

## EL CAPÍTULO XV: POLÍTICA EN MATERIA DE COMPETENCIA, MONOPOLIOS Y EMPRESAS DE ESTADO

Omar CAMARILLO

*SUMARIO: I. Introducción; II. La competencia económica; III. La competencia económica en México; IV. El capítulo XV del TLCAN; V. Propuesta para eliminar el antidumping en la zona de libre comercio; VI. El caso de Australia y Nueva Zelanda; VII. Conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

Mientras Canadá, Estados Unidos y México se acercan a las etapas finales para la adopción de un Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA, por sus siglas en inglés), empiezan a surgir dudas acerca de la naturaleza de este nuevo mercado zonal. Se eliminarán las barreras comerciales, pero no es muy claro el significado exacto de esto para los agentes económicos de los tres países.

El tipo de actividades a realizar por las empresas será gobernado por las legislaciones de competencia económica y antidumping, y la pregunta principal por lo que hace a estos tipos de legislaciones es, si mediante un tratado de libre comercio, Canadá, Estados Unidos y México crearán un mercado libre y unificado o si permanecerán tres mercados separados, aunque con relaciones comerciales intensas.

Si un mercado libre de barreras va a ser creado, entonces no hay necesidad de tener y aplicar la legislación antidumping a los competidores dentro de los países miembros del TLCAN, aunque la legislación antidumping se necesitará para ser aplicada a los competidores de otros países. Ello obedece a que las legislaciones antidumping son aplicadas en las relaciones

comerciales internacionales y son designadas para la protección de las empresas de un país en contra de los competidores extranjeros. Sin embargo, si permanecen tres mercados separados, uno en Canadá, otro en Estados Unidos y otro en México, entonces estos tres países necesitarán retener y aplicar sus legislaciones antidumping de manera similar a todos los países dentro y fuera del TLCAN.

Con la adopción del TLCAN, Estados Unidos, Canadá y México establecen una zona de libre comercio de conformidad con el artículo XXIV del GATT, por lo que los tres países deben eliminar la aplicación de sus legislaciones antidumping entre ellos, estableciendo protecciones legales para el caso de la discriminación depredatoria de precios, mediante reformas a las leyes de competencia económica de los países miembros, por lo que la competencia en la zona de libre comercio debe ser regulada mediante la legislación de competencia económica.

## II. LA COMPETENCIA ECONÓMICA

Los cambios de la última década, como el fin de la guerra fría y la disolución de uno de los mayores poderes militares, la Unión Soviética, ha modificado sustancialmente el balance político mundial. Somos testigos de la creciente importancia del poder económico frente al poder político, el primero remplazando al segundo debido a la preocupación fundamental de las naciones en los asuntos económicos. El proceso de producción y distribución de bienes y servicios se ha internacionalizado gracias al desarrollo tecnológico y a los extraordinarios medios de comunicación alcanzados.

Este fenómeno de globalización de la economía ha propiciado el surgimiento de zonas y mercados comunes mediante las cuales los países buscan capitalizar sus ventajas comparativas y tener acceso al mayor número posible de mercados. A fin de participar con éxito en este proceso, los países deben contar con una economía interna fuerte y estable, por lo que se han visto obligados a alcanzar niveles superiores de competitividad. Razón por la cual los países están preocupados más que nunca por la calidad de sus leyes que regulan la competencia económica.

Aunque los objetivos de las legislaciones de competencia económica han variado a través del tiempo y de país a país, actualmente podemos decir que

los objetivos principales de la ley son los de promover la eficiencia mediante un proceso permanente de competencia, el cual resulta en:

- a) mejores productos;
- b) bajos costos de producción;
- c) más y mejores servicios, y
- d) bajos precios para los consumidores.

El incremento en la eficiencia de mercado es más probable que ocurra cuando se reduzcan costos, se evite el abuso del poder de mercado, se eliminen restricciones artificiales al ingreso de nuevos competidores y se dé mayor protección a los consumidores.

Aunque los objetivos generales de la ley de competencia económica son la promoción de la eficiencia económica mediante la protección a la competencia, es más importante hablar de los efectos que esta ley tiene; algunos de los mayores efectos son por ejemplo:

- a) una mejor distribución del ingreso dentro del mercado;
- b) incremento en el gasto para la investigación y desarrollo de productos, debido al deseo de los competidores por ser líderes en sus industrias;
- c) un mejor uso y distribución de los recursos de mercado;
- d) el beneficio de los consumidores resultando del aumento de la competencia, y
- e) la disminución del poder de los monopolios y grandes consorcios.<sup>1</sup>

### III. LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO

#### A. Antecedentes

Históricamente, México ha tenido una política económica proteccionista, justificada principalmente por la necesidad de proteger a las empresas nacionales de la competencia extranjera, tal protección fue vista como necesaria debido a la situación prevaleciente en el país, caracterizada por altos costos en el transporte, falta de información y una deficiente regulación comercial. Sin embargo, estas medidas fueron implementadas de manera temporal, ya que el objetivo era que las empresas nacionales protegidas se

<sup>1</sup> Ver, Fejo, Jens, *Monopoly law and market*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publisher, 1990, pp. 28-29.

fortalecieran, y una vez logrado esto compitieran con éxito en el mercado internacional, repercutiendo favorablemente en la economía del país. La experiencia demostró resultados negativos, las empresas nacionales al contar con un mercado cautivo tuvieron pocos motivos para competir internacionalmente y decidieron proveer al mercado nacional con productos de baja calidad a altos precios.

a) El artículo 28 de la Constitución federal

Desde 1917, el artículo 28 de la Constitución mexicana prohíbe los monopolios y las prácticas monopólicas y establece que

la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, y en general todo lo que constituye una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

A manera de excepción el artículo 28 también establece que las funciones exclusivas del Estado en áreas estratégicas no constituyen monopolios, por ejemplo la acuñación de moneda, correos, servicios telegráficos, radiotelegrafía y comunicación vía satélite, emisión de billetes por un solo banco, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, energía nuclear, así como la utilización de minerales radiactivos, ferrocarriles, así como la operación y distribución de energía eléctrica. Otras actividades o empresas a las cuales no se les considera monopolios son: las asociaciones de trabajadores y las asociaciones o sociedades cooperativas de exportación, los privilegios temporales de explotación que se concedan a los autores, artistas e inventores (derechos de autor, patentes y marcas), este artículo también regula lo referente a las concesiones otorgadas por el gobierno a los particulares para operar actividades o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes propiedad del Estado.

## b) La Ley de Atribuciones del Ejecutivo en Materia Económica

El artículo 28 constitucional contiene la facultad de la autoridad para regular la oferta de mercancías en el mercado así como sus precios, y fue con base en esta facultad que se otorgó amplios poderes al Ejecutivo en 1950 mediante la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo en Materia Económica,<sup>2</sup> el objetivo de esta ley fue regular mediante la intervención pública la conducta de las empresas con el objeto de lograr un mercado saludable sancionando las conductas que fueran en detrimento de la economía nacional y los consumidores.

Con esta ley, el Ejecutivo federal tuvo la posibilidad de controlar y regular precios y la disponibilidad de productos básicos en el mercado, de esta manera, hay precios máximos en ciertos artículos de primera necesidad como comida, ropa y transporte público.<sup>3</sup>

## c) La Ley Antimonopolio de 1934

En adición al artículo 28, se creó la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios.<sup>4</sup> Esta ley existe desde 1934, pero su eficacia y utilización ha sido prácticamente nula. Como resultado de esta falta de positividad en la ley, no hay expertos en México, ni siquiera en el gobierno, y las universidades no ofrecen este tipo de materia y es hasta ahora que una nueva legislación ha sido adoptada, que en México se empiezan a estudiar las legislaciones de competencia económica y sus aplicaciones.

## B. La nueva Ley de Competencia Económica

### a) Razones para una nueva legislación

En 1986 terminó la política de proteccionismo implementada por nuestro país al ingresar México al Acuerdo General de Aranceles y Tarifas (GATT). En ese año, al abrir México sus mercados, se estableció la primera legislación antidumping. Con la apertura de nuestro país la importancia de la fuerza

2 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1950, abrogada por la expedición de la Ley Federal de Competencia Económica, *Diario Oficial de la Federación*, 24/XII/1992.

3 Witker, Jorge, *Curso de Derecho Económico*, México, UNAM, 1989, pp. 423-424.

4 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1934.

económica y un ambiente de mercado efectivo cobraron primordial importancia tal y como sucedió en la última década en la mayoría de los países.

Una razón importante por la que México ha reformado su legislación de competencia económica es el Tratado de Libre Comercio. El objetivo principal del tratado es crear un gran mercado zonal libre de barreras, así que nuestro país se vio obligado a reexaminar sus leyes comerciales y sus leyes de mercado tomando en cuenta la evolución de las prácticas monopólicas y las experiencias de otros países.

### *Generalidades*

La nueva Ley Federal de Competencia Económica,<sup>5</sup> de hecho es muy similar a la de Estados Unidos en sus términos, ello se debe en gran parte al TLCAN y al deseo de incrementar el comercio con los Estados Unidos, sin embargo, es muy probable que la ley se aplique de manera similar a como sucede en la Comunidad Europea.

Como quedó establecido, México tiene varios monopolios y oligopolios, los cuales han sido protegidos por muchos años por el gobierno federal. Es muy improbable que el gobierno termine con esta protección. Tal protección, que de hecho no tiene cabida en los Estados Unidos, sí la tiene en la Comunidad Europea, siempre y cuando los monopolios sean considerados benéficos.

En Estados Unidos se protege la competencia sin ninguna consideración hacia los competidores, y a lo que puede ser mejor para ellos. En la Comunidad Europea, sin embargo, y en México bajo la nueva legislación, las prácticas que técnicamente pueden violar los principios tradicionales de la legislación antimonopolios son toleradas cuando se determina por una comisión que tales prácticas son benéficas. Un analista explicó que este punto de vista de la Comunidad Europea es una consecuencia del hecho de que “los europeos... se acercan al problema del control público sobre las conductas comerciales como un asunto de política económica, y no propiamente de competencia.”<sup>6</sup> Esto implica que en Estados Unidos, solamente la teoría de la competencia es considerada en el sentido de que todos los

<sup>5</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992 y en vigor a partir de julio del presente año.

<sup>6</sup> Chapman, Dudley H., *Molting time for antitrust; market realities, economic fallacies, and european innovations*, New York, Praeger Publisher, 1991, p. 189.

competidores sean tratados de igual manera y se adhieran a los mismos principios que gobiernan la competencia, mientras que en la Comunidad Europea la política económica tiene un mayor peso que los principios de la competencia, cuando se determina la conducta competitiva que se va a permitir.

Estas diferencias de perspectiva reflejan las mayores diferencias entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos por lo que respecta en sus legislaciones antimonopolios como son:

- a) la ausencia de delitos en el sistema europeo;
- b) un sistema de ejecución de carácter administrativo, en lugar de judicial, aunque hay un tipo de supervisión de las cortes;
- c) autoridad específica otorgada a las autoridades administrativas para otorgar excepciones a las reglas, lo cual está establecido de manera más detallada que en la legislación de Estados Unidos, y
- d) control del poder de un solo proveedor a través de una política de supervisión sobre el abuso del poder, en lugar de una prohibición de monopolización.<sup>7</sup>

Finalmente otra posible explicación para las leyes de competencia de la Comunidad Europea es la política adoptada por dicha comisión para proteger a la pequeña y mediana empresa.

Una de las principales preocupaciones de la comisión en materia de competencia fue fortalecer y preservar las pequeñas y medianas empresas como un elemento esencial en un medio ambiente sano y competitivo. La comisión está convencida de que tales empresas son uno de los pilares básicos de la economía europea debido a la contribución que hacen a la estructura competitiva del mercado, su flexibilidad y su dinamismo.<sup>8</sup>

Estas diferencias en la aplicación e interpretación en las leyes de competencia existen no solamente entre Estados Unidos y la Comunidad Europea, sino en todo el mundo, a pesar del hecho de que la mayoría de las legislaciones de competencia son muy similares por lo que hace al texto. Las distinciones resultan básicamente de las diferencias en los objetivos de la legislación, las tradiciones culturales, las presiones políticas y los objetivos económicos.

Por ejemplo, aunque algunas de las leyes de competencia de Estados Unidos y la Comunidad Europea son textualmente similares, las autoridades

<sup>7</sup> *Ibidem.*

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 190, (Quoting *Seventeenth Report*, par. 23, p. 29).

de la Comunidad Europea otorgan mayor importancia al objetivo de integrar las diferentes economías en una sola capaz de competir efectivamente con los Estados Unidos y Japón, que la importancia que le dan al objetivo de limitar el poder de mercado.<sup>9</sup>

### *Prácticas relativas y absolutas*

La nueva ley mexicana establece dos grandes categorías de violaciones a la Ley de Competencia Económica:

- a) las prácticas absolutas, y
- b) las prácticas relativas.

Las prácticas absolutas son comúnmente denominadas como prácticas horizontales, y la ley las define como

los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea manipular el precio de venta o compra de bienes y servicios, por lo que también se incluyen los monopolios de los compradores, los arreglos de precios, la división de mercados entre competidores, y la manipulación de licitaciones públicas.<sup>10</sup>

Las prácticas relativas son las comúnmente conocidas como prácticas verticales, y la ley establece como tales los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sean desplazar indebidamente a otros competidores del mercado, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de un competidor o de un grupo de ellos, la ley establece varios casos de práctica relativa tales como la división de clientes o proveedores, las imposiciones de precios o condiciones especiales hacia un distribuidor o proveedor para la venta del producto final, las ventas atadas, los contratos de exclusividad, la denegación del trato, los boicots y en general todo acto que indebidamente dañe o impida la competencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios.<sup>11</sup>

Las prácticas absolutas son consideradas violaciones *per se* en la legislación de competencia por lo que no producen efectos jurídicos. Este

9 Kintner, Earl W.. *An International Antitrust Primer*, New York, MacMillan Publishing, 1974, pp. 6-7.

10 Artículo 9 de la ley.

11 Artículo 10 de la ley.



acercamiento es más común a la legislación de Estados Unidos que a la de la Comunidad Europea, aun cuando no todas las violaciones bajo la ley de Estados Unidos son *per se*. Hay casos en que las cortes de los Estados Unidos deben de analizar las prácticas reclamadas como violatorias de las legislaciones de competencia, en tales casos la corte aplica “la regla de la razón.” Un análisis de alguna restricción determinada, bajo esta última regla, incluye una evaluación de las condiciones actuales bajo las cuales la restricción fue llevada al cabo, su naturaleza, efectos y antecedentes de dicha restricción, así como la razón por la que la empresa adoptó la misma.<sup>12</sup>

En la Comunidad Europea las acciones que generalmente son consideradas violatorias de la ley de competencia pueden ser toleradas, si estas acciones son consideradas favorables a la economía en general. Por lo que solamente unas cuantas acciones son consideradas violaciones *per se*.

Cuando las prácticas absolutas existen no hay necesidad de evaluar el mercado relevante para determinar si ameritan ser sancionadas. La racionalidad estriba en que es difícil determinar que las prácticas absolutas carecen de objetivos monopólicos, por lo que por definición son consideradas violatorias de las disposiciones de la Ley de Competencia. En consecuencia, no hay razón para hacer evaluaciones detalladas o investigaciones, las cuales pueden ser muy costosas.

Las prácticas monopólicas relativas, generalmente toman la forma de actos, contratos, acuerdos, o combinaciones donde el objetivo o el efecto es sacar a los competidores del mercado, prevenir la entrada de nuevos competidores, o establecer una ventaja exclusiva en favor de una o varias entidades. La ley establece varios casos de prácticas relativas, las cuales no son violatorias *per se*. Contrariamente a las prácticas absolutas que siempre tienen un efecto directo y negativo en los consumidores y en la economía en general, las prácticas relativas pueden tener efectos positivos y negativos en la competencia. Por lo que es importante definir el mercado relevante en el cual la conducta tiene lugar y también el impacto probable de la conducta para establecer si es dañino a la competencia.

Para definir el mercado relevante, varios factores deben de considerarse. El primer factor es la sustitución, la cual incluye la posibilidad de sustituir cierta mercancía o servicio por otros, independientemente del país de origen y tomando en cuenta las posibilidades tecnológicas, los tipos de bienes disponibles para servir como sustitutos, y el tiempo requerido para llevar a

12 Fejo, *supra* nota 1, p. 4.

cabo la sustitución. Segundo, sus costos, incluyendo los costos de distribución de los bienes substituidos, los costos de transporte, los costos asociados con cuotas y restricciones, y la disponibilidad y costo del seguro. Finalmente, el tercer factor se refiere a los mercados alternos, lo cual implica analizar los costos asociados con los mismos, y la probabilidad del consumidor de buscar otros mercados para los bienes que se desean.

A fin de establecer que una práctica relativa ha ocurrido, se debe de probar que la parte responsable tiene poder sustancial en el mercado relevante y que la práctica es relativa a bienes o servicios en dicho mercado,<sup>13</sup> por lo que solamente las prácticas que sean dañinas a la competencia serán sujetas a sanciones. A fin de determinar si una empresa tiene poder sustancial, es necesario considerar si la empresa tiene competidores, o si tiene una posición privilegiada en el mercado respecto a sus competidores.

Debido a la naturaleza cambiante del comercio, es imposible listar, o anticipar, todas las prácticas relativas que pueden tener lugar. Sin embargo, hay un caso que merece especial atención: la discriminación depredatoria de precios. Este consiste en la venta de productos a precios tan bajos que los competidores existentes son eliminados del mercado, o los competidores potenciales son disuadidos o prevenidos de entrar al mercado, o ambos. La nueva ley al igual que la de Estados Unidos y contrariamente a la de Canadá no establece expresamente este supuesto, sin embargo lo más probable es que adopte la posición de que la discriminación depredatoria de precios daña al proceso competitivo, sólo cuando el depredador tenga posibilidades razonablemente altas de recuperar las pérdidas obtenidas debido a la venta de mercancías a precios artificialmente bajos. Este tipo de discriminación de precios es posible solamente bajo condiciones tecnológicas y de mercado muy especiales, y el abuso de este concepto puede crear confusión y evitar una fuerte competencia.

Generalmente, la discriminación depredatoria de precios ocurre cuando el depredador tiene poder de mercado en el corto plazo, si el tiempo requerido para la entrada o expansión de nuevos competidores es largo, si los consumidores deben permanecer leales a los proveedores tradicionales, o si existen barreras institucionales o regulaciones que cubren el acceso al mercado.

Estas prácticas generalmente caen en una de las siguientes tres categorías. La primera categoría se refiere a la asimetría en los recursos financieros

13 Artículo 11 de la citada ley.

entre los participantes de un mercado determinado. Por ejemplo, una empresa con fuertes reservas de capital o recursos financieros puede soportar el someterse a una guerra de precios más prolongada, que una empresa con pocos recursos financieros. La segunda categoría es cuando una empresa baja sus precios con la única finalidad de convencer a los competidores de que sus costos son tan bajos, que su única alternativa es abandonar el mercado, finalmente la tercera categoría es cuando un competidor baja sus precios de tal suerte que los otros competidores se ven forzados a dejar el mercado o disuadidos de entrar al mismo.

Las grandes pérdidas que ocasionan estas prácticas en el corto plazo se ven compensadas a largo plazo con el incremento en las ventas o ganancias debido a no tener competencia, por ejemplo, una reducción de la competencia permite a los depredadores establecerse bien en el mercado y conocer mejor el mercado que los competidores existentes o potenciales.

Es importante prohibir estas prácticas por sus efectos a largo plazo. Mientras que a corto plazo parecen beneficiar a los consumidores, debido a los bajos precios, los consumidores posteriormente deberán pagar más, si el depredador es el único competidor significativo, o es uno de muy pocos competidores, permaneciendo en el mercado como monopolio.

Hasta hace poco, sin embargo, la discriminación de precios no había sido una preocupación en México debido al hecho de que hay tantos monopolios, y grandes industrias como muy pocos competidores. Además, los mercados mexicanos habían estado cerrados a la competencia extranjera, y por consiguiente, a los competidores extranjeros. El problema en México ha sido históricamente el opuesto: el problema del gobierno para forzar a las empresas a mantener los precios razonablemente bajos en lugar de incrementarlos.

### *Concentraciones*

La nueva ley de competencia económica no prohíbe la existencia de grandes empresas, por lo que la fusión es permitida, aunque la ley establece la obligación de que las empresas notifiquen previamente a la Comisión Federal de Competencia cualquier transacción que implique el control de una empresa por otra, y determinar si existe daño a la competencia.

## *Ejecución*

La Comisión Federal de Competencia está obligada a vigilar y ejecutar la ley de competencia de México; será una agencia autónoma y estará compuesta de cinco comisionados, incluyendo un presidente. Los cinco serán designados por el Ejecutivo federal, y serán expertos en la ley de competencia. La comisión tiene la autoridad para investigar y sancionar las prácticas monopólicas y dar opiniones en todos los asuntos relativos o concernientes a la política de competencia. La comisión puede actuar por su propia iniciativa o cuando una tercera parte así lo requiera.

El problema con el establecimiento de la comisión es que su nivel en la jerarquía administrativa del país no es clara. Además, de manera similar a ciertas agencias federales en Estados Unidos, la misma Comisión se encarga de investigar y decidir las controversias, por lo que actúan como jueces e investigadores. Las decisiones de la comisión pueden ser apeladas primero ante la misma comisión, y después ante el poder judicial.

Por lo que hace a las prácticas absolutas, debido a los efectos perjudiciales en la competencia, hay sanciones penales disponibles para su aplicación en contra de los violadores. Estas sanciones incluyen pena corporal o el pago de multas de hasta 375 000 veces el salario mínimo en el Distrito Federal, lo que equivale a cinco millones de nuevos pesos aproximadamente. Alternativamente, la multa puede ser del 10% del valor de los bienes o ventas de la empresa.

Para las prácticas relativas las sanciones disponibles incluyen la prohibición de realizar las prácticas relativas en determinados mercados y la imposición de multas de hasta 225 000 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

En el caso de las fusiones prohibidas la sanción consiste en la suspensión o nulidad de la fusión a fin de evitar la creación de monopolios o la concentración de poder. En estos casos las sanciones económicas son de hasta 225 000 veces el salario mínimo.

## IV. EL CAPÍTULO XV DEL TLCAN

La competencia, y especialmente la política antimonopolios, no fue propiamente tema de las negociaciones del TLCAN, aunque uno de los objetivos fue promover condiciones de competencia leal en la zona de libre

comercio;<sup>14</sup> como resultado, el texto del tratado no obliga a ninguno de los tres países a adoptar leyes o políticas especiales de competencia, aun cuando hay un reconocimiento explícito de la importancia de la política de competencia, para el éxito de los objetivos del tratado.

En el capítulo XV se establece la política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado, en su artículo 1505 establece una serie de definiciones para efectos de interpretar las disposiciones de este capítulo:

*Designar* significa establecer, designar, autorizar o ampliar el ámbito del monopolio para incluir un bien o servicio adicional, después de la fecha de entrada en vigor del TLCAN.

*Empresa del Estado* significa una empresa propiedad o bajo control de una parte mediante participación accionaria aunque, respecto a Canadá, significa una *crown corporation* en el sentido que la define la *Financial Administration Acts* o una *crown corporation* en el sentido que la defina la legislación provincial, o entidad equivalente, o que se haya constituido conforme a cualquier otra legislación provincial, y respecto a México, no incluye la Compañía Nacional de Subsistencias Populares y sus filiales, o cualquier empresa sucesora o sus filiales, para el propósito de venta de maíz, frijol y leche en polvo.

*Mercado* significa el mercado geográfico y comercial para un bien o servicio.

*Monopolio* significa una entidad, incluido un consorcio u organismo gubernamental que, en cualquier mercado pertinente en territorio de una parte, ha sido designado proveedor o comprador único de un bien o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual exclusivo derivado solamente de dicho otorgamiento.

*Monopolio gubernamental* significa un monopolio propiedad o bajo control, mediante participación accionaria del gobierno federal de una parte o de otro monopolio de esa índole.

*Según consideraciones comerciales* significa de conformidad con las prácticas normales de negocios que lleven a cabo las empresas privadas que conforman esa industria.

*Trato discriminatorio* incluye:

a) trato más favorable a la matriz, subsidiaria u otra empresa de participación común que a una empresa no afiliada; o

14 Artículo 102, fracción (b) del TLCAN.

b) trato más favorable a un tipo de empresas que a otro, en circunstancias similares; y

*Trato no discriminatorio* significa el mejor trato, entre trato nacional y trato de nación más favorecida, como se señala en las disposiciones pertinentes del tratado.

El artículo 1501 establece que las partes deberán de adoptar o mantener medidas que permitan el sano ejercicio de la competencia, asimismo las partes cooperarán para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio, y se consultarán para intercambiar información sobre la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio, aunque sin poder recurrir al mecanismo de control de controversias para resolver cualquier conflicto que surja con motivo de la aplicación de estas leyes.

De conformidad con los artículos 1502 y 1503 los países signatarios del TLCAN conservan su pleno derecho a designar monopolios y empresas del Estado, con la única limitante de que tales monopolios no lleven a cabo prácticas contrarias a la competencia.

Por lo que no se incluye ninguna disposición que exija a los países miembros la eliminación o disminución de los monopolios gubernamentales y sólo se limita a establecer la forma en que los monopolios pueden operar.

Finalmente el artículo 1504 establece que en un plazo de cinco años a partir de la fecha entrada en vigor del tratado, la Comisión del Libre Comercio establecerá un grupo de trabajo en materia de comercio y competencia integrado por representantes de los tres países, y cuya única finalidad será la de presentar informes y recomendaciones sobre los trabajos que se realicen, referentes a la relación entre las leyes y políticas de competencia en la zona de libre comercio.

## V. PROPUESTA PARA ELIMINAR EL ANTIDUMPING EN LA ZONA DE LIBRE COMERCIO

El objetivo del TLCAN es mejorar las economías de los tres países participantes. La idea es que un mercado mayor no solamente va a abrir mejores oportunidades de distribución en la cual los competidores pueden vender sus mercancías, pero también que el aumento en la competencia va a mejorar la eficiencia de los tres países, con las fronteras abiertas, los

## CAPÍTULO XV: COMPETENCIA, MONOPOLIOS Y EMPRESAS DE ESTADO 223

recursos serán usados de manera más eficiente y la producción de igual manera se efectuará mejor.

Uno de los peligros de un incremento en la competencia es la posibilidad de un incremento en las prácticas depredatorias de discriminación de precios. Por lo que se debe proteger en contra de este tipo de prácticas, y hay dos maneras comunes de efectuar esta protección. Una es a través de legislación antidumping y la otra es a través de legislación de competencia.

La legislación antidumping está designada para proteger a los competidores, mientras la legislación antimonopolios está designada para proteger la competencia. Generalmente, el dumping ocurre cuando un exportador vende mercancías en un mercado extranjero, a un precio menor que al que comercia las mismas mercancías en el mercado doméstico, provocando un daño o amenaza de daño a la producción nacional y hay un nexo causal entre estos dos elementos. Hay varias razones por las que un exportador puede escoger hacer esto, pero las razones usualmente no son importantes, si el dumping se encuentra que ha ocurrido, sin importar la razón, las sanciones monetarias serán impuestas.

Es importante aclarar, sin embargo, que no todas las prácticas discriminatorias de precios son negativas. Hay algunas razones convincentes para permitir ciertas discriminaciones de precios, especialmente dentro de un único mercado. La discriminación de precios no debe ser prohibida simplemente porque el precio de la oferta puede disminuir. Mientras los costos en que incurre el monopolista al crear y segregar su mercado puede ser una pérdida, si el monopolista produce una mayor oferta bajo una discriminación de precios, esos costos pueden ser recuperados por los beneficios del aumento de la oferta. Hay algunos monopolios que son eficientes, el aumento en las ganancias monopólicas que ofrece la discriminación de precios a los monopolios eficientes no son una forma de costo social.<sup>15</sup>

Las leyes antidumping protegen a los competidores nacionales de otros competidores extranjeros. La protección en contra de las prácticas discriminatorias de precios dentro de un solo mercado son proporcionadas por la legislación de competencia la cual protege a la competencia e indirectamente a los competidores en general, estas legislaciones generalmente incluyen

15 Warner, Presley, "Canada-United States Free Trade: the case for replacing antidumping with antitrust," *23 Law and Policy in International Business* 791, 1992, p. 822 (citado en Joan Robinson, *The economics of imperfect competition*, 1933, pp. 188-93; Hal R. Varian, "Price discrimination and social welfare", *75 American Economic Review* 870, 1985, p. 870; Bork, Robert H., *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, 1978.

prohibiciones en contra de las prácticas depredatorias de discriminación de precios.

En una zona de libre comercio o una unión aduanera donde a través de un tratado se pueden tener legislaciones comunes que regulen la competencia, la legislación antidumping sale sobrando y este es el caso de la Comunidad Europea, y de Australia y Nueva Zelanda.

La ventaja más clara que se pueden tener conservando las legislaciones antidumping dentro de un área de libre comercio es la protección que pueden tener los competidores en contra de las prácticas depredatorias de discriminación de precios.

El problema de otorgar esta protección en un área de libre comercio a través de la legislación antidumping, sin embargo, es que las leyes antidumping prohíben la discriminación de precios, e incluso aquellas que pueden ser deseables. La razón es que mediante las leyes antidumping, el dumping es justificadamente prevenido por sus costos, por ejemplo, el daño que causa a los productores excede los beneficios a los consumidores que adquieren las mercancías a bajo precio.

Esta aseveración es suficientemente razonable si el dumping es depredatorio y, por consiguiente, convierte al mercado en menos competitivo; pero no lo es si el dumping no es depredatorio y fortalece la competencia. El problema es que la ley que condena todo tipo de dumping que causa daño a la industria doméstica caería bajo este supuesto, sin importar que sea depredatorio o no depredatorio.<sup>16</sup>

Un ejemplo de discriminación de precios que no es una actividad depredatoria, es la venta a bajo precio de un producto nuevo de alta tecnología, y que es vendido a un bajo precio a fin de animar a los consumidores a probarlo, seguido por un aumento en el precio a un nivel de no dumping, después de que los consumidores se han familiarizado con el producto. Las ventajas asociadas con educar a los consumidores acerca de la nueva tecnología puede superar cualquier efecto dumping que se haya producido en un corto intervalo.

Un segundo ejemplo es cuando un productor de una nueva mercancía lo vende a un bajo costo porque aún no tiene experiencia con el producto para

16 Feltham, Ivan R., Salen, Stuart A.; Mathieson, Robert F. and Wonnacott, Ronald. "Competition (antitrust) and antidumping laws in the context of the Canada-United States Free Trade Agreement", *17 Canada-U.S. Law Journal* 71, 1991, p. 79.



tener una idea clara sobre sus costos de producción y distribución. Este escenario es temporal y seguido por un incremento de precio.

La idea general aquí es que la legislación antidumping puede estar de más, y por consiguiente tener un efecto negativo en la competencia, y la eficiencia buscada mediante un acuerdo de libre comercio estaría limitada, el mayor objetivo de entrar dentro del acuerdo sería limitado, al menos en parte. Una prohibición de las prácticas depredatorias de precios no tendría un buen efecto en prácticas comerciales; solamente, sin embargo, debe llevarse a efecto la prohibición a través de la legislación de competencia y no a través de la legislación antidumping.

## VI. EL CASO DE AUSTRALIA Y NUEVA ZELANDA

La eliminación de las legislaciones antidumping dentro de un área de libre comercio es precisamente la solución tomada por Australia y Nueva Zelanda. El uno de julio de 1990, se sustituyó el régimen de leyes antidumping, y de hecho las leyes de subsidios y todas las leyes que establecían o mantenían barreras al comercio entre Nueva Zelanda y Australia, fueron removidas.<sup>17</sup> Por lo menos uno de los logros obtenidos mediante esta solución fue descrita de la manera siguiente: en su reporte Presley Warner y el profesor Trebilcock, concluyeron de la experiencia Australia-Nueva Zelanda que la abolición de las leyes antidumping en favor de unas leyes de competencia económica armonizadas mejora el bienestar económico, es teóricamente coherente y ofrece una solución práctica al incremento global de las demandas antidumping.<sup>18</sup>

En 1966 los dos países firmaron el Acuerdo del Libre Comercio mediante el cual eliminaron aranceles en la mayor parte de las mercancías. Este proceso finalizó en 1990, fecha en la cual ya habían sido eliminadas todas las barreras arancelarias para las mercancías provenientes de los dos países.

En 1968 estos países firmaron el Protocolo de Anzcerta, el cual contemplaba la abolición de las medidas antidumping y también proveía la reforma

17 Rosenthal, Douglas, "The legal perspective: anti-dumping remedies and competition regimes, similarities and differences", *17 Canada-U.S., States Law Journal* 167, 1991, p. 171.

18 Ireland, Derek, "The government perspective: effects upon present competition policy", *17 Canada-U.S., States Law Journal* 189, 1991, p. 196 (citado en Presley Warner and Trebilcock, Michael J., "Found (sic) two of the Canada-U.S. Free Trade Agreement: the case for replacing antidumping with antitrust", Unpublished, (*Ontario Center for International Business*, p. 94).

a las leyes de competencia con el fin de que regulara la conducta anticompetitiva que afectará el comercio entre estos dos países, y posteriormente en 1990 se emitió la legislación que puso en vigor el protocolo mencionado.

Bajo el Tratado de Libre Comercio entre Australia y Nueva Zelanda, se eliminaron para 1990 todas las barreras no arancelarias, y posteriormente fueron un paso más allá y eliminaron la aplicación de las legislaciones antidumping y de subsidios entre ellos, obviamente la situación política y económica que enfrentaron estos países para tomar tan importante decisión, es muy diferente a la que tenemos actualmente entre México, Canadá y los Estados Unidos. Los gobiernos de Australia y Nueva Zelanda, ante sus fuertes problemas económicos, decidieron que la situación no podía empeorar y que la producción no podía llegar a un punto más bajo, por lo que no había nada que perder ante la adopción de tan importante medida.

Australia y Nueva Zelanda reformaron sus leyes de competencia económica para incluir la discriminación internacional de precios. Con base en estas reformas a las legislaciones nacionales se redefine el concepto de mercado, de tal manera que los demandantes puedan usar la legislación australiana o la de Nueva Zelanda para atacar las conductas anticompetitivas que tengan lugar en este mercado zonal.

La nueva legislación de Australia establece que una empresa con poder sustancial en este mercado zonal no debe tomar ventaja del mismo con el propósito de eliminar o prevenir la entrada de competidores en el mercado; la legislación de Nueva Zelanda contiene una disposición similar.

Las reformas procesales incluyen un mecanismo verdaderamente innovador mediante el cual la Corte Federal de Australia puede sesionar en Nueva Zelanda para determinar si hubo abuso de poder de mercado en contra de vendedores de Nueva Zelanda que sean demandados bajo la legislación de Australia, mientras que la suprema corte de Nueva Zelanda puede sesionar en Australia para escuchar las denuncias correspondientes en contra de los vendedores australianos que sean demandados bajo la legislación de Nueva Zelanda, ambas cortes pueden ejercer jurisdicción en el otro país con el objeto de decidir y ejecutar las resoluciones emitidas.<sup>19</sup>

Las demandas antidumping también se han eliminado entre los países miembros de la Comunidad Europea, los productores nacionales de la Comunidad Europea pueden iniciar una demanda antidumping sólo en contra de los exportadores de países que no pertenezcan a la Comunidad

<sup>19</sup> Warner, Presley L., *op. cit.*, pp. 839-54.

CAPÍTULO XV: COMPETENCIA, MONOPOLIOS Y EMPRESAS DE ESTADO 227

Europea.<sup>20</sup> Sin embargo, es más interesante el caso de Australia y Nueva Zelanda, por tratarse de una zona de libre comercio.

Una razón más para eliminar la aplicación de las leyes antidumping entre Canadá, Estados Unidos y México, es que estos países conservan cierto proteccionismo lo cual está en conflicto directo con la teoría de libre comercio. Históricamente, las leyes antidumping designadas para proteger a los competidores en el mercado nacional, han sido usadas como un arma del proteccionismo. Mientras los países luchan por eliminar las políticas comerciales, sin embargo y especialmente cuando van tan lejos como para entrar en un acuerdo de libre comercio con otros países, la retención de las leyes proteccionistas va en conflicto directo con estas acciones. Por consiguiente, la abolición de las leyes antidumping dentro de un área de libre comercio parece ser la declaración final de que un país realmente ha abierto sus fronteras en un área de libre comercio.

Una tercera razón para armonizar las leyes de competencia dentro de los países miembros del TLCAN, es que haciendo esto se ayudaría a equilibrar la posición comercial de los competidores.

Finalmente, hay que reconocer que hay argumentos en contra de la armonización de las leyes antimonopolios y antidumping en los países miembros del TLCAN. Una primera crítica envuelve la ejecución de las resoluciones. Sin haber revisado aquí en gran detalle las disposiciones legales específicas de las leyes antimonopolios y antidumping, de Canadá, Estados Unidos y México, puede decirse al menos que en Estados Unidos y Canadá, el costo de presentar una demanda es mayor —tal vez con una diferencia muy significativa— que el costo de traer una demanda antidumping. Esto se debe a las fuertes pruebas que se requieren bajo las leyes antimonopolio de estos dos países que a las leyes antidumping, sin embargo, esta razón no es suficiente<sup>21</sup> comparada con los beneficios de armonizar las legislaciones. Otra razón consiste en que bajo el TLCAN la eliminación de las barreras comerciales será de manera gradual, por lo que no se podrá hablar de un mercado zonal libre de barreras hasta dentro de 15 años, y por consiguiente lo lógico sería esperar hasta entonces para llevar a cabo esta propuesta. Sin embargo justo es reconocer que a partir de la entrada en vigor

20 Ver Warner, *supra* nota 19, p. 855 (citado en *Council Regulation 2423/88 on Protection Against Dumped or Subsidized Imports from Countries not Members of the European Economic Community*, artículo 1, 1933 O.J. (L 209) 1, pp. 7-9).

21 *Ibid.*, p. 886.

del tratado se eliminarán la mayoría de los aranceles, por lo que se debieron de establecer reglas claras para regular la competencia dentro de la zona de libre comercio.

Estados Unidos, Canadá y México deben mantener sus legislaciones antidumping, o adoptar nuevas leyes de acuerdo con sus deseos, con solamente una disposición legal común en las tres legislaciones, consistente en que las leyes deben de contener una disposición similar que prohíba aplicar las legislaciones antidumping a las mercancías provenientes de cualquiera de los tres países miembros. De igual manera, cada país debe adoptar la legislación de competencia de su elección ampliando el concepto de mercado nacional por el de mercado zonal. La idea es que la legislación de competencia, y solamente la legislación de competencia, debe de aplicarse a los países de la zona de libre comercio de América del Norte.

Por lo que hace al funcionamiento de este mecanismo, en lugar de adoptar la solución implementada en Australia y Nueva Zelanda, lo cual sería imposible dadas las implicaciones que tendría sobre la soberanía de los tres países, podría ser a través del sistema de paneles binacionales contemplados en el capítulo XIX del TLCAN para el caso de dumping y cuotas compensatorias.

Una perfecta unidad podría ser establecida si el TLCAN contuviera las disposiciones legales en materia de competencia para gobernar a los países miembros y que las legislaciones de competencia, así como las de antidumping, no se aplicaran entre los países miembros. Esto se ha logrado en la Comunidad Europea primeramente con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1951, y posteriormente, mediante el Tratado de Roma en 1957.<sup>22</sup>

Aunque a la luz de los debates y desacuerdos que han surgido bajo el TLCAN, especialmente los concernientes a antidumping y cuotas compensatorias, es improbable pensar en la adopción de esta propuesta.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Ver Chapman, *supra* nota 3, p. 187.

<sup>23</sup> Ver Langley and Wu, "Mexican and U.S. antidumping and countervailing duty policies: issues in the free trade negotiations", *23 Law and Pol'y in Int'l Bus*, 891 (1992).

## VII. CONCLUSIÓN

Mientras Canadá, Estados Unidos y México finalizan el TLCAN, una nueva área comercial se está creando. Las leyes de competencia actualmente en vigor en los tres países, generalmente son efectivas para manejar las demandas crecientes que se tienen sobre ellas, sin embargo, es imperativo que los tres países establezcan en sus leyes protecciones eficaces a la competencia en contra de las prácticas depredatorias de precios. Estas protecciones, en México así como en Canadá y en Estados Unidos, deben ser incluidas en las legislaciones de competencia de los tres países. Las leyes antidumping de Canadá, Estados Unidos y México también deben ser revisadas para excluir su aplicación a los bienes provenientes de cualquiera de los tres países.

La legislación antidumping no es necesaria dentro de los países del TLCAN, porque la discriminación depredatoria de precios puede ser prevenida a través de la legislación de competencia, debido a que aquella prohíbe ciertas prácticas discriminatorias de precios que pueden ser deseables, especialmente dentro de un solo mercado o área comercial.

El establecimiento de la eficiencia económica es uno de los mayores propósitos —si no es que el mayor— de la legislación de competencia económica y, también, uno de los objetivos primordiales del TLCAN. Tanto los aranceles como las cuotas compensatorias reducen el alcance geográfico del mercado y eliminan la competencia en los mercados; de esta manera contribuyen al ejercicio del poder de mercado en detrimento de los consumidores nacionales.<sup>24</sup>

La imposición de sanciones antidumping entre las naciones que supuestamente han establecido un mercado único, limita los beneficios creados mediante el establecimiento de ese mercado. Como un autor mencionó, es más apropiado ver la política antimonopolios y la liberación comercial como medios complementarios de lograr la eficiencia económica.<sup>25</sup> El objetivo de maximizar la eficiencia económica en Canadá, Estados Unidos y México, se logra mejor a través de una legislación de competencia efectiva que promueva la eficiencia, en lugar de una legislación antidumping con los resultados contrarios.

<sup>24</sup> Boner, Royer & Kruger, Reinald, *The basics of antitrust policy, a review of ten nations and the European Communities*, Washington, The World Bank, 1991, p. 119.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 119.

Si todos los países contaran con leyes de competencia económica adecuadas y eficaces, si la competencia en todos los países fuera regulada de manera adecuada, las legislaciones antidumping serían cosa del pasado, por lo que es indudable que esto tarde o temprano se va a dar mediante la creación paulatina pero constante de zonas de libre comercio y de uniones aduaneras.