

CAPÍTULO PRIMERO EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

I. Introducción	1
II. Elementos para su delimitación	2
1. Concepto restringido y amplio	2
2. Sujetos	8
3. Intereses protegidos	10
4. Conductas reguladas y sancionadas: concepto y tipos de prácticas anticompetitivas	12
III. Fundamentos teóricos para su construcción	19
1. El problema de la autonomía	19
2. El derecho económico como antecedente y sustento del derecho de la competencia económica	24
3. El Análisis Económico del Derecho (AED) como herramienta de interpretación idónea para el derecho de la competencia económica	29
4. Otras políticas que impulsan su consolidación: privatización y desregulación	34

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA

La economía y el derecho son ciencias de la experiencia; en efecto, los fenómenos jurídicos y los fenómenos económicos surgen en la convivencia humana; los primeros, al concertar los hombres sus desiguales recursos para la satisfacción de necesidades; los segundos, al limitar mutuamente sus conductas, a fin de que la sociedad pueda existir; unos y otros consisten, pues, en acaeceres reales de la experiencia cotidiana.

Otero Díaz

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de la competencia económica es una rama del derecho económico que se integra por el conjunto de normas que regulan conductas anti-competitivas de los agentes económicos públicos y privados, conductas que pueden tomar diversas formas: prácticas restrictivas de la competencia, prácticas desleales de comercio internacional, o actividades que lesionen los intereses de los consumidores o que vulneren la protección a la propiedad intelectual. El elemento común en estas prácticas es que lesionan o restringen la competencia en los mercados, afectando precios de bienes y servicios, y dañando a productores, distribuidores y consumidores.

Esta sistematización del conjunto de normas que regulan las conductas anti-competitivas es relativamente reciente, por ello afirmamos que se trata de una nueva rama del derecho. Es necesario aclarar que a nivel internacional, con la expresión *derecho de la competencia* generalmente se hace refe-

rencia a las prácticas que en este volumen hemos denominado prácticas restrictivas (prácticas monopólicas y regulación de concentraciones de empresas); sin embargo, para efectos de nuestro análisis, utilizaremos dicha expresión con una concepción más amplia que incluye la regulación de las prácticas anticompetitivas descritas con anterioridad, razón por la cual a las prácticas restrictivas las denominaremos *derecho de la competencia en sentido estricto* para diferenciarlas.

En este capítulo se analizan los elementos para la delimitación del derecho de la competencia, incluyendo el concepto y la descripción de los sujetos, objeto e intereses protegidos, y la tipología de conductas reguladas; se presenta un análisis de los elementos teóricos para su construcción realizando una descripción breve de sus antecedentes, en los que consideramos el derecho económico y el análisis económico del derecho; finalmente se realiza el análisis de los fundamentos del derecho de la competencia. Este capítulo pretende brindar una visión panorámica y conceptual de los temas que serán desarrollados en los capítulos subsiguientes del volumen.

II. ELEMENTOS PARA SU DELIMITACIÓN

La existencia de una *intervención de carácter normativo* sobre los mercados, justamente como límite estructural a la libertad de empresa, se ha revelado como un elemento fundamental de la historia económica, destinado, precisamente, a defender el mercado como institución. Y ello supone que la libertad de empresa tiene desde luego una dimensión subjetiva, sin duda alguna, pero la acompaña necesariamente, al menos en el mundo occidental, una dimensión institucional. *El Estado se ocupa del mercado.*

Soriano, *Derecho público de la competencia.*

1. *Concepto restringido y amplio*

Etimológicamente, el término competencia encuentra su raíz en las voces latinas *competencia*, a (*competens, enfis*), relación, proposición, aptitud, apto, competente. En un sentido jurídico general, el término *competencia* alude a una idoneidad atribuida a un órgano de autoridad para conocer o llevar a

cabo determinadas funciones o actos jurídicos. La competencia como concepto específico (frente a la idea global de jurisdicción) obedece a razones prácticas de distribución de la tarea de juzgamiento, entre los diversos organismos judiciales.¹ Sin embargo, no es a la competencia como límite objetivo de la jurisdicción a lo que nos referimos bajo el término derecho de la competencia, sino más concretamente a la competencia mercantil o económica.

En un sistema económico de libre mercado, la competencia se traduce en la concurrencia o coincidencia de oferentes y demandantes de bienes o servicios en un mercado delimitado en un sentido geográfico, temporal y productivo, con la finalidad de obtener un bien o servicio (o una ganancia) en las mejores condiciones de utilidad y precio, dado un ambiente de rivalidad entre los competidores.

Para que dicha competencia pueda darse de forma efectiva es necesario, en consecuencia, que en el mercado no existan condiciones que favorezcan la posición de un competidor en relación con el resto; ello se logra si existen en el mercado gran cantidad de oferentes y demandantes, tal como expresa Cabanellas de las Cuevas:

Cuanto mayor sea el número de partes que operan en un mercado, mayores tenderán a ser, por regla general, las posibilidades de que éstas actúen independientemente, y de que carezcan del poder de obstaculizar el ingreso de nuevas firmas al mercado y de imponer determinadas condiciones sobre los competidores.²

No sólo es necesario que el mercado se encuentre fragmentado, es decir, que existan múltiples oferentes y demandantes, sino además es preciso que ninguno de ellos cuente con un mismo poder económico dentro del mercado, de tal manera que sea capaz de determinar unilateralmente el precio del bien o la cantidad del mismo.

Jurídicamente conviene distinguir los conceptos de libre concurrencia y libre competencia. La libre concurrencia está referida a la existencia de sectores económicos totalmente abiertos a la participación de los agentes económicos privados o públicos. Se trata de un acceso igualitario de todos

¹ Flores García, Fernando, *Diccionario jurídico Harla*, vol. 4, *Derecho Procesal*, México, Oxford University Press-Harla, 1996, p. 50; *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM-IIIJ, tomo I, A-C, p. 642.

² Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Editorial Heliastra, 1983, p. 262.

los agentes interesados en producir bienes o prestar servicios sin limitación o restricción alguna. La existencia de monopolios naturales, especialmente en materia de recursos naturales, es una limitante a la libre competencia; México y los hidrocarburos por ejemplo. En cambio, la libre competencia supone la participación de distintos agentes económicos en el interior de un mercado específico, los cuales han superado las barreras de entrada (libre competencia) que eventualmente pudieran existir. Es evidente que se trata de conceptos parecidos aunque jurídicamente se presentan en momentos económicos distintos.

Desde el punto de vista de la teoría económica, el término competencia es entendido como una *situación de mercado*, que para efectos de análisis se ubica entre dos extremos: competencia perfecta y competencia monopólica. La competencia perfecta es un modelo ideal, útil para efectos de formulación de teorías y modelos —no es una situación que se presente en el mundo real—, y supone básicamente las siguientes características:

- Existen infinidad de agentes económicos, infinitamente pequeños quienes maximizan su ganancia o su utilidad.
- No existen barreras a la entrada (libre competencia).
- No hay restricciones al comercio entre países, es decir, existe libre movilidad de factores.
- No existe diferenciación por productos, ya que se trata de un producto idéntico.
- Existe información completa y perfecta.

En el extremo opuesto se encuentra el monopolio donde no se cumplen los supuestos mencionados con anterioridad, es decir, se supone la existencia de una sola empresa que produce un bien para el cual no existen sustitutos, por lo que dicha empresa puede fijar el precio o las cantidades a producir (reduciendo la oferta) de tal modo que obtenga una mayor utilidad.

La postura del Estado en relación con la competencia resulta un tanto contradictoria ya que mientras por una parte establece normas tendientes a facilitar la competencia en el mercado, por otra parte es él mismo quien desarrolla actividades monopólicas. Podemos afirmar que esta relación daba mayor importancia al Estado hasta hace un par de décadas, pero en la actualidad tiende a reducir dicha intervención a su mínima expresión, limitándose en gran medida al manejo de la libre competencia y de la libre competencia como instrumentos de política económica.

Se admite que es inevitable la presencia de cierto grado de monopolización, por lo cual no se sanciona que una empresa posea una posición dominante sino que abuse de la misma, definiendo una serie de mecanismos de prevención y control (facultades preventivas y sancionatorias), a efecto de que no se limiten los procesos de concurrencia y competencia en el mercado.

La política de competencia se ha convertido en los últimos años en una de las políticas de mayor importancia a nivel mundial, sobre todo a la luz de procesos de integración económica que expanden el tamaño de los mercados más allá de las fronteras de un país,³ tal como reconoce el gobierno de Noruega ante la Organización Mundial del Comercio (OMC):

Durante las últimas décadas hemos sido testigos de una importante liberalización del comercio de mercancías y servicios. No obstante, a medida que prosigue el proceso de mundialización, reconocemos que el comportamiento comercial anticompetitivo, combinado con la falta de políticas nacionales eficaces, en materia de competencia, puede impedir el acceso a los mercados y reducir o anular así los beneficios obtenidos mediante la liberalización del comercio.⁴

A decir de Xavier Ginebra Serrau,

Dos son las corrientes opuestas que atribuyen distinto valor a la política de competencia, entre las cuales giran todas las demás: de un lado la caracterización de la competencia como una garantía de la libertad de obrar de los operadores económicos (empresas y consumidores) ... De otro lado, desde la otra perspectiva, desde la óptica populista se le ha atribuido a la competencia la función de adecuar el orden económico al político. La competencia debería servir para procurar la difusión del poder económico: de la misma manera que en una democracia, todos los ciudadanos tienen derecho a participar, a través de diversos medios en el poder económico...⁵

Según Gabriel Castañeda Gallardo, la política de competencia económica es un sistema compuesto por la legislación y su correspondiente aplica-

³ Para una descripción detallada véase OEA, Unidad de Comercio, *Inventario de leyes y normas nacionales referidas a las políticas sobre competencia en el hemisferio occidental* (versión final), 30 de agosto de 1997, p. i.

⁴ OMC, "Preparativos para la Conferencia Ministerial de 1999", *Comunicación de Noruega*, 7 de septiembre de 1999, WT/GC/W/310.

⁵ Ginebra Serrau, Xavier, *Derecho de la competencia*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 2001.

ción, que busca proteger el proceso de competencia y, en forma mediata, al consumidor contra el poder monopólico y oligopólico, o el poder de dominio de mercado; presupone niveles mínimos de desregulación, privatización y apertura económica.⁶

...la política de competencia comprende no sólo el régimen antimonopólico (control de las concentraciones anticompetitivas), sino un espectro más amplio en el que caben como condiciones previas:

- La desregulación como proceso permanente de prevención y supresión de reglas ineficientes.
- La privatización como un vehículo para devolver a la sociedad los medios y canales para la producción eficiente y responsable.
- La apertura comercial como política necesaria para captar y dar incentivos a las ventajas competitivas (nacionales y hacia el extranjero), obtener óptima competitividad y estimular mayor competencia.
- Un mínimo de cultura empresarial de competencia que considere natural y eficiente la rivalidad (no motivo de afrenta y encono social) y evite “capturar al regulador”.

Los factores económicos que justifican la existencia del derecho de la competencia derivan de la teoría económica y de la aplicación de políticas económicas⁷ concretas. La realidad es muy diferente a los supuestos del modelo básico de competencia: existen empresas de grandes dimensiones que operan en los mercados mundiales ejerciendo poder monopólico, jurídicamente sancionadas por la regulación de prácticas restrictivas; la movilidad de factores es parcial y varía en los diversos procesos de integración existentes, situación que da lugar a la existencia de prácticas desleales de comercio internacional; los productos aunque puedan ser muy similares son diferenciados mediante *marcas* por lo que toma importancia la regulación sobre propiedad intelectual; y no existe información completa, por lo que los consumidores pueden ser objeto de engaños por productores y distribuidores de bienes y servicios.

⁶ Castañeda Gallardo, Gabriel, “Objetivos rectores de la política de competencia económica” en Tovar Landa, Ramiro (comp.), *Lecturas en regulación económica y política de competencia*, México, Miguel Ángel Porrúa, ITAM, 2000, p. 244.

⁷ La política económica comprende el conjunto de instrumentos mediante los cuales el Estado mantiene o modifica las relaciones económicas y comerciales de un país, con sus interlocutores económicos. Comprende instrumentos como la política arancelaria, fiscal y monetaria.

Hablando ya del derecho de la competencia, Sánchez Calero lo define como *un sector del ordenamiento jurídico que engloba un conjunto de instituciones de distinta naturaleza que, no obstante, gozan de la nota común de relacionarse con la actividad económica y la regulación de competencia*.⁸

A este tipo de normas, que en general son llamadas *derecho de la competencia*, nosotros las denominamos derecho de la competencia *stricto sensu* ya que, como se analizará a lo largo de este volumen, regulan sólo un tipo de prácticas anticompetitivas, pero los agentes económicos pueden obtener beneficios similares a través de otras conductas. Por lo tanto, el derecho de la competencia que proponemos retoma este derecho de la competencia en sentido estricto pero va más allá, impulsado por la globalización mercantil en curso.

Para efectos de este análisis, el *derecho de la competencia económica* lo consideraremos como una rama del derecho económico que regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre concurrencia y competencia, que incluye al conjunto de normas que regulan las relaciones de mercado que se susciten entre agentes económicos, mismas que pueden tener por objeto la promoción y defensa de la competencia, la eficiencia económica, la apertura de mercados, y el bienestar de los consumidores.⁹ Esta definición la analizaremos a lo largo de este capítulo.

El derecho de la competencia se inscribe en un Estado nacional redefinido cuyo papel ha variado cualitativamente. En efecto, sus pilares hasta ayer inamovibles se han erosionado irremediabilmente porque: a) las empresas públicas ya no son la fuente del dinamismo de la economía; b) el sector financiero ya no es un gran ente estatal central, sino un escenario privado y competido interdependiente y exógeno; c) el proteccionismo articulado por el Estado ha sido sustituido por una política de comercio internacional cada vez más abierta y desregulada; y d) los criterios de planificación indicativa han cedido paso al mercado como elemento central para la fijación de precios, la decisión de las inversiones y la remuneración de los factores productivos.¹⁰

⁸ Sánchez Calero, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 116.

⁹ Véase Witker, Jorge, *Derecho de la competencia económica en el TLCAN*, México, Porrúa, 2003.

¹⁰ Boeninger, Edgardo, "El papel del Estado en América Latina", *Estado y economía en América Latina*, México, Porrúa, 1994, p. 80.

De la compaginación o convergencia de Estados con facultades regulatorias, frente a mercados eficientes, surge esta nueva disciplina que desprendiéndose del derecho económico, emerge en las economías actuales, que bajo la presencia no discutida, de los Estados y el funcionamiento de mercados eficientes, debe normar comportamientos de diversos agentes económicos que, en su afán de conquistar mercados abiertos, potencian opciones perjudiciales a la libre competencia.

Este derecho se presenta tanto a nivel nacional como internacional. En este volumen se analizará detalladamente la regulación mexicana.

2. *Sujetos*

El derecho de la competencia económica hace de los mercados su centro de regulación, y de los agentes económicos los sujetos a regular, sin discriminar entre sujetos públicos o privados, pudiendo tener tal carácter cualquier persona física o moral que dentro del sistema económico realice funciones de producción, distribución, adquisición o asignación de satisfactores, o que participe en las actividades relativas al qué, cómo y para quién producir.

El Estado es un agente económico más, que además de intervenir en las relaciones económicas, conserva sus funciones como regulador de las actividades de mercado a través de mecanismos de política económica, e instrumentos jurídicos diversos. La tendencia es que el Estado deje de desarrollar funciones de rectoría económica y empresarial (tendencia privatizadora), y que su intervención radique en regulaciones tales como permisos, autorizaciones, licencias, concesiones y demás trámites que restrinjan la actividad de mercado, a efecto de generar mayor competencia económica.

En México es posible observar, al analizar la estructura de la administración pública federal, cómo las actividades de intervención pública directa en la economía son realizadas a través de la administración pública descentralizada o paraestatal, en tanto que la intervención indirecta, a nivel de autoridad, es ejercida por la administración pública centralizada y de forma predominante a través de la Secretaría de Economía y algunos de sus órganos desconcentrados y descentralizados.

El Estado, en su papel de agente económico, tiene un gran peso en la economía de un país ya que las compras gubernamentales son un importante factor para el impulso de diversos sectores económicos, por otra parte,

como prestador de servicios cuenta con el control de diversos *monopolios permitidos* o no sancionados por disposición constitucional.

México y América Latina están viviendo un viraje estratégico de vastas proyecciones: desde un desarrollo hacia adentro con fuerte injerencia estatal en la producción y en el sistema de precios, a una estrategia de desarrollo hacia fuera bajo el imperio de un mercado libre, con el sector privado como agente protagónico.¹¹

Por otra parte, también se reconoce una disminución de las atribuciones del Estado actuando en carácter de autoridad; cabe mencionar que éstas se encuentran sujetas a un proceso continuo de redefinición, ya que en el nuevo entorno mundial, el papel de los gobiernos cambia cuantitativa y cualitativamente modificando de paso las nociones de Estado, soberanía y derecho.

La idea de que la globalización menoscaba la soberanía del moderno Estado-nación es cada día más aceptada en diversos círculos académicos, gubernamentales e internacionales. De hecho hoy existe una generalizada preocupación por la merma progresiva del margen de maniobra de las autoridades nacionales para decidir asuntos de interés interno con independencia del exterior. Esta percepción se hace extrema en quienes entienden que la globalización ha transformado el Estado-nación en una unidad disfuncional dentro de un mundo sin fronteras.¹²

Por otra parte, en relación con los agentes privados, resulta indiscutible el mayor peso relativo que han ido adquiriendo en las últimas décadas. La lógica bajo la cual se mueven estos agentes es fundamentalmente la del mercado, no la del Estado. Los agentes económicos privados son los actores principales en el derecho de la competencia.

Es necesario profundizar en el estudio sobre el comportamiento de las empresas, ya que éstas también se encuentran en un proceso de redefinición

¹¹ Véase Ramos, Joseph, *Un balance de las reformas neoliberales en América Latina*, Cepal, 2001. En este trabajo el autor analiza las siete principales reformas asociadas a la estrategia neoliberal. Concluye que cada una de ellas podría ser conveniente si fuese bien implementada, pero que en los hechos las más exitosas han sido la reforma tributaria, la apertura comercial, la reforma del sistema de jubilaciones y, en menor medida, las privatizaciones. Las políticas más malogradas y costosas han sido las asociadas a los programas macroeconómicos de estabilización, así como a la liberalización financiera.

¹² Lerda, Juan Carlos, “Globalización y pérdida de autonomía de las autoridades fiscales, bancarias y monetarias”, *Revista de la CEPAL*, núm. 58, abril de 1996, p. 63-77; Stiglitz, Joseph, *El malestar en la globalización*, Madrid, Taurus, 2002.

en el marco de las nuevas condiciones económicas mundiales. Sin desestimar la importancia de las políticas públicas para encauzar el desarrollo económico, el papel de las empresas y de los empresarios es determinante, ya que más allá de la controversia entre el mercado y el Estado, se encuentran las empresas como actores principales. “La visión de las empresas como agentes que reaccionan sólo a un conjunto de oportunidades es limitada, ya que desconsidera el análisis de cómo la empresa aprende y, posiblemente, cambia frente a situaciones diversas”.¹³

En términos generales, podemos afirmar que los sujetos del derecho de la competencia son todos los agentes económicos, públicos o privados. Es una característica que comparte con el derecho económico, la diferencia es que mientras el derecho económico asigna un papel fundamental a la intervención pública como mecanismo de crecimiento y de desarrollo económico, el derecho de la competencia fomenta la actuación competitiva de los agentes públicos, colocándolos al mismo nivel de los agentes privados.

3. *Intereses protegidos*

El objetivo fundamental del derecho de la competencia es lograr mercados competitivos, por ello la regulación y sanción de toda práctica anticompetitiva redundará en una aproximación al logro de dicho objetivo. Creemos, sin embargo, que el fin último de esta regulación no es la competencia en sí misma, sino la tutela de diversos derechos e intereses. El derecho de la competencia, como nosotros lo planteamos, necesariamente cubre los objetivos de la política de competencia pero los redimensiona con un sentido humanista.

El primer interés protegido por el derecho de la competencia es *la libre concurrencia y la libre competencia*, tal como fueron descritas con anterioridad. En efecto, al proteger la libre concurrencia se está asegurando la posibilidad de cualquier miembro de la sociedad para acceder a cualquier mercado de bienes o servicios, situación que se complementa con la garantía de libertad de trabajo, oficio o profesión.

Un segundo interés protegido por el derecho de la competencia es la *eficiencia económica*. El concepto de eficiencia, desde el punto de vista de

¹³ Barros de Castro, A., “El Estado, la empresa y la restauración del paradigma neoclásico”, *Revista de la CEPAL*, núm. 58, abril de 1996, pp. 51-61.

la teoría económica, tiene un significado muy preciso: nos encontramos en situación de eficiencia en el sentido de Pareto (que se denomina *eficiencia de asignación*) cuando la asignación de recursos es tal que no resulta posible mejorar la situación de uno de los agentes económicos sin perjudicar la de cualquier otro agente. Una situación se considera en general como eficiente en el sentido de Pareto, si los bienes se producen de la forma más eficaz posible (la menos costosa).¹⁴

Desde el punto de vista económico, los dos tipos principales de eficiencia que tienen su origen en la competencia son la *eficiencia estática* (la mejor utilización posible de los recursos existentes con un costo mínimo: eficiencia de asignación y productiva) y la *eficiencia dinámica* (la mejor introducción posible de nuevos productos, de procesos más eficientes de producción).

- Eficiencia de asignación. Se preocupa por asegurar que los recursos económicos sean distribuidos a aquellos que pusieron el valor principal en ellos.
- Eficiencia productiva. Consiste en asegurar que un nivel dado de rendimiento sea logrado al costo más bajo. En mercados competitivos, se logran la eficiencia de asignación y la eficacia productiva al mismo punto.
- Eficiencia dinámica. Mientras la eficiencia de asignación y eficacia productiva son conceptos estáticos, la eficacia dinámica está interesada en el proceso de descubrir las mejores tecnologías, procesos y productos que agraden al consumidor incorporándolos eficazmente en el sistema económico.

La política de competencia puede servir al objetivo de una mayor eficiencia, tanto en su sentido estático como dinámico. La competencia en los mercados promueve la eficiencia gracias a que: I) conduce los precios a los costos marginales; II) consigue que las empresas produzcan al menor costo posible; y III) proporciona incentivos para las actividades de investigación y desarrollo de las empresas, y la introducción por éstas de nuevos productos y métodos de producción en los mercados.¹⁵ El derecho de la competencia retoma este objetivo a través del marco jurídico normativo.

¹⁴ OCDE, *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*, OCDE-Mundi Prensa, 1995, p. 41.

¹⁵ WT/WGTCP/W780, párrafo 9.

La inserción del concepto de eficiencia en el mundo jurídico plantea aún diversas interrogantes, por ejemplo, ¿cómo debe ser formulado el derecho para promover la eficiencia?, más aún ¿debe el derecho perseguir la eficiencia económica?, y siguiendo a Jules Coleman, ¿en qué medida es la eficiencia un valor jurídico deseable y un principio normativo atractivo? Incluso, tal y como se preguntaba Dworking, ¿es la eficiencia —la entendamos como la entendamos— valiosa en sí misma, en tanto que componente (único o uno junto a otros) del valor social, o lo es en la medida en que contribuya a alcanzar fines valiosos en sí mismos, es decir, en tanto instrumento del valor social?¹⁶

Es necesario vincular el concepto de eficiencia al de justicia o equidad. Creemos que ese ha sido uno de los motivos por los cuales la economía y el derecho siempre han estado desvinculados; los juristas pugnamos por la primacía de la justicia, en tanto que desde el punto de vista estrictamente económico la justicia no tiene ningún sentido. Esta dicotomía justicia-eficiencia plantea interesantes interrogantes y ha dado lugar a diversas reflexiones que deben ser consideradas al tratar de precisar con claridad el objeto de este derecho.

Finalmente, el último interés protegido por el derecho de la competencia es el derecho al desarrollo. Hemos afirmado que el derecho de la competencia es parte del derecho económico, en este sentido comparte su objeto aunque de manera más delimitada. Este tema será comentado posteriormente al tratar los antecedentes del derecho de la competencia.

A efecto de lograr los diversos objetivos que hemos mencionado, el derecho de la competencia regula la actuación de los agentes económicos, evitando y sancionando diversos tipos de conductas a las que denominamos *prácticas anticompetitivas* las cuales veremos a continuación.

4. *Conductas reguladas y sancionadas: concepto y tipos de prácticas anticompetitivas*

El criterio para distinguir las normas de competencia tiene como base el concepto de prácticas anticompetitivas.

¹⁶ Véase González Amuchástegui, Jesús, “El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación”, *Revista Doxa. Cuadernos de filosofía y derecho*, Madrid, vol. 2, 15-16, 1994, pp. 940 y 941.

Las facultades regulatorias del Estado pueden ser preventivas o sancionadoras, ello tipifica la esencia del derecho de la competencia, el cual gira en torno a un concepto en vías de construcción: el concepto de *prácticas anticompetitivas*. Se trata de conductas mercantiles ilícitas que atentan contra la determinación o formación de los precios. Estas acciones u omisiones son realizadas por empresas privadas o públicas con objeto de distorsionar los mercados. Las más significativas son las prácticas restrictivas (o monopólicas) y las prácticas desleales de comercio internacional.

Las llamadas prácticas anticompetitivas se definen como aquellas conductas mercantiles ilícitas realizadas por empresas públicas, locales o globales, que distorsionan los mercados nacionales o externos a través de precios depredatorios, discriminados o subsidiados, dañando a competidores (productores nacionales o foráneos, prestadores de servicios, agentes económicos, etc.), consumidores y al interés general.¹⁷

El derecho de la competencia se conforma de normas de distinta naturaleza. Un primer rubro lo compondrían las normas de competencia en sentido estricto (o *antitrust*) a las que nos referiremos como regulación de prácticas restrictivas. Un segundo gran rubro de normas lo componen la regulación de prácticas desleales de comercio internacional. Convergen en este derecho de la competencia la regulación de propiedad intelectual y la regulación sobre derechos de los consumidores, como explicaremos en los apartados respectivos.

A. *Prácticas restrictivas o monopólicas*

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.¹⁸

En sentido estricto, el término derecho de la competencia es empleado para hacer referencia a las prácticas restrictivas o monopólicas, y esta es la aplicación generalizada que se hace del término, no sólo en México sino en

¹⁷ *Ibidem*, p. 55.

¹⁸ Witker, Jorge, “Prácticas desleales y prácticas restrictivas”, *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, México, UNAM, 1995, p. 142.

gran parte del mundo,¹⁹ por lo que debemos reiterar que el concepto que nosotros proponemos tiene un ámbito mucho más amplio.

Este conjunto de normas debe fortalecerse y perfeccionarse, ya que tras la conformación de mercados regionales o incluso internacionales, éstas se convierten en el factor de consolidación para tales mercados.

En México, el término *prácticas restrictivas* se emplea para hacer alusión a las diversas conductas reguladas por la Ley Federal de Competencia Económica. Es necesario observar que el término *prácticas monopólicas* restringe innecesariamente el alcance de la LFCE, pues regula conductas como la prohibición de barreras al comercio entre estados que, estrictamente hablando, no son prácticas monopólicas pero sí restrictivas de la competencia.

La regulación sobre prácticas restrictivas, o *antitrust*, surge en Estados Unidos de Norte América a finales del siglo XIX. A partir de entonces, Estados Unidos se convirtió en el principal impulsor de este tipo de regulación. De hecho, la mayoría de las legislaciones en el mundo retoman elementos de la legislación y precedentes elaborados por los tribunales de este país, aunque el modelo europeo es también un referente importante para la regulación mundial.

B. *Prácticas desleales de comercio internacional*

Las prácticas desleales de comercio internacional son conductas mercantiles que afectan la competencia leal entre mercados y territorios aduaneros distintos, y por medio de las cuales se busca la captura de mercados, desplazando y cerrando plantas en los países huéspedes, con productos y servicios a precios artificialmente competitivos.²⁰

Las prácticas desleales de comercio internacional reguladas mundialmente son el *dumping* y las *subvenciones*, las cuales consisten esencialmente en la introducción de mercancías a un país a precios artificialmente bajos (discriminados o subvencionados) y son sancionadas cuando produzcan un daño (o amenacen producirlo) a la producción nacional.

¹⁹ En el ámbito mundial existe la tendencia generalizada de denominar derecho y política de competencia a la regulación y a la política relativa a prácticas restrictivas, es decir, restricciones monopólicas —*antitrust*—, situación fomentada por la Organización Mundial del Comercio, la OCDE y el proyecto ALCA.

²⁰ Witker Jorge, *op. cit.*, nota 18, p. 140.

En el ámbito de procesos de integración avanzados (por ejemplo la Unión Europea o el ANZERT), la aplicación de regulación relativa a prácticas desleales se excluye entre los países miembros, toda vez que al conformar un solo mercado, el comercio entre Estados tiene más características de comercio interno que de comercio internacional. Hacia el exterior se conservan disposiciones de protección contra este tipo de conductas, pero internamente se fortalecen las regulaciones de competencia económica en sentido estricto (prácticas restrictivas o *antitrust*).

Podemos afirmar que esta regulación, en consecuencia, tenderá a desaparecer tras la consolidación de procesos de integración regionales, ya que en el fondo tienen una naturaleza proteccionista e impiden el desarrollo de procesos de integración más avanzados. Esta tendencia es la que, entre otros factores, nos permite construir conceptualmente un derecho de la competencia económica amplio y operativo en contextos de la globalización actual.

C. *Prácticas anticompetitivas por violación a normas de protección a la propiedad intelectual*

Las nuevas tecnologías ayudan a elaborar productos a menor costo o similar pero de mejor calidad, situación que permite a su titular obtener una ganancia extraordinaria vendiendo al mismo precio que la competencia, o ampliar significativamente las ventas, percibiendo un precio menor. La tecnología tiene repercusiones positivas en la competitividad, por lo cual debe ser fomentada y estimulada a efecto de poder competir en los mercados internacionales.²¹

Como se ha comentado, en un escenario de competencia perfecta, la existencia de información completa y gratuita es una de las características, es decir, no existe ninguna restricción en cuanto al conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías. En el mundo real, la innovación tecnológica se protege mediante derechos de propiedad intelectual que garantizan la *exclusividad* en el uso de la misma, por un tiempo determinado.

²¹ Véase Pérez Miranda, Rafael y Serrano Migallón, Fernando, *Tecnología y derecho económico. Régimen jurídico de la apropiación y transferencia de tecnología*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1983, p. 177.

Es importante analizar las repercusiones que estas normas pueden generar en un futuro próximo, ya que permiten la generación temporal de monopolios, situación que se justifica en determinados casos que comentaremos en el apartado respectivo.

Es menester señalar que la pugna entre competencia y derechos exclusivos que se otorgan al titular de la propiedad intelectual, es asunto no resuelto a nivel de la OCDE, aunque en parte en el seno de la OMC.

D. *Prácticas anticompetitivas que afectan a los consumidores*

En el mercado, la competencia entre empresas se da fundamentalmente con base en los precios (caso de las prácticas monopólicas y desleales), y para la disminución de los mismos la innovación tecnológica resulta un factor determinante no sólo para poder competir, sino para sobrevivir. Existe otro elemento fundamental a través del cual se desarrolla la competencia: la publicidad y mercadotecnia.

Mediante la publicidad se busca influir de modo determinante en los gustos y preferencias de los consumidores, los cuales están dispuestos a adquirir un bien incluso a un precio más elevado que el de otros productos similares en función de una marca, signo distintivo o nombre comercial.

En esa lucha por apropiarse de mayor parte del mercado, a través de la influencia en los gustos y preferencias de los clientes, puede incurrirse en abusos que perjudiquen a los consumidores, ya que al no contar éstos con información completa, pueden adquirir bienes o servicios cuyas características no sean las que la publicidad indica.

Incluir la regulación de protección al consumidor dentro del derecho de la competencia obedece a diversas razones:

- a) Los consumidores, ya sean personas físicas o morales,²² son los agentes que sufren las consecuencias de todas las prácticas anticompetitivas descritas con anterioridad (prácticas restrictivas, desleales y violaciones a las normas de protección a la propiedad intelectual).

²² En un sistema de economía de mercado todos somos consumidores, incluso el gobierno y las empresas, sin embargo lo somos en diferentes etapas del proceso productivo. Las normas de protección a los consumidores hacen referencia generalmente sólo al consumidor final.

- b) La disponibilidad de información y la veracidad de la misma son dos factores que pueden generar daños en los consumidores al inducirlos a adquirir bienes o servicios diversos a los que se les ofrecieron.
- c) El ocultamiento de componentes, insumos, y en general de la denominada información comercial, etiquetado, caducidad, etc., puede otorgar ventajas ilícitas a determinados agentes económicos, constituyendo prácticas anticompetitivas que no sólo dañan la competencia sino a los consumidores en general.

La protección a los consumidores tiene como objeto evitar que éstos sufran las consecuencias de prácticas anticompetitivas; de hecho, el objetivo último de la política y legislación de competencia es siempre el efecto en los consumidores.

El bienestar de los consumidores se refleja a través de mayor variedad, mejor calidad y precios bajos. En este sentido lo deseable es que los consumidores no paguen ni más ni menos del costo.

El bienestar de los consumidores se mide a través de las ventajas proporcionadas a los individuos por el consumo de bienes y servicios. En teoría, el bienestar individual se define mediante la evaluación por parte del individuo de su propia satisfacción, teniendo en cuenta su renta y el nivel de precios de los bienes y servicios. Para medir con exactitud el bienestar de los consumidores, es preciso conocer pues las preferencias de los individuos.

En la práctica, la economía aplicada del bienestar recurre a la noción de *excedente de los consumidores* para medir el bienestar de estos últimos. El excedente de los consumidores es un indicador del bienestar total de los consumidores. Desde el punto de vista del derecho, y de la política de la competencia, las opiniones son discrepantes en cuanto al objetivo a perseguir: para algunos, es preciso maximizar el excedente de los consumidores; para otros, es preciso asimismo tener en cuenta las ventajas que se obtendrán por parte de los productores.²³

Es necesario contar con un marco legislativo adecuado para proteger a los consumidores contra ciertas prácticas anticompetitivas que aumentan los precios y reducen la producción, para evitar que los consumidores sean víctimas de actores inescrupulosos que se desempeñan en el mercado.²⁴

²³ OCDE, *op. cit.*, nota 14, p. 18.

²⁴ Véase WT/WGTCP/W/80, 18 de septiembre de 1998, (98-3575), párrafo 10.

Estos derechos son considerados derechos humanos de tercer grado o generación.²⁵ Hablando del derecho del consumidor, Laureano F. Gutiérrez observa que:

Si se analiza dicha rama del derecho (mercantil) con vista a la realidad económica, política y social en que vivimos y a los avances tecnológicos que sobre ella inciden, creemos que se debe concluir que el derecho mercantil de hoy se ha convertido en el ordenamiento que rige el tráfico económico masificado sobre el eje de rotación del mercado —como ámbito social, económico y jurídico de contactos (sociales), intercambio (económico) y relaciones (jurídicas) de todos los sujetos y organizaciones económicas de la sociedad civil (empresarios, trabajadores y consumidores)—, cuyos polos (económicamente opuestos y recíprocamente atractivos) son, de un lado, los actos de empresa y, del otro, los actos de consumo.²⁶

El problema para el derecho es cómo garantizar a todo individuo, sin importar su origen o nacionalidad, que los bienes o servicios (nacionales o extranjeros) que adquiera cumplen con normas mínimas de calidad, cómo se garantiza que reciba la información necesaria para tomar una decisión. Con la apertura comercial indiscriminada, México se ha visto invadido de productos americanos que sin calidad y bajo el nombre de desechos (*scraw*) se han incorporado a cadenas alimenticias de amplio consumo. Conviene recordar que de acuerdo a las disposiciones en materia de protección a los consumidores en Estados Unidos, estos productos no pueden ser vendidos al público.

²⁵ Los derechos humanos de tercera generación, también denominados derechos de solidaridad, en términos generales se refieren a derechos de los pueblos para reclamar ciertas prestaciones de la sociedad internacional. Es la problemática del deterioro global, la postulación común que identifica a estos derechos humanos, mediante los cuales se trata de evitar la generación de daños irreversibles de carácter colectivo o social, que podrían acabar -en perspectiva- con nuestra especie, tratando en suma de defender la vida humana o los recursos naturales. Jiménez, Eduardo Pablo, *Los derechos humanos de la tercera generación*, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 65.

²⁶ Gutiérrez Falla, Laureano, “La publicidad ilícita y la competencia desleal a la luz del derecho comunitario europeo”, *Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones*, Buenos Aires, año 24, núms. 139/141, enero-junio, 1991.

III. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA SU CONSTRUCCIÓN

Apenas existen estudios sobre esta materia, y en los distintos manuales, cursos, incluso monografías, sobre derecho administrativo económico no hay sino un mínimo eco de la defensa de la competencia como instrumento del poder público, especialmente del poder estatal para actuar sobre el mercado.

Soriano García

1. *El problema de la autonomía*

El derecho trata de explicar la realidad en un momento histórico determinado con base en la normatividad vigente, pero si el derecho se vuelve insuficiente para explicar la realidad, es necesario, desde la teoría, formular los argumentos que hagan coherente el discurso normativo y la realidad regulada. Economía y derecho se convierten entonces en las dos caras de una misma moneda y las transformaciones de una y otra están íntimamente relacionadas.

Ante el incremento de las relaciones económicas y comerciales en virtud de la aplicación de políticas liberales —como manifestación histórica de una fase del capitalismo—, el derecho civil se volvió insuficiente para regular todos los actos derivados del comercio, dando gran fortalecimiento al derecho mercantil. En el siglo XVIII, la ideología del liberalismo económico logró plasmarse en la Constitución francesa, dando origen a una nueva época histórica: la modernidad. A finales del siglo XIX, la *economía política* cede su lugar al término *economía*; hay una transformación esencial en esta disciplina.

Durante el siglo XX, la vinculación entre la economía y el derecho es más evidente, el sistema económico liberal había permitido la profundización de las diferencias sociales. Era indispensable que el Estado interviniera para *proteger* a las clases más desfavorecidas, dando origen a los *derechos sociales*. Tras la crisis financiera de 1929, la intervención del Estado en la economía se vuelve una constante en los países, con independencia de su grado de desarrollo. Las doctrinas económicas keynesianas, que traducen la intervención directa del Estado en la economía, dan lugar a la conformación de sistemas de economía mixta en gran parte del mundo. De esta intervención se deriva el derecho económico.

La intervención del Estado fue cuestionada muy pronto por su ineficiencia y altos costos.²⁷ Tras la reestructuración de los sistemas de economía centralizada, las relaciones derecho-economía se rearticulan, al mismo tiempo que cambian los conceptos de Estado, soberanía y derecho.²⁸ En este nuevo siglo —y milenio— la relación entre derecho y economía se vislumbra más dinámica que en los siglos precedentes. Los acuerdos multilaterales y bilaterales han impactado los órdenes jurídicos internos, transformando las directrices bajo las cuales era construido e interpretado el derecho, y a los criterios de justicia son incorporados los criterios de racionalidad y eficiencia.

La aplicación de nuevas políticas económicas por los Estados, las relaciones comerciales internacionales y la configuración de bloques económicos regionales, impulsados por las nuevas tecnologías, imponen al derecho, sobre todo en los países de tradición civil (o romano-germánica), la necesidad de una profunda revisión de los principios y estructuras jurídicas. Es en este contexto donde el derecho sufre una importante ruptura motivada por factores económicos, dando lugar a la categoría de derecho que estudiamos en este libro: el derecho de la competencia económica.

Respecto a los factores jurídicos, podemos afirmar que el derecho mercantil emergió ante las limitaciones del derecho civil para regular las relaciones comerciales derivadas de la aparición de nuevas estructuras económicas, asimismo se volvió insuficiente ante el surgimiento de agentes y empresas distintas a las sociedades mercantiles dando origen a un nuevo derecho: el derecho económico.

El derecho económico —explica Rubio— no vino a regular hechos nuevos, sino las mismas relaciones antiguas que han cambiado de signo. Lo mismo que el derecho mercantil, el derecho económico traduce una fase histórica: así como aquél era el derecho patrimonial del capitalismo floreciente, éste es el derecho patrimonial del capitalismo decadente; el primero corresponde al liberalismo capitalista; el segundo marca la reacción contra el individua-

²⁷ Véase Osborne, David y Gaebler, Ted, *La reinvencción del gobierno*, Buenos Aires, Paidós, 1994, p. 494.

²⁸ En el escenario actual, la figura del Estado y el concepto de soberanía se están redefiniendo en virtud de la conformación de mercados regionales e internacionales y el fomento al libre comercio. Se postula que la intervención directa del Estado en la economía genera altos costos y por lo tanto debe ser eliminada o reducida al máximo, limitándose únicamente a la función de regulador; esta transformación del Estado implica una transformación del derecho.

lismo económico. A la mercantilización del derecho civil sucede cronológicamente la economización del derecho mercantil.²⁹

Como hemos afirmado, el derecho económico, como expresión del poder público que ordena los mercados con criterios macroeconómicos tendientes a propiciar el desarrollo económico, ha sido *fraccionado* y la función deontológica que antaño desempeñó el Estado³⁰ tiende a desaparecer, y sólo conserva facultades regulatorias, ya que los encargados de definir qué, cómo y para quién producir son las empresas privadas.

El retiro estratégico de los Estados como productores directos de bienes y servicios (empresas paraestatales en general) a consecuencia de los modelos neoliberales de fin de siglo, es un hecho extendido en América Latina. Igual suerte han corrido las funciones de dirección (rectoría económica en el lenguaje constitucional mexicano) y regulación de la actividad económica, derivando en una disminución de las normas de derecho público económico, y la extensión y predominio de un derecho privado de la economía. Es decir, al modificarse la relación Estado-mercado por la ecuación mercado-Estado, el derecho económico cambia de sustancia y forma.

Ahora, estas nuevas estructuras económicas reclaman un derecho acorde con las necesidades del presente, capaz de traducir al lenguaje jurídico una fase histórico-económica en la que los mercados nacionales tienden a erosionarse tras la consolidación de procesos de globalidad y mercados regionales, en los que priva el libre comercio y el libre flujo de los factores de producción, en efecto, un derecho de la competencia.

Preservar así, de manera simultánea, tanto el mercado, sin el cual no habría libertad de empresa, y la libre iniciativa, sin la cual no habría mercado, es la terrible paradoja del derecho de la competencia. A su vez, dentro de ese cometido, la explicación de por qué surge la empresa, y no es solamente el mercado el que resuelve todos los problemas, es un tema relativamente bien resuelto en la literatura económica y del que tenemos que partir como un dato dado que solamente debe preocuparnos en los confines, en los límites de la actuación de las empresas en los mercados...³¹

²⁹ Otero Díaz, Carlos, *La influencia de la economía en el derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 59.

³⁰ Es decir, las facultades del poder público que colocaban a los organismos públicos como reguladores y como agentes económicos a la vez.

³¹ Soriano García, José Eugenio, *Derecho público de la competencia*, Madrid, IDELCO-Marcial Pons, 1998, pp. 18-19.

El derecho de la competencia económica está compuesto por la serie de normas que hacen de los mercados su centro de regulación, y de todos los agentes económicos, los sujetos a regular, sin discriminar entre sujetos públicos y privados. Limita la participación del Estado a la de regulador y agente de solución de cierto tipo de conflictos: aquéllos que el mercado no pueda corregir por sí mismo. Con la globalidad como referente de las economías actuales, este derecho de la competencia tiene todavía un largo sendero que recorrer, pues existen muchas interrogantes sin respuesta, tal como la desterritorialización de los agentes económicos que se ven influidos por bloques regionales o esquemas multilaterales.

Esta descripción que en principio pudiera justificar la aparición de este nuevo derecho, vinculada a la selección de las distintas leyes y normas que cumplen con los criterios para distinguir las normas de derecho económico (normas que regulan y sancionan prácticas anticompetitivas), no es suficiente para afirmar la autonomía del derecho de la competencia dentro del amplio horizonte jurídico.

Sabemos que han surgido nuevas circunstancias que han hecho necesaria la aparición de un conjunto de leyes que hasta hace 100 o 150 años no tenían razón de ser, sabemos también que es posible definir un criterio que nos permita extraer un conjunto más o menos delimitado de normas, ahora bien ¿qué hace falta para determinar la autonomía de una rama del derecho? Tradicionalmente se manejan, al menos, tres criterios: la autonomía legislativa, la autonomía jurisdiccional y la autonomía didáctica o científica.

El primer criterio, la autonomía legislativa, es fundamental y como la denominación misma lo revela, se refiere a la necesidad de que exista un conjunto de leyes y reglamentos que puedan ser delimitados de forma específica bajo un criterio definido claramente. En México, y en la mayoría de países que poseen el mismo tipo de sistema jurídico, es posible realizar esta selección y justificar la autonomía en este sentido aunque cabe precisar que, sin lugar a dudas, se traerían a colación normas de distinta naturaleza (normas de derecho público y de derecho privado), lo cual nos generaría un nuevo conflicto al tratar de ubicar este derecho dentro de la clasificación tradicional, problema al que haremos referencia posteriormente.

El criterio de la autonomía jurisdiccional requiere de la existencia de órganos jurisdiccionales especializados que resuelvan las controversias que surjan en relación a la materia de que se trate. Pensando en el caso de México, este criterio se cumple perfectamente y las diversas autoridades que existen para los asuntos de competencia tienen una particularidad: la de ser

organismos desconcentrados de la Secretaría de Economía (Cofeco, la UPCI, Profeco, etc.), por lo que podemos afirmar que existe un marco institucional bien definido.

La autonomía científica se refiere a la existencia de investigaciones y publicaciones especializadas que validen el desarrollo de teorías y doctrinas jurídicas consistentes. En este sentido, el derecho de la competencia cuenta con una extensa bibliografía, ya que aunque en México sea una materia novedosa, en Estados Unidos y sobre todo en Europa es una disciplina que se estudia desde hace muchos años. Debemos precisar que el enfoque que nosotros le estamos dando al derecho de la competencia, agrupando el conjunto de prácticas anticompetitivas, es completamente nuevo pues como veremos en su oportunidad apenas existen *insinuaciones* al respecto, ya que diversos autores se han preocupado de las diferentes vinculaciones entre las normas que nosotros sistematizamos, pero hasta donde sabemos, nadie lo ha hecho con esta visión de conjunto.³²

El criterio de autonomía científica está directamente vinculado con la autonomía didáctica, la cual se refiere a la existencia de cursos especializados sobre la materia en cuestión; y es obvio que mientras no se cuente con un grupo de investigadores que se dediquen a la formación de grupos de investigación, y que los mismos publiquen sus resultados, no se puede pensar en su impartición como disciplina independiente. Ese ha sido uno de los principales problemas en México y en América Latina para lograr la consolidación del derecho de la competencia como materia autónoma: no hay ni especialistas ni libros suficientes; aunque es un obstáculo que se está superando poco a poco.

Ahora bien, no se debe creer que la delimitación para efectos de la autonomía es algo tan simple, basta pensar por ejemplo en la aún discutida autonomía del derecho mercantil o del derecho familiar. El problema no es sólo determinar la autonomía del derecho de la competencia, sino que es aún más complejo ya que éste retoma diversas normas del derecho mercantil y del derecho económico. Por lo que respecta al derecho mercantil, aún no existe consenso de la relación de éste con el derecho civil; es decir, aún no existe consenso de la autonomía propia del derecho mercantil. Lo mismo sucede con el derecho económico que en casi 100 años de existencia aún no

³² En México, después de *Derecho de la competencia en América* (2000) se han publicado tres libros que siguen la tendencia restringida de un derecho de la competencia exclusivamente *antitrust*.

es considerado autónomo por un importante sector de juristas (quienes lo ubican dentro del derecho constitucional o administrativo); luego entonces, la autonomía del derecho de la competencia se antoja mucho más compleja.

Este tema amerita un estudio profundo y detallado, ya que a nivel epistemológico el problema no es simple, pero en virtud de la naturaleza de nuestro sistema jurídico y de sus principios, el problema de la autonomía no puede ser pasado por alto. De momento podemos decir que la autonomía del derecho de la competencia, en nuestros términos, aún se encuentra en construcción, y que más importante que la autonomía es el problema de la interpretación para fines prácticos.

2. *El derecho económico como antecedente y sustento del derecho de la competencia económica*

El derecho económico es un campo de estudio muy poco explorado, cuyas características mismas impiden incluso terminar de delimitar su contenido y alcance, ya que se trata de un derecho dinámico que ha tenido tres transformaciones importantes en menos de 100 años. Durante casi 90 años, juristas y académicos prestigiados de diversas nacionalidades se han dado a la tarea de conceptualizar y delimitar el derecho económico, sin que se haya emitido una teoría que describa a la perfección a qué tipo de normas y principios nos referimos bajo este rubro.

El derecho económico puede ser definido en función de los fines que los autores le asignen, desde dos perspectivas: una amplia y otra restringida. En un criterio amplio, Champaud lo define como “el derecho de la organización y del desarrollo económico, ya sea que éstos dependan del Estado, de la iniciativa privada, o del concierto de uno y otra”.³³ Un criterio restringido del derecho económico lo encontramos en aquellas definiciones que lo vinculan exclusivamente a la intervención del Estado en cuestiones de mercado. En este sentido, Laubadere define al derecho público económico como “el derecho que rige las intervenciones de la potestad pública en el campo de la economía”.³⁴

³³ Cfr., Champaud, Claude, *Contribution a la définition du droit économique*, Dalloz, 1967, t. XXIV, p. 215.

³⁴ Cfr. Laubadere, A. de, “Cours de Droit”, *Droit public économique*, París, 1969-1970, pp. 11-12. Véase Cuadra, Héctor, “Reflexiones sobre el derecho económico”, *Estudios de derecho económico I*, México, UNAM, 1977, p. 25.

Si bien es cierto que durante algún tiempo el derecho económico estuvo vinculado con la intervención directa del Estado en la vida económica (concepción restringida), en la actualidad, la regulación de los agentes económicos privados es esencial para este derecho, por lo tanto resulta más adecuada la concepción amplia. Ahora bien, al tratar de ubicarlo dentro de la clasificación tradicional que divide al derecho en público y privado, encontramos dos posturas: una que sostiene que se trata de una nueva rama del derecho, y otra que lo considera parte del derecho público.

Quienes presentan al derecho económico como una nueva rama del derecho, suelen disentir en el criterio de diferenciación, el cual puede ser: el objeto regulado, el sujeto de imputación, el sentido de las normas como sistema o su marco institucional.³⁵ Su incorporación como rama del derecho público tiene como fundamento el origen y el objeto de sus normas.³⁶ Algunos autores, observando ciertas similitudes, tratan de ubicarlo dentro de las ramas ya existentes del derecho público, tal como el derecho administrativo³⁷ o el constitucional, sin embargo es indiscutible que posee rasgos distintivos que permiten considerarlo autónomo³⁸ dentro del derecho público.

Champaud considera que existe un error de apreciación y que no se trata de una nueva rama del derecho, con el siguiente argumento:

El derecho económico es un orden jurídico que responde a las normas y a las necesidades de una civilización en vías de formación... El derecho económico no es una nueva rama del derecho, sino un derecho nuevo que coexiste con el cuerpo de las reglas jurídicas tradicionales, de la misma manera que el orden social industrial que se elabora, cohabita con las instituciones del orden social precedente que no podría extinguirse bruscamente.³⁹

No creemos que pueda considerarse una tercer gran división del derecho (público, privado y económico) y a pesar de que aceptamos su incorporación al derecho público, existen normas cuya naturaleza es predominante-

³⁵ Véase Olivera, Julio H. G., *Derecho económico, conceptos y problemas fundamentales*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, p. 6.

³⁶ Cuadra, Héctor, *op. cit.*, nota 34, p. 27.

³⁷ Véase Manzanero, J.A. *et. al.*, *Curso de derecho administrativo económico (ensayo de una sistematización)*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1970.

³⁸ Si bien es cierto que no constituye un conjunto de normas perfectamente delimitado como algunas ramas tradicionales del derecho, debemos recordar que la *autonomía* es una calificación que se asigna básicamente con fines académicos y de análisis.

³⁹ Champaud, Claude, *op. cit.*, nota 33, p. 215.

mente de derecho privado, es decir, normas de naturaleza *mixta*, tal como lo insinúa Gérard Farjat, quien considera que el derecho económico “...es un derecho que *reúne todos los caracteres del derecho público y del derecho privado*”.⁴⁰

Para el derecho económico, los sujetos como centro de imputación de derechos y obligaciones son los agentes económicos en general, independientemente de su forma jurídica o naturaleza patrimonial, que actúen en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Este concepto incluye al Estado y a diversos organismos estatales, personas jurídicas, privadas e individuos.

Respecto al Estado, su función como sujeto de derecho económico es doble; por una parte en su dimensión de autoridad al establecer los lineamientos de política económica y ejecutarlos y, por otra, como un agente económico cuando actúa en la producción y distribución de bienes y servicios o como consumidor al realizar compras gubernamentales. El escenario de actuación de dichos agentes es el mercado y todas las relaciones que se den en éste, entendidas como actividades económicas, constituyen el objeto de este derecho, pero es necesario precisar que el fin último de la intervención pública en la economía, desde esta óptica, se justifica en la necesidad de impulsar el crecimiento económico y propiciar el desarrollo.

La función del derecho económico durante gran parte del siglo XX osciló entre los extremos que presentaban los Estados de economía centralmente planificada —o socialistas— y los Estados capitalistas. En los primeros, el derecho económico se convertía en el *todo*, la regulación pública y social se imponía sobre la privada y el Estado encontraba en su orden jurídico los instrumentos regulatorios que normaban su actuar. En cambio, en los sistemas económicos liberales se generaba una fuerte contradicción de intereses haciendo evidente la necesidad de custodiar a los individuos que eran la base de la sociedad en lo económico y en lo político.

El Estado liberal desarrollaba funciones de mero observador bajo el principio “*laissez faire, laissez passere*”, situación que produjo fuertes desigualdades sociales, sin embargo, la mayor preocupación era la desigualdad de oportunidad para competir. Las desigualdades sociales generaron la necesidad de intervención estatal a fin de corregir las fallas y desequilibrios de mercado, es decir, junto con la *mano invisible* del mercado se hizo nece-

⁴⁰ Farjat, Gérard, “Las enseñanzas de medio siglo de derecho económico”, trad. de Héctor Cuadra, *Estudios de derecho económico II*, México, UNAM, 1977, p. 19.

saría la aparición de la *mano visible* del Estado, dando origen a los sistemas de economía mixta⁴¹ o Estados sociales de derecho que empleaban la planificación parcial y flexible, generando un aumento creciente de un nuevo tipo de normas denominadas genéricamente como derecho económico.

En la evolución del derecho económico se distinguen claramente tres momentos: el derecho económico tradicional (intervención del Estado), el derecho económico mixto (intervienen organismos públicos y se establecen estímulos a empresas privadas) y el actual o derecho económico de la desregulación (el Estado sólo conserva facultades regulatorias). El derecho económico tiene su origen en Europa, y nace vinculado a la intervención del Estado como agente de desarrollo. Su cenit se presenta después de la Segunda Guerra Mundial⁴² cuando la planificación⁴³ se convierte en la principal manifestación del derecho económico, y se basa en la premisa de que “el desarrollo es una *cuestión de Estado, de gobierno y de administración pública*”.⁴⁴

Actualmente, los procesos objetivos de globalización económica (comercial, financiera, productiva y tecnológica) son presentados como paradigmas arrolladores e indiscutibles, en donde los países en desarrollo deben insertarse fatalmente a la manera *neoliberal*, es decir, con apertura comercial, menos restricciones a la inversión extranjera y retiro del Estado de sus funciones económicas como orientador, regulador y promotor del crecimiento económico y el bienestar social. En consecuencia, el concepto de eficiencia se ha convertido en la antítesis de las actividades del Estado intervencionista o regulador, por lo que está abandonando diversas funciones que tradicionalmente desempeñaba, y su intervención sólo se justifica “en casos concretos y particulares”.⁴⁵

⁴¹ “El concepto de economía *mixta* evoca la imagen de una economía repartida en sectores, en la que lo *público* y lo *privado* desempeñan funciones complementarias pero diferenciadas”. Galgano, Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista*, Barcelona, Fernando Torres Editor, 1980, p. 58.

⁴² “Concluida la Segunda Guerra Mundial, la combinación de las necesidades emergentes de sus secuelas, de la reconstrucción y modernización de la economía, del crecimiento neocapitalista, del manejo de viejos y nuevos conflictos sociales y políticos, y de la adaptación a las condiciones del sistema internacional en rápido cambio, inducen a la implantación en Francia de un modelo de planificación que se diferencia del soviético”. Kaplan, Marcos, “Planificación y cambio social”, *Estudios de derecho económico V*, 1986, p. 13.

⁴³ Mediante la planificación, entre otras cosas “Se busca beneficiar a ciertos subconjuntos (clases, grupos, sectores, ramas, regiones) en el seno del conjunto social, de modo desigual respecto de otros que resultan postergados o perjudicados”. *Ibidem*, p. 16.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁵ Galgano, Francesco, *op. cit.*, nota 41, p. 47.

Al abandonar la función de *Estado benefactor*, mediante políticas de privatización y desregulación, se deja en manos del sector privado importantes atribuciones relacionadas incluso con la prestación de servicios públicos. La función que hace 50 años desempeñó el Estado, y en consecuencia el derecho económico en la promoción del desarrollo, está siendo asumida por el sector privado⁴⁶ donde el Estado sólo conserva facultades regulatorias. En su función regulatoria, el Estado recurre al derecho para:

- a) Reglamentar las relaciones económicas.
- b) Definir la organización de la sociedad y del propio Estado.
- c) Crear los mecanismos que resuelvan los conflictos de intereses dentro de un contexto de paz social.

Los instrumentos regulatorios pueden ser directos (control de precios, empresas públicas, normas y estándares, comercialización y consumo, reglamentos técnicos, restricciones, licitaciones, sanciones pecuniarias a prácticas anticompetitivas, etc.) e indirectos, los que asumen la forma de subsidios, transferencias e impuestos. Los únicos motivos para imponer regulaciones son corregir las llamadas *fallas del mercado* (actividades positivas pero que funcionan mal), restringir o prohibir actividades negativas, controlar resultados no esperados en actividades no indispensables, o cuando la competencia está en riesgo de desaparecer o existe pero funciona mal, o cuando hay competencia pero otras políticas (comerciales, tratamiento de inversiones extranjeras, etc.) la distorsionan.

Podemos concluir entonces que el derecho económico ha sido *fraccionado*, y la función deontológica que antaño desempeñó el Estado⁴⁷ tiende a desaparecer, ya que éste conserva facultades regulatorias, pero los encargados de definir qué, cómo y para quién producir son las empresas privadas y éstas se rigen por normas de derecho privado y de competencia. Las facultades regulatorias del Estado tienen su manifestación concreta en las nuevas regulaciones de competencia, cuyo estudio detallado será

⁴⁶ Hoy en día la planificación ya no es desarrollada por el Estado, sino que son los particulares quienes deciden qué, cómo y para quién producir. “El poder decidir ‘qué cosa’ producir, ‘cuánto’ producir, ‘cómo’, ‘dónde’ producir —en una palabra, el poder económico— tiene su fuente propia no en el derecho público sino en el derecho privado; no es un poder inherente a la soberanía, sino al derecho privado de propiedad...” *Ibidem*, p. 75.

⁴⁷ Es decir, las facultades del poder público que colocaban a los organismos públicos como reguladores y como agentes económicos a la vez.

presentado en los diversos capítulos que integran este volumen. En síntesis, la parte del derecho económico que mira hacia el mercado es el derecho de la competencia.

3. *El Análisis Económico del Derecho (AED) como herramienta de interpretación idónea para el derecho de la competencia económica*

El derecho necesita ser interpretado y esclarecido mediante el análisis de la naturaleza misma de las situaciones que regula. De la interrelación y complementariedad entre algunas áreas de la economía y el derecho, surge un enfoque de análisis jurídico cuya sistematización es producto de la segunda mitad del siglo XX. El AED nos “aporta un nuevo instrumental, nuevas técnicas argumentativas y nuevas categorías que, extraídas de los desarrollos de la ciencia económica, se presentan en este movimiento como los pilares para la construcción de *una ciencia jurídica a la altura de los tiempos*”.⁴⁸

Law and Economics (o Análisis Económico del Derecho) fue el término empleado para la nueva disciplina que conjugaba la labor de los juristas en la formulación e interpretación de leyes, apoyada fundamentalmente por los conocimientos desarrollados por la economía. Ello

representa el mayor reto intelectual dentro del saber jurídico en las últimas décadas. Los conceptos económicos se aplican para explicar y esclarecer los asuntos legales, no sólo respecto al derecho mercantil, a la ley antimonopólica y al derecho fiscal, en los que el vínculo entre las disciplinas jurídica y económica es obvio, sino también respecto a una amplia gama de actividades de no mercado que van desde los asuntos de responsabilidad civil hasta los asuntos familiares y penales.⁴⁹

Se puede definir como la aplicación de la teoría económica (básicamente microeconomía y conceptos básicos de economía del bienestar) para examinar la formación, estructura, procesos e impacto de las leyes y de las

⁴⁸ Mercado Pacheco, Pedro, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

⁴⁹ Van der Bergh, Roger, citado por Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, ITAM-FCE, 1994, pp.10-11.

instituciones legales.⁵⁰ Siguiendo a Posner, podemos distinguir dos ramas dentro del análisis económico del derecho. Por un lado, la clásica, el análisis de las normas reguladoras de la actividad explícitamente económica (leyes *antitrust*, sistema impositivo, comercio internacional...); por otro lado, una rama más reciente que encuentra su origen en los trabajos de Ronald Coase y Guido Calabresi, y que se caracteriza por extender el análisis económico a sectores del ordenamiento jurídico que no regulan actividades económicas —sectores ajenos al mercado—.⁵¹

La escuela de *Law and Economics* surge en los años cincuenta, mediante los trabajos de diversos académicos de la Escuela de Chicago. Esto atribuye gran poder explicatorio en todos los campos de la vida humana al análisis microeconómico, aplicando a todas las actividades humanas el supuesto de *comportamiento racional maximizador*, para de esta forma establecer proposiciones respecto al modo en que reaccionarán los individuos frente a un cambio en su entorno y a partir de estos antecedentes plantear las propuestas de reforma legal, con base en criterios de eficiencia. Recibe influencias teóricas diversas (realismo jurídico, eficiencia, microeconomía, escuela neoclásica, neoinstitucionalismo, elección pública, equilibrio paretiano, pragmatismo y sociologismo jurídico, teorías críticas del derecho, etc.)⁵² y busca aplicar a las normas jurídicas los paradigmas microeconómicos, basado en determinadas conductas humanas.

En 1958, mediante la publicación del *Journal of Law and Economics*, la escuela se consolidó como una disciplina independiente en el mundo intelectual. Para la década de los setenta, la consolidación es definitiva (Richard Posner es uno de los representantes más importantes de este periodo);⁵³ sobre todo tras la publicación de dos artículos, el primero de Guido Calabresi⁵⁴ y

⁵⁰ Mercurio, Nicholas y Medema, Steven G., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton, 1999, p. 3.

⁵¹ Véase González Amuchástegui, Jesús, *op. cit.*, nota 16, pp. 934-935.

⁵² Para un estudio detallado véase Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, ITAM-INEGI-FCE, 1994.

⁵³ Posner demostró que los conceptos económicos pueden ser utilizados en el análisis de todas las áreas del derecho: leyes de contratos, criminales, constitucionales, comerciales, administrativas y procesales. Este tipo de análisis intenta explicar la naturaleza de las doctrinas legales usando el concepto de eficiencia económica. Véase Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 2a. ed., 1977.

⁵⁴ Calabresi, Guido, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal*, vol. 70, 1967. Planteaba que una ley de accidentes debía buscar “minimizar la

el segundo de Ronald H. Coase titulado “The Problem of Social Cost”,⁵⁵ el cual influyó significativamente en la forma de abordar el estudio de la ley desde una perspectiva económica. Uno de sus objetivos centrales fue corregir la vía a través de la cual los economistas establecen recomendaciones de política.⁵⁶

Paralelamente se realizaban estudios de las instituciones desde una perspectiva económica. Motivado por la escasa capacidad predictiva de los modelos tradicionales respecto del comportamiento de los gobiernos, los burócratas y los políticos, un grupo de economistas comenzó a estudiar estos agentes desde una perspectiva económica, creando lo que se ha denominado la Escuela de las Decisiones Públicas (*Public Choice School*).⁵⁷ Esta escuela consideraba que el comportamiento de los gobiernos estaba sujeto a las mismas fuerzas que regulaban los mercados de bienes, por lo que explicaba el comportamiento de burócratas y políticos sobre el postulado económico de que éstos constituían un grupo motivado principalmente por su propio interés.⁵⁸

Por otra parte, los trabajos de Alchian y Demsetz⁵⁹ sobre derechos de propiedad, añadieron una dimensión institucional explícita en la ampliación del campo de estudio que estaba experimentando la ciencia económica. Estos autores sostienen que el valor de los bienes y servicios depende crucialmente de los derechos legales que se transfieran junto con esos bienes y servicios. En este sentido, la economía emerge como el estudio de los efectos que tienen las variaciones en los derechos de propiedad sobre los precios y la asignación de recursos. Actualmente se habla de una *nueva eco-*

suma de los costos del accidente y los costos de prevenir accidentes”. En su opinión, los costos de los accidentes podían minimizarse si la parte que podía evitarlos al menor costo era responsable por la pérdida total que se derivase de dichos accidentes.

⁵⁵ Coase, R. H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. III, octubre, 1960.

⁵⁶ Sostenía que los economistas tendían a recomendar la intervención del gobierno en todos aquellos casos que el mercado se apartaba de un ambiente competitivo, olvidando que el gobierno no podía ser considerado una fuerza correctiva libre de costos.

⁵⁷ Son pioneros de esta escuela: Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, 1957, y Buchanan, James, y Tullock, Gordon, *The Calculus of Consent*, 1962.

⁵⁸ Véase Mercurio, Nicholas y Medema, Steven G., *op. cit.*, nota 50, y Mercado Pacheco, Pedro, *op. cit.*, nota 48.

⁵⁹ Alchian, Armen, “Some Economics of Property Rights”, 1961, reproducido en Alchian, Armen, *Economic Forces at Work*, Indianapolis, Liberty Press, 1977. Demsetz, “Some Aspects of Property Rights”, *Journal of Law and Economics*, vol. IV, octubre, 1966.

nomía de la ley, liderada por otro influyente economista de Chicago, Gary Becker, quien ha realizado contribuciones específicas al análisis económico del crimen, discriminación racial y sexual, matrimonio y divorcio, entre otros.

El análisis económico del derecho no ha terminado de ser asimilado por los estudiosos del derecho —y de la economía— de países de *civil law*. Un primer factor que ha fomentado esta situación es la falta de investigación conjunta entre economistas y abogados. La división entre derecho y economía es metodológica y cultural. Ambas materias emplean diferente retórica, diferentes estilos de discurso, diferentes epistemologías y diferente forma literaria en el desarrollo y articulación de sus respectivas teorías.⁶⁰ Además, el AED no es un análisis de leyes, sino de conductas humanas que pueden ser definidas como *económicas*, por lo que queda fuera de su preocupación la validez de las normas y la distinción entre el mundo del ser y del deber ser, tan arraigados en nuestra cultura jurídica continental-románica.⁶¹

Paradójicamente, pese a pertenecer a una cultura jurídica ajena y pretender ser una renovación radical del discurso contemporáneo sobre el derecho, al final los problemas (e incluso las soluciones) son los mismos con los que nos encontramos cotidianamente los juristas de uno y otro lado del Atlántico. La justificación de las decisiones jurídicas, el estatuto de cientificidad y el modelo adecuado para el estudio del derecho, son problemas constitutivos —y por eso mismo siempre abiertos— de la teoría jurídica contemporánea. Sobre este telón de fondo es sobre el que creo debe desarrollarse una lectura del significado de la aportación del “análisis económico del derecho”.⁶²

No obstante que los creadores de esta disciplina son autores norteamericanos y en consecuencia su referente jurídico se mueve en el ámbito del derecho consuetudinario, existen diversos autores que realizan estudios sobre la materia en sistemas de derecho escrito. Por lo que respecta al caso de Europa, se han realizado importantes esfuerzos principalmente en Italia y en España.⁶³ En México los estudios de Andrés Roemer y José Ramón

⁶⁰ Véase Wiener Katz, Avery, “Positivism and the Separation of Law and economics”, *Michigan Law Review*, vol. 94, núm. 7, junio, 1996, pp. 2230 y ss.

⁶¹ Véase Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económicos*, México, ITAM-FCE, 1997, p. 228.

⁶² Mercado Pacheco, *op. cit.*, nota 48, p. 26.

⁶³ El movimiento es muy influyente, en Europa se cuenta con la Asociación Europea del Derecho y la Economía (AEDE), fundada en 1984.

Cossío han abierto un camino de reflexión y crítica referida a utilizar la metodología del análisis económico del derecho en la eficacia de leyes y disposiciones administrativas, contribuyendo a renovar los enfoques jurídicos dogmáticos.

La función positiva del análisis económico del derecho adquiere trascendencia cuando explica la razón de por qué muchas normas no se cumplen, ya que el germen de su incumplimiento está implícito en la propia norma. Los sujetos llegan al convencimiento de que su actuar, y no el exigido por la ley, es el correcto y aun cuando hubiera coacción, ésta es irrealizable; entonces el dogmático del derecho hablará de *la derogación por la fuerza de la costumbre*, en lugar de derogación por fuerza del mercado como en verdad lo es, o efecto contrario al propósito inicial del precepto. Santos Pastor, intelectual español plenamente identificado con el análisis económico del derecho, sostiene que:

Las ideas básicas sobre las que gravita este enfoque —que difiere del jurídico tradicional tanto en énfasis como en utensilios de trabajo— son bien simples. Se entiende que “las normas” (el sistema jurídico, en su totalidad) crean incentivos que hacen que las personas se comporten de una forma u otra, e inducen unos resultados que pueden ser “buenos” o “malos” socialmente, para evaluar (por lo que se necesita de un procedimiento objetivable).⁶⁴

Es necesario, sin embargo, terminar de evaluar los beneficios que esta herramienta puede proporcionar al derecho, ya que el supuesto de los agentes económicos racionales que maximizan su utilidad puede llevarnos a fuertes contradicciones con los principios jurídicos. Para decirlo en otros términos, consideramos que a pesar de su evidente utilidad, debemos ser cuidadosos en su uso y aplicaciones.

Por lo que se refiere al derecho de la competencia, el AED es no sólo una herramienta de interpretación, sino que muchas de las bases y fundamentos teóricos de las normas de competencia tienen como base el sustento teórico de esta escuela, ya que como veremos a lo largo de este libro, el derecho de la competencia incluye distintas normas que regulan los mercados y de forma concreta la conducta de los agentes que intervienen en ellos; ahora bien, el AED nos permite analizar dichas conductas con un sustento económico.

⁶⁴ Pastor, Santos, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 50.

Es decir, el AED nos proporciona los fundamentos teóricos para construir y aplicar las normas de competencia, y es, en consecuencia, la herramienta idónea para interpretarlas. Ahora bien, es necesario observar que también se trata de una herramienta limitada pues su aplicación a actividades relacionadas con la prestación de ciertos servicios públicos (vinculados con necesidades sociales) lleva a resultados injustos.⁶⁵

4. *Otras políticas que impulsan su consolidación: privatización y desregulación*

En cuanto a la aplicación de políticas económicas que justifican la formulación del derecho de la competencia, encontramos las políticas de privatización y de desregulación. La privatización en el sentido más amplio comprende un conjunto de decisiones que van más allá de la transferencia de la propiedad o el control de las actividades públicas al sector privado de la economía, e incluye la asimilación de la actividad de la empresa pública con la de la empresa privada, la desregulación o eliminación de las trabas legales que impiden la entrada en el mercado de empresas privadas que puedan concurrir con las públicas, y la prestación privada de bienes y servicios públicos.⁶⁶

Las orientaciones doctrinarias tuvieron su desarrollo más acabado bajo las administraciones de Margaret Thatcher en Inglaterra y Ronald Reagan en Estados Unidos, y después se extendieron a un grupo de países del primer mundo. Para la mayoría de los analistas de la privatización, ésta se refiere a la transferencia de funciones y actividades del sector gubernamental al sector no directamente controlado por el gobierno. Dentro de esta lógica se da una redefinición de la intervención del sector público y en consecuencia se produce el rediseño del gasto público.

La privatización requiere como presupuesto una revisión de la regulación existente y una apertura de los mercados en donde han intervenido las empresas públicas, ya que de no realizarse las modificaciones necesarias,

⁶⁵ Piénsese por ejemplo en los servicios de salud que se brindan a personas de edad avanzada donde el criterio de eficiencia nos conduce a conclusiones no sólo injustas sino inhumanas.

⁶⁶ Gómez Acebo & Pombo Abogados, *Teoría y práctica de las privatizaciones*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. XXXIV.

puede fomentarse la creación o el mantenimiento de monopolios o posiciones monopólicas que favorezcan a una o más empresas privadas. Mediante las privatizaciones se busca impulsar al sector privado, dotado de la eficiencia requerida para afrontar los cambios derivados de la globalización, ya que la creencia generalizada es que las empresas privadas son más eficientes que la empresa pública y más capaces de enfrentarse a los cambios de su entorno.⁶⁷ Los principales objetivos de la privatización son:

- Aumento de la competencia en el mercado.
- Aumento de la eficiencia de las empresas públicas.
- Mejora de las finanzas públicas.

Tras las privatizaciones, además de los resultados financieros obtenidos, es indispensable analizar el nuevo papel del Estado, ya que no obstante despojarse de la propiedad, en ciertos sectores se conservan facultades de regulación y supervisión. Además, las privatizaciones llevan aparejadas importantes consecuencias de tipo social, relacionadas principalmente con el empleo, la inversión y el desarrollo económico, las cuales deben preverse para evitar descontentos sociales. La privatización requiere como presupuesto o condición necesaria para generar eficiencia, la aplicación de procesos y políticas de desregulación.

En México, los primeros esfuerzos de privatización de pequeñas empresas en mercados competitivos han producido importantes ganancias y generado beneficios sustanciales en términos de un aumento en la productividad, menores costos y mayores servicios. Sin embargo, en otros sectores la falta de competencia ha constituido una limitante:

La falta de competencia no ha sido el único inconveniente en la privatización. En el caso de algunos bancos, aerolíneas y carreteras de cuota, los nuevos propietarios de las empresas privatizadas o los concesionarios, tenían capacidades financieras y administrativas insuficientes. El caso más impactante ha sido el del sistema carretero, en donde se otorgaron concesiones que combinaban la construcción y la administración de carreteras. Las empresas constructoras que no tenían experiencia en la administración de carreteras de cuotas ganaron la mayoría de las licitaciones con ofertas que sobreestimaban los retornos potenciales, lo que resultó en un financiamien-

⁶⁷ *Ibidem*, p. XXVI.

to sobreapalancado, en precios excesivos, en bajos índices de utilización y, por último, en la intervención del gobierno para rescatar 23 operaciones con problemas financieros.

Aunque en algunos sectores, como los puertos, las reducciones de precios y la mejora en servicios dan la impresión de una mayor eficiencia y competencia, en otros sectores, como telecomunicaciones, hay problemas persistentes. Es pertinente destacar que las privatizaciones no son fines en sí mismos, como lo afirman los neoliberales, sino instrumentos para apoyar el desarrollo económico y social. La experiencia privatizadora mexicana—bancos, Telmex, carreteras y recientemente Aseguradora Hidalgo—evidencian efectos más negativos que positivos para el país en general.⁶⁸

Por otra parte, la regulación de mercado debe cumplir dos objetivos básicos: sentar las bases para maximizar la competencia potencial y crear una estructura de incentivos adecuada para la toma de decisiones.⁶⁹ Mediante la desregulación se pretende eliminar los obstáculos a la competencia, a efecto de que las empresas privadas puedan competir con éxito en sectores económicos en los que concurren al mercado junto con empresas públicas, situación que se presenta principalmente en materia de servicios públicos.

...el concepto de desregulación o desreglamentación hace referencia, bien a la simplificación normativa en la economía, bien a la apertura a la libre competencia de sectores regulados, reservados a entidades monopolísticas, públicas o privadas. Normalmente, los monopolios que actúan en los sectores regulados (e.g. transportes aéreos y ferroviarios, telecomunicaciones, servicios postales, etc.) desarrollan en mayor o menor medida funciones consideradas de servicio público.⁷⁰

El objetivo de la desregulación es eliminar las barreras que protegen determinadas actividades económicas, con objeto de introducir o fomentar la com-

⁶⁸ Stiglitz, Joseph, *op. cit.*, nota 12.

⁶⁹ La regulación no debe ser distorsionante; debe concretarse a crear una estructura de incentivos adecuada, neutral en términos de intensidad factorial o selección tecnológica. El gobierno debe inducir por mecanismos de mercado la solución óptima desde el punto de vista social, haciendo compatibles la maximización de utilidades de la empresa con la maximización del bienestar. De ahí que desregulación no implica eliminar la regulación, sino regular bien. Levi, Santiago A., “La apertura y el programa de desregulación económica en México”, en Tovar Landa, Ramiro (coord.), *Lecturas en regulación económica y política de competencia*, México, ITAM, 2000, pp. 167-169.

⁷⁰ Gómez Acebo & Pombo Abogados, *op. cit.*, nota 66, p. 15.

petencia, eliminando los monopolios o actividades monopólicas fomentadas por la regulación existente. Surge en Estados Unidos donde se comienza por eliminar las restricciones sobre el transporte, las telecomunicaciones, e incluso el servicio de correos,⁷¹ y se difunde a Europa y América Latina. Ambos fenómenos pueden no coincidir, se puede privatizar sin desregular, pero ello invariablemente ocasionará la sustitución del monopolio público por un monopolio privado. Lo ideal es que se den simultáneamente.

En un estudio de la OCDE sobre la reforma regulatoria en México,⁷² se define:

... la regulación se refiere al conjunto de diversos instrumentos, por medio del cual los gobiernos establecen requisitos a las empresas y a los ciudadanos. Las regulaciones incluyen las leyes, ordenamientos formales e informales y reglas subordinadas emitidas por todos los niveles de gobierno, así como las reglas emitidas por órganos no gubernamentales o auto-regulados a los cuales los gobiernos hayan delegado facultades regulatorias...

La reforma regulatoria se utiliza en el enfoque de la OCDE para referirse a los cambios que mejoran la calidad regulatoria, es decir, mejorar el desempeño, el costo o la calidad jurídica de las relaciones y los correspondientes trámites gubernamentales. La reforma puede significar la revisión de una sola regulación, eliminar y reconstruir un régimen regulatorio en su totalidad, así como sus instituciones, o bien mejorar el proceso de elaboración de regulaciones y de manejo de la reforma. La desregulación es un derivado de la reforma regulatoria y se refiere a la eliminación total o parcial de la regulación en un sector para mejorar el desempeño económico.

A mayor precisión, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria en su informe de 2001 señala:⁷³

En ocasiones se confunden los términos “desregulación” y “mejora regulatoria”. La desregulación es sólo uno de los componentes de la mejora regulatoria y se refiere a la eliminación parcial o total de la regulación vigente en algún sector económico o área regulatoria específica. La mejora regulatoria abarca también la reforma de regulaciones propuestas o vigen-

⁷¹ Rodríguez Arana, Jaime, *La privatización de la empresa pública*, Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1991, p. 90.

⁷² OCDE, *Reforma regulatoria en México, revisiones de la OCDE sobre reforma regulatoria*, vol. 1.

⁷³ Cofemer, *Informe 2001*, p. 3.

tes, e incluso la creación de otras nuevas, con el fin de subsanar los vacíos jurídicos existentes o los que se generen a partir de los cambios económicos, sociales y tecnológicos. Por consiguiente, el concepto de “mejora regulatoria” incluye tanto la revisión de un instrumento jurídico específico como la construcción —o reconstrucción— del marco jurídico en todo un sector económico o un área regulatoria en particular, o bien las mejoras al conjunto de procesos mediante los cuales se elaboran nuevas regulaciones y se aplican las ya existentes.

En México la reforma regulatoria ha sido fuertemente impulsada durante los últimos quince años.⁷⁴ La transición de una economía cerrada a una economía abierta, la incorporación de México al GATT (actualmente OMC), la APEC y la OCDE, así como la suscripción de múltiples tratados de libre comercio, han sido los impulsores de dicha reforma.

Según el estudio de la OCDE al que ya hemos hecho referencia, la reforma regulatoria en México puede dividirse en tres periodos. En sus inicios, la Unidad de Desregulación Económica se concentró en desregular o regular adecuadamente sectores económicos específicos para facilitar el flujo de bienes y servicios. A principios de la década de los noventa, se expandió el programa de desregulación al incluirse también esfuerzos relativos a la revisión de regulaciones obsoletas e inadecuadas. Finalmente, con el inicio de la administración del presidente Ernesto Zedillo en diciembre de 1994, comenzó una nueva etapa de reforma, aquí destaca la reforma en materia de competencia económica:

La política de competencia, íntimamente ligada a los esfuerzos de mejora regulatoria, es un aspecto central de la reestructuración de la economía mexicana. Si bien se habían promovido algunas iniciativas en la materia, no fue sino hasta 1993, con la entrada en vigor de la Ley Federal de Competencia

⁷⁴ “De diciembre de 1982 a diciembre de 1994, 107 nuevas leyes fueron promulgadas y 57 fueron reformadas de un total de 200 leyes en vigor hoy en día. De hecho, 80% del marco legal fue profundamente reformado. La velocidad de los cambios se aceleró en los últimos 6 años de este periodo, con la creación de 61 nuevas leyes. Estas reformas legislativas establecieron las estructuras propias de una economía de mercado integrada a la economía mundial (apertura de mercados), mediante la reducción del papel del Estado en la estructura económica (privatizaciones y desregulación) y un cambio en sus relaciones con los otros poderes del gobierno (reforma política, electoral y judicial, con los estados y municipios (descentralización) y con los ciudadanos en general (transparencia y procedimientos administrativos)”. OCDE, *op. cit.*, nota 72, vol. II, pp. 14 y 15.

Económica, que se introdujo una política explícita de modernización de la política de competencia. La UDE redactó el proyecto de la nueva Ley y participó en la elaboración del reglamento. El primer presidente de la Comisión Federal de Competencia fue Jefe de la Unidad de Desregulación Económica.⁷⁵

Según la OCDE, la reforma regulatoria ya ha redituado importantes beneficios para México⁷⁶ al:

- Reducir precios y aumentar la calidad y las opciones para los consumidores y las empresas mexicanas.
- Mejorar la eficiencia productiva reduciendo los costos de insumos tan importantes como las comunicaciones y el transporte, y promover así la competitividad. Esto está contribuyendo al crecimiento del sector mexicano exportador.
- Promover la innovación en nuevos productos y tecnologías, así como la adopción de métodos modernos de bajo costo por parte de nuevos competidores e inversionistas. En el transporte, las telecomunicaciones y otros sectores, la privatización y la eliminación de trámites excesivos alentaron a las empresas a invertir en nuevas tecnologías.
- Aumentar la adaptabilidad de la economía mexicana para poderse recuperar de las severas crisis económicas con mayor rapidez y a un menor costo.
- Establecer instituciones y métodos que permiten a México alcanzar sus metas regulatorias, tales como la salud humana, la seguridad laboral y la protección ambiental a un menor costo.

En México, la labor de desregulación es llevada a cabo por la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (Cofemer), órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, dotado de autonomía técnica y operativa. Fue creada mediante la reforma a la ley de procedimiento administrativo y publicada en el DOF el 19 de abril de 2000. Su función principal es promover la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones y que éstas generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 19.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 9 y 10.

Esta comisión cuenta con un consejo integrado por los titulares de las Secretarías de Economía, quien lo preside, de Hacienda y Crédito Público, de la Función Pública (antes Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo) y de Trabajo y Previsión Social, así como de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal;⁷⁷ además cuenta con diversos invitados permanentes.

Son invitados permanentes del consejo el gobernador del Banco de México, el presidente de la Comisión Federal de Competencia, el procurador Federal del Consumidor, al menos cinco representantes del sector empresarial, y uno de los sectores académico, laboral y agropecuario nacional. Resulta interesante que los invitados permanentes pertenezcan a dos de los rubros de regulación que integran el derecho de la competencia económica, esto es prácticas restrictivas y derechos de los consumidores. Tiene las siguientes atribuciones:⁷⁸

- Revisar el marco regulatorio nacional, diagnosticar su aplicación y elaborar para su propuesta al titular del Ejecutivo federal proyectos de disposiciones legislativas y administrativas, y programas para mejorar la regulación en actividades o sectores económicos específicos.
- Dictaminar los anteproyectos y las manifestaciones de impacto regulatorio.
- Llevar el registro de trámites y servicios.
- Opinar sobre los programas de mejora regulatoria de las dependencias y los organismos descentralizados de la administración pública federal.
- Brindar asesoría técnica en materia de mejora regulatoria a las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, así como a los estados y municipios que lo soliciten, y celebrar convenios para tal efecto.
- Celebrar acuerdos interinstitucionales en materia de mejora regulatoria en los términos de la Ley sobre Celebración de Tratados.
- Expedir, publicar y presentar ante el Congreso de la Unión un informe anual sobre el desempeño de las funciones de la comisión y los avances de las dependencias y organismos descentralizados en sus programas de mejora regulatoria.

⁷⁷ Artículo 69-F de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

⁷⁸ Artículo 69-H de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Según el informe de actividades de 2001:

El mandato de la Cofemer es promover la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones, y que éstas generen beneficios mayores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad. La Cofemer es el organismo público encargado de implementar la política de mejora regulatoria, basada en el análisis, la transparencia y la consulta pública, con el fin de impulsar la iniciativa de los particulares, favorecer el pleno desarrollo democrático, la creación de empleos, la inversión y el crecimiento económico de largo plazo.⁷⁹

A partir de 1995, el Acuerdo para la Desregulación de la Actividad Empresarial (1995-2000)⁸⁰ estableció las características del programa de mejora regulatoria aplicable a doce dependencias y creó el Consejo para la Desregulación Económica como un órgano de apoyo técnico de la Unidad de Desregulación Económica, integrado por representantes de los sectores empresarial, laboral, académico, agropecuario y gubernamental. Se establecieron cuatro líneas de acción:

- Llevar un registro de los trámites empresariales y coordinar la desregulación de los trámites empresariales vigentes.
- Revisar y dictaminar proyectos de disposiciones normativas federales, obligando a su justificación legal y económica.
- Elaborar anteproyectos de disposiciones legislativas y administrativas para mejorar la calidad del marco regulatorio de manera generalizada.
- Apoyar a los gobiernos estatales en sus respectivos esfuerzos en la materia.

Los trámites implican costos para quienes están obligados a realizarlos, por ello, la Cofemer tiene encomendada la reducción de estos costos al mínimo para que se cumplan los objetivos de los trámites. La desregulación de obligaciones y trámites es una labor continua y pragmática que consiste tanto en hacerlos más transparentes, como en su modificación o eliminación para que sean menos onerosos para los particulares.⁸¹ Como resultado de la desregulación de las obligaciones empresariales, existen

⁷⁹ Cofemer, *op. cit.*, nota 73, p. 1.

⁸⁰ DOF del 24 de noviembre de 1995.

⁸¹ Cofemer, *Informe final del comisionado*, noviembre de 2000, p. 3.

sólo cuatro trámites federales universalmente obligatorios para la creación de una empresa sin empleados y nueve para empresas con al menos un empleado (cada uno sustentado en leyes). Los demás son trámites de promoción (por ejemplo, reglas de origen para recibir los beneficios de un tratado de libre comercio), o circunstancialmente obligatorios para actividades empresariales en condiciones particulares (por ejemplo trámites para el transporte de residuos peligrosos).⁸²

El Registro Federal de Trámites, creado por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, el cual deberá estar integrado completamente en mayo de 2003, permitirá conocer el universo completo de los trámites y servicios que ofrece el gobierno federal, con excepción de los trámites fiscales y los trámites de las Secretarías de la Defensa Nacional y Marina.

Parte importante de la actividad de mejora regulatoria se lleva a cabo con la Manifestación de Impacto Regulatorio (MIR), estudio que debe realizar toda dependencia federal que elabore un anteproyecto de disposición normativa con impacto en la actividad económica.

El objetivo primordial de la manifestación es evaluar y justificar el anteproyecto de disposición jurídica mediante una exposición clara del problema que analice las alternativas regulatorias consideradas como los esquemas de instrumentación y aplicación previstos. Este análisis debe explicar lo que ocurriría en la ausencia de la regulación propuesta, una descripción de las consultas realizadas y los costos y beneficios potenciales.⁸³

Las secciones que componen una Manifestación de Impacto Regulatorio son:

- 1) Propósito de la regulación.
- 2) Alternativas consideradas y soluciones propuestas.
- 3) Instrumentación y aplicación.
- 4) Consulta pública.
- 5) Beneficios y costos esperados.
- 6) Identificación de trámites empresariales.

Atendiendo a los siguientes criterios básicos:

⁸² *Ibidem*, p. 5.

⁸³ *Idem*.

<i>Impacto de la propuesta</i>	<i>Características de los costos</i>	<i>Grado de cuantificación de beneficios y costos</i>
Bajo	<ul style="list-style-type: none">• Costos totales inferiores a 5 millones de pesos anuales de 1997.• Efecto insignificante en el empleo y la productividad empresarial.	<ul style="list-style-type: none">• No se requiere cuantificación.• Descripción cualitativa de los costos y beneficios.
Intermedio	<ul style="list-style-type: none">• Costos totales de entre 5 y 500 millones de pesos anuales de 1997.• El efecto en el empleo y la productividad empresarial no es insignificante.• Impacto en algunos sectores de la economía, pero no sustancial, ni generalizado.	<ul style="list-style-type: none">• Descripción cuantitativa de los costos y beneficios que se presten fácilmente a cuantificación y cualificación de los demás.
Amplio	<ul style="list-style-type: none">• Costos totales superiores a 500 millones de pesos anuales de 1997.• Impacto generalizado en múltiples sectores de la economía, el empleo o en la productividad empresarial.• Efecto sustancial en algún sector, industria o región geográfica específica.	<ul style="list-style-type: none">• Cuantificación exhaustiva de costos y beneficios.

Fuente: OCDE, *Reforma regulatoria en México*, vol. II, p. 44.

Los anteproyectos que no están sujetos al proceso de revisión de la Cofemer son:⁸⁴

- Anteproyectos de la Secretaría de la Defensa Nacional.
- Anteproyectos de la Secretaría de Marina.

⁸⁴ Artículo 69 y 1o., párrafos tercero y cuarto de la LFPA.

- Anteproyectos en materia fiscal que de manera directa se refieran a contribuciones y sus accesorios.
- Anteproyectos relativos a la responsabilidad de servidores públicos, a justicia laboral o agraria, y al ministerio público en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones constitucionales.

El 25 de junio de 2001 se publicó en el DOF el Acuerdo para la Desregulación y Simplificación de los Trámites Inscritos en el Registro Federal de Trámites y Servicios, y la Aplicación de Medidas de Mejora Regulatoria que Benefician a las Empresas y los Ciudadanos, el cual impuso a las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal los siguientes lineamientos:

- Eliminar trámites obsoletos o innecesarios.
- Simplificar trámites, convirtiéndolos en trámites de conservación o avisos a la autoridad.
- Establecer la *afirmativa ficta* al término de los plazos de respuesta de los trámites.

Esta medida eliminó el 20% de los trámites inscritos en el Registro Federal de Trámites y Servicios. A más tardar en mayo de 2003 este registro incluirá los únicos trámites aplicables por el gobierno federal.

El Programa de Mejora Regulatoria 2001-2006 plantea la siguiente visión, misión, objetivos y estrategias:

Visión:

Contar con un sistema integral de administración regulatoria que mejore la efectividad y eficiencia del gobierno, opere bajo una auténtica cultura de mejora regulatoria que mejore la efectividad y eficiencia del gobierno, estimule y fortalezca la actividad económica, reduzca al máximo los incentivos institucionales a la corrupción y continuamente revise e incremente la calidad del sistema jurídico nacional.

Misión:

Estructurar un proceso de mejora regulatoria en la que el gobierno sea riguroso en sus procesos de toma de decisiones, al fundamentarlos en la transparencia, el cuidadoso análisis, la consulta pública y la rendición de cuentas,

con el fin de proteger la vida, la salud, el medio ambiente y los intereses de los consumidores, al menor costo posible para los particulares. México requiere de un proceso de mejora regulatoria ambicioso, transparente e incluyente en los tres órdenes de gobierno, que impulse la innovación de la gestión gubernamental, así como la competitividad y el crecimiento económico de nuestra nación.

Objetivos:

- Profundizar en el proceso de mejora regulatoria y consolidar la ampliación del ámbito de aplicación hacia áreas clave del sector público.
- Asegurar la calidad y eficiencia de la regulación y la transparencia en su elaboración.
- Fomentar una cultura de mejora regulatoria en los tres órdenes de gobierno.
- Mejorar los servicios a la población y propiciar el uso extensivo de mejores prácticas regulatorias.

Estrategias:

1. Conformar programas bianuales de mejora regulatoria de calidad.
2. Conformar, simplificar, actualizar y mantener disponible el sistema electrónico de información sobre trámites y servicios en beneficio de las empresas y los ciudadanos.
3. Revisar y mejorar los anteproyectos de disposiciones legislativas y administrativas federales que generen costos de cumplimiento para las empresas y los particulares.
4. Promover la incorporación de mejores prácticas regulatorias en la administración pública federal.
5. Elaborar diagnósticos y proponer anteproyectos de regulaciones para mejorar el marco regulatorio en sectores económicos y áreas regulatorias específicas.
6. Profundizar la colaboración y apoyo técnico sobre el proceso de mejora regulatoria en los tres órdenes de gobierno.

La medición de avances se realizará a través de una serie de indicadores de desempeño de la Cofemer, que comprenden las funciones realizadas por parte de la comisión en el cumplimiento de su mandato legal. A la fecha se tienen identificados seis indicadores:

- Número de programas bianuales de mejora regulatoria presentados y ejecutados.

- Número de trámites inscritos, mejorados y eliminados del Registro Federal de Trámites y Servicios.
- Anteproyectos de disposiciones normativas y manifestaciones de impacto regulatorio dictaminados.
- Diagnóstico y propuestas de reformas a sectores económicos y áreas regulatorias específicas realizados.
- Cursos de capacitación y asesorías impartidas a funcionarios federales, estatales y municipales.
- Convenios firmados con estados.

Dada la vinculación de la política de mejora regulatoria con la política de competencia, consideramos que al impulsar estas acciones también el proceso de competencia se verá muy favorecido, ya que la simplificación normativa y la eliminación de trámites al reducir costos fomenta la competencia, sin embargo, no son suficientes para que los mercados funcionen eficientemente, como afirma Fernando Sánchez Ugarte:

La liberalización, la desregulación y la privatización son elementos necesarios pero no suficientes para lograr que los mercados sean eficientes. La apertura de una economía al comercio internacional enfrenta a los productores nacionales con la competencia de los productos del exterior en los mercados internos. Esto no quiere decir que no haya barreras que limiten o dificulten el acceso a los mercados o que no pueda haber situaciones de dominancia. Algunos productos tienen altos costos de transporte, lo que reduce la competencia de las importaciones; otros operan bajo franquicias o licencias de titulares en el extranjero, a menudo con la imposibilidad legal de importar el producto por quienes no son franquiciatarios; otros más, están sometidos a regulaciones sanitarias o ambientales que impiden o encarecen su internación legal. Hay, en fin restricciones o impedimentos de diversa índole que hacen casi imposible que el comercio internacional sea perfecto, como se entiende este concepto en sentido teórico.⁸⁵

En resumen, en este capítulo hemos descrito los elementos conceptuales que fundamentan y legitiman el derecho de la competencia económica en sentido amplio superando las tendencias exclusivistas que restringen y segmentan su ámbito de validez. Como observamos precedentemente, nos

⁸⁵ Sánchez Ugarte, Fernando, *La política de competencia en el desarrollo económico*, México, Documentos, Comisión Federal de Competencia, 2002, p. 6.

parece fundamental la incorporación de las regulaciones en materia de propiedad intelectual y de protección a los consumidores ya que conforman directa o indirectamente prácticas anticompetitivas que otorgan ventajas adicionales a agentes económicos no necesariamente escrupulosos en la observancia de dichas legislaciones. A nivel internacional, los esfuerzos de la OCDE y de la propia Organización Mundial del Comercio nos avalan en esta tendencia, ya que con la apertura de mercados, los consumidores y los titulares de la propiedad intelectual están a la disposición de agentes económicos no necesariamente eficientes y transparentes.