

PRÁCTICAS DESLEALES Y PRÁCTICAS RESTRINGIDAS

JORGE WITKER

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Prácticas desleales y prácticas restrictivas*. III. *Tendencia a sustituir la legislación sobre prácticas desleales por la legislación de competencia*. IV. *La experiencia mexicana entre ambas prácticas mercantiles*.

I. INTRODUCCIÓN

Una economía de mercado tanto en su faceta interna como externa se encuentra con comportamientos económicos mercantiles que discriminan y depredan precios, afectando a consumidores y productores en magnitudes parecidas.

Toda legislación sobre competencia tiene como objetivo central, eliminar los obstáculos que acuerdos privados o actos administrativos, levantan a los competidores como barreras de acceso a ese mercado.

Por su parte, una legislación sobre prácticas desleales (dumping) al imponer una cuota compensatoria a un exportador de bienes a México, está precisamente creando, vía acto de autoridad, un obstáculo de acceso a ese mercado, protegiendo con ello, a determinados fabricantes nacionales. La legislación positiva canadiense en materia de competencia¹ expresa con nitidez la relación material existente entre ambas prácticas mercantiles.

¹ Dutz, Mark, "Competition Policy and antidumping". *The economic impact of canadian antidumping law*, Paris, OECD, 1993, Chapter 3, mimeo, p. 8

El objetivo de la política de competencia en Canadá, es mantener y estimular la competencia en orden a promover la eficiencia y adaptación de la economía canadiense, creando oportunidades para su participación en los mercados mundiales, como de las empresas extranjeras competitivas en Canadá, velando porque los consumidores accedan a variedades de productos a precios competitivos.

Esta ponencia, luego de conceptualizar cada práctica, evidencia las relaciones simbióticas entre ambas y actualiza la experiencia internacional desde la OCDE hasta el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, destacando de paso algunas evidencias empíricas existentes en el derecho interno mexicano.

II. PRÁCTICAS DESLEALES Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS²

Ambas figuras, se inscriben en el llamado derecho de la competencia y apuntan a suministrar eficiencia productiva tanto interna como externamente, beneficiando a los consumidores y a la sociedad en su conjunto.

1. *Las prácticas desleales*

Las prácticas desleales son conductas mercantiles que afectan la competencia leal entre mercados y territorios aduaneros distintos y por medio de las cuales se busca el apoderamiento de mercados, desplazando y cerrando plantas en los países huéspedes, con productos y servicios a precios artificialmente competitivos.

Las prácticas desleales incluyen varios conceptos y clasificaciones ya que incluso pueden abarcar actividades, tanto privadas como públicas, que tiendan a ganar mercados mediante competencia artificial, dañando a los productores nacionales.

Así, el comercio de productos y servicios mediante el uso de marcas paralelas y las transacciones entre empresas relacionadas, constituyen algunas de las formas que este tipo de prácticas pueden asumir.

Sin embargo, las prácticas desleales más usuales son el dumping y los subsidios, aspectos regulados ya en varios convenios y acuer-

² Ver Amaro, Bárbara, "Las prácticas monopólicas en México y Estados Unidos", tesis de licenciatura, México, 1994, en prensa.

dos internacionales como los nuevos Acuerdos sobre Dumping y subvenciones y medidas compensatorias del nuevo GATT u Organización Mundial de Comercio.

El dumping, por tanto, es una práctica desleal cometida por empresas privadas, las cuales venden o comercian sus productos o servicios en el mercado extranjero a un precio más bajo que el del mercado de origen.

El dumping tiene como consecuencia directa el incremento del nivel de importación del bien o servicio, lo que conlleva a serios daños a la industria nacional del producto o servicios igual o similar. Las industrias o empresas contra las que se cometen este tipo de prácticas, se ven impedidas para competir con precios tan bajos, llegando en muchas ocasiones a declararse en quiebra.

Para evitar lo anterior, existen en los diferentes países varios procedimientos cuya finalidad es dictaminar la práctica desleal y en su caso sancionar esas importaciones a precios artificialmente bajos mediante la imposición de cuotas compensatorias.

Por otro lado, los subsidios son prácticas implementadas por los gobiernos mediante la exención de impuestos, contribuciones financieras o incentivos crediticios a los productores exportadores, los cuales se ven en la posibilidad de venderlos en mercados extranjeros a precios artificialmente bajos. Para constituirse y sancionarse la práctica como tal, debe al igual que en el caso del dumping, demostrarse que se causa un serio daño a los productores nacionales del mismo bien.

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias del GATT, describe a los siguientes incentivos de los subsidios:³

1. Cuando la práctica del gobierno implique una transferencia directa de fondos, por ejemplo donaciones, préstamos y aportaciones de capital, o cuando implique posibles transferencias directas de fondos u obligaciones como las garantías de préstamo.

2. Cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían.

3. Cuando el gobierno proporcione bienes o servicios que no sean de infraestructura general, o compre bienes.

³ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Artículo 1.1 sección a) 1). Texto final de la Ronda de Uruguay. Este documento aún no ha sido ratificado por el Senado de la República.

4. Cuando el gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones antes descritas, que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera en ningún sentido real de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos.

Estas situaciones de depredación por precios es muy importante tener en cuenta a lo largo de este estudio, ya que es una práctica que no sólo se ejerce hacia el exterior (práctica desleal), sino también hacia el interior en la forma de práctica restrictiva.

2. Prácticas restrictivas. Concepto y clasificación

Las prácticas restrictivas, son aquellas prácticas comerciales cuya finalidad directa es restringir o eliminar la competencia, manipulando el mercado de un producto o servicio, línea de productos o servicios, o bien, una cadena productiva o incluso una rama industrial.

Para efectos del comercio internacional, la ONU ha definido este tipo de prácticas de la siguiente manera:

son actos o comportamientos de ciertos agentes económicos que por medio del abuso o adquisición del abuso de una posición dominante de mercado, limita el acceso de los competidores o restringe la competencia, provocando un efecto adverso en el comercio internacional, particularmente el de los países en desarrollo, y en el desarrollo económico de estos países, o que se pueden llevar a cabo por medio de acuerdos formales, informales, escritos o verbales, o por convenios entre agentes económicos, que tengan el mismo efecto⁴

Derivado de estos conceptos, a este tipo de prácticas también se suelen denominar anticompetitivas o monopólicas.

Es así como estas prácticas se ejercen a través de monopolios establecidos por un agente económico o varios de ellos, mediante contratos, convenios o simples concertaciones verbales, y que pueden llegar a tomar formas muy diferentes.

⁴ *The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, New York, United Nations Publication, 1981, sección B.

De esta manera, las prácticas monopólicas se clasifican en dos tipos: prácticas horizontales, conocidas en nuestra ley como absolutas, y prácticas verticales o relativas como se denominan en el derecho mexicano.

Las fusiones y concentraciones no son específicamente una clasificación de estas prácticas, ya que su finalidad no necesariamente es anticompetitiva. Sin embargo, al ser controladas por el derecho de la competencia, se analizarán en esta tesis cuando toman la forma de monopolios.

a) *Monopolio y antimonopolio*

Estos dos conceptos son fundamentales en esta tesis ya que si bien el objeto de la misma es el análisis de las prácticas restrictivas, se avoca directamente al estudio de monopolios.

Sobre monopolio existe una gran variedad de definiciones, sin embargo, la más completa que he encontrado es la que se especificaba en el artículo 3 de la Ley Antimonopolios de 1934, y que a la letra dice:

Se entiende por monopolio toda concentración o acaparamiento industrial o comercial, y toda situación deliberadamente creada, que permite a una o varias personas determinadas imponer precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social⁵

Este concepto de monopolio se ve íntimamente relacionado con lo analizado en el concepto de competencia en sentido jurídico, ya que el monopolio es una limitación a la libertad de contratación.

De esta manera, Ma. Consuelo Gacharná⁶ expone que las limitaciones a la competencia pueden ser de origen legal o simplemente convencionales.

Las limitaciones de origen legal encuentran su justificación en un interés del Estado mismo y pueden llegar a establecer un monopolio o bien, otorgar concesiones.

⁵ Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, artículo 3. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1934.

⁶ Gacharná, Ma. Consuelo, *La competencia desleal* Bogotá, Editorial Temis, 1982, p. 14.

Lo que en esta investigación interesa es el estudio de los monopolios, los cuales según la citada autora, pueden ser de tres tipos:

Natural: Es el monopolio que surge de la misma fuerza de las cosas, es decir, por causas de la naturaleza, como es el caso de una mina o de una fuente de aguas minerales.

De derecho: Se presenta cuando mediante una disposición legal se otorga al Estado o a un particular la explotación exclusiva de una actividad económica determinada. Esta es la única limitación legal a la competencia.

De hecho: Son los monopolios que se presentan por causas naturales o económicas como pueden ser altos costos financieros o bien escasez del producto objeto de la explotación.

Los monopolios que nos interesa analizar no son precisamente los emanados de estas tres causas analizadas, ya que son limitaciones legales y naturales a la competencia.

Por tanto, los monopolios de interés en este estudio son aquellos que tienden a menoscabar la libre autonomía de las partes para contratar, y que no encuentran su causa en limitaciones razonablemente previstas, sino cuya intención es la de desplazar deliberadamente del mercado a otros competidores.

Así pues, si consideramos que un monopolio es el desplazamiento indebido de mercado, antimonopolio significa la acción que se sigue para permitir la libre concurrencia en los mercados.

Generalmente, la acción antimonopólica corresponde al Estado, quien mediante su facultad de *imperium* controla y regula las prácticas restrictivas que se presentan en contra de la libertad de contratación de los particulares.

Así pues, la acción antimonopólica se traduce en la garantía de la libre concurrencia, entendiendo por ésta "el fenómeno económico en virtud del cual todo individuo puede dedicarse a la misma actividad, perteneciente a un mismo ramo, que aquella a cuyo desempeño se entregan otras personas"⁷, es decir, la posibilidad de que una persona ingrese o acceda a un mercado en el cual ya existen otros sujetos que están desarrollando la actividad que el "concurrente" proyecta ejecutar.

7 Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1989, p. 410.

b) *Prácticas horizontales y verticales*

Las prácticas horizontales son aquellas que monopolizan cadenas productivas completas, evitando cualquier tipo de competencia. Por esta razón se suelen denominar también como prácticas absolutas.

Se ha considerado a nivel mundial que este tipo de prácticas eliminan completamente la competencia, y que sus efectos siempre son nocivos tanto para el proceso económico, como para los consumidores, ya que suelen eliminar la eficiencia económica en esa área específica en el largo plazo, manipulando los precios de venta y la calidad del producto, cuestión que afecta directamente a los consumidores.

De esta manera, se considera que estos monopolios son restrictivos *per se*, y por tanto violatorios del proceso competitivo regulado por las diferentes legislaciones mundiales.

Estas prácticas se presentan como carteles, fijación de precios, asignación de clientes, establecimiento de esferas exclusivas de influencia, así como la manipulación de licitaciones públicas.

Por su parte, las prácticas verticales o relativas son aquellas que se pueden presentar entre etapas contiguas de un proceso productivo y acompañadas de alguna actividad auxiliar del proceso.

Este tipo de prácticas pueden tener efectos anticompetitivos o procompetitivos, razón por la cual se han fijado varios criterios para la evaluación de las mismas.

Así, un monopolio puede llegar a constituirse con la finalidad directa y específica de evitar la competencia o bien por medios de mercadeo legales como mejor calidad del producto o servicio, menores costos, facilidad de acceso al mercado, etcétera

Igualmente, sin importar la forma en que se constituyó el monopolio, los efectos de éstos pueden no sólo no ser anticompetitivos, sino promotores de la competencia, mediante el fomento de la eficiencia económica.

Los criterios de evaluación de las prácticas relativas son la determinación del mercado relevante y la posición dominante en ese mercado relevante.

Mercado relevante. En materia de monopolios cuando se hace referencia al mercado relevante del producto se hace alusión al mercado del producto y al mercado geográfico. Es decir, se analiza

en su conjunto el mercado en el que el producto es comercializado y el lugar donde el agente económico opera.

De esta manera, el mercado del producto significa la sustituibilidad del bien, es decir, la existencia de otros productos, incluyendo términos de precios, calidad, preferencias de los consumidores, etcétera

El mercado geográfico se refiere a la zona donde se comercia el producto en términos monopólicos o restrictivos de la competencia. Esta zona puede ser de cualquier tamaño, dependiendo del producto y del agente económico.

Posición dominante de mercado. La posición dominante del mercado hace referencia a la situación donde un agente económico o varios de ellos colusionados, controlan el mercado relevante del producto o servicio particular.

De esta manera es la adquisición o mantenimiento intencionado del control de ese mercado, diferenciándose aquí del poder que se puede llegar a ejercer por medios legales.

Para analizar la existencia de este poder monopólico o posición dominante, se debe revisar la estructura del mercado, la participación de los competidores, los medios de adquisición y mantenimiento del mercado, la intencionalidad, etcétera

Concentraciones. Se entiende bajo el nombre genérico de concentración a los actos jurídicos por medio de los cuales una o más personas morales buscan detentar mayor parte del mercado relevante de un producto o servicio específico.

Las formas más usuales de crear una concentración son las fusiones y las adquisiciones.

Debemos entender por fusión el acto jurídico por medio del cual dos o más personas morales previamente existentes deciden unir sus patrimonios para crear una tercera persona moral totalmente diferente a aquellas fusionadas.

Por el contrario, una adquisición es el acto jurídico por medio del cual una persona moral compra otra persona moral diferente, desapareciendo esta última, y pasando a formar parte de la adquirente. La adquisición, sin embargo, puede ser no únicamente del capital de la empresa adquirida, sino también de la mayoría de las acciones de la misma.

Las concentraciones, a diferencia de las prácticas monopólicas, significan una sucesión de actos jurídicos que implican su validez

legal, mientras que aquéllas tienden deliberadamente a detentar todo o la mayor parte del poder sustancial del mercado relevante en específico.

Sin embargo, en muchas ocasiones existen concentraciones cuyo efecto o finalidad directa es la de ejercer una práctica monopólica mediante la adquisición del poder sustancial del mercado.

Es este último tipo de concentraciones el que interesa en esta investigación, por entrar directamente en el marco normativo de la legislación *antitrust*.

Conceptualmente, estas prácticas mercantiles en general —desleales y restrictivas— tienen en común tres premisas semejantes: discriminación de precios o precios depredatorios; *daño* a la eficiencia productiva y a los consumidores y productores en general y relación causal entre ambos elementos.

III. TENDENCIA A SUSTITUIR LA LEGISLACIÓN SOBRE PRÁCTICAS DESLEALES POR LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA

La legislación sobre dumping y subvenciones se erige a comienzo del siglo y tiene como ejecutor al Estado Nacional. Posteriormente, el GATT asume la tarea de comprometer a los Estados en una disciplina multilateral de comercio destinada a eliminar las barreras arancelarias y no arancelarias entre los mercados nacionales. Las Rondas Tokio y Uruguay han puesto su énfasis en las barreras no arancelarias y hacia ellas se han orientado cerca de diez códigos de conducta que obligan a los Estados a suscribir en bloque, al dar vida a la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Estos esfuerzos atacan las barreras y obstáculos al comercio entre países, barreras generalmente, impuestas por políticas comerciales de orden público.

Ahora bien, al plantearse la globalización de los mercados y al disminuir la presencia gubernamental en las políticas de comercio exterior, nuevos desafíos surgen para una liberalización económica y mercantil total. Las políticas y legislaciones sobre inversiones, los subsidios estatales y la legislación sobre competencia, afloran como factores que entran efectivamente el funcionamiento de mercados globales e integrados.

Al eventual desmantelamiento de las barreras censuradas por el GATT (OMC), prácticas privadas impiden el acceso a mercados domésticos o abastecedores extranjeros; posiciones oligopólicas o monopolísticas dominan los mercados internos, presionando a distribuidores y comerciantes que intentan importar productos foráneos. En materia de telecomunicaciones, servicios que ofrecen distintos valores agregados, son obligados a comercializar determinados grupos de productos.

Otra modalidad que impide el libre acceso a los mercados internos, se presenta vía acuerdos verticales entre productores y comerciantes, entre fabricantes y abastecedores de partes y componentes, los contratos de distribución exclusiva, etcétera

Las economías de escala, las fábricas mundiales, el uso sobreprotegido de la propiedad intelectual (marcas, patentes, etcétera), determina que en algunas cadenas productivas sólo un selecto grupo de abastecedores cubren la demanda total —regional en caso de los bloques de comercio— (TLCAN, Cuenca del Pacífico, Unión Europea, etcétera). En tales casos la zona gris que se crea entre las políticas de competencia y políticas de libre comercio, obliga a homologar criterios y a buscar un instrumento común para ambas hipótesis.

Finalmente, las legislaciones sobre competencia marcan una tendencia hacia la extraterritorialidad, pues los efectos jurídicos afectan mercados externos. Estados Unidos, Japón y la Unión Europea han suscrito acuerdos de reciprocidad y coordinación para prevenir que las prácticas anticompetitivas sean castigadas, no sólo en lugar de su gestación, sino en los lugares de destino de los productos, fabricado bajo perfiles restrictivos.

Para enfrentar estos fenómenos, a nivel internacional se han desarrollado experiencias racionales y altamente estimulantes.

Los países de la OECD han integrado en un sólo comité, los grupos de trabajo en materia de competencia y en materia comercial.⁸

La Unión Europea, para sus miembros ya eliminó las legislaciones sobre prácticas desleales y la homologó con una legislación común en materia de competencia.⁹

8 Willig D., Robert, *The economic Effects of Antidumping Policy*, Paris, OECD, mimeo, 1993.

9 Ver Fejo Jens, *Monopoly Law and Market*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publiedier, 1990, pp. 28 y 29.

Por su parte, Australia, Nueva Zelanda y Tasmania, al crear en 1990 una Zona de Libre Comercio, han establecido para sus intercambios una ley común en materia de competencia, dejando las legislaciones sobre prácticas desleales para sus relaciones con terceros países.

En cuanto al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, pese al capítulo XV, que se orienta más a controlar a las empresas públicas mexicanas, nada explícito hay al respecto. Sin embargo, el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos de 1989, contempla en el capítulo 19 el compromiso de sustituir la legislación sobre dumping y subvenciones, por una legislación sobre competencia común, tarea no difícil pues ambos países responden a un mismo sistema jurídico de corte anglosajón.¹⁰

Aprovechando la experiencia internacional y en preparación a las investigaciones y estudios que debemos plantearnos a mediano plazo en México, describimos cuatro hipótesis previsibles al respecto:

a) Áreas donde la legislación de competencia apoya los objetivos de la legislación sobre prácticas desleales.

Por ejemplo, consistencia plena de la política de competencia con los principios del GATT, en relación a trato nacional, nación más favorecida y transparencia.

b) Áreas donde la legislación de competencia no apoya los objetivos de la política comercial sobre prácticas desleales.

Por ejemplo, diseñar mecanismos que favorezcan a los monopolios internos en los concursos de compras gubernamentales (contratos de adquisición y obra pública en violación a los principios del Código de Compras de gobierno del GATT o OMC).

c) Áreas donde la política comercial apoya los objetivos de la legislación de competencia.

Por ejemplo, estimular y propiciar el flujo de bienes, servicios, tecnologías y mano de obra calificada extranjera, que impacte la competencia doméstica y ataque las posiciones monopólicas de agentes domésticos sobreprotegidos.

¹⁰ El nuevo gobierno de Canadá postula una legislación común en materia de competencia, pues su experiencia en el Acuerdo de Libre Comercio con Estados Unidos de 1989 en materia de prácticas desleales no ha sido favorable.

d) Áreas donde la política comercial no apoya los objetivos de la legislación de competencia.

Por ejemplo, políticas gubernamentales en materia de acuerdos para limitar exportaciones (VER y VIES) públicos o privados, facilitar el establecimiento de carteles y repartos de mercados domésticos.

IV. LA EXPERIENCIA MEXICANA ENTRE AMBAS PRÁCTICAS MERCANTILES

En nuestro país, la legislación sobre las prácticas desleales se incorpora en 1987. Sus fuentes jurídicas son la actual Ley de Comercio Exterior (1993), el reglamento de dicha ley (1993) y el Código Antidumping del GATT (1988).

La dependencia encargada de aplicar dicha legislación es la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, a través de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales.

A la fecha se han ventilado más de 170 procedimientos, mayoritariamente antidumping y sólo tres en materia de subvenciones.

La relación entre la Ley de Comercio Exterior vigente y la Ley Federal de Competencia Económica (1992) a nivel formal se ubica en el artículo 86 de la primera, que a la letra señala: "Si en el curso de los procedimientos a que se refiere este título, la Secretaría advierte que alguna de las partes interesadas incurrió en las prácticas monopólicas sancionadas en los términos de la ley de la materia, dará vista a la autoridad competente".

En cuanto a las prácticas restrictivas o anticompetitivas, la ley de la materia entró en vigor el 1 de julio de 1992 y está a cargo de un organismo desconcentrado, la Comisión Federal de Competencia, dependiente de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Su función hasta la fecha, ha sido limitada, pues la ley carece de reglamento y su autonomía todavía está sujeta a la praxis futura.

A nivel formal, hay una separación legal y orgánica total entre las autoridades responsables, pese a estar ambas inscritas en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

A nivel práctico, sin embargo, comienzan a presentarse zonas grises que van a requerir de estudios e investigaciones específicas.

Por ejemplo, denunciantes o solicitantes con posiciones monopolísticas en ramas industriales específicas, han denunciado dumping de productos importados para cerrar ese acceso al mercado mexicano y ejercer exclusivamente, no sólo el monopolio de producción-comercialización, sino el de ser importadores exclusivos. Tal situación fue planteada a la autoridad que ventila el procedimiento de dumping, sin que se haya remitido el caso a la Comisión Federal de Competencia como lo estipula el artículo 86 de la Ley de Comercio Exterior.

Otro caso no menos convergente entre ambas prácticas, es el referente a las importaciones de juguetes de origen chino, en que por una resolución preliminar que aplica cuota compensatoria a todos los que exportan-importan juguetes de origen chino, se excluyen del pago de dicha sanción a cuatro empresas internacionales de juguetes, las cuales por este acto de autoridad, pasan a ser monopolistas relativos, gozando de un privilegio inconstitucional (artículo 28 de la Carta Fundamental) injusto.

Como vemos, en nuestro orden normativo, comienzan a emerger casos de zonas grises entre las prácticas desleales y las prácticas restrictivas o anticompetitivas. Pensamos que su proliferación obligará, por lo menos a nivel de la zona norteamericana de libre comercio, a proyectar una legislación sobre competencia zonal que apunte a promover una eficiente localización de recursos y empresas a nivel de la economía regional.

Rescatar la experiencia canadiense, replantear el capítulo XV, y buscar una legislación de competencia zonal debería ser un objetivo a mediano plazo, dejando toda la disciplina interna y del nuevo GATT para las controversias en materia de prácticas desleales.