

CAPÍTULO I

DERECHO DE LA COMPETENCIA

- I. Concepto de derecho de la competencia
- II. Antecedentes históricos del derecho de la competencia
- III. Presupuestos económicos del derecho de la competencia
- IV. El derecho económico
- V. Análisis económico del derecho (AED)
- VI. Orden Público Económico
- VII. El derecho de la competencia como derecho de síntesis

CAPÍTULO I

DERECHO DE LA COMPETENCIA

INTRODUCCIÓN

El siglo veinte asistió a la construcción simultánea de sucesivos sistemas económicos: liberalismo, capitalismo, socialismo y sistemas mixtos o de economía social de mercado. El presente milenio abre con procesos inacabados en la economía mundial y que bajo la expresión globalidad impactan a países y regiones.

En este contexto mundial y pese a la presión de sistemas económicos nacionales, en las últimas décadas, hemos presenciado un despliegue, sin precedentes, de la vocación planetaria del capital el cual ha alcanzado un nivel superior en la internacionalización de su movimiento y en la integración, bajo su mando, del conjunto de la actividad económica, rompiendo todas las fronteras que se oponen a su expansión e imprimiendo una lógica con nuevas necesidades y modalidades a nivel empresarial.

Es la globalización como proceso que envuelve la fuerza expansiva de un capital financiero, mercantil y posindustrial, que cuestiona e induce las políticas económicas de los Estados nacionales, y al cual contribuyen las instituciones multilaterales y los tratados de libre comercio, postulando una igualdad entre empresas y países, de niveles de productividad, niveles salariales y de vida y, en consecuencia, de acceso a una modernización capaz de impulsar a los países menos desarrollados y países en desarrollo al aspirado primer mundo.

El proceso descrito afecta a los sistemas jurídicos fincados en la institución estatal, misma que privilegia tres vertientes básicas: 1) el territorio como asiento jurisdiccional de la soberanía; 2) la población como conglomerado humano derivado de un *jus solis* que discrimina entre nacionales y extranjeros y 3) el gobierno, parte fundamental de esa trilogía, encargado de administrar y conducir las relaciones del Estado en el mundo internacional.

En el contexto de globalización y economía neoliberal y al influjo de la Escuela de Chicago, surge el Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*), como una reacción ante la intervención estatal y el fracaso del modelo intervencionista, por lo que dentro del contexto y ante la presencia

de un Derecho Económico de carácter público, responde el Análisis Económico del Derecho que *a mayor regulación, intervencionismo y derecho económico, más ineficiencia económica y productiva*. Es decir, el concepto de eficiencia es considerado como antítesis de las actividades del Estado intervencionista o regulador. Y se comienza a cuestionar ¿hasta dónde pueden llegar las facultades regulatorias del Estado?

Los cambios económicos generan también cambios del sistema normativo. De igual forma, la intervención del Estado como agente económico y su participación en el desarrollo mediante instrumentos de política económica —así como las tendencias actuales fincadas en procesos de privatización y desregulación—, hacen del derecho económico un instrumento en constante evolución, el cual no es ajeno a los efectos y consecuencias de la globalización.

El Estado democrático en su tarea reguladora recurre al derecho para reglamentar las relaciones económicas, definir la organización del Estado y crear los mecanismos necesarios para la solución e controversias.

Bajo el esquema de los Estados modernos, las facultades regulatorias se daban en el ámbito de un territorio, lo cual era delimitado a la luz de un nuevo concepto: el *orden público económico*. En el contexto de la globalización la noción de orden público económico cambia, y al mismo tiempo también es sustituido el concepto de “ciudadanos” por “consumidores”, y determinados sectores de regulación cuentan con un carácter global, por ejemplo, la propiedad intelectual.

El presente capítulo integra elementos conceptuales para comprender el contexto de una disciplina que se abre paso en el mundo del derecho contemporáneo: el Derecho de la Competencia Económica.

I. CONCEPTO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

El derecho de la competencia es una rama del derecho económico que regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y concurrencia, premisas básicas de las economías de mercado. Es una reglamentación específica que recae sobre ciertos comportamientos de los agentes económicos.

La competencia mercantil expresa la lucha del empresario por captar la clientela ofreciendo al mercado productos y servicios a precios, calidades o condiciones contractuales más favorables que las demás. Dicha “*struggle for life*” es un factor inherente a la competencia que, como toda pugna, tiene ganadores y perdedores. Con ella, el competidor busca acceder a la mayor

clientela posible, con lo que limita las posibilidades de colocar sus productos a los demás competidores y, consecuentemente, los elimina.

Por ello, con razón se afirma que el derecho de la competencia protege más la competencia misma que a los competidores y/o consumidores, con lo cual se legitima una presencia moderada y razonable del Estado, vía políticas públicas de competencia. Las normas de competencia precisamente buscan evitar los abusos de la libertad de empresa y de la libertad de pactos en favor del bienestar de todo el cuerpo social.

El derecho de la competencia puede conceptualizarse como aquella rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público.

Como instrumento de las políticas públicas, la legislación de competencia en el derecho comparado persigue los siguientes objetivos:

- a) Promover una asignación eficiente de los recursos.
- b) Proteger el bienestar de los consumidores.
- c) Prevenir / sancionar niveles de concentración empresarial excesivos.
- d) Regular las prácticas anticompetitivas de las empresas que poseen dimensión comercial y que afectan la competencia de los países en desarrollo.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Esta disciplina, por su carácter instrumental, ha transitado por cuatro grandes etapas que plasman situaciones histórico-económicas distintas.

En efecto, inicialmente encontramos una fase reglamentaria agobiante que impedía la competencia. Como afirma un autor: "Durante la Edad Media y parte de la Edad Moderna la economía europea se caracterizó por el dirigismo y el monopolio". El mercado no era libre y para ejercer una industria era necesario obtener la inscripción en la matrícula de las Corporaciones de Artes y Oficios, a las que el Estado o el municipio otorgaban privilegios para poder acceder al mercado¹.

¹ El Estado, el municipio y las corporaciones regulaban la competencia, pero no para defenderla, sino para controlarla o limitarla. Los grandes mercaderes, como los Fugger en Alemania (que dieron origen a la palabra castellana "fúcar", en el sentido de hombre acaudalado) o los Médicis en Italia pactaban entre sí o pactaban

La monopolización de la economía no fue, sin embargo, pacífica. Los abusos fueron minando progresivamente el poco crédito que entre el pueblo y los juristas pudieron tener los monopolios, y así en el mundo anglosajón la repulsa hacia los monopolios se plasmó durante el reinado de Jaime I en el *Statute of Monopolies* de 1623. Mientras tanto la economía sufría una progresiva estatificación. Luis XIV, por ejemplo, dictó las ordenanzas del comercio terrestre y marítimo para controlar la actividad mercantil.

Una segunda fase la encontramos a finales del siglo XVIII, en que se proclama la libertad de industria y de comercio. Es la época en que la Revolución Francesa se ocupó de liberalizar la economía del antiguo régimen y en lucha frontal con el sistema gremial y corporativo. La libertad de comercio y de emprender surge así en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. También conviene mencionar la Ley *Le Chapelier* de 1791 que terminó definitivamente con las corporaciones.

La revolución industrial exigía una revolución en el derecho, entonces incapaz de dominar toda una serie de fenómenos económicos. La libertad de comercio había tenido consecuencias inesperadas. Eliminadas las normas corporativas medievales, los competidores se valieron de todas las armas posibles, ya fueran nobles o innobles, para obtener lucro. Se habían suprimido los gremios, las corporaciones y los controles administrativos pero se había dejado el campo libre a los monopolios privados, a las prácticas restrictivas y a los acuerdos para eliminar la competencia. En palabras de Garrigues, "de la lucha por el cliente se había pasado a la lucha contra el cliente. El régimen de la libre competencia se había devorado a sí mismo, resucitando la plaga secular de los monopolios"².

La tercera fase tiene como escenario los Estados Unidos. Concedores del proceso de concentración económica que, a través de los trusts, se produjo en el último tercio del siglo pasado en los Estados Unidos de Norteamérica, y teniendo en cuenta la limitada solución que el derecho de la época posibilitaba, es defendible que la *Sherman Act* fuera una disposición

con el Rey o con el Papa para asegurarse un determinado mercado y excluir a los competidores. Más tarde, durante el absolutismo, como puso de relieve con pluma magistral el insigne historiador que da nombre a este Centro, los príncipes fueron los mejores abogados de los monopolios, puesto que se valían de ellos —vendiéndolos a comerciantes— para atender el gasto público, de índole preeminentemente bélica. Ver Rogelio Pérez Bustamante, "Fundamentos históricos y jurídicos del Derecho de la Competencia en la Unión Europea", *Obra colectiva*, Dickinson, Madrid, 1999, p. 20.

² *Ibid.*, p. 19.

cuyo objetivo era simplemente la protección de la libertad de empresa que, considerada como la más clara opción por el bien público, se veía amenazada por el ejercicio de la propia libertad y por el poder económico que habían adquirido los conglomerados empresariales. La conocida oposición que el *granger movement* planteó a este proceso de concentración se fundamentaba en la repugnancia que producía la evidente eliminación de competidores que un proceso de competencia no leal conllevaba y la concentración de poder económico —e indudablemente político— que implicaba. De hecho, como remarca Oppenheim, en el debate parlamentario hubo pocas referencias a objetivos económicos ya que en realidad la ley no era más que una adecuación de los principios sobre restricción del comercio establecidos en el *common law*. En este sentido, es mayoritariamente asumido que los fines originarios de las normas antitrust eran obtener precios bajos para los consumidores, permitir una oportunidad para todos aquellos que quisieran participar en el mercado, mantener una estructura industrial que impidiera la corrupción y el abuso de poder y, también, buscar la eficiencia³.

Esta primera intervención estatal destinada a la regulación de la actividad económica tenía un carácter absoluto.

Finalmente, la cuarta etapa del derecho de la competencia la encontramos en la década de los noventa, en donde, como consecuencia de la globalización económica mundial, las normas de competencia no pueden desligarse de tres vertientes jurídicas fundamentales:

- a) la liberalización de los mercados de productos y servicios;
- b) los procesos de privatización de empresas y servicios públicos o estatales; y
- c) la desregulación pausada de sectores tradicionalmente manejados por los gobiernos.

México y Chile ofrecen ejemplos interesantes respecto a la necesaria coherencia y consistencia con que estos aspectos jurídicos deben articularse por las políticas públicas pertinentes.

En efecto, varios ejemplos evidencian la afirmación precedente. Aeroméxico fue privatizada en 1987. Esta decisión pública se llevó a cabo sin que existiera un régimen regulatorio adecuado y sin que se planteara una estrategia para abrir el mercado de la aviación comercial a la competencia. Acto seguido, el gobierno se vio obligado a rescatar a Mexicana de

³ Javier Viciano Pastor, *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*, Editorial Tirant Llobrich, Valencia, España, 1995.

Aviación, la otra aerolínea nacional, sumida en graves problemas financieros. De esta manera, como consecuencia de privatizaciones a favor de inversionistas ajenos a la aviación y de los desordenados procesos de liberalización y desregulación que se llevaron a cabo, se provocó una crisis de la industria, conformándose un monopolio violatorio de la libre competencia.

Es decir, la privatización de una empresa de servicio público sin una adecuada regulación que asegure, mediante la protección de la competencia, la prestación de los servicios con eficiencia económica y con seguridad, puede fomentar la realización de actividades anticompetitivas.

Un segundo ejemplo es la privatización y desregulación de la telefonía. Antes de la privatización del monopolio telefónico gubernamental, se llevó a cabo un profundo proceso de reestructuración financiera y operativa que convirtió a Teléfonos de México (TELMEX) en una opción muy atractiva para los inversionistas. No obstante la opinión de expertos, el proceso concedió un plazo de gracia de varios años para abrir los mercados a nuevos competidores. Un monopolio privado no es necesariamente mejor y, en muchas ocasiones, es peor desde el punto de vista de eficiencia económica que un monopolio público. Al privatizar TELMEX se estableció, a través de su título de concesión, una regulación que previno en buena medida los posibles abusos producto del poder de mercado detentado. No obstante esta regulación, la colocación de TELMEX fue muy atractiva desde el punto de vista financiero, situándose así como una de las empresas más rentables a nivel internacional.

Las reglas para la apertura telefónica no se publicaron sino hasta 1996, siete años después de la privatización. Las discordancias entre estas disposiciones y lo establecido previamente en el título de concesión han dado lugar a litigios y falta de claridad jurídica.

La fase inicial de aperturas se sustentó en una legislación moderna y procompetitiva. Ello, sin embargo, no evitó el surgimiento de dificultades prácticas que obstaculizan el proceso de competencia. En parte, los problemas se explican tanto por las complicaciones que enfrentan las autoridades competentes para regular a la empresa dominante como por las desventajas de los demás agentes económicos respecto de una empresa integrada en todos los servicios de telefonía.

Aun cuando la Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT) contiene disposiciones congruentes con la doctrina más moderna en la materia, orientada a regular a la empresa con poder sustancial en el mercado, no ha sido posible instrumentar las medidas asimétricas necesarias para el desarrollo de la competencia. Sin ellas será prácticamente imposible asegurar el éxito de la apertura en la telefonía. En la actualidad, TELMEX ha ganado un recurso de

amparo por el cual no se le castiga o sanciona como empresa dominante. Sin embargo, la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL) como autoridad regulatoria, está instrumentando una regulación que someta a TELMEX a las condiciones de libre competencia restringiendo su poder de empresa dominante en el mercado telefónico mexicano.

Por su parte, en Chile, la venta de acciones del Estado en el sector eléctrico (ENERGIS) originó el efecto no deseado de crear una posición de mercado dominante, con lo cual la privatización jugó en contra de la libre competencia en el mercado de la energía eléctrica.

Estos ejemplos ilustran cómo la falta de sincronía, congruencia o equilibrio entre las políticas referidas puede tener resultados indeseables para la consolidación de una economía de mercado. Al mismo tiempo, constituyen advertencias contra los planteamientos que descalifican la relevancia de cualquiera de esas políticas, tales como los que consideran a la competencia como un obstáculo para el desarrollo de sectores específicos o que presuponen que ésta debe subordinarse a los objetivos financieros y de inversión de los programas de privatización.

III. PRESUPUESTOS ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En una economía de libre competencia el mercado premia a los productores eficientes y sanciona a los ineficientes. Con ello se incentiva la actividad empresarial, el acceso de nuevas empresas al circuito formal de la economía y una mayor eficiencia.

Por parte de los agentes económicos (productores y prestadores de servicios), ello supone una mayor productividad del capital y de la mano de obra; se reducen los costos de producción y aumenta la competitividad de las empresas en el sentido paretiano que admite a ganadores y perdedores al mismo tiempo⁴.

También, según la teoría de la economía de competencia, las economías de costo se transfieren a los consumidores como resultado de un descenso global de los precios y, en consecuencia, los consumidores se benefician también de una mayor cantidad, calidad y variedad de productos.

Los efectos descritos responden a un modelo o teoría económica que se resume en los siguientes términos:

⁴ Robert Cooter y Thomas Ullen, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

- Bajo condiciones de competencia efectiva se cumplen los objetivos de eficiencia externa e interna, así como otros efectos positivos tales como la igualación del precio del bien o servicio al costo marginal de producción.
- Pugna de los agentes económicos por captar clientes, estimulando la innovación vía investigación hacia nuevos procesos y productos.

Las condiciones que deben presentarse para que opere una economía de mercado bajo la llamada soberanía de los consumidores son las siguientes:

- Pluralidad de oferentes y compradores.
- Producción homogénea de bienes idénticos.
- Información de los consumidores respecto de las condiciones del mercado.
- Movilidad de recursos de una área de actividad económica a otra.
- Libre entrada y salida de competidores en el segmento de mercado respectivo.

Finalmente las fuentes mediatas del derecho de la competencia son dos: el *Derecho Económico* como expresión del poder público que ordena los mercados con criterios macroeconómicos (propiciar el desarrollo económico); y el *Análisis Económico del Derecho* que, bajo el principio de maximizar tiempo y recursos, busca el equilibrio de los factores económicos con criterios de eficiencia dinámica y estática de los agentes protagonistas de la competencia y libre concurrencia.

IV. EL DERECHO ECONÓMICO

Una de las fuentes epistemológicas del derecho de la competencia es su derivación del derecho económico, entendido como la disciplina que instrumenta y viabiliza las políticas públicas del Estado en la globalización o mundialización en curso.

1. Origen y desarrollo

Como disciplina instrumental, el derecho económico ha experimentado mutaciones profundas en concordancia con dos instituciones básicas contemporáneas: el Estado y el mercado que, alternadamente, han definido los sistemas económicos desde el siglo XIX y han alcanzado logros y fracasos de perfiles mundiales.

En efecto, el derecho económico nace como tal en Alemania en la década de los veinte del siglo pasado, al calor de las consecuencias de la Primera Guerra Mundial y cuando la llamada "cuestión social" y el naciente socialismo ruso, agitaban los descontentos y reclamos laborales. Nace, en consecuencia, ligado a la institución estatal y como una disciplina protectora de los débiles y postergados.

En la década de los treinta, con el Presidente Roosevelt en Estados Unidos y las teorías económicas de Maynard Keynes, el Estado legitima y sistematiza su presencia en los sistemas económicos y en las Constituciones de Weimar y Querétaro. El derecho económico adquiere objetividad operativa, sin aún establecer bases conceptuales intersubjetivamente aceptables⁵.

La Segunda Guerra Mundial y la consolidación de los sistemas democráticos en la Europa de Occidente, plasman economías mixtas y construyen el Estado de Bienestar que jurídicamente conocemos como el Estado Social de Derecho. Alemania, Francia, Italia y España contribuyen a teorizar y conceptualizar un derecho económico vivo que entra a regular un orden público económico que equilibra las garantías y derechos empresariales con garantías y derechos de consumidores y empresas pequeñas y medianas, productoras de bienes y/o prestadoras de servicios⁶.

Al otro lado de las economías mixtas de Europa y América, los sistemas socialistas impuestos por la dominación soviética plasman un derecho de la planificación económica, que se vuelve sinónimo del derecho económico (Checoslovaquia, Polonia y la propia Unión Soviética) y que Cuba en América sigue como resultado lógico de su sistema socialista.

En América Latina, el derecho económico se desarrolla en México, Argentina, Brasil, Colombia y Chile, lugares en que en diversas épocas logra

⁵ Jorge Witker, *Introducción al Derecho Económico*, Editorial McGraw-Hill, México, 1999.

⁶ Héctor Cuadra, "Las vicisitudes del Derecho Económico en México a partir de 1917", en *Antología de Estudios de Derecho Económico*, UNAM, México, 1978.

estatura y presencia curricular en las facultades y escuelas de derecho. El derecho económico en estos lares, sigue la corriente europea regulando y diseñando economías mixtas contextualizadas en los modelos sustitutivos de importaciones. El Estado empresario en áreas estratégicas (recursos naturales) y servicios públicos completan el universo ontológico del derecho económico de los años sesenta y setenta en América y el mundo⁷.

Al comenzar la llamada “década perdida” de los ochentas, la economía americana y mundial comienza a experimentar signos de crisis y parálisis. La crisis del petróleo y la posterior masiva deuda externa impactan a las economías desarrolladas y periféricas. El nacimiento de esta nueva era internacional surge dramáticamente con las administraciones Thatcher y Reagan, quienes adhieren a políticas neoliberales radicales, justo en los momentos en que el Muro de Berlín es destruido y la Unión Soviética desintegrada. El estatismo del socialismo real ha perecido y el “fin de la historia” reivindica al mercado como el único asignador eficiente de bienes, servicios y empleos.

Con la globalización y las formas más complejas de intervención económica privada de los mercados, los fenómenos antes mencionados generan nuevos problemas, por ejemplo, aquellos asociados a las diferentes prácticas nacionales que afectan la competitividad internacional. Esto se convierte, inevitablemente, en parte de la condicionalidad bajo la cual se persigue la reforma económica y del Estado. En consecuencia, las agendas de negociaciones internacionales y también regionales —NAFTA, MERCOSUR y ALCA— se encuentran en una coyuntura crítica en que las negociaciones están cambiando desde el tratamiento de los productos, al tratamiento de las políticas y los servicios.

En este escenario de crisis y globalización los sistemas jurídicos adoptan nuevos paradigmas y categorías que rompen con esquemas hasta ayer incuestionables.

El Estado nacional como corporación territorial única y como único centro irradiador de normas jurídicas, se encuentra con algunas categorías que hoy enfrentan problemas no fáciles de resolver bajo el derecho tradicional: derecho público-privado-tribunales jurisdiccionales internos, discriminación entre ciudadanos y extranjeros; empresas y productos nacionales

⁷ En México, Héctor Cuadra, Eduardo Novoa, Esteban Righi, Rafael Pérez Miranda, Rangel Couto y el autor, iniciamos el trabajo de conceptualización y sistematización del derecho económico que con fundamento constitucional implícito no tenía hasta la década de los setentas un reconocimiento doctrinario ni curricular alguno.

vs. empresas y productos extranjeros; inversiones nacionales vs. inversiones extranjeras, etc.⁸

El derecho emergente de la globalización, tanto en los países centrales como en los periféricos, diseña nuevos paradigmas. El trato nacional, el trato de nación más favorecida, el principio de transparencia y los mecanismos alternos para la resolución de controversias cruzan los derechos nacionales exigiendo nuevos operadores del derecho⁹.

La revolución de los servicios alcanza a las profesiones jurídicas y una nueva cultura judicial se abre paso en los estrados de jueces y magistrados. El derecho se permea de lo zonal a lo internacional y la mezcla de sistemas legales se materializa en contratos y convenios cada vez más complejos e innominados.

Estos cambios afectan y condicionan al derecho en general y al derecho económico en particular que se alza, pese a sus detractores, como una disciplina teórica y práctica de vigencia universal con inéditos y complejos desafíos¹⁰.

La legislación de competencia es una expresión de las facultades regulatorias que deben ejercer los Estados nacionales para impedir monopolios, concentraciones y posiciones dominantes de empresas y cárteles y evitar operaciones de comercio internacional que, vía precios depredatorios, distorsionen y perturben mercados perjudicando a los consumidores y agentes económicos en general.

Este derecho, de evidente utilidad para las economías de mercado, debe inscribirse en un Estado nacional redefinido cuyo papel ha variado cualitativamente. En efecto, sus pilares hasta ayer inamovibles se han erosionado irremediamente 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 vigentes

⁸ Alain Touraine, *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 1997, pp. 27 y ss.

⁹ Sergio López Ayllon, *Las Transformaciones del Sistema Jurídico y los Significados Sociales del Derecho en México*, UNAM, México, 1997, pp. 79 y ss.

¹⁰ Entre los detractores cabe mencionar a abogados cooptados por el neoliberalismo económico que han intentado abrogar al derecho económico vía la copia mecánica de un anglosajón "análisis económico del derecho" que sólo evidencia una negación histórica de las raíces sociales del derecho mexicano.

entre los años cuarenta y sesenta, han cedido el paso al mercado como el elemento central para la fijación de los precios, la decisión de las inversiones y la remuneración de los factores productivos¹¹.

Pese a la erosión de tales paradigmas estatales, el derecho económico ha tenido que reformularse y adecuarse a un Estado en transición, regulador e intermediador que coordina los grupos de interés con las megatendencias surgidas de los procesos de globalidad e integración.

2. Derecho económico y facultades regulatorias

En un sentido amplio la regulación es el conjunto de acciones gubernamentales para controlar precios, ventas y decisiones de producción de las empresas, destinadas a evitar que agentes privados realicen comportamientos mercantiles perjudiciales al bienestar de los consumidores y al interés público (salud, medio ambiente, etc.). La regulación, entonces, restringe y vigila las actividades privadas con respecto a una norma de interés público (orden público económico en el lenguaje francés).

Los instrumentos regulatorios (sustancia normativa del derecho económico), pueden ser directos (control de precios, empresas públicas, normatividad de fabricación, 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 motivos que se aducen para imponer regulaciones son corregir las llamadas "fallas del mercado" (esto es, actividades positivas pero que funcionan mal); restringir o prohibir actividades negativas; controlar resultados no esperados en actividades no indispensables; intervenir cuando la competencia está en riesgo de desaparecer o existe pero funciona mal o cuando existe competencia pero otras políticas (comerciales, tratamiento de inversiones extranjeras, etc.) la distorsionan.

Los economistas se dividen en este campo. Los defensores de la regulación la justifican porque piensan que una economía sin regulación carecería de mecanismos para mejorar los medios de coerción económica y, en consecuencia, la sociedad en su conjunto (productores y consumidores) terminaría por perder los beneficios atribuibles a la competencia económica.

¹¹ Edgardo Boeninger, "El papel del Estado en América Latina", en obra colectiva *Estado y Economía en América Latina*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1999, p. 80.

Los enemigos de la regulación, en contraste, argumentan que las empresas y los reguladores pueden incurrir en fallas deliberadas que infligen a la sociedad más pérdidas que ganancias. Las empresas se pueden poner de acuerdo para evadir la regulación o los grupos de interés pueden presionar a los reguladores a fin de imponer regulaciones ineficientes. Los argumentos principales a favor de la regulación se derivan de la economía del bienestar, particularmente de las fallas del mercado.

Los efectos de la regulación sobre la economía tienen amplias repercusiones en distintos aspectos; entre los más importantes destacan el desempeño económico, el cambio tecnológico, la competitividad, el crecimiento y complejidad del sector público. Evidentemente, no se pueden generalizar los resultados para toda la economía y para todas las economías en las cuales se han aplicado políticas de regulación.

A decir de la OCDE, los seis principios eficientes de la regulación son:

- 1) Transparencia
- 2) Apertura en la toma de decisiones y en procedimientos de acceso
- 3) No discriminación autoritaria
- 4) Eliminación de restricciones innecesarias en el comercio
- 5) Coordinación de medidas internacionales y reconocimiento de la equivalencia de regulaciones de otros países
- 6) Aplicación de los principios de competencia desde la perspectiva internacional de la propiedad intelectual.

La regulación económica entonces toma cuerpo en las normas jurídicas que limitan, estimulan, fomentan, inducen, imponen y sancionan conductas económicas específicas creadas para proteger determinados valores colectivos, sociales, públicos o de interés general¹².

Las facultades regulatorias, propias de Estados nacionales modernos, se han acotado y limitado significativamente, alternando y perturbando esquemas institucionales con rasgos de territorialidad. Estas limitaciones y erosiones pueden resumirse en los términos siguientes:

- Limita y condiciona los alcances de sus políticas frente a las políticas de otros países. La autonomía de las políticas es cada vez menor porque las relaciones estratégicas entre políticas, mercados y agentes es también creciente. En efecto, una relación es estratégica porque una decisión que tome un agente o que ocurra en un mercado

¹² Sometiendo a normas a los agentes respecto a tres premisas básicas: a) Qué producir; b) Cómo producir; y c) Para quién producir.

afectará a terceros, independientemente de la voluntad de cualquiera de las partes involucradas.

- La sensibilidad de las políticas internas al cambio económico y político internacional es mayor en un contexto económico expuesto a la globalización.
- Las condiciones de gobernabilidad son más dependientes de lo que ocurra en otros Estados. Por ejemplo, un cambio de la política monetaria, financiera o fiscal de algunos países tiene consecuencias estratégicas en las políticas que sigue una economía nacional o incluso en otros países.
- La noción tradicional de soberanía se redefine porque el intenso dinamismo del cambio internacional lo exige. De hecho, se podría pensar que la noción convencional de soberanía se fragmenta, y ello es una nueva tendencia¹³.

Si bien es cierto que en el modelo neoliberal vigente, el mercado subordina al Estado, no es menos cierto que asigna al poder público una función reguladora mínima; y se busca que el derecho sea el filtro fino, que no entrase ni dificulte el libre accionar de los agentes productivos y mercantiles¹⁴.

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 la regulación de la actividad económica, derivando en una disminución de las normas de derecho público económico y de 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.

Las distintas dimensiones de la globalización han implicado el surgimiento de nuevos problemas en el funcionamiento de los distintos mercados y las instituciones:

¹³ José Ayala Espino, *Instituciones y Economía. Una Introducción al Neoinstitucionalismo Económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 15.

¹⁴ La proliferación de empresas multinacionales, a partir de la segunda mitad de este siglo, acrecentada por las innovaciones tecnológicas que reducen costos y facilitan las comunicaciones, constituye hoy día uno de los mayores retos a la regulación económica emitida por los Estados, dado el ámbito de operación de dichas empresas.

- Rápida expansión de los mercados financieros sin nuevos controles institucionales.
- Creciente lucha de mercados entre las naciones sin reglas del juego institucionalizadas y aceptadas por todos.
- Cambios estructurales en el funcionamiento de los mercados laborales que las instituciones existentes no recogen cabalmente.
- El aumento de la incertidumbre en un contexto de creciente información asimétrica entre países, agentes y mercados. Puede afirmarse que no existe una estructura institucional que permita regular el flujo y procesamiento de volúmenes inimaginables de información.
- Las tradicionales fallas del mercado y del gobierno no sólo persisten sino que se amplifican, en un contexto de “sobrexposición” de las políticas internas a las presiones de las políticas que siguen otras economías.
- Creciente desigualdad social, empobrecimiento y desempleo asociado a los procesos de reestructuración industrial, flexibilización laboral y privatización de una parte de la red de servicios sociales. Las políticas sociales tradicionales que habían contendido con los problemas sociales han sufrido una significativa “desinstitucionalización”¹⁵.

Es evidente, sin embargo, que el dinamismo del cambio económico e institucional se ha acelerado como un resultado del nuevo contexto de globalización e internacionalización de la economía mundial. En efecto, actualmente se reconocen al respecto las siguientes tendencias:

- Un entorno internacional más incierto, complejo, competitivo y desafiante.
- El agotamiento de los modelos de crecimiento económico cerrados y protegidos.
- Una mayor diferenciación social, económica y política en la sociedad.
- Mutaciones en el comportamiento económico y político de los agentes, cambios en las prácticas y modos de producción, etc.
- El surgimiento de nuevas y más complejas formas de organización económica y social.
- Nuevas demandas económicas, sociales y políticas de los distintos grupos sociales y crecientes restricciones financieras, tecnológicas y comerciales para atenderlas.

¹⁵ José Ayala Espino, *ob.cit.*, p. 38.

- Profunda heterogeneidad productiva.
- Una brecha institucional que surge de las contradicciones entre las estructuras institucionales prevalecientes y las prácticas, conductas y transformaciones productivas emergentes.
- Megatendencias.

En suma, los cambios y tendencias descritos ponen de relieve la necesidad de tomar en consideración el papel de las instituciones en las políticas de ajuste y de cambio estructural, especialmente en los procesos de privatización y desregulación. Ello también pone de relieve la conveniencia de considerar los marcos conceptuales y analíticos pertinentes para estudiar más rigurosamente las implicaciones de las instituciones para la eficiencia económica y la equidad social¹⁶.

3. Las privatizaciones como factor de la competencia

Las privatizaciones se han convertido en un fenómeno global actuando como un factor de la mundialización de la economía. Desde las primeras desregulaciones y la apertura a la competencia de los monopolios de telefonía y transporte aéreo en los años setenta, hasta la liberalización completa de los sectores tradicionalmente "excluidos" de la competencia (telecomunicaciones, transporte, energía, agua) y sin exceptuar la gestión privada de los servicios públicos, se ha producido un proceso acelerado que abarca hoy a los cinco continentes. Las privatizaciones han pasado así a constituir un elemento central en la expansión de la inversión y del comercio mundiales.

Se calcula, por ejemplo, que solamente en 1996 los programas de privatizaciones representaron a nivel mundial unos 85,000 millones de dólares y supusieron un aumento sustancial de la participación de los ciudadanos como accionistas en empresas que han reforzado su posición competitiva internacional.

A pesar de su globalidad no existen, sin embargo, fórmulas únicas de privatización aplicables a todos los casos y países. Incluso el propio concepto de privatización integra diferentes realidades. 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 actividades públicas al sector privado de la economía, e incluye la asimilación de la actividad de la

¹⁶ *Ibíd.*, p. 16.

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, la prestación privada de bienes y servicios públicos, y el fomento del denominado "capitalismo popular".

Así, desde una primera definición, la privatización implica la *gestión privada de la empresa pública* con el fin de conseguir la plena equiparación del marco jurídico, los criterios de evaluación en función de los beneficios y no de objetivos extra-empresariales y la aproximación de los sistemas de control de este tipo de empresas con los de la privada. Con estas técnicas lo que se persigue es un aumento de la eficiencia sobre la base del beneficio como criterio de evaluación de la gestión, y del mercado como asignador de recursos.

Adicionalmente, la privatización puede significar una *desregulación* o eliminación de trabas que impiden o dificultan la competencia. La desregulación aparece como una condición necesaria en todo proceso de privatización y con ella se posibilita la competencia en un conjunto de actividades que gozaban de una situación de monopolio o con barreras de entrada. El cambio tecnológico está, de hecho, motivando que sea urgente revisar la caracterización de monopolio natural que posee el suministro de muchos servicios y productos. Es significativo, por ejemplo, que el proceso privatizador se iniciase en 1978 en Estados Unidos dentro del sector de las telecomunicaciones, el de mayor incidencia de las nuevas tecnologías.

Las privatizaciones suponen, por tanto, una primera respuesta a los problemas de ineficiencia de la empresa pública. Ahora bien, la privatización no es una simple transferencia de propiedad del sector público al privado ni un medio para mejorar únicamente la competitividad de la empresa; el efecto de la privatización es fundamentalmente *multiplicador* en el sentido de impulsar un clima general de competencia y de mejora generalizada de la eficiencia. La privatización libera, por tanto, un poderoso efecto psicológico en favor de la competitividad. El aumento de la competencia es una necesidad todavía mayor en el momento actual en el que hemos pasado de mercados nacionales cerrados a mercados globales, en el que se vive una aceleración del cambio tecnológico y de los procesos productivos y en donde sólo organizaciones flexibles con capacidad de adaptación y de respuesta podrán sobrevivir.

Por ello el proceso de privatización tiene una finalidad triple relacionada con la competencia: 1) mejorar la eficiencia del sistema empresarial; 2) desarrollar grupos empresariales y mejorar el tejido industrial para alcanzar dimensiones competitivas a nivel europeo; 3) introducir cambios en el

comportamiento de los miembros de la empresa (gestores, accionistas, empleados, proveedores) para facilitar su competitividad y el desarrollo de activos intangibles vinculados a capacidad de innovación, de creación de marcas, imagen, calidad de los servicios, etc.¹⁷

V. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

El derecho como ciencia social puede ser abordado desde diferentes puntos de vista. En su *Teoría Pura del Derecho*, Hans Kelsen concibe a éste como un conjunto de normas jurídicas u orden normativo de la conducta humana, en tanto que a la Dogmática Jurídica como la vía para explicar las normas positivas¹⁸. Para Norberto Bobbio, en posición opuesta, el derecho puede cumplir una función promocional impulsando las conductas humanas hacia objetivos de progreso y desarrollo¹⁹.

La dicotomía estructura-función que puede ermarcar el fenómeno jurídico descrito (norma-función), encuentra en el análisis económico del derecho un puente epistemológico digno de rescatarse, especialmente para áreas del derecho económico y del derecho de la competencia.

1. Origen y desarrollo

El análisis económico de la norma data de los inicios del decenio del sesenta con los trabajos de Guido Calabresi y de Ronald Coase, los cuales fueron los primeros intentos para aplicar el análisis económico de una manera sistemática a las áreas de las leyes que no regulaban manifiestamente relaciones económicas²⁰.

En efecto, el AED surge en los Estados Unidos derivado de influencias teóricas diversas (realismo jurídico, eficiencia, microeconomía, escuela

¹⁷ Gómez Acebo & Pombo, *Teoría y práctica de las privatizaciones*, Ciencias jurídicas, Madrid, 1997, pp. 23 a 25.

¹⁸ Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Fontamara, México, 1998, p. 43.

¹⁹ Norberto Bobbio, *Contribución a la teoría del Derecho*, Editorial Fernando Torres, Valencia, España, 1980.

²⁰ Los aportes anteriores se enriquecen con Gary Becker quien en su obra *The Economic Approach to Human Behavior* estudia la vinculación entre ley y economía, señalando la gran relevancia que tiene la economía en actos y hechos no mercantiles como la caridad y el amor. Asimismo efectúa el análisis económico del crimen, la discriminación racial, el matrimonio y el divorcio.

neoclásica, neoinstitucionalismo, elección pública, equilibrio paretiano, pragmatismo y sociologismo jurídico, teorías críticas del derecho, etc.), y busca aplicar a las normas jurídicas los paradigmas microeconómicos basándose en determinadas conductas humanas.

Estas conductas o supuestos de conducta maximizadora, equilibrio de mercado y preferencias estables son las premisas determinantes del actuar individual del hombre, (hombre económico, por supuesto)²¹.

En consecuencia, el AED es el estudio de las normas jurídicas a la luz de ciertos supuestos conductuales de los individuos. Así las leyes poseen precios implícitos (tienen costo de oportunidad) y funcionan como un sistema de incentivos u obstáculos en una economía descentralizada y libre.

Richard Posner, uno de los principales representantes de esta escuela, sostiene que:

En los últimos 30 años, el alcance de la economía se ha expandido de manera notoria más allá de su campo tradicional a las transacciones explícitas del mercado. Hoy día, contamos con una teoría económica de los derechos de propiedad, de las organizaciones empresariales y de otra índole, del gobierno y de la política, de la educación, de la familia, del crimen y del castigo, de la antropología, de la historia, de la información, de la discriminación racial y sexual, de la privacidad e incluso del comportamiento de los animales y, por último, del derecho que cubre todo lo anterior²².

Distintas son las posiciones que se asumen en torno al AED, esto depende de la perspectiva de la escuela (tradicional, neoinstitucional, elección pública y estudios de crítica jurídica) y del autor, es decir, si realiza una investigación en un sistema de derecho consuetudinario (*common law*), o en el sistema de derecho escrito o codificado (*civil law*). De hecho, los virtuales creadores de esta disciplina son autores norteamericanos —principalmente de las universidades de Chicago, Harvard, Yale, etc.—, quienes asumen la tendencia neoliberal y dan prioridad a los modelos econométricos, a veces con excesivo nivel de matematización, y su referente jurídico se mueve en el ámbito del derecho consuetudinario. En tal sentido, el derecho y la economía (*law and economics*) “se define como la aplicación de la teoría económica y

²¹ Richard A. Posner, *The Law and Economic Movement*, *The American Economic Review*, EE.UU., mayo, 1987.

²² *Ibid.*, p. 76.

de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley en las instituciones jurídicas". En esa misma línea, Posner define al AED como "el conjunto de estudios económicos que se fincan en un conocimiento detallado de alguna área del derecho; sea que el estudio lo haga un 'abogado', un 'economista', alguien que tenga ambos títulos, o un equipo formado por un abogado y un economista; ello tiene poca importancia". Por el lado de autores que realizan sus estudios en el sistema de derecho escrito, el movimiento es influyente, incluso en Europa, donde se cuenta con la Asociación Europea del Derecho y la Economía, fundada en 1984.

Independientemente de que en Estados Unidos el AED haya trascendido de manera significativa, en Europa y principalmente en España, autores como Joaquín Garrigues y Antonio Polo fueron entusiastas iniciadores de este tipo de análisis. Actualmente Santos Pastor, intelectual plenamente identificado con el AED, 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)²³.

La función positiva del análisis económico del derecho adquiere trascendencia cuando explica la razón por la cual muchas normas no se cumplen, no por falta de respeto, sino porque el germen de su incumplimiento está implícito en la propia norma. Los sujetos llegan al convencimiento 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 la fuerza del mercado, como en verdad lo es, o por efecto contrario al propósito inicial del precepto.

Resumiendo, el AED se presenta como una disciplina innovadora que busca hacer eficientes las normas jurídicas y que trasladadas a cierto modelo económico pueden inducir a crear condiciones eficientes. Sin embargo,

²³ Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Tecnos, España, 1989, p. 50.

surge la pregunta ¿únicamente se busca la eficiencia?, o ¿también alcanzar la justicia y la equidad?

2. Los criterios de eficiencia

Desde el punto de vista económico, el concepto de eficiencia tiene un significado muy preciso: "Una situación es eficiente u óptima, decimos, cuando no es posible encontrar una situación en que alguien pueda ver mejorada su posición sin que para ello al menos otra persona vea empeorada la suya"²⁴. Este criterio es denominado de eficiencia paretiana.

Nos encontramos en situación de eficiencia en el sentido de Pareto (que se denomina asimismo *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)²⁵.

Bajo el criterio de eficiencia de Pareto, optimalidad de Pareto, puede decirse que: dado un estado de cosas, el estado A es superior en términos de Pareto a un estado B si y sólo si al moverse de A a B no se deja a ningún sujeto peor que antes, y esto hace que, por lo menos, la situación de un sujeto mejore. Por otra parte, en términos de Pareto, un estado de cosas es óptimo si ningún otro estado es superior a él; esto quiere decir que cualquier desplazamiento con respecto al anterior estado hace que por lo menos un sujeto empeore, por definición, en la teoría económica.

Un óptimo de Pareto es toda distribución tal que si se cambia para beneficiar a alguna persona, el cambio, necesariamente, perjudica a otra. Es decir, que una distribución es un óptimo de Pareto si, y sólo si, no hay ningún cambio que beneficie a alguna persona sin perjudicar a ninguna²⁶.

En el mundo real se producen ganadores y perdedores, y por tanto, la evaluación bajo los criterios de Pareto muestra serias limitaciones. Amartya

²⁴ *Ibid.*, p. 34.

²⁵ OCDE, *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*, OCDE-Mundi Prensa, 1995, p. 41.

²⁶ C.E. Ferguson y J.P. Gould, *Teoría microeconómica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, p. 444.

Sen, uno de los más influyentes estudiosos de la teoría de la elección social, dice al respecto:

Un estado social se describe como óptimo en el sentido de Pareto si y sólo si no se puede aumentar la utilidad de uno sin reducir la utilidad de otro. Éste es un tipo de éxito muy limitado y, en sí mismo, puede o no garantizar demasiado. Un estado puede ser un óptimo de Pareto con algunas personas en la más grande de las miserias y con otras en el mayor de los lujos, en tanto que no se pueda mejorar la situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos.

El mercado, como sabemos, tiende a dejar de lado a los actores sociales, a las identidades colectivas y a los proyectos sociales. El mercado se rige por una lógica y una ética —la de la maximización y la de la racionalidad instrumental— que intenta colonizar otras esferas, en especial la política, en su propio beneficio²⁷.

La competencia conduce a la eficiencia porque los individuos, cuando deciden qué cantidad deben producir de un determinado bien, igualan el beneficio marginal derivado del consumo de una cantidad adicional y el costo marginal de comprarlas, que es exactamente el precio que tienen que pagar. Y las empresas, cuando deciden qué cantidad deben vender de un bien, igualan el precio que cobran y el costo marginal de producir una unidad adicional. En consecuencia, en equilibrio los costos marginales sociales son iguales a los beneficios marginales sociales²⁸.

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) y la “eficiencia dinámica” (la mejor introducción posible de nuevos productos y de procesos más eficientes de producción).

En los sistemas económicos neoliberales la eficiencia es considerada como un “valor”, lo que se busca es utilizar los factores productivos en el mejor tiempo posible, consumiendo el mínimo de energía y contaminando al mínimo el ambiente, es decir, buscando un “abaratamiento” de la producción.

²⁷ Jaime Cárdenas, “Cuatro reflexiones en torno a una nueva Constitución”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, IJ-UNAM, México, 1999, p. 78.

²⁸ José Ayala Espino, *Mercado, Elección Pública e Instituciones. Una Revisión de las Teorías Modernas del Estado*, Miguel Ángel Porrúa, Facultad de Economía, México, 1996.

Sin embargo, si consideramos que la economía es una ciencia que debe estar al servicio del hombre (y no de las utilidades de una empresa), se nos plantea un gran problema: volviendo al planteamiento anterior, y en busca de dicho "abaratamiento", las empresas introducen tecnología, con lo que, a pesar de la inversión inicial, se reducen costos y generalmente se desplaza mano de obra. La interrogante es, entonces, ante un desempleo masivo dónde queda el concepto de "equidad", lo cual nos lleva a concluir que el concepto de eficiencia es un concepto deshumanizado.

Si el concepto de eficiencia (considerado un valor) carece de valores, y considera que lo social no existe y que la sociedad sólo es una suma de individuos²⁹, surge la necesidad de un replanteamiento en el cual los sujetos o agentes económicos, así como los consumidores, y principalmente el "interés público" coexistan con un concepto de eficiencia que no rompa con la equidad.

En este encuadre, el derecho de la competencia emerge como disciplina instrumental que organiza y reordena los mercados nacionales y regionales, utilizando la indispensable coacción que deriva de un orden público económico que jerarquiza los intereses de consumidores por sobre los corporativos privados³⁰.

²⁹ Para los neoliberales lo social es una consecuencia del mercado y el mercado es un resultado de los mercados de dinero y capitales (financiero y bursátil). En los mercados los individuos forman lo social y es en esta relación donde lo social y lo cultural son un producto de lo mercantil y lo mercantil tiene como base, según los neoliberales, los mercados bursátiles y financieros.

De acuerdo a estos postulados, tanto lo económico como lo social se forman independientemente de la acción del Estado, por lo que éste debe ser un complemento que se ajusta a los dictados de las normas mercantiles y financieras. De esta manera, entre menos participe el Estado en la economía, mejor pueden actuar los mercados para configurar lo social; bajo el libre dominio del mercado se llega al *equilibrio general*, en el cual tanto la generación de bienes y servicios, los precios y la distribución de este ingreso entre los agentes privados, se realizan en términos óptimos.

En mérito a lo anterior, el mercado es la fuente de todo lo social y por tanto es el derecho el que debe ajustarse a las leyes del mercado. Se trata entonces del Estado de derecho regido por las leyes del mercado. Véase a Jorge Witker, *Introducción al Derecho Económico*, *ob.cit.*, p. 75.

³⁰ Bajo la institución estatal las normas de competencia se aplican a los agentes económicos domésticos y extranjeros, pues las conductas anticompetitivas en muchas ocasiones tienen escenarios simultáneos. Es decir, se realizan en un mercado y sus efectos se limitan al territorio de un país o los efectos trascienden las fronteras y sólo perjudican a productores o agentes externos.

VI. ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Tanto el derecho económico como el AED trabajan con un referente espacial: el Estado y el mercado adscritos a un territorio nacional. El referente espacial está dado por un concepto funcional conocido como orden público económico y que, generalmente, se plasma en los capítulos económicos de las Constituciones políticas de los países.

Eros Roberto Grau, en su obra *El Orden Económico en la Constitución de 1988. Interpretación y Crítica*, pone de manifiesto la ambigüedad de este concepto y refiere que a medida que se expresa el concepto orden económico éste se compara con el concepto orden jurídico. Sin embargo, se debe entender que el concepto orden económico se refiere sólo a una parte del propio orden jurídico considerando a éste como un conjunto de principios y reglas jurídicas comprendidas en un orden público, en un orden privado, en un orden económico, así como en un orden social. No obstante ello, la expresión orden público adquiere sentido cuando se considera que se refiere al conjunto de normas coherentes e imperativas que prevalecen sobre el universo de las normas dispositivas del derecho privado.

Según este mismo autor, la expresión orden económico es incorporada al lenguaje de los juristas así como del derecho a partir de la primera mitad del siglo XX, inicialmente con la Constitución de Weimar de 1919, la cual introduce conceptos tales como "orden económico" y "orden social", mismos que se fueron incorporando paulatinamente a los textos constitucionales de los diferentes países donde el capitalismo adquiere un carácter de capitalismo social.

Farjat, en su obra *Droit Economique*, entiende como orden público económico "el conjunto de medidas tomadas por los poderes públicos tendiente a organizar las relaciones económicas, siendo tales medidas tanto de incentivo como autoritarias". Farjat distingue el concepto de orden público clásico en el cual se persigue sólo la preservación de la paz social, y el concepto de orden público económico en el que se buscan fines en particular y se refiere a toda actividad económica válida tanto para los agentes económicos como para el propio Estado regulador de dichas actividades.

Manuel Astudillo define el orden público económico como el conjunto de normas y principios del régimen económico que el sistema jurídico

reconoce como un conjunto de reglas y bienes apreciados por la sociedad democrática para el establecimiento y funcionamiento de su sistema económico³¹.

Por su parte, Raúl Varela define el orden público económico como “el conjunto de medidas y reglas que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas con los intereses de la sociedad”.³²

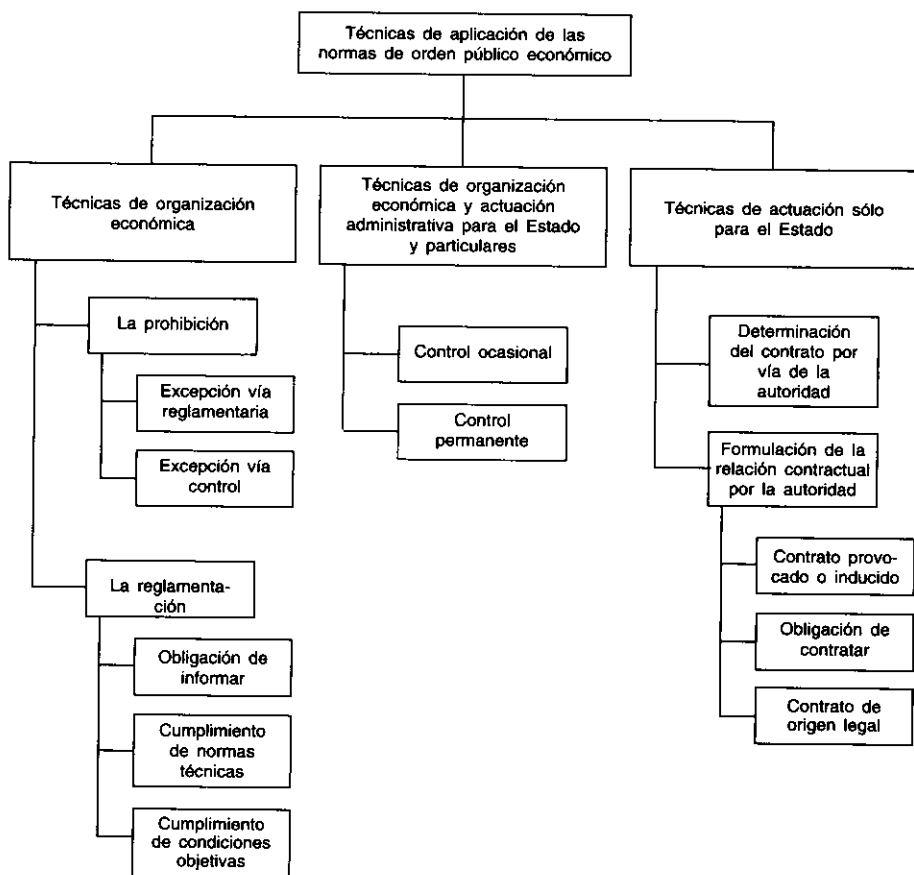
Finalmente, Avilés Hernández describe un conjunto de técnicas de aplicación del orden público económico que conforma el referente espacial y territorial que tanto el Estado como el mercado utilizan para construir las economías en que actúan los agentes económicos en el qué, cómo y para quién producir³³.

Actualmente, el concepto de orden público económico se ha internacionalizado pues, en el contexto de la globalización, las fronteras nacionales son rebasadas tanto por las empresas transnacionales como por los tratados de libre comercio en vigencia.

³¹ Ponencia presentada por el profesor Astudillo en las Jornadas de Derecho Económico “Orden Público Económico” en la Escuela de Derecho de la Universidad de la República, Santiago de Chile, 6 y 7 de octubre de 1999.

³² *Ibid.*, citado por el profesor Astudillo.

³³ Víctor Manuel Avilés Hernández, *Orden Público Económico y Derecho Penal*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, 1998, p. 240.

ESQUEMA DE TÉCNICAS DE APLICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO³⁴³⁴ *Ibíd.*, p. 258

VII. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO DERECHO DE SÍNTESIS

Hemos afirmado que el derecho económico regula, a nivel de los mercados internos, las políticas públicas que los Estados nacionales aplican con orientaciones hacia la inversión y mercados externos.

En América Latina estas políticas públicas se colocan bajo el signo de la liberalización económica, implementan la garantía de la renegociación y pago de la deuda, el saneamiento y estabilidad de las finanzas públicas, el control de la inflación, la aplicación de políticas monetarias, crediticias y fiscales. En otras palabras, la liberalización de la economía hacia adentro y hacia afuera se persigue mediante la desregulación y privatización de empresas públicas, de la competencia y del mercado y por la apertura externa en lo comercial y financiero. Es decir, parte de los poderes de control económico y social es transferido del Estado al mercado³⁵.

Pese a este adelgazamiento o desmantelamiento del Estado, el derecho económico mantiene un poder sancionador coactivo en la organización y funcionamiento de los mercados. Este manejo de una especie de *imperium* de un orden público económico doméstico, influye y da sustancia a un derecho de la competencia que, bajo complejos contextos, debe operar para sancionar y prevenir las conductas empresariales anticompetitivas.

No está demás reiterar que el derecho de la competencia y la política de competencia derivan, en un ambiente de globalidad, de impactos socio-políticos que acotan y delimitan el papel intervencionista-regulador-promotor-productor-arbitral del Estado³⁶.

Respecto al análisis económico del derecho es pertinente afirmar que, como método de reflexión que incorpora categorías económicas a la evaluación funcional de las normas jurídicas, su aporte y contribución al derecho de la competencia es innegable, aunque contradictorio y complejo. Por ejemplo, surgen algunas interrogantes al respecto. ¿Son eficientes las normas de competencia para lograr un mercado dinámico y efectivo? ¿De qué manera lo son o pueden llegar a serlo? ¿Deben ser eficientes y neutrales los órganos encargados de aplicar el derecho de la competencia?

³⁵ Marcos Kaplan, "Estado y globalización. Regulación de flujos financieros", en *Obra Colectiva*, en prensa, IJ-UNAM, México, 2000, p. 11.

³⁶ *Ibíd.*, p. 21.

Las normas de competencia o de defensa de la competencia son un campo fértil para medir el discurso normativo con la práctica de un mercado en libre competencia. El análisis de conductas procompetitivas o anti-competitivas no puede hacerse desde una perspectiva de la dogmática jurídica. La evaluación y análisis del órgano aplicador del derecho de la competencia debe fincarse en los datos o hechos del mercado y los agentes económicos en cuestión. Con derecho jurisdiccional y/o judicial, las normas de competencia se hacen y aplican *in situ* y según la coyuntura y los actores en juego. Es el casuismo o precedente de esta disciplina nacida del derecho judicial. Es un estudio de conductas y por lo tanto reconstructora de un sistema jurídico poco formalista.

Así podemos afirmar que este método o enfoque privilegia más la función de la norma que la estructura formal de la misma. Recordemos que no es un método de tipo normativo, sino un método para analizar aquellas conductas empresariales que, actuando en un mercado específico, se encuentran relacionadas con el derecho, en este caso, derecho de la competencia³⁷.

Pero la complejidad avanza en nuestro argumento cuando rescatamos las premisas filosóficas que articulan el análisis económico del derecho.

Como se ha sostenido, las conductas económicas son la base del sujeto a regular por las normas jurídicas. Ahora bien, esta conducta económica actúa como si pretendiera maximizar su utilidad. Se trata, entonces, de un empresario maximizador de utilidades, a pesar que Posner y G. Beker matizan esta afirmación en el sentido que debe relativizarse en función del contexto o ambiente donde se da la maximización del sujeto³⁸.

La economía de mercado postula, por su parte, que la libre competencia y competencia son los escenarios eficientes y adecuados para que empresas, consumidores y sociedad compartan beneficios y satisfactores. Una economía eficiente entonces, ofrece el contexto para que las empresas maximicen sus utilidades, lógicamente sin vulnerar los derechos de terceros. Sin embargo, puede alguien optar, según la funcionalidad de la conducta económica maximizadora, realizar comportamientos anticompetitivos (monopolios encubiertos, dumping o subvenciones encubiertas, etc.) basado en una evaluación costo-beneficio, esto es, que la observancia de una norma de competencia pueda estar sujeta a un cálculo económico racional de las

³⁷ Ver Herón García Montes, *Notas introductorias al Derecho Económico y al análisis económico*.

³⁸ Gary Becker, *Crime and punishment: An economic approach*, *Journal of political Economy*, Vol. 76, N° 169, 1968.

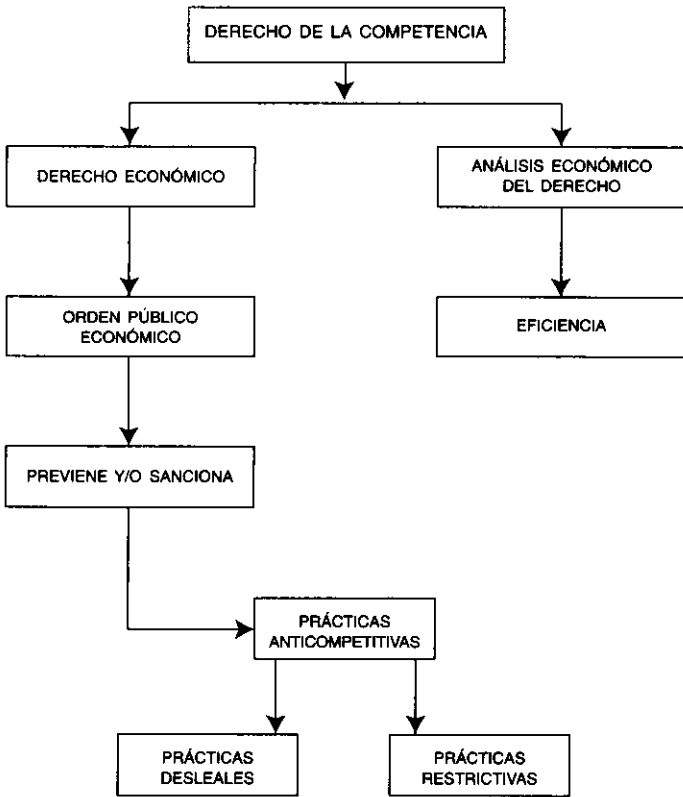
consecuencias del incumplimiento (el riesgo de ser descubierto y el costo relativo a ser sancionado frente a los beneficios de la infracción)³⁹.

Este pragmatismo jurídico, propio de una visión de la economía avalórica y deshumanizante, debe, sin embargo, matizarse. El método del estudio económico del derecho es útil para:

- a) Predecir conductas y medir la eficiencia de las normas de competencia;
- b) Determinar qué normas o artículos de leyes deberán modificarse para ser eficientes;
- c) Analizar las normas en un contexto pragmático-funcional a las conductas o actividad reguladas; y
- d) Visualizar las normas de competencia como instrumentos de beneficio económico para consumidores y productores nacionales en general.

Por ello que el derecho de la competencia lo concebimos como un derecho de síntesis en que el derecho económico aporta normas de orden público económico válidas y que deben aplicarse territorial o extraterritorialmente, mientras el análisis económico del derecho aporta parámetros de medición de eficiencia de las normas que regulan conductas empresariales específicas (competitivas o anticompetitivas) en función de objetivos de beneficio empresarial, de consumidores e interés público general. La estructura del derecho económico se une a la función del análisis económico del derecho para sentar las bases epistemológicas y profesionales (positivas) de un derecho de la competencia o de defensa de la competencia.

³⁹ Héctor García Fierro, "Sociología, Economía y Derecho. Una exposición preliminar", en obra colectiva *Justicia con eficiencia*, AMDE, México, 1996, p. 229.



DERECHO DE ORDENACIÓN DE LOS MERCADOS

Protegiendo

{
 Competidores-productores
 Consumidores
 Interés público