

NUEVA POLÍTICA DE COMPETENCIA: ALUMBRAMIENTO, PUBERTAD Y MADUREZ DE UNA IDEA

Francisco González de Cossío*

*The life of the law has not been logic,
it has been experience.*

—Holmes

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	RAÍCES DE LA MATERIA.....	2
III.	EL BIEN JURÍDICO TUTELADO — LA CONFUSIÓN.....	2
A.	EL COMMON LAW	3
B.	INTENCIÓN LEGISLATIVA DE LA <i>SHERMAN ACT</i> DE 1890.....	3
C.	LA GRAN DEPRESIÓN	5
D.	EL NEW DEAL.....	7
E.	LA POLÍTICA DE COMPETENCIA DESPUÉS DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	8
F.	LA ESCUELA DE CHICAGO	9
G.	¿ENSALADA DE CONCEPTOS O UN PÉNDULO COMPETITIVO?.....	9
H.	PREOCUPACIÓN POR EL PEQUEÑO EMPRESARIO.....	10
I.	EL RECHAZO DE LA ‘COMPETENCIA DESTRUCTIVA’	11
J.	MIEDO A LA GRANDE INDUSTRIA	12
K.	EL DEBATE CONTINÚA — PERO NO EN MÉXICO	13
IV.	EL BIEN JURÍDICO TUTELADO — LA ACLARACIÓN	14
A.	EN LO JURÍDICO.....	14
1.	Fundamento.....	14
2.	Eficiencia	15
3.	Competencia y libre concurrencia.....	17
B.	EN LO ECONÓMICO	18
V.	LOS BENEFICIOS DE LA COMPETENCIA.....	23
VI.	COMENTARIO FINAL	24

I. INTRODUCCIÓN

Los adjetivos son peligrosos. El título de este estudio lo ejemplifica: caracterizar de ‘nueva’ a la política de competencia económica despierta diferencias de opinión. Mientras que algunos consideran que la política de competencia económica ha cambiado

* González de Cossío Abogados, S.C. Profesor de Derecho Económico y Arbitraje, Universidad Iberoamericana.

a la luz de las recientes reformas de la Ley Federal de Competencia Económica (“LFCE”), otros consideran que ello es falso.

En mi opinión, la política no solo no es nueva, sino que es producto de un largo proceso de decantación conceptual que ha dado lugar a lo que hoy en día protege la LFCE. (De allí el pensamiento de Holmes incluido al principio de este ensayo.)

Este estudio tiene por objeto ahondar sobre el bien jurídico tutelado por el derecho de la competencia económica. Para ello abordaré las raíces de la disciplina (§II), las diferentes concepciones (y confusiones) del bien jurídico tutelado (§III), para luego aclarar su noción correcta (§IV), comentando sucintamente los beneficios de la competencia (§V) para concluir con un comentario final (§VI).

II. RAÍCES DE LA MATERIA

La disciplina de la competencia económica nació (formalmente¹) en Estados Unidos. La primera ley que reglamentó esta materia fue la *Sherman Act* de 1890.² Dicha ley marca el comienzo de una serie de debates tanto prácticos como científicos que han buscado definir con exactitud el contenido conceptual y bien jurídico tutelado de la materia. El debate ha sido tan continuado como intenso. No conozco otra área del conocimiento en donde exista tan aguda diferencia de opinión sobre un tema tan básico: qué protege.

III. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO — LA CONFUSIÓN

El debate (y confusión) sobre el bien jurídico tutelado de esta materia es propiciado por la historia de la disciplina y por el contenido económico de la misma.

Existe divergencia de opinión sobre la intención legislativa de la *Sherman Act*. Hay quien considera que los redactores de la misma estaban preocupados por las grandes concentraciones de capital,³ otros opinan que buscaba cuidar al pequeño empresario. Una corriente de opinión considera que se buscaba procurar justicia e igualdad en la conducta empresarial; otra que buscaba proteger al consumidor. Para otros se trata de una ley que busca libertad (libertad de acceso al mercado a competir) y aun otros consideran que lo que interesa es la eficiencia.⁴

¹ El adjetivo obedece a que existen actos, leyes y casos aislados que precedieron a la *Sherman Act* de Estados Unidos. Sin embargo, no dieron lugar a una disciplina completa. Como ejemplos de estos casos hay quien cita casos de la antigua Grecia. (Lameros E. Kotsiris, AN ANTITRUST CASE IN ANCIENT GREEK LAW, 22 Int’l Law, 451 (1988). México es otro caso: la Constitución de 1857 prohibía monopolios.

² Hoy por hoy, el régimen de esta materia en Estados Unidos está compuesto por La *Clayton Act* de 1914, la *Federal Trade Comisión Act* de 1914, la *Robinson-Patman Act* de 1936, las modificaciones *Cellar-Kefauver* a la *Clayton Act* de 1950, así como los casos que han interpretado las mismas. Existió una *Miller-Tydings Act* de 1937 que exceptuaba de la *Sherman Act* a ciertos arreglos de reventa entre productores y sus distribuidores, pero dicha exención fue eliminada en 1975.

³ Mucha de la ira de los redactores de la *Sherman Act* resultó de *Standard Oil Company* y los ‘trusts’ de azúcar.

⁴ Otros objetivos que se le han adjudicado al derecho de la competencia son el interés del consumidor en precios reducidos, valores políticos y sociales involucrados en garantizar un control

Las posturas enunciadas no son necias. Existen elementos (tanto históricos, sociales, jurídicos y económicos) que sirven de apoyo a cada una.

Para evitar que la historia se repita en México debemos observar qué ha ocurrido en el extranjero y aprender de la experiencia ajena. Para ello, haré un pequeño recuento histórico enfocándome en Estados Unidos. Ello por dos motivos: es la jurisdicción madre de la disciplina, y ha servido de laboratorio, paulatinamente destilando el paradigma en vigor.

A. EL COMMON LAW

Aun antes de la creación de la *Sherman Act* existía derecho consuetudinario (*common law*) que prohibía actos que restringieran el comercio (*contracts in restraint of trade*). Sin embargo, en general el régimen no era regulatorio ni punitivo. Sólo establecía la consecuencia civil de dicha conducta: la nulidad del acto. Dicho régimen fue considerado inadecuado e insuficiente para atemperar lo que era percibido como un peligroso poder privado derivado de las grandes acumulaciones de capital.

B. INTENCIÓN LEGISLATIVA DE LA *SHERMAN ACT* DE 1890

Fueron las circunstancias económicas de aquél entonces las que motivaron que el congreso federal tomara cartas legislativas en el asunto. Pero *cuáles* (de las diversas) circunstancias constituyeron *él* detonante de la disciplina es difícil de discernir. Fueron un conjunto de hechos los que propiciaron la iniciativa. Cuál haya sido el conclusivo parece una cuestión de opinión.

Los debates que dieron lugar a dicha ley muestran visiones (a veces radicalmente) opuestas del problema social y económico a enfrentar. Mientras que un bando hablaba de total y libre competencia ("*full and free competition*"), otro temía que la competencia intensa podría ser tan dañina como la colaboración. Por ende, los acuerdos que mitigaran la competencia 'ruinosa' y aseguraran un precio justo eran razonables.

Existían otros que hablaban de "libertad industrial". El Senador Sherman mismo hacía eco de la libertad del control corporativo del comercio ("*freedom from corporate control of trade and commerce*") y de los intereses del consumidor.

El Senador Sherman, al comenzar el debate sobre dicha iniciativa, hizo la siguiente declaración:

Esta iniciativa, como la dejaría yo, tiene como único propósito invocar la ayuda de las cortes de Estados Unidos ... para tratar con las combinaciones que afecten negativamente la libertad industrial de los ciudadanos. ... Todo hombre tiene derecho de trabajar, laborar y producir cualquier vocación lícita. ... Esta es la libertad industrial y yace en los cimientos de la igualdad de todos los derechos y privilegios. ...

El único propósito de un monopolio es hacer que la competencia sea imposible. Puede controlar un mercado, incrementar o reducir precios para promover su

disperso sobre los recursos económicos, opciones múltiples para productores y consumidores libres de los dictados arbitrarios de los monopolios y carteles, igualdad de oportunidades, "justicia" en las operaciones económicas.

interés egoísta, reducir precios en una localidad particular y quebrar la competencia persiguiendo los precios que sean su voluntad donde no exista la competencia ... La ley del egoísmo, no controlada por la competencia, le obliga a hacer caso omiso del interés del consumidor.

[This bill, as I would have it, has for its single object to invoke the aid of the courts of the United States ... in dealing with combinations that affect injuriously the industrial liberty of the citizens. ... It is the right of every man to work, labor and produce in any lawful vocation. ... This is industrial liberty and lies at the foundation of the equality of all rights and privileges. ...

The sole object of [a trust] is to make competition impossible. It can control the market, raise or lower prices, as will best promote its selfish interest, reduce prices in a particular locality and break down competition and advance prices at will where competition does not exist ... The law of selfishness, uncontrolled by competition, compels it to disregard the interest of the consumer.]⁵

Resaltan dos nociones: libertad industrial y el interés del consumidor. ¿Pero qué significa ‘libertad industrial’? Mientras que algunos opinaban que el contenido de dicho concepto era la libertad del gobierno, otros lo entendían como libertad del poder de mercado.

Como puede verse, bajo el mismo estandarte se defienden dos nociones radicalmente opuestas. En esencia se perfilaban dos nociones: libertad e igualdad.

Compárese dicha retórica con la siguiente declaración del Senador Orville Platt:

La verdadera teoría de este asunto es que los precios deben ser justos y razonables y equitativos, que los precios ... deberían ser tales que puedan generar un retorno justo a todas las personas que se dediquen a la producción, una ganancia justa sobre capital, trabajo y sobre cualquier otra cosa que entre a la producción. ... Todo hombre dedicado a los negocios ... tiene derecho, un derecho tanto moral como legal, a obtener una ganancia justa y basada en su negocio y trabajo; y si la competencia intensa lo orilla a una situación no remunerativa, considero que es su derecho ponerse de acuerdo (combinarse) con miras a incrementar precios hasta que sean justos y remunerativos.

[The true theory of this matter is that prices should be just and reasonable and fair, that prices ... should be such as will render a fair return to all persons engaged in its production, a fair profit on capital, on labor and on everything else that enters into its production. ... Every man in business ... has a right, a legal and a moral right, to obtain a fair profit upon his business and his work; and if he is driven by fierce competition to a spot where his business is unremunerative, I believe it is his right to combine for the purpose of raising prices until they shall be fair and remunerative.]⁶

Como puede verse, el éxito de una inversión se concibe como algo a lo que se tiene derecho. Y el retorno debe ser ‘justo’ aunque ello sea mediante ‘combinaciones’ (acuerdos) que incrementen (fijen) los precios. La ‘competencia intensa’ es percibida como algo que debe remediarse.

⁵ 21 CONG. REC. 2457 (1890) Declaración del Senador Sherman (D.Ohio).

⁶ 21 CONG. REC. 2720-1 (1890) Declaración del Senador Platt (D.Conn.).

No obstante estas (fundamentales) diferencias, existían algunos principios que compartían ambos bandos: nadie negaba la necesidad de intervención gubernamental; y —si bien por razones distintas— todos coincidían que ello resultaría en un ‘precio justo’.

Pero el enemigo no era uno y la patología no era clara —lo que explica que tampoco lo fuera la medicina.

Un símbolo de rechazo de la época fue el *Standard Oil Trust* de John D. Rockefeller, quien era generalmente percibido (y caricaturizado) como un pulpo gigante y amenazante cuyos tentáculos se extendían a todos los extremos del país. Otro enemigo fueron los carteles, que en dicha época eran rampantes.⁷

No solo fueron los (dos) años de debate en el Congreso de Estados Unidos donde se presentaron visiones distintas de la competencia económica. Una vez emitida la *Sherman Act*, las sentencias (‘*opinions*’ —como son aludidos en dicha jurisdicción) y la retórica viraron hacia la ‘libertad industrial’ y ‘precios justos’. En ocasiones dicha retórica y las sentencias estuvieron salpicadas de otra noción que —en mi opinión— distrajo la definición del bien jurídico tutelado: la preocupación por el pequeño comerciante (“*small dealers and worthy men*” eran las palabras empleadas⁸). Dicha preocupación no sobrevivió la etapa formativa inicial del derecho de la competencia económica (de 1890 a 1911⁹). Fue substituida por admiración por la genialidad de la empresa grande.

C. LA GRAN DEPRESIÓN

Los años treinta presentaron otra oportunidad para poner a prueba esta noción. La Gran Depresión y las dos décadas que le precedieron fueron una etapa tumultuosa —llena de excesos, tiranías y resistencia.¹⁰ En dicho periodo tuvieron lugar esfuerzos para establecer asociaciones cooperativas, grupos de acción colectiva económica y política. Los paradigmas existentes se cuestionaron con miras a acomodar nuevas prácticas sociales y económicas.

Fue durante esta volátil era en la que se comenzaron a poner a prueba los (vagos) conceptos contenidos en la *Sherman Act*,¹¹ y en la que se tomaron decisiones que

⁷ Estos últimos eran tantos y tan inestables que no fue posible personificarlos en una sola persona. Sin embargo, los monopolistas, carteles y *trusts* se caricaturizaban genéricamente con hombres obesos en smoking y sombrero alto.

⁸ Como así lo hizo el Ministro (*Justice*) Peckham. (Ellis W. Hawley, THE NEW DEAL AND THE PROBLEM OF MONOPOLY, 1966, 1969, pgs. 4 y 472).

⁹ 1911 es la fecha de la decisión *Standard Oil (Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1 (1911)) de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos donde nació el estándar *rule of reason*. A partir de ello tiene lugar otra etapa del derecho de la competencia económica, tanto en aproximación como en sofisticación.

¹⁰ Dentro de esta etapa se presentó la Primera Guerra Mundial con sus consecuencias internacionales, el primer movimiento feminista en Estados Unidos, revivió el Ku Klux Klan, existieron levantamientos laborales, manifestaciones en las calles, la represión de la expresión de la oposición, y la Prohibición.

¹¹ La sección 1 de la *Sherman Act* dice:

definieron el rumbo que la estela judicial seguiría durante décadas. Por ejemplo, el caso *Standard Oil*¹² en donde nació la *Rule of Reason* al resolver la difícil pregunta sobre cómo tratar a las colectivas organizadas como entidades, sociedades o trusts. La moraleja subyacente: el poder económico sería tolerado siempre que no fuera abusado.

¿Pero cuando el *uso* se convierte en *abuso*? Después de todo, competir significa querer vencer al contrario, lo cual necesariamente implica dañarlo.¹³ Otro caso de la época nos daría la respuesta: *Chicago Board of Trade*.¹⁴ En dicho caso la Suprema Corte de Justicia (a través de Brandeis) nos brinda lo que puede tildarse de la explicación más elocuente de lo que significa el estándar de *Rule of Reason*:¹⁵

La verdadera prueba de legalidad consiste en si la restricción impuesta es tal que simplemente regule y posiblemente promueva la competencia o si es tal que suprima o destruya la competencia. Para determinar dicha cuestión la corte debe generalmente considerar los hechos particulares a al negocio al que la restricción aplica; su condición antes y después de la imposición de la restricción; la naturaleza de la restricción y su efecto, actual y probable. La historia de la restricción, el mal que se considera que existe, la razón por la que se adopta la solución particular, el propósito y finalidad buscada, y todos los demás hechos relevantes.

[The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among several States, or with foreign nation, is hereby declared illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or if any person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court. [15 U.S.C. §1]

La sección 2 establece:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, of, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court. [15 U.S.C. §2]

12 *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). Esta decisión y *American Tobacco (American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946)) fueron conocidas como las sentencias (*opinions*) de la *Rule of Reason*.

13 Como en su momento lo dijo Brandeis (en *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312 (1921)): “Competition always injured someone’s property rights”.

14 *Board of Trade of Chicago v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

15 Dicho sea de paso, dicho párrafo asiste en el entendimiento del análisis pro- y anti- competitivo que realiza la Comisión Federal de Competencia de conformidad con los artículos 11, 12 y 13 de la LFCE.

believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts.]

Sin lugar a duda, los años treinta y la Gran Depresión aportaron mucho al entendimiento de esta disciplina.

D. EL NEW DEAL

El *New Deal* que, como el lector sabe, fue la respuesta de Franklin D. Roosevelt a los problemas económicos de la época, presentó otra oportunidad para poner a prueba la noción de competencia económica.

Durante esta etapa se dieron esfuerzos para fomentar la libre competencia en el sentido de libertad del poder económico privado.¹⁶ La libertad se concibió no solo como igualdad sustantiva, sino también en el sentido que el gobierno debía mediar en las relaciones económicas para generar y proteger la igualdad. Una metáfora de Thurman Arnold es ilustrativa: el gobierno sería como el policía de tránsito que enseña las reglas de conducir a quienes transitan en las calles del comercio.

La libertad significaría más que la protección de opresión de las mayorías, sino también del poder económico privado. Ante el mismo los individuos eran percibidos como consumidores cautivos.

Dado el ánimo pro-asociaciones para defender intereses de la época, un resultado trascendente de la época fue destilar del concepto de competencia económica a los sindicatos.

En esta etapa la política de competencia significó ‘competencia justa’, libre de competencia a muerte (*‘cutthroat competition’*), así como precios, salarios y ganancias justas: ni demasiado altas ni demasiado bajas. Y la competencia justa implicaba tanto contienda como cooperación. Rivalidad y acuerdos. Se procuraba la acción concertada en la industria y la agricultura bajo la supervisión del gobierno procurando una economía balanceada, buscando eliminar el individualismo salvaje en el cual todos se destruyen.

Una pieza importante de principios del *New Deal* fue la *National Recovery Act*, la cual hablaba de ‘competencia justa’ (*‘fair competition’*). Al amparo de la misma diversas industrias emitieron códigos que contenían disposiciones que restringían la competencia en precios. Si bien en apariencia buscaban promover competencia, en la práctica permitía el tipo de controles que aminoraban la misma.¹⁷

Existieron una hilera de casos que, dado el clima político, permitían esquemas de cooperación que buscaran evitar la ‘competencia destructiva’. Por ejemplo: *American Column & Lumber v. U.S.*,¹⁸ *Sugar Institute Inc. v. United States*,¹⁹ *Appalachian Coals*,

¹⁶ Rudolph J. R. Peritz en COMPETITION POLICY IN AMERICA 1888-1992, Oxford University Press, New York, 1996, pg. 112.

¹⁷ Como resultado, en *ALA Schechter Poultry Corp. v. United States* (295 U.S. 495 (1934)) la Suprema Corte de Justicia tildó dicha ley de inconstitucional por ser su estándar de ‘competencia justa’ tan vago que operaba como una delegación inconstitucional de poder legislativo a comisiones regulatorias.. En palabras de Cardozo: “the Recovery Act was ‘delegation run riot’”.

¹⁸ 257 U.S. 385 (1921).

Inc. v. United States.²⁰ La Suprema Corte de Justicia (específicamente el *Chief Justice Hughes*) entendía la política de competencia en el sentido de permitir cooperación para evitar competencia ‘destructiva’. La noción de ‘competencia justa’ requería estándares de ética y de ‘conocimiento científico’ (*scientific knowledge*) de la industria, como lo era información sobre precios, operaciones pasadas y futuras, y la notificación anticipada del cambio de términos comerciales. Todo ello para propiciar ‘competencia inteligente’ (*intelligent competition*). Ello concluyó con *ALA Schechter Poultry*, que interrumpió el sueño de competencia cómoda tolerada dados los paradigmas que caracterizaron la época.

Después del parteaguas descrito, comenzó una segunda parte del *New Deal*.²¹ En el mismo el consumidor fue concebido como un cuerpo orgánico unificado al cual la *Sherman Act* buscaba beneficiar. El ‘interés público’ significaría el interés del consumidor en adquirir bienes a bajos precios procurados por mercados competitivos.

E. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA DESPUÉS DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

La política de competencia después de la Segunda Guerra Mundial fue endocentrista. Trataba al resto del mundo como si no existiera. Si bien la dominancia mundial de Estados Unidos estaba fuera de duda, internamente prevalecían conflictos e inseguridades.

En lo económico se percibía como una sociedad pluralista con un mercado libre y abierto a las diferentes ideas, bienes, servicios, capital y posturas políticas. Un problema persistente eran las enormes disparidades de poder, incluyendo el económico. Si bien existía un discurso de competencia, la realidad mostraba un mercado infestado de oligopolios y poder oligárquico.

La Suprema Corte de Justicia emitió decenas de sentencias y doctrinas en un proceso inagotable de formulación de política de competencia. Si bien se ansiaba generar un consenso, la era estuvo caracterizada por corrientes encontradas.

Más adelante, en la medida en que el clima político y social cambió, el contenido de la política de competencia se volvió a poner a prueba. La Guerra de Vietnam en los años de Lyndon Johnson y el escándalo de Watergate con Richard Nixon acentuaron la desconfianza en el Estado, lo cual empujó los esfuerzos desregulatorios, en los cuales la Escuela de Chicago jugó un papel prominente.

19 297 U.S. 553 (1936).

20 288 U.S. 344 (1933).

21 El *New Deal* es entendido por historiadores, politólogos, economistas y juristas como compuesto de dos partes. Dos ‘*New Deals*’. El *early New Deal* es identificado con la *National Industrial Recovery Act*, y es considerado un episodio peligroso de colectivismo que fracasó con la declaración de inconstitucionalidad de dicha ley por la Suprema Corte de Justicia. La segunda parte, que es la que se comenta en esta porción del estudio, involucró conflicto entre clases y se opuso a la transferencia de poder a favor de Washington como resultado de las políticas implementadas.

F. LA ESCUELA DE CHICAGO

Un grupo de expertos²² empujaron por revivir la aproximación de la economía neoclásica para criticar y reformular políticas públicas, incluyendo competencia económica. La retórica incluía ‘eficiencia’, bienestar del consumidor y libre competencia. El mayor impacto tuvo lugar con las políticas de Reagan que acogieron e impulsaron dichos postulados.

Dentro de esta corriente existieron actores claves. Uno fue Ronald Coase, cuyo (famoso) teorema es seguido como la Biblia en ciertas áreas de la microeconomía.²³

Un ponente prolífico e influyente fue Richard A. Posner quien, además de escribir dos importantes obras,²⁴ publicó numerosos artículos en los que insistía que la eficiencia económica debía ser la estrella polar de las políticas públicas y el diseño del derecho. Al hacerlo enfatizaba que su postura era positiva, no normativa. Científica, no ideológica. Asemejaba el estudio del derecho a una ciencia exacta como la física y la astronomía. En su opinión, la eficiencia económica era algo que debía tomarse en serio.

Otro protagonista importante fue Robert Bork quien postulaba que el objetivo de la *Sherman Act* era maximizar riqueza (*wealth maximization*), lo cual bautizó como ‘bienestar del consumidor’ (*consumer welfare*). En su obra más importante, *The Antitrust Paradox*, una de las obras más influyentes sobre esta materia, explica que el análisis de la jurisprudencia mostraba la existencia de una falta de teoría y una escasez de decisiones coherentes basadas en principios.²⁵

Si bien la postura no carece de opositores,²⁶ sus paradigmas fueron utilizados en la administración de Reagan. Más aún, durante los años de Jimmy Carter la literatura y teorías de la Escuela de Chicago, y su énfasis en ‘eficiencia’, se convirtieron en el Ave María de todo el esfuerzo desregulatorio de la época.

G. ¿ENSALADA DE CONCEPTOS O UN PÉNDULO COMPETITIVO?

La historia es frecuentemente descrita como ‘pendular’: tiende a repetirse. Los eventos y paradigmas tienden a ser revisitados conforme pasa el tiempo — máxime si no se aprende de las lecciones que la historia tiene que enseñar.²⁷

²² Aaron Director, Robert Bork, Richard Posner, George Stigler, Ronald Coase.

²³ Coase, Ronald H., *THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW*, University of Chicago Press, Chicago and London, 1988.

²⁴ *Antitrust Law, An Economic Perspective* (1976) y *Economic Analysis of Law* (1973).

²⁵ Robert Bork, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, The Free Press a Division of Macmillan, New York, 1978, pgs. 382-401.

²⁶ Ver por ejemplo la contra-argumentación de Rudolph J. R. Peritz en *COMPETITION POLICY IN AMERICA 1888-1992*, Oxford University Press, New York, 1996, pgs. 236 a 245, y 258-259. Existen otros aún más enérgicos y estridentes.

²⁷ Lo cual motiva la (frecuentemente citada) precaución del historiador español Jorge Santayana: Quien no conoce la historia, está condenado a repetirla.

La trayectoria de la competencia económica no es una excepción.

Como puede observarse de la anterior descripción, la historia conceptual de la competencia económica a la luz de la retórica estadounidense y las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos no ha sido unilineal. Ha sido errática. De hecho, podría caracterizarse como una ensalada. Diferentes épocas le han dado (o han querido darle) un significado distinto, o varios a la vez.

Las sentencias (*opinions*) de la Suprema Corte (incluyendo las opiniones disidentes) mezclan ideas contradictorias sobre la competencia económica. Frecuentemente adoptan elementos de paradigmas económicos distintos. Resalta la escuela clásica,²⁸ la neoclásica²⁹ y la postclásica.³⁰ Como resultado, las sentencias fueron incoherentes,³¹ propiciando ambigüedad en los objetivos de la competencia económica, impidiendo la creación de un cuerpo consistente de casos. El resultado: la política de competencia tuvo, y tiene, muchos significados.³²

Pero no todo es criticable: una interpretación que ha prevalecido es que la *Sherman Act* exige competencia *real*, entendiendo por la misma la rivalidad individualizada entre vendedores y compradores, no las batallas coordinadas entre grupos de vendedores y grupos de compradores.³³

De las ideas que a lo largo de la historia de este concepto se han presentado, vale la pena comentar en forma separada tres, pues su utilización ha sido recurrente: la preocupación por el pequeño empresario, la competencia destructiva y el miedo a la grande industria.

H. PREOCUPACIÓN POR EL PEQUEÑO EMPRESARIO

La retórica del pequeño empresario (*small dealers and worthy men*) fue ampliamente utilizada. Por ejemplo, véase la siguiente declaración del congresista John E. Miller en apoyo de la *Miller-Tydings Resale Price Maintenance Act* de 1937:³⁴

-
- 28 La **Clásica** tiene una visión de la competencia como un resultado lógico de la libertad contractual.
- 29 La escuela **Neoclásica** toma como punto de partida el desempeño del mercado. Ello suplente la noción de libertad contractual con la del mecanismo de precios y nociones de oferta, demanda, costo marginal, ingreso y abasto. Se clasifican los mercados ya sea como competitivos o monopolizados.
- 30 La escuela **Postclásica** investiga y analiza los mercados y luego las firmas dominantes. Así lo hizo Edward Chamberlin con su teoría de oligopolio. Schumpeter veía la competencia en forma dinámica como innovación (en sus palabras “a perennial gale of creative destruction”).
- 31 Un ejemplo es *American Tobacco (American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946))*, que muestra una mezcla de discursos económicos clásicos, neoclásicos y postclásicos.
- 32 Peritz, pg. 169.
- 33 Peritz, pg. 86.
- 34 17 de agosto de 1937, ch. 690, tit. VIII, 50 Stat. 693, que modifica la sección 1 de la *Sherman Act* (15 U.S.C. §1), derogada por la *Consumer Goods Pricing Act* de 1975, Pub. L. No. 94-145, §2, 89, Stat. 801.

El marchante, el comerciante de herramientas, el joyero, el farmaceuta deben encontrarse hombro con hombro con el doctor, el abogado, el padre en sus esfuerzos para construir y mejorar. Estos hombres constituyen la tela y tejido de nuestra vida nacional. ... Estos son los hombres que se juntan en los pasillos legislativos, que se sentaron en las bancas, y a quienes se les confió la autoridad ejecutiva para dar fuerza y vida a los principios de oportunidad para todos, y privilegios especiales para ninguno.

[The grocer, the hardware dealer, the jeweler, the pharmacist were to be found shoulder to shoulder with the doctor, the lawyer, the clergyman in their efforts to upbuild and uplift. These men constituted the woof and fabric of our national life. ... These were the men who met in legislative halls, who sat on the bench, and who were entrusted with the executive authority to give force and life to the principles of opportunity for all and special privileges to none.]

El pequeño industrial era considerado la columna vertebral economía. Se argüía que los intereses del consumidor estaban mejor servidos mediante la promoción de la igualdad comercial entre minoristas independientes y pequeños productores.

I. EL RECHAZO DE LA ‘COMPETENCIA DESTRUCTIVA’

Los intentos por concebir y perfilar la competencia de una manera menos ‘Darwiniana’ han sido múltiples e ingeniosos. Y la nomenclatura ha variado en consecuencia. Por ejemplo, se ha sugerido que la competencia sea cooperativa (*cooperative competition*), trabajable (*workable competition*³⁵), ilustrada (*enlightened competition*),³⁶ inteligente (*intelligent competition*), justa (*fair competition* — durante el *New Deal*), competencia libre (*free competition*), competencia con una ética igualitaria (*egalitarian ethic*), competencia administrada (*managed competition*), y la nueva competencia (*new competition*).³⁷

Todas estas concepciones o variaciones de la competencia buscaban evitar el tipo de competencia conforme a la cual alguien sale perdiendo. Deseaban eliminar el elemento de ‘brutalidad’ de la competencia.³⁸ Y se le bautizó de diferentes maneras: resalta la competencia ‘ruinosa’ (*ruinous competition*³⁹), la ‘competencia a muerte’

³⁵ Como fue defendido en el *Report of the Attorney General’s National Committee to Study Antitrust Laws* (1955). A su vez, dicha noción era sugerida por el economista John M. Clark para evitar los peligros de la competencia ruinosa.

³⁶ Arthur Jerome Eddy, *THE NEW COMPETITION*, 1914, pg. 1.

³⁷ Misma que se dio dentro del contexto de las asociaciones de comercio.

³⁸ Como así lo abogaba Harriman.

³⁹ En *U.S. Socony-Vacuum Oil Co. (United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940))* se argumentó que el esquema de compra de petróleo excedente (‘distress oil’) de pequeños productores era consistente con *Appalachian Coals* (1933) para eliminar la competencia destructiva, evitando la quiebra de los pequeños productores (que no tenían instalaciones de almacenaje y no podían limitar sus pozos). Dicho –perenne- argumento (de ‘ruinous competition’) fue rechazado. Se razonó que la estabilización de precios amenazaba el sistema nervioso central de la economía y que el mecanismo de precio es el que debía dirigir la distribución de bienes y servicios. Los productores, tanto chicos como grandes, no tenían más opción que someterse al árbitro final del precio.

(*cutthroat competition*), la competencia indeseable (*undesirable competition*), la competencia destructiva (*destructive competition*), etcétera.

Existieron llamados enérgicos. Por ejemplo, Arthur J. Eddy exhortaba a reemplazar la competencia por la cooperación porque “*Competition is War, and War is Hell*”.⁴⁰

J. MIEDO A LA GRANDE INDUSTRIA

La preocupación por la concentración del poder económico en pocas manos también ha sido recurrente. El (famoso) Juez Learned Hand en el (importante) caso *Alcoa* mencionó que las leyes de competencia tenían por objeto perpetuar y preservar, aunque exista un costo, la organización de las industrias en pequeñas unidades que puedan efectivamente competir entre ellas.⁴¹ En *Columbia Steel* el Ministro (*Justice*) Douglas escribió una opinión disidente en donde hace alusión a lo que calificó de la ‘maldición’ de la empresa grande:⁴²

Este es el caso de competencia económica más importante que se ha presentado ante la Corte en años ... Aquí encontramos un patrón de evolución de grandes monopolios. Pequeñas unidades independientes son devoradas por grandes. ... La lección debe para ahora quedar quemada en nuestra memoria gracias a Brandeis. La *Maldición de la Grande Empresa* muestra cómo el tamaño puede convertirse en una amenaza —tanto industrial como social.

[This is the most important antitrust case which has been before the Court in years ... Here we have the pattern of the evolution of the great trusts. Little independent units are gobbled up by bigger ones. ... Its lesson should by now have been burned into our memory by Brandeis. *The Curse of Bigness* shows how size can become a menace —both industrial and social.]

El problema de la grande industria —según sus ponentes— es el poder sobre la economía que brinda a un puñado de personas: el poder de determinar el precio de cientos de productos.

Dentro del contexto de la emisión de la *Celler-Kefauver Act* de 1950, el diputado (*representative*) Sydney R. Yates mostró preocupación sobre la concentración económica al comparar el crecimiento interno con las adquisiciones:

Una corporación puede crecer de diversas maneras. Una es tener ganancias y utilizarlas para expandir operaciones. Cuando esto sucede la expansión es prueba del éxito de la empresa, una especie de voto de confianza que el consumidor ha dado a dicha empresa. Otra forma es emitir nuevos títulos valor en el mercado y expandirse con los rendimientos. Una empresa que hace esto ha sometido sus prospectivas al juicio de banqueros de inversión e inversionistas, compitiendo con otras compañías que desean expandirse.

⁴⁰ Arthur Jerome Eddy, *THE NEW COMPETITION*, 1914.

⁴¹ *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 429 (2d Cir. 1945).

⁴² *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495 (1948).

Una tercera forma de expandirse es inherentemente peligrosa. Consiste en comprar empresas. El deseo de deshacerse de competidores inconvenientes es uno de los motivos más probables para dicho tipo de expansión.

[A corporation may grow big in several ways. One is to make money and use profits to expand its operations. When this happens the expansion is an evidence of the concern's success, a result of a kind of vote of confidence which consumers have given the enterprise. Another way is to float new security issues in the market and expand with the proceeds. A concern which does this has exposed its prospects to the judgment of investment bankers and investors in competition with other companies which wish to expand.

A third method of expanding, however, is inherently dangerous to competition. It consists in buying out going concerns. A desire to get rid of inconvenient competitors is one of the most probable motives for this type of expansion.]⁴³

Según estos ponentes, los mercados atomizados debían ser preferidos sobre los concentrados.

Pero dicha percepción no era unánime. Por ejemplo, William French Smith (quien fue *Attorney General*) decía que “bigness does not necessarily mean badness”. La Suprema Corte de Justicia, en *U.S. Steel*,⁴⁴ adoptó la postura que las grandes concentraciones no son violatorias de la competencia económica;⁴⁵ pero en *Utah Pie* hizo de nuevo una mezcla de conceptos envolviendo retórica sobre pequeñas y grandes empresas, firmas poderosas y débiles, corporaciones burocráticas y empresas familiares.⁴⁶

Una vez más, no existió una postura generalmente aceptada.

K. EL DEBATE CONTINÚA — PERO NO EN MÉXICO

Como puede verse, la política de competencia no fue —ni ha sido— una.

Aunque el debate continúa,⁴⁷ la opinión prevaleciente es que la competencia económica *únicamente* busca eficiencia en los mercados. No porque en verdad se

⁴³ *Report of the Federal Trade Commission: The Merger Movement: A Summary Report*, 1948, pg. 23 (95 Cong. Rec. 11493, 81st Cong., 1st Sess., August 15, 1949).

⁴⁴ *United States v. U.S. Steel Corp.*, 251 U.S. 417 (1920). El tamaño en si no hace violatoria de la *Sherman Act* a una concentración.

⁴⁵ Aunque es de mencionarse que fue una decisión dividida (4 a 3) en la que Brandeis y McReynolds no participaron.

⁴⁶ *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967).

⁴⁷ Robert H. Bork, LEGISLATIVE HISTORY AND THE POLICY OF THE SHERMAN ACT, 9 J.L. & Econ. 7 (1966); Robert H. Lande, WEALTH TRANSFERS AS THE ORIGINAL AND PRIMARY CONCERN OF ANTITRUST: THE EFFICIENCY INTERPRETATION CHALLENGED, 34 Hastings L.J. 67 (1982); Peritz, Rudolph J. R., COMPETITION POLICY IN AMERICA, 1888-1992. HISTORY, RHETORIC, LAW, Oxford University Press, New York/Oxford, 1996.

considere que es lo que en 1890 el legislativo estadounidense tuviera en mente,⁴⁸ sino porque la experiencia ganada a través de las más de once décadas demuestra que ello es el contenido que debe tener la materia.⁴⁹

Dicho debate quiere repetirse en México. Pero no debe. No porque las diferencias de opinión no sean bienvenidas, sino porque no existe duda alguna de lo que el legislador mexicano deseaba procurar con la LFCE. A continuación se detallará.

IV. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO — LA ACLARACIÓN

Entendida la confusión, procederé a la aclaración. Para ello, comenzaré con el aspecto conceptual legal (§A) para luego explicar la economía detrás del mismo (§B).

A. EN LO JURÍDICO

El bien jurídico tutelado de la competencia económica es la ‘eficiencia’. Para procurarla, se protege el mecanismo que —según el paradigma actual del análisis económico— lo logra: el ‘proceso de competencia y libre concurrencia’.

Pero la explicación anterior deja sueltos varios cabos. ¿Qué es la ‘eficiencia’? ¿Qué se entiende por la ‘competencia y libre concurrencia’? A continuación se explicarán, no sin antes fundamentar la aseveración.

1. Fundamento

La aseveración anterior descansa en dos fuentes: (a) el texto expreso de la ley; y (b) el antecedente legislativo.

a) *El texto legal*

Así lo establece claramente el texto de la LFCE, cuyo artículo 2 dice:

Esta Ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

b) *Antecedente legislativo*

La historia legislativa también soporta esta posición. Durante la segunda discusión y debate, con la finalidad de lograr la aprobación legislativa del proyecto de ley, se aclaró

⁴⁸ Como se detalló, si se analizan los diarios de debates de la *Sherman Act* se encontrará elementos de apoyo de todas las posturas. Ello es un resultado natural de considerar que es trata de un órgano con un contenido ideológico amorfo al representar a diferentes grupos con intereses distintos. (ver, en general, *Report of the House Committee on Manufactures*, H.R. Rep. No. 3112, 50th Congress, 1st Sess., July 30, 1888.

⁴⁹ Richard A. Posner, *ANTITRUST LAW*, The University of Chicago Press, second edition, pg. ix.

que los objetivos de la LFCE eran crear las condiciones necesarias para el adecuado funcionamiento de las fuerzas del mercado, así como la búsqueda y procuración de la eficiencia económica.⁵⁰ No hay mención alguna sobre otras formalidades.

El legislador mexicano aprendió de la experiencia histórica detallada en la sección III de esta monografía. En México no existe duda alguna que las demás teorías que podrían justificar la legislación en materia de competencia económica que difieran o contradigan la política de eficiencia no tienen cabida. El objetivo es uno: eficiencia mediante la competencia y libre concurrencia.

2. Eficiencia

Hablar de ‘eficiencia’ es equívoco, pues existen diferentes tipos de eficiencia. No solo eso, la investigación sobre la noción (incluyendo la discusión con diferentes expertos) me ha hecho percatarme que diferentes personas lo conciben o bautizan en forma distinta. Para evitar que dicha diferencia sobre nomenclatura obstaculice la comprensión del fenómeno económico, a continuación realizaré una descripción de lo que entiendo por cada concepto, de tal manera que —antes de proceder a su análisis en el contexto de competencia económica— pueda identificarse a qué me refiero. Sin embargo, deseo alertar al lector que existe diferencia de opinión sobre la definición y su título, aunque no sobre el trasfondo económico.

La *eficiencia de producción* o *eficiencia productiva* consiste en que todos los productos son elaborados con el mínimo costo posible; es decir, con la menor erogación de recursos. Cierta producción será considerada ‘eficiente’ si no es posible reorganizar los insumos/recursos de una manera que se incremente el abasto sin también reducir el abasto de por lo menos otro producto.⁵¹ Otra manera de entenderlo es el incremento del radio entre insumo y abasto.

La *eficiencia en el consumo* de la cantidad de bienes producidos y consumidos se logra cuando el valor que el consumidor le otorga al bien producido es exactamente igual al costo marginal de producirlo. En dicha hipótesis, la reorganización de los productos entre consumidores para beneficiar a uno no es posible sin que se afecte a otro.⁵²

La *eficiencia asignativa* (*allocative efficiency*) es el fenómeno que se presenta cuando no es posible reorganizar o producir de una manera tal que alguien esté mejor sin que alguien salga perdiendo.⁵³ Bajo condiciones de eficiencia asignativa, la satisfacción o utilidad de una persona puede ser incrementada únicamente mediante la reducción de la

50 Diario de Debates para el Dictamen del Congreso, 14 de diciembre de 1992, pg. 2045 (párrafo 1, “Consideraciones Generales”). A su vez, ver en general, debates del 11 de diciembre de 1992.

51 Dennis W. Carlton and Jeffrey M. Perloff, *MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION*, HarperCollins College Publishers, Second Edition, 1994, pg. 102.

52 Carlton and Perloff, pg. 104.

53 David W. Pearce, *THE MIT DICTIONARY OF MODERN ECONOMICS*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Fourth Edition, 1992, pg. 13.

utilidad de otra persona.⁵⁴ Visto en forma agregada, un mercado competitivo es eficiente en la medida en que los costos sociales y beneficios sociales coinciden.⁵⁵ El bien es atribuido a quien más lo valora. Por ejemplo, si una casa es valorada por la persona *A* en \$100 y por la persona *B* en \$120, será asignativamente eficiente que *B* la posea. Y, según el Teorema de Ronald Coase, asumiendo que los costos de transacción no sean altos, el mercado tenderá a arribar a dicho resultado.

La *eficiencia técnica*⁵⁶ consiste en la producción mediante la mejor u óptima combinación de abasto; la combinación más eficiente de insumos. El abasto ‘óptimo’ puede ser determinado de varias formas, sin embargo, bajo la óptica de la economía de bienestar (*welfare economics*) implica la combinación de abasto que sería escogida por consumidores individuales respondiendo a los precios de un mercado perfecto que reflejen los verdaderos costos de producción. La combinación eficiente de insumos es aquella que produce un abasto al menor costo de oportunidad.⁵⁷

La *eficiencia Pareto* o *Pareto-óptima* se presentará cuando no puede encontrarse una utilización alternativa que ponga a una persona en mejores circunstancias sin empeorar a otra.⁵⁸

La *eficiencia distributiva* (mejor conocida como justicia distributiva) busca encontrar mejores formas de distribuir el ingreso o la riqueza. El derecho de la competencia económica no tiene objetivos distributivos, aunque la reducción del poder de mercado de los agentes económicos (en particular los monopólicos) trae como resultado un efecto redistributivo positivo a nivel agregado. No obstante que dicha circunstancia con frecuencia resulta del buen funcionamiento del mercado, en el caso de México, debe considerarse un efecto secundario, mas no un objetivo, de la legislación sobre competencia económica.⁵⁹

54 Paul Samuelson and William D. Nordhaus, ECONOMICS, McGraw-Hill, Inc., Fifteenth Edition, 1995, pg. 136.

55 Samuelson and Nordhaus, pg. 138. Dicho en términos un poco más técnicos, los beneficios del comercio se maximizan ante el equilibrio competitivo donde $p = UM = CM$ (el precio es igual a la utilidad marginal, que a su vez es igual al costo marginal).

56 Detecto que esta en ocasiones también es aludida como eficiencia asignativa (*allocative efficiency*), lo cual explica las frecuentes diferencias de opinión.

57 David W. Pearce, THE MIT DICTIONARY OF MODERN ECONOMICS, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Fourth Edition, 1992, pg. 13.

58 Se le llama así pues fue acuñada por el economista italiano Wilfredo Pareto (V. Pareto, MANUAL D’ECONOMIE POLITIQUE, 1909.)

59 Así lo enfatizan expertos que participaron en la elaboración de la LFCE: Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez y Gustavo Merino (ANTECEDENTES ECONÓMICOS PARA UNA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, El Trimestre Económico, Fondo de Cultura Económica, vol. LX(1), Núm. 237, México, Enero-marzo de 1993, pg. 230).

La Escuela de Chicago⁶⁰ postula que el objetivo exclusivo de la competencia económica es la ‘eficiencia económica’ entendiendo por la misma la eficiencia productiva y la eficiencia asignativa, entendiendo por eficiencia productiva (*productive efficiency*) el incremento del radio entre el abasto y sus insumos;⁶¹ y por eficiencia asignativa (*allocative efficiency*) la utilización más eficiente de los recursos; es decir, aquél que hará más próspera a una sociedad. Un recurso será asignado en forma eficiente si la utilización del mismo en otra actividad no puede hacer mejorar la situación de alguien sin empeorar la de otro. Es decir, la eficiencia Pareto.

3. Competencia y libre concurrencia

¿Qué es la competencia y libre competencia? ¿Qué es un ‘daño al proceso de competencia económica’?⁶² ¿Será el lastimar (o quebrar) a un competidor?

Problemáticamente, la respuesta es un (incómodo — o interesante) ‘depende’.

Si, por ejemplo, ello derivó de una superior eficiencia de otro agente económico,⁶³ el derecho de la competencia económica no sólo no derivaría responsabilidad, sino aplaudiría dicho resultado.

En forma contraria, si —utilizando el mismo ejemplo— el desplazamiento ocurriera como resultado de un ‘efecto cuello de botella’ procurado por el aseguramiento de un recurso esencial negando compartirlo al competidor, o como resultado de una campaña depredatoria, se considera que el agente económico no fue desplazado por el proceso competitivo, sino por motivos distintos, indebidos, artificiales —y se encontrará que existe un daño al proceso competitivo.

En ambos casos existe una reducción en el número de actores en un mercado determinado y por ende la reducción de competencia en el mismo. El que ello se reputa como un daño *al proceso competitivo*, una ‘reducción del proceso competitivo’, dependerá de los motivos por los que fue desplazado.

Cómo diferenciar puede ser difícil, y fácil de confundir. Es ante ello que abundar sobre el trasfondo económico es no solo útil, sino indispensable.

60 Existen escuelas de opinión importantes, genéricamente llamadas “post-Chicago”, que disienten de la Escuela de Chicago en muchos de sus postulados. No describiré porqué, tan sólo dejo constancia de que el debate existe.

61 Entre mayor sea el abasto manteniendo constante los insumos, mayor será la eficiencia productiva. En tales circunstancias los bienes serán producidos al menor costo posible, lo cual implica que la menor cantidad de bienes de una sociedad son utilizados en el proceso productivo.

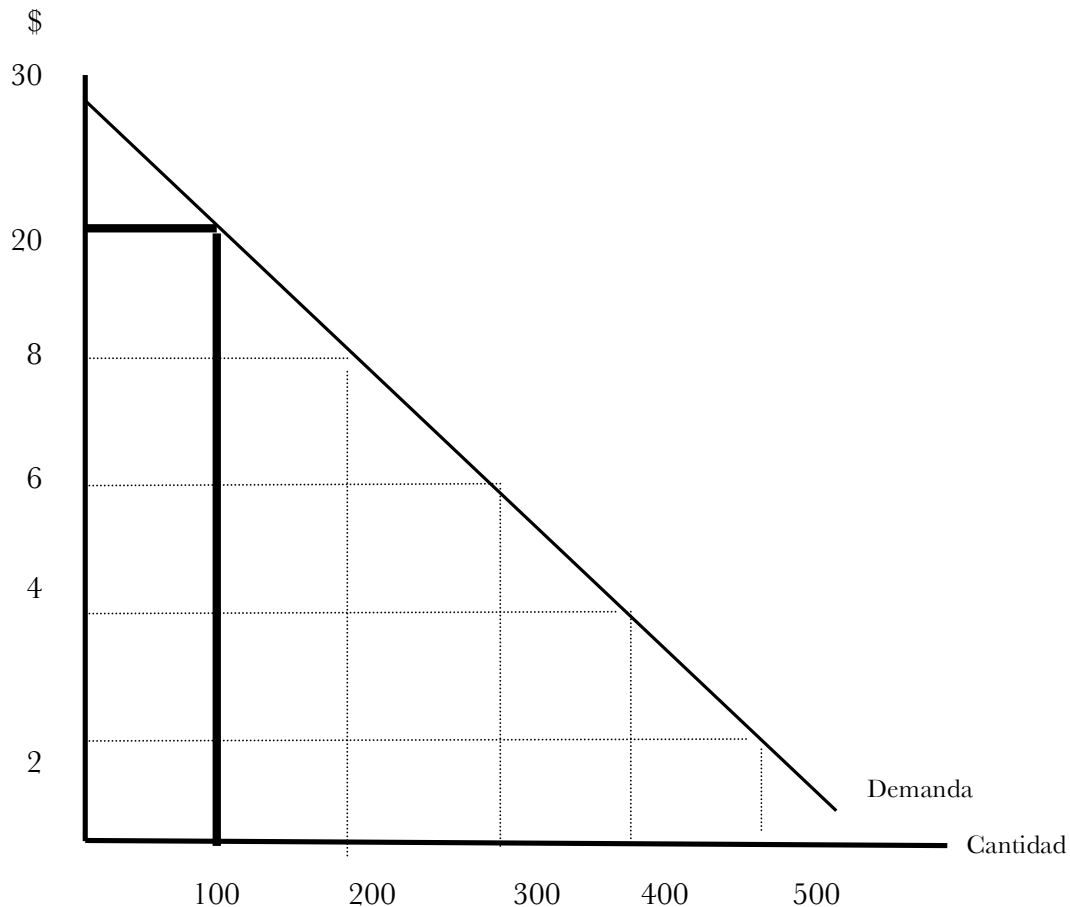
62 Lo que en otras jurisdicciones se conoce como ‘*antitrust injury*’. En México lo aludimos como “el menoscabo en el proceso de competencia y libre concurrencia”. Múltiples casos así lo hacen. En caso de desear un ejemplo, véase el caso de *Teléfonos de México/Avantel/Alestra* (Expediente DE-07-98, Gaceta de Competencia Económica, Año 3, número 8, Septiembre-diciembre, 2000, pg. 372).

63 Desplegada mediante, por ejemplo, la habilidad de producir a un costo inferior, lo que por su cuenta se traduce en un precio inferior al consumidor. Otro ejemplo puede ser mediante mejores servicios de punto de venta.

B. EN LO ECONÓMICO

Para explicar el bien jurídico tutelado por el derecho de la competencia económica echaré mano de una gráfica que ejemplifique un mercado hipotético en el cual se presenten dos escenarios: monopolizado (Figura 1) y un mercado competitivo (Figura 2) para luego yuxtaponerlos y mostrar los resultados desde la perspectiva de bienestar (Figura 3).

FIGURA 1
Mercado Monopolizado



Esta figura existe un sólo agente económico.⁶⁴ Dado que el agente económico tenderá a escoger el nivel de abasto que incrementa *sus* ingresos (no el nivel de abasto),⁶⁵ escogerá producir a un nivel de abasto 100 obteniendo un ingreso de \$2,000.⁶⁶ Ello resultará en que únicamente un grupo

⁶⁴ Donde interfecta precio \$20 con cantidad 100, marcado con la línea recta (no punteada).

⁶⁵ Cuando sólo hay un agente económico en un mercado la curva de demanda muestra —a diferencia de lo que ocurre en un mercado competitivo— una serie de alternativas. Es decir, hace las veces de una lista de opciones, un menú, del cual puede el monopolista escoger el nivel de abasto que desea. Ante ello es natural que escoja la que más le conviene a él —que naturalmente será la que arroje más ganancia, no la que genere más abasto. Esta apreciación hace que quede en manifiesto algo que en ocasiones se malentiende. El monopolista no es ‘malo’. Es un comerciante cualquiera que procura lo que todo comerciante desea: incrementar ganancias. Lo que ocurre es que, dadas las circunstancias de un monopolista, al tomar dicho (natural) paso, se genera un daño social: se reduce la eficiencia. Más adelante quedará en manifiesto porqué. (Para abundar sobre el funcionar de la (poderosa herramienta de la) curva de oferta y demanda se recomienda, por su lucidez, Gary S. Becker, TEORÍA ECONÓMICA, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.)

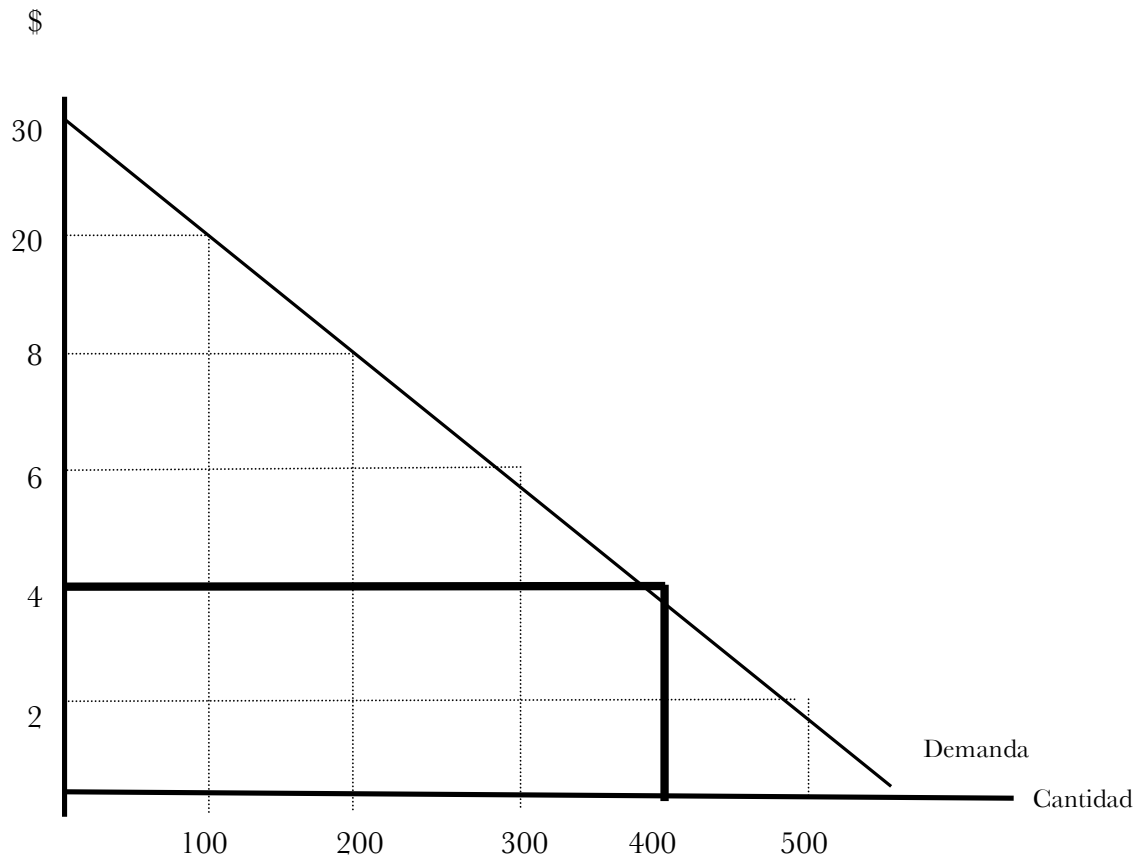
⁶⁶ Las alternativas arrojan un nivel de abasto mayor, pero ingresos inferiores. Por ejemplo, el nivel de abasto a 200 genera un ingreso de \$1,600, la producción a 300 presenta un ingreso de \$1,800, producir 400 unidades da ingresos de \$1,600 y a 500 arroja \$1,000. Ante estas alternativas, es natural que el monopolista escoja el nivel de abasto a 100: genera \$2,000.

pequeño de consumidores (100) puedan adquirir el producto, pues el precio es elevado (\$20 por unidad).

Veamos ahora el mismo mercado pero bajo condiciones de competencia.

FIGURA 2

Mercado Competitivo



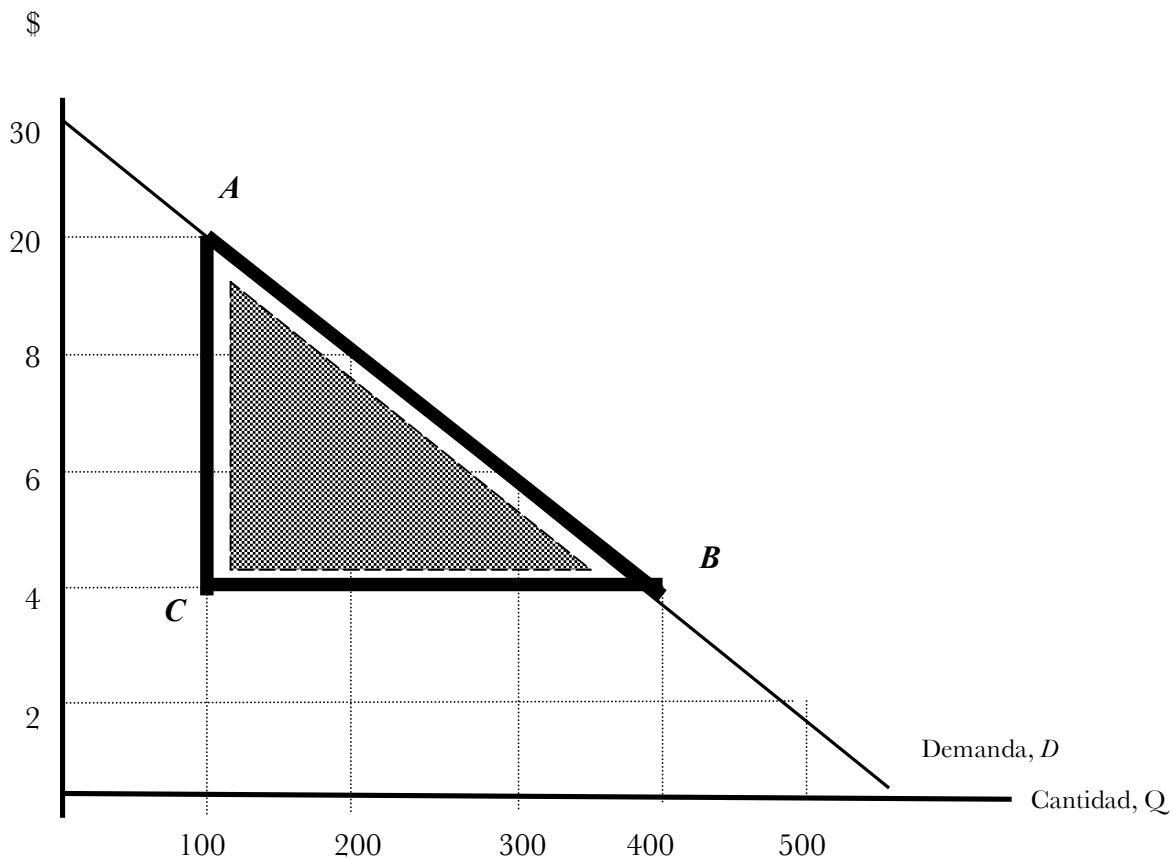
En esta figura se muestra el nivel de abasto en un mercado competitivo. Dado que el precio está dado⁶⁷ (\$4) el agente económico que desea participar en el mismo no tiene más opción que vender a dicho precio: es un ‘tomador de precios’. Si vende a (inclusive) un centavo arriba de \$4, perderá ventas. Si vende por debajo de \$4 estará perdiendo ingresos —después de todo el consumidor en dicho mercado está dispuesto a pagar \$4.

⁶⁷ En un mercado competitivo, la curva de demanda es plana. Está acostada. Económicamente ello significa que a dicho precio puede vender el volumen que quiera. Pero si lo incrementa, no venderá nada.

En esta hipótesis son 400 los consumidores que pueden adquirir el producto, y lo hacen a \$4 —contrástese con el precio de \$20 en la Figura 1, que hace que sólo 100 consumidores lo puedan adquirir.

Yuxtapongamos ahora ambas figuras para visualizar el resultado.

FIGURA 3
Pérdida de bienestar



Si se compara la Figura 1 con la Figura 2 se observará que entre los niveles de abasto de cada escenario se genera un triángulo (sombreado y representado por los puntos *A*, *B* y *C* en la Figura 3) que encierra lo que la literatura económica identifica como una pérdida de bienestar (un “*welfare loss*”). Para entender porqué se genera dicha pérdida deben comprenderse dos nociones: el beneficio del productor y el beneficio del consumidor.

El **beneficio del consumidor**⁶⁸ es la diferencia entre el precio máximo que el consumidor estaría dispuesto a pagar,⁶⁹ y el precio que paga. En un mercado

⁶⁸ También conocido como ‘excedente del consumidor’. (La traducción de los conceptos al español ha sido tomada de Michael Parkin y Gerardo Esquivel, *MICROECONOMÍA*, Versión para Latinoamérica, Addison Wesley, México, D.F., Quinta Edición, 2001, pgs. 261 *et seq.*)

perfectamente competitivo todas las ventas tienden a ser realizadas al mismo precio (de mercado) no obstante que diferentes grupos de consumidores tienen diferentes precios de reserva.⁷⁰ La diferencia entre el precio de reserva y el precio pagado es el ‘beneficio del consumidor’.⁷¹ Es la diferencia entre el precio pagado y lo que el consumidor hubiera estado dispuesto a pagar, de ser necesario, para consumir las unidades adquiridas.⁷²

El **beneficio del productor**⁷³ es la diferencia entre el ingreso total al precio competitivo y la suma de los costos del productor.⁷⁴ O, dicho de una manera más simple, es la diferencia entre el precio más bajo al que estaría dispuesto a vender, y el precio al que vende.⁷⁵ Es la cantidad más grande que puede ser restada del ingreso de los proveedores y aún así el proveedor estaría dispuesto a seguir manufacturando y vendiendo el producto.

Entendidos los conceptos anteriores, volvamos a nuestro ejemplo. En la Figura 1 se observa que el beneficio *del productor* es incrementado pues vende al precio más alto posible. En la Figura 2 vimos que el beneficio *del consumidor* es incrementado pues se posibilita que la mayor cantidad de consumidores adquieran —y a precio de mercado (no monopolístico).

Es lo anterior lo que hace que algunos consideren que lo que busca la competencia económica es beneficiar al consumidor. Disiento. Es cierto que el monopolio genera una transferencia de riqueza a favor del productor. Y puede ser importante.⁷⁶ Pero lo que le molesta a la competencia económica no es que el productor extraiga el bienestar del consumidor.⁷⁷ Lo que le molesta es que el escenario monopolizado implica desperdicio. No es eficiente. El desperdicio está mostrado en la Figura 3 por el triángulo sombreado. Se trata de bienestar que no es apropiado por nadie. Ni por el consumidor (pues no compra) ni por el productor (pues no vende).

69 Llamado el “precio de reserva”.

70 Por ejemplo, un grupo social de clase alta pagaría más por un bien suntuario que un grupo social de clase media.

71 Herbert Hovenkamp, FEDERAL ANTITRUST POLICY. THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1994, pg. 5. Carlton and Perloff, pg. 104.

72 En el ejemplo expuesto en las Figuras 1, 2 y 3, el beneficio del consumidor (que en la Figura 1 hubiera adquirido el bien) es \$16. El resultado de restarle el precio más alto (\$20) al precio que pagó por tratarse de un mercado competitivo (\$4).

73 También conocido como el ‘excedente del productor’.

74 Hovenkamp, FEDERAL ANTITRUST POLICY, pg. 5. Carlton and Perloff, pg. 105.

75 Supongamos que el costo del productor es de \$2 por unidad, en el ejemplo de la Figura 1 el excedente del productor es \$18 (la diferencia entre costo (\$2) y precio (\$20)). En el ejemplo de la Figura 2 será \$2 (la diferencia entre costo (\$2) y el precio (\$4)).

76 Para visualizarla, ver Francisco González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA: ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, México D.F., 2005, pgs. 28 a 37.

77 Si ello fuera cierto, la discriminación de precios sería una práctica per se prohibida. Una práctica monopolística absoluta. Y no lo es. Es relativa. Para abundar porqué véase González de Cossío, Francisco, DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS, Revista de Investigaciones Jurídicas número 30, 2006.

Podría contestarse ¿qué tiene de malo que el productor apropie —mediante una práctica monopólica— bienestar del consumidor? Después de todo, hace negocios para beneficiarse a sí mismo, no con fines altruistas.

La premisa es correcta pero la conclusión pierde algo de vista: no es porque imponamos una obligación social a los agentes económicos que procuramos que vendan a precios competitivos. *Es porque el monopolio resulta en desperdicio social agregado:* las operaciones que se encuentran entre *A* y *B* están perdidas. No son apropiadas por nadie. Ello genera que existan consumidores que se queden sin adquirir el producto, y no se produzcan ingresos que hubiéramos preferido que el productor apropiara. Y dicha negación de oportunidades de transacción es una fuente de subdesarrollo.⁷⁸ *El nivel de abasto es subóptimo, tomando en cuenta la sociedad en su totalidad.* Si se propiciara un mercado competitivo, más productores extraerían más riqueza de la misma cantidad de recursos naturales, y los consumidores adquirirían más y a menor precio. Todos saldrían ganando.

Es por ello que la LFCE, correctamente entendida, no es una legislación pro-consumidor. Es una legislación pro-eficiencia, entendida como buscando evitar pérdida de bienestar.

V. LOS BENEFICIOS DE LA COMPETENCIA

Entendido el efecto nocivo de un mercado que dista de ser competitivo quedan en manifiesto los beneficios de la competencia: eficiencia y bienestar social. Como lo expone concisa y elocuentemente Samuelson:

El mercado perfectamente competitivo es un mecanismo que sintetiza (a) los deseos de las personas con votos monetarios a pagar por bienes en la forma representada por una demanda, con (b) el costo marginal de dichos bienes, en la forma como son representados por la curva de abasto de dicha firma. Bajo ciertas circunstancias, la competencia garantiza eficiencia en la que la utilidad de ningún consumidor puede ser incrementada sin reducir la utilidad de otro consumidor. Lo anterior es cierto aún en un mundo con múltiples factores y productos.⁷⁹

[The perfectly competitive market is a device for synthesizing (a) the willingness of people possessing dollar votes to pay for goods as represented by demand with (b) the marginal costs of those goods as represented by firm's supply. Under certain conditions, competition guarantees efficiency in which no consumer's

⁷⁸ Utilizando la lupa bajo la cual el (Premio Nobel de Economía) Amartya Sen concibe el desarrollo. (Amartya Sen, *DEVELOPMENT AS FREEDOM*, Anchor Books, New York, 1999.) Para dicho autor, el 'desarrollo' consiste en la progresiva eliminación de carencias de libertades ('unfreedoms' como él las llama). Una de ellas es la imposibilidad de adquirir bienes. Un pasaje toca el punto en específico: "...denial of opportunities of transaction ... can be a source of unfreedom...". (Id., pg. 25.) En su (fascinante) obra Sen postula que las libertades están interrelacionadas y se enriquecen mutuamente, de allí que la procuración de cualquiera de ellas alimenta a las demás ("The effectiveness of freedom as an instrument lies in the fact that different kinds of freedom interrelate with one another, and freedom of one type may greatly help advancing freedom of other types". Id. pg. 37).

⁷⁹ Samuelson, pg. 139. (Traducción del autor.)

utility can be raised without lowering another consumer's utility. This is true even in a world of many factors and products.]

Hay mucho que podría decirse sobre lo anterior. Dado los objetivos de este estudio, no lo haré.⁸⁰

VI. COMENTARIO FINAL

William O. Douglas decía que las ideas han mostrado ser las fuerzas más peligrosas en la historia de la humanidad.⁸¹ Coincido parcialmente. Creo que el adjetivo 'peligrosas' debe ser cambiado por 'poderosas': *las ideas han sido las fuerzas más poderosas de la historia.*

El título de este estudio es tramposo. Puede confundir. La competencia económica vigente no es 'nueva'. Dista de serlo. Es el producto de casi doce décadas de experiencia.

La idea de la competencia económica nació amorfa, en épocas de concentración, poderío y abuso económico. A través del tiempo dicha idea se ha ido decantando, sirviendo la historia de laboratorio en donde diferentes eventos y crisis económicas han dado oportunidad para ponerla a prueba y depurar sus impurezas conceptuales. El resultado es que la noción actual, madura, de 'competencia económica' en México tiene un estado químicamente puro: es una ley que busca la eficiencia. Nada más. Y nada menos.

80 De desear abundar, cualquier libro de microeconomía detalla los beneficios de un mercado competitivo. Samuelson y Nordhaus son particularmente claros. En caso de desear consultar un resumen con un ángulo jurídico (o de tener problemas de insomnio), véase González de Cossío, COMPETENCIA ECONÓMICA. ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS, Ed. Porrúa, 2005, pgs. 23 *et seq.*

81 Reuben Brenner, BETTING ON IDEAS. WARS, INTERVENTIONS, INFLATION, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1985.