

ALEJANDRO FAYA RODRÍGUEZ

A 30 AÑOS DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN MÉXICO:

*orígenes, desarrollo,
objetivos e impacto*

México, diciembre de 2023.



CONTENIDO

Introducción	3
I. Orígenes y evolución	4
II. El problema del monopolio y las prácticas anticompetitivas	14
III. La política de competencia ante un fenómeno multifactorial	22
IV. Evolución de la política de competencia en México	35
V. Competencia: una política de Estado	46

A 30 años de la política de competencia en México: orígenes, desarrollo, objetivos e impacto

ALEJANDRO FAYA RODRÍGUEZ¹

INTRODUCCIÓN

Las leyes e instituciones en materia de competencia nacieron a finales del siglo XIX en los Estados Unidos como una reacción contra el poder económico, para extenderse alrededor del mundo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. México llegó tarde, aunque ha realizado esfuerzos importantes en las últimas tres décadas para afianzar, jurídica e institucionalmente, un sistema que contribuya al mejor funcionamiento de los mercados.

Aunque a través del tiempo se han discutido cuáles deben ser los objetivos de un sistema de competencia –debate que ha tomado vigencia en la actualidad ante los fenómenos crecientes de concentración y el alcance de la economía digital– estos deben converger hacia el bienestar del consumidor, aunque bajo un enfoque amplio, donde se analice tanto el impacto en precios, así como otras variables como las condiciones de abasto, la pérdida de calidad o innovación y la propia dinámica competitiva.

1 Maestro en Derecho por la Universidad de Oxford y Maestro en Política Pública por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Comisionado de la Comisión Federal de Competencia Económica. La opinión de este artículo representa mi visión personal y no la de la institución de la que formo parte. Agradezco la valiosa revisión y comentarios a este ensayo de Elena López Cueva.

Este capítulo aborda los antecedentes de las leyes e instituciones que tutelan la competencia, sus objetivos e impacto, el problema económico asociado al monopolio y las prácticas anticompetitivas y cómo es que los mercados suelen presentar características –económicas, institucionales o conductuales– que limitan la entrada y restringen los procesos de rivalidad competitiva entre las empresas, lo que amerita la intervención estatal a través de diversas medidas, haciendo una distinción de lo que toca realizar a una agencia de competencia y a otras instancias públicas. La competencia depende de muchas variables y esfuerzos multidimensionales y, por esa razón, debe entenderse como una política de Estado.

I. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

La noción de que los monopolios son tóxicos para las economías y el bienestar de las personas tiene raíces muy antiguas, tal y como lo ilustra el caso inglés *Darcy v Allin* de 1602.² El demandante Edward Darcy, miembro de la corte privada de la reina Elizabeth I, había recibido de la monarca el derecho exclusivo para producir, importar y comercializar cartas de juego en Inglaterra, el cual pretendió hacer valer cuando el demandado, Thomas Allin, quería vender sus propias cartas. Después de un intenso litigio, las cortes del *King Bench* repudiaron la “patente real” porque coartaba indebidamente el derecho al libre comercio y porque el monopolio en cuestión dañaba al público en general a través de precios más altos y menor calidad de los productos. Este antecedente fue de gran influencia en asuntos posteriores, también ligados a la noción de restricciones al comercio, que alimentaron los nacientes principios jurídicos del derecho de la competencia.

El propio Adam Smith, padre de la escuela clásica de economía, exponía en su obra “La Riqueza de las Naciones” de 1776, que los individuos y empresas, en la búsqueda de sus propios intereses, son guiados por una “mano invisible” de forma que sus acciones producen y maximizan el bienestar general. Esta premisa tenía sus propias condiciones: la existencia de suficiente competencia y un “buen gobierno”. Este prominente economista señalaba el riesgo de que los comerciantes pudieran reunirse para aumentar precios o conspirar en contra del público, pues “*las personas del*

2 Edward Darcy Esquire v Thomas Allin of London Haberdasher (1602) 74 ER 1131.

mismo gremio a veces se reúnen para alegrarse o divertirse, pero sus conversaciones pueden terminar en una conspiración en contra del público o en algún artificio para elevar precios".³

A lo largo de la historia hemos aprendido que los mercados no son "autocorrectivos", no operan el vacío y requieren del soporte de múltiples variables institucionales; la "mano invisible" del mercado sólo puede operar con la mano visible del Estado. La posibilidad de que generen resultados sociales óptimos supone la existencia de presupuestos básicos que sólo el Estado puede proveer y proteger, tales como los derechos de propiedad, la seguridad jurídica y física de bienes y personas, la administración de justicia, la corrección de fallas de mercado, así como la implementación de reglas y controles que establezcan un orden mínimo. Una sana relación entre Estado y mercado –como conceptos complementarios y no excluyentes– genera desarrollo y prosperidad en el largo plazo.

Incluso, los proponentes de esquemas de *laissez faire* no llegan al extremo de sugerir la ausencia del Estado, tal y Simons expuso:

*"La idea de que el laissez faire significa una política de hacer nada es equivocada y desafortunada. El Estado tiene una obvia responsabilidad de mantener el tipo de marco legal e institucional para que la competencia funcione efectivamente como agente de control. Entonces, al Estado le corresponden, bajo esta división de labores, responsabilidades y funciones de control enormes: mantener condiciones competitivas en la industria"*⁴

En Estados Unidos, después de la Guerra Civil los sectores de transporte y comunicaciones –como el ferrocarril y el telégrafo– permitieron enlazar a zonas que antes permanecían aisladas. Esto dinamizó la economía; al mismo tiempo cedió paso a empresas con poder sin precedentes. Aunque el gobierno era impulsor de las grandes empresas, el poder económico que acumularon los

3 Adam Smith, "Chapter X" en *The Wealth of Nations*, (1776). Texto original "People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices".

4 Simons, H., "A positive program For Laissez Fare: Some Proposals for a Liberal Economic Policy", University of Chicago, Press Public Policy Pamphlet No. 15, 1934.

denominados “*trusts*”,⁵ las afectaciones que provocaban en los flujos de comercio nacional y su capacidad para depredar mercados y destruir competidores débiles empezaron a ser un fuerte motivo de malestar y preocupación entre agricultores, pequeñas empresas y comunidades locales, lo que preparó el terreno para la primera pieza moderna de legislación en esta materia: el *Sherman Act* de 1890.⁶

En los respectivos debates legislativos los defensores de esta ley aludían a la preferencia del *common law* por la competencia y su hostilidad hacia las prácticas anticompetitivas. La preocupación también se extendía a la posibilidad de que el poder económico se mezclara con el político. Otros objetivos incluían atacar restricciones en la producción, promover la eficiencia, generar oportunidades para los pequeños negocios y evitar transferencias de riqueza de los consumidores hacia los productores. Como señala Eleanor Fox, el *Sherman Act* tuvo en cuenta la diversidad y acceso a los mercados, así como la alta concentración y los abusos de poder.⁷

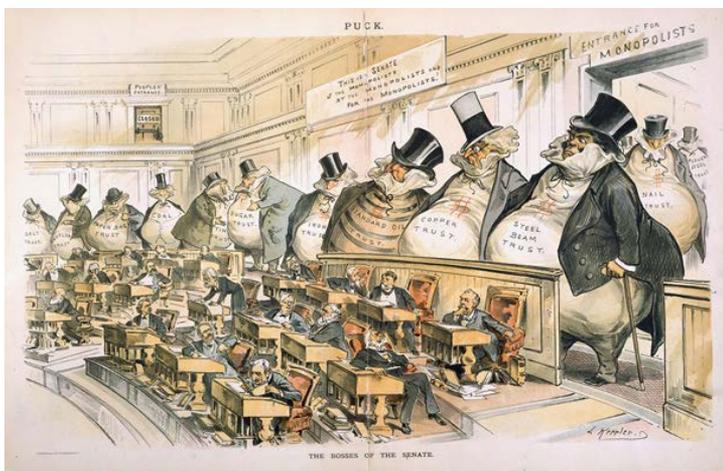
Así, la Sección 1 del *Sherman Act* dispuso que “*todo contrato, combinación en la forma de un trust o una conspiración en retracción del comercio o del comercio interestatal, o con naciones extranjeras, es declarado ilegal*”; la Sección 2 estableció que “*cualquier persona que monopolice o intente monopolizar, o combine o conspire con cualquier persona o personas de monopolizar cualquier parte del intercambio o comercio entre Estados o con naciones extranjeras será culpable de un delito*”. De esta forma, la Sección 1 castiga los cárteles mientras que la 2 los abusos de posición de dominio.

5 Los *trusts* eran estructuras corporativas (*holdings*) que establecían una transferencia de acciones a cambio de un *trust certificate*. Las acciones de las empresas pertenecientes a un determinado sector o industria pasaban al control del *trust*, cediendo así sus derechos de voto y decisión, pero manteniendo el derecho a recibir dividendos. Esta práctica fue una reacción a la rápida industrialización de Estados Unidos en los años posteriores a la Guerra Civil. Los principales sectores involucrados eran el azúcar, whisky, carne, tabaco, acero y petróleo. El petróleo y el acero, las industrias más relevantes, estaban en manos de dos gigantes corporativos, John D. Rockefeller (Standard Oil of New Jersey) y J. P. Morgan (U.S. Steel Corporation).

6 Canadá emitió una ley de competencia un año antes, aunque no con el alcance e influencia de la *Sherman Act*.

7 Fox, E., “*Against Goals*”, *Fordham Law Review*”, Vol. 81, Issue 5, Article 2, (2013) pp. 2157-2161.

Figura 1. “Bosses of the Senate”, 1889



La aplicación del *Sherman Act* tuvo un comienzo difícil y su primera década fue tímida. Por ejemplo, en 1895 la Suprema Corte desestimó una demanda en contra de un trust de azúcar que controlaba el 98 % de la producción nacional bajo el argumento de que las industrias manufactureras estaban fuera del ámbito de aplicación de esta ley.⁸ Este enfoque permisivo favoreció una gran ola de concentraciones, donde diversas pequeñas y medianas empresas se convirtieron en agentes dominantes, como American Tobacco, Du Pont, Eastman Kodak, General Electric y Standard Oil.⁹

No obstante, los criterios jurisdiccionales fueron cambiando y los jueces tomaron un rol más activo y decisivo. En 1911 se presenció un giro de timón, primero con el caso *Dr. Miles v. Park & Sons*,¹⁰ en el cual la Suprema Corte aplicó la prohibición de restricción de precios en acuerdos verticales y después en *Standard Oil v. United States*,¹¹ donde el máximo tribunal concluyó que la empresa había restringido de manera irrazonable el comercio, decretando su fragmentación en 33 entidades independientes, algunas de las cuales

8 United States v. E.C. Knight Co., 156 U.S. 1 (1895) “Sugar Trust Case”.

9 Gellhorn, Kovacic, Calkins, “*Antitrust Law and Economics in a nutshell*”, West Academic Publishing, 2004.

10 Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).

11 Standard Oil Co. de New Jersey v. United States, 221 US 1 (1911).

constituyen en la actualidad el núcleo de la industria petrolera de ese país (como Amoco, Mobil, Chevron y Exxon).¹²

En 1914 el Congreso federal creó la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) y emitió el *Clayton Act* para incorporar un sistema de control de concentraciones.¹³ Si bien el período entre las dos Guerras Mundiales marcó una pausa en la marcha del régimen de competencia, el activismo regresó con una serie de decisiones importantes en contra de agentes económicos como Alcoa (1945), International Salt (1947), Brown Shoe (1962), Philadelphia National Bank (1963), Schwinn (1967) y Procter & Gamble (1967). Las leyes eran aplicadas de manera expansiva y los jueces veían con recelo cualquier desviación del modelo de competencia perfecta. Entre los años treinta y hasta inicios de los setenta tanto las cortes como las autoridades de competencia desarrollaron reglas estrictas a propósito de los acuerdos entre competidores, los arreglos verticales entre productores y distribuidores, el comportamiento de firmas dominantes e incluso las fusiones y adquisiciones; los objetivos abarcaban desde la eficiencia económica hasta la igualdad, libertad económica, ingreso laboral, desarrollo de las pequeñas empresas o hasta la protección de la democracia.¹⁴

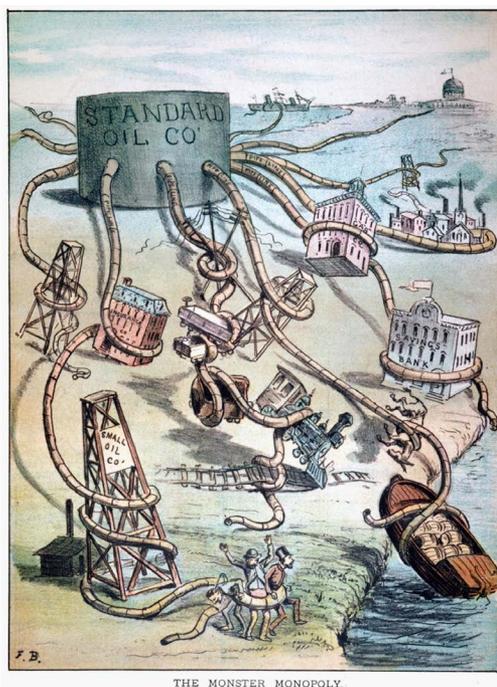
Estas nociones fueron internalizándose en el sistema norteamericano y por ello los análisis sobre teorías de daño suelen dar preeminencia a los efectos de corto plazo en precios, sobreestiman la contestabilidad de la economía y dejan de lado otras variables relevantes. Por todas estas razones el activismo se ha dado principalmente en el terreno de los cárteles y mucho menos en el de las concentraciones o los abusos de dominancia.

12 También en ese año, American Tobacco Company fue desmantelada. *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911).

13 Modificada en diversas ocasiones, a través de la Ley Robinson-Patman (1936), Ley Celler-Kefauver (1950) y Ley Hart-Scott-Rodino (1976).

14 Allison Jones y William E. Kovacic, “*Antitrust’s Implementation Blind Side: Challenges to Major Expansion of U.S. Competition Policy*”, *The Antitrust Bulletin* 2020, Vol. 65, Iss. 2, (2020), pp 227-255.

Figura 2. “The monster monopoly” (Standard Oil)



Si bien el sistema no ha cambiado gran cosa desde entonces, los fenómenos de concentración y la aparición de fuertes dominancias en la economía digital han alimentado una crítica contemporánea en el sentido que el enfoque que ha prevalecido durante las últimas cinco décadas ha sido guiado por un enfoque purista de eficiencia e impone cargas procedimentales y sustantivas excesivas sobre los demandantes, lo que ha relajado el ánimo adversarial de las autoridades y contribuido a consolidar el poder de mercado en múltiples sectores de la economía. Se ha argumentado la existencia de fuertes pérdidas en innovación y desarrollo empresarial de la mano de altos márgenes de ganancia en favor de los dominantes.¹⁵ Aunque no es fácil cambiar un sistema que se ha alimentado por

15 Jason Furman y Peter Orszag, “A Firm-Level Perspective on the Role of Rents in the Rise in Inequality”, en *Towards a Just Society*, ed. Joseph Stiglitz and Twenty-First Century Economics, Columbia University Press, 2018, pp. 19-47.

décadas por una práctica administrativa y por decisiones judiciales más o menos consistentes, algunas voces sugieren redimensionar el sistema de manera drástica y regresar, como al inicio, a un sistema que tutele múltiples objetivos.¹⁶

Los sucesos recientes son ilustrativos y marcan una visión que choca con la lógica del *antitrust* norteamericano construido a lo largo de las últimas cinco décadas. En octubre de 2020 el Subcomité de Derecho Antimonopolio, Administrativo y Comercial de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos publicó un reporte, el cual señala a Facebook, Google, Amazon y Apple como empresas con poder dominante que actúan como “guardianes de acceso” en actividades digitales, y recomendó restaurar la competencia en la economía digital a través de medidas que podrían incluir la separación estructural, regulación *ex ante*, acceso abierto mediante medidas de interoperabilidad y portabilidad de datos, reversión de la carga de la prueba, evitar la adquisición de rivales potenciales, revitalizar la doctrina del insumo esencial, facilitar la reclamación de daños y, en general, fortalecer las leyes de competencia y su aplicación efectiva por parte de las autoridades a cargo.¹⁷

En julio de 2021 el Presidente Joe Biden emitió una orden ejecutiva para promover la competencia en la economía estadounidense; la motivación de este instrumento expone, entre otras cosas:

Sin embargo en las últimas décadas, mientras las industrias se han consolidado, la competencia se ha visto debilitada en muchos mercados, negando a los americanos los beneficios de una economía abierta y agrandando la inequidad racial, de ingreso y riqueza. La inacción del Gobierno federal ha contribuido a estos problemas, con los trabajadores, agricultores, pequeños negocios y consumidores pagando el precio...

16 Jonathan B. Baker, “*The Antitrust Paradigm: restoring a Competitive Economy*”, Harvard University Press, 2019.

Jonathan B. Baker, Jonathan Sallet y Fiona Scott Morton, “*Unlocking Antitrust Enforcement*” en *The Yale Law Journal*, Vol. 127, No.7, mayo 2018, pp. 1916-1920. Lina Khan, “*The Ideological Roots of America’s Market Power Problem*” en *The Yale Law Journal Forum*, junio 4, 2018, pp. 960-979.

17 United States House of Representatives: Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets, Majority Staff Report and Recommendations*, p. 377-389. Disponible en: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf

Esta orden afirma que es política de esta Administración aplicar las leyes de competencia para combatir la concentración excesiva en la economía, el abuso del poder de mercado, y los efectos dañinos del monopolio y el monopsonio, especialmente en los mercados laborales, agricultura, industrias de plataformas digitales, salud (incluyendo seguros, hospitales y medicamentos), reparación de insumos y aquellos mercados en los Estados Unidos directamente afectados por cárteles internacionales.

Es también política de esta Administración aplicar las leyes de competencia para satisfacer los desafíos que representan las nuevas industrias y tecnologías, incluyendo el ascenso de plataformas digitales dominantes, especialmente cuando vienen de fusiones seriales, la adquisición de competidores incipientes, la agregación de información, competencia desleal, la vigilancia de usuarios y la presencia de efectos de red.

La orden reconoce el rol de múltiples autoridades y señala medidas a ser ejecutadas por éstas, e incluye a la *Federal Trade Commission* como institución que está en la “primera línea de defensa”, a la cual se le exhorta aplicar las leyes vigorosamente, así como ejercer sus atribuciones normativas para atender áreas como las siguientes: (i) recopilación injusta de información que dañe la competencia, autonomía del consumidor y privacidad; (ii) restricciones anticompetitivas sobre terceros en los servicios de mantenimiento, como aquellas impuestas por fabricantes poderosos que impiden a los agricultores reparar su propio equipo; (iii) conducta anticompetitiva en la prescripción de medicamentos, como acuerdos para retrasar la entrada de genéricos o biosimilares; (iv) competencia desleal en la actividad minorista de Internet; (v) restricciones sobre licencias ocupacionales; (vi) prácticas de empaquetamiento o conductas exclusionarias en los servicios de intermediación de bienes inmuebles; y (vii) cualquier otra práctica que inhiba sustancialmente la competencia en industrias específicas.

No sorprende que, a principios de 2002, el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission* lanzaran una consulta conjunta para fortalecer el sistema de concentraciones, al considerar que la economía tiende a estar más concentrada, y que la economía moderna requiere de herramientas distintas a las tradicionales; áreas de particular interés son el propósito y alcance de la revisión de concentraciones, las presunciones que pueden adoptarse a pro-

pósito de ciertas transacciones, el uso de la definición de mercado y las amenazas contra la competencia potencial e incipiente.¹⁸

En octubre de 2022, el Departamento de Justicia y 11 estados demandaron a Google por prácticas en las búsquedas en línea y publicidad digital. Dos meses después, la *Federal Trade Commission*, junto con las fiscalías de 46 estados, presentaron demandas contra Facebook por monopolizar las redes sociales y preservar su posición mediante acciones como la adquisición de Instagram y WhatsApp, así como la imposición de condiciones anticompetitivas a las aplicaciones de terceros para el acceso de su plataforma.¹⁹ En 2022 Lina Khan, una de las principales exponentes de la corriente que sus críticos han denominado peyorativamente como “*hipster antitrust*” fue designada como *Chair* de la *Federal Trade Commission*.

El nuevo impulso tiene evidentes motivaciones ideológicas y políticas, pero tiene el mérito de desafiar una práctica y criterios judiciales demasiado estrictos, cuando la mayoría de las jurisdicciones son más abiertas y flexibles. Las cortes federales estadounidenses imponen duras trabas y umbrales en contra de los demandantes, las cuales no necesariamente reflejan el consenso económico o las nuevas realidades.

En Europa, la política de competencia llegó más tarde, sobre todo por la visión del Estado benefactor en tiempos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. La presencia de empresas públicas, mercados internos cerrados, políticas industriales proteccionistas y la búsqueda de estabilidad no permitían tener a la competencia como objetivo. Aunque las primeras legislaciones nacionales surgen en Alemania y el Reino Unido, el Tratado de París de 1951²⁰ –que prohibía obstáculos al comercio y prácticas restrictivas en el carbón y el acero– y, posteriormente, el Tratado de Roma de 1957 –que da origen a la Comunidad Europea–, sentaron las bases de uno de los

18 Federal Trade Commission, *Federal Trade Commission and Justice Department Seek to Strengthen Enforcement Against Illegal Mergers: Agencies Launch Joint Public Inquiry Aimed at Modernizing Merger Guidelines to Better Detect and Prevent Anticompetitive Deals*, Comunicado de Prensa, 18 de enero 2022. Disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/01/federal-trade-commission-justice-department-seek-strengthen-enforcement-against-illegal-mergers>

19 District Court for the District of Columbia, Case No.:120-c-v-03590. *Federal Trade Commission v. Facebook*.

20 Celebrado entre Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux, miembros fundadores de la Comunidad Económica Europea.

sistemas de competencia más vigorosos del mundo. Es un hecho que las autoridades supranacionales europeas desconfían de los mercados y que suelen ser mucho más intervencionistas que sus pares norteamericanos. Después de que en Europa la propiedad pública de múltiples servicios fuera la regla –mismos que comenzarían a ser privatizados en las últimas décadas del siglo XX– es normal esperar que, a diferencia de los Estados Unidos, exista en esa región un mayor número de agentes dominantes que no son el resultado espontáneo de la eficiencia.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la política de competencia ha adquirido tintes globales en la medida que un gran número de jurisdicciones del mundo –en todos los continentes– adoptaron una ley y edificaron una autoridad en la materia, tomando como referentes ya sea a Estados Unidos o Europa, o una mezcla de ambas jurisdicciones, comúnmente con enfoques de eficiencia y bienestar al consumidor, aunque no tan rígidos o estrictos como el sistema norteamericano.

Desde la década de los noventa, ganó terreno la visión de intensificar el uso y mejorar las herramientas de competencia para perseguir con eficacia tanto a los cárteles como a los abusos de posición dominante, así como para vigilar transacciones que pudieran generar fenómenos de concentración anticompetitivos. A la par, a nivel internacional existen importantes foros de diálogo, cooperación e intercambio, con el propósito de acelerar el aprendizaje e identificar las mejores prácticas de las autoridades de competencia.²¹

En la actualidad los sistemas de competencia enfrentan retos significativos. Cada vez es más difícil recabar pruebas sobre la realización de conductas anticompetitivas y el dinamismo, la complejidad de algunas actividades o la falta de información pueden complicar el análisis económico fiable. Muchas jurisdicciones enfrentan problemas similares: desde un aparente agotamiento de la eficacia del programa de inmunidad hasta la aplicación desmesurada o inapropiada de derechos y garantías que obstaculizan la función administrativa. En paralelo, los niveles de concentración y problemas económicos que se observan en múltiples países generan presiones y críticas, a veces justas, otras sin fundamento, sobre la eficacia y

21 Por ejemplo, la Red Internacional de Competencia agrupa, a la fecha, a agencias nacionales y multinacionales de competencia de todo el mundo: 30 de América, 50 de Europa, 23 de África, 30 de Asia y 6 de Oceanía.

utilidad de los sistemas de competencia. Hay que agregar que la economía digital supone retos mayúsculos, pues la aparición de plataformas y conglomerados digitales entrañan retos y problemas inéditos que es menester atender con los enfoques apropiados para tutelar el bienestar del consumidor y limitar el abuso de poder, sin destruir oferta ni disminuir la innovación.

II. EL PROBLEMA DEL MONOPOLIO Y LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

En un mercado ideal existen múltiples oferentes, no hay barreras a la entrada y salida, los productos son homogéneos y nadie es lo suficientemente fuerte como para influir en los precios, los demandantes tienen información perfecta sobre los bienes y servicios ofrecidos y pueden optar por diferentes opciones de abasto. Los productores tienen ganancias estrechas, pues los precios son cercanos a sus costos –aunque manteniendo rentabilidad que les permite participar– y los consumidores obtienen valor por su dinero, ya que consiguen un satisfactor a un precio menor al que estarían dispuestos a pagar.

Sin embargo, la realidad es muy distinta y la regla es la imperfección a distintos niveles y por diversas causas, por ejemplo:

1. Existen barreras estatales a la entrada a distintos grados y niveles: desde aquellas que persiguen un fin público legítimo e implican costos, requerimientos, límites o impedimentos, hasta otras que injustificadamente restringen la oferta, impiden la competencia, discriminan, favorecen a algún proveedor o incluso legalizan una situación de monopolio.
2. Diversos sectores generan por su propia naturaleza estructuras más o menos concentradas, pues exigen grandes sumas de capital, tecnología y *know-how* para arrancar y, sobre todo, tienen que operar a gran escala para ser eficientes (“economías de escala”).
3. Los participantes pueden optar por emprender conductas, unas legítimas y otras no, para posicionarse y limitar la presión competitiva o el crecimiento de sus rivales.
4. Muchos bienes y servicios suelen estar diferenciados, la información disponible es limitada, imperfecta y asimétrica.

Con frecuencia el consumidor enfrenta costos de cambio y transacción, e incluso su comportamiento está afectado por patrones irracionales, sesgos cognitivos y aspectos culturales que influyen en sus decisiones.

5. Las variables institucionales y las condiciones competitivas de un país impactan de sobremanera en la dinámica de una economía, incluyendo los fundamentos macroeconómicos –que permiten invertir y tomar decisiones a largo plazo–, así como la seguridad y certidumbre jurídica, el nivel de Estado de Derecho, la neutralidad en las políticas públicas y el clima general para hacer negocios.

Por lo anterior, es común observar estructuras que se alejan del modelo de competencia perfecta, como las oligopólicas o aquellas donde existe dominancia por un agente económico.

El monopolio constituye el extremo que más se aleja de la competencia. Deriva de la existencia de un solo proveedor, sin bienes sustitutos y con fuertes barreras a la entrada –naturales, económicas, jurídicas o de negocios– que impiden la entrada a competidores potenciales por un tiempo considerable. El monopolista busca fijar su producción en el nivel donde maximiza su beneficio, que conforme a la teoría económica será donde el ingreso marginal sea igual al costo marginal; en otras palabras, producirá hasta aquella última unidad que le reporte ganancia adicional. Lo cual implica reducir la oferta y cobrar a un precio por encima del nivel que prevalecería bajo un entorno competitivo (“pérdida irrecuperable de eficiencia” y “pérdida de bienestar del consumidor”, respectivamente).

En un segundo nivel tenemos a un mercado donde un jugador tiene poder dominante, lo que supone que cuenta con la capacidad para “comportarse de manera independiente a sus competidores, clientes y consumidores”,²² de forma tal que puede incrementar precios sin incurrir en pérdidas. Esto significa que cualquier migración de clientela como respuesta a un incremento de precios quedaría superada por los ingresos obtenidos de los consumidores cautivos. Las consecuencias en ambos casos –monopolio o poder sustancial– son parecidas.

22 United Brands Company y United Brands Continental v. Comisión, Rec. 1978, p. 207, apartado 65; y Hoffmann-LaRoche & Co. AG v. Commission, Case No. 85/76, [1979] ECR 461. la Comisión Europea, el concepto de independencia está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión, y así las decisiones de la empresa son en gran parte insensibles a las acciones y reacciones de sus competidores, sus clientes y, en último término, de los consumidores.

Tabla A. Estructuras de mercado

Tipo de mercado	Características	¿Competencia?
Competencia perfecta	<ul style="list-style-type: none"> • Múltiples proveedores y demandantes • Tomadores de precio (“<i>price takers</i>”) • Información simétrica y completa • Bienes homogéneos • Libre entrada y salida 	Plena
Competencia monopolística	<ul style="list-style-type: none"> • Múltiples proveedores y demandantes • Diferenciación entre proveedores que les otorga cierto poder para influir en el precio, aunque se ejercen presión competitiva entre sí • Libre entrada y salida 	Intensa
Oligopolio	<ul style="list-style-type: none"> • Pocos proveedores, normalmente entre 2 y 5 • Cada proveedor influye en precio y cantidades • Interdependencia entre proveedores • Relaciones colaborativas o competitivas • Ausencia de sustitutos • Barreras a la entrada y en ocasiones a la salida 	Factible, aunque normalmente reducida
Dominancia	<ul style="list-style-type: none"> • Un proveedor con capacidad de subir precios sin incurrir en pérdidas, con altas cuotas de mercado • Los demás participantes no tienen la capacidad para ejercer presión competitiva sobre el dominante • Ausencia de sustitutos • Barreras a la entrada y en ocasiones a la salida 	Casi nula
Monopolio	<ul style="list-style-type: none"> • Un solo proveedor • Ausencia de sustitutos • Barreras a la entrada y en ocasiones a la salida 	Nula

A pesar de ello, existe un consenso en el sentido de que una posición dominante o el monopolio, no pueden ni deben prohibirse o castigarse por sí mismos. Una de las premisas más elementales de la política de competencia es que los agentes tengan incentivos poderosos para invertir, innovar y ganar la preferencia del consumidor, lo que no podría acontecer si su crecimiento orgánico, cuotas

de mercado o utilidades estuvieran topadas *ex ante*. Como señaló el Juez Hand en *Aluminium Co. Of America*: “(...) un productor único podría ser el sobreviviente de un grupo de compañías, meramente en virtud de su destreza superior, previsión y capacidad industrial (...) el competidor exitoso, habiendo sido alentado a competir, no puede ser repudiado cuando gana”.²³

Además, existen monopolios naturales pues, en determinados escenarios, es más eficiente tener un solo oferente que varios y el mercado no admitiría otro resultado.²⁴ ¿Sería viable tener dos aeropuertos en una pequeña ciudad o dos vías férreas o gasoductos de trazo paralelo?

Bajo un enfoque estructuralista podemos asumir que altos grados de concentración pueden condicionar el comportamiento de las empresas, dificultar las condiciones de entrada y generar problemas de oferta y precio en perjuicio del público consumidor. Pero no siempre será el caso, pues existen mercados que por sus características inherentes serán oligopólicos y capaces al mismo tiempo de funcionar con dosis aceptables de competencia. También importa mucho el sector en cuestión, pues las cuotas de mercado pueden ser volátiles por diversas razones y variar por el ingreso de nuevos jugadores o por el simple avance de la tecnología.

No obstante, no podemos tratar la concentración económica y los problemas de competencia como si se tratase de cosas independientes. Aunque la concentración no se traduce siempre en una falta de competencia, a menudo existe una relación causal entre ambas. Además, la concentración excesiva o los niveles de ingreso corporativo extraordinario –en mercados que deberían ser competitivos– son señal obvia de que algo anda mal. En mercados específicos la concentración puede ser especial causa de preocupación. En los mercados digitales caracterizados por poderosos efectos de red, crecimiento a costo cero, propensos a un fenómeno de monopolización (“*tipping*”) y donde la tecnología permite generar conglomerados eficientes, así como amasar y procesar fuertes volúmenes de información, el tamaño supone riesgos especiales.

23 United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (1945).

24 Existen ciertas actividades que fueron en su momento monopolio natural y dejaron de serlo por los avances de la tecnología, tal y como aconteció con la telefonía fija frente a la aparición de las redes inalámbricas.

Por todo lo anterior, las políticas de competencia y regulatoria deben entrar en juego, especialmente en sistemas basados en el libre mercado. La política de competencia aplica para sancionar el abuso de la posición de dominio y prevenir fenómenos de concentración anticompetitivos, lo que sucede cuando una fusión o adquisición genera un agente dominante que antes no existía o le otorga poder para controlar un insumo, bloquear el acceso de competidores o desplazar a los que ya operan. Aunque a menudo se diga lo contrario, en competencia el tamaño sí importa; la participación de mercado de una empresa puede generar una presunción creíble de que tiene dominancia y, por tanto, la capacidad para fijar precios o restringir la oferta de bienes y servicios sin que pueda haber una reacción o presión competitiva, sea de los competidores, consumidores o compradores.²⁵ Esto no significa que el análisis deba agotarse en una fotografía de las participaciones de mercado, pues también deberá considerarse cualquier tipo de competencia actual o potencial y, sobre todo, si ésta puede contrarrestar la capacidad del dominante de manera probable, oportuna y suficiente. Para lo cual será necesario examinar aspectos como la existencia o ausencia de barreras, los costos de importaciones, el acceso a fuentes alternativas y las conductas y comportamiento de las empresas involucradas.²⁶

Los sistemas modernos de competencia se alejan de la idea de “quebrar” empresas por más dominantes que sean, sino que se concentran en evitar fenómenos de abuso. Ordenar la desincorporación de activos para eliminar una dominancia siempre es problemático y riesgoso, pues es difícil predecir cuál será el resultado y si éste dejará en mejor posición a los mercados. De hecho, reducir el tamaño de empresas por decreto puede generar ineficiencias y perturbar los procesos productivos, lo que terminaría dañando al consumidor en lugar de beneficiarlo. Además, la ejecución y monitoreo de una medida de esta naturaleza puede ser muy

25 Para la mayoría de las agencias incluso existe una presunción –no definitiva– de que las empresas con determinadas participaciones de mercado tienen posición dominante. Ver *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*: Chapter 2, Federal Trade Commission, 2015: https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-2#N_40 y *AKZO Chemie BC v. Commission*, para. 60; Caso T-228/97, *Irish Sugar v. Commission* EU:T:1999:246, para 70, y *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, para. 41, respectivamente.

26 Richard Whish y David Bailey, *“Competition Law”*, Oxford University Press, Octava Edición, 2021.

difícil de administrar. Como señala Kovacic, la experiencia de las medidas de desconcentración en Estados Unidos –la única jurisdicción con experiencia significativa en este tema– no es positiva pues muestra “una larga crónica de derrotas costosas y victorias intrascendentes”.²⁷ En el contexto de concentraciones la situación es muy distinta, pues es viable y efectivo identificar un activo que genera un traslape anticompetitivo y ordenar su no adquisición o desinversión posterior, por la sencilla razón de que éste funcionaba de manera independiente antes de su venta.

Por su parte, los acuerdos anticompetitivos entre competidores son “la violación más atroz de las leyes de competencia”²⁸ porque, en afrenta al consumidor, las empresas intentan replicar una situación de monopolio en un mercado que por su naturaleza debería ser competitivo. La OCDE señala que entre 1990 y 2016 las ventas nominales afectadas por cárteles internacionales excedieron 50 trillones de dólares y los sobrepuestos excedieron 1.5 trillones. Ivaldi, Jenny y Khimich concluyen que el daño de los cárteles en economías en vías de desarrollo –en términos de ventas afectadas– alcanza el 6.38 % del PIB y provoca precios injustificados de hasta 1 % del propio PIB.²⁹

Un estudio de 2013 que utiliza una muestra de 191 casos revela que el promedio y la mediana del sobrepuesto de los cárteles europeos eran del 20.7 % y el 18.37 %, respectivamente, con un tiempo

27 William W. Kovacic, “*Failed Expectations: The trouble Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration*”, en *Iowa Law Review*, Vol. 74, No. 5, julio 1989, pp.1105-1150. El caso más exitoso fue la partición de AT&T implementada en 1982 por medio de un acuerdo. Los servicios de telefonía local quedaron intactos porque dependían de comunicación alámbrica, mientras que los de larga distancia fueron separados porque dejaron de ser monopolio natural al utilizar redes inalámbricas.

28 Organisation for Economic Co-operation and Development, “Preamble” en *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartel*, 2019. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>

29 Organisation for Economic Co-operation and Development, *Cartel Damages to the Economy: An Assessment for developing Countries, A Step Ahead, Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*, World Bank Group, 2017. Disponible en <http://www.oecd.org/competition/competition-policy-for-shared-prosperity-and-inclusive-growth.htm>

medio de vida de 8.4 años.³⁰ Connor analizó una muestra de más de setecientos estudios económicos y decisiones judiciales que contienen más de dos mil estimaciones de sobrepuestos aplicados por cárteles; conforme a este análisis, el promedio de sobrepuesto para cárteles exitosos detectado llega hasta el 52 %.³¹ Lo anterior no incluye la pérdida irrecuperable de eficiencia, o sea, el efecto provocado por la reducción de oferta y el costo de oportunidad de los consumidores que dejan de acceder al bien o servicio; tampoco, pérdidas de otro tipo, como el deterioro de las condiciones de oferta, le pérdida de calidad o innovación.

Por ello, es generalmente aceptado que los cárteles “sólo pueden ser detenidos y evitados si las leyes, sanciones y procedimientos son efectivos, apropiados y tienen un poder disuasivo. Al respecto, Kolasky sostiene:

“Nuestra prioridad número uno debe ser una vigorosa aplicación de la ley en contra de los cárteles. Los cárteles son la misma antítesis de la competencia. Permiten que competidores ineficientes se unan entre sí para gozar de una vida fácil a expensas de sus clientes. Mientras que los monopolios a veces pueden producir con eficiencia, los cárteles, por definición, no tienen ningún potencial de generar eficiencia en lo absoluto. [...] la actividad concertada está de manera inherente llena de riesgo anticompetitivo porque priva al mercado de los centros independientes de toma de decisión que la competencia asume y exige”³²

Ante escenarios de monopolio o poder dominante, la regulación debe establecer estándares y reglas para asegurar condiciones apropiadas de oferta, precio y calidad, en particular cuando se trate de servicios públicos. Cuando las empresas son monopólicas o dominantes elevarían los precios –sin que nadie pueda evitarlo–

30 Florian Smuda, “Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law”, Centre for European Economic Research, Discussion Paper No. 12-050, 29 de julio de 2012.

31 John M. Connor, “Price-Fixing Overcharges”, 24 de julio de 2014. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400780>. Ver también John M. Connor y Robert H. Lande, “Optimal Cartel Fines”, 16 de octubre de 2018. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1285455>

32 William J. Kolasky, “What is competition?” en *Seminar on Convergence Sponsored by the Netherlands Ministry of Economic Affairs*, The Hague, Netherlands, October 28, 2002.

en aquel punto donde alcancen su máxima rentabilidad. Regular las tarifas de los servicios que presta un aeropuerto, del porteo de electricidad en las redes de transmisión o del transporte de gas por un gasoducto es cuestión obvia de política regulatoria.

En ocasiones una firma difícilmente podría comportarse de manera competitiva dada la estructura en la que participa, por lo que no haría mucho sentido esperar a que se materialice un daño para entonces intervenir. Incluso, la regulación puede tener como objetivo subyacente “inyectar competencia”, lo cual puede lograrse a través de medidas como las siguientes:

- i. separar funcionalmente, dentro de una misma unidad económica, distintas actividades;
- ii. promover y garantizar acceso abierto y no discriminatorio a determinados insumos esenciales;
- iii. regular precios cuando no existan condiciones de competencia para evitar prácticas explotativas en perjuicio de usuarios y consumidores;
- iv. limitar la dominancia de agentes económicos para facilitar, así sea de forma transicional, la maduración de ciertos mercados;
- v. facilitar la disponibilidad de información y movilidad del consumidor entre proveedores alternativos,
- vi. garantizar un piso parejo cuando en una misma actividad participen empresas propiedad del Estado y particulares, y
- vii. excepcionalmente, separar o desincorporar activos o partes sociales.

En resumen, el monopolio y los “problemas de competencia” son una de las fallas de mercado más visibles, lo que justifica intervenciones públicas encaminadas a prevenir, corregir y, en su caso, castigar conductas, regular comportamientos, revisar estructuras, replicar en la medida de lo posible resultados competitivos, así como fomentar la entrada de empresas y el ambiente de rivalidad competitiva entre éstas.

III. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA ANTE UN FENÓMENO MULTIFACTORIAL

La competencia es un proceso de rivalidad económica a través del cual las empresas se comportan de manera independiente para lograr sus objetivos legítimos –cuota, rentabilidad, preferencia del consumidor, reputación, entre otros– lo cual genera poderosos incentivos a la eficiencia, es decir, a producir más, mejor y al costo más bajo posible. En el agregado, esto genera una descentralización de decisiones a lo largo de una economía, la que será más apta para producir lo que la sociedad necesita. Esta noción básica explica la superioridad del mercado sobre sistemas en los cuales el Estado ha pretendido centralizar o dirigir los medios de producción.

La existencia de condiciones de concurrencia –libre entrada de empresas– y competencia –rivalidad competitiva– son factores esenciales para que la economía funcione en su versión más elemental. El concepto de “mercado” presupone una pluralidad tanto de demandantes como de oferentes, sin restricciones indebidas en cuanto a la entrada, salida, flujo de información y movilidad. Sin embargo, estas premisas no suelen actualizarse en la vida real por diferentes motivos, y es aquí donde entra en juego la política de competencia, que podría definirse como todo esfuerzo o medida implementada por el Estado para garantizar una dinámica competitiva saludable, de forma tal que las empresas estén forzadas a competir y a diferenciarse entre sí.

Como se ha expuesto, esto depende de varios factores, principalmente:

- De las características estructurales, incluyendo riesgos, costos de entrada y permanencia, los niveles de concentración y de rivalidad competitiva existentes, así como las condiciones de oferta y demanda;
- Del diseño y aplicaciones de las reglas del juego –leyes, regulaciones y políticas públicas– que rigen y determinan, entre otras cosas, las condiciones de acceso, operación y salida de los agentes económicos; y

- De la investigación y sanción de conductas anticompetitivas de las empresas, ya sea por coludirse o abusar de su posición dominante, así como la revisión *ex ante* de transacciones que pudieren generar fenómenos de concentración indeseables.

Por ello hay que distinguir entre la política de competencia en general y la legislación de competencia en sentido estricto, pues mientras la primera abarca cualquier acción pública o medida conducente a promover mercados libres y competidos, la segunda se refiere a la aplicación de herramientas para controlar fenómenos de concentración, así como prevenir y castigar conductas anticompetitivas.

Suele pensarse que las agencias de competencia, dado su mandato, son responsables de garantizar la competencia, pero esa percepción carece de fundamento. Es absurdo pensar que una autoridad, que hace uso de herramientas relevantes, pero aun así de alcance limitado, puede por sí sola corregir estructuras y crear un ambiente de competencia pleno.

Es evidente que esto depende de múltiples factores y variables que no están en control de la agencia, lo que es todavía más visible en el contexto institucional mexicano, caracterizado por estructuras atrofiadas, restricciones injustificadas a la actividad emprendedora, intervencionismo o proteccionismo, corrupción, así como un deteriorado Estado de Derecho que genera incertidumbre, actuaciones gubernamentales caprichosas, favoritismos y desvíos de poder. Por todo esto, una autoridad de competencia debe juzgarse por el valor de sus intervenciones y los beneficios específicos que generen, cuantitativos o cualitativos, y no por variables macro y exógenas o por mediciones –artificiales y normalmente erróneas– relacionadas con los grados de concentración de la economía en general.

Aunque no sería tarea de las leyes de competencia modificar las estructuras y condiciones de la economía, eso no implica que los instrumentos previstos en ellas dejen de hacer una valiosa contribución a la causa, dentro de sus confines y marcos lógicos de acción. Shapiro, al reflexionar sobre el rol de la competencia en el contexto de la preocupación creciente por la concentración del poder económico y político de las grandes empresas en Estados Unidos, concluye que la respuesta debe estar orientada a mayores esfuerzos de persecución contra cárteles, un control más estricto de las concentraciones y un enfoque más severo contra prácticas exclusionarias llevadas a cabo por firmas dominantes. Habla de

un sentimiento populista en el siglo XXI que puede dañar a la política de competencia, la cual, en su opinión, debe alejarse de la mentalidad de que todo lo grande es necesariamente malo y, en cambio, ceñirse al principio fundamental que ha guiado por tantos años a la política de competencia y que nada en la evidencia sugiere abandonarlo: “*proteger el proceso competitivo para que los consumidores reciban el beneficio de la competencia vigorosa*”.³³

Mantener las cosas en su cauce implica reconocer las limitaciones naturales de la política de competencia y, al mismo tiempo, la valía de sus contribuciones particulares. También requiere entender que lograr las condiciones de progreso y desarrollo que todos queremos es parte de un esfuerzo de Estado que incluye el fortalecimiento de las instituciones; protección de derechos; intervenciones regulatorias basadas en el interés público; políticas sociales incluyentes y progresivas; combate frontal al crimen y la corrupción; equidad de oportunidades; y un clima propicio para la inversión y la actividad económica.

III.1. *Objetivos*

Aunque los objetivos, tanto de las políticas como de las leyes de competencia, varían alrededor del mundo, en términos generales convergen en uno básico: promover la eficiencia económica. En esencia, esta eficiencia tiene dos vertientes, una vinculada al consumidor –eficiencia asignativa– y otra al productor –eficiencia productiva–. La primera tiene que ver con la posibilidad de que el consumidor pague menos de lo que estaba dispuesto a pagar por un bien o servicio (precio de efectivo contra precio de reserva); esto favorece el poder adquisitivo de las personas en la medida que la competencia ejerce disciplina sobre los precios, propiciando que estos sean cercanos al nivel competitivo –próximos a los costos de producción– y lejanos del monopolístico –máximo nivel de ingreso posible del productor–. La segunda induce al productor al aprovechamiento máximo de sus factores de producción (humanos y físicos), o sea, a producir más al menos costo posible. Esta dinámica es lo que hace a un mercado funcionar: que produzca lo que la sociedad necesita, con la calidad y precio adecuados. En esta línea explica Motta:

33 Carl Shapiro “*Antitrust in a time of populism*” en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 61 (2018), 714-748. Disponible en <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>.

“La evidencia empírica muestra que la competencia promueve eficiencia y crecimiento en productividad principalmente a través de un proceso de selección. Sin rivalidad, por ejemplo, en industrias caracterizadas por monopolios legales o donde la colisión sea permitida, la mayoría de las empresas sobrevivirían a pesar de que sean ineficientes. Cuando las empresas tienen que competir, en cambio, serán aquellos con buenas ideas, bien manejados y que continuamente invierten y mejoran sus productos y servicios, quienes crecerán y serán exitosos. Mientras que serán los más ineficientes, aquellos mal administrados, que no desean arriesgar su capital, o que simplemente tienen idea y productos menos interesantes, los que tendrán que reducir su tamaño o incluso cerrar. Este proceso darwiniano es la principal fuente de ganancias de productividad en una economía. Para que este proceso funcione, el mercado tiene que trabajar adecuadamente, y tanto la entrada como la salida deben ser viables. En este sentido, ni un enfoque de proteger competidores ni uno de laissez-faire funcionarían”³⁴

Sobre esta noción de estimular la rivalidad competitiva el economista Joseph Schumpeter popularizó la “destrucción creativa” como “el proceso de mutación industrial que incesantemente revoluciona la estructura económica desde adentro, destruyendo incesantemente la antigua, creando incesantemente una nueva”.³⁵ Bajo este enfoque, aunque no todas las empresas logran mantenerse y sobrevivir bajo un ambiente de competencia y constante innovación, las más eficientes sí lo hacen, al reemplazar estructuras ineficientes y al mantener en marcha la economía. Si bien esto pareciera una criticable fórmula *darwiniana*,³⁶ en realidad se trata de una manera racional de administrar recursos escasos en una sociedad. En la cual

34 Massimo Motta y Claudio Calcagno, “*Exclusionary Practices, The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*”, Chiara Fumagalli. Cambridge University Press, 2018, p. 6.

35 Joseph A. Schumpeter, “*Capitalism, Socialism and Democracy*”, U.S.A., Taylor and Francis.

36 Al respecto, las ideas de “darwinismo social” han estado presentes desde hace tiempo. Por ejemplo, Tim Wu explica que esta fórmula se popularizó en la década de 1890 con el movimiento y surgimiento de los *trusts*. Ciertamente, los monopolistas de la época se identificaban a sí mismos como parte de un movimiento “progresivo” en donde la sociedad se vería transformada bajo la dirigencia de los hombres más fuertes y más capaces, cuyos objetivos eran progresar hacia un “nuevo orden” social y económico. Tim Wu, “*The Curse of Bigness*”, New York: Columbia Global Reports, 2018, pp. 26-27.

se permite que el proceso competitivo sea el que asigne la producción a los más capaces, lo cual beneficia a la mayoría, incluyendo a las empresas que también son consumidores.

Porter ha señalado la importancia de los esfuerzos empresariales para innovar y desarrollar nuevos productos o mejorarlos.³⁷ Estas dinámicas vigorizan las economías de los países y les permiten crecer sostenidamente en el largo plazo. Como señaló el Juez Learned en *Aluminium Co. of America*: “(...) la posesión de poder económico ilimitado reduce la iniciativa y deprime la energía; (...) la inmunidad contra la competencia es un narcótico, y la rivalidad es un estimulante al progreso industrial (...)”.³⁸

En contraste, los mercados caracterizados por la presencia de monopolios, estructuras oligopólicas injustificadas, fuertes barreras de entrada y, en general, donde no existe un ambiente de contestabilidad y rivalidad competitiva, están asociados a un pobre desempeño económico y a resultados sociales indeseables: producción insuficiente, mala calidad de productos y servicios, poca variedad, sobrepuestos, bajo poder adquisitivo de la población, baja productividad e innovación, así como ganancias extraordinarias en favor de los productores. Todo ello con los efectos regresivos en cuanto a la distribución del ingreso se refiere.

El poder económico en unas cuantas manos suele ser un lastre para las democracias y para la buena marcha de las instituciones, debido a que suele utilizarse para influenciar decisiones políticas o regulatorias que, en lugar de servir al interés común, incrementan ese poder y cierran la entrada de terceros. Señalan Gellhorn, Kovacic y Calkin que lo negativo del monopolio se extiende más allá de las distorsiones en la distribución de riqueza y de las pérdidas de bienestar, pues el beneficio de disfrutar ganancias supranormales puede inducir a las empresas a invertir recursos en actividades socialmente no productivas –como el cabildeo tóxico o influencias indebidas con el poder público–, además de que se atribuye a los monopolios una mayor tolerancia gerencial al desperdicio y la ineficiencia.³⁹ En México es común observar que detrás de una barrera injustificada, o de una decisión administrativa cuestiona-

37 Michael Porter, *The Competitive Advantage of Nations*, Palgrave MacMillan, 1998.

38 United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (1945).

39 Gellhorn, Kovacic y Calkins “*Derecho y economía de la competencia*”, CIDAC, 2004, p. 89.

ble, existe un perverso interés que se beneficia de éstas a costa del interés público.

En tiempos recientes, sea por la relevancia que los sistemas han adquirido, o por las críticas que se han hecho a los mismos por su supuesta incapacidad de frenar la concentración económica y el abuso, surgen voces que sugieren perseguir objetivos que van más allá de la eficiencia.⁴⁰ Motta destaca que los objetivos que a lo largo del tiempo han influenciado la política de competencia son la defensa de competidores y firmas pequeñas, la promoción de la integración de mercado –en la Unión Europea–, el combate a la inflación, consideraciones de equidad y justicia, e incluso razones sociales, políticas, ambientales y “estratégicas”, como podrían ser el apoyo a los “campeones nacionales” y la hostilidad hacia “campeones foráneos”.^{41, 42}

También existen tentaciones para utilizar las herramientas de competencia como medio de control del poder económico o hasta político, ante la preocupación de la creciente concentración que se observa alrededor del mundo. Así, aseguraba el semanario inglés “*The Economist*”, en marzo de 2016, que el mundo necesitaba de una saludable dosis de competencia para mantener en orden a los gigantes y permitir crecer a aquellos que están bajo su sombra.⁴³

Es menester enfatizar varios aspectos. Primero, para que la política de competencia funcione debe mantener su curso de acción constreñido a objetivos de eficiencia y no perderse por caminos difusos. Como otras políticas públicas, entre mayor sea su nivel de concreción, mayor será la probabilidad de que se implemente, funcione y evalúe correctamente. El problema de objetivos genéricos

40 Ver la interesante explicación de transición del modelo monocéntrico al policéntrico en la política de competencia: Ioannis Lianos, “*Polycentric Competition Law. Current Legal Problems*”, Lianos, Ioannis, *Polycentric Competition Law* (September 1, 2018).

41 Massimo Motta, “*Política de competencia: Teoría y Práctica*”, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 45-59.

42 Ver los casos especiales de “interés público” que conoce la CMA en Reino Unido en el análisis de concentraciones (artículo 16.1. y 16.2. “*Guidance on the CMA’s jurisdiction and procedure*”), como seguridad nacional, pluralidad y otras consideraciones respecto a medios de comunicación, así como la estabilidad del sistema financiero. Destaca la aprobación de la concentración de Lloyds TSB & HBOS en atención a la crisis financiera, en Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, pp. 23.

43 *The Economist*, *The Rise of the superstars*, 15 de septiembre de 2016. Disponible en: <https://www.economist.com/special-report/2016/09/15/the-rise-of-the-superstars>

o multidimensionales es que generan resultados inconsistentes a lo largo del tiempo, pues un asunto sería resuelto bajo un criterio un día, y sobre consideraciones distintas al siguiente. Segundo, como he mencionado antes, asumir que la competencia resuelve problemas estructurales y multifactoriales desconoce el alcance de esta política pública y menosprecia enfoques que serían más efectivos, como las política fiscal, social, industrial o regulatoria, o la consolidación de un Estado de Derecho, entre otras cuestiones.

Santiago Levy, refiriéndose a los objetivos de la Ley Federal de Competencia Económica de 1992, señaló:

La ley no tiene fines distributivos, no porque se considere que éstos no sean importantes; evidentemente lo son, sino porque se reconoce que hay otros instrumentos a disposición del estado para perseguir esos objetivos de forma más eficaz; la política de gasto social, la política educativa, los programas dirigidos a los alimentos, y otros. Sin duda, puede ser que un efecto indirecto de la ley sea mejorar la distribución del ingreso, ya que al reducirse el poder monopólico de las empresas se acotan los márgenes precio costo y, por lo tanto, se observen precios más bajos para los consumidores. Pero esto debe verse como un subproducto de la ley, y no como uno de sus objetivos centrales; su objetivo es, repito, la eficiencia económica.⁴⁴

Desde luego, esto no quiere decir que objetivos distintos a la eficiencia dejen de ser importantes –los hay de mayor valía–, sino que simplemente existen medios diferentes para alcanzarlos. Como comenta Kovacic, las fuerzas de competencia maximizan el tamaño del “pastel económico” de la sociedad; sin embargo, cómo se distribuye ese pastel depende de diversas fuerzas. La política económica y social, en general, debe alcanzar muchas otras variables que detonen bienestar, equidad y desarrollo.⁴⁵

En cualquier caso, el enfoque en eficiencia sin duda puede generar impacto en otras variables. Esto es visible en México pues, como veremos más adelante, los deciles de ingreso más bajo de la población normalmente gastan su ingreso en sectores con problemas de competencia y, por ende, con sobreprecios.

44 Santiago Levy, “Notas sobre la Nueva Ley Federal de Competencia Económica” en Estudios en torno a la ley federal de competencia, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pp. 65 y 66.

45 Gellhor, Kovacic, Calkins, 2004, p. 54.

Dentro de esta discusión es fundamental precisar que la eficiencia debe poner en el centro a los intereses del consumidor, pues los procedimientos y herramientas deben proteger la oferta y existencia de alternativas disponibles, combatir los sobrepuestos, y, en ocasiones, garantizar que las eficiencias o reducciones en costos se trasladen en beneficio del consumidor y no sirvan para acrecentar el margen de ganancia de los agentes. Sostener lo contrario llevará al absurdo de tolerar resultados –por ejemplo, en el contexto de la notificación de concentraciones o de abusos de posición de dominio– que provocan aumentos en precios, pero son superados por reducciones en costos, lo que sólo favorecería al productor y perjudicaría a los consumidores en general.

En México, la Ley Federal de Competencia Económica es clara en ese sentido, pues:

- i. al hablar de las prácticas monopólicas relativas, refiere que estas no se sancionarán si el agente económico demuestra ganancias en eficiencia que superen los posibles efectos anticompetitivos, resultando en una *mejora del bienestar del consumidor* (artículo 55);
- ii. a propósito del procedimiento en materia de barreras a la competencia e insumos esenciales (artículo 94), cualquier propuesta de medida correctiva del agente involucrado deberá resultar en una *mejora del bienestar al consumidor*, incluyendo las que sean resultado de la innovación en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios;
- iii. en su caso, una sanción de desincorporación con base en el artículo 131, debe incluir un análisis económico que justifique los *beneficios al consumidor* de esa medida;
- iv. aunque no se incluye una referencia al bienestar del consumidor como indicio de concentración ilícita, los supuestos señalados en el artículo 64 refieren a situaciones que deterioran la dinámica competitiva en detrimento del consumidor, y
- v. en las prácticas monopólicas absolutas, que son castigadas per se, la sanción preferentemente se cuantifica a partir de una estimación de daño –causado o potencial– con base en sobrepuestos.

En Europa se ha utilizado el estándar del bienestar del consumidor por mucho tiempo; en *T-Mobile* la Comisión Europea enfatizó la importancia de proteger la estructura competitiva y controlar la explotación directa en contra de los consumidores.⁴⁶ Bajo esta noción sostenía la ex Comisionada Kroes:

*El bienestar del consumidor está bien establecido como el estándar que la Comisión [europea] utiliza cuando analiza concentraciones y violaciones al Tratado. Nuestro objetivo es simple: proteger la competencia en el mercado como medio para incrementar el bienestar del consumidor y asegurar una eficiente asignación de recursos.*⁴⁷

El estándar del bienestar del consumidor no debe estar enfocado sólo a un tema de precios y es válido que recurra a variables de corte más cualitativo, como el deterioro de calidad, condiciones de abasto, la dinámica competitiva o pérdida de innovación, lo que puede ser relevante en el contexto digital. Bajo esta visión el bienestar del productor no queda relegado, pues la entrada de empresas que tengan acceso a insumos en condiciones competitivas, generen ganancias razonables y permanezcan en los mercados es indispensable para que los consumidores se vean beneficiados de la existencia de mercados competidos; sin un saludable emprendedurismo simplemente no habría consumidores que atender.

Para Shapiro, el estándar del consumidor entendido correctamente (que denomina “*protecting competition standard*”) debe analizar disrupciones en el proceso competitivo que puedan dañar ya sea a los consumidores, clientes o proveedores.⁴⁸ Para Hovenkamp una mejor forma de entender este estándar es maximizando la oferta en entorno de competencia sostenible, lo que protegería al consumidor mediante precios más bajos, así como a los intermediarios, proveedores, fuerza laboral y demás participantes de la cadena

46 Richard Whish y David Baley, “*Competition Law*”, Oxford University Press, 10a. 2021.

47 Wish y Bailey, 2021, p. 19.

48 Carl Shapiro, “*Breathing New Life into The Consumer Welfare Standard: The Protecting Competition Standard*”, en *Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century*, Federal Trade Commission-Georgetown University, 1 de noviembre de 2018.

de valor.⁴⁹ Estas visiones son más capaces de atender diversas problemáticas sin caer en la persecución de objetivos difusos y potencialmente contradictorios que sólo desviarían el rumbo y erosionarían la eficacia de la política de competencia.

III.2. Impacto

La política de competencia trae consigo un impacto económico de gran magnitud gracias a las ganancias tanto del productor como del consumidor. A nivel micro, desata un círculo virtuoso que empieza por la existencia de oferentes con incentivos para invertir, producir y comercializar con mayores grados de productividad, y termina con una pluralidad de consumidores con opciones de consumo en mejores condiciones de variedad, disponibilidad, precio y calidad. Si esta condición logra replicarse en múltiples mercados, el efecto agregado pasa a reflejarse en las variables macroeconómicas; un reporte de la OCDE que hace un recuento de la literatura y estudios sobre la materia plantea que la política de competencia tiene una incidencia positiva en el crecimiento, productividad, empleo y desigualdad.

Algunos de estos hallazgos deben ser vistos con cautela, pues las metodologías empleadas tienen limitaciones naturales y los indicadores responden a circunstancias multifactoriales. El consenso generalizado es que la política de competencia es un factor crítico –desde luego no el único– para el crecimiento y desarrollo de una economía moderna. La transición hacia modelos liberales requiere del acompañamiento de una robusta política de competencia porque permite que el mercado realice su función elemental: decidir quién y cómo produce, distribuye y consume. Más aún porque permite que produzca lo que la sociedad necesita en condiciones socialmente aceptables.

49 Herbert J. Hovenkamp, “*On the Meaning of Antitrust’s Consumer Welfare Principle*” en University of Pennsylvania Carey Law School, 1-17 (2020).

Tabla B. Impacto en indicadores macroeconómicos⁵⁰

Productividad	<ul style="list-style-type: none"> • Las firmas más competitivas tienen tasas de productividad de entre 3.8% y 4.6% más altas respecto de las menos competitivas • La productividad total en la India y China podría ser 50% con mayor competencia, inclusive sin cambio tecnológico • Más competencia podría incrementar la productividad en Sudáfrica entre 2 y 2.5% por año • 1/5 de la productividad ganada por el Reino Unido es atribuible a mejoras de la política de competencia
Crecimiento	<ul style="list-style-type: none"> • El crecimiento del PIB es entre 2% y 3% mayor en países con legislación de competencia respecto de los que no la tienen • La política nacional de competencia en Australia fue responsable de un crecimiento del 2.5% del PIB de ese país • Cada 60 millones de Euros usados en leyes de competencia generan un crecimiento de 0.84% (principalmente en países OCDE) • La suspensión selectiva de leyes antimonopolio en los Estados Unidos durante los 1930s redujo la producción manufacturera en un 10%
Distribución de ingreso	<ul style="list-style-type: none"> • La pérdida de bienestar del consumidor derivada de la compra de productos monopolizados es 150% mayor en el decil de ingreso más bajo respecto del más alto • Probablemente la mitad de la riqueza de los hogares más ricos en los Estados Unidos en los 1970s derivaron de ingresos monopólicos

Un reciente estudio de la OCDE y el Banco Mundial, el cual muestra evidencia teórica y empírica de impacto en diversas variables, señala que:

[E]l nivel de competencia en los mercados tiene un importante y multifacético impacto en la reducción de pobreza y la prosperidad compartida. Primero, la competencia tiene un impacto directo y dinámico en las siguientes variables (...): (i) ingreso de productores; (ii) ingreso de empleados; y (iii) precios que enfrentan los consumidores. El ingreso es determinado tanto por el número de adultos con trabajos remunerados o dedicados a otras actividades productivas y su retorno, mientras

50 Organisation for Economic Co-operation and Development, *Fact sheet on how competition policy affects macro-economic outcomes*, octubre 2014. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-en.pdf>

*que los precios del consumidor afectan el valor real de ese ingreso en términos de posibilidades de consumo. Segundo (...) es ampliamente reconocido que la competencia detona crecimiento económico al incrementar la productividad industrial, lo que conduce a aumentos en el producto interno bruto y a una expansión de empleo.*⁵¹

Lo anterior es relevante para los países en vías de desarrollo, cuya población de menor ingreso suele dirigir su gasto a segmentos poco competidos. La categoría más significativa de consumo para los hogares de menores recursos es, por mucho, la de alimentos y bebidas no alcohólicas. Por ejemplo, en 10 de 13 países analizados en América Latina y África, donde existía información, el decil de ingreso más bajo gastaba el 40 % de su ingreso total en esa categoría.⁵² Otros productos y servicios de fuerte gasto incluyen el transporte, medicamentos, energéticos y transporte; todos estos suelen presentar problemas de competencia en distintos grados.

En México, estudios han puesto énfasis en el daño que el poder de mercado de las empresas ocasiona en la capacidad adquisitiva de las familias, sobre todo las de menores recursos. Destacan dos estudios de Urzúa,⁵³ los cuales indican que la falta de competencia en siete productos de consumo masivo provoca una pérdida entre el 6 y 7 % del ingreso del 30 % más pobre de la población. Asimismo, muestra que el 37 % del gasto promedio de los hogares mexicanos en zonas urbanas se destina a bienes en estructuras monopólicas u oligopólicas.⁵⁴

51 World Bank Group, “A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth”, 2017, p. 8. Disponible en <http://www.oecd.org/competition/competition-policy-for-shared-prosperity-and-inclusive-growth.htm>

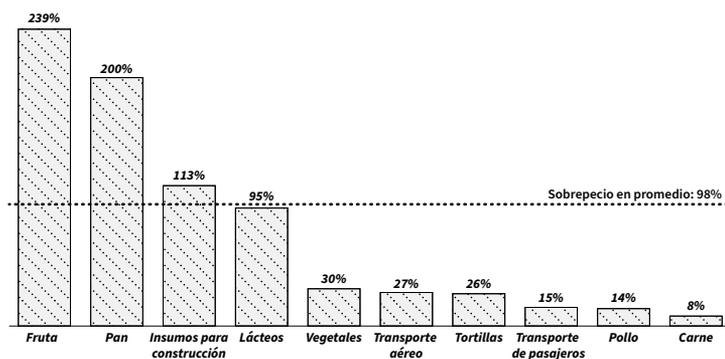
52 World Bank Group, 2017, p. 11.

53 Carlos Urzúa, *Evaluación de los efectos distributivos y espaciales de las empresas con poder de mercado en México*, documento de trabajo, Ciudad de México: ITESM, 2008.

54 Aunque con la crítica de algunos autores. Ver Ibarra, Luis Alberto, “Concentración de mercados, colusión y bienestar social en México, Una revisión metodológica”, *El Trimestre Económico*, vol. LXXXIII (3), núm. 331, pp. 493-523, 2016. Alberro, J. y R. Schwabe, “Reconsiderando la evaluación de los efectos distributivos del ejercicio del poder de mercado en México”, *El Trimestre Económico*, vol. LXXXII (3), núm. 331, pp. 459-492, 2016.

A través de un análisis econométrico, Aradillas analiza 12 categorías de gasto⁵⁵ en 46 ciudades del país e identifica desviaciones de precios no asociadas a los costos de las industrias proveedoras, lo que sugiere la existencia de poder de mercado en uno o varios eslabones de la cadena de producción. El autor concluye que existe una pérdida de bienestar en 11 de esas 12 categorías, lo que implicó que los hogares mexicanos gastaron un 15.7 % adicional de su ingreso. Peor aún, el sobreprecio crece en la medida que el ingreso baja, llegando hasta el 30.9 % para el decil I (menor ingreso).

Figura 3. Estudio Aradillas



La conclusión de todos estos estudios es alarmante, pues apuntan a una fuerte pérdida de bienestar con efectos regresivos, donde a menor ingreso mayor es la pérdida. Según datos del CONEVAL, el 36 % de los mexicanos no cuentan con recursos suficientes para adquirir siquiera los productos de la canasta básica. Por eso, la política de competencia cobra especial relevancia en países donde existe una alta concentración aunada a condiciones de pobreza que alcanzan a una proporción relevante de la población.

55 Tortilla de maíz, pan, pollo y huevo, carne de res, carnes procesadas, lácteos, frutas, verduras, bebidas no alcohólicas, medicamentos, transporte foráneo de pasajeros y materiales de construcción. Ver Andrés Aradillas, “Estudio del impacto que tiene el poder de mercado en el bienestar de los hogares mexicanos”, Ciudad de México: Comisión Federal Competencia Económica, 2018.

IV. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN MÉXICO

Desde la Constitución de 1857 existía una “prohibición” a los monopolios. Por décadas ese contenido quedó como mero postulado programático, el cual se fue diluyendo mediante la constitucionalización de diversos monopolios en favor del Estado y un sistema económico que privilegiaba un sistema planificador o centralizador plagado de barreras a la competencia.

No fue sino hasta 1992, con la publicación de la Ley Federal de Competencia Económica, cuando podemos hablar de la existencia de un sistema de competencia más o menos estructurado. Es decir, llegamos más de un siglo después que Estados Unidos, que publicó su *Sherman Act* en 1890. Esta pieza legislativa fue parte de un proceso de liberalización económica que había iniciado una década antes y de una reforma institucional; en efecto, a inicios de la década de los noventa México concretó reformas administrativas derivadas del nuevo modelo económico basado en el libre mercado, así como en menor intervencionismo y mayor énfasis en las tareas de supervisión regulatoria.

Además, el TLCAN negociado en 1992 y que entraría en vigor el 1 de enero de 1994 exigía en su artículo 1501 lo siguiente:

1. Cada una de las Partes adoptará o mantendrá medidas que prohíban prácticas de negocios contrarias a la competencia y emprenderá las acciones que procedan al respecto, reconociendo que estas medidas coadyuvarán al cumplimiento del objeto y los propósitos de este Tratado. Con este fin, las Partes realizarán ocasionalmente consultas sobre la eficacia de las medidas adoptadas por cada Parte.
2. Cada una de las Partes reconoce la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio. Las Partes cooperarán también en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia y consultarán sobre asuntos de interés mutuo, incluidos la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta e intercambio de información relativa a la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio.

3. Ninguna de las Partes podrá recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este artículo.

El proyecto de la ley de competencia –que retomó la experiencia de los Estados Unidos– resultó novedoso, pues no sólo la materia era nueva, sino que contenía conceptos económicos especializados y confería amplios márgenes de discrecionalidad técnica en favor de una nueva autoridad. Las multas impuestas parecían altas frente a las previstas en otras leyes administrativas, aunque en realidad eran bajas conforme las mejores prácticas. La Exposición de Motivos refería que “en materia de sanciones, se prevé que estas sean de tal magnitud que tengan un verdadero efecto disuasivo y minimice los incentivos a infringir la ley”. Al respecto, explicaba que:

[S]i bien las sanciones pecuniarias aquí propuestas son mayores que las establecidas por otros ordenamientos, esto es justificable en virtud de que las ganancias monetarias de llevar a cabo prácticas monopólicas son, en general, extremadamente altas, de manera que, si la sanción pecuniaria fuera pequeña, no se aplacarían las tendencias a infringir la ley, mientras que el daño provocado a la sociedad puede ser enorme.

En realidad, el paso del tiempo fue mostrando que el sistema nació frágil tanto en las sanciones como en el equipamiento material y jurídico de la autoridad. Las multas eran bajas, aunado a que era material y jurídicamente muy difícil imponerlas y hacerlas efectivas.⁵⁶ Por ejemplo, en la ley de 1992 no existía la posibilidad de practicar visitas de verificación sorpresa y las capacidades forenses eran limitadas, mientras que los recursos humanos y presupuestales de la autoridad eran escasos. Así, contrario a lo que se aseguraba en la Exposición de Motivos, los agentes tenían incentivos para infringir la ley y quedarse con las ganancias extra normales que generaban sus prácticas anticompetitivas. La historia habría de ir corrigiendo estas insuficiencias institucionales, aunque asumiendo las consecuencias que generaron durante mucho tiempo.

En aquel momento, el proyecto de nueva ley generó desconfianza entre los empresarios, el gremio de abogados e, incluso, entre

56 Las multas tenían un tope de 375 mil salarios mínimos.

miembros del propio gobierno que presentó la iniciativa de ley.⁵⁷ A pesar de ello, la ley fue aprobada en sesión del 14 de diciembre de 1992 sin mayor discusión.⁵⁸ Al respecto, la justificación de la ley partía de que México atravesaba por un cambio en las reglas que regían la industria, así como el nuevo rol del Estado en una economía que se liberalizaba e insertaba en el mundo. Así, la Exposición de Motivos refería lo siguiente:

La política económica adoptada por la administración a mi cargo, refleja un progreso natural e irreversible en nuestro quehacer económico. Los cambios han alterado de una manera fundamental la aplicación de las leyes en materia de organización de la industria y del comercio. La apertura comercial al exterior y la competencia en la industria y el comercio interior, esta última resultado en parte de la revisión del marco regulatorio y en la desincorporación de empresas estatales no estratégicas, han aumentado el papel de los mercados en la asignación de recursos y reducen la importancia de los instrumentos de política basados en los controles directos a los precios y a la producción. En el ámbito internacional se observan cambios similares. [...]

La idea que subyace en la iniciativa que someto a su consideración, reconoce que el funcionamiento de los mercados por sí mismos no siempre produce los mejores resultados, así como que es necesario desarrollar instrumentos de rectoría de la actividad económica más precisos, que permitan resolver los problemas en su origen, y que eviten el acaparamiento, el desabasto y otras distorsiones que generalmente se derivan de los controles directos. Por eso es de gran importancia ampliar la gama de instrumentos con los cuales el Estado puede incidir en el funcionamiento de los mercados, mediante acciones que directamente reduzcan los costos, que eviten el abuso del poder monopólico, que eliminen barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, que prevengan las concentraciones mo-

57 Ver Graciela Márquez Colín “La Institucionalización de una Política: la Ley de Competencia Económica y la Comisión Federal de Competencia”, en La Política de Competencia en el Umbral de la Consolidación, Ciudad de México: CFC, USAID y Miguel Ángel Porrúa, 2013, pp. 50-52.

58 Gracias al cabildeo previo, la aplanadora priista, y al hecho de que al mismo tiempo fue discutida la Ley Federal de Protección al Consumidor, la cual atrajo mayores reflectores

nopólicas, que den mayor seguridad jurídica a los particulares en el quehacer económico y que reduzcan la incertidumbre derivada de la actuación discrecional de la autoridad. De ahí la importancia de la iniciativa de Ley Federal de Competencia Económica que se somete a su alta consideración. [...]

Los objetivos centrales de la iniciativa que someto a la consideración de ese H. Congreso, radican en promover la eficiencia económica y evitar las prácticas monopólicas. La iniciativa, de aprobarse, protegería el proceso competitivo y la libre concurrencia de los particulares en las actividades económicas. Es precisamente el proceso constante y permanente en el que las empresas compiten entre sí lo que trae como resultado menores costos, mejores y nuevos productos, mayores servicios para los consumidores y menores precios. En suma, una mayor eficiencia.

La ley fue publicada el 24 de diciembre y entró en vigor en junio del año siguiente. La primera autoridad, la Comisión Federal de Competencia, nació en 1993 como órgano desconcentrado con autonomía técnica de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. El arranque fue complicado, pues había que generar una práctica administrativa, confianza, criterios y jurisprudencia, así como hacer valer decisiones frente a un sistema judicial rígido y hostil frente al nuevo sistema. El valor de la primera década, más que intervenciones eficaces o correcciones exitosas, radicó en sentar las bases del sistema y socializar su pertinencia e importancia. Gracias a este camino es que los beneficios y virtudes de contar con un sistema de competencia son difícilmente cuestionados en la actualidad.

Dos momentos marcaron la maduración del sistema: las reformas a la ley de 2006⁵⁹ y 2011,⁶⁰ las cuales dotaron de mayores herramientas y atribuciones jurídicas a la autoridad para hacer valer su mandato. La primera amplió el catálogo de prácticas prohibidas, internalizó aprendizajes de disputas judiciales, mejoró el sistema de notificación de concentraciones y creó el programa de inmunidad, un instrumento de gran eficacia –en México y el

59 Reforma a la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de junio de 2006.

60 Reforma a la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de mayo de 2011.

mundo– para detectar, romper y sancionar cárteles. La segunda permitió la terminación anticipada de investigaciones mediante implementación de compromisos tratándose de prácticas monopólicas relativas y concentraciones ilícitas, introdujo figuras como el poder sustancial “conjunto”, medidas cautelares y las visitas de verificación sorpresa –un instrumento esencial de investigación–, al paso que criminalizó los cárteles y elevó el monto de sanciones administrativas al 10 % de los ingresos del agente infractor por prácticas monopólicas absolutas y 8 % por las relativas. A partir de estas reformas el régimen de competencia mexicano comenzó a acercarse a las mejores prácticas internacionales.

El último momento transformador llegó mediante una reforma constitucional publicada el 11 de junio de 2013. Dicha reforma creó un nuevo órgano constitucional autónomo del Estado mexicano, la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece). Esta se erigió como la autoridad responsable de promover y proteger el proceso de competencia y libre concurrencia en todos los mercados –con excepción de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, los cuales quedaron a cargo del nuevo regulador en la materia, el Instituto Federal de Telecomunicaciones–. Su conducción está a cargo de siete Comisionados nombrados a través de un novedoso y único procedimiento regulado por ministerio constitucional, el cual cuenta con sólidos filtros técnicos y reduce la discrecionalidad del Ejecutivo para realizar nominaciones ante el Senado.

La Cofece cuenta, desde el propio texto constitucional, con atribuciones para ordenar la eliminación de barreras a la competencia y libre concurrencia, emitir regulación para el acceso a insumos esenciales, así como desincorporar activos, derechos o partes sociales.

En este sentido, el artículo 28 constitucional, párrafo 12, establece que:

El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas

las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

Figura 4. Ejes institucionales de la reforma constitucional⁶¹



A la luz del fortalecimiento del sistema se establecieron obligaciones especiales en materia de transparencia y rendición de cuentas.⁶² La reforma también creó tribunales federales especializados en competencia económica y fijó límites respecto del uso del juicio de amparo.⁶³ El sistema de revisión judicial sigue presentando retos mayúsculos y todavía no logra establecer un equilibrio que permita

61 En el Amparo en Revisión 1100/2015, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de agosto de 2017, la Corte identificó algunas de estas características al analizar el nuevo sistema en el que se circunscribía el Instituto Federal de Telecomunicaciones, y las dividió en cuatro rubros: *sustantiva* (reconocimiento de nuevos derechos), *adjetiva* (aplicación efectiva y su relación con los medios de impugnación y litigios, así como jueces especializados), *regulatoria* (facultades regulatorias en dicho mercado), e *institucional* (autonomía e independencia).

62 Incluyendo obligaciones de presentar un programa anual de trabajo e informes trimestrales de actividades, comparecencias entre el Senado de la República, reglas de publicidad y de gobierno digital.

63 Aunque, la misma Constitución señala que para el caso de multas u órdenes de desincorporación, no se ejecutarán éstas hasta en tanto se resuelva el amparo interpuesto.

tutelar derechos sin afectar la eficacia de la función administrativa. Si bien los juzgadores han generado criterios auxiliares, es importante respetar los grados de deferencia que exige la materia cuando se satisfagan los principios jurídicos y los estándares de razonabilidad aplicables. La alta litigiosidad de los asuntos y el abuso de los recursos de defensa no han cesado y la dificultad para hacer valer las decisiones de la autoridad continúa siendo un reto.

Llamó la atención el nivel de detalle de la reforma que, en gran medida, obedeció a la desconfianza política del momento, al miedo de que los objetivos fueran diluidos mediante legislación secundaria y a la tortuosa experiencia regulatoria que habíamos experimentado desde los inicios. A fin de aplicar los nuevos parámetros constitucionales y ajustar diversos aspectos adjetivos y sustantivos, pero retomando en lo fundamental los conceptos y práctica que habían tomado asidero a lo largo del tiempo, la Ley Federal de Competencia Económica vigente fue promulgada en 2014.

El artículo 28 contiene los fundamentos sustantivos del sistema de competencia económica mexicano, que incluye tanto la organización de la Cofece e IFT y algunas reglas básicas, como la tutela al principio de libre concurrencia y competencia en los mercados, que se ha convertido en un sólido parámetro de regularidad constitucional frente a actos y normas de autoridad.

A raíz de diversos casos la jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN –Décima Época– establece que entre los bienes jurídicos tutelados por el artículo 28 constitucional se encuentran los derechos del consumidor y de la sociedad, y los relativos a la competencia y libre concurrencia, los cuales están invariablemente unidos a la pretensión de no afectar a los consumidores y al público en general por la realización de actos que no permitan la adquisición de bienes y servicios en condiciones de competencia.

Tabla C. Principales cambios LFCE 2014

Facultades incrementales	<ul style="list-style-type: none"> • Procedimiento especial de investigación (correctivo de mercados) en materia de insumos esenciales y barreras a la competencia, que puede concluir en órdenes, recomendaciones y lineamientos regulatorios
Procedimiento	<ul style="list-style-type: none"> • Denuncias “preferentes” por el Ejecutivo federal • Autonomía técnica de la Autoridad Investigadora (AI) • Procedimiento adversarial entre la AI y los agentes empleados para el caso de práctica prohibidas • El Poder Ejecutivo, por sí o a través de la Secretaría de Economía o la Profeco, puede presentar denuncias ante la AI • Reforzamiento de facultades de investigación • Reglas de contacto entre Comisionados y agentes/representantes • Audiencia oral
Prácticas monopólicas	<ul style="list-style-type: none"> • Nueva práctica absoluta referente al intercambio de información • La colusión en licitaciones incluye las públicas y privadas • Dos nuevas prácticas monopólicas relativas (estrechamiento de márgenes y negativa de trato o restricción de un insumo esencial)
Concentraciones	<ul style="list-style-type: none"> • Autorización previa y necesaria para cerrar la operación • Proceso de presentación de condiciones ante riesgos • Mayor plazo para investigar concentraciones ilícitas
Transparencia y rendición de cuentas	<ul style="list-style-type: none"> • Consulta pública previa para instrumentos normativos • Mecanismo para “opiniones formales”
Sanciones	<ul style="list-style-type: none"> • Aumento de sanciones penales • Tipo penal por alteración de evidencia • Inhabilitación a funcionarios y directivos por su participación en prácticas monopólicas absolutas • Desincorporación como sanción en caso de reincidencia

PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN ESTA MATERIA POR EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Entre los bienes jurídicos tutelados por el precepto citado se encuentran los derechos del consumidor y de la sociedad, sin que ello implique que se trate de la única protección perseguida por la Constitución, pues también reconoce los relativos a la competencia y a la libre concurrencia, lo que es lógico pues en la medida en que exista un ambiente de competencia y

*libre competencia, el consumidor y la sociedad en general, como eslabones de un cadena de producción, se benefician al no ser afectados por prácticas monopólicas; **los conceptos de competencia y libre competencia invariablemente van unidos a la pretensión de no afectar a los consumidores y al público en general por la realización de actos que no permitan la adquisición de bienes y servicios en condiciones de competencia.***⁶⁴ [Énfasis añadido]

La Segunda Sala de la SCJN ha reconocido que este derecho está ligado a preceptos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (2a./J. 75/2017 (10a.)).⁶⁵ A propósito de la controversia constitucional promovida por la Cofece en contra de la “Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional” emitida por la Secretaría de Energía, la cual beneficiaba artificialmente a la Comisión Federal de Electricidad y relegaba a los generadores privados de energías limpias, la misma Sala reconoció que la competencia es un derecho humano del consumidor:⁶⁶

“Entonces, si bien el desarrollo del SEN se ha de promover en condiciones de eficiencia, Calidad, Confiabilidad, Continuidad, seguridad y sustentabilidad ello no ha de anular otros objetivos constitucionales, de forma que las líneas de política también han de estar encaminadas a crear condiciones adecuadas para un mercado de libre competencia y concurrencia en las actividades antes citadas en donde puede haber diversos participantes.

He aquí la trascendencia de lo que en realidad contiene el artículo 28 constitucional, esto es, el derecho humano del

64 Véase la jurisprudencia 2a./J. 9/2017 en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, febrero de 2017, página 398 y número de registro 2013628.

65 Véase la jurisprudencia 2a./J. 75/2017 de rubro “**IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS SOBRE BEBIDAS SABORIZADAS CON AZÚCAR AGREGADA. ES ACORDE CON LOS DERECHOS DE LIBRE COMPETENCIA Y CONCURRENCIA.**” en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo II, junio de 2017, página 701 y número de registro 2014500.

66 Para una discusión del caso ver Alejandro Faya Rodríguez, “El sector eléctrico y la competencia como principio constitucional”, El Juego de la Suprema Corte, Nexos, Febrero 17, 2021.

consumidor frente al abuso de los productores, industriales, comerciales o empresarios de servicios, que impidan la libre competencia y concurrencia en el mercado, que tenga como finalidad generar ventaja en perjuicio de las demás personas, determinadas o indeterminadas”. [Énfasis añadido]

La Cofece logró organizarse y hacer valer su autonomía constitucional, capitalizar los avances de una política de competencia que inició en 1993 y fortalecer progresivamente sus procedimientos y pericia técnica. Al mismo tiempo, los mercados evolucionan y surgen nuevos y complicados modelos de negocio, los ciclos políticos cambian y nuevas hostilidades aparecen, los agentes económicos encuentran mecanismos más sofisticados para cometer conductas anticompetitivas, mientras que el Poder Judicial Federal fija estándares y parámetros que a veces suplen lagunas, pero que en otras ocasiones dificultan lograr la finalidad disuasoria que debe caracterizar a todo sistema de competencia. El sistema sigue en construcción y es de interés público que continúe afianzándose.

En los últimos años la Cofece ha realizado diversos análisis para estimar el bienestar que generan algunas de sus intervenciones, particularmente en lo que refiere a las prácticas monopólicas y concentraciones que fueron objetadas o condicionadas. Este tipo de ejercicios son una buena práctica internacional, pues permiten socializar el valor e importancia de las labores de competencia, monitorear el comportamiento de mercados afectados y, de paso, fortalecer la rendición de cuentas.

El ejercicio anterior normalmente arroja una ganancia en el bienestar del consumidor gracias al abatimiento de sobreprecios artificiales. Las estimaciones pueden ser *ex ante* o *ex post*, dependiendo del tipo de información utilizada.⁶⁷ En lo que se refiere a estimaciones *ex post*, en el caso de las empresas farmacéuticas que coordinaron posturas para repartirse contratos de venta de insulina y sueros al IMSS, la Cofece identificó un daño de al menos 622.7 millones de pesos, los cuales podrían haberse utilizado para comprar 292 % más de insulina y 128 % más de suero (o 47 unidades de tomografía, 727

67 Las evaluaciones *ex post* analizan las condiciones que genera una intervención específica después de un tiempo determinado, mientras que las evaluaciones *ex ante* realizan la estimación con la mejor información que se tenga al momento de la intervención.

ambulancias o 2168 incubadoras).⁶⁸ Ejercicios diversos incluyen la evaluación del impacto de una concentración en la industria química⁶⁹ y una práctica de colusión en el autotransporte federal de carga.⁷⁰ En lo que toca a ejercicios *ex ante*, los resultados arrojan mermas de distinto nivel.

Tabla D. Evaluaciones *ex ante* Cofece⁷¹

Caso	Año	Beneficio a precios de 2022 en miles de pesos
Transporte aéreo de pasajeros (IO-002-2015)	2019	3,952,864.4
Concentración entre Rea y Magnekon en el mercado de cable de magneto (CNT-069-2017)	2017	3,757,840.7
Servicios de traslado, custodia y procesamiento de valores (DE-006-2015)	2018	2,996,281.2
Estudios de laboratorio y banco de sangre (DE-011-2016)	2020	2,578,821.3
Gas L.P., PMA (DE-022-2017 y acumulado)	2022	2,411,582.3
Concentración Delta Aeroméxico (CNT-127-2016)	2017	1,837,128.4
Producción, distribución y comercialización de compresores herméticos en territorio nacional (IO-002-2009)	2014	1,529,030.3
Productos de celulosa (IO-004-2017)	2021	1,448,620.5
Concentración entre Bayer y Monsanto (CNT-024-2017)	2018	1,399,395.3

68 Comisión Federal de Competencia Económica “*Estimación de los beneficios obtenidos por la sanción de un cártel en licitaciones públicas del IMSS en México*”, 2015. Disponible en: https://www.cofece.mx/cofece/phocadownload/PlaneacionE/imss_evaluacion_ex-post.pdf

69 Comisión Federal de Competencia Económica, “*Evaluación Ex Post de una Concentración en la Industria Química de México*”, 2016. Disponible en: https://www.cofece.mx/cofece/phocadownload/PlaneacionE/evexpost_industriaquimica.pdf

70 Comisión Federal de Competencia Económica, “*Evaluación del impacto de una práctica colusiva en el mercado de autotransporte de carga en México*”, 2015. Disponible en; https://www.cofece.mx/cofece/phocadownload/PlaneacionE/cofece_evaluacion_mercado_de_autotransporte_de_carga.pdf

71 Comisión Federal de Competencia Económica, “*Beneficio económico de las intervenciones de la COFECE: evaluaciones ex ante*”, ediciones 2014 a 2022, a precios de 2022. Se muestran las 10 evaluaciones con mayor beneficio.

V. COMPETENCIA: UNA POLÍTICA DE ESTADO

Desde 2019 el Fondo Monetario Internacional advertía que el poder de mercado ha incrementado en las economías avanzadas,⁷² lo que coincide con reportes de la OCDE que indican aumentos en los niveles de concentración en países como Estados Unidos, Japón, Alemania y Francia, así como en los ingresos corporativos en Estados Unidos y Europa.⁷³ Los países en vías de desarrollo, con instituciones débiles y economías menos funcionales, resienten estos efectos aún más.

Estos y otros fenómenos, como la preponderancia que han alcanzado los gigantes digitales o las alzas de precios que lastiman constantemente a la población, pueden ser indicativos de problemas de competencia y de fallas en el sistema, lo que ha alimentado críticas o escepticismo. Pero no hay que olvidar que las condiciones económicas e institucionales, así como el rol de muchas otras políticas públicas, son parte de la ecuación.

Aunque enfrente retos y desafíos de gran escala, la política de competencia es más relevante que nunca y, acompañada de otras medidas, constituye un poderoso motor de prosperidad. Genera incentivos a la eficiencia; es decir, a producir más, mejor y a menor costo. Al mismo tiempo, disciplina los precios y limita la concentración de poder económico en unas cuantas manos. La competencia no sólo es política económica, sino también social, en la medida que mejora las condiciones de precio, disponibilidad, calidad y variedad de bienes y servicios.

La OCDE y el Banco Mundial señalan que el nivel de competencia tiene un impacto multifacético en la reducción de la pobreza y el aumento de la prosperidad compartida, por su impacto en variables como el ingreso de productores, trabajadores, precios y productividad industrial,⁷⁴ lo que es más importante para los países en

72 International Monetary Fund, “*Growth Slowdown, Precarious Recovery*”, en *World Economic Outlook*, abril 2019.

73 Organisation for Economic Co-operation and Development, DAF/COMP/M (2018)1/ANN7/FINAL, “*Executive Summary of the hearing on Market Concentration, Annex to the Summary Record of the 129th Meeting of the Competition Committee held on 6-8 June 2018*”.

74 World Bank Group, “*A Step Ahead*” en “*Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*”, 2017, p. 8. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/competition-policy-for-shared-prosperity-and-inclusive-growth.htm>

vías de desarrollo, cuya población de menor ingreso suele dirigir su gasto a mercados poco competidos.

Lo anterior exige esfuerzos en diversas dimensiones. Ante los nuevos escenarios y retos que plantea la economía moderna, las leyes e instituciones deben fortalecerse para contribuir de manera más contundente en sus objetivos de reprimir y, sobre todo, disuadir conductas anticompetitivas, así como para evitar fenómenos de concentración anticompetitivos; esto, sin afectar los niveles de inversión, eficiencia, emprendedurismo e innovación. El sistema es dúctil, flexible y debe ser evolutivo.

En cualquier caso, construir economías competidas exige acciones que involucren a múltiples actores. La política de competencia tiene impacto transversal y debe visualizarse como una política de Estado que guíe decisiones, esfuerzos, leyes y políticas públicas que hagan que los mercados funcionen para la sociedad, y eviten que la sociedad opere para los mercados.

ÍNDICE DE FIGURAS Y TABLAS

Figura 1. “ <i>Bosses of the Senate</i> ”, 1889	7
Figura 2. “ <i>The monster monopoly</i> ” (Standard Oil)	9
Figura 3. Estudio Aradillas	34
Figura 4. Ejes institucionales de la reforma constitucional	40
<hr/>	
Tabla A. Estructuras de mercado	16
Tabla B. Impacto en indicadores macroeconómicos	32
Tabla C. Principales cambios LFCE 2014	42
Tabla D. Evaluaciones <i>ex ante</i> Cofece	45