resultados podrían ser parcialmente benéficos.

-Concentraciones.

Esta práctica económica, conocida en el mundo jurídico como *fusiones*, debe ser analizada bajo la óptica de los fines que se persiguen al realizarla. Deben ser perseguidas y sancionadas cuando tengan por objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia, cuando se trate de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

¹⁵ Conducta conocida como *boicot*.

Las concentraciones o fusiones deben ser impedidas cuando el agente concentrador obtenga: la capacidad para fijar precios o restringir el suministro de forma unilateral; tenga la capacidad de desplazar a otros agentes; de limitar su participación o ingreso al mercado del que se trate; y, facilidades para desarrollar prácticas monopólicas.

-Colusión en licitaciones públicas.

El gobierno al ejercer el gasto público está obligado a respetar los principios de eficiencia, eficacia, honradez y transparencia, previstos en el Artículo 134 de la Constitución. La mejor forma de hacerlo es mediante los procedimientos previstos en las leyes de adquisiciones y de obra pública, a través de la licitación pública, aplicada como regla general.

Ha sido práctica recurrente en nuestro país que ante las convocatorias a las licitaciones públicas, dos o más agente económicos se coludan para obtener ventajas indebidas; la conducta más repetida es la de establecer un acuerdo sobre la postura de los precios de los bienes o servicios de los que se trate, causando un grave deterioro en las fianzas de las instituciones públicas y del interés general. Esta práctica, por sus propias características es difícil de detectar y su sanción se complica para su aplicación.

1.5. Determinación del poder sustancial y preponderante.

Otro de los grandes temas en el ámbito de la competencia económica, es el relacionado con las definiciones económicas y jurídicas del llamado *poder sustancial*.

El primer paso para determinar el poder sustancial de un agente económico, es definir el mercado relevante, el cual contiene distintas variables, como son: la posibilidad de sustituir el bien de que se trate, por productos nacionales o extranjeros, para lo cual se deben considerar las posibilidades tecnológicas y las de acceso de los consumidores a bienes sustitutos y el tiempo que ello les tomaría obtenerlo; otra variables es la relacionada con

los costos de distribución del bien y de sus insumos relevantes o relacionados, desde otros lugares; también los costos y las probabilidades que tengan los consumidores de acceder a otros mercados; y, finalmente las restricciones o limitaciones normativas que impidan a los consumidores ingresar a otras fuentes de abasto.

Como es sabido, cualquier mercado tiene tres variables o dimensiones: el producto, bien o servicio de que se trate; el ámbito geográfico en el cual está presente; y, la temporalidad, que se refiere a las posibilidades de cambio en la configuración e integración del mercado.

La preponderancia, es un término que recientemente se ha incorporado a la legislación en materia de competencia económica y se refiere a la condición de mercado en la cual un productor domina más del cincuenta por ciento.

Para determinar si un agente económico está en condiciones de ejercer un poder sustancial de mercado, es necesario ponderar su participación y su capacidad real de fijar los precios o de restringir el abasto, sin que sus competidores puedan o estén en condiciones de contrarrestar sus acciones. Para ello, se consideran indicadores de venta, consumidores, capacidad productiva, entre otros. La forma más usual para medir la participación de un agente económico es considerar el valor de las ventas y el número de clientes.

Otro indicador que ayuda a determinar el poder sustancial de un agente económico es el de explorar la existencia de barreras de entrada a nuevos competidores, mismas que están relacionadas con: costos financieros; montos de inversión; la propiedad de licencias, concesiones, permisos o autorizaciones gubernamentales; acceso a los insumos; la inversión en publicidad; limitaciones de inclusión en mercados extranjeros; apoyo o subsidios gubernamentales; entre otros.

En los esfuerzos para contar con herramientas que permitan determinar el poder sustancial en un mercado determinado por un agente económico, se ha tratado de desarrollar y aplicar índices para medir la concentración del poder de mercado. Se trata de instrumentos estadísticos que resumen la información del mercado, que transitan en

dos extremos: la competencia y el monopolio; cuando los índices son bajos, suponen una condición de competencia; en caso contrario, estamos frente a un posible caso de monopolio.

Los conceptos arriba descritos constituyen las principales herramientas teóricas para el estudio y comprensión del fenómeno Económico-Jurídico denominado competencia económica.

CAPÍTULO II MONOPOLIOS Y COMPETENCIA

2.1- Disposiciones constitucionales antimonopolio anteriores a la Constitución de 1917

Los antecedentes en México quizá puedan remontarse desde la época colonial¹⁶. La Constitución de Cádiz contenía una disposición que puede considerarse como el antecedente del artículo 28 constitucional vigente, pues en este ordenamiento, al monarca español se le prohibía dar privilegios exclusivos tanto a personas como a corporaciones. Por otra parte, desde la Constitución de 1824 se concedieron privilegios exclusivos para los inventores y los autores por un tiempo determinado. Las Bases Orgánicas de 1843 contemplaban asimismo normas en materia de competencia entre personas y corporaciones y prohibición de privilegios. En 1847, al restablecerse la Constitución de 1824 y en ella se adiciona un acta de reformas en la que se prohibieron los monopolios y los estancos, asimismo en el Estatuto Orgánico provisional también se previeron prohibiciones para combatir a los monopolios y se fortalecieron los privilegios referidos que se otorgaban a autores e inventores.¹⁷

La Constitución de 1857, anterior a la Sherman Act de 1890, prohibía terminantemente los monopolios. La gran trascendencia es que este documento constitucional continuó vigente mucho más tiempo que las constituciones que le antecedieron y al menos en el aspecto normativo, fue más estable, lo que se tradujo en un menor número de cambios sustantivos en los artículos que lo conformaron. Por ello, se trata del antecedente más cercano al actual artículo 28 de la Constitución de 1917. Bien es cierto que México contó con el primer precedente constitucional en el continente americano en materia de competencia económica, incluso anterior a la *Sherman Act*, el problema de eficacia formativa consistió en que el artículo 28 constitucional no contó con una ley reglamentaria para su debida aplicación¹⁸. Una explicación posible para tal omisión, tiene que ver con

¹⁶ México durante la Colonia estuvo sujeto a un sistema económico caracterizado por monopolios y estancos, así como una serie de restricciones a la importación y exportación de productos con otra nación que no fuera España. Cfr., Rabasa, Emilio O. y Caballero, Gloria, *Mexicano: ésta es tu Constitución*, Miguel Ángel Porrúa – H. Cámara de Diputados LV Legislatura, México, 1993, p. 122.

¹⁷ González de Cossío, Francisco; *Competencia Económica; aspectos jurídicos y económicos*; Porrúa, México, 2005, p. 9 y 10.

¹⁸ La primer ley reglamentaria del artículo 28 constitucional fue la de 18 de agosto de 1931, la cual fue sustituida por la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en materia de Monopolios, publicada en el DOF el 31 de agosto de 1934 y,

las malas condiciones políticas, sociales y económicas en que se encontraba nuestro país, ya que no contaba con los recursos económicos ni humanos necesarios para dar plena vigencia al mandato constitucional¹⁹.

Es así que el artículo 28 de la Constitución de 1857 estableció:

“Artículo 28. No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptúense únicamente, los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora.”

La preocupación central para los constituyentes de 1857 fue lo tocante a los monopolios de derecho o estancos, que encontraban su origen en la Época de la Colonia y que eran reservados para ciertos particulares la exclusividad sobre la producción y comercialización de algunos productos. Por ejemplo los naipes fueron el último estanco que desapareció hasta 1848, el Congreso constituyente al estar integrado por notables hombres de ideología liberal, quienes defendieron a las libertades económicas, de allí que debatieran para finalmente gestar el artículo que ocupa a este párrafo.

2.2. La Constitución Política de 1917 y leyes antimonopolio que precedieron a la Ley Federal de Competencia Económica

El presidente Venustiano Carranza durante su discurso de apertura ante el Congreso Constituyente de Querétaro afirmó que *“(...) Combatir eficazmente los monopolios y asegurar en todos los ramos de la actividad humana la libre concurrencia (...) es*

finalmente, la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el DOF el 24 de diciembre de 1992, esta última abrogó la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica, publicada en el DOF el 21 de diciembre de 1950, la cual cabe señalar, no fue una ley antimonopolios. Cfr., Carbonell, Miguel (coord.), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, 18a. ed., tomo I, Porrúa-IIJ UNAM, México, 2004, pp. 483-485.

¹⁹ Cfr., Castañeda Gallardo, Gabriel, *“Objetivos rectores de la política de competencia económica”* en Tovar, Ramiro et. al, *Lecturas en regulación económica y política de competencia*, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, México, 2000, p.257.

indispensable para asegurar la vida y el desarrollo de los pueblos (...)". Asimismo Francisco J. Mújica declaró, al fundamentar el dictamen de la comisión que ponderó el artículo 28 constitucional, que *"la prohibición relativa a todo lo que significa monopolio, comprende que esto es odioso en un país como el nuestro en el que debe dejarse el mayor campo posible de libertad al comercio y a la industria."*²⁰ De esta manera, es evidente que desde su estudio en 1917, el artículo 28 constitucional mostraba una clara tendencia que favorecía la libertad de concurrencia y de competencia teniendo que ser las excepciones a dicho principio verdaderos casos especiales.

El primer instrumento normativo que existió en México en materia de competencia económica fue la Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional, la cual se constriñó a combatir los monopolios que pudiesen afectar el suministro de los bienes necesarios para el consumo. El segundo ordenamiento, del mismo nombre, se publicó en el año de 1931, definiendo a los monopolios y a los estancos, así como a algunas conductas anticompetitivas, como la fijación de precios, la división de mercados, depredación de precios y otras ventajas indebidas. La tercera ley fue publicada en el año de 1934, y su principal propósito era terminar todo tipo de conductas que perjudicaran a los consumidores en general; asimismo contenía una dudosa definición de monopolio; y si bien es cierto que contemplaba sanciones penales, éstas no buscaban castigar prácticas anticompetitivas, sino conductas de particulares tal como no entregar la información que requiriera la autoridad y de las autoridades revelar secretos sujetos a confidencialidad.

2.3. Criterios del Poder Judicial anteriores a la LFCE

Bajo lo establecido por el artículo 28 constitucional y de sus leyes reglamentarias (anteriores a la LFCE), el Poder Judicial de la Federación ha sustentado diversos criterios en materia de competencia económica, de los cuales se presentan a continuación algunas tesis seleccionadas.

²⁰ Sanchez Medal, Ramón; De los Contratos Civiles; Porrúa, México, 1988, p.17.

MONOPOLIO. EXENCIONES EN LAS LEYES FISCALES. Por monopolio se entiende el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de algún privilegio, bien de otra causa cualquiera; y el artículo 28 constitucional equipara el monopolio todo acto que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción industrial o comercial y, en general, todo lo que constituye una ventaja exclusiva e indebida en favor de una o varias personas, con perjuicio del pueblo en general o de una clase social. Como se ve, el amparo contra una ley con base en que ésta concede exenciones de impuestos, sólo es procedente en aquellos casos en que por efecto de ellas, el quejoso se haya en situación de desigualdad respecto de la persona o personas determinadas que gozan del beneficio, afectándose con ello la libre concurrencia que resguarda el artículo 28 de la Constitución Federal, pero no cuando los quejosos no resienten ningún perjuicio personal o patrimonial con el mantenimiento de las exenciones a las categorías de personas establecidas por la ley combatida, ni reciben ningún beneficio por el hecho de que tales exenciones desaparezcan, pues en cualquiera de ambos casos su situación de causantes no se ve afectada y, en ambos casos, también habrán de pagar el impuesto establecido.²¹

MONOPOLIOS. La prohibición de instituir monopolios fue evitar un perjuicio al público consumidor y tratándose de limitar los actos de las compañías aseguradoras, no puede decirse que se acaparan artículos de consumo ni se aumenten sus precios. Tampoco puede sostenerse que el seguro social sea un estanco, porque la característica de éste es el de ser un monopolio ejercitado por el fisco como fuente de recursos, y las cuotas que se fijan al seguro, se invierten en la adquisición, construcción o financiamiento de hospitales, sanatorios, casas de maternidad, etc.²².

²¹ Registro No. 233323; Localización: Séptima Época; Instancia: Pleno; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; 50 Primera Parte; Página: 65; Tesis Aislada; Materia(s): Constitucional, Administrativa.

²² Registro No. 804945; Localización: Quinta Época; Instancia: Cuarta Sala; fuente: Semanario Judicial de la Federación; CXVII; Página: 998; Tesis Aislada; Materia(s): Administrativa.

MONOPOLIOS, NATURALEZA DE LOS. Para que exista monopolio no es necesario que se trate de concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario, pues puede existir mediante todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria, comercio o servicios al público, máxime que de acuerdo con este precepto del artículo 28 constitucional, existe la fracción I del artículo 253 del Código Penal, que pena los actos con las tendencias mencionadas²³.

RUTAS, MONOPOLIO DE. Si para cubrir una ruta existen dos ampliaciones, la cancelación del permiso para una, implica proteger un monopolio en favor de la otra y por tanto dicha cancelación es inconstitucional²⁴.

2.4. Ley Federal de Competencia Económica de 1992

Antes de que México se abriera económicamente al exterior, el combate a los monopolios carecía de sentido, pues el sistema de gobierno mexicano favorecía a la generación de los monopolios públicos e intervenía en la fijación de precios oficiales de diversos productos. Los precios entonces no eran fijados por el mercado sino que eran determinados en reuniones entre productores y el gobierno, por lo que la aplicación de una ley que combatiera a las colusiones y abusos de dominancia carecía de algún sentido.

Para entonces, México no contaba con una legislación en materia de competencia económica efectiva, mucho menos con un organismo regulador en la materia. Frente a tal orden de sucesos y omisiones, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial formó una

²³ Registro No. 386340; Localización: Quinta Época; Instancia: Sala Auxiliar; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; CVIII; Página: 1655; Tesis Aislada; Materia(s): Constitucional, Penal.

²⁴ Registro No. 321156; Localización: Quinta Época; Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; XCI; Página: 1220; Tesis Aislada; Materia(s): Administrativa.

unidad especializada para la revisión del marco regulatorio de la actividad económica, cuyo principal objetivo fue el diseño y redacción de un borrador de ley en materia de competencia económica. El gabinete económico discutió el borrador, el cual sin mayores observaciones elaboró la iniciativa que fue presentada por el Presidente de la República al Congreso de la Unión, siendo aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación (en adelante DOF) el 24 de diciembre de 1992, entrando en vigor hasta el 23 de junio de 1993, fecha en que inició sus operaciones la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, COFECE).²⁵

Es lógico pensar que la creación de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante LFCE) fue más una iniciativa que respondió a la presión ejercida en las negociaciones del TLCAN -ya que en su capítulo XV las partes se obligaban a adoptar una legislación en materia de competencia- y de las formulaciones hechas por el Fondo Monetario Internacional para la estabilización de nuestra economía, así como de otros organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), que una iniciativa propia del Estado mexicano para mejorar el desarrollo económico del país.²⁶ Sin embargo, en el ámbito político interno influyeron las convicciones personales de funcionarios públicos formados en escuelas de pensamiento económico moderno, quienes identificaron, junto con algunas instituciones educativas, la falta de una política de competencia en el país, advirtiendo la ventaja de una legislación en la materia.²⁷

La exposición de motivos de la LFCE, publicada en el Diario Oficial de la Federación en el mes diciembre de 1992, estableció lo siguiente:

²⁵ A muchos empresarios les preocupaba más lo negociado en el TLCAN, en lo relativo a las concesiones arancelarias que las prohibiciones en materia de antimonopolios. Realmente fueron pocos empresarios los que promovieron esta iniciativa..., Castañeda Gallardo, Gabriel, "Orígenes, avances y dificultades de la política de competencia económica en México (1993-2003)" en García Alba, Pascual et al. (coord.), El nuevo milenio mexicano, tomo 3: El cambio estructural, UAM-Ediciones y Gráficos Eón, México, 2004, p. 337.

²⁶ Cfr., Roldán Xopa, José, Constitución y Mercado, Porrúa-ITAM, México, 2004, p. 4.

²⁷ Cfr., Mena Labarthe, Carlos, "Biografía de una Comisión de Competencia" en Roldán Xopa, José y Mena Labarthe, Carlos, Competencia económica. Estudios de derecho, economía y política, Porrúa-ITAM, México, 2006, pp. 30-31.

1. Una explicación de naturaleza económica de las ineficiencias que se generan con los monopolios, carteles y prácticas monopólicas.
2. La ilustración de los cambios y consecuencias derivadas de la apertura económica, haciendo un balance y crítica de la protección a las industrias, abandonando de forma simultánea el proteccionismo y promoviendo la existencia de la competencia económica en México.
3. Se reconoció que el mercado no siempre otorga los mejores resultados posibles, en razón de lo cual debe intervenir cuando se ponga en riesgo la libre competencia.
4. Los problemas que se derivan de la aparición y desarrollo de las prácticas monopólicas absolutas y por qué deben ser prohibidas por su naturaleza, explicando que las prácticas monopólicas relativas pueden no ser siempre nocivas, empleando como ejemplo a las franquicias.
5. Se expusieron los desafíos existentes al momento de la definición de los mercados relevantes. En este sentido, una definición muy laxa implicaría que cualquier conducta está permitida, mientras que una definición estricta implicaría que muchas conductas estuvieran prohibidas.
6. Se llevó a cabo la revisión de las concentraciones como un método pragmático y preventivo para evitar la monopolización de los mercados.
7. La necesidad de que la ley se le aplique al Estado cuando éste actúe como agente económico.
8. Se creó la Comisión Federal de Competencia y se expuso la relevancia de su autonomía técnica y amplias facultades de investigación.
9. La trascendencia de sanciones económicas con efecto disuasivo y la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios para los terceros afectados.

La LFCE tuvo su segunda reforma, y la primera relevante, en junio de 2006. Se ajustaron los umbrales económicos que se debían cumplir para hacer obligatoria la notificación de concentraciones, reduciendo la carga regulatoria de las empresas.

Se crearon las opiniones vinculantes de la CFC que podían impedir que un anteproyecto de regulación que se estimara contrario a la competencia fuera publicado, salvo opinión en contra del Presidente de la República. Crear el programa de inmunidad, mecanismo

bastante eficiente para la persecución de prácticas monopólicas absolutas, que permitió que quien formara parte de un acuerdo de colusión entre competidores para fijar precios o reducir el abasto, cooperara entregando información a la CFC a cambio de una reducción de las sanciones administrativas correspondientes.

Se incrementaron las sanciones administrativas y se creó la figura de la desincorporación de activos como sanción para el caso de infractores reincidentes de la ley.

El Senado intentó incorporar la figura de la no objeción al nombramiento de los Comisionados, así como la intervención de la autoridad judicial en la autorización de visitas de verificación y en el caso de desincorporación de activos como sanción. Sin embargo, en julio de 2007, la SCJN declaró la invalidez de diversos artículos relativos al nombramiento de comisionados, la presentación de un informe al Congreso y los requisitos de colaboración con el Poder Judicial que incluían la intervención de la autoridad judicial en la autorización de visitas de verificación y en el caso de desincorporación de activos como sanción.

Las reformas de 2006 fueron muy relevantes, pero incompletas y, pronto, los cambios realizados y los que surgieron a partir de la controversia constitucional de 2007 demostraron ser insuficientes para el correcto desarrollo del Derecho de la Competencia en México.

El 5 de abril de 2010, el ejecutivo federal presentó a la Cámara de Diputados la iniciativa de reforma a la LFCE, misma que se aprobó el día 29 del mismo mes y año, enviándose a la Cámara de Senadores para su revisión. Un aspecto que derivó de dicha reforma fue la incorporación de un texto en el artículo 39 de la antigua LFCE, mediante el cual se consideró la implementación del “*juicio ordinario administrativo*” (en adelante, JOA), mismo que debía tramitarse ante los Juzgados de Distrito y Tribunales Especializados del Poder Judicial de la Federación (en adelante, PJF).

En la minuta original enviada por la Cámara de Diputados se estableció que era necesario que existieran vías expeditas e imparciales a fin de garantizar el legítimo derecho de audiencia y la certidumbre jurídica. En consecuencia, en dicha minuta se propuso instituir la procedencia del juicio contencioso administrativo ante una sala especializada en materia

de competencia económica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (en adelante, TFJFA).

Sin embargo, las comisiones dictaminadoras de la Cámara de Senadores estimó que el mecanismo más ágil para garantizar la defensa ante las resoluciones de la COFECE sería acudiendo a instancias del Poder Judicial Federal y, en consecuencia, se propuso desechar las reformas a la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo y a la Ley Orgánica del TFJFA, modificándose con ello el texto de la minuta con relación al artículo 39 de la antigua LFCE.

Así, lo que la Cámara Revisora propuso fue que las resoluciones de la COFECE fueran recurribles, en sede administrativa, mediante el recurso de reconsideración y, en sede judicial, mediante el JOA ante los nuevos juzgados de distrito y tribunales colegiados especializados en materia de competencia económica.

A pesar de lo anterior, dicho precepto normativo fue materia de reservas en el Pleno de la Cámara de Senadores, por lo que no fue incluido en la minuta que se devolvió a la Cámara de Origen, quien retomó el debate con relación a si las determinaciones del Pleno de la COFECE deben impugnarse de manera extraordinaria ante tribunales administrativos dependientes del Poder Ejecutivo de la Federación (como lo es el TFJFA) o ante tribunales del PJF. Aunado a lo anterior, la Cámara de Diputados reconsideró que una instancia de impugnación de naturaleza contenciosa-administrativa ante el TFJFA no resulta idónea en términos de eficiencia y celeridad de los procesos que tramita dicho tribunal, a pesar de los esfuerzos que se han realizado por mejorarlo.

Por tanto, la Cámara de Diputados coincidió con la discusión realizada en las Comisiones del Senado de la República, en el sentido de que las controversias que se suscitaran con motivo de las resoluciones de la COFECE fueran resueltas por el PJF. Además de ello, la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados estimó necesario precisar qué resoluciones de la COFECE serían objeto de impugnación en este tipo de juicios, con la

finalidad de asegurar la celeridad en la resolución de las controversias, acudiendo con ello a uno de los criterios emitidos por el P.J.F.²⁸

Expuesto lo anterior, la minuta estableció que el JOA se tramitaría ante los juzgados de distrito y tribunales especializados en materia de competencia económica y procedería contra resoluciones consistentes en actos decisorios terminales dentro de la etapa generadora del acto administrativo y contra las resoluciones que recayeran al recurso de reconsideración, por lo que sólo las resoluciones definitivas de la COFECE serían materia de dicho proceso.

²⁸ La jurisprudencia en comento es la siguiente: [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Marzo de 2008; Pág. 174. **“RECONSIDERACIÓN. LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL RECURSO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, NO ES IMPUGNABLE ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.** El citado artículo otorga a los afectados por las resoluciones dictadas por la Comisión Federal de Competencia la facultad de impugnarlas ante la propia Comisión, a través del recurso de reconsideración; asimismo, dispone el plazo para la interposición de éste, las formalidades de su tramitación, el otorgamiento de la suspensión y el propósito de dicho medio de defensa (revocar, modificar o confirmar la resolución reclamada). Como se observa, el recurso de reconsideración es, en sí, un medio ordinario de defensa, previsto en ley, que procede en contra de las determinaciones de la Comisión Federal de Competencia, dictadas con apoyo en la ley de la materia. Por otro lado, el artículo 2 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo prevé que el juicio contencioso administrativo federal procede, entre otros actos, en contra de las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Ahora bien, ni en la fracción XV del artículo 11 de la citada Ley Orgánica vigente hasta el 6 de diciembre de 2007, ni en la fracción XV de su correlativo artículo 14 de la vigente, se establece expresamente dentro de la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la resolución dictada en el recurso de reconsideración previsto en el artículo 39 de la Ley Federal de Competencia Económica. De lo anterior se concluye, que la resolución dictada dentro del recurso no es impugnabile a través de medio ordinario de defensa alguno, por lo que sólo puede combatirse a través del juicio de amparo indirecto, en términos del numeral 107, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

CAPÍTULO III MARCO NORMATIVO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

3.1. “El Capítulo Económico de la Constitución”

Es probable que las reformas más trascendentes a la Constitución Mexicana, desde su promulgación, sean las que entraron en vigor el 5 de febrero de 1983. En ellas se redefine el modelo económico nacional y establece el preámbulo y las bases en las que nuestro país ha fundado su esquema de desarrollo. Es a partir de esas decisiones, que se plasma normativamente, que México adopta un modelo neoliberal, apostando a los mercados globales, situación que se fortalece con la incorporación de nuestro país, en 1986, al Acuerdo General de Tarifas y Comercio, conocido en ese momento por sus siglas en inglés GATT (hoy OMC) y la suscripción y entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, el 1° de diciembre de 1994.

Para fines del presente estudio en seguida se analizará la parte sustantiva que se expresa en los artículos 25, 26, 27, y 28, que contienen los principios dogmáticos e ideológicos generales, que se clasifican como decisiones políticas fundamentales. Algunos distinguidos constitucionalistas mexicanos han identificado, particularmente, estos cuatro artículos con el epíteto de “Capítulo Económico”; lo han hecho, a mi juicio, con fines didácticos y con la intención de llamar la atención a su importante contenido.

La Constitución de 1917, desde su texto original, estableció un régimen de economía mixta, con la rectoría del estado sobre el desarrollo nacional, principios que fueron ampliándose y precisándose mediante su aplicación, pero no es sino con las citadas reformas constitucionales de 1983, cuando estos principios quedaron claros y explícitamente señalados en el texto constitucional, en los artículos que a continuación se analizan.

La rectoría del Estado

El artículo 25 establece que: “Le corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional, para que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la nación y su

régimen democrático, y para que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y la justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales”²⁹.

En su segundo párrafo el mismo artículo 25 señala que: “El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga la propia Constitución”.³⁰

Así mismo, en el tercer párrafo, reafirma el carácter mixto de nuestra economía, al establecer que al desarrollo económico nacional concurren con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado. Más adelante establece que el sector público tendrá a su cargo de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto, de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

En su último párrafo el artículo 25 Constitucional, señala que “la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo nacional”.

Del contenido de las normas constitucionales arriba descrito, se determinan cuatro elementos jurídicos constitucionales fundamentales que definen la vida política y económica de México, con trascendentes consecuencias sociales:

- El Estado tiene bajo su estricta responsabilidad la conducción de la economía para alcanzar determinados fines;
- el modelo de participación es concurrente de los sectores público, social y privado;
- determina la propiedad y manejos exclusivos de las llamadas áreas estratégicas de la economía; y,
- alienta y protege las actividades económicas que realicen los particulares.

²⁹ CPEUM Art. 25

³⁰ Idem

Es de estos principios constitucionales donde nacen los derechos del Estado, a decidir, sobre el modelo económico a seguir para alcanzar el bienestar de los mexicanos; y, al mismo tiempo, surgen las obligaciones que debe cumplir para alcanzar los fines planteados.

La planeación económica

Por su parte, el artículo 26 de la Constitución establece que: “El Estado organizará un Sistema de Planeación Democrática del Desarrollo Nacional, que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación”³¹.

El mismo precepto establece que: “Los fines del proyecto nacional contenidos en la Constitución determinarán los objetivos de la planeación y que ésta será democrática, mediante la participación de los diversos sectores sociales”³². Señala así mismo, que habrá un Plan Nacional de Desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los Programas de la Administración Pública Federal.

De esta norma se determina que el Plan Económico de la Nación debe ser el resultado de un proceso de participación democrática de todos los sectores que integran la sociedad mexicana, que para una parte de ella, el sector público, es obligatorio y para los otros sectores tiene el carácter de inductivo. En consecuencia, las vertientes de coordinación e inducción del sistema de planeación, deben desarrollarse a través de acuerdos y convenios con las partes respectivas, esto es, con los particulares y Entidades Federativas, así como mediante la aplicación de las diversas políticas públicas.

La propiedad originaria

El artículo 27 Constitucional, cuya mayor trascendencia se le otorga en el ámbito agrario, contiene elementos que son fundamentales en la definición de principios económicos.

³¹ CPEUM Art. 26

³² Idem

Este precepto declara la propiedad originaria de la Nación sobre las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional. Así mismo, le reconoce el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, hecho por el cual se constituye la propiedad privada y la faculta para imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público; así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con el objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza.

También, el artículo 27, declara que le corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales que se encuentren en el territorio nacional, incluyendo aquellos que se localicen en el subsuelo, los mares territoriales y el espacio aéreo; así como, los combustibles nucleares. Dicho dominio de la Nación sobre los recursos naturales se declara inalienable e imprescriptible.

Particular importancia en materia económica tiene la definición que dicho precepto contiene en relación con la definición que hace sobre la capacidad de las personas físicas y morales, para la adquisición del dominio de las tierras y aguas de la nación.

Como podrá observarse, las normas prescritas por este artículo constitucional son de gran relevancia para la vida económica del país. Define la propiedad originaria de la Nación; crea la propiedad privada; declara el dominio inalienable e imprescriptible de la Nación sobre los recursos naturales; y establece quién y cómo puede adquirir la propiedad de las tierras y aguas en nuestro país.

Libre competencia

El artículo 28 de la Constitución protege el sistema de libre mercado o libre competencia, al establecer que en los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos, y que el mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.

Establece, además, que la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, los artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios que de cualquier manera lo hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social. Este mismo texto dice que las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como, para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como en el alza de precios. Adicionalmente señala, el mismo artículo 28, que la ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

Este precepto constitucional caracteriza esencialmente al sistema económico mexicano, establece que no constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores. Tampoco constituyen monopolios los privilegios que, por determinado tiempo, se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

También prescribe que el Estado, sujetándose a la leyes, podrá, en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la expedición, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la federación y que la sujeción a regímenes de servicio público se apoyará en los dispuesto en la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Otro aspecto fundamental que prescribe el artículo 28 es referente al otorgamiento de subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten de forma sustancial las fianzas de la nación.

Estos son los principios contenidos en el llamado “Capítulo Económico”, que los teóricos constitucionalistas han enmarcado en los artículos 25, 26, 27 y 28 de nuestra Carta Magna. Obviamente, las disposiciones en esta materia son abundantes en el texto constitucional, es por ello que en los siguientes apartados del presente capítulo serán abordados.

3.2. Los principios liberales.

El modelo de producción capitalista, como es el caso mexicano, se basa en un principio fundamental: el libre mercado; este concepto esencial tiene su origen en las luchas revolucionarias de los siglos XVIII y XIX, particularmente en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de América y se forma de tres ideas centrales: libertad de trabajo; libertad de asociación; y libertad de tránsito.

Las diversas constituciones que han estado vigentes en nuestro país recogieron estos tres principios liberales y los incorporaron al texto respectivo. En la actualidad, se encuentran expresamente reconocidos como garantía y derechos humanos; libertad de profesión (Artículo 5°), libertad de asociación (Artículo 9°) y libertad de tránsito (Artículo 11°).

En primer lugar, existe cierta controversia en torno a qué actividades deben dejarse en manos del Estado y cuáles pueden adjudicarse a la iniciativa privada. Por lo tanto no se puede establecer una línea divisoria entre las actividades que deben dejarse en manos del sector público y aquéllas que pueden confiarse a las fuerzas del mercado.

De forma semejante, en muchos países se acepta que los derechos humanos —por ejemplo, el derecho a la vida y por tanto a una sanidad pública mínima— requieran que el Estado complemente los servicios sanitarios privados. Se pueden adoptar argumentos similares para defender la educación pública y otro tipo de servicios parecidos. En muchos

países que se consideran economías de libre mercado el Estado asume numerosas actividades como el transporte ferroviario, los servicios postales o las concesiones públicas, entre otras. Incluso en los países en los que estos servicios los desempeñan empresas del sector privado se considera necesario que exista cierta reglamentación por parte del sector público para evitar que se formen monopolios naturales.

En segundo lugar, incluso cuando las actividades económicas las desempeñan empresas del sector privado, suele existir cierta reglamentación pública. La mayor parte de esta regulación responde con frecuencia a consideraciones de tipo político y filosófico sobre la necesidad de restringir la libertad de los individuos cuando dicha libertad derive en una menor libertad de los demás, es decir, que la libertad de un individuo acaba donde empieza la de otro. En otras palabras, se acepta que el contexto económico en el que opera una economía de libre mercado es un entorno donde rige este tipo de regulaciones legales.

Sin embargo, la regulación gubernamental suele ir más lejos, porque puede existir cierto intercambio desigual entre el ejercicio de la libertad y otros derechos fundamentales. Así, los distintos puntos de vista sobre el alcance de la intervención del Estado (en defensa, seguridad, orden público, sanidad y educación, entre otros) y el alcance de la regulación por parte del Estado del sector público, implican que no existe una definición exacta de lo que es o debiera ser una economía de mercado. Pero también existen fuertes discrepancias sobre los efectos benéficos de una economía de esta índole.

La tradición política occidental establece que la mejor sociedad es aquella en la que el individuo se responsabiliza de sus propios actos, lo que implica que debe tener la máxima libertad posible para poder tomar decisiones económicas. Supone además que la libertad económica es esencial para que exista libertad política. También se piensa que las economías de mercado son más eficientes en términos económicos, pues los mercados crean incentivos para que las personas asignen sus recursos (como el trabajo y el capital) entre las distintas actividades posibles, y también incentiva a los empresarios para que produzcan los bienes y servicios que demandan los consumidores y a que utilicen las técnicas de producción más eficientes. La experiencia de las últimas décadas, sobre todo

la caída de los regímenes comunistas del bloque soviético, ha demostrado los efectos negativos de una excesiva intervención del Estado.

Al mismo tiempo, se puede alegar en contra de las economías de mercado que la distribución de la renta que genera este sistema puede ser injusta, pues ni siquiera puede evitar la extrema pobreza. También permiten la acumulación de mucha riqueza y poder en unas pocas manos, con amenaza de la libertad política. Por ello, la existencia de economías de mercado no determina que se deba olvidar la permanencia de valores sociales básicos y la defensa de la libertad política.

En el caso de nuestro país la existencia de libertad de mercado es otra de las decisiones políticas fundamentales que se convierten en norma constitucional, en la más pura tradición liberalismo. Si bien no existe un artículo constitucional expreso que mencione que el modelo económico mexicano se basa en la existencia de libre mercado, la conjunción de diversos preceptos lo ubica plenamente. La libertad de dedicarse a la actividad económica que el gobernado decida, conocido como la garantía de libertad de profesión.

“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode...”³³

De la recurrencia de los múltiples tipos de expresión del derecho de asociación en la vida política, económica, social y cultural del país, puede determinarse la importancia que reviste este derecho fundamental, el cual encontramos consignado en los artículos 9 y 35, fracción III, de nuestra Constitución.

La libertad de asociación, prevista en el artículo 9 no solo se refiere a los aspectos políticos, sino también a los económicos:

“No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito...”³⁴

³³ Artículo 5° Constitucional 1° párrafo.

Las disposiciones constitucionales en esta materia se encuentran reglamentadas en leyes secundarias, entre otras, la Ley Federal del Trabajo, la Ley General de Sociedades Mercantiles y, en lo político, en el Código Federal Electoral.

Otro de los elementos fundamentales del libre mercado es la libertad de comercio. Que fue reconocido en México, por primera vez, en el Plan de Ayutla, que es antecedente de la Constitución de 1857, la que, en su artículo 4°, consagró el principio, que después habría de pasar a la Constitución vigente de 1917.

La norma, por una parte, concede libertad para el ejercicio del trabajo, del comercio y de la industria; por otra parte, prohíbe cualquier pacto de renuncia para ejercer una actividad profesional o comercial, en su sentido más amplio; y en tercer lugar, establece ciertas condiciones a dichos principios: primero, que la actividad sea lícita, o sea, que no está prohibida o restringida por una ley secundaria (Ley de Profesiones, Ley de Transferencia de Tecnología, Tratados o Convenciones Internacionales etc.); segundo, que no se ataquen derechos de tercero según resulte de una resolución judicial (la que, a su vez, tendrán que fundarse en ley, o bien, en otras fuentes de derecho, como son la costumbre mercantil, los principios generales, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia), y tercero, cuando se ofendan los derechos de la sociedad tratándose de resoluciones gubernativas que, nuevamente deberán dictarse en los términos que marque una ley.

Lo esencial es que dicha libertad de trabajo y de comercio, no son irrestrictos; su ejercicio está normado; ya que esta libertad personal nunca debe afectar el interés público y los derechos sociales.

Con base en dicha interpretación, que ha aceptado la Suprema Corte de Justicia en varias ejecutorias se justifican las leyes restrictivas antes citadas, así como preceptos de otras, que prohíben y restringen la competencia, por considerarla que es injusta o desleal.

³⁴ Art. 9° Constitucional 1° párrafo.

Por lo tanto el principio de libertad de mercado, como ha quedado señalado es un principio fundamental de la vida social de los mexicanos, concepto que se construye con la libertad de profesión, asociación y comercio; sin embargo esta libertad económica se encuentra acotada, limitada, restringida por diversas normas que anteponen la licitud de los actos y el bienestar general sobre las expectativas económicas individuales.

3.3. El Artículo 133 Constitucional.

En la actualidad, gran parte del modelo normativo nacional en materia económico está contenido en el artículo 133, que por su importancia se reproduce a continuación:

“Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”³⁵.

Como puede apreciarse de la simple lectura del precepto constitucional arriba señalado los tratados suscritos por nuestro país tienen el rango de Ley Suprema. En el momento de redactar este documento México tiene Tratados Comerciales con más de 32 naciones, cuyo contenido ha pasado a formar parte de nuestra legislación vigente.

Es importante destacar que la Constitución Mexicana tiene, por virtud de lo señalado en su artículo 133, un carácter de supremacía sobre cualquier otra norma. Por lo tanto, los tratados internacionales suscritos por nuestro país requieren para ser válidos mantener una congruencia con las disposiciones constitucionales; así mismo, deben ser celebrados por el titular del Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en la fracción X, del Artículo 89 y ser aprobados por el Senado de la República atento a señalado en la fracción I, del Artículo 76.

³⁵ CPEUM, Art. 133

Adicionalmente, se señala el hecho de que los tratados internacionales adoptados por nuestro país deben estar formulados a lo dispuesto en la Ley sobre la celebración de tratados, que regula estos importantes instrumentos del derecho internacional. Un tratado implica un convenio celebrado por un Estado y uno o varios sujetos de derecho internacional público; sin embargo, nuestra Constitución no contiene ninguna definición o descripción de lo que se debe entender por tratado internacional.

En síntesis, se puede afirmar que todos los tratados internacionales o convenciones deben ser aprobados por el Senado y tiene la jerarquía de Ley Suprema de la Unión.

De todo lo anterior se concluye que, adicionalmente a los tres conjuntos de elementos normativos en materia económica, contenidos expresamente en el texto Constitucional, (*capítulo económico, aspectos de política económica y disposiciones orgánicas*), los derechos y obligaciones convenidos por nuestro país en los tratados internacionales forman parte de la legislación vigente y aplicable a nuestra realidad económica.

Toda esta estructura jurídico–normativa tiene su origen en los paradigmas económicos que contiene nuestra Constitución, no solo en los cinco artículos del mal llamado “capítulo económico”; estas decisiones políticas fundamentales se encuentran contenidas en todo el texto constitucional.

Con todo ello, tenemos ahora una gran cantidad de legislación secundaria, no necesariamente bien articulada que reclama especialistas para su estudio y aplicación.

3.4. La Reforma Constitucional de 2013

El 12 de marzo de 2013 el Presidente de la República y los diputados Coordinadores de los Grupos Parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido Revolucionario Institucional, del Partido de la Revolución Democrática y del Partido Verde Ecologista de México, presentaron una iniciativa que reformó la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos en materia de competencia económica en lo general y en materia de información, radiodifusión y telecomunicaciones en lo particular³⁶.

La llamada “Reforma de Telecomunicaciones” tiene como su antecedente en el “Pacto Por México”, del 2 de diciembre de 2012, el cual se trataba de un acuerdo político que tuvo por objeto concretar una serie de acciones y reformas que se estimaban necesarias para México. En dicho acuerdo se plasmó el compromiso de legislar en materia de radiodifusión y de telecomunicaciones, con la finalidad de garantizar la función social de dichas actividades y modernizar al Estado y la sociedad por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, así como para llevar a cabo el fortalecimiento de la autoridad en materia de competencia económica a través de una serie de facultades que la empoderaran como un regulador efectivo. En razón de lo cual, dentro del numeral 2 del referido Pacto, “Acuerdos para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad”, se generaron varios compromisos.

Las reformas referidas, en particular la relativa a la competencia económica, fue considerada como fundamental ya que la competencia, la cual se encontraba muy trastocada en la realidad mexicana, tiende a la generación de productos y servicios de mejor calidad a menores precios, lo que incide favorablemente al crecimiento de las economías, ayuda a reducir las brechas de desigualdad y la pobreza, y es considerada como detonante de los procesos de innovación que fomentan el dinamismo económico, social y cultural de las naciones.

El pacto establecía como ruta para reforzar y establecer una verdadera competencia económica en México, la instrumentación de una política de Estado que tuviera como cimiento un arreglo institucional que la dotara de fuerza y permanencia. Como punto de partida de la política de Estado se plantearon en el Pacto diversas acciones:

- a.** Fortalecer a la Comisión Federal de Competencia, entonces conocida como CFC.

³⁶ Gaceta Parlamentaria, Año XVI, Número 3726-II, martes 12 de marzo de 2013, Cámara de Diputados, México D.F., pp. 1-62.

- b. Creación de Tribunales especializados en materia de competencia económica y telecomunicaciones.

Garantizar acceso equitativo a telecomunicaciones de clase mundial.-

3.5. Legislación secundaria y complementaria

El 20 de febrero de 2014 el Presidente de la República presentó a la Cámara de Diputados la Iniciativa de Decreto por la que se expedía la Ley Federal de Competencia Económica y se reformaba el artículo 254 bis del Código Penal Federal.

Fundamentándose el proyecto en que el desarrollo económico de una nación necesariamente está vinculado a la productividad de las empresas, a la libre competencia y al acceso a bienes y servicios que permitan mejorar la calidad de vida de las personas. En México, uno de los principales frenos al crecimiento económico había sido sin duda, la libertad de mercado y el insuficiente desarrollo que se ha verificado en algunos sectores de la economía, lo que no ha permitido detonar de manera definitiva la economía mexicana.

El Congreso de la Unión había ya concretado esfuerzos importantes por reformar el orden jurídico nacional y adecuarlo a la realidad y exigencias de nuestro país. Así, en el 2013 se habían aprobado reformas de especial trascendencia en materia energética, educativa, transparencia, política-electoral, telecomunicaciones, radiodifusión y competencia económica.

Estas reformas habían sido el resultado de una amplia participación de todas las fuerzas políticas representadas en el Congreso de la Unión y en las legislaturas de los Estados; su contenido y alcance constituían una verdadera restructura del Estado mexicano.

Con este nuevo marco constitucional, el Congreso de la Unión generó la propia obligación de llevar a cabo diversas reformas a leyes secundarias para concretar las referidas reformas constitucionales.

La reforma en materia de telecomunicaciones, radiodifusión y competencia económica publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, otorgó a la Comisión Federal de Competencia Económica, conocida como la COFECE, la naturaleza de un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

Dicha reforma dotó de facultades a la Comisión Federal de Competencia Económica que le permiten ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

El nuevo organismo de competencia económica de México no sólo es independiente y autónomo, sino que adquiere una mayor fuerza institucional, al exigir a nivel constitucional la separación entre la autoridad que lleva a cabo la investigación, de la que resuelve en los procedimientos que se sustancian en forma de juicio, lo que permite contar con las herramientas necesarias para hacer valer sus determinaciones.

Aunado a lo anterior frente a la necesidad de propiciar un mercado interno más competitivo, se estableció como uno de los objetivos en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, garantizar reglas claras para incentivar el desarrollo de la economía mediante la aplicación eficaz de la legislación en materia de competencia económica, con lo que se buscaba prevenir y eliminar las prácticas monopólicas, las concentraciones que atentaran contra el libre mercado, así como todas las demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

Por ello, resultaba impostergable contar con la legislación secundaria que permita al Estado mexicano garantizar la libre competencia y concurrencia.

A poco más de veinte años de la publicación de la Ley Federal de Competencia Económica de 1993, la política de libre concurrencia y competencia económica requería de un nuevo diseño institucional que permitiera a México ubicarse dentro de las mejores prácticas internacionales en la materia.

Para alcanzar los objetivos de crecimiento económico que se había trazado el país para el periodo 2013-2018, se asumió el impulso de diversas reformas estructurales, como requisito indispensable para apuntalar a México como líder de las economías latinoamericanas. Por ello, se consideró fundamental como política de Estado atraer mayor inversión, generar empleos bien remunerados y detonar la economía nacional.

El planteamiento de la legislación secundaria en materia de libre concurrencia y competencia económica que se propuso, se desarrolló tomando en consideración los siguientes elementos fundamentales:

- i. Las directrices fijadas en la reforma constitucional mencionada;

- ii. La experiencia ganada a lo largo de 20 años de la aplicación de una política de libre competencia y competencia económica, y muy particularmente, los avances logrados en la reforma a la Ley Federal de Competencia Económica del año 2011, y

- iii. Las mejores prácticas internacionales en la materia

Como parte de la estructura orgánica de la Comisión Federal de Competencia Económica, se estableció en el Título Segundo de la iniciativa que el Pleno de la Comisión sería el órgano de gobierno integrado por siete comisionados designados por el Ejecutivo Federal con la ratificación del Senado.

Las decisiones de los comisionados serían tomadas previa deliberación colegiada, con mayoría de votos salvo las decisiones que requieran una mayoría calificada. Las sesiones serían de carácter público, con excepción de aquellas en que se traten temas con información confidencial, en cuyo caso deberán ser declaradas como tales.

El Pleno de la Comisión tendría la facultad de expedir su propio estatuto orgánico en el que se contemplarán las facultades que ejercerán las diversas unidades de ésta, que están bajo el mando y vigilancia del Pleno o del Presidente, según sea el caso.

Asimismo, se contemplaron tanto causas de remoción como prohibiciones para los comisionados integrantes del Pleno.

Por otro lado, se contempló la creación de una autoridad investigadora, como un órgano con autonomía técnica y de gestión encargado de desahogar las investigaciones de la Comisión y cuyo titular será designado por mayoría de cinco comisionados.

La iniciativa de mérito otorgaba facultades a la autoridad investigadora para que pueda aplicar las medidas de apremio previstas en la propia ley.

Al igual que los comisionados del Pleno, se previeron tanto causas de destitución del cargo para el titular de la autoridad investigadora, como prohibiciones que debe evitar en el ejercicio de su función.

El establecimiento de la autoridad investigadora tuvo por objeto dar cumplimiento al mandato constitucional de separar las áreas, funciones y procedimientos de investigación, respecto de las de resolución.

Por lo anterior, la iniciativa se propuso una arquitectura institucional que garantiza esa separación y equilibrio de funciones al interior de la Comisión.

Cuando el Pleno tomara conocimiento y ordenara a la unidad correspondiente la instrucción del procedimiento en forma de juicio, el órgano de gobierno actuaría imparcialmente, ya que no le corresponde la investigación ni dictaminación de la existencia de probables conductas anticompetitivas o concentraciones ilícitas. Su papel consistiría en iniciar el procedimiento por la posible existencia de conductas prohibidas, dar oportunidad al presunto responsable de defenderse y una vez concluido el procedimiento, resolver lo conducente en los términos que se precisan en la presente iniciativa. Con este mecanismo el Pleno como resolutor se mantenía ajeno e imparcial a la investigación.

Uno de los riesgos que existen en las instituciones especializadas que tienen a su cargo la regulación de sectores específicos del mercado es la llamada "captura del regulador".

Dicho término se utiliza para describir la influencia de las empresas dominantes de un sector sobre la agencia gubernamental que las debe regular. Esta captura puede devenir en efectos nocivos como el tráfico de influencias, el uso de información privilegiada e incluso la gestión de los intereses del agente económico por parte de los servidores públicos del órgano regulador del Estado.

Con el objeto de minimizar estos riesgos, el artículo 28 constitucional dispone que la ley regulará las modalidades conforme a las cuales los Comisionados podrán establecer contacto para tratar asuntos de su competencia con personas que representen los intereses de los agentes económicos.

En cumplimiento a dicho mandato, la iniciativa previó una serie de reglas de contacto, específicamente limitándolo al contexto de una audiencia con ciertas características.

Para tal efecto, debería convocarse a todos los Comisionados, pero la audiencia podrá celebrarse con la presencia de uno solo de ellos.

De cada audiencia se llevaría un registro que al menos deberá contener el lugar, la fecha, la hora de inicio y la hora de conclusión de la audiencia; los nombres completos de todas las personas que estuvieron presentes en la misma y los temas tratados. Las audiencias serán grabadas y almacenadas en medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

Se encomendó a la Comisión emitir reglas de contacto tanto para la Autoridad Investigadora como para el resto de sus servidores públicos.

Finalmente, se estableció como causal de remoción de los Comisionados el tratar asuntos de su competencia con personas que representen los intereses de los agentes económicos fuera de los casos previstos en la ley. Asimismo, se estableció que concluido su encargo, no podrán desempeñarse como consejeros, directivos o representantes de un agente económico que haya estado sujeto a un procedimiento previsto en la ley, por un plazo equivalente a una tercera parte del tiempo que ejercieron su función.

La iniciativa secundaria retomó los conceptos que se encuentran en la ley de 1993 respecto de prácticas monopólicas absolutas, prácticas monopólicas relativas, determinación de mercado relevante, de poder sustancial y concentraciones, en razón de que habían probado una eficaz aplicación durante los 20 años de vigencia y el Poder Judicial de la Federación ha confirmado su congruencia con el marco jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, se plantearon adiciones conceptuales que limitaban la discrecionalidad de la autoridad y brindan mayor predictibilidad y certeza jurídica a los agentes económicos, con la enunciación de conceptos inspirados en las mejores prácticas internacionales.

Respecto a las prácticas monopólicas relativas, se amplió el catálogo acorde a las prácticas internacionales y a la realidad de los mercados mexicanos, para incluir dos conductas: la primera, era el estrechamiento de márgenes consistente en la reducción del margen existente entre el precio de acceso a un insumo esencial provisto por uno o varios agentes económicos y el precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final por esos mismos agentes económicos, utilizando para su producción el mismo insumo. Esta práctica se presenta cuando existe un agente económico verticalmente integrado, que es dominante en la provisión de un insumo que es esencial para operar en el mercado relacionado, donde también compite, y abusa de su poder mediante la reducción en el margen de sus competidores en el mercado relacionado, cobrándoles un precio por el insumo mayor al que se cobra a sí mismo o reduciendo el precio del bien o servicio en el

mercado relacionado. Con esta conducta, los competidores que son igual de eficientes que el dominante, enfrentan dificultades para permanecer o concurrir al mercado, por razones que no dependen de su eficiencia, sino del abuso del poder del dominante.

La segunda conducta que se adicionaba fue la denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial. Por la importancia concedida a los insumos esenciales en la reciente reforma constitucional, se adicionó esta práctica que tiene por objeto evitar que el agente económico que detenta o posee el insumo de carácter imprescindible abuse de su posición dominante mediante la negación, restricción o acceso discriminatorio que no tiene justificación legítima y únicamente busca perjudicar a un competidor.

La reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia económica estableció expresamente tres facultades para la Comisión a fin de que ésta pueda cumplir eficazmente con su objeto de promover, proteger y garantizar la libre competencia y la competencia económica. Estas fueron: (i) ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre competencia, (ii) regular el acceso a insumos esenciales y (iii) ordenar la desincorporación de activos.

- i. Ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre competencia
- ii. Determinar la existencia y regular el acceso a insumos esenciales
- iii. Facultad de ordenar la desincorporación de activos

El hecho de que el Constituyente Permanente haya decidido establecer en el texto constitucional la facultad de la Comisión de ordenar la desincorporación de activos,

derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, se interpretó como una medida estructural que pudiera ser realmente aplicada y que logre desincentivar la realización de prácticas anticompetitivas.

En este sentido, la iniciativa consideró como sanción máxima la orden de desincorporar activos, así como derechos, partes sociales o acciones en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos

Con el objeto de hacer efectivas las atribuciones que el texto constitucional otorgó a la Comisión, se previó un procedimiento especial de investigación para determinar la existencia de insumos esenciales o barreras a la competencia y para que, en su caso, la Comisión ordenara la eliminación de la barrera, la regulación de los insumos o la desincorporación de activos, derechos o partes sociales en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos. Por su importancia, en el procedimiento se facultaba a la Comisión a solicitar opinión técnica no vinculatoria a la dependencia coordinadora del sector respecto de las medidas que, en su caso, pueda imponer. Asimismo, por razones de transparencia, la resolución que se emitiera sería publicada íntegramente en la página de Internet de la Comisión y los datos relevantes en el Diario Oficial de la Federación.

La iniciativa previó que cuando el titular del insumo esencial considere que han dejado de reunirse los requisitos para ser considerado como tal, podrá solicitar a la Comisión que así lo determine, en cuyo caso quedará sin efectos la resolución.

a. Opiniones formales

La iniciativa facultaba a la Comisión para emitir opiniones no vinculantes respecto de los ajustes a programas y políticas llevados a cabo por las autoridades públicas, así como

respecto de los anteproyectos de disposiciones, acuerdos y demás actos administrativos de carácter general que pretendieran emitir dichas autoridades, cuando pudieran tener efectos contrarios al proceso de competencia.

Asimismo, podría opinar sobre la incorporación de medidas protectoras en los procesos de desincorporación de entidades o procedimientos de licitaciones, concesiones o permisos cuando así lo determinen otras leyes o el Ejecutivo Federal mediante acuerdos o decretos.

b. Investigación y procedimiento en forma de juicio

Como fue expuesto, la reforma constitucional había mandado un sistema de control al interior de la Comisión, consistente en la separación entre la autoridad investigadora y la que resuelve.

En esta tesitura, la iniciativa conceptualizó a una autoridad investigadora y acusadora en un procedimiento adversarial frente al agente económico probable responsable, el cual sería sustanciado en diversas etapas que aseguran el respeto a los derechos de audiencia y de seguridad jurídica.

La autoridad investigadora adquiriría el carácter de parte en el procedimiento y estaría facultada para solicitar al Pleno en cualquier momento la emisión de medidas cautelares relacionadas con la materia de la investigación que considere necesarias para evitar un daño de difícil reparación o asegurar la eficacia del resultado de la investigación y resolución del procedimiento. También se previó que el denunciante sería coadyuvante en el procedimiento.

c. Reparación de daños y perjuicios

En cumplimiento de su finalidad, la Comisión puede imponer multas y otras medidas punitivas a los agentes económicos que infrinjan las normas de competencia económica incurriendo en una práctica monopólica o concentración ilícita.

Mientras que el objetivo de las sanciones pecuniarias por violaciones a la ley pretende ser disuasorio, el de las reclamaciones por daños y perjuicios tiene por finalidad reparar el daño causado por una práctica monopólica o concentración ilícita.

Sin embargo, la cuantificación de los daños y perjuicios provocados por dichos actos ha demostrado ser un reto, tanto para los actores como para las autoridades judiciales encargadas de conocer de la acción indemnizatoria.

Conforme a al marco jurídico de 1993 es posible iniciar una acción indemnizatoria derivada de actos ilícitos, tales como las prácticas monopólicas y las concentraciones ilícitas. Sin embargo, se corre el riesgo de que la acción prescriba mientras se sustancia el procedimiento respectivo ante la autoridad de competencia económica, además de que los tribunales del orden común generalmente no cuentan con especialización en la materia.

Por ello, el artículo 38 de la Ley Federal de Competencia Económica de 1993 disponía al respecto que:

"Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses de forma independiente a los procedimientos previstos en esta Ley. La autoridad judicial podrá solicitar la opinión de la Comisión en asuntos de su competencia."

Ante lo expuesto, se propuso que la acción de daños y perjuicios se sometiera al conocimiento de los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones cuando la resolución de que se trate quede firme y usando ésta como base de la acción.

A fin de proteger los derechos de los posibles afectados, el inicio de la investigación interrumpiría el plazo para la prescripción de la acción de responsabilidad civil. Además, se dispuso que con la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento seguido en forma de juicio se tendrá por acreditada la ilicitud en el obrar del agente económico.

d. Sanciones penales

El artículo Tercero Transitorio de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia económica determinó la obligación para el Congreso de la Unión de establecer tipos penales que castiguen severamente las prácticas monopólicas y fenómenos de concentración.

Con el propósito de dar cumplimiento al mandato constitucional se propuso reformar el Código Penal Federal, a efecto de aumentar las penas correspondientes a los delitos derivados de prácticas monopólicas absolutas de cinco a diez años de prisión y de mil a diez mil días de multa, equiparándolas con las más altas para delitos patrimoniales y con estándares internacionales.

Con lo anterior, se buscaba crear incentivos para propiciar la libre competencia y competencia económica, eliminando los tratos discriminatorios y el establecimiento desproporcionado y caprichoso de precios en el mercado en los diversos bienes y servicios.

e. Procedimientos de dispensa y reducción del importe de multas

En estrecha relación con las medidas punitivas, están las sanciones administrativas pecuniarias a que se harían acreedores los infractores de la ley.

El problema que surge por la propia naturaleza de las conductas anticompetitivas es que, en virtud de su carácter ilegal, éstas por lo general se mantienen ocultas por los agentes económicos infractores.

En contra de la secrecía que conlleva el incumplimiento de la ley, el Estado tiene a su alcance una política que puede contrarrestar ese fenómeno: premiar la delación de los infractores mediante la inmunidad y la reducción de las sanciones que le hubiesen correspondido, a cambio también de su cooperación para el descubrimiento de otras prácticas ilegales.

En ese contexto, el proyecto de decreto retomó del texto vigente de la Ley Federal de Competencia Económica, los instrumentos de política pública específicos para desincentivar la realización de las conductas prohibidas por esta ley, otorgando la oportunidad a los agentes económicos que las realicen, de exponerlas voluntariamente ante la Comisión, a cambio de la dispensa o reducción de las multas que les correspondería pagar conforme a la ley.

En el caso de prácticas monopólicas absolutas el mayor beneficio de reducción de las multas se otorgaría al primero de los agentes económicos que revele su participación en dicha conducta ilícita y coopere en forma plena y continua con la Comisión en la sustanciación de la investigación y, en su caso, en el procedimiento seguido en forma de

juicio. Este beneficio se reducirá gradualmente para los agentes económicos que acudan posteriormente en iguales términos a exponer su conducta.

En cualquier caso, la Comisión debería imponer medidas adecuadas para restaurar el proceso de libre competencia y de competencia económica.

La dispensa y reducción del importe de multas no eximiría a los beneficiados de ser sujetos de reclamaciones por daños y perjuicios que la conducta anticompetitiva hubiera causado a terceros.

Estos instrumentos de política pública han demostrado en el plano internacional su eficacia para la detección de conductas anticompetitivas y permitirán a la Comisión cumplir con el mandato constitucional de prevenir, investigar y combatir eficazmente las conductas anticompetitivas.

f. Procedimientos ante la Comisión por medios electrónicos

El avance de los medios electrónicos de comunicación y su penetración han impulsado reformas legales y cambios de políticas públicas a fin de hacer más eficientes los trámites, reducir costos y ampliar la transparencia.

Los órganos constitucionales autónomos, en tanto también forman parte del Estado, no deben ser ajenos al anhelo de construir una nueva relación entre la sociedad y el gobierno, centrada en la experiencia del ciudadano como usuario de servicios públicos, mediante la adopción del uso de las tecnologías de la información y comunicaciones.

Por ello, la propuesta de ley secundaria en materia de competencia económica abría la posibilidad a que la Comisión pueda interactuar de manera legal con los particulares y sustanciar cualquier procedimiento por medios electrónicos, observando en todo caso los principios de gobierno digital y datos abiertos, así como las disposiciones aplicables en materia de firma electrónica.

En suma, la iniciativa estaba encaminada a generar esquemas que permitieran acabar con las prácticas monopólicas y demás conductas anticompetitivas que durante años han retrasado el crecimiento económico de México, mediante la regulación de un órgano autónomo, independiente e imparcial en materia de competencia económica; la generación de esquemas de libre competencia y libre concurrencia; la prevención efectiva de las prácticas monopólicas y las conductas anticompetitivas, y el establecimiento de sanciones a quienes atenten contra la libre competencia y concurrencia.

CAPÍTULO IV LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Y SUS SANCIONES

4.1 Objeto, Sujetos y Definiciones

La Ley Federal de Competencia Económica es reglamentaria del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, que en ella se desarrollan lo establecido en la constitución en materia de libre concurrencia, competencia económica, monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones, es de orden público e interés social, aplicable a todas las áreas de la actividad económica, con excepción de aquellas reservadas al Instituto Federal de Telecomunicaciones como se explicó en apartados anteriores, y de observancia general en toda la República.

El objetivo de la LFCE es promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir, investigar, combatir, perseguir con eficacia, castigar severamente y eliminar los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

Las barreras a la competencia y la libre concurrencia se entienden como cualquier característica estructural del mercado, hecho o acto de los Agentes Económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados, así como las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno, en ambos casos que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia.

Están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los Agentes Económicos, definidos como toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la

administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica. Asimismo serán responsables solidarios los Agentes Económicos que hayan tomado o adoptado la decisión, así como instruido o ejercido influencia decisiva en la toma de decisión, y el directamente involucrado en la realización de la conducta prohibida por la LFCE.

4.2 Excepciones a las prácticas monopólicas

En términos de la nueva LFCE no constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas determinadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante, los Agentes Económicos que tengan a su cargo las funciones a que se refiere el párrafo anterior, estarán sujetos a lo dispuesto por la LFCE respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos en dichos supuestos.

Tampoco constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores constituidas conforme a la legislación de la materia para la protección de sus propios intereses, como los sindicatos, así como los privilegios que por determinado tiempo se conceden a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que se otorgan a los inventores y perfeccionadores para el uso exclusivo de sus inventos o mejoras, es decir los derechos de autor y la propiedad industrial. Los Agentes Económicos referidos estarán sujetos a la misma precisión que las funciones del Estado en áreas estratégicas, es decir, se tendrán a lo dispuesto en la LFCE respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos dentro de la protección que señala el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Finalmente, como una nueva excepción, no constituyen monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales, siempre que:

- a. Dichos productos nacionales o industriales sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o no sean artículos de primera necesidad;
- b. Sus ventas o distribución no se realicen dentro del territorio nacional;
- c. Dichas asociaciones o sociedades cooperativas estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y estén previamente autorizadas en cada caso para constituirse por la legislatura correspondiente a su domicilio social;
- d. La membresía a dichas asociaciones o sociedades cooperativas sea voluntaria y se permita la libre entrada y salida de sus miembros, y
- e. No otorguen o distribuyan permisos o autorizaciones cuya expedición corresponda a dependencias o entidades de la administración pública federal.

Los Agentes Económicos exceptuados en este sentido, también estarán sujetos a lo dispuesto en la LFCE respecto de los actos que no estén expresamente comprendidos dentro de la protección que señala el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.3 La Comisión Federal de Competencia Económica

La Comisión Federal de Competencia Económica, COFECE, es un órgano constitucional autónomo, con personalidad Jurídica y patrimonio propio, independiente en sus decisiones y funcionamiento, profesional en su desempeño, imparcial en sus actuaciones

y ejercerá su presupuesto de forma autónoma, misma que tiene por objeto garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, con domicilio en la Ciudad de México y, sujeta a la disponibilidad presupuestaria, con posibilidad de establecer delegaciones fuera de la Ciudad de México.

El Órgano Constitucional Autónomo (OCA), de conformidad con lo que establece el Dr. Jorge Fernández Ruíz³⁷, en su obra de “Derecho Administrativo y Administración Pública”, la figura del OCA, en el orden jurídico mexicano aparece con la reforma constitucional al artículo 28, publicada el 28 de agosto de 1993, para dotar de una nueva naturaleza jurídica al Banco de México.

Estos órganos autónomos, de acuerdo a la doctrina, viene a ser aquellos establecidos en la Constitución, que no forman parte de ninguno de los tres poderes u órganos tradicionales del Estado y que requieren de autonomía de dichos órganos o poderes tradicionales. Su existencia se justifica por la necesidad de que los poderes tradicionales no ejerzan el doble papel del juez y parte. Así mismo, forman parte y son sujetos del Derecho Administrativo, toda vez que cada uno de ellos tiene un ámbito específico para el ejercicio de sus funciones y atribuciones.

El Dr. Fernández Ruíz, caracteriza a los OCAs como parte de una “función pública emergente” que entraña en sí misma una clara descentralización política funcional que le permite a dicho órgano ejercer su función, con el empleo de la potestad, el imperio y la autoridad del Estado, en el ámbito federal por tratarse de la descentralización completa de una función pública.

De las atribuciones:

³⁷ Fernández Ruíz, Jorge. Derecho Administrativo y Administración Pública. Sexta Edición. Ed. Porrúa-UNAM. México 2014. Pp 254-256

La COFECE, según el Artículo 12 de la LFCE cuenta con las siguientes atribuciones:

- Garantizar la libre competencia y concurrencia; prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones el funcionamiento eficiente de los mercados, e impone las sanciones derivadas de dichas conductas, en los términos de la LFCE;
- Ordenar medidas para eliminar barreras a la competencia y la libre concurrencia; determinar la existencia y regular el acceso a insumos esenciales, así como ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los Agentes Económicos en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos;
- Practicar visitas de verificación en los términos de la LFCE, citar a declarar a las personas relacionadas con la materia de la investigación y requerir la exhibición de papeles, libros, documentos, archivos e información generada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, a fin de comprobar el cumplimiento de la LFCE, así como solicitar el apoyo de la fuerza pública o de cualquier Autoridad Pública para el eficaz desempeño de las atribuciones a que se refiere la LFCE;
- Establecer acuerdos y convenios de coordinación con las Autoridades Públicas para el combate y prevención de monopolios, prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas, barreras a la libre concurrencia y la competencia económica y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados;
- Formular denuncias y querellas ante el Ministerio Público respecto de las probables conductas delictivas en materia de libre concurrencia y competencia económica de que tengan conocimiento;
- Presentar solicitud de sobreseimiento respecto de probables conductas delictivas contra el consumo y la riqueza nacional previstas en el Código Penal Federal, cuando hubiere sido denunciante o querellante;
- Ejercer el presupuesto de forma autónoma:
- Crear los órganos y unidades administrativas necesarias para su desempeño profesional, eficiente y eficaz, de acuerdo con su presupuesto autorizado;

- Ordenar la suspensión de los actos o hechos constitutivos de una probable conducta prohibida por la LFCE e imponer las demás medidas cautelares, así como fijar caución para levantar dichas medidas;
- Resolver sobre los asuntos de su competencia y sancionar administrativamente la violación de la LFCE;
- Resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de libre competencia o competencia económica a que hacen referencia ésta u otras leyes y reglamentos;
- Emitir opinión cuando lo considere pertinente, o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría de Economía, o a petición de parte, respecto de los ajustes a programas y políticas llevados a cabo por Autoridades Públicas, cuando éstos puedan tener efectos contrarios al proceso de libre competencia y competencia económica de conformidad con las disposiciones legales aplicables, sin que estas opiniones tengan efectos vinculantes. Las opiniones citadas deberán publicarse;
- Emitir opinión cuando lo considere pertinente, o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría de Economía, o a petición de parte, respecto de los anteproyectos de disposiciones, reglas, acuerdos, circulares y demás actos administrativos de carácter general que pretendan emitir Autoridades Públicas, cuando puedan tener efectos contrarios al proceso de libre competencia y competencia económica de conformidad con las disposiciones legales aplicables, sin que estas opiniones tengan efectos vinculantes. Las opiniones citadas deberán publicarse;
- Emitir opinión cuando lo considere pertinente, o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría de Economía, de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o a petición de parte, sobre iniciativas de leyes y anteproyectos de reglamentos y decretos en lo tocante a los aspectos de libre competencia y competencia económica, sin que estas opiniones tengan efectos vinculantes. Las opiniones citadas deberán publicarse;

- Emitir opinión cuando lo considere pertinente, o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría de Economía, o de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos de carácter general en materia de libre competencia y competencia económica, sin que estas opiniones tengan efectos vinculantes. Las opiniones citadas deberán publicarse,
- Emitir Disposiciones Regulatorias exclusivamente para el cumplimiento de sus atribuciones, así como su estatuto orgánico, que deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación;
- Resolver sobre las solicitudes de opinión formal, y emitir orientaciones generales en materia de libre competencia y competencia económica que le sean formuladas de conformidad con los artículos 104 a 110 de la LFCE.
- Opinar cuando lo considere pertinente, o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, o de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión sobre asuntos en materia de libre competencia y competencia económica en la celebración de tratados internacionales, en términos de lo dispuesto en la ley de la materia;
- Opinar sobre la incorporación de medidas protectoras y promotoras en materia de libre competencia y competencia económica en los procesos de desincorporación de entidades y activos públicos, así como en los procedimientos de licitaciones, asignación, concesiones, permisos, licencias o figuras análogas que realicen las Autoridades Públicas, cuando así lo determinen otras leyes o el Ejecutivo Federal mediante acuerdos o decretos;
- Promover, en coordinación con las Autoridades Públicas, que sus actos administrativos observen los principios de libre competencia y competencia económica;
- Promover el estudio, la divulgación y la aplicación de los principios de libre competencia y competencia económica, así como participar en los foros y organismos nacionales e Internacionales que tengan ese fin;
- Publicar, y revisar cuando menos cada cinco años, directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos, previa consulta pública, en la forma y términos que señalen las Disposiciones Regulatorias, en materia de:

- a) Imposición de sanciones;
 - b) Prácticas monopólicas;
 - c) Concentraciones;
 - d) Investigaciones;
 - e) Determinación de poder sustancial para uno o varios Agentes Económicos;
 - f) Determinación de mercados relevantes;
 - g) Beneficio de dispensa y reducción del importe de las multas;
 - h) Suspensión de actos constitutivos de probables prácticas monopólicas o probables concentraciones ilícitas;
 - i) Determinación y otorgamiento de cauciones para suspender la aplicación de medidas cautelares;
 - j) Solicitud del sobreseimiento del proceso penal en los casos a que se refiere el Código Penal Federal,
 - k) Barreras a la competencia y libre concurrencia;
 - l) Existencia y regulación de acceso a insumos esenciales;
 - m) Desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de Agentes Económicos, y
 - n) Las que sean necesarias para el efectivo cumplimiento de la LFCE.
- En la elaboración de las directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos, la COFECE, llevará a cabo un ejercicio ponderado de los resultados de la consulta pública en los términos que establezcan las Disposiciones Regulatorias;
 - Realizar u ordenar la realización de estudios, trabajos de investigación e informes generales en materia de libre concurrencia y competencia económica, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa, cuando detecte riesgos al proceso de libre concurrencia y competencia económica, identifique un problema de competencia o así se lo soliciten otras Autoridades Públicas;
 - Aprobar los lineamientos para el funcionamiento del Pleno;

- Elaborar el programa anual de trabajo y el informe trimestral de actividades que deberá ser presentado a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión por conducto del Comisionado Presidente;
- Solicitar o requerir, para el ejercicio de sus atribuciones, la información que estime necesaria;
- Establecer mecanismos de coordinación con Autoridades Públicas en materia de políticas de libre competencia y competencia económica y para el cumplimiento de las demás disposiciones de la LFCE u otras disposiciones aplicables;
- Ejercitar las acciones colectivas de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Solicitar estudios que evalúen el desempeño de las facultades otorgadas a la COFECE, mismos que serán elaborados por académicos y expertos en la materia de manera independiente a la autoridad.

Atribuciones del Pleno:

El Pleno delibera de forma colegiada y decide los casos por mayoría de votos, salvo las decisiones que requieran una mayoría calificada en los términos de la LFCE.

Las deliberaciones del Pleno deben contar con los votos de todos los Comisionados, quienes no pueden abstenerse de votar. Los Comisionados que se encuentren ausentes durante las sesiones del Pleno deben emitir su voto por escrito antes de la sesión o dentro de los cinco días siguientes a la sesión respectiva.

En los casos en que los Comisionados no puedan ejercer su voto por causas debidamente justificadas o estén impedidos para ello, y exista empate en la votación del Pleno, el Comisionado Presidente contará con voto de calidad para decidir estos casos.

Las sesiones del Pleno son de carácter público, excepto aquellas porciones en que se traten temas con Información Confidencial. Sólo será considerada Información Confidencial la declarada como tal bajo los supuestos establecidos en la LFCE (aquella que de divulgarse pueda causar un daño o perjuicio en la posición competitiva de quien la haya proporcionado, contenga datos personales cuya difusión requiera su consentimiento, pueda poner en riesgo su seguridad o cuando por disposición legal se prohíba su divulgación). El Pleno deberá fundar y motivar la resolución en la que determine que una sesión no será pública.

La Comisión deberá hacer pública la versión estenográfica de sus sesiones.

Los acuerdos y resoluciones del Pleno también son de carácter público y sólo se reservan las partes que contengan Información Confidencial o Reservada (aquella a la que sólo los Agentes Económicos con interés jurídico en el procedimiento pueden tener acceso), en términos establecidos en la LFCE.

El Pleno determina en el estatuto orgánico el ejercicio directo o por delegación de las atribuciones previstas en la LFCE que no estén comprendidas en los supuestos señalados exclusivamente para el Pleno.

En el estatuto orgánico de la Comisión se establecen las facultades que ejercerán las diversas unidades de la misma, las cuales estarán bajo el mando y supervisión del Pleno o del Comisionado Presidente, según se trate.

Atribuciones del Comisionado Presidente:

El comisionado Presidente presidirá el Pleno y a la COFECE. En caso de ausencia, le suplirá el comisionado de mayor antigüedad y, a igualdad de antigüedad, el de mayor edad.

Corresponde al Comisionado Presidente:

- Actuar como representante legal de la COFECE con facultades generales y especiales para actos de administración y de dominio, pleitos y cobranzas, incluso las que requieran cláusula especial conforme a la ley;
- Otorgar poderes a nombre de la Comisión para actos de dominio, de administración, pleitos y cobranzas y para ser representada ante cualquier autoridad administrativa o judicial, ante tribunales laborales o ante particulares; así como acordar la delegación de las facultades que correspondan, en los términos que establezca el estatuto orgánico. Tratándose de actos de dominio sobre inmuebles destinados a la Comisión o para otorgar poderes para dichos efectos, se requerirá la autorización previa del Pleno. El Presidente está facultado para promover, previa aprobación del Pleno, controversias constitucionales en términos de lo previsto por el inciso I), de la fracción 1 del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- Dirigir y administrar los recursos humanos, financieros y materiales de la Comisión e informar al Pleno sobre la marcha de la administración en los términos que determine el estatuto orgánico;
- Participar con la representación de la Comisión en foros, reuniones, eventos, convenciones y congresos que se lleven a cabo con organismos nacionales, cuando se refieran a temas en el ámbito de competencia de la Comisión, de conformidad con lo establecido en la LFCE o designar representantes para tales efectos, manteniendo informado al Pleno sobre dichas actividades:
- Convocar y conducir las sesiones del Pleno;
- Ejecutar los acuerdos y resoluciones adoptados por el Pleno;

- Dar cuenta al Comité de Evaluación previsto en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la Cámara de Diputados, de las vacantes que se produzcan en el Pleno de la Comisión o en la Contraloría, según corresponda, a efectos de su nombramiento;
- Proponer anualmente al Pleno el anteproyecto de presupuesto de la Comisión para su aprobación y remitirlo, una vez aprobado, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para su inclusión en el proyecto de decreto de presupuesto de egresos de la federación;
- Presentar para aprobación del Pleno, dentro del mes de enero de cada año, el proyecto del programa anual de trabajo de la Comisión y trimestralmente los proyectos de informes de actividades;
- Recibir del Contralor Interno los informes de las revisiones y auditorías que se realicen para verificar la correcta y legal aplicación de los recursos y bienes de la Comisión y hacerlos del conocimiento del Pleno;
- Someter a consideración del Pleno cualquier asunto competencia de la Comisión

4.4. Prohibición de Conductas Anticompetitivas

En la LFCE se señala que están prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y las barreras que, en términos de la misma Ley, disminuyan, dañen, impidan o condicionen de cualquier forma la libre competencia o la competencia económica en la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios.

En el mismo texto se clasifican en dos: absolutas y relativas:

a. Prácticas Monopólicas Absolutas

Se consideran ilícitas las prácticas monopólicas absolutas, consistentes en los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre Agentes Económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de las siguientes:

- Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;
- Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;
- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas, y
- Intercambiar información con alguno de los objetos o efectos a que se refieren las anteriores fracciones.
- Las prácticas monopólicas absolutas serán nulas de pleno derecho, y en consecuencia, no producirán efecto jurídico alguno y los Agentes Económicos que incurran en ellas se harán acreedores a las sanciones establecidas en la LFCE, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en su caso, pudiere resultar.

b. Prácticas Monopólicas Relativas

Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:

- Encuadre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de la LFCE;
- Lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica, y
- Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.

Las prácticas son ilícitas y se sancionan si son demostrados los supuestos, salvo que el Agente Económico demuestre que generan ganancias en eficiencia e inciden favorablemente en el proceso de competencia económica y libre concurrencia superando sus posibles efectos anticompetitivos, y resultan en una mejora del bienestar del consumidor. Entre las ganancias en eficiencia se podrán incluir alguna de las siguientes:

- a) La introducción de bienes o servicios nuevos;
- b) El aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos;
- c) Las reducciones de costos derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción, de la integración de activos, de los incrementos en la escala de la producción y de la producción de bienes o servicios diferentes con los mismos factores de producción;
- d) La introducción de avances tecnológicos que produzcan bienes o servicios nuevos o mejorados;
- e) La combinación de activos productivos o inversiones y su recuperación que mejoren la calidad o amplíen los atributos de los bienes o servicios;
- f) Las mejoras en calidad, inversiones y su recuperación, oportunidad y servicio que impacten favorablemente en la cadena de distribución, y

- g) Las demás que demuestren que las aportaciones netas al bienestar del consumidor derivadas de dichas prácticas superan sus efectos anticompetitivos.

Los supuestos a los que se refiere la LFCE para considerar a una práctica monopólica como relativa, consisten en cualquiera de los siguientes:

1. Entre Agentes Económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;
2. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor deba observar al prestar, comercializar o distribuir bienes o servicios;
3. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio, normalmente distinto o distinguible o sobre bases de reciprocidad;
4. La venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;
5. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;
6. La concertación entre varios Agentes Económicos o la invitación a éstos para ejercer presión contra algún Agente Económico o para rehusarse a vender, comercializar o adquirir bienes o servicios a dicho Agente Económico, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado;

7. La venta por debajo de su costo medio variable o la venta por debajo de su costo medio total, pero por arriba de su costo medio variable, si existen elementos para presumir que le permitirá al Agente Económico recuperar sus pérdidas mediante incrementos futuros de precios, en los términos de las Disposiciones Regulatorias;
8. El otorgamiento de descuentos, incentivos o beneficios por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción;
9. El uso de las ganancias que un Agente Económico obtenga de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas con motivo de la venta, comercialización o prestación de otro bien o servicio;
10. El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes compradores o vendedores situados en condiciones equivalentes;
11. La acción de uno o varios Agentes Económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan otro u otros Agentes Económicos;
12. La denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial por parte de uno o varios Agentes Económicos, y
13. El estrechamiento de márgenes, consistente en reducir el margen existente entre el precio de acceso a un insumo esencial provisto por uno o varios agentes económicos y el precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final por esos mismos agentes económicos, utilizando para su producción el mismo insumo.

La CFCE debe proveer lo conducente para prevenir y eliminar las barreras a la libre competencia y la competencia económica, en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos, a través de los procedimientos previstos en la LFCE.

4.5. Medidas de Apremio

La Comisión, para el desempeño de las funciones que le atribuye la LFCE, podrá aplicar indistintamente las siguientes medidas de apremio:

1. Apercibimiento;
2. Multa hasta por el importe del equivalente a tres mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, cantidad que podrá aplicarse por cada día que transcurra sin cumplimentarse con lo ordenado;
3. El auxilio de la fuerza pública o de otras Autoridades Públicas, y
4. Arresto hasta por 36 horas.

4.6. Multas y Sanciones

La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones:

1. Ordenar la corrección o supresión de la práctica monopólica o concentración ilícita de que se trate;
2. Ordenar la desconcentración parcial o total de una concentración ilícita en términos de la LFCE, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda;
3. Multa hasta por el equivalente a ciento setenta y cinco mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, por haber declarado falsamente o entregado información falsa a la Comisión, con independencia de la responsabilidad penal en que se incurra;
4. Multa hasta por el equivalente al diez por ciento de los ingresos del Agente Económico, por haber incurrido en una práctica monopólica absoluta, con independencia de la responsabilidad civil y penal en que se incurra;

5. Multa hasta por el equivalente al ocho por ciento de los ingresos del Agente Económico, por haber incurrido en una práctica monopólica relativa, con independencia de la responsabilidad civil en que se incurra;
6. Ordenar medidas para regular el acceso a los Insumos Esenciales bajo control de uno o varios Agentes Económicos, por haber incurrido en la práctica monopólica relativa prevista en el artículo 56, fracción XII, de la LFCE;
7. Multa hasta por el equivalente al ocho por ciento de los ingresos del Agente Económico, por haber incurrido en una concentración ilícita en términos de la LFCE, con independencia de la responsabilidad civil en que se incurra;
8. Multa de cinco mil salarios mínimos y hasta por el equivalente al cinco por ciento de los ingresos del Agente Económico, por no haber notificado la concentración cuando legalmente debió hacerse;
9. Multa hasta por el equivalente al diez por ciento de los ingresos del Agente Económico, por haber incumplido con las condiciones fijadas en la resolución de una concentración, sin perjuicio de ordenar la desconcentración;
10. Inhabilitación para ejercer como consejero, administrador, director, gerente, directivo, ejecutivo, agente, representante o apoderado en una persona moral hasta por un plazo de cinco años y multas hasta por el equivalente a doscientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, a quienes participen directa o indirectamente en prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, en representación o por cuenta y orden de personas morales;
11. Multas hasta por el equivalente a ciento ochenta mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, a quienes hayan coadyuvado, propiciado o inducido en la comisión de prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas o demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados en términos de la LFCE;
12. Multa hasta por el equivalente al ocho por ciento de los ingresos del Agente Económico, por haber incumplido la resolución de dispensa y reducción del importe de multas o en los puntos 1 y 2. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que se incurra, para lo cual la Comisión deberá denunciar tal circunstancia al Ministerio Público;

13. Multas hasta por el equivalente a ciento ochenta mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, a los fedatarios públicos que intervengan en los actos relativos a una concentración cuando no hubiera sido autorizada por la Comisión;
14. Multa hasta por el equivalente al diez por ciento de los ingresos del Agente Económico que controle un insumo esencial, por incumplir la regulación establecida con respecto al mismo y a quien no obedezca la orden de eliminar una barrera a la competencia, y
15. Multa hasta por el equivalente al diez por ciento de los ingresos del Agente Económico, por incumplir la orden cautelar a la que se refiere la LFCE.

Los ingresos a los que se refieren las fracciones anteriores serán los acumulables para el Agente Económico involucrado en la conducta ilícita, excluyendo los obtenidos de una fuente de riqueza ubicada en el extranjero, así como los gravables si éstos se encuentran sujetos a un régimen fiscal preferente, para los efectos del Impuesto Sobre la Renta del último ejercicio fiscal en que se haya incurrido en la infracción respectiva. De no estar disponible, se utilizará la base de cálculo correspondiente al ejercicio fiscal anterior.

La Comisión podrá solicitar a los Agentes Económicos o a la autoridad competente la información fiscal necesaria para determinar el monto de las multas a que se refiere el párrafo anterior, pudiendo utilizar para el supuesto de que el requerido sea el Agente Económico, los medios de apremio que la LFCE establece.

En caso de reincidencia, se podrá imponer una multa hasta por el doble de la que se hubiera determinado por la Comisión.

Se considerará reincidente al que:

- Habiendo incurrido en una infracción que haya sido sancionada, realice otra conducta prohibida por la LFCE, independientemente de su mismo tipo o naturaleza;
- Al inicio del segundo o ulterior procedimiento exista resolución previa que haya causado estado, y
- Que entre el inicio del procedimiento y la resolución que haya causado estado no hayan transcurrido más de diez años.

En el caso de violaciones a la LFCE por servidores públicos, la Comisión deberá enviar oficio debidamente fundado y motivado a la autoridad competente para que, de ser procedente, se inicie el procedimiento de responsabilidad administrativa a que hubiere lugar, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurra el servidor público.

El Ejecutivo Federal ejecutará las multas, en ningún caso la Comisión administrará ni dispondrá de los fondos a que se refiere la LFCE y que se constituyen con las multas.

En el caso de aquellos Agentes Económicos que, por cualquier causa, no declaren o no se les hayan determinado ingresos acumulables para efectos del Impuesto Sobre la Renta, se les aplicarán las multas siguientes:

- Multa hasta por el equivalente a un millón quinientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, para las infracciones a que se refieren los puntos 4, 9, 14 y 15.
- Multa hasta por el equivalente de novecientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, para las infracciones a que se refieren los puntos 5, 7 y 12.
- Multa hasta por el equivalente a cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, para la infracción a que se refiere el punto 8.

En la imposición de multas se deberán considerar los elementos para determinar la gravedad de la infracción, tales como el daño causado; los indicios de intencionalidad; la participación del infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración; así como su capacidad económica; y en su caso, la afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión.

4.7. Sanción de Desincorporación

Cuando la infracción sea cometida por quien haya sido sancionado previamente por la realización de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, la Comisión considerará los elementos a que hace referencia el artículo 130 de la LFCE (el daño causado; los indicios de intencionalidad; la participación del infractor en los mercados; el tamaño del mercado afectado; la duración de la práctica o concentración; así como su capacidad económica; y en su caso, la afectación al ejercicio de las atribuciones de la Comisión) y en lugar de la sanción que corresponda, podrá resolver la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los Agentes Económicos, en las porciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

Para los efectos del párrafo anterior, en su resolución, la Comisión deberá incluir un análisis económico que justifique la imposición de dicha medida, y que la misma supera sus efectos anticompetitivos en beneficio del bienestar neto del consumidor, se entenderá que el infractor ha sido sancionado previamente cuando:

- Las resoluciones que impongan sanciones hayan causado estado, y
- Al inicio del segundo o ulterior procedimiento exista resolución previa que haya causado estado, y que entre el inicio del procedimiento y la resolución que haya causado estado no hayan transcurrido más de diez años.

Las sanciones impuestas por una pluralidad de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas en un mismo procedimiento se entenderán como una sola sanción. No se considerará como sanción las resoluciones emitidas por la Comisión, conforme a lo dispuesto por el artículo 100 de la LFCE (procedimientos de dispensa y reducción del importe de multas).

Los Agentes Económicos tendrán derecho a presentar programas alternativos de desincorporación antes de que la Comisión dicte la resolución respectiva.

Cuando la Comisión ordene la desincorporación o enajenación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los Agentes Económicos, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva.

4.8. Cumplimiento y Ejecución de las Resoluciones

Los incidentes relativos al cumplimiento y la ejecución de las resoluciones de la Comisión se desahogarán de conformidad con el procedimiento incidental previsto en la LFCE. En lo no previsto se aplicará lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

El incidente podrá iniciarse de oficio o a petición de quien demuestre tener interés jurídico. Iniciado el procedimiento se dará vista al Agente Económico de que se trate para que dentro de un plazo de cinco días manifieste lo que a su derecho convenga y, en su caso, ofrezca pruebas. Las pruebas que hayan sido admitidas deberán ser desahogadas dentro del término de veinte días. Posterior al desahogo de pruebas, la Comisión otorgará un plazo improrrogable de cinco días a efecto de que se presenten alegatos por escrito.

Tras los alegatos, la Comisión declarará integrado el expediente incidental y se turnará el asunto al Pleno para que resuelva lo conducente dentro de los veinte días siguientes.

4.9. La Reparación de los Daños y Perjuicios

Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración ilícita podrán interponer las acciones judiciales en defensa de sus derechos ante los tribunales especializados en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones hasta que la resolución de la Comisión haya quedado firme.

El plazo de prescripción para reclamar el pago de daños y perjuicios se interrumpirá con el acuerdo de inicio de investigación.

Con la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento seguido en forma de juicio se tendrá por acreditada la ilicitud en el obrar del Agente Económico de que se trate para efectos de la acción indemnizatoria.

4.10. Prescripción y Medidas Cautelares

En cualquier momento, la Autoridad Investigadora podrá solicitar al Pleno la emisión de las medidas cautelares relacionadas con la materia de la denuncia o investigación que considere necesarias para evitar un daño de difícil reparación o asegurar la eficacia del resultado de la investigación y resolución del procedimiento. Dicha facultad incluye, pero no se limita a:

1. Órdenes de suspensión de los actos constitutivos de las probables conductas prohibidas por la LFCE;

2. Órdenes de hacer o no hacer cualquier conducta relacionada con la materia de la denuncia o investigación;
3. Procurar la conservación de la información y documentación, y
4. Las demás que se consideren necesarias o convenientes.

Contra las medidas cautelares el Agente Económico podrá solicitar al Pleno que, mediante el procedimiento expedito que se establezca en las Disposiciones Regulatorias, le fije caución a fin de levantar dichas medidas. La caución deberá de ser bastante para reparar el daño que se pudiera causar al proceso de libre competencia y competencia económica si no obtiene resolución favorable. La Comisión emitirá los criterios técnicos respectivos para la determinación de las cauciones.

La suspensión que dicte la Comisión no prejuzga respecto del fondo del asunto y cesará al concluir el plazo fijado por el Pleno o en la fecha en que se emita la resolución definitiva.

CAPÍTULO V LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN OTRAS REGIONES

El origen de las personas, de las sociedades, de las naciones y de las ideologías explica su presente y determina su futuro. Por esta razón, resulta imprescindible para el presente estudio revisar los orígenes del derecho de la competencia en el mundo y su posterior desarrollo en los países que lo han adoptado.

Sin entrar en un análisis exhaustivo del nacimiento de esta rama del derecho en los Estados Unidos de América (en adelante EE.UU.) y de su posterior adopción en Europa³⁸, a continuación se presentan una reseña histórica de su proceso de formación y de los aspectos que lo caracterizan en la actualidad.

5.1. El Derecho de la Competencia en Estados Unidos de América³⁹

Algunos autores se remontan a la Edad Media para explicar los orígenes de las políticas de competencia⁴⁰. De manera específica se hace referencia a la época en que los

³⁸ El modelo de aplicación de las leyes antimonopolísticas de EE.UU. ha jugado un rol decisivo en la evolución del derecho de la competencia en todo el mundo, por la profundidad de análisis y discusión que ha alcanzado. Sin embargo, Canadá, Europa y varios países de América Latina han escogido un sistema administrativo de antitrust que tiende a ser más simple y rápido. En EE.UU. un caso importante de antitrust puede tardarse entre 10 y 15 años para ser decidido por la Corte Suprema de Justicia.

³⁹ Para una explicación general del antitrust de EE.UU. véase: Miranda Londoño, Alfonso, Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica, en CEDEC III, colección Seminarios 10, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - Javegraf, reimpresión, Bogotá, 2002, págs. 147–182. Para una completa reseña histórica del tema puede revisarse a Kovacic, William y Shapiro, Carl, “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, Competition Policy Center. University of California, Berkeley, 1999.

Baker, Jonathan B., “A Preface to Post-Chicago Antitrust”, Washington College of Law, American University: junio de 2001.

⁴⁰ Zullita Fellini, Gadulfo y Pérez Miranda, Rafael, “El derecho frente a los monopolios”, en Estudios de derecho económico IV, 1ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, págs. 65–121. y Neumann, Manfred, Competition Policy: history, theory and practice, Edward Elgar Publishing, Great Britain, 2001.

gremios y corporaciones perdieron su exclusividad en la realización del comercio y sus privilegios para la producción de determinados bienes⁴¹.

Maestros como sir Edgard Coke afirman que hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el derecho romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del rey Eduardo III⁴².

Sin embargo, el derecho antimonopolístico moderno surge a finales del siglo XIX en EE.UU., en el contexto de una sociedad con una economía proteccionista en la cual proliferaron los monopolios y los carteles⁴³.

El derecho de la competencia de EE.UU. se originó en 1890 cuando el Congreso aprobó el proyecto de ley contra los monopolios (en inglés, antitrust) presentado por el senador John Sherman del estado de Ohio. A partir de este momento se dio inicio a más de un siglo de jurisprudencia sobre los monopolios, las concentraciones empresariales, las prácticas restrictivas, los carteles y en general todos los aspectos relacionados con el derecho antitrust.

⁴¹ En este sentido puede decirse que el Código de Comercio napoleónico, que dio preponderancia al sistema objetivo basado en el acto de comercio, sobre el subjetivo, basado en la inscripción en el libro de comercio, es un ordenamiento antimonopólico.

⁴² Miranda Londoño, Alfonso, "Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica", en CEDEC III, colección Seminarios 10, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - Javegraf, reimpresión, Bogotá, 2002, pág. 147.

⁴³ Según Zullita Fellini y Pérez Miranda la primera ley que tenía como fin la protección de la libre competencia no fue sancionada en EE.UU., sino en Canadá en el año de 1889. Pero los autores citados advierten que esta ley tan sólo se ocupó de sancionar algunas prácticas colusorias, dejando por fuera muchos temas relacionados con la libre competencia. (Zullita Fellini, Gadulfo y Pérez Miranda, Rafael, op. cit., pág. 9.) Asimismo, según Thomas J. DiLorenzo, la Ley Sherman fue la primera norma antimonopolios de aplicación nacional, pero no fue la primera norma antimonopolios expedida en EE.UU. En años anteriores, este tipo de normas habían sido expedidas en varios Estados de la Unión. (DiLorenzo, Thomas J., "The Case Against All Antitrust Legislation", cátedra en Mises University 18, Ludwig Von Mises Institute, August 9, 2003.)

De acuerdo con la doctrina convencional, los acuerdos económicos (en inglés, corporate trust) y carteles de precios (en inglés, pooling arrangements), que operaban en todo el país entre la época entre la guerra civil y el año de 1890, permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar precios y dividirse los mercados. Así, las normas antimonopolio surgieron como una respuesta del Estado a las restricciones generadas por estos fenómenos económicos⁴⁴.

Es preciso sin embargo hacer referencia a la posición de académicos como Thomas J. DiLorenzo, profesor de economía de Loyola College y representante contemporáneo de la escuela austriaca de economía, según el cual no hay evidencia de que las grandes empresas de finales del siglo XIX en EE.UU. realizaran prácticas anticompetitivas. Por el contrario, según la escuela austriaca, la normativa antitrust de EE.UU. habría sido impulsada por grupos de interés que buscaban protegerse de las compañías que crecían rápidamente y lograban ofrecer precios bajos gracias a las economías de escala que alcanzaban. Según la escuela austriaca, la Ley Sherman no se expidió para promover la libre competencia sino que constituye un mecanismo proteccionista que algunos sectores empresariales lograron establecer, con el fin de protegerse de aquellas empresas capaces de competir agresivamente en el mercado⁴⁵.

La Ley Sherman continúa siendo, a la fecha, la norma principal del derecho de la competencia en los EE.UU. La mencionada ley contiene las siguientes prohibiciones de carácter general:

- Prohíbe toda clase de acuerdos que tiendan a restringir la competencia entre los diversos estados o con naciones extranjeras.

⁴⁴ Miranda Londoño, Alfonso, op. cit., pág. 148

⁴⁵ DiLorenzo, Thomas J., "The Case Against All Antitrust Legislation", cátedra en Mises University, Ludwig Von Mises Institute, August 9, 2003.

- Prohíbe tanto la monopolización como el intento de monopolizar cualquier parte del comercio interestatal o internacional⁴⁶.

Según los profesores William Kovacic y Carl Shapiro, la Ley Sherman se distingue de los demás estatutos que regulan el comercio en EE.UU., por ser demasiado genérica, pues prohíbe y castiga penalmente “todo contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio” al igual que la monopolización⁴⁷. Esta prohibición general, según los autores citados, tuvo dos efectos.

Primero, dio un gran poder a los jueces federales para que establecieran en cada caso la distinción entre una cooperación comercial legal y aceptable y una conducta colusoria ilegal; o bien entre una competencia vigorosa y una monopolización ilegal. Un segundo efecto fue la convergencia, que hoy en día se mantiene, entre la ciencia del derecho y la ciencia de la economía.

En la opinión que se expone, el segundo efecto mencionado por los profesores citados no se debe a lo general de las prohibiciones contenidas en la Ley Sherman, sino a la evidente referencia que la ley hace a temas económicos. Como consecuencia de esta importante característica, el análisis económico y la evolución de la teoría económica han tenido una influencia determinante sobre el desarrollo y la estructuración del moderno derecho de la competencia.

El profesor de American University, Jonathan Baker, coincide con la crítica de Kovacic y Shapiro y añade otra consecuencia a la forma genérica en que están escritas las leyes antitrust: no son una guía clara para las empresas que quieran cumplirla y tampoco son claras las normas para los jueces que deben interpretarlas y aplicarlas. Como se dijo

⁴⁶ Miranda Londoño, Alfonso, op. cit., pág 149.

⁴⁷ Kovacic, William y Shapiro, Carl, “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 1999, pág. 2.

anteriormente, son las cortes federales y la Corte Suprema las encargadas de concretar estas reglas generales en reglas específicas, que evolucionan a través de la jurisprudencia enmarcada en el sistema del derecho consuetudinario, en inglés Common Law⁴⁸.

A continuación se presenta la evolución del derecho de la competencia en EE.UU., con base en las etapas propuestas por los profesores Kovacic y Shapiro, en el documento citado⁴⁹.

Primera Etapa (1890-1914)

De acuerdo con Kovacic y Shapiro, la promulgación de la Ley Sherman generó un intenso debate entre los economistas de fines del Siglo XIX. Para algunos, la norma no serviría para detener la tendencia de la economía estadounidense a la cartelización. Para otros, como los académicos de la escuela austriaca de economía, la norma constituiría un obstáculo para la obtención de las eficiencias que podrían producir las nuevas formas de organización industrial. En realidad, según Kovacic y Shapiro, inicialmente no se consideraba que la Ley Sherman fuera una herramienta útil y eficaz para controlar las conductas anticompetitivas⁵⁰.

Aunque el derecho antimonopolios ha sido considerado como o una herramienta útil para preservar la transparencia de los mercados y la libre competencia, el debate sobre los efectos económicos de su aplicación continúa hoy en día, como se verá con más detalle en este documento.

⁴⁸ Baker, Jonathan B., "A Preface to Post-Chicago Antitrust", Washington Collage of Law, America University, junio de 2001, pág. 2.

⁴⁹ Kovacic, William y Shapiro, Carl. op. cit.

⁵⁰ *Ibidem*, págs. 2-3.

Durante las primeras dos décadas de su vigencia, la Ley Sherman no fue aplicada en forma decidida, pero las cortes dieron los pasos iniciales en el camino de su interpretación⁵¹. A pesar de la poca claridad de la Ley Sherman, ésta no condenaba per se la existencia de monopolios. Así lo explican los profesores Kovacic y Shapiro:

“El lenguaje de la Ley Sherman y su historia legislativa indican que el Congreso no condena el estatus de monopolio. En cambio, la crucial tarea analítica de las cortes era definir la conducta que, unida con el poder de monopolio, constituía una monopolización ilegal”⁵².

Los primeros jueces que aplicaron la Ley Sherman según el profesor Baker consideraban que la interferencia que su aplicación ocasionaba al proceso competitivo era negativa puesto que tendía a disminuir la eficiencia de las empresas. Sin embargo, de conformidad con el juez Peckham, la excesiva concentración del mercado en manos de grandes empresas produce un efecto contrario al interés público, así las eficiencias obtenidas se traduzcan en ahorros de costos que permitan bajar los precios; ya que dichas empresas tendrían también el suficiente poder de mercado para incrementar los precios sin disminuir sus ingresos y para eliminar a sus competidores más pequeños del mercado⁵³.

Según el profesor Baker, para aquellos que tuvieron a su cargo la aplicación inicial de la Ley Sherman, el objetivo de la norma era:

“Proteger los derechos naturales a la libertad económica, la seguridad en la propiedad privada y en el proceso competitivo, y el libre cambio en vez de interferencia artificial”⁵⁴.

⁵¹ *Ibidem*, pág. 3.

⁵² *Ibidem*, págs. 3-4. La traducción es propia.

⁵³ Baker, Jonathan B., *op. cit.*, pág.4.

⁵⁴ Baker, Jonathan B., *op. cit.*, pág. 4. La traducción es propia.

La Suprema Corte de Justicia de EE.UU. no aplicó con igual rigor la ley en lo referente a la prohibición de la monopolización. En un comienzo, fue permisiva al punto que en 1895 en *United States v. E.C. Knight Co.* La Corte Suprema “toleró una serie de integraciones que le dieron al Sugar Trust el control sobre el 98 por ciento de la capacidad de refinar azúcar en el país (EE.UU.)⁵⁵.

Esta decisión generó en los siguientes años una ola de integraciones en diversos sectores de la economía estadounidense.

Según Kovacic y Shapiro, la Corte Suprema de Justicia solamente modificó su posición inicial en 1904 a raíz del caso *Northern Securities v. United States*, por medio del cual se demostró que en virtud de la Ley Sherman, la Corte podía impedir la realización de integraciones que condujeran al monopolio⁵⁶. No obstante, en los siguientes años las autoridades estadounidenses archivaron varios casos contra las empresas más grandes de EE.UU. Sin embargo, en 1911 la Corte profirió la histórica decisión de *Standard Oil Co. v. United States*, por medio del cual ratificó su posición en el sentido de controlar la alta concentración del mercado en manos de una empresa; en este caso se trataba de una empresa de propiedad de la familia ROCKEFELLER, la cual concentraba el 90% del mercado del combustible y a la cual la Corte obligó a escindirse en treinta y cuatro compañías diferentes⁵⁷.

A pesar del fallo anteriormente citado, según Kovacic y Shapiro, el Congreso de EE.UU. consideraba que la Corte de Suprema de Justicia estaba disminuyendo el rigor en la aplicación de la Ley Sherman. Por esta razón se promulgó la Ley Clayton de 1914 y se creó la Comisión Federal de Comercio -CFC (en inglés Federal Trade Commission FTC)

⁵⁵ Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., pág. 4. La traducción es propia.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*

por medio de la Ley CFC. La Ley Clayton redujo la discreción de los jueces mediante la prohibición específica de ciertas conductas⁵⁸.

A continuación se presentan las características principales de algunos de sus preceptos:

- §2: Esta sección, que trataba sobre la discriminación de precios, fue derogada por la Ley Robinson Patman en 1936.
- §3: Prohíbe ofrecer descuentos o tratos preferenciales a los consumidores.
- §7: Prohíbe las fusiones y las adquisiciones entre empresas competidoras, cuando tales fusiones o adquisiciones tengan el efecto de restringir la competencia o de formar un monopolio.
- §8: Establece un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los miembros de las juntas directivas de las empresas del sector real de la economía⁵⁹.

Segunda Etapa (1915-1936)

A pesar de los cambios realizados al final de la anterior etapa, de acuerdo con Kovacic y Shapiro, el período de 1915 a 1936 no se caracterizó por una agresiva aplicación de la normativa antitrust. Un ejemplo dicente de la permisividad de la Corte Suprema en los casos de antitrust, es la forma amplia en que determinó el mercado relevante en muchos casos, como consecuencia de lo cual encontraba que la participación en el mercado de

⁵⁸ *Ibíd.*, pág. 5.

⁵⁹ Miranda Londoño, Alfonso, *op. cit.*, págs. 149–150.

las empresas investigadas era tan baja, que le permitía desestimar la existencia de una posición de dominio y el abuso de la misma⁶⁰.

Las razones que explican la tolerancia de las cortes fueron de carácter económico y político. En primer lugar, como resultado de las relaciones que surgieron entre la industria y el gobierno en virtud de la Primera Guerra Mundial, se estimó que la forma colaboración que se dio durante el tiempo de guerra era ideal también para los tiempos de paz. Fue así como, según Kovacic y Shapiro,

“Herbert Hoover quien, como secretario de Comercio y como presidente, persuadió a los empresarios de cooperar entre ellos a través de asociaciones gremiales para intercambiar información y para limitar las características derrochadoras de las competencia”⁶¹.

En segundo lugar, según Kovacic y Shapiro, muchos analistas argumentaron que el colapso de la economía de EE.UU. era consecuencia del esquema de libre competencia económica y por ello se legitimaba aún más la política de que el gobierno condujera en mayor medida el comercio y de que hubiera una coordinación cercana entre el gobierno y la industria⁶².

La gran depresión dio fuerza a ideas contrarias a las que inspiraron la Ley Sherman y el Estado viró hacia la intervención y la planificación de la economía. De acuerdo con profesor Baker, esta nueva situación se hizo evidente en la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Appalachian Coals. v. United States* (1933) en el cual:

⁶⁰ Véase caso de *Standard Oil Co. v. United States* de 1931.

⁶¹ Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., págs. 5-6. La traducción es propia.

⁶² *Ibidem*, pág. 6.

“...se permitió que 137 productores de carbón en Appalachia designaran a un agente vendedor exclusivo en respuesta a las llamadas ‘prácticas de comercio destructivas’ que bajaban los precios”⁶³.

Incluso, agrega el autor citado, se llegó a suspender la aplicación de la normativa de libre competencia por un tiempo en virtud de la Ley de Recuperación de la Industria Nacional (National Industrial Recovery Act NIRA) que,

“permitió a las industrias desarrollar y aplicar códigos de ‘leal competencia, que usualmente en la práctica eran carteles para fijar precios”⁶⁴.

Poco tiempo después de entrar en vigencia, esta Ley de Recuperación fue declarada inconstitucional.

En este período se confirma que el tipo de sistema económico promovido por el gobierno de un país determina el grado aplicación o no aplicación de las normas de libre competencia. En el presente caso, el apoyo a la libre competencia como medio más adecuado para que se realicen las relaciones comerciales en una economía perdió apoyo y por tanto lo mismo ocurrió con la política de libre competencia.

Por último, en 1936 el Congreso expidió la Ley Robinson-Patman:

- §5 Deroga la §2 de la Ley CLAYTON y prohíbe la discriminación por medio del precio entre diferentes compradores de bienes similares en

⁶³ Baker, Jonathan B., op. cit., pág.7. La traducción es propia.

⁶⁴ *Ibidem*. La traducción es propia.

grado y calidad, cuando el efecto de dicha discriminación sea el de reducir la competencia o el de formar un monopolio⁶⁵.

Tercera Etapa (1936-1972)

En esta etapa, nuevamente las decisiones políticas orientadas por la situación económica del momento causaron un giro importante en la aplicación del derecho de la competencia en EE.UU. Según Kovacic y Shapiro, a mediados de los años treinta los modelos de planeación económica adoptados en la época del New Deal perdían apoyo y el gobierno de Franklin Roosevelt buscó la restauración de la economía estadounidense por medio de la competencia económica⁶⁶. Esta política, sin duda alguna, impulsó una aplicación más rigurosa del antitrust.

Fueron economistas de la Universidad de Chicago —como el economista Henry Simons— quienes sustentaron la necesidad de dejar atrás los programas relacionados con el New Deal y promovieron la aplicación estricta de la normativa de competencia con miras a desconcentrar la industria estadounidense⁶⁷.

El criterio sociopolítico aplicado por la Corte Suprema de Justicia en esta etapa puede describirse en los siguientes términos:

“Durante la primera época de la aplicación de las leyes antimonopolísticas se utilizó un criterio eminentemente sociopolítico o populista, que tendía a condenar a las grandes empresas con el objeto de proteger a las pequeñas, sin consideración por las condiciones de eficiencia del mercado ni por el bienestar de los consumidores.

⁶⁵ Miranda Londoño, Alfonso, op. cit., pág. 150.

⁶⁶ Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., pág. 9.

⁶⁷ Ibídem.

El espíritu de esa época se resume en el famoso anatema pronunciado en 1945 por juez Learned Hand del Segundo Circuito Federal, con ocasión del caso *United States v. Aluminum Co. Of America (ALCOA)* y según el cual existe la creencia de que los grandes conglomerados industriales son inherentemente indeseables, independientemente de sus resultados económicos”⁶⁸.

Aunque la decisión de ALCOA se produjo en 1945, la expresión radical del juez Hand en contra de los monopolios es citada frecuentemente como una expresión de la evolución inicial del derecho de la competencia norteamericano.

El incremento del rigor en la aplicación del derecho de la competencia en esta etapa se basó en la estructuración de la regla *per se*, por virtud de la cual se prohíben determinadas conductas independiente de sus efectos en el mercado. Gracias a esta regla, que implica una presunción en contra del investigado, se disminuyó la carga probatoria necesaria para condenar a los infractores de la normativa.

La regla *per se* creada por la Corte Suprema, equivale a una presunción de derecho, en virtud de la cual si una conducta se ajusta al supuesto fáctico de una norma o regla, entonces será considerada como restrictiva de la competencia y por tanto siempre ilegal⁶⁹. Así, el único medio de defensa del agente económico ante la imputación de una conducta prohibida conforme a la regla *per se* es probar que no incurrió en la conducta⁷⁰.

La aplicación de la regla *per se* en los procesos judiciales cumple con el objetivo de disminuir la carga probatoria para el Estado en la medida en que la simple comprobación de la realización de la conducta prohibida *per se* es suficiente para castigar al infractor, sin necesidad de probar que su conducta efectivamente produjo restricciones a la

⁶⁸ Miranda Londoño, Alfonso, *op. cit.*, pág. 152.

⁶⁹ Miranda Londoño, Alfonso, *op. cit.*, pág. 150.

⁷⁰ *Ibidem*.

competencia. Contrario sensu, no será procedente que el supuesto infractor argumente que su conducta, a pesar de ajustarse a la situación de hecho descrita en la norma, no restringe la libre competencia. Así las cosas, la actuación en un proceso por una presunta realización de una práctica prohibida per se puede ser descrita en los siguientes términos:

“...“la Corte no escuchará los argumentos del demandado tendientes a demostrar que los precios son razonables, que las partes no tienen suficiente poder dentro del mercado relevante, que la conducta en cuestión no tuvo realmente el efecto de restringir la competencia, o que benefició a los consumidores.

Tampoco aceptará la Corte disculpas que tiendan a justificar la práctica restrictiva con el argumento de que la competencia en este mercado específico es perjudicial para la economía. En ningún caso una defensa que pretenda descalificar el proceso de competencia comercial logrará excluir a un acusado de la aplicación de la regla per se”⁷¹.

Una práctica se prohíbe de manera per se cuando de conformidad con la experiencia y a la teoría económica, su naturaleza y efectos son tan evidentemente anticompetitivos

“...“que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales”⁷².

En relación con la disminución de la carga de la prueba, Kovacic y Shapiro citan dos providencias⁷³ en las cuales fueron probados acuerdos anticompetitivos sin que existiera evidencia directa de ellos⁷⁴.

⁷¹ Miranda Londoño, Alfonso, op. cit., pág. 157.

⁷² *Ibidem*.

Sin embargo, la radical aplicación del antitrust hace que en esta etapa las leyes tengan por objeto condenar los monopolios.

Muestra de esta política, fue el ya citado caso de ALCOA. En esta decisión la Corte consideró que,

“... el cubrimiento de nueva demanda a través del incremento preventivo de la capacidad productiva era ilegal”⁷⁵.

Según Kovacic y Shapiro, en esta etapa las cortes desestimaron los argumentos de los investigados en relación con las eficiencias generadas por sus conductas,

“...revelando una sospecha implícita de que un funcionamiento superior nunca podría explicar una posición dominante. Pocas decisiones de esta era son acogidas hoy en día”⁷⁶.

En varias providencias de la década de los sesenta, la Corte Suprema de Justicia desestimó los argumentos sobre las eficiencias en las concentraciones por ser irrelevantes⁷⁷.

⁷³ Véanse casos *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.* (1940) e *Interstate Circuit, Inc. v. United States* (1939).

⁷⁴ Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., págs. 9 y 10.

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 10. La traducción es propia.

⁷⁶ *Ibidem*

⁷⁷ Véase *ibidem*, pág. 11.

En 1950 fue expedida la Ley Celler-Kefauver por medio de la cual el Congreso pretendió reforzar el control de integraciones. En dicha ley prácticamente se presumía que la integración entre empresas rivales era nociva para la competencia⁷⁸. Este enfoque produjo decisiones como la del caso *Brown Shoe Co. v. United States* de 1962 en el cual, la Corte Suprema de Justicia invalidó una concentración económica que hubiera generado una participación horizontal en el mercado nacional de tan sólo el 5%. La Corte argumentó que aunque la participación en el mercado nacional era baja, en algunos “submercados” la participación sería excesiva. Explican los profesores Kovacic y Shapiro que:

“la Corte también sostuvo que algunas metas no relacionadas con la eficiencia, como es el caso de preservar pequeñas empresas, eran relevantes para aplicar la ley”⁷⁹.

Sin embargo, en los años posteriores la posguerra se realizaron numerosas concentraciones económicas debido a que mientras Europa estaba en ruina y recogiendo los escombros que dejó la Segunda Guerra Mundial, la economía de Estados Unidos aprovechaba ese vacío para fortalecer la colocación de productos en el mercado mundial. Así lo explica el antropólogo Marvin Harris:

“La tendencia hacia el oligopolio ya estaba bien asentada en la primera mitad del siglo. Pero después de la Segunda Guerra Mundial, el ritmo de adquisiciones y expansiones se aceleró porque las compañías estadounidenses pudieron sacar provecho de la posición preeminente que Norteamérica había alcanzado en el mundo. Como la mayoría de las demás potencias industriales estaban paralizadas a causa del daño que sufrieron sus fábricas, las compañías norteamericanas crecieron en forma desmesurada ... y se hicieron con el control de una proporción

⁷⁸ Baker, Jonathan B., op. cit., pág. 9.

⁷⁹ Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., pág. 11.

cada vez mayor de los mercados nacionales e internacionales de una serie de productos cada vez más diversos”⁸⁰.

En las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial cobró fuerza la teoría económica estructuralista, que consistía en analizar el comportamiento de la industria con la premisa de que el comportamiento del mercado era determinado por su estructura. Adicionalmente,

“...de conformidad con el análisis estructuralista de la Corte, la ciencia económica no siempre puede predecir los efectos de aquellas conductas que se desvían de las líneas de comportamiento predeterminadas por la teoría económica”⁸¹.

A partir de 1960 la Corte Suprema de EE.UU. comenzó a utilizar el análisis estructuralista para la decisión de los casos. De esta forma se analizó la estructura del mercado relevante para determinar cuándo un mercado está concentrado y cuándo no lo está⁸². El juez Potter Stewart criticó las tendencias de la Corte Suprema —a raíz del caso *United States v. Von's Grocery Co.* (1966)⁸³— y afirmó que la única consistencia que encontraba

⁸⁰ Harris, Marvin, *Cultura contemporánea norteamericana*, Alianza, España, 2000, pág. 27.

⁸¹ Miranda Londoño, Alfonso, op. cit., pág. 152. En el mismo sentido véase también Baker, Jonathan B., op. cit., pág. 9.

⁸² En el caso de *Container Corporation v. United States*, por ejemplo, la Corte consideró que el hecho de compartir información sobre precios con los competidores no tenía un efecto anticompetitivo en mercados poco concentrados; pero en cambio, en aquellos mercados con una estructura duopólica u oligopólica, se generaban efectos nefastos sobre la competencia. Aunque la Corte en este caso no encontró pruebas de que los competidores estuvieran fijando precios, condenó como antimonopolística la práctica de compartir información en un mercado concentrado y creó una regla *per se* para tal efecto.

⁸³ Según el profesor Fred Chesney, en este célebre caso se prohibió la realización de una concentración entre dos supermercados que de forma conjunta tan sólo tendrían una participación en el mercado relevante de 7.5% y donde existían más de 3,818 tiendas de un solo propietario y más de 150 supermercados de cadena. Chesney, Fred. S., “Antitrust & Regulation: Chicago’s contradictory views”, en *CATO Journal* 10, n° 3 (Winter 1991), pág. 777.

en las decisiones sobre integraciones de la Corte en este período era que el gobierno siempre gana⁸⁴.

Finalmente, en 1968 el Departamento de Justicia emitió un Manual de integraciones (Merger Guidelines) que facilitó la comprensión de la aplicación de las normas a las empresas⁸⁵.

Cuarta Etapa (1972-1991)

La forma de aplicar el derecho de la competencia por las cortes en las dos décadas anteriores fue criticada por economistas y abogados a comienzos de los años setenta. Entre ellos la denominada escuela de Chicago compuesta por reconocidos abogados y economistas como Richard Posner, Robert Bork, Aaron Director, Frank Easterbook y George Stigler, entre otros.

Según Kovacic y Shapiro, los economistas de esta nueva escuela de Chicago aborrecían la regulación de la entrada a los mercados y la regulación de precios, pero se diferenciaban en cuanto a que,

“...hacían énfasis en la eficiencia para explicar muchos fenómenos como la concentración industrial, las integraciones y las restricciones contractuales, que en las décadas de los años cincuenta y sesenta fueron desfavorecidas por el derecho antitrust”⁸⁶.

⁸⁴ Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., pág. 11.

⁸⁵ Baker, Jonathan B., op. cit., pág. 10.

⁸⁶ Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., pág. 13. La traducción es propia.

Con la influencia de la nueva escuela de Chicago, las cortes de EE.UU. comenzaron a tener en cuenta la eficiencia creada por la conducta analizada. En esta etapa las cortes comenzaron a aceptar conductas que creaban eficiencias que eran benéficas para los consumidores. El objetivo principal de las leyes antimonopolio se transformó: ahora se buscaría el bienestar del consumidor. De esta forma se estableció que la eficiencia conducía al bienestar del consumidor. En ese sentido el objetivo de la legislación de libre competencia desde el nuevo enfoque denominado criterio de la eficiencia puede explicarse en los siguientes términos:

“La misión de las leyes antimonopolísticas bajo este esquema, es la de controlar, impedir y castigar las prácticas restrictivas de la competencia, para efectos de garantizar la igualdad de oportunidades dentro de los mercados.

Los monopolios sólo serán condenados cuando se demuestre que crean ineficiencias al restringir la producción con el objeto de elevar los precios, en detrimento de los consumidores, y de la economía en general”⁸⁷.

En esta nueva etapa se controvirtieron muchas de las reglas per se creadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre los años 1940 y 1972, pues según abogados y economistas⁸⁸ algunas conductas prohibidas per se tenían efectos pro competitivos muy importantes, y por ende, deberían ser estudiadas desde la regla de la razón⁸⁹.

Según Kovacic y Shapiro las críticas fueron acogidas en gran parte por la percepción de que las empresas norteamericanas estaban perdiendo terreno en el mercado mundial⁹⁰.

⁸⁷ Miranda Londoño, Alfonso, op. cit., pág. 153.

⁸⁸ Kovacic y Shapiro mencionan a Robert Bork, Richard Posner, Frank Easterbook, Ernest Gellhorn y Betty Bock.

⁸⁹ Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., pág. 13.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 13.

De esta forma, las decisiones de la Corte Suprema sobre colusión y cooperación entre empresas reflejó una tensión entre quienes optaban por el uso de la regla per se y quienes preferían el uso de la regla de la razón. Este último sistema de análisis difiere de la regla per se en la medida en que se aplica a prácticas cuyas consecuencias no siempre son anticompetitivas y que dependen de la particular estructura del mercado.

Los cuatro aspectos que la autoridad de la competencia debe analizar de una práctica son su naturaleza, su propósito, su efecto sobre la libre competencia y el poder de mercado del agente económico⁹¹. Así, para que un agente económico pueda ser sancionado a la luz de la regla de la razón, su conducta debe producir efectivamente una restricción a la competencia que no puede ser compensada por las eficiencias que dicha conducta pueda generar.

En cuanto a la investigación por abuso de la posición dominante y al análisis de las integraciones empresariales hubo un giro importante: las investigaciones relacionadas con la posición dominante en su mayoría fueron falladas en favor de los investigados. Frente a las integraciones, la balanza empezó a inclinarse a favor de las empresas que pretendían unirse, pues en varias decisiones se aceptaron las justificaciones relacionadas con las eficiencias que se crearían en virtud de la concentración económica⁹². En ese contexto fue expedido un nuevo Manual de integraciones en 1982 —que reemplazó el de 1968— y que incorporó

“... factores más allá de la concentración de mercado hacia el análisis de los efectos competitivos que podría causar la transacción”⁹³.

⁹¹ Miranda Londoño, Alfonso, op. cit., págs. 158–159.

⁹² Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., pág. 14.

⁹³ Baker, Jonathan B., op. cit., pág. 14. La traducción es propia.

Quinta Etapa (A PARTIR DE 1992)

En los últimos 25 años las leyes antimonopolio han evolucionado hacia un enfoque ecléctico —que se denomina criterio de planeación estratégica— que asimila los aspectos más importantes de la escuela estructuralista y la teoría de la eficiencia⁹⁴.

La Corte Suprema ha intentado balancear los beneficios pro competitivos versus los efectos anticompetitivos de la conducta. Según Kovacic y Shapiro a partir de la década de los noventa se ha presentado la tendencia en las decisiones de las autoridades de la competencia a buscar un punto medio entre la aplicación de la regla per se y la regla de la razón. Según estos autores,

“...“lo característico en los casos recientes sobre colusión o cooperación entre empresas es la búsqueda de técnicas analíticas que sean manejables y que puedan evitar la complejidad de la tradicional regla de la razón pero que a la vez puedan suministrar un análisis fáctico más detallado que el uso de la regla per se”⁹⁵.

Según Kovacic y Shapiro, la teoría de juegos ha tenido un rol importante en las políticas de competencia de los últimos años. La teoría de juegos es una metodología innovadora de las ciencias económicas que fue desarrollada por John Von Neumann y John Nash a mediados del siglo XX. Esta metodología permite estudiar el comportamiento de los agentes económicos desde condiciones de incertidumbre⁹⁶. Un ejemplo de la adopción de esta herramienta económica para moldear la política de competencia son los

⁹⁴ Miranda Londoño, Alfonso, op. cit., pág. 154.

⁹⁵ Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., pág. 16. La traducción es propia.

⁹⁶ Samuelson y Nordhaus enseñan que la teoría de juegos “analiza la forma en que dos o más jugadores o agentes eligen curso de acción o estrategias que afectan conjuntamente a cada uno de los participantes.” La teoría de juegos aporta importantes conclusiones sobre la racionalidad conducta de los agentes económicos de un oligopolio o de un duopolio, lo cual, sin duda, es de gran utilidad para el derecho de la competencia. Samuelson, Paul Nordhaus, William, op. cit., pág. 250.

programas de delación o leniency programs del Departamento de Justicia, en virtud de los cuales se le da

“... inmunidad criminal al primer miembro de un cartel que revele la existencia del cartel”⁹⁷.

En los carteles siempre existe un incentivo para los agentes de violar el acuerdo de precios, para vender por debajo del precio acordado y capturar una mayor proporción del mercado. Así, la existencia del cartel está sujeta a la inestabilidad permanente de que uno de sus miembros esté tentado a violar los acuerdos. El programa de delación crea un mayor incentivo para que el cartel se disuelva en la medida en que el integrante del mismo que denuncie ante la autoridad de competencia la existencia del acuerdo adquiere inmunidad respecto de las sanciones que conllevaría su conducta.

Desde 1975 la Corte Suprema de Justicia no ha creado nuevas reglas de importancia en el área del control de integraciones empresariales⁹⁸. Lo que se ha fortalecido con el paso del tiempo ha sido el peso del análisis económico en el estudio de las integraciones, lo que ha obligado a los abogados a trabajar de cerca con los economistas⁹⁹.

A medida que la sociedad avanza y genera nuevos productos y servicios, nuevas formas de producción y nuevas formas de organización industrial, el derecho de la competencia tendrá que adaptarse a estos cambios. Esta anotación es válida tanto para los países desarrollados, como para aquéllos en vías de desarrollo, en los cuales el derecho de la competencia es más joven.

⁹⁷ Kovacic, William y Shapiro, Carl. op. cit., pág. 16.

⁹⁸ El último caso en el que se crearon criterios sustantivos sobre análisis de integraciones fue el caso *United States v. Citizens & Southern National Bank* (1975). Véanse Gellhorn, Ernest, et. al. *Antitrust Law and Economics*, West, USA, 2004, pág. 405 y Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., pág. 16.

⁹⁹ Kovacic, William y Shapiro, Carl, op. cit., pág. 17.

Uno de los retos que debe afrontar el derecho de la competencia consiste en la aplicación de sus conceptos a la llamada nueva economía. Las industrias producto de esta nueva economía, de acuerdo con Richard Posner¹⁰⁰, se clasifican en tres:

1. Las que desarrollan software,
2. Los negocios basados en la Internet, y
3. Los servicios de comunicaciones y equipos de comunicaciones que soportan las dos primeras.

Algunos abogados y economistas han manifestado que la normativa vigente en materia de derecho de la competencia no puede adaptarse de manera adecuada a las particularidades y situaciones que crean las industrias que conforman esta nueva economía¹⁰¹.

En la actualidad hay pocos técnicos competentes y neutrales que puedan asesorar a las autoridades de la competencia en estos campos.

A este problema se unen dos factores adicionales: la dificultad para medir con certeza la participación de una empresa de la nueva economía en el mercado y la velocidad en la

¹⁰⁰ Posner, Richard A., "Antitrust in the New Economy", University of Chicago, Law & Economics, Olin Working Paper, n° 106, noviembre de 2000, pág. 2.

¹⁰¹ De acuerdo con Posner estas industrias se caracterizan, entre otros, por producir bienes intangibles protegidos por propiedad intelectual, las integraciones verticales entre ellas son frecuentes, hay un alto grado de innovación, hay una entrada y salida de competidores muy frecuente, hay economías de escala en el consumo (no en la manufactura). Para conocer de cerca la relación de la nueva economía con el antitrust se recomienda consultar: Posner, Richard A., Antitrust in the New Economy, University of Chicago, Law & Economics, Olin Working Paper n° 106: noviembre de 2000.

innovación tecnológica que contrasta con la lentitud de los procesos judiciales. Sin embargo, según Posner, el problema no es doctrinal sino institucional, es decir, que está ligado a los pocos recursos y capacidad de las autoridades de la competencia para analizar la complejidad técnica de los productos y servicios ofrecidos por estas industrias¹⁰².

En síntesis, la aplicación el derecho de la competencia de EE.UU. se ha adaptado constantemente desde su inicio de acuerdo con la situación política y económica del momento¹⁰³. En las últimas décadas el análisis económico ha cobrado más fuerza y sin duda alguna, los economistas y las teorías que desarrollen en el futuro tendrán una gran incidencia en la normativa de competencia.

5.2. El Derecho de la Competencia en la Unión Europea.

A pesar del desarrollo previo en legislaciones nacionales, el derecho de la competencia en Europa empezó a desarrollarse de manera importante con la firma del tratado de Roma el 25 de marzo de 1957 (tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea CEE). Debe tenerse en cuenta que el objetivo del derecho de la competencia de la Unión Europea (en adelante UE¹⁰⁴), como el resto de la normativa comunitaria, es el de profundizar la integración económica de Europa, lo cual puede diferenciarlo del antitrust norteamericano y del derecho de la competencia de otros países¹⁰⁵.

¹⁰² *Ibidem*, págs. 8–9.

¹⁰³ Según el profesor Baker, hay tres razones que explican la diferente aplicación del derecho antimonopolístico en EE.UU. en los diferentes períodos:

- 1) desarrollos en la economía, más específicamente la industrialización y la gran depresión conllevaron a nuevas formas de organización industrial;
- 2) el sistema político ha sido receptivo a los nuevos enfoques.
- 3) “el pensamiento económico ha alterado la forma en que el derecho antimonopolio ha entendido las consecuencias económicas de las prácticas empresariales. (Baker, Jonathan B., *op. cit.*, págs. 17-19).

¹⁰⁴ Con la firma del tratado de Ámsterdam en 1999 se cambió el nombre de Comunidad Económica Europea - CEE, por el de Unión Europea UE.

¹⁰⁵ A este respecto Philip Lowe, director general del DG Competition de la UE, ha señalado que aunque muchos académicos han criticado la orientación de la normativa de libre competencia en Europa, pues

Según Eduardo Galán Corona, la creación de un mercado común requería la aplicación de unas políticas de competencia, especialmente porque la caída de las fronteras económicas podría facilitar y agudizar el abuso de la posición dominante y el fraccionamiento de los mercados por medio de acuerdos anticompetitivos¹⁰⁶. En ese mismo sentido señala el profesor Gabriel Ibarra Pardo, refiriéndose al proceso de integración de la Comunidad Andina de Naciones - CAN, que la liberación comercial requiere de una adecuada legislación de libre competencia. Así argumenta lo anterior el profesor Ibarra:

“La experiencia indica que en la medida en que se eliminan las barreras arancelarias y demás obstáculos gubernamentales al comercio, los particulares tienden a reproducir la segmentación de los mercados previamente existentes, mediante conductas anticompetitivas y restrictivas de la libre competencia.

De tal manera que para asegurar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, se requiere fijar unas reglas de juego que obedezcan a las necesidades particulares de cada esquema de integración, así como de unas instituciones sólidas, con poderes suficientes para aplicar las normas

Respectivas”¹⁰⁷.

consideran que el objetivo de consolidar el mercado común es incompatible con los principios de libre competencia, “ellos creen que tanto la competencia como la integración del mercado en últimas están orientadas al mismo fin pues la creación y preservación de un mercado abierto promueve la asignación eficiente de los recursos de la comunidad en beneficio de los consumidores” (la traducción es propia). Lowe, Philip, Discurso “How Different is EU anti-trust? An overview of EU Competition Law and policy on commercial practices” pronunciado ante la American Bar Association, llevada a cabo en Bruselas el 16 de octubre de 2003.

¹⁰⁶ Galán Corona, Eduardo, “La aplicación del derecho de la competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento n° 1 de 2003, conferencia realizada el 12 de septiembre de 2003, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC, Bogotá.

¹⁰⁷ Ibarra Pardo, Gabriel, “Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina”, en CEDEC, colección Seminarios 5, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - Javegraf, 2ª edición, Bogotá, 1997, págs. 84–85.

La normativa de la UE es explícita al señalar su objetivo final, como se puede apreciar en el artículo segundo del tratado que establece los fines de la Comunidad Económica:

“Artículo 2. La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los estados miembros”.

El tratado establece los medios por los cuales la comunidad debe realizar los fines anteriormente mencionados, entre los cuales se encuentra el establecimiento de un

“régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior” (letra g. del apartado 1º del artículo 3).

Adicionalmente, el apartado primero del artículo 4º del tratado establece que la política económica de los estados miembros

“se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”.

Según Galán Corona, desde el momento en que este tratado entró en vigor, fue plenamente acogido por las autoridades de competencia de los países integrantes de la

entonces Comunidad Económica Europea. Sin embargo, en los años sesenta no existía en Europa una cultura de la competencia. Fueron los decretos de descartelización los que dieron lugar a las primeras normas nacionales antitrust en Europa, más exactamente en Alemania¹⁰⁸.

El tratado Constitutivo de la UE contiene un capítulo sobre normas de competencia (capítulo 1, título VI) y la sección primera establece las normas de competencia aplicables a las empresas. Específicamente, el artículo 81¹⁰⁹ del tratado (otrora artículo 85, pues el tratado de Ámsterdam modificó la numeración del articulado¹¹⁰) contiene una prohibición general de conductas anticompetitivas y un catálogo de prácticas y acuerdos prohibidos¹¹¹. En términos generales, el artículo 81 es equivalente a la sección primera

¹⁰⁸ Galán Corona, Eduardo, “La aplicación del derecho de la competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento n° 1 de 2003”.

¹⁰⁹ Artículo 81.- 1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a. impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b. ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

¹¹⁰ El artículo 12 del Tratado de Ámsterdam que entró en vigencia en mayo de 1999, cambió la numeración del tratado de Constitutivo de la Comunidad Europea y del tratado de la Unión Europea.

¹¹¹ Su ámbito de aplicación no incluye actos unilaterales diferentes del abuso de posición dominante en el mercado.

de la Ley Sherman¹¹². Sin embargo, la prohibición del artículo 81 no es absoluta pues el párrafo tercero del mismo artículo contempla la aplicación de excepciones si se cumplen determinados requisitos.

Por su parte, el artículo 82¹¹³ (antes artículo 86) prohíbe absolutamente la explotación abusiva de la posición dominante¹¹⁴. En términos generales, el artículo 82 es equivalente a la sección segunda de la Ley Sherman pero presenta diferencias importantes que serán explicadas a continuación. Según Philip Lowe, los elementos esenciales del artículo 82 son los siguientes:

- Su ámbito de aplicación no incluye conductas unilaterales de empresas que no ostentan una posición dominante en el mercado.
- Se aplica tanto para la posición dominante de una empresa como para la posición de dominio colectiva.

¹¹² Para una explicación detallada sobre las diferencias entre la legislación antitrust de EE.UU. y el derecho de la competencia en Europa (especialmente en cuanto a precios predatorios, fidelity rebates, ventas atadas, acceso a facilidades esenciales y market integration and parallel trade) véase: Lowe, Philip, discurso “How Different is EU anti-trust? An overview of EU Competition Law and policy on commercial practices” pronunciado ante la American Bar Association, llevada a cabo en Bruselas el 16 de octubre de 2003.

¹¹³ Artículo 82.- Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a. imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b. limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

¹¹⁴ La estructura que presentan los artículos 81 y 82 ha sido copiada por varias jurisdicciones, incluyendo las de los países latinoamericanos.

- Contiene un catálogo de conductas consideradas como abusivas.
- A diferencia del artículo 81, no hay excepción para el castigo del abuso¹¹⁵.

Según Lowe, hay dos diferencias estructurales entre la Ley Sherman y el artículo 82 del tratado de la UE. En primer lugar, mientras en la Unión Europea solamente pueden incurrir en conductas de abuso de la posición dominante las empresas que individual o conjuntamente ostenten una posición dominante en el mercado, en EE.UU. la sección segunda de la Ley Sherman se aplica tanto a la adquisición voluntaria del poder de monopolio mediante conductas anticompetitivas, como a la simple tentativa de monopolizar. Bajo la legislación de EE.UU. no es una condición necesaria que la firma posea un poder de monopolio cuando las conductas monopolísticas empiezan¹¹⁶.

En segundo lugar, según LOWE, en EE.UU. un alza de precios excesiva por un monopolista o una restricción en la producción no es en sí misma prohibida¹¹⁷, mientras que en la UE se considera que un empresa con posición dominante que fije precios injustos por encima de las condiciones de mercado o limite su producción, incurre en abuso de la posición dominante en virtud de los literales a. y b. del artículo 82¹¹⁸.

Con el fin de implementar los artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam —antes artículos 85 y 86— del Tratado de Roma se expidió el Reglamento n° 17 de 1962. Este reglamento centralizó en la

¹¹⁵ Lowe, Philip. op. cit.

¹¹⁶ *Ibidem*. La traducción es propia.

¹¹⁷ En EE.UU. se considera que el mercado se encarga de corregir por sí mismo la explotación abusiva, puesto que un incremento elevado en los precios por parte de una firma con posición dominante normalmente hará más atractivo al mercado para que nuevos competidores disputen su posición.

¹¹⁸ *Ibidem*.

Comisión Europea —más concretamente en la Dirección General IV¹¹⁹— la aplicación de las normas de la competencia.

El modelo de prohibición del artículo 81 es a priori, pues es suficiente que se cumplan los elementos descritos por la norma para que ésta se aplique. Por otra parte, el modelo de autorización de prácticas exceptuadas es a posteriori pues los acuerdos, decisiones y prácticas pueden subsistir siempre que cumplan expresamente con los requisitos del artículo 81 parágrafo 3. Estos acuerdos, decisiones y prácticas deben notificarse ante la respectiva autoridad, de lo contrario, no pueden gozar de la excepción que establece el artículo mencionado¹²⁰.

Concentraciones Empresariales

La regulación sobre integraciones empresariales fue incorporada al derecho de la competencia de manera tardía por la UE, por medio del Reglamento n° 4064 de 1989¹²¹. Esta normativa ha sido revisada varias veces en los últimos años, específicamente a través del Reglamento n° 1310 de 1997 y el Reglamento n° 139 de 2004. Según Jesús Alfaro Águila-Real, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, estas reformas no representan un cambio radical en el control de integraciones, sino

¹¹⁹ En la actualidad, la Comisión Europea está dividida en 36 “direcciones generales”, una de las cuales es la Dirección General de Competencia.

¹²⁰ Galán Corona, Eduardo, *op. cit.*

¹²¹ Según Philip Lowe, desde 1990 hasta finales del año 2003 la Comisión revisó más de 2000 integraciones y adquisiciones, de las cuales el 90 por ciento fueron autorizadas incondicionalmente y sólo 18 operaciones fueron objetadas, es decir menos del uno por ciento de las presentadas. Véase LOWE, PHILIP, “Current Issues of EU competition law – The new competition enforcement regime”, *North Western Journal of International Law and Business*, 31 de diciembre de 2003.

“... una continuidad, con las mejoras puntuales en los aspectos que la experiencia de aplicación de los últimos años había revelado como fallidos o inadecuados”¹²².

Según el profesor Alfaro, esta reforma obedece a la nueva etapa que debe enfrentar la UE con la ampliación del número de estados que la integran. Las condiciones económicas en la UE han cambiado considerablemente; muestra de ello es el hecho de que hoy en día, según Philip Lowe, la Comisión estudia cinco veces más casos que a comienzos de la década de los noventa¹²³.

En las consideraciones del Reglamento n° 139 de 2004 se explica la necesidad de su expedición partiendo de la premisa de que el contexto económico de la región (la realización del mercado interior y la unión económica y monetaria) y el contexto internacional (reducción de las barreras internacionales al comercio y la inversión), además de la ampliación a 25 estados miembros de la UE, dará lugar a importantes operaciones de concentración empresarial. Dicho proceso es considerado como positivo para los fines de la UE, pero requiere de un control para evitar que algunas de esas concentraciones obstaculicen de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

El cambio más importante introducido por la última reforma al control de integraciones, que entró en vigencia desde el 1° de mayo del año 2004, fue la modificación del criterio desde el cual debe objetarse una concentración. El criterio anterior (test de dominancia) consistía en que una concentración debía ser objetada cuando creaba o reforzaba una posición dominante, para lo cual se debía analizar

¹²² Alfaro Aguila-Real, Jesús, “Las reformas en materia de control de integraciones en la Unión Europea y en España, presentación realizada en el seminario “Integraciones empresariales y condicionamientos, organizado en la Pontificia Universidad Javeriana con el apoyo y participación del CEDEC, por la UE, la CAN y la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC, en Bogotá. 16 de agosto de 2005.

¹²³ Véase LOWE, PHILIP. “Current Issues of EU competition law – The new competition enforcement regime”. North Western Journal of International Law and Business. 31 de diciembre de 2003.

“... el daño que la operación podía causar a la estructura competitiva del mercado y no si la misma tenía por efecto reducir el grado de competencia entre los operadores, con independencia de que creara o no una situación de dominio”¹²⁴.

La reforma incorporó un criterio más estricto conocido como disminución sustancial de la competencia (en inglés, *substantially lessening competition*). De conformidad con este criterio deberá objetarse una operación que pueda

“... obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular cuando ello resulte de la creación o refuerzo de una posición dominante”¹²⁵.

La mayor amplitud que se le da a la Comisión de Competencia para analizar una concentración en virtud del nuevo criterio, tiene como objeto evitar las consecuencias que éstas podrían tener un mercado oligopolístico. Jesús Alfaro lo explica en los siguientes términos:

“... permite ampliar el campo de actuación de la Comisión para intervenir en los casos de efectos unilaterales de una operación de concentración en un mercado oligopolístico no cooperativo, que no dan lugar ni a una posición de dominio individual ni conjunta, pero que aun así sí pueden amenazar la competencia efectiva, bien porque el competidor absorbido fuera el que ejercía mayor presión

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Inciso tercero del artículo 2 del Reglamento n° 139 de 2004.

competitiva en dicho mercado (maverick); bien porque los que se fusionan sean los participantes que más intensamente competían entre sí”¹²⁶.

En el concepto que se desarrolla, este criterio no resulta adecuado para analizar las concentraciones empresariales en los países de América Latina y el Caribe. En efecto, debe tenerse en cuenta que los mercados latinoamericanos son pequeños y altamente concentrados, razón por la cual la aplicación de un criterio como el de substantially lessening competition produciría el rechazo de la gran mayoría de las operaciones de concentración empresarial propuestas, lo cual impediría el fortalecimiento de las empresas de la región que se encuentran sometidas a una importante presión competitiva internacional.

La Modernización de la Normativa de la UE

Después de cuatro décadas de aplicación, la política de competencia europea ha dado un vuelco importante a raíz de la expedición del Reglamento n° 1° de 2003 del Consejo de la Comunidad Europea, que implementa los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. Esta regulación reemplazó el Reglamento n°17 de 1962, y entró en vigencia el 1° de mayo de 2004. En virtud de este reglamento todas las autoridades de la competencia nacionales también tienen la facultad de aplicar las normas de competencia del tratado.

Los cambios que este nuevo reglamento genera son, entre otros, los siguientes: la armonización de las normas sustantivas de libre competencia, la derogación del sistema de notificaciones, la descentralización de la aplicación de la normativa de competencia, la expedición de guías para garantizar la seguridad jurídica, y la posibilidad de la Comisión de publicar

¹²⁶ Lowe, Philip, op. cit. La traducción es propia.

“... opiniones razonadas y declaraciones públicas sobre temas no resueltos, sobre hechos o normas”¹²⁷.

Desde la entrada en vigencia del llamado “paquete modernizador” de las normas antimonopolio de la UE, distintas autoridades europeas y la academia han evaluado los resultados de las reformas. Según Neelie Kroes, el primer resultado de las reformas ha sido la creación de una red entre las autoridades de la competencia nacionales que ha facilitado el proceso de descentralización en la aplicación de la normativa, mediante una activa cooperación, y ha producido,

“... resultados reales en términos de una aplicación más efectiva y de un uso más eficiente de los recursos colectivos”¹²⁸.

Desde 1996 la Comisión Europea de Competencia ha implementado un programa de delación, aplicado exitosamente por las autoridades de EE.UU. En la actualidad 17 estados miembros de la UE cuentan con estos programas que según Neelie Kroes han sido muy exitosos para detectar y prevenir la formación de los carteles¹²⁹.

De acuerdo con Eduardo Galán Corona¹³⁰ como consecuencia del trabajo de las autoridades de la competencia de la UE, se ha creado una cultura de competencia en Europa. Esto se refleja en que antes el derecho de la competencia no era parte del currículo de las facultades de derecho y hoy no solamente se enseña sino que existe una importante producción académica sobre el tema.

¹²⁷ Serra Leitaó, María., op. cit., pág. 124. (la traducción es propia).

¹²⁸ Kroes, Neelie, discurso ante en la Conferencia de la Comisión Europea – International Bar Association, en Bruselas, el 10 de marzo de 2005.

¹²⁹ Kroes, Neelie, op. cit.

¹³⁰ Galán Corona, Eduardo, op. cit.

Adicionalmente, según Corona la política de competencia ha llevado a desarrollar el mercado en los países europeos.

Sin embargo, hay muchos retos que deben enfrentar las autoridades europeas, como la burocratización y lentitud en las decisiones. Según Galán Corona, este problema se detectó desde la década de los sesenta, y desde ese entonces se ha intentado combatir sin mucho éxito. Según Neelie Kroes, ha habido muy pocas indemnizaciones por violaciones a las leyes de competencia de la UE en los últimos cuarenta años, lo que implica que las víctimas de las conductas anticompetitivas no han sido compensadas por los daños que les han sido causados y que las leyes de competencia no tienen el nivel de disuasión que deberían tener¹³¹.

De la misma forma como ocurre en Estados Unidos y en varios países de Latinoamérica y el Caribe, la economía tiene hoy en día un rol preponderante para los procesos de libre competencia. Así lo corroboran las palabras de Philip Lowe quien afirmó que

“... el derecho de la competencia da forma legal a conceptos económicos”¹³².

No obstante, de acuerdo con María Serra L.,

“... estos conceptos hasta ahora no han sido un componente importante en la decisiones sobre competencia de la Comisión Europea”¹³³.

¹³¹ Kroes, Neelie, op. cit.

¹³² Citado por SEERA LEITAO, MARÍA, op. cit., pág. 122. (la traducción es propia).

¹³³ *Ibidem* (la traducción es propia).

Sucede en Europa lo mismo que en América Latina y el Caribe. Para que la relevancia del análisis económico sea decisiva en los procesos adelantados por la autoridad de la competencia se requiere de funcionarios especializados tanto en las ciencias económicas como en el derecho.

En síntesis, el derecho de la competencia en Europa se desarrolló varias décadas después de su consolidación en EE.UU. y en un principio sus objetivos también difieren de los establecidos por el antitrust norteamericano. Sin embargo las reformas implementadas por la en la Unión Europea en materia de competencia la han acercado al modelo norteamericano. Finalmente, es importante tener en cuenta que varios países latinoamericanos han adoptado la estructura de las normas sobre competencia de la UE.

5.3. El Derecho de la Competencia en América Latina y el Caribe

A partir de la década de los noventa, América del Sur, Centroamérica y el Caribe han sido escenario del florecimiento de leyes que promueven la libre competencia en sus mercados. Se trata de un giro político y jurídico de gran importancia para la región, no tanto por el hecho de la expedición de estas normas, sino por la aplicación de las mismas por las autoridades de la competencia.

En algunos países de Latinoamérica esta normativa ya existía desde tiempo atrás¹³⁴. En Argentina existían normas antimonopolio desde 1919, en Colombia desde 1959 (Ley

¹³⁴ Véanse: Miranda Londoño, Alfonso, “El régimen general de la libre competencia”, en CEDEC III, colección Seminarios, n° 10, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - Javegraf, reimpresión, Bogotá, 2002, págs. 23-24. Curiel, Claudia, “La necesaria discusión de los regímenes de libre competencia en América Latina”, Boletín Latinoamericano de Competencia, n° 18, 2004, Unión Europea, págs. 71- 82. Rivière, Juan Antonio, “La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea”, Boletín Latinoamericano de Competencia, n° 1, 1997, Unión Europea, pág. 23. Krakowski, Michael, Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica, proyecto MIFIC-GTZ, Managua, 2001. Jatar, Ana Julia, “Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: El caso de Venezuela.

155135), en Chile desde 1959 (Ley 13.305) y en Brasil se remontan a 1962 (Ley 4137). Sin embargo, la existencia formal de esta legislación no aseguraba su cumplimiento; incluso puede decirse que muchas de estas leyes nunca fueron aplicadas¹³⁶.

En Colombia, por ejemplo, la Ley 155, “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, fue expedida por el Congreso en 1959, pero durante las tres décadas siguientes a su expedición, la autoridad de la competencia no resolvió ningún caso. La falta de aplicación en el caso colombiano se explica por las siguientes razones:

- El modelo de desarrollo proteccionista, basado en la sustitución de importaciones, que no promovió una cultura de competencia en el país.
- La falta de voluntad del Estado para aplicar las leyes de competencia, la cual se explica por la captura de las autoridades por los grupos de interés económico y la predominante cultura de no competencia.
- La escasez de recursos económicos y humanos de las autoridades para llevar a cabo esta compleja tarea.
- Un defecto estructural de la normativa, al incorporar una excepción demasiado amplia (parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en concordancia con el artículo 1 del decreto 1302 de 1964)¹³⁷.

Las razones que explican la falta de aplicación inicial de las normas antimonopolio en Colombia, son también válidas para la mayoría de los países latinoamericanos¹³⁸. Según

¹³⁵ Aunque esta es la primera ley general de competencia en Colombia, desde la Ley 27 de 1888 se prohibían las “sociedades anónimas (...) que tiendan al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de industria” (artículo 6).

¹³⁶ Krakowski, Michael, op. cit., pág. 1.

¹³⁷ Miranda Londoño, Alfonso, op. cit., págs. 23-24.

Michael Krakowski, antes de los años noventa tan sólo en Chile y Argentina se aplicaron las políticas de competencia, lo que confirma que,

“... la historia de la promulgación de las leyes de competencia no es idéntica a la implementación de las políticas respectivas”¹³⁹.

Como consecuencia del cambio del modelo de desarrollo proteccionista por el de apertura económica, a finales de la década de los ochenta y durante la década de los noventa, los gobiernos de los países latinoamericanos expresaron la voluntad política de expedir nuevas leyes de competencia o de reformar las existentes, y de implementar los mecanismos necesarios para su ejecución. Tal es el caso de las autoridades de la competencia dotadas de funciones administrativas y, en algunos casos, de funciones judiciales. Esta decisión tiene una gran importancia económica para toda la región, teniendo en cuenta que más del 90% del producto interno bruto (PIB) de toda Latinoamérica y del Caribe es producto de los doce países que han adoptado una legislación de competencia¹⁴⁰.

Esta voluntad de los gobiernos para impulsar la política de competencia y la consecuente aplicación del derecho de la competencia se debe a dos procesos políticos y económicos que se desarrollaron a comienzos de la década de los noventa¹⁴¹.

En primer lugar, el afianzamiento de la democracia como forma de gobierno, en contraposición a las dictaduras militares¹⁴² que dominaron buena parte de la segunda

¹³⁸ Jatar, Ana Julia, “Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: el caso de Venezuela.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Según cifras del Banco Mundial, el PIB de Latinoamérica y el Caribe es de más 2000 billones de dólares, de los cuales Brasil y México tienen una participación del 63.5%.

¹⁴¹ En algunos países de Latinoamérica el proceso de liberalización y apertura de los mercados comenzó a finales de los años ochenta. Véase Rivière, Juan Antonio, *op. cit.*, pág. 23.

mitad del siglo XX¹⁴³. De esta forma se ha querido consolidar el Estado de derecho y la seguridad jurídica necesaria para el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales, especialmente las inherentes al comercio.

No sobra mencionar la apreciación del profesor Jonathan Baker según la cual:

“... la hostilidad del derecho de la libre competencia hacia las concentraciones de poder económico refleja la preocupación de que el poder político de las grandes firmas puede poner en peligro la democracia”¹⁴⁴.

Baker fundamenta esta dura afirmación en el caso del conglomerado International Telephone and Telegraph Corp. Este grupo empresarial quiso evitar que el Departamento de Justicia revisara una adquisición que proyectaba realizar y acudió al cabildeo ante la administración del presidente NIXON en los EE.UU. Según el autor citado, este hecho puso en movimiento una cadena de eventos que finalmente configuraron una de las acusaciones contra NIXON en el caso Watergate.

El segundo proceso que ha determinado la aplicación de políticas de competencia en los países latinoamericanos es precisamente el consenso político sobre el establecimiento de un nuevo modelo de desarrollo económico caracterizado por la apertura del comercio

“...—tanto internamente como hacia el exterior”¹⁴⁵.

¹⁴² Una excepción a la relación entre democracia y libre mercado fue la dictadura de Pinochet en Chile, régimen en el cual se llevaron a cabo reformas tendientes a la liberalización económica que tuvieron muy buenos resultados. Al respecto es preciso aclarar que no es posible asignarle el éxito de la economía chilena al sistema dictatorial de gobierno, sino a las medidas de política económica adoptadas. Nada más contrario a los principios del liberalismo económico que un régimen dictatorial.

¹⁴³ Rivière, Juan Antonio, op. cit., pág. 23.

¹⁴⁴ Baker, Jonathan B., op. cit., pág. 10. La traducción es propia.

A finales de los años setenta y durante la década de los ochenta se discutió en Latinoamérica el agotamiento del modelo de sustitución de importaciones que fue promovido por la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL) desde los años cincuenta¹⁴⁶. La finalidad del modelo era lograr el desarrollo industrial de las economías eminentemente rurales de los países de América Latina, para lo cual se debían generar barreras arancelarias que protegieran la incipiente industria interna de la competencia internacional. En teoría esto permitiría transformar la estructura de producción de estos países para sustituir la producción de productos primarios que tienen tendencia a hacerse más baratos—, para producir bienes con un mayor valor agregado — que tienden a hacerse más rentables.

Durante el período de aplicación del modelo de desarrollo cepalino basado en la sustitución de importaciones se presentaron grandes cambios que trascendieron lo estrictamente económico: urbanización, universalización de la educación y esfuerzos por ampliar la cobertura de los servicios de salud. Quienes promovieron este modelo señalan que fue gracias a su implantación que Latinoamérica dejó de ser una región rural para avanzar hacia la industrialización.

Sin embargo, este modelo produjo mercados altamente concentrados e ineficientes, y por esto se estimó necesario revisarlo con el fin de detener los procesos inflacionarios y obtener mayores tasas de crecimiento económico. El agotamiento de este modelo dio paso al denominado Consenso de Washington, que representó un viraje de 180 grados en la política económica. El consenso que consistió en una serie de recomendaciones a los países de América Latina golpeados por la crisis de la deuda externa en los años ochenta,

¹⁴⁵ Miranda Londoño, Alfonso, “El derecho de la competencia en Colombia, en Revista de Derecho Económico, n° 9, 1989, Librería del Profesional, págs. 52-70.

¹⁴⁶ Miranda Londoño, Alfonso, op. cit., págs. 52-70.

buscaba incrementar la eficiencia¹⁴⁷ de las economías de la región por medio de la disciplina en la política macroeconómica, liberalización financiera, cambiaria y comercial, privatizaciones, desregulación de la economía y la promoción de la inversión extranjera directa.

En ese sentido, Krakowski sostiene que la implementación de las políticas de competencia hizo parte

“... de un proceso general de reformas económicas, el cual se puede describir con las palabras clave: liberalización económica, desregulación y privatización. Estas políticas en su totalidad estaban dirigidas a mejorar el funcionamiento de los mercados”¹⁴⁸.

El proceso de liberalización comercial hubiera quedado incompleto sin leyes de promoción de la competencia¹⁴⁹, pues de nada serviría abrir las puertas al mercado internacional mientras se mantuvieran las restricciones a la competencia en el mercado interno. Al respecto Gabriel Ibarra Pardo explica lo siguiente:

“Es un hecho que el proceso de apertura económica y los esquemas de integración puestos en marcha por los países latinoamericanos durante los últimos años, han

¹⁴⁷ Aunque en cada país latinoamericano se dieron procesos distintos de liberalización, para varios economistas, entre ellos Joseph Stiglitz y César A. Ferrari, este consenso no logró un aumento en la competitividad de las empresas.

¹⁴⁸ Krakowski, op. cit., pág. 2.

¹⁴⁹ La apertura económica no sólo se realizó por medio de esta clase de normativa. También se encuentran legislaciones conexas que propenden por el mismo fin y que van de la mano del derecho de la competencia. “Entre éstas destacan los derechos de los consumidores, normalizaciones técnicas, reglas sobre inversiones, derecho mercantil con especial mención del registro de patentes y marcas, defensa comercial, privatizaciones y sectores de servicios regulados”, en Rivière, Juan Antonio, op. cit., págs. 23–24.

buscado promover la competencia en los mercados locales. Es así como en la actualidad, la competencia comercial es el protagonista, es el personaje central del guion en el ámbito de las relaciones económicas entre los países latinoamericanos.

Pero la liberación comercial no es suficiente, por sí sola, para promover la competencia, sino que además requiere una legislación de defensa de la competencia que complemente las políticas económicas de estos países.

La experiencia indica que en la medida en que se eliminan las barreras arancelarias y demás obstáculos gubernamentales al comercio, los particulares tienden a reproducir la segmentación de los mercados previamente existentes, mediante conductas anticompetitivas y restrictivas de la libre competencia.

De tal manera que para asegurar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, se requiere fijar unas reglas de juego que obedezcan a las necesidades particulares de cada esquema de integración, así como de unas instituciones sólidas, con poderes suficientes para aplicar las normas

Respectivas”¹⁵⁰.

Por su parte, Leonardo Vera y David Mieres argumentan que la liberalización comercial no es suficiente para que un mercado sea competitivo y explican la necesidad de una ley de competencia por las siguientes razones:

“... la competencia externa no tiene impacto sobre los bienes no transables (aquellos bienes que por razones de costos de transporte o su grado de

¹⁵⁰ Ibarra Pardo, Gabriel, “Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina”, en CEDEC, colección Seminarios 5, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, 2ª edición, Bogotá, 1997, págs. 84–85.

percibibilidad no pueden ser comercializados internacionalmente); las compañías verticalmente integradas en los canales de distribución pueden amortiguar los efectos de la apertura convirtiéndose en distribuidores exclusivos de los productos importados que compiten con ellas; la competencia producida por las importaciones no garantiza en el corto plazo la desaparición de los compromisos colusivos; y por último, las políticas de apertura buscan un objetivo a muy largo plazo que es la reasignación de los recursos y la transformación de la estructura productiva, sin que con ello garanticen cambios de conducta”¹⁵¹.

En resumen, las políticas de competencia tienen tres funciones concretas en este proceso de apertura económica:

1. Permitir un mayor acceso al mercado para nuevos competidores;
2. Proteger la competencia frente a prácticas restrictivas comerciales; y
3. Fomentar la eficiencia de las empresas y el consecuente bienestar para los consumidores¹⁵².

El proceso que se ha descrito implica la reestructuración del Estado, el cual debe asumir nuevas tareas y debe abandonar otras actividades con el fin de incrementar la eficiencia de su aparato productivo. Este es el origen de la normativa de competencia que se encuentra en Latinoamérica.

¹⁵¹ Vera, Leonardo y Mieres, David, “Política de competencia: una visión panorámica”, septiembre de 1994.

Jatar, Ana Julia, “Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: el caso de Venezuela” en: <http://www.procompetencia.gov.ve/politicacompetenciavenezuela.html>

Vera, Leonardo y Mieres, David, “Política de competencia: una visión panorámica, septiembre de 1994. en: <http://www.procompetencia.gov.ve/publicaciones.html#infpol>

¹⁵² Jatar, Ana Julia y Tineo, Luis, “Competition Policy in the Andean countries: a policy in search of its place”, pág. 1.

Sin embargo, es necesario advertir que la región atraviesa por un período de transición económica y política, marcada por el ascenso al poder de gobiernos de izquierda en Latinoamérica, el cual puede determinar un cambio sustancial en la forma en que se aplican estas normas. Según Ignacio de León, esta transición

“... impone una especial atención a promover las condiciones donde la competencia no alcanza el punto de la eficiencia o sopesarla cuando ella se opone a otros objetivos sociales”¹⁵³.

No todos los países de Latinoamérica y el Caribe han adoptado leyes generales de libre competencia. Hoy en día, cuentan con estas normas los siguientes países: Argentina, Barbados, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Jamaica, México, Panamá, Perú, San Vicente y las Granadinas, Uruguay y Venezuela. La aplicación de las mismas es distinta en cada país y está determinada por sus condiciones políticas y económicas.

En general, la aplicación efectiva de las leyes de competencia en estos países ha aumentado desde su implantación, pero para autores como Krakowski,

“... el esfuerzo inicial dirigido a este campo ha perdido fuerza en la segunda parte de la década de los noventa” ¹⁵⁴.

Algunos países como Bolivia, Ecuador¹⁵⁵, Paraguay, Guatemala, Nicaragua, y la República Dominicana¹⁵⁶ no han promulgado leyes generales de libre competencia que

¹⁵³ de León, Ignacio, Manual para la formación y aplicación de las leyes de competencia, conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD): agosto de 2002, pág. 15.

¹⁵⁴ Krakowski, op. cit., pág. 4.

¹⁵⁵ En virtud de la Decisión 615 de 2005 de la CAN, la Decisión 608 de 2005 de la CAN es la norma de competencia de Bolivia y Ecuador en todo lo que le sea aplicable mientras se expide la legislación interna de competencia.

rijan sobre toda la economía, a pesar de que sus respectivas constituciones consagran el principio de libre competencia y de que en algunos casos hayan adoptado leyes sectoriales de competencia. La mayoría de estos países han estudiado o estudian en la actualidad la posibilidad de adoptar esta legislación.

Sin embargo, la implantación de normas de libre competencia ha fracasado varias veces, y en consecuencia

“...“su postergación no sólo merma la escasa seguridad jurídica de dichos países sino también impide el desarrollo armónico del mercado”¹⁵⁷.

Según Carlos Alza el hecho de que estos países no hayan expedido una legislación de competencia indica que,

“...“no han logrado insertar como prioridad en su agenda pública la creación de las condiciones institucionales para la aprobación de la disciplina de competencia. Esto la debilita al no ser considerada ni entendida como una valiosa herramienta para la creación de capacidad y gobernabilidad en el país”¹⁵⁸.

En el concepto que se desarrolla, la ausencia de normas generales de promoción de la competencia en algunos países de América es consecuencia de la oposición por parte de sectores específicos de la dirigencia económica de los respectivos países. Estos sectores

¹⁵⁶ No tienen legislación general de competencia en América Latina y el Caribe: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Bolivia (tiene leyes sectoriales), Cuba, Dominica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago.

¹⁵⁷ Alza, Carlos, “Apuntes para el diseño e implementación de una agencia de la competencia moderna”, Boletín Latinoamericano de Competencia, n° 16, 2003, Unión Europea, pág. 140.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

se benefician de las políticas proteccionistas que van en contravía de los principios de libre competencia. En todo proceso tendiente a la adopción de políticas públicas, diversos sectores de la sociedad buscan influenciar el Estado para acomodar dichas políticas a sus intereses.

Según Krakowski, el argumento que esgrimen quienes se oponen a la introducción de normas de competencia es que en países pobres y/ o pequeños,

“... las políticas de competencia son de reducida prioridad e implican un costo muy alto”¹⁵⁹.

Evidentemente, la aplicación de las políticas de competencia implica costos para el Estado, pues se necesita una autoridad de la competencia fuerte y con suficientes recursos para cumplir su función en forma técnica y eficiente. No obstante se considera que para las economías pequeñas, que en general se caracterizan por la concentración económica y niveles elevados de precios, el costo de no aplicar una normativa de libre competencia es mayor que el costo de su aplicación.

Lo cual no significa que las normas de competencia de otras regiones, especialmente de Norteamérica y de la UE, deban ser aplicadas sin mayor reflexión en Latinoamérica y el Caribe. Por el contrario, el diseño de las normas debe tener en cuenta las especiales características de las estructuras económicas de cada país¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Krakowski, op. cit., pág. 8.

¹⁶⁰ En relación con el enfoque particular de las normas de libre competencia para las economías pequeñas, véase: Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD). Fortalecimiento de instituciones y capacidades en el área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor. Casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Perú, editado por Philippe Brusick, Ana María Álvarez y Pierre M. Horna. 2004, pág. 28 y sigs.

Los consumidores, a pesar de ser los directos beneficiarios de estas normas, no tienen tanta influencia sobre el proceso político porque a diferencia de los gremios económicos no están organizados. Su participación generalmente se traduce en la posibilidad de participar en los procesos electorales. Sin embargo, la clase política no necesariamente refleja los intereses de los gobernados y, generalmente, tendrá sus propias opiniones e intereses¹⁶¹.

Desde el extranjero también se ejerce presión para incorporar leyes de competencia. Principalmente en virtud de tratados regionales de integración o libre comercio que incluyen cláusulas sobre políticas de competencia. Las instituciones financieras internacionales tienen un papel importante puesto que la necesidad de los gobiernos de acceder a créditos los obliga en muchas ocasiones a comprometerse no sólo a unas condiciones de pago sino también a ciertas condiciones que implican reformas legislativas o la ejecución de determinadas políticas económicas. Aunque la influencia de éstas es creciente en América Latina y el Caribe por el alto nivel de endeudamiento de las últimas décadas, éstas tan sólo se han limitado a recomendar la aplicación de políticas de competencia. Según Krakowski el único caso en el cual la introducción de estas políticas fue una condición expresa para acceder a un crédito fue Costa Rica¹⁶².

La armonización de las diferentes legislaciones mediante la definición multilateral de reglas comunes sobre política de competencia es un importante reto para el futuro del derecho de la competencia en América.

Los acuerdos supranacionales en el marco de procesos de integración regionales han desempeñado un papel importante en la tarea armonizadora. En América existen normas supranacionales de libre competencia en virtud de los acuerdos de integración regional, entre otros, los siguientes:

¹⁶¹ Krakowski, op. cit., págs. 16 a 17.

¹⁶² Krakowski, op. cit., pág. 18

Mercado Común del Sur (MERCOSUR)¹⁶³: Protocolo para la defensa de la competencia, la Decisión 21 de 1996 y el Tratado de Asunción de 1999.

Comunidad Andina de Naciones (CAN)¹⁶⁴ : Decisión 608 de 2005, que reemplaza la Decisión 285 de abril de 1991, “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”. En cuanto al caso de la CAN autores locales como Gabriel Ibarra Pardo, Javier Cortázar Mora, Ana Julia Jatar y Luis Tineo¹⁶⁵ han considerado que la Decisión 285 fue un fracaso. Durante los catorce años de la vigencia de la norma sólo cuatro casos se presentaron ante la autoridad comunitaria. Los defectos señalados por los autores mencionados fueron resueltos en gran medida con la nueva Decisión 608 de 2005.

Comunidad del Caribe y Mercado Común (en inglés, Caribbean Community and Common Market - CARICOM)¹⁶⁶: fue creada por el Tratado de Chaquaramas en el año 1973. El capítulo VIII del tratado contiene las normas sobre las políticas de competencia y protección al consumidor. El artículo 171 crea una autoridad de la competencia regional, denominada Comisión de Competencia Comunitaria. El capítulo VIII define, entre otros aspectos, los objetivos de las políticas de competencia, aspectos procesales, la prohibición de determinadas conductas anticompetitivas y del abuso de la posición dominante. Adicionalmente, mediante el Protocolo VIII del año 2000 denominado “Política de competencia, protección al consumidor, dumping y subsidios” (en inglés, “Protocol VIII:

¹⁶³ Compuesta por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. Chile y Bolivia son países asociados.

¹⁶⁴ Compuesta por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

¹⁶⁵ Ibarra Pardo, Gabriel, “La política de competencia en las Comunidad Andina de Naciones”, en: Revista de Derecho de la Competencia CEDEC V, colección Seminarios, nº 17, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, Bogotá, 2004, págs. 307–343. Jatar, Ana Julia y Tineo, Luis, op. cit., págs. 17-19.

¹⁶⁶ Los estados miembros de la CARICOM son Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Santa Lucía, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Surinam y Trinidad y Tobago. Los estados asociados son: Anguila, Bermuda, las islas Vírgenes británicas, las islas Caimán, Turks y las islas Caicos.

Competition Policy, Consumer Protection, Dumping and Subsidies) se modificó el tratado constitutivo de la CARICOM.

Mercado Común Centroamericano (MCCA): nace del “Tratado General de Integración Económica Centroamericana” que fue suscrito en año de 1960 por El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua y posteriormente por Costa Rica en el año 1963. El Protocolo de Guatemala de 1993 contempla en varias de sus normas, especialmente en el artículo 25, que los estados que lo conforman deben adoptar normas de libre competencia.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o en inglés North American Free Trade Agreement (NAFTA): suscrito por Estados Unidos, México y Canadá. Entró en vigor el primero de enero de 1994.

Finalmente, se debe reseñar que algunas instituciones internacionales han apoyado directamente la aplicación de las políticas de promoción de la competencia así como la cooperación entre las distintas autoridades de la competencia, mediante recursos, asesorías, seminarios, talleres, conferencias, documentos etc. Entre ellos, el International Competition Network (ICN), la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización de Estados Americanos (OEA), el Sistema Económico Latinoamericano (SELA), el Banco Mundial (BM), la Organización Mundial del Comercio (OMC), el International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC), la Organización Europea de Cooperación y Desarrollo Económico (OECD), la Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), y la Comisión de Competencia de la Unión Europea.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La Ciencia, en su búsqueda de la verdad, divide el conocimiento, lo fragmenta para su estudio y su mejor comprensión en ramas, disciplinas o materias. Lo mismo sucede en las ciencias exactas, que en las sociales

Las Ciencias Sociales; la convivencia colectiva se estudia, analiza, interpreta y describe con métodos propios de las distintas especialidades que la conforman. Ante un fenómeno social, ¿Cómo lo abordamos?: ¿Desde el punto de vista histórico-evolutivo?; ¿de la dinámica propia y exclusiva de cada conglomerado?; ¿de las relaciones de poder que existen entre sus integrantes?; ¿del intercambio de satisfactores?; ¿de su estructura normativa?; entre otras. Estamos ante distintas posibilidades de método y herramientas conceptuales.

La importancia y relación que tiene la economía en el derecho y el derecho en la economía, no sólo se ha dado en las respectivas disciplinas, sino también por lo que se refiere diversas instituciones, como son: la propiedad, la libertad de comercio e industria, transferencia de tecnología, la competencia económica, entre otras. Como resultado de la relación derecho-economía, surgió el Derecho Económico el cual tiene por objeto el ser formal y no material.

SEGUNDA

Las diversas formas que tiene el Estado para intervenir en la economía son a través del marco normativo, utilizando las leyes, reglamentos, decretos, que le permitan

implementar, una política económica y como tal una norma jurídica que se impone en la sociedad.

De la unión del Derecho con la economía tenemos como resultado el Derecho Económico. Que tiene como definición: El conjunto de principios y normas de diversas jerarquías sustancialmente de derecho público, que inscritas en un orden público económico plasmado en la carta fundamental, faculta al Estado para planear indicativa e imperativamente el desarrollo económico y social de un país y regula la cooperación humana en las actividades de creación, distribución y consumo de la riqueza generada por el sistema económico.

Particularmente en esta investigación ha quedado demostrado que conceptos y herramientas propias de la ciencia económica han pasado a formar parte de las instituciones jurídicas; de igual manera, el Derecho, en su constante evolución toca a la Ciencia Económica y crea las condiciones normativas para su desarrollo.

TERCERA

En el siglo XXI y dentro de una economía globalizada, es un hecho la influencia del modo de producción en la organización social y, especialmente, en su organización normativa; sin embargo, es menester destacar que el desarrollo de las normas jurídicas crean las condiciones necesarias y propicias para que los modelos de organización económica avancen y se consoliden.

Las decisiones políticas que se adoptan por un Estado para procurar el bienestar económico de una sociedad, influyen sustancialmente en la estructura legal del país de que se trate; las del Estado Mexicano en materia de competencia -entre los agentes económicos- propiciaron los cambios legales indispensables para su puesta en operación y regulación; así mismo, la evolución normativa en la materia ha creado el ambiente propicio para fundar un nuevo modelo de competencia económica.

CUARTA

La globalización siempre influyente en el consumismo, nos da una nueva definición para el concepto de ciudadano, cuyo factor determinante consiste en la cantidad de satisfactores que éste pueda poseer y que le otorgan un menor o mayor reconocimiento social y derivado de este le es también otorgado su papel como ciudadano y partícipe político. Hoy la calidad de ciudadano ha evolucionado a la de consumidor, el Estado se ha preocupado por crear condiciones que favorezcan su nueva condición, tal es el caso de los modelos legales para su protección y de imposición para propiciar condiciones de competencia que otorguen mejores condiciones de calidad y precio de los bienes y servicios que se ofrecen en un determinado mercado. La Competencia Económica es uno de los compromisos de la globalización.

QUINTA

En las economías modernas las ventajas relativas del pasado se están anulando y tienden a igualarse como resultado de la apertura comercial; es decir, los países han abierto sus fronteras, al tiempo que reducen sus aranceles de importación. Las economías de todas las naciones crecen de manera interdependiente, lo cual genera nuevos retos, pero requieren de cambios políticos drásticos con consecuencias sociales. La globalización es la consecuencia de la apertura de los mercados; del libre tránsito de bienes y servicios, de capitales y, en algunos casos de personas.

La globalización económica no es, en sentido estricto, un fenómeno reciente sino que es un proceso referido a la integración global en los terrenos social, político, económico y cultural, que emana básicamente de dos fuentes: el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y los procesos de reestructuración en el modo de funcionamiento de la economía capitalista.

SEXTA

México decidió incorporarse al modelo económico del neoliberalismo e inicio, desde los años ochenta, un proceso político y normativo que modificó sustancialmente la organización económica y social del país.

La reforma constitucional de 1983 creó las condiciones legales para el proceso de incorporación al modelo económico del neoliberalismo; la inserción de México al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) en 1986 abrió el camino para la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en 1994, con la Unión Europea en el 2000 y la suscripción de una gran cantidad de acuerdos comerciales con diversas naciones y organizaciones regionales.

Hoy en día nos asumimos como un país global que prácticamente ha abierto sus fronteras a la libre importación de mercancías, servicios, inversiones e, incluso, ha permitido el libre ingreso de trabajadores extranjeros cuya labor es administrar los intereses de las empresas a las que representan.

SÉPTIMA

México se vio obligado a cumplir con diversos compromisos con naciones y organismos internacionales para ingresar al grupo de las economías neoliberales. Acciones como la desincorporación de empresas públicas para reducir el gasto público; reducir el déficit presupuestal; mantener una política fiscal y monetaria alineada al concierto internacional; y sobre todo, a crear un marco jurídico que diera certeza a la competencia entre los agentes económicos.

Bajo este esquema de compromisos, no es casual que la primera Ley de Competencia Económica entre en vigor en 1994, mismo año que entra en operación el TLCAN; por lo

tanto, se puede afirmar que la decisión de contar con el marco normativo de la competencia económica no es producto de una decisión autónoma o soberana, sino que está inscrita en los compromisos de la economía global.

OCTAVA

La vinculación entre el Estado y el Derecho no ha estado exenta de obstáculos originados desde la propia concepción de ambos elementos; sin embargo, podemos afirmar que el Estado encuentra su expresión normativa en el Derecho. Todo Estado tiene su expresión jurídica -escrita o no-, es indispensable para serlo. Estamos frente a una relación dialéctica entre ambos elementos, como consecuencia de la formación del poder por el derecho y la del derecho por el poder político.

NOVENA

El Estado tiene la responsabilidad de brindar seguridad, aplicar justicia y garantizar el bienestar de las personas, la última es la gran polémica del mundo moderno, en ¿qué?, y ¿cuánto es responsable el Estado de los niveles de bienestar de la sociedad?

El bienestar general de una sociedad se ha incorporado recientemente como una responsabilidad de los Estados modernos. No es sino hasta el Siglo XX cuando se asume que el Estado adquiere el compromiso de lograr mejores condiciones de vida a la población en general. Temas como la alimentación, salud, vivienda, educación, cultura, recreación, entre otros se han convertido en temas fundamentales en las organizaciones sociales de los dos últimos siglos.

En términos comunes se entiende que el bienestar es la contribución de la sociedad moderna al mejoramiento de la persona, a efecto de que cada vez dependa menos de su

esfuerzo individual y obtenga mayores satisfactores que le permitan una vida saludable, sin graves preocupaciones y con las mínimas comodidades que sea posible disfrutar.

Finalmente, resulta indudable que en las sociedades industriales evolucionadas de hoy se afirman plenamente los valores del bienestar colectivo para una mejor realización y desarrollo del trabajo, tanto a través de los salarios como de las prestaciones adicionales que se proporcionan a los trabajadores y los beneficios adicionales que se les otorgan para hacer más plena su existencia.

DÉCIMA

A diferencia de otras instancias gubernamentales, la Comisión Federal de Competencia Económica, cuenta con un marco Constitucional que le da vigencia y valor jurídico pleno. Existe un mandato constitucional en la materia que debe ser atendido y respetado.

La competencia económica está dentro de la política nacional de desarrollo y competitividad. La COFECE ha logrado incorporar el tema de la competencia económica a la agenda del desarrollo económico nacional, como elemento sustancial en los niveles de competitividad que se procuran para elevar los niveles de productividad.

DÉCIMO PRIMERA

Los teóricos de la economía afirman que contar con reglas de competencia provoca mejoras en la competitividad y contribuyen a su crecimiento.

En más de dos décadas nuestro país ha evolucionado en materia de Competencia Económica, en este tiempo se han tomado decisiones fundamentales que definen las reglas a las que a los que los agentes económicos deben sujetarse. La idea central de la legislación mexicana es el combate a los monopolios así como perseguir y sancionar las llamadas “conductas monopólicas”.

Las sanciones se han endurecido para aquellos agentes económicos que violen los preceptos legales así como se doto a la autoridad en la materia de facultades y atribuciones que la fortalecen y procura mejores condiciones para los consumidores, entre opciones de precios y calidades

Ahora bien, la nueva legislación, incorpora conceptos y acciones a las ya existentes. Se reconocen las prácticas monopólicas absolutas y relativas; se reproduce y amplía el catálogo de las conductas consideradas “monopólicas” o “anticompetitivas”, como lo son los arreglos entre agentes económicos para controlar los precios, niveles de producción, distribución geográfica de los mercados o coludirse en los procesos licitatorios.

Adicionalmente combate y castiga aquellas conductas que realiza un agente con poder sustancial de mercado, con la intención de desplazar a otros agentes o impedirles su participación o establecer ventajas en favor de una o varias personas. Dichas conductas pueden llegarse a considerar delitos.

México cuenta ahora con una Ley de Competencia más severa y con un Organismo Constitucional Autónomo con capacidad jurídica y autonomía de gestión para su debida aplicación, que combate los monopolios –absolutos o relativos- las prácticas ilegales o desleales con sanciones más severas que, incluso, pueden ser catalogados como delitos que llevarían a los responsables a cumplir con penas privativas de la libertad.

DÉCIMO SEGUNDA

Como se afirma en este trabajo de investigación, el modelo legal se ha perfeccionado, no obstante lo anterior, la norma jurídica siempre resulta insuficiente para generar un modelo económico donde prevalezca una competencia enmarcada en los principios del libre mercado que busca prevenir, combatir o limitar los excesos que las empresas con ventajas acostumbran en sus prácticas cotidianas.

Las leyes en la materia no han evitado o limitado la concentración del poder económico y la riqueza.

Nuestro país presenta deficiencias o limitaciones en su estructura productiva lo que impide que las normas jurídicas alcancen sus fines; con ello, en más de dos décadas de vigencia de la Ley no se ha logrado fomentar una real competencia entre las empresas y, por lo tanto, no ha sido posible la reducción de costos y precios de los bienes y servicios; de igual manera no se ha incentivado la participación de nuevos jugadores en los distintos sectores o ramas de la economía.

DÉCIMO TERCERA

La norma jurídica ha evolucionado y se ha actualizado, COFECE es autoridad consolidada y reconocida; sin embargo sus acciones se han limitado sólo a sectores formales, regulados y privatizados; es decir, sólo trabaja para la llamada “economía formal” olvidando y dejando de revisar los procesos de conductas anticompetitivas en los sectores informales que significan el 50% del producto nacional, por lo tanto, labora únicamente para la mitad de los agentes económicos.

La estructura particular de cada mercado determina las modalidades en que se da o no la competencia; no existe una infraestructura económica capaz de reaccionar a los estímulos legislativos. Entre más oligopolizado esté un mercado determinado, menor es la posibilidad de una reducción en los precios de los bienes o servicios. Las formas de competencia que han evolucionado obedecen en mayor medida a los cambios de la estructura de mercado.

DÉCIMO CUARTA

Actualmente, los precios se han vuelto más rígidos ante los cambios en la oferta; por lo tanto, las empresas prefieren modificar sus formas de competencia a partir de modelos mercadológicos y mantener o incrementar sus precios, antes que entrar en una verdadera competencia derivado de niveles de eficiencia y eficacia productiva.

Estas conductas -reales- ponen en riesgo el modelo de competencia que se pretende imponer por la vía jurídica a las empresas; es necesario de políticas económicas que favorezcan la entrada de nuevos jugadores a los sectores o actividades sustanciales para el bienestar general.

DÉCIMO QUINTA

Actualmente el modelo legal es apropiado sin embargo se enfrenta a problemas estructurales; en la conformación del mercado resulta necesario atender y resolver de una forma conjunta.

El Derecho no puede actuar sólo; la Economía tampoco, las dos ciencias deben hacerlo de forma conjunta, desde el punto de vista teórico y práctico, que permitan modificar una realidad en favor del bienestar general.

MESOGRAFÍA

1. Aguilar Álvarez De Alba, Javier B., La libre competencia., Oxford, México, DF, 2000.
2. Alza, Carlos, “Apuntes para el diseño e implementación de una agencia de la competencia moderna”, Boletín Latinoamericano de Competencia, n° 16, 2003, Unión Europea.
3. Amato Filippo, International antitrust: What future? World competition, 2001.
4. American Bar Association: Antitrust section. A primer on the federal price discrimination laws, 2 a ed; Estados Unidos de América; American bar association, 2000.
5. Aristóteles, La política.
6. Baker, Jonathan B., “A Preface to Post-Chicago Antitrust”, Washington Collage of Law, America University, junio de 2001.
7. Burgoa Orihuela, Ignacio, Las garantías individuales, 31a. ed., Porrúa, México.
8. _____, El juicio de amparo, 20a. ed., Porrúa, México.
9. Brusick, Philippe, Unctad’s role in promoting multilateral co-operation on competition law and policy, World competition, vol. 24, No 1, 2001.
10. Boschek, Ralf, The governance of global market relations: The case of substituting antidumping, World competition, Law and economics, Vol. 24, No, 2001.
11. Callinicos, A. (2011). La Crisis del Capitalismo. Obtenido de:
<http://www.lahaine.org/index.php?blog=3&p=52405>
12. Carbonell, Miguel (coord.), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada, 18a. ed., tomo I, Porrúa-IIJ UNAM, México, 2004.
13. Castañeda Gallardo, Gabriel, “Objetivos rectores de la política de competencia económica” en Tovar, Ramiro et. al, Lecturas en regulación económica y política de competencia, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, México, 2000.
14. Cossío Díaz, José Ramón, Derecho y análisis económico.,

- Fondo de Cultura económica, México, 2002.
15. Covián Andrade, Miguel, Teoría constitucional, México, CEDIPC, 2005. vol. I
 16. De León, Ignacio, Manual para la formación y aplicación de las leyes de competencia, conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD): agosto de 2002.
 17. DiLorenzo, Thomas J., “The Case Against All Antitrust Legislation”, cátedra en Mises University, Ludwig Von Mises Institute, August 9, 2003.
 18. D. Romer, C. (2013). global.britannica.com. Obtenido de:
<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/243118/Great-Depression>
 19. Diego-Fernández Andrade, Mateo, “Brevísima explicación y análisis de las reformas a la Ley Federal de Competencia Económica de México”, Revista de Derecho Económico Internacional, Instituto Tecnológico Autónomo de México, volumen 1, número 1, México, noviembre de 2010, pp. 77 a 84. Disponible en el siguiente hipervínculo:

http://dei.itam.mx/archivos/REVISTA_DERECHO_ECONOMICO_INTERNACIONA_L.pdf
 20. Edley, Christopher F., “Derecho Administrativo. Reconcebir el control judicial de la Administración Pública”, traducción de Angel Manuel Moreno, Instituto Nacional de Administración Pública, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.
 21. Engel, S. (2009). Economía Política Burguesa Ante los Escombros. Alemania: Essen.
 22. Estavillo Flores, María Elena, La prevención de colusiones, Porrúa-ITAM, México, 2007.
 23. Faya Rodríguez, Alejandro, Fortalecer a los reguladores cambiando las reglas del juego en México, CIDAC, México, 2010. Documento electrónico disponible en el siguiente hipervínculo: <http://www.cidac.org/esp/uploads/1/FR.pdf>.
 24. Fernández Ruíz, Jorge. Derecho Administrativo y Administración Pública. Sexta Edición. Editorial Porrúa-UNAM. 2014

25. Fernández, Tomás Ramón, De la arbitrariedad de la Administración, Editorial Civitas, 2a. ed., Madrid, 1997.
26. Fox, Eleanor M. y Trebilcock, Michael J., “The Design of Competition Law Institutions. Global Norms, Local Choices”, Oxford University, 2012.
27. Galán Corona, Eduardo, “La aplicación del derecho de la competencia en la Comunidad Europea a partir del reglamento n°1 de 2003”.
28. Gamboa Montejano, Claudia y Valdés Robledo, Sandra, “Análisis de la figura del veto. Antecedentes, Jurisprudencia, Derecho Comparado, Iniciativas presentadas y última Reforma Constitucional en el tema”, (Actualización), Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LXI Legislatura, en coordinación con la Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis, México, junio 2011. Documento electrónico disponible en el siguiente hipervínculo: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SAPI-ISS-14-11.pdf>
29. García Alba, Pascual et al. (coords.), El nuevo milenio mexicano, tomo 3: El cambio estructural, UAM-Ediciones y Gráficos Eón, México, 2004.
30. García Canclini, N. (1995). Consumidores y Ciudadanos. México: Grijalbo.
31. García Máynez, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, México, Porrúa, 1989.
32. Gavil, Andrew I., William E. Kovacic, Antitrust law and economics, in a perspective: Cases, concepts and problems in competition policy, Thomson west, 2002
33. Guarnieri Carlo y Patrizia Pederzoli, Los jueces y la política: Poder y democracia, Taurus, 1999.
34. Gomez Granillo, Moisés, Breve historia de las doctrinas económicas, Ed., Esfinge, S.A. de C.V., vigésima segunda edición, 1996, 2004.
35. Gonzalez De Cossío, Francisco, Law and economics of the Mexican competition laws, Tesis doctoral, University of Chicago, 2003.

36. Gonzalez De Cossío, Francisco, El Estado de Derecho. Un enfoque económico, México, Porrúa, 2007.
37. Harris, Marvin, Cultura contemporánea norteamericana, Alianza, España, 2000.
38. Ibarra Pardo, Gabriel, “Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina”, en CEDEC, colección Seminarios 5, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, 2ª edición, Bogotá, 1997.
39. Jatar, Ana Julia y Tineo, Luis, “Competition Policy in the Andean countries: a policy in search of its place”.
40. Katz, I. (16 de Abril de 2009). [www.eleconomista.com](http://eleconomista.com.mx/notas-impreso/foro-economico/2009/04/16/crisis-desaprovechada). Obtenido de <http://eleconomista.com.mx/notas-impreso/foro-economico/2009/04/16/crisis-desaprovechada>.
41. Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. México, UNAM, 1988.
42. Keynes, M. John, Teoría general de la ocupación el interés y el dinero.
43. Kovacic, William y Shapiro, Carl, “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, Competition Policy Center, University of California, Berkeley, 1999.
44. Maquiavelo, Nicolás. El príncipe; El arte de la guerra; Discursos sobre la primera década de Tito Livio; Vida de Castruccio Castracani; Discurso sobre la situación de Florencia tras la muerte del joven Lorenzo de Médicis. Madrid, Gredos, 2011.
45. Marx Karl. Critica a la Economía Política. F.C.E. México 1988.
46. Mena Labarthe, Carlos, “Biografía de una Comisión de Competencia” en Roldán Xopa, José y Mena Labarthe, Carlos, Competencia económica. Estudios de derecho, economía y política, Porrúa-ITAM, México, 2006
47. Miranda Londoño, Alfonso, “El derecho de la competencia en Colombia, en Revista de Derecho Económico, n° 9, 1989, Librería del Profesional.
48. Morales Alfaro, J. (2013). [www.itam.com](http://gacetadecienciapolitica.itam.mx/wp-content/uploads/2012/11/6.Gran-depresion.pdf). Obtenido de: <http://gacetadecienciapolitica.itam.mx/wp-content/uploads/2012/11/6.Gran-depresion.pdf>
49. _____ y Mena Labarthe, Carlos, Competencia económica. Estudios de derecho, economía y política, Porrúa-ITAM, México, 2006.

50. Muñoz Fraga, Rafael. Derecho Económico. Porrúa México 3° Edición 2015
51. Peredo Rivera, Amílcar, Competencia Económica. Teoría y práctica, Porrúa, México, 2004.
52. Posner, Richard a., Antitrust Law, An economic prospective. Chicago University. 1976
53. Rabasa, Emilio O. y Caballero, Gloria, Mexicano: ésta es tu Constitución, Miguel Ángel Porrúa – H. Cámara de Diputados LV Legislatura, México, 1993.
54. Roldán Xopa, José, Constitución y Mercado, Porrúa-ITAM, México, 2004.
55. _____, La Licitación 21. Intereses, jueces y estrategias en la “justicia cautelar, México, 2013. Documento electrónico disponible en el siguiente hipervínculo

<http://www.cide.edu/publicaciones/status/dts/DT%20277.pdf>.
56. Rousseau, Jean Jacques. Contrato social. Trad. Fernando de los Ríos. México, Editorial Planeta Mexicana, Colección Austral. 1993
57. Sánchez Medal, Ramón; De los Contratos Civiles; Porrúa, México, 1988
58. Scalia, Antonin, “Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law”, Duke Law Journal, volume 1989, número 3.
59. Tron Petit, Jean Claude, ¿Qué es y cómo debe funcionar un tribunal especializado en materia intelectual?, 2008. Documento electrónico disponible en el siguiente hipervínculo:

http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=207
60. Vaitheswaran, Anuradha y Mates, Thomas A., “The Role of Deference in Judicial Review of Agency Action: A Comparison of Federal Law, Uniform State Acts, and

the Iowa APA”, Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary, 2007.

61. WEBER, Max. Estado y sociedad. México, Fondo de Cultura Económica.
62. Witker, J. (2010). Derecho Económico. México: UNAM.
63. Woodhill, L. (15 de Agosto de 2012). [www.forbes.com](http://www.forbes.com/sites/louiswoodhill/2012/08/15/general-motors-is-headed-for-bankruptcy-again/). Obtenido de:
<http://www.forbes.com/sites/louiswoodhill/2012/08/15/general-motors-is-headed-for-bankruptcy-again/>
64. Zimmer, Markus B., “Overview of Specialized Courts”, International Journal for Court Administration, 2009.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2. Ley Federal de Competencia Económica 2014
3. Ley Federal de Competencia Económica 1992
4. Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica
5. Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica
6. Disposiciones administrativas de carácter general reglamentarias de la Ley Federal de Competencia Económica
7. Acuerdo por el que la Comisión Federal de Competencia adopta el Registro Único de Personas Acreditadas de la Secretaría de la Función Pública para acreditar la personalidad en los trámites previstos en la Ley Federal de Competencia Económica
8. Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la COFECE

9. Disposiciones administrativas de carácter general de las audiencias orales
10. Exposiciones de Motivos
11. Exposición de Motivos de la LFCE 1992
12. Exposición de Motivos de la reforma a la LFCE 2007
13. Iniciativa de reforma constitucional en materia de telecomunicaciones
14. Exposición de Motivos de la LFCE 2014

NORMATIVA SECTORIAL RELACIONADA

A) TRANSPORTE

- a. Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario
- b. Reglamento del Servicio Ferroviario
- c. Ley de Aeropuertos
- d. Reglamento de la Ley de Aeropuertos
- e. Ley de Aviación Civil
- f. Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal
- g. Reglamento de Autotransporte Federal y Servicios Auxiliares
- h. Ley de Puertos
- i. Ley de Navegación y Comercio Marítimo

B) ENERGÍA

- j. Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo
- k. Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo.
- l. Ley de la Comisión Reguladora de Energía.
- m. Reglamento de Gas Natural.

- n. Reglamento de Gas Licuado de Petróleo.
- o. Reglamento de la Ley Minera en Materia de Gas asociado a los Yacimientos de Carbón Mineral.
- p. Ley de Promoción y Desarrollo de los Bioenergéticos.

C) SECTOR FINANCIERO

- Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.
- Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de usuarios de Servicios Financieros.
- Ley de instituciones de crédito.
- Ley para Regular las Agrupaciones Financieras
- Ley para la Transparencia y Ordenamientos de los servicios financieros
- Ley de Fondos de Inversión.

D) ECONOMÍA

- Ley Federal de Protección al Consumidor
- Ley de Comercio Exterior
- Reglamento de la Ley de Comercio Exterior
- Ley Federal de Derechos.
- Ley de la Propiedad Industrial
- Ley de Desarrollo Sustentable de la Caña de Azúcar.
- Ley Federal de Cinematografía.
- Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía
- Decreto de creación de la Comisión Intersecretarial de Desincorporación.

E) TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental.

F) NORMATIVA RELEVANTE Y RELACIONADA

- Ley de Amparo
- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
- Ley Federal del Procedimiento Administrativo.
- Ley Federal sobre Metrología y Normalización
- Reglamento de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización.
- Ley de Asociaciones Público Privadas.
- Código Civil Federal.
- Código Penal Federal
- Código Fiscal de la Federación
- Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.
- Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.
- Criterios Jurisprudenciales y Tesis Aplicables anteriores a la LFCE de 2014
- Criterios relevantes del Poder Judicial Federal.