

Economía Social de Mercado Serie **6**



Serie Economía Social de Mercado

Año 2013, No. 6
Fundación Konrad Adenauer
Diciembre de 2013
Guatemala, Guatemala

ISBN: 99939-976-4-1

Los contenidos del presente fascículo no expresan necesariamente la opinión de la Fundación Konrad Adenauer. Se permite su reproducción parcial o total, siempre que se cite la fuente.

Editor responsable

Annette Schwarzbauer

Coordinación editorial

Virginia Barrios

Diseño/Diagramación

Oswaldo Morales

Impresión

MAGNA TERRA EDITORES

5ta. avenida 4-75 zona 2

Ciudad de Guatemala

Tels. (502) 2238-0175/2250-1031

Correos electrónicos: magnaterraeditores@yahoo.com

info@magnaterraeditores.com

Sitio web: www.magnaterraeditores.com

1,000 ejemplares

En esta edición:

Presentación	5
Competencia funcional	
Un pilar de la Economía Social de Mercado	7
DIETER W. BENECKE	
Introducción	7
I. Sistemas socio-económicos	7
1. El liberalismo económico – avances y defectos	8
2. La Economía Social de Mercado como respuesta al sistema liberal y socialista	9
II. Objetivos y principios fundamentales de la Economía Social de Mercado	11
1. Bienestar económico	11
2. Justicia social	13
3. Protección del medio ambiente	14
III. Competencia en la Economía Social de Mercado	17
1. Competencia funcional	18
2. Grado de concentración	19
3. Empresarios y su función en la competencia	20
4. Sistema pluralista empresarial	21
Conclusión	25
La defensa de la competencia, el caso México	27
MIGUEL FLORES BERNÉS	
1. Origen y principales cambios	27
1.1 La Influencia de la Escuela de Chicago	27
1.2 El Tratado de Libre Comercio de América del Norte como causa principal	28
2. Principales contenidos de la LFCE	29
2.1 Ámbito de aplicación, sujetos, objeto y excepciones en la ley	29
2.2 Tipos de prácticas monopólicas que se investigan y prohíben	29
2.2.1 Las prácticas monopólicas absolutas	29
2.2.2 Prácticas monopólicas relativas	30
2.2.3 Poder sustancial conjunto	33
2.3 Análisis ex ante de concentraciones (fusiones y adquisiciones) y concentraciones prohibidas	34
2.4 Otras acciones de las autoridades de competencia en México	35
3. Institucionalidad	36
3.1 Autoridades de Competencia en México	36
3.2 Los procedimientos	37
3.3 Tribunales federales especializados	37
4. Lecciones aprendidas y beneficios	38



Presentación

La protección de la competencia, es decir del mercado libre, es una tarea fundamental de la política económica implementada por numerosas naciones. En Alemania, por ejemplo, en el marco de la Economía Social de Mercado, más que una competencia completamente libre, se busca una competencia funcional; para lograrla, se cuentan con los siguientes instrumentos:

- La ley contra la competencia desleal,
- Mecanismos para la protección del consumidor,
- Una institución estatal que es el "Bundeskartellamt", es decir, la Oficina de la Defensa de la Competencia, cuyas tareas consisten, entre otras, en impedir acuerdos entre las empresas sobre precios; velar por que no se den abusos en el caso de los sectores ex-monopolistas tales como correos, telecomunicación, energía etc.; controlar fusiones de empresas grandes para impedir posiciones dominantes; y controlar las licitaciones en el sector público.

En América Latina, varios países cuentan también con instrumentos para proteger y fortalecer la competencia; entre ellos, México, cuya Ley Federal de Competencia Económica entró en vigor en 1993.

El Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar (IDIES / URL) y la Fundación Konrad Adenauer (KAS) se complacen en presentar el presente fascículo de Economía Social de Mercado cuyos dos artículos abordan y amplían el tema de competencia.

El primero, escrito por Dieter Benecke y titulado "Competencia Funcional: Un Pilar de la Economía Social de Mercado", introduce al lector a los objetivos, buscados por la Economía Social de Mercado, de bienestar económico, justicia social y protección del medio ambiente, para luego describir cómo la defensa de la competencia se constituye en una pieza fundamental para la consecución de los mismos.

El segundo artículo, escrito por Miguel Flores Bernés, titulado "La Defensa de la Competencia, el caso México", expli-



ca los antecedentes de la Ley Federal de Competencia Económica, sus ámbitos de aplicación, institucionalidad y lecciones aprendidas; a veinte años de la entrada en vigor de dicha Ley; este artículo arroja reflexiones y conceptos útiles para la discusión y análisis de políticas de protección de la competencia y su puesta en vigor.

La implementación de una política de protección de la competencia contribuye al logro del bienestar de las sociedades, razón por la cual el IDIES y la KAS esperan que el contenido de esta publicación apoye el debate sobre el tema y su forma de implementación en países como Guatemala, teniendo como objetivo último construir naciones socialmente justas y dignas para todos sus miembros.

MIGUEL VON HOEGEN

Director
IDIES

ANNETTE SCHWARZBAUER

Representante KAS
Guatemala y Honduras



Competencia funcional

Un pilar de la Economía Social de Mercado

DR. DIETER W. BENECKE*
DUBLIN, JULIO DE 2013

Introducción

Competencia –en términos personales– es una cosa poco agradable. Sin competidor, la vida es más fácil, aunque no tan interesante. En términos sociales, competencia no concuerda con el espíritu de convivencia amistosa, un valor de alta apreciación en las sociedades latinoamericanas. En la economía, en cambio, la competencia es una de las claves para la dinámica, el espíritu innovador y el progreso así como el control contra abuso de poder y contra la explotación.

El sistema competitivo económico requiere de reglas y control. Es un campo complicado para el gobierno, ya que debe ser diseñado de tal forma que se obtenga los efectos positivos de la competencia, evitando los

efectos negativos de una competencia libre. La posibilidad de lograr los efectos positivos de una competencia funcional y regulada, pero al mismo tiempo ofreciendo a los empresarios el máximo de libertad y un amplio campo de iniciativas, depende sobre todo del sistema socio-económico, por el cual opta el Gobierno.

I. Sistemas socio-económicos

Los sistemas mercantilista, colonial y gremial perdieron relevancia en el siglo XIX. La industrialización, la innovación técnica y la acumulación masiva de capitales en manos de algunos pocos ciudadanos fue posible gracias a la filosofía liberal, en base a la cual la influencia estatal fue reducida drásti-

Dr. Dieter W. Benecke

* El autor es un economista y politólogo alemán, profesor por muchos años, con experiencias docentes en América Latina, Asia y Europa, jubilado ahora y ofreciendo asesoría internacional. Además de su actividad académica dirigió por 10 años la Central Alemana de Comunicación Internacional, INTER NATIONES, ha trabajado como director de planificación de la labor internacional en la Fundación Konrad Adenauer y como director del Centro Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos de la misma Fundación.



camente en comparación al sistema mercantilista.

1. El liberalismo económico – avances y defectos

Es difícil apreciar a cabalidad los avances técnicos de la segunda mitad del siglo XIX. Con máquinas se produjeron bienes de uso masivo como productos textiles, metalmecánicos, eléctricos, vías de comunicación y medios de transporte, abaratando dichos productos y servicios tanto, que fueron alcanzables para una mayor parte de la población. Esto no sólo fue posible por el capital invertido productivamente, sino también por la mano de obra barata y por una competencia salvaje, en la cual sólo las empresas más poderosas pudieron sobrevivir.

La alabanza al liberalismo, sin embargo, debe confrontarse con sus efectos negativos. La competencia libre reforzó la posición del capital a costa del factor trabajo, creando una gran miseria en los obreros. Además, los capitalistas más poderosos pudieron impedir la entrada de nuevos competidores en sus mercados, reduciendo con esto más y más un proceso continuado y sistemático de innovaciones. La contradicción inherente de la competencia libre se hizo paulatinamente evidente,

es decir, la competencia libre tiene la tendencia de eliminar la competencia libre, ya que sólo sobreviven los competidores más fuertes eliminando a sus competidores con una 'guerra de precios' o con la acumulación de capital de inversión.

Dicha tendencia negativa del sistema económico liberal provocó una reacción científica, analizando los factores positivos y negativos del liberalismo. También la iglesia católica y protestante participaron a través de publicaciones y acciones caritativas para suavizar los defectos del sistema liberal. Además nació un movimiento político de tipo socialista-comunista, llamando a la "expropiación de los expropiadores" y creando un sistema, en el cual los medios de producción están en manos de la sociedad, dirigidos por el Gobierno en beneficio de la comunidad entera.¹

Los gobiernos afectados, alarmados por la creciente miseria de gran parte de su población al igual que por la creciente influencia de los socialistas, 'suavizaron' el sistema liberal, introduciendo la seguridad social y la protección laboral, pero sin limitar o regular los mercados.² Con la revolución en Rusia y la creación de la Unión Soviética, se introdujo allí un sistema de planificación estatal de la econo-

1 En 1848, Karl Marx y Friedrich Engels publicaron su "Manifiesto Comunista", llamando a la revolución de los obreros contra los capitalistas. Además, Karl Marx analizó científicamente el sistema capitalista en los tres tomos de su obra "Das Kapital (El Capital)".

2 De las más avanzadas en los países industrializados, fueron las leyes sociales que introdujo el Primer Ministro alemán, el Conde Otto von Bismarck, un político conservador que con responsabilidad social, pero también para contrarrestar la presión creciente del movimiento obrero, introdujo tres leyes de seguridad social en los años 80/90 del siglo XIX que fueron ejemplares para otros países y que, en su esencia, son válidos hasta hoy día.

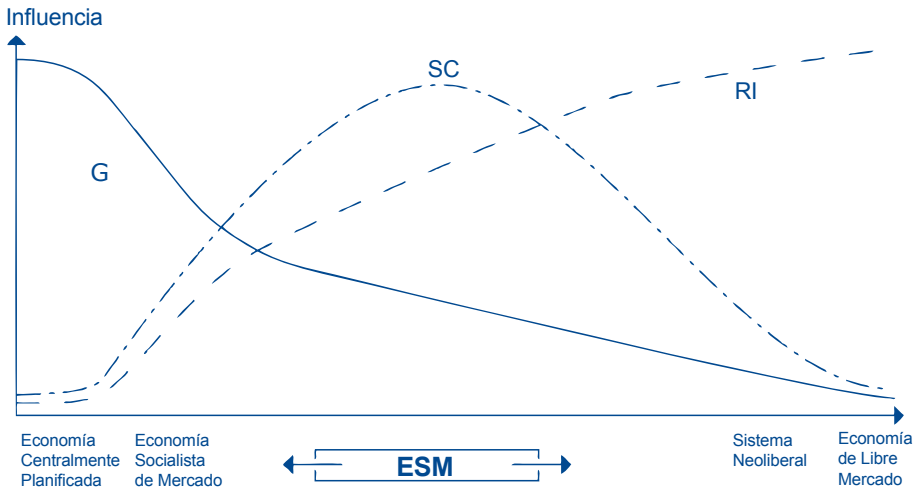
mía, basándose en el pensamiento teórico de Karl Marx y sus sucesores, aunque en la realidad se practicó, además de la planificación central, un sistema dictatorial y de privilegios para la jerarquía del Partido Comunista, la ‘nomenclatura’.

2. La Economía Social de Mercado como respuesta al sistema liberal y socialista

Viendo los excesos del liberalismo económico, la ineficiencia del sistema ‘liberal suavizado socialmente’ y los resultados nefastos de la política

socialista en la Unión Soviética, científicos buscaron un sistema diferente que combinara la libertad empresarial competitiva con una participación responsable del gobierno, evitando así los efectos negativos del sistema liberal y aprovechando sus ventajas. Los economistas de la “Escuela de Viena”³ (Austria) y de la Escuela “Ordo-Liberal” de Friburgo⁴ (Alemania) contribuyeron con su análisis científico, a proporcionar elementos para un sistema que a partir de 1949 se llamó Economía SOCIAL de Mercado, ESM, un “orden económico” puesto en marcha políticamente por el entonces Ministro de Economía alemán Ludwig Erhard.

Sistemas socio-económicos y la influencia estatal, social e individual



G: Gobierno SC: Sociedad Civil RI: Responsabilidad Individual

3 Debe hacerse especial mención respecto a la discusión sobre el sistema económico, de Eugen von Böhm-Bawerk, Josef Schumpeter y Ludwig von Mises.

4 Entre varios profesores se destacan Walter Eucken, Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow, Franz Böhm.



La gráfica muestra que la influencia del gobierno es extremadamente alta en un sistema de planificación central (tipo ex-Unión Soviética) y muy alta en una economía socialista de mercado (tipo Vietnam o China Popular), manifestándose a través de grandes empresas estatales con inversiones del Estado en los sectores estratégicos para el desarrollo del país, estrictas regulaciones, fijación de precios, control de las empresas privadas e intervenciones estatales. La curva G (Gobierno) muestra que esta influencia está reduciéndose a un nivel muy bajo en el sistema neoliberal y aún más en un sistema de libre competencia. La responsabilidad individual (curva RI) tiene una tendencia contraria, siendo de muy alta importancia en un sistema más liberal y relativamente baja en un sistema socialista. Un nuevo fenómeno es la influencia de la sociedad civil (curva SC), insignificante en cuanto a su importancia en la Economía Centralmente Planificada y en la Economía de Libre Competencia, pero de alto valor en la ESM.

Entre los dos extremos, es decir, entre la Economía Planificada y la Economía de Libre Mercado, se ubica la ESM. En este sistema socio-económico existe un equilibrio entre la influencia estatal discreta y la responsabilidad de cada ciudadano, quien, además de su participación democrática, tiene un instru-

mento adicional de influencia a través de grupos de la sociedad civil.

Si la ESM fuese un punto en esta escala de alternativas, significaría que fuera un modelo fijo. Sin embargo, la ESM es un sistema flexible y adaptable a nuevos desafíos y puede moverse en tiempos de crisis un poco más 'a la izquierda', dando al gobierno más influencia por ejemplo a través de programas de inversión estatal o programas de empleo mínimo, mientras en tiempos de bonanza el sistema suele moverse 'hacia la derecha', dejando más margen a la iniciativa privada.

La ESM también puede moverse con un cambio de gobierno, por ejemplo, 'hacia la izquierda' con el paso de un gobierno conservador a uno social-demócrata. Es importante tener en cuenta esta 'flexibilidad', ya que permite utilizar los mismos elementos fundamentales de la ESM en diferentes tiempos y países, aunque en diferente dimensión.

Dicho sistema de la ESM posiblemente no habría sido más que un ensayo altamente interesante en términos intelectuales, quedándose guardado en los libros, si no se hubiera puesto en la práctica *política*. El primer ministro de economía de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, Ludwig Erhard⁵ y su equipo, aplicaron *políti-*

5 Ludwig Erhard explicó el sistema en varias publicaciones; vea p. ej. "Wohlstand für Alle", Düsseldorf 1957, editado varias veces con el título "Bienestar para Todos", Barcelona 1957, o "La Economía Social de Mercado, Política Económica de Alemania", Barcelona 1964. El colaborador de Erhard y su Vice-Ministro de Economía, Alfred Müller-Armack, ha explicado el sistema de la ESM sistemáticamente en varias publicaciones, p.ej. en "Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik" (Orden Económico y Política Económica), Freiburg, Alemania, 1966. Un gran número de publicaciones sobre Ludwig Erhard, su pensamiento y su acción política ha sido editado por la "Fundación Ludwig Erhard" de Alemania.

amente los conocimientos científicos. Con este sistema, Alemania, entonces un país en ruinas, surgió rápidamente de la miseria. Tal éxito, a veces erróneamente llamado 'milagro alemán'⁶, despertó interés en otros países en necesidades de un cambio del sistema. El sistema y los elementos de la ESM deben adecuarse a las condiciones socio-culturales de los países que quieren aplicarlo para modernizar y dinamizar su economía.

El carácter de flexibilidad y adaptabilidad, sin embargo, no significa volatilidad. La ESM está organizada de acuerdo a claros principios y requiere de concretas precondiciones para poder ser exitosa.

II. Objetivos y principios fundamentales de la Economía Social de Mercado

La ESM tiene tres objetivos fundamentales,

- crear y sostener el bienestar para la población,

- procurar justicia social sin discriminación,
- proteger el medio ambiente y utilizar energías renovables,

y tres principios fundamentales,

- auto-ayuda y responsabilidad individual,
- solidaridad de los más fuertes con los menos fuertes miembros de la sociedad,
- subsidiariedad del Estado.

1. Bienestar económico

Para lograr un "Bienestar para todos", cada individuo debe hacer el máximo esfuerzo para poder vivir en condiciones decentes. Esto vale para todos los actores de la economía – los empresarios, los consumidores, el gobierno, los sindicatos, las instituciones autónomas socio-económicas. Aunque sería óptimo, este mandato no quiere decir que todos los ciudadanos tengan el mismo nivel de bienestar. Los seres humanos, aunque iguales ante la ley, no son iguales en cuanto a su capacidad, motivación y espíritu de logro.⁷ En términos filosóficos, este es

6 La 'resurrección' de la economía alemana se debió a dos reformas drásticas, una reforma monetaria y una redistribución indirecta de las propiedades ("Lastenausgleich" – sistema de compensación financiera por las pérdidas en la Segunda Guerra mundial) y fondos crediticios del Plan Marshall. Además fue el trabajo duro y disciplinado de los alemanes, la solidaridad entre empresarios y trabajadores y la política decisiva del gobierno de Konrad Adenauer, el entonces Primer Ministro ("Canciller") de Alemania, que hicieron posible una recuperación de la economía.

7 En la novela de George Orwell "Granja de los Animales", un 'pastiche' de la Unión Soviética, los animales expulsan a su estanciero (el 'Tsar de Russia') por sentirse explotados por él. Los cerdos asumen la dirección de la estancia y –para asegurarse de la solidaridad de los demás animales– escriben en la pared del establo "TODOS LOS ANIMALES SON IGUALES". Al haber consolidado su poder, los cerdos se apropian de algunos privilegios –por ejemplo durmiendo en la cama del ex-estanciero en vez de dormir en el establo con los otros animales y comiendo mejor. Viendo esto y recordando el lema, los demás animales se ponen inquietos, razón por la cual los cerdos (la 'Nomenclatura', es decir, los jefes del partido comunista en la Unión Soviética) complementan el lema original: PERO ALGUNOS SON MAS IGUALES QUE OTROS.

un hecho lamentable, pero refleja la realidad. Hay seres humanos que son más sanos que otros, que han tenido más suerte en obtener una buena educación, que tienen padres más ricos y, por lo tanto, tienen mayores facilidades de obtener un nivel de bienestar más satisfactorio que otros y que pueden jugar un rol más dinámico en la competencia.

Reconociendo esta desigualdad natural, la ESM se basa en un segundo principio fundamental que es la solidaridad de los individuos más fuertes con los más débiles. Así se organizan compensaciones para las personas de menores recursos materiales e intelectuales, facilitándoles el acceso a una mejor capacitación o –en caso de enfermedades– simplemente procurando los medios necesarios para una vida digna a través de una política social curativa.

En la ESM, la solidaridad se expresa en el diseño de la política social y fiscal. Uno de los problemas más graves de la ESM, sin embargo, es cómo diseñar tales políticas de tal modo que se logre un equilibrio social sin sofocar la autoresponsabilidad y el esfuerzo de los individuos y sin alimentar ‘demasiado generosamente’ aquellas personas que solo quieren aprovecharse de los beneficios sociales y que no *quieren* hacer un esfuerzo suficiente para lograr un decente bienestar para sí.

Para lograr el “bienestar para todos”, es necesario que la población se capacite, ahorre e invierta. En la ESM, se facilita el acceso a la educación y capacitación, se da incentivos para ahorrar e invertir y para innovar. El incentivo a la investigación científica y la protección de las invenciones son condiciones importantes para crear un mayor bienestar, medido normalmente en un buen nivel de ingreso.⁸

“Bienestar para todos” no se refiere solamente a las personas individuales, sino también a las regiones de un país. En la ESM existen mecanismos de redistribución, no sólo de personas ricas a personas más pobres, sino también de regiones ricas a regiones de menores recursos.

No siempre, la responsabilidad individual y la solidaridad son suficientes para crear una sociedad socio-económicamente equilibrada. En este caso, el Estado debe intervenir y subsidiar el proceso, teniendo cuidado de no ‘exagerar’ este principio de subsidiariedad a costa de los principios de responsabilidad individual y de solidaridad.

El ‘arte de la política’ consiste en crear las condiciones para facilitar la creatividad y en reaccionar adecuadamente y a tiempo en caso de desequilibrios. Un nivel de bienestar, una vez logrado, sólo puede mantenerse –o incluso elevarse– al tener la flexibilidad

8 Es obvio que el ingreso monetario no es el único, y para muchos no el más importante criterio de bienestar. Teniendo cubiertas las necesidades básicas de nutrición, habitación y salud, la cultura juega un rol muy importante para la felicidad. Para un país tan aislado como Bhutan es posible aspirar a crear una ‘Economía de Felicidad’, poniendo el bienestar monetario al segundo plano.

de reaccionar con medidas políticas, financieras y sociales a tiempo. Sería, obviamente, más simpático estar contento con un nivel aceptable una vez logrado. Pero lamentablemente, en un mundo globalizado, quien se duerme en sus laureles, se quedará rápidamente atrás, rebasado por sociedades más dinámicas.

2. Justicia social

Desde la primera democracia en Grecia, la definición de la justicia social ha ocupado a los filósofos⁹, a movimientos religiosos¹⁰, a políticos y a movimientos sociales. Mientras el economista liberal Friedrich Hayek hasta rechaza el término 'Justicia Social'¹¹ y muchos escépticos del concepto sostienen que basta hablar de 'justicia', el también liberal filósofo John Rawls se acerca más pragmáticamente al problema, simplificándolo. Para él, justicia social está dada, cuando un miembro de la sociedad aumenta su bienestar sin reducir el bienestar de otros.¹²

Al parecer, no existe una definición universalmente aceptable, ya que la justicia social no sólo depende del comportamiento de cada uno frente a los otros miembros de la sociedad¹³, sino de la 'sensación térmica' de cada persona. Mientras uno no se sienta peor tratado o en peores condiciones, comparándolas con las de su 'vecino', probablemente no cuestionará la justicia social. Lo mismo vale para la comparación de una situación en diferentes períodos. Sólo estando peor hoy que ayer, la cuestión de la justicia social será probablemente un tema. Desde el sentimiento individual suele ser más fácil lamentar sobre *injusticia* social que apreciar justicia social.

Aunque hay poca seguridad sobre lo que significa, en términos objetivos, la justicia social, existe consenso de que el Estado, a través de la subsidiariedad, debe preocuparse de crear justicia social, si el esfuerzo individual y la solidaridad no son suficientes. Instrumentos legales y políticas específicas, como la política social, tributaria y educacional, facilitan a un gobierno

-
- 9 Ilustres personas entre ellos Platon, Aristóteles, Tomás de Aquino, los filósofos británicos del utilitarismo John Locke, Jeremy Bentham y John Stuart Mill y el filósofo alemán Immanuel Kant con su "imperativo categórico", han dado alta importancia al tema de la justicia social.
- 10 La Doctrina Social de la Iglesia Católica ha sido influenciada especialmente por las encíclicas de los Papas Leon XII ("Rerum Novarum", 1891), Pio XI ("Quadragesimo Anno", 1931), Juan Pablo II ("Laborem Exercens", 1981 y "Centesimus Annus, 1991) y Benedicto XVI ("Deus Caritas Est", 2006). De los musulmanes también se demanda en el Corán caridad y asistencia a los pobres para lograr una mayor justicia social y obtener la bendición de Allah; vea John L. Esposito, "Islam and Politics", Syracuse University Press, 1998.
- 11 Vea Friedrich A. Hayek, "Law, legislation and liberty", Vol. III, "The mirage of social justice", Routledge 1973.
- 12 Vea John Rawls, "A Theory of Justice", Cambridge M.A., Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- 13 El "Imperativo Categórico", formulado por Kant como 'ley universal' exige que cada uno debe comportarse de tal forma como él quiere ser tratado por otros.

su esfuerzo de acercar la sociedad a la justicia social.

En el concepto de la ESM, se trata de diferenciar la justicia social. El requisito mínimo es que las necesidades básicas, es decir, nutrición, servicios de salud, vivienda etc., de los miembros de la sociedad sean cubiertas.¹⁴ Además, el acceso abierto a la educación es considerado como requisito mínimo para que pueda haber justicia social. Adicionalmente debe haber leyes que castigan un comportamiento anti-ético de los empresarios y de los políticos.¹⁵

Dado que existen tantas posibilidades de interpretar individualmente la justicia social, es indispensable recurrir a los instrumentos de la democracia para poder juzgar la eficiencia de los esfuerzos del gobierno de lograr una *mayor* justicia social. Si la mayoría de la población piensa que la injusticia social es demasiado grande y que el gobierno no hace suficientes esfuerzos para equilibrar el nivel social, tendrá la posibilidad de expresar su insatisfacción por medio de sus votos electorales y cambiar el gobierno.

3. Protección del medio ambiente

Hasta los años 70 del siglo pasado, la mayor preocupación económica de los gobiernos, capitalistas como socialistas, se concentraba en el crecimiento económico. Desde entonces las voces de los científicos, reclamando que la tierra no tolera un crecimiento económico (y poblacional) sin límites, se levantaron más y más. Un grupo de ellos se juntó en Roma en 1972, en el "Club de Roma", haciendo un llamado a los políticos a poner más atención a los aspectos ecológicos, especialmente al uso de los recursos naturales no renovables y a las emisiones de dióxido de carbono.¹⁶ Luego se agudizó más la discusión con la crisis del petróleo, provocada por la Organización de Países Exportadores de Petróleo, OPEC (por sus siglas en inglés), en 1973, y la crisis de petróleo de México en 1982.¹⁷

Parecía que se ofreciera con la energía nuclear una alternativa energética a los recursos naturales petróleo, gas y carbón. La producción de la energía nuclear requiere altas inversiones, pero después de construir la planta

14 No es necesario aquí entrar en detalles sobre las diferentes necesidades básicas en sociedades altamente desarrolladas y menos desarrolladas, ya que es obvio que la satisfacción y las demandas difieren entre diferentes países y entre diferentes grupos poblacionales dentro de los países.

15 Vea Josef Cardenal Ratzinger, "Economía de mercado y ética", en: Contribuciones, No. 3 1988, Buenos Aires. Vea también Dieter W. Benecke, "La ética empresarial - Valor constitutivo del orden económico" en "Aspectos Éticos Jurídicos de los Negocios", pp 13 ss, editado por la Fundación Konrad Adenauer en Montevideo, Uruguay, 2000.

16 Una de las publicaciones más editadas y traducidas es el libro de Donella H. Meadows, Dennis L. Meadows y otros, "The Limits to Growth", New American Library, New York 1972.

17 En América Latina, sólo después de la segunda crisis asiática y de Rusia a mediados de los años 90 del siglo pasado, se intensificaron las discusiones sobre "Reformas de Segunda Generación: El Orden Económico". Vea al respecto el No. 4/2000 de la revista Contribuciones con artículos de Jorge Castro, Dieter W. Benecke, Norberto Zúñiga y Eduardo Lizano, Baldur Wagner, Gabriel Murillo y Mikel de Viana.

es una energía relativamente barata y limpia. La ilusión de poder dominar la tecnología nuclear se hizo evidente con la catástrofe de Tschernobyl 1986 y recientemente en Japón con la catástrofe de Fukushima.¹⁸

También en cuanto a las emisiones de dióxido de carbono, los científicos produjeron más y más noticias alarmantes respecto a la capa de ozono. Las poblaciones sufrieron más frecuentemente catástrofes naturales y en los polos se pudo observar el derretimiento del hielo.

Estas discusiones científicas y las observaciones de la naturaleza llevaron a la creación de movimientos políticos, como Partidos Verdes, y movimientos de la sociedad civil, por ejemplo Green Peace. A nivel internacional, políticos de 55 países, cuyas industrias producían más de la mitad de las emisiones de dióxido de carbono se juntaron en Kyoto, Japón (1997), acordando a reducir –hasta el año 2012– sus emisiones en un 5.2% en comparación a las emisiones de 1990. Actualmente,

más de 170 países han suscrito este “Protocolo de Kyoto”, pero algunos de los mayores emisores, como Estados Unidos de América, China, India, Rusia, no lo han ratificado.¹⁹ También algunos países en vías de desarrollo se oponen a la reducción de emisiones con el argumento que necesitan más tiempo para su industrialización en términos originales.²⁰ Para los países que aplican la ESM, la ecología hoy tiene una importancia igual a la del crecimiento económico.

Dentro de la ESM, el elemento ecológico puede considerarse también como parte de su significado “social”, ya que un medio ambiente más protegido sirve a la *sociedad*. Obviamente, se requiere de un gobierno consciente de las necesidades ecológicas, abierto a las demandas de su población y lo suficientemente fuerte para imponer reglas ecológicas.²¹

El elemento ecológico fue introducido en el sistema de ESM en los años 80

18 Además queda pendiente una solución sostenible para los desperdicios de la producción de energía nuclear.

19 Éste no es el espacio apropiado para analizar los progresos y fracasos de las conferencias siguientes en Bali, Rio de Janeiro, Cancún, Kopenhague, Durban, Bonn y otra vez Rio de Janeiro (‘Rio + 10’), en las cuales siempre se ha discutido el problema, pero sin lograr un verdadero avance internacional, por lo que no se abordará dicho tema. En el Ecuador, la discusión se agudizó recientemente por el proyecto del Parque Nacional Yasuní. Instituciones ecológicas internacionales ofrecieron pagar una compensación al gobierno ecuatoriano, si éste aceptaba no explotar tales recursos, protegiendo la naturaleza de esta zona forestal poblada por indígenas.

20 Es cierto que los países industrializados lograron su nivel de desarrollo en parte con una ‘industrialización sucia’, pero en el siglo 19 y hasta la mitad del siglo 20, la ecología no era una dimensión conocida. A pesar de esto queda claro que los países industrializados deben facilitar a los países menos desarrollados una ‘industrialización más limpia’ a través de fondos específicos.

21 No son necesariamente los gobiernos democráticos los que están a la vanguardia de la protección del medio ambiente, aunque el nacimiento de movimientos de la sociedad civil, promoviendo acciones ecológicas, es más probable que se dé en sociedades democráticas, como lo muestran los países escandinavos, Alemania y otros países de Europa Central. En



del siglo pasado a raíz de presiones de movimientos de la sociedad civil o de partidos político-ecológicos. Hoy en día es un claro objetivo de la ESM de:

- utilizar más y más energías renovables como el viento, el sol, el calor de la tierra, las mareas, las ondas marítimas, la bio-energía;
- ahorrar energías a través de aislar edificios, usar máquinas y motores que consumen menos energía;
- reciclar materias;
- reducir emisiones, instalando más filtros.

Adicionalmente, el gobierno informa a los ciudadanos respecto a daños ecológicos potenciales; en la educación, el comportamiento ecológicamente adecuado juega un rol importante.

La introducción de elementos ecológicos en la economía no es políticamente fácil.²² Por esto, el gobierno debe

trabajar con incentivos²³ y multas²⁴ para cambiar el comportamiento ecológico en la sociedad.

La introducción de elementos ecológicos en la ESM, las regulaciones y prohibiciones, en primer lugar causaron costos a los productores y consumidores. Hubo que introducir filtros, cambiar o modificar máquinas, cargar a los consumidores con costos adicionales para separar la basura, obligar o incentivarlos a ahorrar energía. Sin embargo, esta categoría de costo se ha convertido rápidamente en una categoría de producción y nuevas fuentes de empleo en las industrias que producen filtros, paneles solares, bombas de calor térmico, turbinas para mareas, molinos de viento, materiales de aislamiento etc. Además hubo un empuje hacia mayores esfuerzos de investigar e innovar en el tema.

Nuevamente aparece la importancia de los principios fundamentales de la ESM. Cada ciudadano, productor o

los Estados Unidos de América, un país democrático, un movimiento ecológico no pudo prosperar, a pesar de las acciones de un ex-Vice-Presidente, Al Gore, que ha producido una película impresionante: "An Inconvenient Truth". En cambio, la República Popular de China, un país no democrático, ha introducido gradualmente regulaciones ecológicas después de reconocer explícitamente en el Congreso Anual del Partido Comunista (por primera vez en 2006) que parte de su crecimiento económico había sido alcanzado dañando el medio ambiente.

22 Esto se muestra con mucha claridad en el caso de Estados Unidos de América, donde el gobierno declara su interés en más respeto a necesidades ecológicas, pero encuentra una fuerte resistencia de una parte considerable de la población y de la industria.

23 Un ejemplo es que uno puede deducir los costos de aislar su casa individual de su carga tributaria o recibir una contribución estatal cubrir los costos. También se ha fomentado la formación de cooperativas, a través de las cuales un conjunto de ciudadanos produce energía de viento o energía solar para su propio consumo y puede introducir los excedentes en las redes de productores comerciales de energía. Para los consumidores se ha establecido un depósito para botellas de plástico que les está reembolsado al devolver las botellas en cualquier almacén.

24 Se castiga a empresas que no reducen sus emisiones. Automóviles con altas emisiones pagan mayores impuestos, consumidores deben pagar las bolsas plásticas etc.

consumidor, debe asumir su responsabilidad individual. Viendo los costos de esta adecuación, posiblemente no habría un cambio de comportamiento individual, si no existiese el espíritu de solidaridad. Dado que la producción de herramientas para la mayor protección ecológica y la producción de energía renovable, al principio suelen ser más caras que las herramientas y energías tradicionales, el Estado utiliza el instrumento de la subsidiariedad para subvencionar e incentivar el cambio hacia una economía más ecológica. También se nota aquí, cuán flexible es el sistema de la ESM, al haber incorporado los elementos ecológicos en la producción y en el consumo. Este proceso no se produce 'automáticamente', razón por la cual países con un sistema de libre mercado tienen más dificultades de introducir elementos ecológicos.

Resumiendo estas observaciones se puede definir la ESM de la siguiente manera:

La Economía Social (y Ecológica) de Mercado es un sistema flexible y adaptable, basado en la propiedad privada y una competencia abierta, con factores de compensación social inherentes.

Este modelo u orden socio-económico no es un sistema perfecto, ya

que diferentes tiempos y diferentes condiciones socio-culturales exigen la flexibilidad y la apertura mental para innovaciones. El sistema lleva inherente un espíritu de auto-crítica, chequeando la satisfacción de los ciudadanos y comparando los resultados a nivel internacional. Los políticos requieren de un monitoreo regular e independiente por analistas científicos para poder reaccionar a tiempo a un cambio del ambiente nacional e internacional.

III. Competencia en la Economía Social de Mercado

La ESM se distingue concretamente de los sistemas de planificación central y de libre mercado, en el diseño de los diferentes campos de la política, como la política fiscal, monetaria y tributaria, la política educacional, la política regional, la política ecológica y por la política en el campo de la competencia.

Como ya se mencionó, la competencia es un elemento vital para la dinámica de la economía, para el bienestar de la población y – en el sentido indirecto – para la justicia social. En la ESM debe haber tanta libertad competitiva como sea posible y tanta regulación estatal como necesaria.²⁵

El pilar de la competencia, libre y

25 Obviamente puede haber discrepancias sobre el grado de regulación. La crisis financiera en Europa, en parte provocada por la falta de disciplina fiscal de los gobiernos y en parte por el sistema bancario, confirma la observación de Adam Smith ("An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776), protagonista del pensamiento liberal-económico. El había exigido el máximo de libertad en los mercados, regulados por la "mano invisible" de oferta y demanda, pero no por el Estado. En cuanto a la banca, en cambio, exigió más cuidado y una regulación por su importancia para la economía entera.



funcional, es la propiedad privada. Sin propiedad privada, es poco probable que los seres humanos compitan dinámicamente y hagan un esfuerzo suficientemente grande para lograr un nivel de bienestar adecuado.

1. Competencia funcional

En cualquier Economía de Mercado, sea la libre, la socialista o la social, se necesita la competencia como motor de la economía. En la Economía Socialista de Mercado existe una desconfianza respecto a la competencia en general y menos en los sectores estratégicos para el desarrollo, por ejemplo el sector de recursos naturales, de energía o de la industria pesada. Por esto, se permite la competencia sólo a pequeñas y medianas empresas en sectores no estratégicos. En la Economía de Libre Mercado existe libertad general para competir y concentrar, modificando esta libertad en el sistema neo-liberal, en el cual el Estado podría excepcionalmente intervenir ya sea en tiempos de crisis o bien en caso de una concentración de poder empresarial dañino para la sociedad.

En la ESM se ha optado por el concepto de la "competencia funcional". Esto quiere decir, sobre todo, que el Estado, la sociedad, los productores y los consumidores tienen que estar alertas de que la competencia funcione en el sentido de asegurar una asignación eficaz de recursos, de ofrecer productos de

buena calidad a precios adecuados a la demanda y oferta, de garantizar la transparencia y de evitar comportamientos anti-éticos. Dado que también en la competencia funcional existe la tendencia hacia la concentración gracias a la libertad empresarial, el concepto de la competencia funcional exige la posibilidad de intervenir en la competencia para mantener su funcionalidad.²⁶

Esta funcionalidad está en 'permanente peligro' debido a la intensión legítima de los empresarios de maximizar su lucro, lo que es más fácil, cuando no tienen que tener en cuenta el comportamiento de un competidor. En la competencia funcional se considera 'legítimo' lograr un lucro, pero no un 'lucro asegurado' a través arreglos con los competidores potenciales, es decir repartiendo el mercado con competidores o acordar con ellos precios u otras condiciones del mercado.

Repitiendo al principio fundamental de la ESM para la competencia funcional:

El máximo de libertad competitiva posible, el mínimo de intervención estatal necesario.

Descartando la competencia totalmente libre por su tendencia hacia la concentración y el peligro de la monopolización, en la ESM se opta por el sistema de competencia funcional en el sentido de:

26 Este concepto ha sido analizado por Erhard Kanzenbach, "Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs (La funcionalidad de la competencia)", Göttingen 1966.

- garantizar el libre acceso a los mercados,
- prohibir carteles y otros acuerdos que limitan la competencia, vigilando los mercados y su grado de concentración a través de una Institución Autónoma con poder cuasi-estatal,
- limitar el poder empresarial,
- incentivar la innovación,
- asignar los recursos de inversión con miras a su beneficio particular, pero también tomando en consideración los intereses sociales,
- establecer un sistema efectivo de información y transparencia para los productores y los consumidores,
- asegurar un trato a los obreros socialmente aceptable,
- aplicar un sistema tributario igualitario,
- garantizar la calidad y las necesidades higiénicas de los productos,
- asegurar la propiedad intelectual a través de patentes,
- evitar –y si fuera necesario sancionar– un comportamiento anti-ético de los productores y consumidores, especialmente la corrupción.

2. Grado de concentración

En el modelo teórico de la 'competencia perfecta', ninguna empresa tiene el poder de dictar precios o condiciones

de mercado, ya que todos los competidores son relativamente pequeños y el grado de concentración es cero. Esta ficción puede ser realidad en un mercado pequeño de la calle, pero para la economía entera apenas puede existir. Debe, por lo tanto, existir un consenso *político*, cuál sería un grado de concentración aceptable. En la ESM se considera concordante con una competencia funcional un grado de concentración del 20 al 25%. No se estima peligroso para la funcionalidad de la competencia, si una empresa domina 20 a 25% de la oferta o de la demanda en un cierto mercado y si tiene varios competidores. Si existen cuatro empresas con cada una sección de 25% del mercado, la Institución Autónoma encargada de observar y fiscalizar el sistema competitivo – a menudo llamada "Oficina Anti-Trust"²⁷ pondrá mayor atención a los precios y condiciones de mercado, ya que existe el peligro de un "oligopolio", en el cual los "pocos" competidores tienen mayores facilidades de acordar precios, regiones de operación u otras condiciones de mercado.

En una economía cerrada, la intensidad competitiva puede observarse con bastante facilidad. En una economía abierta globalizada, en cambio, es más difícil definir el mercado, ya que suelen existir productos no totalmente iguales pero semejantes que con relativa facilidad pueden sustituirse. La pregunta es entonces, cómo se delimita "el mercado". Además, para una empresa

27 Esta institución en Alemania se llama "Bundeskartellamt" (Oficina Federal para (evitar los) Cárteles).



globalizada, el mercado no sólo es el nacional. Una empresa de producción de café, por ejemplo, puede tener el 60% del mercado de exportación de café de Guatemala, pero su influencia en el mercado mundial es insignificante. ¿Debería entonces el gobierno limitar el tamaño de la empresa a nivel nacional para reducir su influencia en el mercado de Guatemala, limitando con esto su posibilidad de moverse exitosamente en mercado mundial? Seguramente no, pero esto sí, debe observarse minuciosamente acaso la empresa tenga una influencia exagerada en el mercado nacional.

3. Empresarios y su función en la competencia

Los empresarios tienen la función de combinar los factores de producción buscándose los mercados para sus productos o insumos. Ellos son el motor de la competencia. Si no son dinámicos sino hacen lo que siempre han hecho, este "motor" apenas empuja la economía hacia adelante.

Joseph Schumpeter²⁸ ofrece una tipificación de empresarios: el "Empresario Pionero", dinámico innovador, y el "Empresario Administrador" que sigue su ritmo como siempre, tal vez tratando de imitar al "pionero", si "su mercado" se pone en peligro por el

innovador.

El pionero lanza una invención al mercado, arriesgándose en cuanto al éxito, porque no sabe de antemano, cuánta demanda encontrará y si acaso se amortizarán sus inversiones. Si introduce su nuevo producto o su nuevo método de producir al mercado con éxito, tendrá –por definición– un monopolio que le permite realizar un lucro alto. Este tipo de empresario está muy bienvenido en la ESM por su efecto de dinamización. Siguiendo el concepto de competencia funcional, este lucro monopolista es legítimo, pero habrá que vigilar que su mercado nuevo quede abierto para competidores para que el lucro por el precio monopólico pueda bajarse por empresarios imitadores.

Aquí es relevante una modificación de la tipificación Schumpeteriana. En el concepto de la ESM y la competencia funcional, uno no quiere esperar hasta que el "Empresario Administrador" reaccione, sino facilitar la imitación rápida. Ernst Heuss²⁹ puso otros dos tipos de empresarios entre el "Pionero" y el "Administrador": el empresario "imitador espontáneo" y el empresario "imitador atrasado". Con el imitador espontáneo, arriesgando el monopolio del pionero, se abre el mercado, ampliando la oferta o la demanda por ofrecer mejores condiciones que el pionero. El imitador espontáneo, con esta estrategia, se expone al ataque

28 Veá Joseph A. Schumpeter, "Theory of Economic Development", Cambridge 1934; traducción de su libro, publicado en alemán ya en 1911 "Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung (Teoría del Desarrollo Económico)".

29 Ernst Heuss, "Allgemeine Markttheorie" (Teoría General de Mercado), Tübingen/Zürich 1965, pp 9 ss.

del pionero, un peligro que casi ya no existe para el imitador atrasado que, a su vez, amplía el mercado aún más.

Este 'juego' de avance e imitación debe funcionar automáticamente en una economía de libre mercado. Esto sólo sucede, si hay suficiente transparencia y una distribución de capital o programas flexibles de crédito bancario alcanzable a cualquier persona. Dichas condiciones no son dadas en muchos casos. Por esto, siguiendo el concepto de la competencia funcional, el Estado debe facilitar la entrada del imitador al mercado a través de facilitar información, ayuda técnica o recursos crediticios. También es parte de la competencia funcional que el pionero reciba un 'premio' por su innovación a través de patentes. Estas, sin embargo, deben tener un precio regulado para facilitar al imitador la posibilidad de pagarlo.

Un gobierno que quiere introducir la competencia funcional en una ESM debe estar consciente de su función subsidiaria. La subsidiariedad puede referirse a condiciones favorables para

pioneros, por ejemplo, co-financiando la investigación científica, pero también para los imitadores, facilitando la transparencia, programas crediticios y programas de capacitación.³⁰ En la ESM –contrario al sistema de Libre Mercado– no solo es legítimo intervenir defensivamente en el 'juego competitivo' para evitar o impedir la concentración de poder en el mercado, sino también intervenir activamente para promover una mayor intensidad competitiva.

4. Sistema pluralista empresarial

La pluralidad de alternativas en la ESM se expresa también en los diferentes tipos de empresas, distinguiéndose en cuanto a su organización y su constitución legal. Compiten sociedades anónimas, empresas estatales y comunales, empresas con responsabilidad limitada, empresas en propiedad individual y cooperativas.³¹ Además, especialmente en América Latina, África y Asia, existe un sector empresa-

30 Esto se refiere a los empresarios, pero también a la formación de jóvenes profesionales. En Alemania, el "sistema dual" para aprendices ha sido extraordinariamente exitoso. En este sistema, los aprendices trabajan tres o cuatro días a la semana en una empresa, aprendiendo funciones concretas y visitan un día o dos días un colegio profesional, en el cual reciben la información teórica de su profesión. El Estado ("subsidiariedad") financia los colegios; los empresarios ("solidaridad") definen a través de sus cámaras de industria y comercio el contenido de la enseñanza teórica y se hacen responsables de atender y financiar los aprendices además de definir los exámenes finales de los aprendices después de tres a cuatro años de aprendizaje.

31 El importante rol de las cooperativas en el proceso de desarrollo está analizado en el libro de Dieter W. Benecke, "Cooperación y Desarrollo", Ediciones Nueva Universidad, Santiago de Chile 1973. Su rol específico en América Latina ha sido analizado por varios autores en los dos tomos "Las Cooperativas en América Latina", ed. por Dieter W. Benecke y Rolf Eschenburg, Universidad UNISINOS, São Leopoldo, Brasil 1987.



rial informal, no muy productivo pero ofreciendo empleo.³²

Para cada tipo de empresa existen regulaciones legales en términos de capital mínimo, responsabilidad, obligación publicitaria, co-participación a través de comités de trabajadores, régimen tributario, además de las leyes sociales generales. Si no fuera así, la ESM no podría cumplir con su mandato de incentivar y regular el proceso competitivo.

En la ESM cualquier tipo de empresa eficiente que cumpla con las obligaciones legales, sociales y éticas es bienvenida. Existe, sin embargo, una 'preferencia tácita' para las empresas pequeñas y medianas.

Se ha notado que las empresas pequeñas y medianas (PyMEs) poseen varias ventajas comparativas. Ellas juegan un rol positivo en cuanto al proceso de innovación. Dado que sólo producen pequeños lotes de productos, llegan más rápido al punto de equilibrio entre costos e ingresos ("break even point"), en comparación con empresas

grandes que requieren de un volumen de operaciones mayor para cubrir sus costos de inversión en el desarrollo del producto respectivo.³³ Las PyMEs también ofrecen una ventaja en cuanto a la flexibilidad. Es más fácil cambiar el rumbo de un 'velero' que de un 'buque cisterna', factor valioso especialmente en tiempos de crisis, cuando una empresa debe adaptarse a nuevas condiciones de mercado. En las PyMEs, además, la mayor cercanía de los trabajadores al producto final procura una identificación más intensa con la empresa. Esto es importante en general para el compromiso de los trabajadores con 'su' empresa, pero muestra la ventaja especialmente en tiempos de crisis.³⁴ Teniendo un fuerte sector de PyMEs se aprecia un efecto macroeconómico favorable que es una distribución más equilibrada de propiedades empresariales, evitando la concentración de la propiedad y también del poder empresarial.

En la ESM, todas estas empresas deben y pueden competir libremente dentro del marco de referencia establecido. Sólo se logra las ventajas de

-
- 32 En muchos países de América Latina, el sector empresarial informal juega un rol importante. Vea João Batista Pamplona, (ed.), "O Setor Informal", Cuadernos Economía PUC No. 11, São Paulo 2001. Dado que en la ESM existe la obligación de registrar la empresa para poder someterla a las reglas de la ESM, el sector informal no es un elemento de la ESM.
- 33 Esto se puede ver por ejemplo en el sector automotriz. Si la empresa ha desarrollado un modelo nuevo, debe vender un cierto número de este tipo para recuperar los costos de su desarrollo, antes de lanzar otro modelo nuevo al mercado, competitivo con el primero. Tarda, por esto, en pasar innovaciones al mercado, mientras las inversiones en el modelo anterior no han sido compensadas. En una pequeña empresa, en cambio, que –por ejemplo– produce cuchillos para cazadores, la inversión en el desarrollo de un nuevo modelo es tan reducida que la empresa llega más rápidamente al break even point y por lo tanto puede lanzar la innovación más rápidamente al mercado.
- 34 Esto se hizo evidente en la reciente crisis financiera en Europa, cuando los trabajadores renunciaron a parte de su sueldo para ayudar a 'su' empresa y para asegurar su empleo.

la competencia, es decir: la distribución eficiente de recursos, la dinámica, la innovación, el control del poder y el mejor servicio al consumidor, si se mantiene una competencia y el acceso abierto a los mercados. Los precios en los mercados no estratégicos se fijan de acuerdo a la demanda y oferta, siempre y cuando el acceso al mercado esté abierto. Puede haber también precios fijados autoritariamente, cuando se trata de bienes públicos, por ejemplo tarifas para el transporte público o el servicio de agua, electricidad y productos semejantes. En general, sin embargo, en la ESM se da libertad al juego de oferta y demanda en los mercados.

Sin embargo, puede haber intervenciones autoritarias tales como:

- En caso de violación de leyes, actividades criminales, mal uso de patentes y peligro de seguridad para los trabajadores o los consumidores, el gobierno interviene; además, como ya se mencionó, puede haber una intervención en caso de bienes públicos.
- En caso de un alto grado de concentración³⁵ o 'arreglos' entre competidores interviene la Oficina Anti-Trust que puede, gracias a su posición autoritaria, imponer multas por un comportamiento anti-

competitivo.

- Pueden haber incentivos para el desarrollo de ciertas actividades que son consideradas necesarias en el sentido de hacer progresar la sociedad, por ejemplo en el sector de tecnología. Subsidios de este tipo, de acuerdo a las reglas de la ESM y de la competencia funcional, deben ser transitorios para no disturbar el 'juego natural' de la competencia y para no 'acostumbrar' a los empresarios al respecto.
- Puede haber un trato tributario diferenciado que a su vez daría ventajas competitivas indirectas. Si esto está aplicado a un sector entero, por ejemplo, la agricultura, sólo afecta la competencia a nivel macroeconómico respecto a la asignación de recursos. Si ventajas tributarias benefician ciertos tipos de empresas, por ejemplo las PyMEs o las cooperativas, debe haber ventajas sociales como las arriba indicadas que las justifiquen.

En países en vías de desarrollo, y probablemente en países tales como Guatemala, a veces no existe un número suficiente de competidores para lograr una competencia funcional y evitar la concentración de poder en el mercado.

35 El gobierno podría, por ejemplo, fijar un tope de 25% de dominación del mercado y establecer condiciones en las cuales se le permita a una empresa por su eficiencia, pero no por comprar competidores, aumentar aún más su participación en el mercado. Habría, sin embargo, que vigilar el comportamiento de dicha empresa, evitando que ella abuse de su poder.



En este caso, se puede mostrar que una sola cooperativa competitiva puede lograr el resultado de la 'competencia perfecta' debido al hecho que ella no aspira lograr un lucro, sino el mejor servicio a mejores condiciones para sus socios propietarios. Tal modelo de competencia entre una empresa con fines de lucro y una empresa con fines de optimizar el servicio se ha visto en la realidad regional en numerosos países.³⁶

En este sentido, el gobierno vela por una competencia *funcional*, no por una competencia totalmente libre. La intervención en la competencia debe servir para mantener la competencia efectiva. Esto no es una contradicción, ya que existe el peligro que la competencia libre tiene la tendencia de auto eliminarse, sobreviviendo sólo la empresa más fuerte. Con la intervención se procura que el acceso a los mercados sea y se mantenga abierto. Además se evita que la óptima distribución de recursos se realice a costa del medio ambiente.

Competencia funcional significa también que empresas pueden cooperar para, en conjunto, competir en forma más eficiente. Este es el caso de la cooperación defensiva con grandes

competidores o en tiempos de crisis, y la cooperación ofensiva en forma de cooperativas.³⁷

Otra modificación de la competencia tradicional se ha introducido a nivel internacional. La Organización Mundial de Comercio, OMC, ha establecido reglas para la competencia internacional. Algunas integraciones regionales como la Unión Europea o el MERCOSUR ofrecen mercados mayores, en los cuales las autoridades nacionales han perdido parte de su influencia.

La política empresarial y competitiva muestra una vez más la importancia de los principios fundamentales de la ESM, incentivando el auto-esfuerzo y la auto-responsabilidad de cada competidor, la posibilidad de solidaridad entre los competidores y los consumidores y la subsidiariedad en forma de incentivos e intervenciones estatales. En cuanto a los objetivos de la ESM, el Estado debe poner el marco de referencia de tal forma que los competidores se comporten en forma dinámica y éticamente correcta. Un proceso competitivo dinámico y abierto ofrece la posibilidad de lograr un bienestar mayor para todos, más justicia social y la protección del medio ambiente.

36 Un análisis de este modelo se encuentra en Dieter W. Benecke, "Cooperación y Desarrollo", op.cit., pp. 149 ss. En Guatemala, un efecto de este tipo, aún en menor grado y sólo a nivel regional, se pudo observar en los años 80 del siglo pasado, en el caso de las cooperativas cafetaleras y su Federación FEDECOCAGUA.

37 Este es, por ejemplo, el caso de cooperativas agrícolas, en las cuales los agricultores eliminan la competencia entre sí para poder competir en conjunto más efectivamente en el mercado de venta de sus productos. Por el lado de la demanda, los agricultores pueden eliminar su competencia, comprando sus insumos en común, obteniendo en conjunto mejores condiciones que por su actuación individual. El mismo efecto tienen las cooperativas de consumo, en las cuales los consumidores organizan su demanda en común.

Conclusión

La competencia funcional es una de las características de la Economía Social de Mercado. En este sistema se da preferencia a la libertad empresarial para incentivar la dinámica y el espíritu innovador. Conociendo la tendencia natural y legítima de los empresarios de dominar su mercado y consciente de las desventajas de condiciones (cuasi-) monopólicas para la sociedad, el Estado –a través de la Oficina Anti-Trust– o en forma directa por las leyes y por incentivos, interviene en el ‘juego’ de la demanda y oferta, si lo considera oportuno con miras al mayor beneficio de la sociedad entera. Si los actores económicos estiman que la intervención estatal no es satisfactoria –demasiado grande o demasiado reducida– ellos pueden presionar al gobierno de cambiar su política competitiva. Este intento sólo puede tener éxito en una democracia. Economía Social de Mercado, competencia funcional y democracia son, por lo tanto, tres elementos interconectados que facilitan una sociedad dinámica, próspera y socialmente más justa.



La defensa de la competencia, el caso México

MIGUEL FLORES BERNÉS*

1. Origen y principales cambios

En México, las disposiciones de competencia se incluyen en la Constitución de 1857 -de corte eminentemente liberal- y, son retomadas por el constituyente de 1917. Esta corriente liberal es la que se mantiene viva en la historia mexicana, desafortunadamente esas disposiciones no son bien reflejadas y menos aplicadas hasta 1993, fecha en la que entra en vigor la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).

El sistema económico prevaleciente en el país hasta antes de 1993, no requería de una verdadera ley de competencia; y, podemos decir que aunque existían disposiciones legales ligadas a la materia, estas eran totalmente inoperantes. A partir de 1993, por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) esto cambia; y, la LFCE comienza aplicarse naciendo el Derecho de la Competencia en México.

1.1 La Influencia de la Escuela de Chicago

La LFCE es producto de la compilación de los precedentes judiciales que se daban en los Estados Unidos de América a finales de los años 80's y principios de los años 90's y que estaban claramente influenciados por una corriente de pensamiento denominada la Escuela de Chicago.

A finales de los años 70's y principios de los 80's, diversos pensadores empezaron a cuestionar la justificación del Derecho de la Competencia en los Estados Unidos de América (*Antitrust Law*) y comenzaron a desarrollar una teoría con mayor solidez económica que señalaba que la aplicación del Derecho de la Competencia debe tener como objetivo único lograr mayor eficiencia en los mercados y especialmente mejorar el bienestar de los consumidores.

MIGUEL FLORES BERNÉS

* Profesor de Competencia Económica en la Universidad Autónoma de México, la Escuela Libre de derecho, la Universidad Panamericana (Campus Guadalajara) y la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa. Fue Comisionado en la Comisión Federal de Competencia de mayo de 2006 a septiembre de 2013.



El más influyente de estos pensadores fue el Juez Robert Bork quien escribiría en 1977 un libro que sería un par-teaguas en la materia "*The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*".¹ Fue el Juez Bork quién logro "traducir" el lenguaje económico que criticaba la aplicación del *Antitrust Law*, a lenguaje legal comprensible para los jueces, por eso fue tan influyente.² Bork señaló que la única razón que debe tener un juez para aplicar ese derecho debe ser la "maximización del bienestar del consumidor".³ La Escuela de Chicago aportó al *Antitrust* una metodología científica para el análisis de casos, y fue muy respetada por los tribunales.⁴ La Ley mexicana creada en ese contexto histórico es, de alguna manera, una ley altamente influenciada por esta escuela.

1.2 El Tratado de Libre Comercio de América del Norte como causa principal

Antes de la apertura de México al exterior –que iniciara con la entrada al GATT en 1986– el combate a los

monopolios no tenía mucho sentido, pues México vivía en un sistema de gobierno que auspiciaba los monopolios públicos e intervenía en la fijación de precios oficiales de muchos productos, además de que el credo imperante era la sustitución de importaciones y la economía centralmente planificada. Los precios no los fijaba el mercado sino que se determinaban en reuniones entre productores y el gobierno, por lo que la aplicación de una ley de combate a las colusiones y abusos de dominancia simplemente no tenía sentido.

La negociación del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* al final se convertiría en la principal causa de renovación y podríamos decir también creación del Derecho Económico en México y, por supuesto, como el detonante para la expedición de una nueva Ley de Competencia.

México no podía constituirse en parte integral del bloque económico sin actualizar su derecho económico y una muy importante pieza lo constituye una ley de competencia que reflejara

-
- 1 Robert Bork "*The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*", Simon & Schuster, 2007. El libro fue claramente influenciado por las ideas de la Escuela de Chicago y en particular por Aaron Director un influyente economista de esa escuela.
 - 2 Priest George "The Abiding Influence of the Antitrust Paradox: An Essay in Honor of Robert Bork", Yale Law School, 2008.
 - 3 Van Overtveldt Johan, Op. cit. p. 308.
 - 4 Kobayashi, B. y Muris, T. Chicago, Post-Chicago And Beyond: Time To let Go Of the 20th Century" *Antitrust Law Journal* (por publicarse), Aquí se señala que la aportación de la Escuela de Chicago ha sido mal entendida también, y muchas veces criticada pues -con frecuencia- se refiere a la influencia de Chicago como una escuela que busca la no aplicación de las leyes *Antitrust*. Análisis más serios contienen argumentos que permiten deducir que esto es falso, la aportación de la Escuela de Chicago fue y es valiosa, la aportación pone un énfasis en el análisis científico, el desarrollo de instrumentos económicos para medir el daño antes de actuar y sobretodo poner en el centro al bienestar del consumidor y la eficiencia.http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1231ChicagoPostChicago.pdf

la nueva visión económica del Estado mexicano.

La LFCE se ha visto transformada en los últimos años con las reformas a la ley de 2006, 2011; y, recientemente con la reforma constitucional de 2013. Esta reforma estuvo influenciada por la necesidad de poner orden en el sector de Telecomunicaciones y Radio-difusión.

Es importante recordar los orígenes de la LFCE pues puede decirse que fue un instrumento jurídico de vanguardia, que tal vez era muy avanzado para el grado de desarrollo de México. No existía una “cultura de la competencia” ni en el gobierno ni en las empresas, implementar una ley alejada de la realidad nacional, pero necesaria para el futuro, implicó grandes esfuerzos.

2. Principales contenidos de la LFCE

2.1 *Ámbito de aplicación, sujetos, objeto y excepciones en la ley*

La LFCE es una ley federal que tiene como principal objetivo proteger la eficiencia en los mercados (artículo 2). Es importante resaltar esto pues la ley no busca proteger a los competidores pequeños frente a los grandes, sino proteger el bienestar social y, en particular, el bienestar de los consumidores. Si los consumidores se ven

beneficiados por acciones de empresas grandes y dominantes, estas acciones no serán ilegales.⁵

Los sujetos a la ley son los agentes económicos que son personas físicas y morales y cualquier otro tipo de participación en la economía (como grupos económicos). Incluye a cualquier tipo de organización y hasta al gobierno cuando no actúa como soberano. (Artículo 3)

Se excluyen de la aplicación de la ley a los sindicatos, las actividades reservadas al Estado mexicano (petróleo, electricidad, correo, acuñación de moneda, entre otros) y las patentes y derechos de autor. (Artículos 5 y 6).

La ley regula también el procedimiento general para permitir la fijación de precios máximos en bienes necesarios para el consumo popular, pero sólo en aquellos mercados en los que se declara que no existe competencia efectiva y que requiere de dicha intervención estatal. (Artículo 7)

2.2 *Tipos de prácticas monopólicas que se investigan y prohíben*

2.2.1 *Las prácticas monopólicas absolutas.*

Estas prácticas son acuerdos entre competidores para fijar precios (compartir información sensible), restringir

5 Salvo el caso de conductas colusivas que explicamos más adelante.



el abasto, segmentar los mercados y coordinar posturas en licitaciones. Son conductas colusivas que la ley declara nulas. Estas conductas son también delito federal y su comisión acarrea una sanción de tres a diez años de cárcel.

Son el “pecado mortal” en materia de competencia, pues se trata de acciones entre competidores que causan severos daños a los consumidores, estudios de algunos economistas consideran que el sobreprecio que cobra un cartel alcanza porcentajes arriba del 20% sobre el precio de competencia.

El problema con estas conductas es que son muy difíciles de detectar y más de probar. Normalmente se llevan a cabo de forma escondida por los agentes económicos y conseguir prueba directa del “acuerdo entre competidores” puede ser una labor difícil. Así que -en México- se ha desarrollado en estos años jurisprudencia de tribunales y práctica administrativa que permite usar las pruebas indirectas o circunstanciales o indiciaria para acreditar este tipo de prácticas.

Otro instrumento valioso para combatir estas prácticas es el denominado “Programa de inmunidad” que permite que cualquier agente económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica monopólica absoluta; haya participado directamente en prácticas monopólicas absolutas en representación de personas morales;

y el agente económico o individuo que haya coadyuvado en la comisión de prácticas monopólicas absolutas, podrá reconocerla ante la Comisión y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones siempre y cuando sea el primero en aportar elementos de convicción suficientes que obren en su poder y de los que pueda disponer y que a juicio de la Comisión permitan comprobar la existencia de la práctica; y, coopere en forma plena y continua con la Comisión en la sustanciación de la investigación que lleve a cabo.

El programa ha sido muy exitoso y se han tramitado más de 40 casos usando este mecanismo. Sin duda, el hecho de que se haya considerado como delito federal estas prácticas a partir de mayo de 2011 y que las personas que se acojan al programa de inmunidad también tengan inmunidad penal, ha contribuido enormemente al éxito de este esquema.⁶

2.2.2 Prácticas monopólicas relativas

Se ha señalado que el principal objetivo del Derecho de la Competencia es evitar o prevenir que se ejercite el poder sustancial de mercado; un agente económico ejerce poder sustancial de mercado cuando reduce el abasto o de alguna forma logra restringir la competencia para elevar los precios.⁷ Ahora bien, es importante señalar que no se debe castigar a las empresas

6 El delito está previsto en el artículo 254bis del Código Penal Federal.

7 No obstante, no todo aumento en precios implica que alguien está ejercitando poder sustancial de mercado. Pueden existir otras causas para la elevación de precios, tales como aumento en los costos de producción o que sean efecto de la inflación.

sólo por ser exitosas, eso sólo podría redundar en la afectación de la economía de un país, del desarrollo de nueva tecnología y productos, de la innovación y privaría de beneficios a los consumidores.

La simple posesión de altos o muy altos porcentajes de mercado, dominancia en un mercado o poder sustancial de mercado tradicionalmente no es condenado, pues eso podría complicar la operación de agentes económicos que han logrado preminencia en un mercado a través de medios legales, e incluso plausibles, tales como la reducción de costos de producción y la mejora de la calidad.

Es por eso que las autoridades de competencia del mundo deben ser cautelosas en sus análisis y debe tomar en cuenta los efectos en la eficiencia de los mercados al revisar las conductas de empresas con poder sustancial en los mercados. En el caso de México, la Ley se refiere como prohibidos los “actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones” llevados a cabo por agentes con poder sustancial de mercado “cuyo objeto o efecto” sea o pueda ser:

- (a) desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; o
- (b) impedirles “sustancialmente su acceso”; o
- (c) establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.

Asimismo, se establecen diversos medios (actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones) y se

determina que la conducta será sancionable si dichos medios tienen por objeto o crean el efecto respectivo. El adverbio “indebidamente” –que califica al verbo desplazar– debe ser entendido en el contexto completo del artículo; es decir, sólo podrá ser desplazamiento “indebido” si el agente:

- (i) lleva a cabo las conductas señaladas (que son una lista específica y cerrada *numerus clausus*),
- (ii) tiene poder sustancial en el mercado relevante, y
- (iii) los efectos positivos no son superiores a los negativos que se puedan dar desde el punto de vista de la eficiencia económica.

Lo que la ley en realidad quiere evitar es que las conductas creen barreras o ventajas exclusivas que protejan un mercado y que permitan que el agente económico que lleva a cabo la conducta actúe o pueda actuar como monopolista de forma que cree ineficiencias en los mercados, pero si su conducta resulta en eficiencias, ésta nunca debe ser punible.

Ahora bien para analizar este tipo de prácticas se requiere:

- (i) Definir claramente el mercado relevante (definiendo al producto o servicio relevante tomando en cuenta sus sustitutos cercanos –analizando la oferta y la demanda existente y potencial- y sus dimensiones geográficas);



- (ii) Establecer si el agente económico involucrado tiene poder sustancial en dicho mercado, es decir si el agente económico puede unilateralmente, o de forma conjunta definir el abasto y precio de los productos o servicios sin que sus competidores o consumidores⁸ puedan contrarrestar dicho poder; y
- (iii) Realizar una valoración de los efectos de la conducta en la competencia (regla de la razón), con el fin de determinar el posible menoscabo en el proceso de competencia pero también sus posibles beneficios.

Asimismo, las conductas definidas en la ley como prácticas monopólicas relativas generalmente producen efectos tanto positivos como negativos, por lo que la ley no hace una prohibición general respecto a su celebración. Para ser sancionadas la Comisión debe realizar el análisis arriba descrito poniendo en la balanza los efectos.

Las conductas contenidas en la ley son aquellos actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

- I. La fijación de distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos determinados;
- II. La imposición del precio que un distribuidor deba observar al comercializar o distribuir bienes;
- III. La venta atada a comprar otro bien, distinto o distinguible;
- IV. La transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes de un tercero; (exclusividad)
- V. La acción de rehusarse a vender a personas determinadas bienes disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;
- VI. La concertación entre varios agentes económicos para ejercer presión contra algún agente económico o para rehusarse a vender a dicho agente económico, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta;
- VII. La venta de bienes a precios por debajo de su costo cuando existan elementos para presumir que estas pérdidas serán recuperadas mediante incrementos futuros de precios;

8 El poder de los consumidores o poder compensatorio de la demanda no está expresamente en ley, pero si no se hiciera ese análisis, que se realiza por práctica administrativa, el análisis no tendría sentido económico. Piense el lector el poder de una empresa como Walmart aún frente a grandes proveedores como las empresas refresqueras o cerveceras.

- VIII. El otorgamiento de descuentos a los compradores con el requisito de comercializar bienes de un tercero;
- IX. El uso de las ganancias que un agente económico obtenga de la venta de un bien para financiar las pérdidas con motivo de la comercialización de otro bien;
- X. El establecimiento de distintos precios para diferentes compradores situados en igualdad de condiciones, y
- XI. La acción cuyo objeto o efecto sea incrementar los costos que enfrentan sus competidores.

En caso de que alguna de esas conductas fuese cometida por un agente con poder sustancial de mercado, habría que desarrollar una teoría del daño (desplazamiento o creación de ventajas exclusivas) que sufren los competidores en alguna de las etapas de la cadena productiva (determinar al afectado) y cómo esta afectación se traduce en daño a los consumidores (aumento en precios o falta de opciones o innovación). Una vez realizado ese análisis, se requeriría determinar si la conducta está o no justificada por ventajas en eficiencia.

2.2.3 Poder sustancial conjunto

Una última reflexión respecto a estas prácticas es la reciente introducción del denominado “poder sustancial conjunto” a la LFCE. Elisa Mariscal y Jorge García Azaola señalan que por poder sustancial conjunto se debe entender como:

“la capacidad conjunta que posee un grupo de agentes económicos para realizar prácticas comerciales anticompetitivas. Desde un punto de vista económico, el concepto de poder sustancial conjunto describe el “problema de los oligopolios”, entendido como un desempeño no competitivo (o subóptimo) de dos o más agentes económicos que no coordinan sus actuaciones, pero actúan conscientes de su interdependencia como competidores”.⁹

Este concepto aún no se ha aplicado en la práctica en México de forma exitosa, se trata de un concepto novedoso que deberá revisarse y acotarse en el futuro, lo cual podría ser muy relevante dado que en México muchos mercados tienen una estructura oligopólica en la que pueden darse abusos de dominancia.¹⁰

9 García Azaola, Jorge y Mariscal Medina, Elisa “Abuso de poder sustancial conjunto: una propuesta para México”, por publicarse en *Obra Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*, p.5.

10 En Europa se le conoce como “posición dominante colectiva” y resulta ser una posición dominante que está constituida por dos o más agentes económicos, que son entes distintos desde el punto de vista legal (entes con voluntad distinta y claramente separada) pero que siguen un comportamiento similar en un mercado específico, casi como si fueran una entidad colectiva.

2.3 *Análisis ex ante de concentraciones (fusiones y adquisiciones) y concentraciones prohibidas*

La LFCE señala que una concentración es una fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades o activos en general que se realice entre agentes económicos. Asimismo, faculta a la autoridad de competencia para impugnar y sancionar aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

También se señala que las concentraciones que superen los umbrales establecidos en ley, antes de poder llevarse a cabo, están sujetas a un proceso de revisión previa. La idea es prevenir daños a la competencia antes que se formen entes económicos cuya disolución pudiera ser muy complicada una vez unidos.

En el análisis de una concentración lo primero que hace la autoridad es identificar un mercado relevante (y los mercados relacionados), para después analizar si la operación acarrea problemas de competencia, tales como efectos derivados de adquisición de poder sustancial o efectos coordinados entre competidores.

Respecto a los posibles efectos dañinos que se deberían estudiar, la ley señala que son indicios de que una concentración puede ser dañina, cuando el acto o tentativa:

- I.- Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, acto potencialmente, contrarrestar dicho poder;
- II.- Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante; y
- III.- Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley.

De incurrir en algunos de estos supuesto, la autoridad puede impugnar una concentración notificada (o someterla a condiciones) u ordenar la desconcentración de una sociedad que se considere una concentración prohibida.¹¹

11 Esto ya ha sucedido en el pasado caso de Prestaciones Universales. Expediente: DE-022-2005.

Ahora bien, el análisis de las concentraciones está sujeta a la "regla de la razón" por lo que si una concentración puede generar un agente económico con poder de mercado pero logrará una mayor eficiencia del mercado e incidirá favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia (y se demuestran que las aportaciones al bienestar del consumidor que se derivarán de dicha concentración superarán de forma permanente sus efectos anticompetitivos) ésta debe aprobarse o no sancionarse.¹¹

Cuando una concentración notificada puede causar daños a la competencia, pero existen formas de condicionarla para paliar estos daños, la autoridad puede autorizarla sujeta a condiciones.

Las condiciones deben estar vinculadas a la corrección de los efectos de la concentración y ser proporcionales respecto a dichos efectos.¹³

2.4 Otras acciones de las autoridades de competencia en México

Las autoridades de competencia en México también intervienen activamente emitiendo opiniones sobre leyes, reglamentos y disposiciones administrativas de carácter general opinando sobre su posible afectación a la competencia. Las opiniones pueden ser no-vinculantes como una especie de "advocacy" para prevenir un mal diseño de regulación; o, ser incluso vinculantes aunque a la fecha sólo se ha emitido una de este tipo (Caso Agave que se comenta adelante).

Asimismo, en algunos procesos de licitación de bienes del dominio de la federación (espectro radioeléctrico) o concesiones de servicio público (aeropuertos, puertos, ferrocarriles, energía eléctrica, entre otros) también interviene opinando sobre el diseño de la licitación y dando opinión respecto a

12 Y para demostrar lo anterior, los agentes económicos pueden acreditar, entre otras (carácter enunciativo o *numerus apertus*), las siguientes ganancias en eficiencia:

- (i) La obtención de ahorros en recursos que permitan, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo;
- (ii) La obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente;
- (iii) La disminución significativa de gastos administrativos;
- (iv) La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado, y
- (v) La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución.

13 Estas condiciones son las siguientes

- (a) Llevar a cabo una determinada conducta o abstenerse de realizarla;
- (b) Enajenar a terceros determinados activos, derechos, partes sociales o acciones;
- (v) Eliminar una determinada línea de productos;
- (d) Modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que pretendan celebrar;
- (e) Llevar a cabo actos que fomenten la participación de competidores en el mercado, así como dar acceso o vender bienes o servicios a competidores; u
- (f) Otras que tengan por objeto evitar que la concentración pueda disminuir, dañar o impedir la competencia o libre concurrencia.



quienes pueden participar; lo anterior con el fin de evitar concentraciones excesivas en estos sectores.

Asimismo, las autoridades de competencia tienen la facultad de analizar un mercado y declarar a un agente económico dominante o que en dicho mercado no existe competencia efectiva. El efecto de estos procedimientos es que la autoridad regulatoria pueda emitir regulación especial (asimétrica) a la dominante y/o regular tarifas o imponer otro tipo de regulación en esos sectores.

Por último, la reciente reforma constitucional (junio 2013) otorgó nuevas facultades que aún no han sido reguladas en legislación secundaria *"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"*.¹⁴

3. Institucionalidad

3.1 Autoridades de Competencia en México

Las reformas a la Constitución Federal mencionadas, crearon dos autoridades

de competencia; la primera la Comisión Federal de Competencia Económica (CFCE) que aplicará la LFCE de forma horizontal en todos los sectores; y, la segunda que es el Instituto Federal de las Telecomunicaciones (IFT) que aplica la LFCE en los sectores de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Ambas instituciones tienen autonomía constitucional, es decir no dependen de ningún poder de la Unión (Ejecutivo, legislativo o Judicial), tienen patrimonio propio, pueden emitir reglas de carácter general e iniciar controversias constitucionales cuando se invadan sus atribuciones. También contarán con facultades para eliminar barreras a la competencia, regular insumos esenciales y ordenar la desincorporación de activos.

Dichas instituciones están formadas por siete comisionados, que fueron electos –de forma escalonada– mediante una convocatoria pública (con intervención del Ejecutivo y ratificación del Senado), que deben sesionar de forma pública y decidir los asuntos por mayoría de votos. El Pleno emite su propio estatuto orgánico y tendrá un Presidente que representa a los organismos y debe presentar periódicamente informes al Congreso y al Ejecutivo. Tendrán un contralor designado por la Cámara de Diputados.

La Constitución señala que en los procedimientos se deberá de dividir claramente las funciones de investiga-

14 Sería necesario desarrollar reglas más claras en la legislación secundaria, para la aplicación de esta nueva herramienta

ción de las de resolución, de tal manera que existan pesos y contrapesos internos que permitan las mejores decisiones en la materia; y se ha emitido regulación respecto a cómo, cuándo y dónde pueden los representantes de los agentes económicos reunirse con los Comisionados.

3.2 Los procedimientos

Los procedimientos han sido el problema más grande para aplicar el Derecho de la competencia en México. Adaptar un estatuto inspirado en temas desarrollados por jueces de "common law" a un sistema profundamente legalista y basado en el derecho civil ha enfrentado retos importantes.

El procedimiento de investigación de prácticas monopólicas y concentraciones prohibidas ha ido evolucionando en el tiempo, pero no al ritmo necesario para acoplarse y tener la flexibilidad necesaria para ser eficiente. Hay una tensión clara entre la certeza legal y las normas económicas relacionadas con la Competencia. Estas requieren de interpretaciones casuísticas por ejemplo para definir un mercado, o

cuando un agente tiene poder sustancial de mercado, cuando hay más o menos eficiencias generadas por las conductas de los agentes. Las leyes no pueden definir todo, no son diccionarios para tener las definiciones exactas.

La autoridad de competencia y los jueces, para que funcione el sistema, deben interpretar la ley de forma flexible y armónica para conseguir el fin último del estatuto: la eficiencia.

En México los procedimientos suelen ser lentos, además los agentes económicos han aprovechado y abusado, en algunas ocasiones, de recursos ordinarios y constitucionales para frenar la aplicación de la ley. "*Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía*" dijo Séneca con razón. En materia de procedimientos, el sistema mexicano tiene que mejorar y lo está haciendo con la creación de jueces especializados y mejoras en procedimientos.

3.3 Tribunales federales especializados

El Poder Judicial en años recientes ha tenido un papel relevante en el desa-

15 Después de largas batallas en los tribunales se consiguió un precedente valioso que indicaba que contra las resoluciones en materia de competencia no procedían recursos ordinarios o administrativos y sólo procedía un procedimiento constitucional denominado "Amparo" (que analiza que se cumplan los derechos fundamentales, incluyendo el principio de legalidad). No obstante, que a través del juicio de amparo se lograba una correcta evolución, en la reformas a la LFCE del año 2011 se pretendió crear un nuevo y peligroso procedimiento en contra de las resoluciones de la CFC denominado Juicio Ordinario Administrativo. Afortunadamente, la entrada en vigor de ese procedimiento se sujetó a la condición de que se crearan reglas procesales para su aplicación y precisamente a la creación de tribunales especializados, situación que -afortunadamente- nunca se aconteció.



rollo del Derecho de la Competencia en México, generando precedentes valiosos. Muchos precedentes han tenido que ir aclarando los procedimientos; pero, otros han atendido problemas sustantivos en materia de “levantamiento del velo corporativo”, “grupo de interés económico”, “pruebas indirectas” y hasta sobre el concepto de “Mercado Relevante”.¹⁵

En temas procedimentales, la reforma constitucional de 2013 contiene un gran acierto, consistente en confirmar los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y dejar claro, de una vez por todas, que en contra de las resoluciones finales de la CFCE y del IFT, procederá sólo el amparo indirecto (recurso constitucional), sin suspensión (medidas cautelares que implique la suspensión de los actos de autoridad) posible -salvo en el caso de multas y ordenes de desincorporación en materia de competencia económica- y ante tribunales judiciales especializados en la materia.

La especialización podrá generar mayor rapidez en los procesos. Se han creado dos juzgados federales y dos tribunales colegiados (tres magistrados cada uno) que están en operación desde el 16 de octubre de 2013. Ellos revisarán todas las resoluciones finales de las autoridades de competencia y tendrán la última palabra al respecto.

4. Lecciones aprendidas y beneficios

Los primeros años del Derecho de la Competencia en México se dieron en un entorno en el que México sufría una de sus peores crisis económicas y luchaba por cambiar y consolidar un nuevo régimen económico. La novata autoridad de competencia mantuvo el rumbo y, cada vez más, fue adquiriendo relevancia en la política económica. Casos como el de las exclusividades de Coca-Cola, la venta de aceites y lubricantes con exclusividad impuesta por PEMEX y Mexlub en estaciones de gasolina, “la guerra de los chicles” (Canels vs. Adams) de Warner Lambert, algunas prohibiciones de exclusividades a cerveceras, entre otros fueron muy importantes para ir definiendo el porvenir.

En 2006, el Derecho de la Competencia en México recibió un impulso con importantes reformas a la ley. Estas reformas incorporaron conductas que ahora son prácticas monopólicas relativas, mejoraron el sistema de notificación de concentraciones y crearon nuevas herramientas (como el programa de inmunidad y la terminación anticipada de casos). No obstante, muy pronto estas reformas revelaron ser insuficientes.¹⁶ Comenzó entonces un nuevo -y nada fácil- camino para

16 Algunos de los nuevos artículos que tenían que ver con relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo (nombramiento de comisionados e informes) y Ejecutivo y Judicial (solicitud de autorización para visitas domiciliarias y para ordenar desincorporación de activos) fueron declaradas inconstitucionales por la SCJN.

perfeccionar el marco jurídico en la materia. Ese camino dio frutos en el año 2011, cuando se aprobarían nuevas reformas con más herramientas y elementos de disuasión tales como: visitas de verificación sorpresa, medidas cautelares, mejoras al programa de inmunidad, elevación de sanciones administrativas y criminalización de acuerdos colusivos.

En años recientes la autoridad de competencia se vio en medio de la guerra comercial existente entre empresas de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.¹⁷ La resolución de estos casos no ha sido fácil y ha provocado que la se viera en el “centro del huracán” al resolver casos controversiales.¹⁸

A base de esfuerzo de muchos funcionarios –que fueron más allá de cumplir con su trabajo– se ganaron varios casos en tribunales, aunque también se perdieron otros –muy dolorosos– como las declaratorias de dominancia de Telmex, la concentración de Televisa-Iusacell, la compra de molinos de maíz por parte de Grupo Maseca (GRUMA) y la concentración de ferrocarriles (Ferromex-Ferrosur). Cada derrota de la autoridad de competencia en tribunales acarrea aumentos de precios y daños a la competencia.

Pero, los beneficios del sistema en el balance son palpables y son beneficios que no se hubieran dado de carecer de un Derecho de la Competencia en México algunos ejemplos a continuación:

En materia de persecución de carteles, se han sancionado conductas relevantes para los consumidores, tales como:

- Los acuerdos para subir los precios de las tortillas y segmentar los mercados en varias ciudades.
- Los acuerdos para subir los precios del pollo entero que se vende en mercados públicos en Chetumal y Cancún y la manipulación del precio en la zona de Veracruz.
- Los acuerdos para subir precios y segmentar mercados de los *ferries* que van de playa del Carmen a Cozumel e Isla Mujeres,
- Los acuerdos de transportistas de carga para trasladar aumentos de costos a clientes y acordar precios de carga en La Paz, Baja California Sur.
- Los acuerdos de hospitales en Guadalajara que subían los precios a las empresas aseguradoras.

17 De 2007 a 2013 la CFC recibe solicitudes para declarar como agentes dominantes a Telmex y Telcel y se inician diversas investigaciones sobre abusos de dominancia y algunas en materia de colusiones en el sector. En este periodo también se han generado casos importantes en el mercado de televisión restringida (negativas de trato) y la revisión de concentraciones relevantes como la adquisición por parte de Televisa de empresas cableadas.

18 Como la denominada “megamulta” a Telcel y la venta del 50% de las acciones de Iusacell por parte de Grupo Salinas a Grupo Televisa.



- Los acuerdos de anestesiólogos, para imponer de forma colectiva aumentos en sus servicios,
- Los acuerdos para subir precios y segmentar mercados de taxis en Mazatlán Sinaloa.
- Los acuerdos para establecer comisiones fijas por parte de Corredores Inmobiliarios en la venta de inmuebles en Mazatlán, Sinaloa.
- Los acuerdos para repartirse las licitaciones de medicamentos (insulina y sueros) en las ventas que hacían laboratorios al Instituto Mexicano del Seguro Social.

Asimismo, en años recientes la autoridad de competencia pudo sancionar prácticas relativas o abusos de dominancia tales como:

- Negativas de trato de Telmex que negó la interconexión a sus rivales y la entrega de enlaces dedicados.
- Las exclusividades en distribución de contenidos en servicios telefónicos móviles que fueron prohibidas a Telcel.
- La negativa de provisión de señales de televisión restringida por parte de Televisa a una cablera en Morelia.
- Las ventas atadas que realizaba PEMEX a las gasolineras (les vendía el combustible y les obligaba a adquirir el transporte desde el punto de

venta a la estación de servicio).

- La prohibición de exclusividades que el Sistema Coca-cola imponía a las “tienditas”
- El límite a las exclusividades que imponen las cerveceras a restaurantes que ahora no aplicarán a las cervezas artesanales.
- La limitación de exclusividades que se impuso a Home Depot para que no impidiera la venta de bienes por parte de proveedores a Lowe’s que incursionaba en el mercado de “hágalo usted mismo” en México
- La limitación de prácticas de exclusividades a Sabritas para que no desplazara a Bokados del mercado de frituras

En materia de concentraciones, algunos ejemplos ilustran los beneficios de contar con este sistema de defensa de la Competencia:

- La imposición de condiciones a la compra de Jugos del Valle por parte de Coca-cola que impide ventas atadas, exclusividades y permite parcialmente el uso de refrigeradores a productos de la competencia.
- La negativa a Nestlé de adquirir las plantas de Pfizer en México y las marcas de fórmulas lácteas infantiles, evitó sin duda la elevación de precios de este importante producto.
- En pinturas, la negativa de autorizar la compra de Comex

por parte de Sherwin-Williams evita importantes riesgos en ese sector.

Otras actuaciones de la autoridad han generado beneficios, la opinión en contra de una norma de "zonificación" en la Ciudad de México que impediría la competencia entre tiendas de autoservicio, tiendas de conveniencia y mercados públicos fue relevante para que la SCJN la declarara inconstitucional, evitando aumentos de precios a los consumidores.

También la intervención de la autoridad de competencia evitó que la palabra "Agave" (planta con la que se producen productos como Tequila, Mezcal, Sotol y otros muchos aguardientes) se convirtiera en una marca que sólo podría ser usada por empresarios tequileros y mezcaleros; lo que sería el equivalente a que en Francia fuera una marca exclusiva la palabra "Uva".

Queda mucho que trabajar en materia de competencia económica, hay temas como la recuperación de daños vía acciones colectivas o individuales que siguen en el tintero y facultades existentes de la autoridad que aún están por estrenarse, incluyendo las sanciones penales y las medidas cautelares en materia de prácticas monopólicas. Sin duda el gran reto seguirá siendo el diseño de procedimientos pronto que permitan la aplicación de la ley con mayor celeridad. Asimismo, el desarrollo de capacidades en el IFT, el mejoramiento en la "fundamentación y motivación legal" de las resoluciones de las autoridades, el estricto apego a

los procedimientos, y el mantenimiento de la coherencia en las decisiones serán otras metas importante que lograr.

No obstante, creo que México sigue por el buen camino, deberá promover aún más la cultura de la competencia entre empresas y autoridades, pero el sistema ha sobrevivido a cambios y se mantiene en rumbo.

El sistema ha desarrollado -en sus instituciones- un mecanismo para "amortiguar" los golpes que ha recibido; es como esos automóviles que caen en un hoyo que está en el pavimento, sin amortiguadores el automóvil no podría seguir adelante, con amortiguadores, se absorbe el golpe y se continúa en la misma dirección después de algunas -probablemente difíciles- maniobras.



