Las fronteras de la regulación comercial, de competencia y anticorrupción entre México y Estados Unidos.

Rubén Leal Buenfil[1]

Resumen

En el marco del T-MEC y los compromisos internacionales asumidos por México y Estados Unidos, identificamos tanto fronteras como correlaciones entre la regulación comercial, de competencia y anticorrupción entre ambos países. A la luz de estos hallazgos, se recomienda (1) limitar al mínimo las excepciones que cada país puede poner a la aplicación de las leyes nacionales de competencia y (2) homologar, entre las autoridades administrativas de ambos países, la utilización del criterio de la "regla de la razón" en materia de competencia económica, para darle certeza a las inversiones internacionales, a las cadenas de producción transnacionales y al comercio transfronterizo. Así mismo, se sugiere la (3) implementación en México y Estados Unidos de mecanismos similares a los contenidos en *The Public Servants Disclosure Protection Act* de Canadá, que incentive a los servidores públicos a revelar actos de corrupción, con enfoque a la defensa del consumidor y del libre comercio.

Palabras clave: Comercio internacional, competencia económica, anticorrupción, política binacional, México, Estados Unidos.

Índice

I. Introducción
II. Marco jurídico de la competencia en Norteamérica
II.1 Estados Unidos
II.2 México
III. Correlación binacional entre política comercial y de competencia
IV. Frontera binacional en materia de comercio y competencia
V. Regulación anticorrupción en las relaciones comerciales binacionales
VI. Recomendaciones de política pública

[1] Profesor de la Universidad de Monterrey. Documento elaborado con financiamiento del Consorcio Puentes 2021. El autor es economista y abogado mexicano, con maestría derecho norteamericano en *Washington University School of Law* y Doctorado en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas.
Estoy en deuda con el Dr. Pedro Torres por su apoyo para la realización de este documento.

I. Introducción

El Tratado comercial entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC[2] o USMCA por sus siglas en inglés) exige que los tres países apliquen leyes en materia de competencia económica, así como de combate a la corrupción. México es el país con la tradición más corta en materia de competencia. Apenas en 1992, en medio de las negociaciones del extinto Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), es que se emitió la primera legislación mexicana de competencia. Y no fue sino hasta la reforma constitucional de 2013, y la subsecuente Ley Federal de Competencia Económica, que se dotó al Estado mexicano de las facultades suficientes para la efectiva protección de los mercados frente a las prácticas anticompetitivas.

El objetivo de esta nueva Ley es garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como combatir las prácticas monopólicas y las concentraciones ilícitas, que constituyen barreras de entrada y obstáculos al óptimo funcionamiento del mercado[3]. Este objetivo se encuentra en sintonía con el espíritu del T-MEC, que procura en su capítulo 21 incrementar la eficiencia económica en beneficio de los consumidores. Para estos mismos fines, Estados Unidos cuenta desde 1890 con la *Sherman Act*, la *Federal Trade Commission Act*, y la *Clayton Act*[4]. Por su parte, Canadá es quien cuenta con el ordenamiento jurídico en la materia más añejo, *The Competition Act*[5], vigente desde 1889, un año antes que la regulación estadounidense.

Aunque el T-MEC reconoce la soberanía de cada país para establecer leyes y mecanismos de protección contra las prácticas anticompetitivas, también le permite a cada país aplicar sus leyes internas de competencia a conductas realizadas en otro país, siempre que se pueda determinar un vínculo de jurisdicción sobre la conducta o sobre quienes las realizan. Sin embargo, existen excepciones que cada país puede interponer a la aplicación de la legislación de competencia. De acuerdo con el T-MEC, estas excepciones deben ser legislativas (no administrativas) con fundamento en el interés nacional o en la política pública. Para el caso de México, tenemos los hidrocarburos como una excepción.

Es obligación de cada país, además de contar con su legislación de competencia económica, tener agencias gubernamentales encargadas de aplicarla. En este sentido, a lo que obliga el T-MEC es a que las autoridades domésticas de competencia económica (COFECE e IFT en México; *Federal Trade Commission* y *Department of Justice Antitrust Division* de Estados Unidos; y *Competition Bureau* de Canadá) den un trato no menos favorable a los agentes

---

[2] Gobierno de México. Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá. https://www.gob.mx/t-mec

[3] Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley Federal de Competencia Económica (México). http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf

[4] Federal Trade Commission. The Antitrust Laws (USA). https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws

[5] Government of Canada. Competition Bureau Canada. https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04267.html

económicos extranjeros que a los nacionales. Así mismo, se comprometen a respetar jurisdicciones y atraer casos sólo cuando exista un daño dentro de la actividad económica de su país.

De hecho, de manera análoga al principio de comercio internacional "Trato de Nación Más Favorecida" (NMF)[6], el tratado comercial en comento exige equidad procesal en la aplicación de las leyes locales de competencia. En este sentido, a lo que se obligan las partes es a mantener total transparencia sobre las leyes aplicables en cada país en materia de competencia económica, desde las leyes sustantivas hasta las normas procedimentales. Así mismo, se debe garantizar que las investigaciones en la materia estén sujetas a plazos definitivos y permitir a los acusados contar con representación jurídica.

El capítulo 21 del T-MEC tiene como eje rector la protección del consumidor, así como el mantenimiento de mercados eficientes y competitivos. Con ello, se pretende mejorar el bienestar de los ciudadanos de los tres países firmantes. Para lograr este objetivo, además de las leyes de competencia, cada país se obliga a contar con leyes vigentes de protección al consumidor para evitar y sancionar prácticas comerciales fraudulentas o que induzcan al error.

De manera análoga, el capítulo 27 del mismo T-MEC establece mecanismos para combatir el cohecho y la corrupción en el comercio y las inversiones internacionales. En los términos de este Tratado, los países acuerdan su adhesión a la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Con ello, se garantiza un común denominador de combate a la corrupción en el marco del derecho internacional público.

Resulta importante remarcar la importancia que tiene un país para el otro, entre México y Estados Unidos. De hecho, desde febrero de 2021, México recuperó el puesto de principal socio comercial de Estados Unidos[7], posición que había perdido frente a China en años anteriores. Del total del comercio exterior estadounidense en dicho mes, México tuvo una participación del 15.3% y China del 13.7%. Adicionalmente, en marzo de este mismo año 2021, el comercio exterior total entre México y Estados Unidos llegó a su mayor nivel histórico, con 56 mil 908 millones de dólares americanos.

En resumen, para el primer trimestre del año 2021, México es el principal socio comercial de Estados Unidos y Estados Unidos es el principal socio comercial de México. Para contextualizar a cada país en su justa dimensión, podemos observar la tabla 1, sobre indicadores macroeconómicos en ambos países.

---

[6] Organización Mundial del Comercio. Finalidad y conceptos. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/cbt_course_s/c1s6p1_s.htm

[7] Departamento de Comercio de Estados Unidos. Fuente: https://www.commerce.gov/data-and-reports/economic-indicators

Tabla 1. Indicadores macroeconómicos binacionales

Indicador	Dato más reciente	México	Estados Unidos
Producto Interno Bruto (mmd)	2020	1,076	20,932
Población (millones)	2020	128	330
PIB per cápita	2020	8,421	63,416
Exportaciones globales (mmd)	2019	461.1	1,645.6
Importaciones globales (mmd)	2019	467.3	2,568.4
Índice global de competitividad (1-7, siendo 7 más competitivo)	2018	4.29	6.01

Fuente: Elaboración propia con datos del Fondo Monetario Internacional (actualizados a mayo de 2021), la Organización Mundial del Comercio, y el Foro Económico Mundial.

Para los fines del presente documento, partimos de que México y Estados Unidos acordaron, en el T-MEC, cooperar en materia de protección de la competencia y combate a la corrupción. Sin embargo, existen límites o fronteras a estos compromisos internacionales. El objetivo de este documento de investigación es identificar estas fronteras, pero también las correlaciones existentes entre la política comercial, de competencia y anticorrupción, entre México y Estados Unidos. En última instancia, realizaremos recomendaciones de política pública en estas tres materias, para ambos países, a fin de robustecer el alcance de las capacidades institucionales de los gobiernos nacionales, en beneficio de sus ciudadanos.

II. Marco jurídico de competencia en Norteamérica

Con el objetivo de estar en posición de comprender las interrelaciones regulatorias en materia de competencia económica entre México y Estados Unidos, necesitamos primero reconocer de dónde venimos y cómo hemos llegado a donde estamos. Para efectos del presente documento, no abordaremos los fundamentos económicos que justifican las normas jurídicas en materia de competencia ni la necesidad de la actividad reguladora del Estado en la economía, pues esta teoría sobrepasa los alcances de la presente investigación[8].

En 1889, Canadá fue el primer país del mundo que prohibió los acuerdos colusorios dentro de su economía, mediante la promulgación de restricciones en materia de competencia. Un año después, Estados Unidos reguló la competencia mediante la *Sherman Act*, que aún se

[8] Para revisar los fundamentos económicos de las normas en materia de competencia, se sugiere ver: Leal Buenfil, R. (2021). *Competencia Económica y Comercio Internacional*. México: Tirant lo Blanch.

encuentra vigente. Estos países fueron los primeros en entender que los monopolios y las limitaciones al comercio hacen daño no solo al mercado, sino a la sociedad en su conjunto[9].

Estados Unidos y Canadá sirvieron de inspiración (o presión) para que México redactara en sus términos el actual artículo 28 constitucional en 1917. A principios de la década de 1990, no es que estuviera en la agenda del Estado mexicano el promover una legislación, instituciones y política de competencia. Más bien, dentro de las negociaciones del extinto TLCAN, uno de los requisitos que se sostuvieron fueron que los tres países, antes de abrir mutuamente sus mercados, tuvieran protecciones relativas a inversión y competencia económica.

De esta forma, llegamos a la promulgación de la primera ley en materia de competencia económica en México en 1993, más por presión internacional para la firma de un acuerdo comercial que por el impulso del legislador mexicano. Era necesario, en aquel entonces, que Estados Unidos y Canadá protegieran a sus mercados y connacionales de las amenazas monopólicas extranjeras. El único mecanismo que tenían era exigir que existieran leyes e instituciones que los protegieran en los países donde colocarían sus productos y servicios libres de aranceles, además de que los monopolios extranjeros podrían entrar a sus mercados domésticos.

De acuerdo con Pérez Motta[10], el marco legal en materia de competencia en México ha evolucionado de manera orgánica para adaptarse a un entorno económico en constante cambio. Esta evolución la podemos dividir en tres etapas: la primera etapa fueron los primeros diez años, considerada una etapa de aprendizaje; la segunda etapa fueron los siguientes diez años donde se fortaleció la política de competencia; y finalmente una tercera etapa correspondiente a los años posteriores a la reforma constitucional de 2013, donde se consolidó la política de competencia como una política del Estado mexicano.

II.1 Competencia económica en Estados Unidos

El país donde mayor discusión académica y actividad antimonopolio ha habido en el mundo es Estados Unidos. Siguiendo a Ten Kate[11] en su repaso histórico, es posible percatarnos de la riqueza académica de los debates y discusiones estadounidenses. Todo inició en 1890,

[9] Stanford, J. (1978). The Application of the Sherman Act to Conduct Outside the United States: A View from Abroad. *Cornell International Law Journal, 11*.

[10] COFECE 2018. Competencia: Motor de crecimiento económico incluyente. Memoria del evento conmemorativo por los 25 años de la autoridad de competencia en México. Consultado en: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/12/Memoria-Competencia-Motor-de-crecimiento-incluyente-.pdf#pdf

[11] Ten Kate, A. (2004). La eficiencia económica en el análisis de competencia, en Competencia Económica en México. Comisión Federal de Competencia.

con la promulgación de la *Sherman "Anti-Trust" Act*[12]. En ella, se combatían los fideicomisos[13] que tenían como finalidad unir agentes económicos que eran competidores para después dividir las utilidades entre los tenedores de acciones. Así mismo, declaró ilegal la figura de monopolio y toda restricción al comercio entre los Estados de la Unión Americana.

Las normas de competencia en Estados Unidos están redactadas de manera muy concisa y general, listas para ser interpretadas por los jueces. Esto le da poca certeza a las empresas para poder cumplir con la regulación. Sin embargo, operan de manera eficaz en su aplicación a los casos concretos. Esta es la paradoja de la *common law*, donde la Constitución de Estados Unidos es la que tiene menos palabras en el mundo y, al mismo tiempo, sentó las bases del país más poderoso del planeta.

La *Sherman Act* fue criticada debido a que, según su redacción, prácticamente todos los contratos comerciales restringían de alguna manera el comercio. Es decir, cuando una empresa intentaba legitimante prevalecer sobre su competencia, al mismo tiempo podía infringir la norma genérica. Sin embargo, esta Acta no se interpretó de manera que era necesario prohibir todos los contratos comerciales. Por ello, unos años después de su promulgación, la Suprema Corte de Justica de los Estados Unidos enumeró una lista ilustrativa de contratos ordinarios que no deberían clasificarse como contratos que restringen el comercio de manera anticompetitiva e ilícita[14].

Esto se realizó en un intento de evitar que la legislación prohibiera también los contratos que tuvieran la capacidad de crear eficiencias económicas que benefician al consumidor y a la sociedad. En este mismo sentido, los ministros de la Suprema Corte argumentaron que algunos contratos eran necesarios para darle viabilidad al comercio, aun cuando eliminaran "alguna parte" de la competencia entre los involucrados. Afirmaba que prohibir todos los contratos que restringieran el comercio equivaldría a establecer que no debería de haber comercio. De hecho, la *Sherman Act* permite a las personas o empresas que sufrieran pérdidas derivadas de las prácticas competitivas, reclamar daños y perjuicios ante los tribunales federales[15].

En 1899, en el caso Addyston[16] la Suprema Corte estableció una distinción entre restricciones abiertas (acuerdos en que únicamente se tiene como objetivo restringir la

---

[12] Sherman Anti-Trust Act de 1890. Portal del gobierno de los Estados Unidos. Consultado en: https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51

[13] De ahí el término *anti-trust*, que se puede traducir literalmente como anti-fideicomiso.

[14] Librería del Congreso de los Estados Unidos. United States v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898). Consultado en: https://www.loc.gov/item/usrep171505/

[15] Hazlett, T. (1992). The legislative history of the Sherman Act re-examined. *Economic inquiry, 30*(2), 263-276.

[16] Addyston Pipe & Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211 (1899). Consultado en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/211/

competencia) y restricciones colaterales (acuerdos donde la restricción a la competencia es un objetivo subordinado a otros objetivos legítimos). Las resoluciones de la Suprema Corte reconocen que los contratos que restringen el comercio al mismo tiempo pueden crear eficiencias por economías de escala. Por ello, se matizó el sentido que tiene dicha Acta de combate a los monopolios y fideicomisos.

La conclusión de la Suprema Corte fue que el propósito de la *Sherman Act* no era prohibir todos los contratos que restringieran el comercio *per se*, sino solamente prohibir los que tenían como único propósito la restricción del comercio en términos de la libre competencia. Sin embargo, como no siempre se podían cuantificar las eficiencias que derivaban de las restricciones al comercio o concentraciones, la política de competencia de Estados Unidos se fue endureciendo desde 1898 y hasta 1968, cuando la División *Antitrust* del Departamento de Justicia de Estados Unidos, emitió un esquema teórico para evaluar los efectos de eficiencia en las concentraciones de mercado.

Entre los casos más relevantes de aplicación de la *Sherman Act* a principios del siglo XX se encuentran los de *Standard Oil* y *American Tobacco*. Estos eran dos de los fideicomisos más poderosos de aquella época (1890-1910). El primero, *Standard Oil*[17], creado por John Rockefeller, se dedicaba a la extracción, transportación, refinación y venta de petróleo. De hecho, era la empresa petrolera más grande del mundo en ese momento. Sin embargo, en 1911 la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos lo declaró como un monopolio ilegal por lo que desmanteló la empresa que se había integrado primero horizontalmente en la refinación y posteriormente verticalmente en su cadena de producción.

El otro caso, también de 1911, el de *American Tobacco*[18], se trataba de cinco productores de tabaco que se habían fusionado en una única gran empresa de nombre *American Tobacco Company*, comprando a sus competidores más pequeños, o bien, abusando de su posición dominante para aceptar pérdidas de corto plazo reduciendo sus precios, con el objetivo de quebrar a los competidores que no quisieron vender su empresa. De manera análoga que *Standard Oil*, el fideicomiso fue declarado ilegal por prácticas predatorias de precios y adquisiciones monopólicas. La empresa fue dividida en cuatro empresas independientes.

Posteriormente, en 1914, el Congreso de Estados Unidos emitió la denominada *Clayton Act* para robustecer la legislación antimonopólica de la *Sherman Act*. Mientras esta última prohibía cualquier práctica colusoria que restringiera el comercio, prohibiendo la fijación de precios y los cárteles económicos, la *Clayton Act* restringía las conductas que

---

[17] Standard Oil Company of New Jersey vs United States (1911). Resuelto por la Suprema Corte de Justicia. Consultado en: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/221/1

[18] United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911). Consultado en: https://www.loc.gov/item/usrep221106/

"sustancialmente disminuyeran la competencia"[19] como las concentraciones vía fusiones o adquisiciones, para quienes fijó un sistema de notificación previo, similar al que prevalece hoy en México en la Ley Federal de Competencia Económica.

Décadas más tarde, desde la academia, Robert Bork, de la Universidad de Chicago, publicó un libro[20] severamente crítico de la política de competencia estadounidense hasta ese momento. El libro, que propició un intenso debate entre académicos y autoridades, describe cómo la política de competencia de Estados Unidos, en su afán de proteger rigurosamente la competencia, se había convertido paulatinamente en un obstáculo para el crecimiento económico y en un enemigo de los consumidores. Lo anterior dado que inhibía la actividad económica y no se permitía que se alcanzaran economías de escala vía las fusiones de las empresas.

Se puso entonces en el centro de la discusión si el Departamento de Justicia y los jueces estaban interpretando de una forma demasiado inflexible los aspectos restrictivos de la competencia en las operaciones mercantiles. Además, que a las autoridades les faltaba un adecuado reconocimiento de las eficiencias que las operaciones mercantiles pueden tener en beneficio del consumidor. Paradójicamente, las autoridades no permitían que se hicieran acuerdos que podrían potenciar el crecimiento económico y reducir los precios en el mercado, por el miedo a la concentración en sí misma.

Como una solución para facilitar la consideración de las eficiencias dentro del marco de interpretación de la legislación estadounidense vigente, que prohíbe actos y concentraciones que disminuyen sustancialmente la competencia, Bork propuso abandonar la interpretación de la competencia como un proceso de rivalidad, y propuso definirlo como un escenario en que el bienestar del consumidor es el principal objetivo de la política pública. En otras palabras, liga los conceptos de competencia y maximización del bienestar del consumidor. Ya no se debía procurar la competencia, se debe procurar el bienestar del consumidor.

Después de este debate académico que protagonizaron Bork, Williamson[21] y otros académicos de la Escuela de Chicago, la política de competencia en Estados Unidos dio un giro a partir de la década de los ochenta, cuando fue mucho más permisiva de las operaciones mercantiles que restringen la competencia si es que generaban eficiencias. De hecho, prácticamente todas las concentraciones verticales (es decir, dentro de la cadena productiva y no entre competidores) fueron aprobadas en la década de los ochenta.

---

[19] Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos. *Clayton Act*. Consultado en: https://www.ftc.gov/es/enforcement/statutes/clayton-act

[20] Bork, R. (1978). *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nueva York: Basic Books.

[21] Williamson, O. (1969). Allocative Efficiency and the Limits of Antitrust. *The American Economic Review, 59*(2), 105-118.

Según este nuevo paradigma en la política *antitrust* estadounidense, las restricciones al comercio en los contratos regularmente eran incompatibles con el objetivo primordial de todas las empresas: la maximización de sus utilidades. Es decir, que las restricciones al comercio se realizaban por consideraciones de eficiencia económica y no para dañar el ambiente de competencia. Esta nueva actitud permisiva de la autoridad reguladora suponía que el daño ocasionado por intervenir en los mercados cuando no era necesario es mayor que el daño que resultaría por no intervenir cuando sí fuera necesario.

Sin embargo, esta tendencia duró muy poco. En la década de los noventa la rigurosidad de la política de competencia en Estados Unidos resurgió, de la mano de la escuela de pensamiento denominada Post-Chicago[22,23]. Esta escuela sostenía, contrario a la Escuela de Chicago en que se fundamentó la política de los años ochenta, que las intenciones anticompetitivas en los contratos restrictivos del comercio podían ser racionales bajo ciertas circunstancias. Es decir, que sí existe materia para reputar cierto tipo de contratos de anticompetitivos cuando no puedan demostrar eficiencias explícitas.

En resumen, antes de la filosofía de la Escuela de Chicago, los contratos con algún aspecto anticompetitivo se sancionaban prácticamente en automático. Durante los años ochenta, bajo los postulados de la Escuela de Chicago, se dio un giro de ciento ochenta grados, permitiendo casi todos los contratos y concentraciones verticales. Pero a partir de la década de los noventa, siguiendo la filosofía de la denominada Escuela Post-Chicago, ahora se analizan particularmente las eficiencias involucradas que los contratos generan y se investiga su efecto en el bienestar social, entendido como la suma del excedente del consumidor y del productor.

Este nuevo estándar de medición dio origen a lo que hoy conocemos como la "regla de la razón". De hecho, la mayoría de las conductas que antes se prohibían casi en automático, ahora se evalúan bajo esta regla. Mientras que anteriormente, en Estados Unidos, la prohibición de una conducta la volvía ilegal por la conducta misma, ahora bajo la regla de la razón, una conducta no es ilegal por lo que se hace, sino por los efectos que tiene. Comparativamente con México, por ejemplo, las prácticas monopólicas absolutas están prohibidas *per se*. Es decir, el simple hecho de que se incurra en la conducta es suficiente para su ilegalidad. No así las prácticas monopólicas relativas, que se sancionan según los efectos que causan.

Como se podrá usted imaginar, administrar una prohibición *per se* es mucho más sencillo que la regla de la razón. Para aplicar la prohibición *per se* únicamente hay que probar la comisión de la conducta, pero para aplicar la regla de la razón, es necesario calcular los efectos de la conducta, y estos cálculos siempre son debatibles. Bajo la regla de la razón, una conducta se evalúa por sus efectos en favor y en contra de la competencia. Cuando los

[22] Hovenkamp, H. (2001). Post-Chicago Antitrist: A Review and Critique. *Columbia Business Law Review, 257*.
[23] van den Bergh, R. et al. (2002). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Reino Unido: Elgar Publishing.

efectos a favor de la competencia son mayores que los efectos en su contra, la conducta no se considera ilegal. Es una simple evaluación de efectos positivos contra efectos negativos[24].

Para este análisis, por efectos anticompetitivos entendemos restricciones a la competencia que generan mayores precios, menor calidad o menor esfuerzo innovador. Por otro lado, por efectos a favor de la competencia entendemos las eficiencias económicas que se traducen en menores costos de producción, mayor cantidad producida (mayor cantidad de comercio en el lenguaje estadounidense de *antitrust*) o más opciones para el consumidor. Para poder sumar y restar estos efectos, a favor y en contra de la competencia, es necesario acordar un común denominador para hacerlos comparables[25].

Esa discusión sobre cuál debía ser el común denominador y el indicador de referencia de bienestar, que habría que tener claro para saber si al restar los efectos anticompetitivos de los efectos a favor de la competencia, el resultado es positivo o negativo, generó también su polémica. Algunos partidarios del bienestar-consumidor (que sólo toma el excedente de consumidor como referencia en el análisis), otros del bienestar-precio (que sólo se autorizan los contratos que tengan como resultado un decremento en los precios), y el bienestar-social (que utiliza la suma del excedente del consumidor y del productor). La Escuela de Chicago sostenía el bienestar-consumidor, mientras la Escuela Post-Chicago el bienestar social.

El estándar de bienestar que imperó, y sigue vigente, es el de bienestar social. De hecho, es el estándar que se aplica también en México. Dicho estándar toma las utilidades de los productores como una parte igual de importante que el beneficio otorgado a los consumidores. Los efectos anticompetitivos, como mayores precios, y los efectos competitivos, como los ahorros en costos, en teoría pueden expresarse directamente en este estándar de bienestar social. Tenemos entonces ya un común denominador para hacer las sumas o restas pertinentes.

Este análisis es meramente teórico, pero sirve para comprender mejor el tema en cuestión. En la práctica, se tiende a usar criterios generales para aplicar la regla de la razón, aproximando los efectos, a favor y en contra de la competencia, de cierta conducta. Uno de esos criterios, que se replicó en México en el análisis de prácticas monopólicas relativas, es el de poder de mercado. En general, cuando una empresa que no tiene poder de mercado incurre en alguna práctica anticompetitiva, es poco probable que esa conducta tenga efectos anticompetitivos considerables.

En este sentido, si un agente económico no tiene poder sustancial en el mercado, los efectos anticompetitivos de su conducta serán tan poco relevantes que ni siquiera vale la pena utilizar recursos públicos en investigar la magnitud de las eficiencias. Incluso, cuando el

[24] Loevinger, L. (1964). The Rule of Reason in Antitrust Law. *Virginia Law Review, 50*, 23-46.
[25] Yvon, A. (2007). Settlements between Brand and Generic Pharmaceutical Companies: A Reasonable Antitrust Analysis of Reverse Payments. *Fordham Law Review, 75*, 1883-1897.

agente económico sí tiene poder mercado, puede no ser considerado ilegal bajo la regla de la razón. Por ejemplo, en el caso de una negativa de trato, aun cuando la realice una empresa con poder de mercado, tal conducta no se considerará ilegal cuando se justifique en incumplimientos previos de pago del cliente. Es este caso, los efectos de eficiencia de la conducta son evitar el debilitamiento del estado del derecho y de la propiedad privada, y se consideran tan importantes que ni siquiera vale la pena estimar la magnitud de los efectos anticompetitivos para compararlos.

Como podrá usted intuir, la regla de la razón no es un concepto acabado ni totalmente delimitado. Sino que se encuentra en una continua evolución no sólo en Estados Unidos, sino también en las distintas jurisdicciones donde se aplica. Conforme se van solucionando casos cada vez más complejos, se va afinando la regla y los criterios que evalúan los efectos de las conductas. En México utilizamos una mezcla de criterios: Las prácticas monopólicas absolutas las sancionamos por la mera comisión, mientras que para las prácticas monopólicas relativas y las concentraciones utilizamos una especie de regla de la razón.

Bajo el concepto de la regla de la razón, la eficiencia generada por la conducta se toma como algo positivo para justificar su realización. Desde esta óptica, las eficiencias favorecen la legalidad de la conducta. Sin embargo, hay otra visión, equivocada desde el punto de vista de muchos investigadores (me incluyo), en la que las eficiencias se contabilizan en contra de la legalidad de las conductas. Es decir, que la eficiencia se considera como un daño a la competencia[26,27]. Esta teoría parte de la premisa de que entre más competidores hay en el mercado, más fuerte es la competencia. Dado que el proceso de competencia elimina del mercado a los agentes menos eficientes, disminuyendo el número de competidores y, con eso, disminuye la competencia en sí misma.

Ahora bien, hay quienes aseguran que, para mantener el mayor número de competidores posibles en el mercado (y supuestamente así proteger la competencia) no se debe permitir que algunos agentes económicos se vuelvan mucho más eficientes que otros. Aunque esto pueda parecer un desatino, en la práctica, y dada la complejidad de los casos que se presentan, las autoridades de competencia alrededor del mundo no siempre han tenido claridad en este tema. Incluso en países con amplia experiencia resolviendo casos de competencia económica se han encontrado decisiones que apoyan la visión de la eficiencia como una ofensa.

Un claro ejemplo ocurrió en 1962 en Estados Unidos, que para entonces ya tenía más de setenta años de experiencia combatiendo conductas monopólicas (*Sherman Act*) y casi cincuenta años regulando las fusiones y adquisiciones (*Clayton Act*). Sucedió que la Suprema Corte declaró ilegal la adquisición por parte del productor de zapatos *Brown*

[26] Ross, T., & Winter, R. (2005). The efficiency defense in merger law: economic foundations and recent Canadian developments. *Antitrust Law Journal, 72*(2), 471-503.

[27] Renckens, A. (2007). Welfare standards, substantive tests, and efficiency considerations in merger policy: defining the efficiency defense. *Journal of Competition Law & Economics, 3*(2), 149–179.

Shoe[28] de uno de sus distribuidores (una integración vertical), argumentando que la generación de nuevas eficiencias amenazaba a sus competidores con disminuir su participación de mercado y, probablemente, con su quiebra.

Pero la novela no terminó ahí. En 1972 Estados Unidos prohibió la adquisición de *Clorox Chemical Co.* por parte de *Procter & Gamble*[29], argumentando que las eficiencias que esta concentración implicaría se traducirían en ventajas competitivas y en barreras a la entrada para potenciales competidores que verían complicado contender contra un gigante en ese mercado. Sin lugar a dudas, estas decisiones son claro ejemplo también de la etapa más restrictiva en materia de competencia económica por parte de Estados Unidos, previo a la popularización e implantación de la línea de pensamiento de la Escuela de Chicago.

Hoy, en Estados Unidos y México, el consenso general es no considerar a las eficiencias como una ofensa para la competencia, sino como un beneficio para el consumidor. Es decir, que las regulaciones de competencia deben proteger al proceso de competencia en general, no a los competidores en lo individual. Sin embargo, sigue habiendo confusiones y discrepancias a este respecto. La más reciente y emblemática tiene que ver con la concentración entre *General Electric* y *Honeywell*, que fue aprobada en Estados Unidos pero negada por la Comisión Europea[30,31], generando un conflicto de criterios entre las autoridades de competencia de ambos lados del Atlántico.

La Comisión Europea argumentó, para negar esta concentración, que la combinación de motores de avión de *General Electric* con bienes y servicios complementarios de *Honeywell*, reforzaría su posición dominante en varios mercados, haciendo a la compañía concentrada tan fuerte que no quedaría espacio para competidores en los mercados de motores aéreos[32]. Dicho de otra forma, la Comisión Europea protegió a los competidores antes que al proceso de competencia en sí mismo.

Por su parte, los estadounidenses argumentaban que las ganancias en eficiencia eran superiores a los efectos anticompetitivos de la concentración. Este es un ejemplo de cómo, en los casos prácticos, la aplicación de la teoría no se ve reflejada de manera directa y sencilla. Aunque en los libros esté claro que la eficiencia no es una ofensa contra la competencia, los conceptos teóricos no siempre tienen una aplicación lineal en los casos complejos.

---

[28] Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962). Consultado en: https://www.loc.gov/item/usrep370294/

[29] FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967). Consultado en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/386/568/

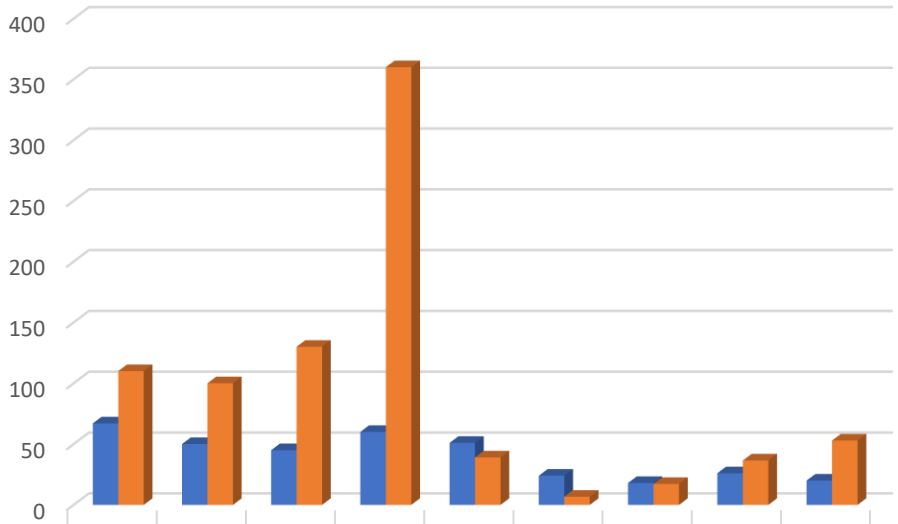
[30] Comisión Europea. Caso completo COMP/M.2220 (2001) General Electric/Honeywell. Consultado en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2220_en.pdf

[31] Grant, J. & Neven, D. (2005). The attempted merger between General Electric and Honeywell A case study of transatlantic conflict. Publicado por la Comisión Europea. Consultado en: https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/honeywell.pdf

[32] Comisión Europea (2001). The Commission prohibits GE's acquisition of Honeywell. Comunicado de Prensa consultado en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_01_939

Durante los últimos diez años, la persecución de las infracciones a la regulación en materia de competencia en Estados Unidos ha tenido altibajos importantes. En la gráfica 1 se puede apreciar, por año fiscal, el total de casos judicializados en materia de competencia, así como las multas impuestas durante cada periodo. Las multas se expresan en cientos de millones de dólares.

Gráfica 1. Número de casos judicializados y multas en materia de competencia en Estados Unidos.



	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Casos judicializados	67	50	45	60	51	24	18	26	20
Multas totales	110	100	130	360	39	6.7	17.2	36.5	52.9

Fuente: Elaboración propia con datos del Departamento de Justicia de Estados Unidos, División Antitrust. Consultados en: https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts

A partir de los datos anteriores, claramente podemos apreciar un relajamiento de la política de combate a los monopolios y prácticas anticompetitivas en Estados Unidos durante la segunda mitad de la década pasada. Aun descontando el año atípico 2015 en cuanto a un pico de multas, en promedio tanto del total de casos judicializados como el monto de las multas impuestas se desplomaron a partir del año 2016 y hasta la fecha.

II.2 Competencia económica en México

En México, el origen y desarrollo de las leyes y políticas de competencia ha estado profundamente relacionado con la evolución de nuestra política de comercio exterior. No

fue el estudio de los afectos adversos que tienen las conductas anticompetitivas sobre la eficiencia o el bienestar de la sociedad, como ocurrió en Estados Unidos, lo que le dio origen. Tampoco fue la búsqueda de mecanismos para evitar otro conflicto bélico ni para potenciar el mercado interno, como lo fue en Europa. En México fue la política comercial la que jugó un papel decisivo, por presión externa, para iniciar sus regulaciones en materia de competencia.

Con anterioridad a la década de los ochenta, nuestra economía se distinguió por estar aislada del comercio internacional. El razonamiento gubernamental era la implementación de una política de sustitución de importaciones[33]. Según este esquema, teníamos que evitar la entrada de productos de otros países para fomentar la producción nacional de los mismos. Con ello, según la lógica de esta política de sustitución de importaciones, se industrializaría el país y se crearía riqueza.

En consecuencia, siguiendo a Anaya, Ruiz y Trejo[34], este proteccionismo comercial nos condujo a un periodo de muy escasa competencia en nuestro país. Las empresas nacionales tenían un enfoque local e ineficiente. No tenían incentivos para exportar ni competir con el exterior, dado que el mercado nacional lo tenían cautivo en exclusiva. De igual manera, las empresas propiedad del gobierno crecieron desproporcionadamente, pues se buscaba una mayor participación gubernamental en la economía para regularla. Todo ello sacrificó la eficiencia productiva.

Fue hasta la década de los ochenta cuando esto comenzó a cambiar. Con la llegada al gobierno federal de políticas liberales, comenzamos a migrar hacia el libre mercado. Empezamos con cambios en el marco legal, privatizando empresas públicas y fortaleciendo las capacidades supervisoras del gobierno en la economía, en sustitución de las capacidades participativas[35]. Los ejemplos más claros son las privatizaciones de la banca y Telmex. Pero no fueron los únicos. Las privatizaciones de empresas públicas y las adecuaciones normativas a favor del libre mercado fueron la regla en los años ochentas y noventas.

Aunque desde la promulgación de la Constitución de 1917 en su artículo 28 se prohíben los monopolios, en México esta fue letra muerta durante setenta y cinco años. En general, este artículo, además de prohibir los monopolios, creaba excepciones monopólicas a favor de las actividades del Estado en ciertas áreas que consideraba estratégicas. Fue hasta 1983 que una reforma constitucional al, hasta entonces inoperante, artículo 28 extendió la prohibición también a las conductas monopólicas de particulares. Pero el gran salto hacia la competencia lo dimos en 1993 con la promulgación de la Ley Federal de Competencia.

---

[33] Romero, J. (2003). *Sustitución de importaciones y apertura comercial: resultados para México*. En La integración económica y la globalización: nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano, coord. Alicia Puyana. México: FLACSO.

[34] Anaya, J., Ruiz, E. y Trejo, R. (2009). Evolución del derecho de la competencia en México. *Boletín mexicano de derecho comparado, 26*. UNAM.

[35] Sacristán, E. (2006). Las privatizaciones en México. *Economía UNAM, 3*(9), 54-64.

Esta Ley, reformada en 2006 a sugerencia de la OCDE y remasterizada como Ley Federal de Competencia Económica[36] en 2014, para adecuarse a una profunda y eficaz reforma constitucional en materia de competencia económica, sigue siendo el marco rector de la competencia en México. A ella se le suman las disposiciones contenidas en tratados internacionales celebrados por México (como el T-MEC), el Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica, el Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia Económica, y las disposiciones generales que la COFECE emite.

En los tratados internacionales, México ha acordado mecanismos de cooperación y asistencia en procedimientos relativos a la materia de competencia[37]. Sin embargo, hasta ahora México no ha acordado crear una autoridad supranacional que pueda emitir recomendaciones o sanciones, como lo es la Comisión Europea. Con ello, Norteamérica se ha limitado a tener cooperación asistencial en la materia. Actualmente existen disposiciones referentes a competencia en los tratados celebrados con Estados Unidos, la Unión Europea, Japón, Corea del Sur, Chile y Canadá, entre otras naciones.

En resumen, en México tenemos disposiciones constitucionales de carácter antimonopólico desde 1917, pero estas no habían sido sistematizas en leyes secundarias sino hasta 1993. A partir de esa fecha, se han hecho reformas en la materia, siendo la más trascendental la reforma constitucional de 2013, que dio paso a una nueva Ley Federal de Competencia Económica, produjo reformas al Código Penal Federal, creó la COFECE como un órgano constitucionalmente autónomo e instauró los juzgados especializados en la materia. Así entonces, la tradición mexicana de competencia económica es relativamente reciente, pero con una profunda evolución en los últimos años. Particularmente en la última década, hemos tenido un avance sustancial en este rubro que ha, en mi opinión, compensado el rezago histórico.

III. Correlación binacional entre la política comercial y de competencia

Las políticas de competencia económica entre México y Estados Unidos se encuentran íntimamente relacionadas la una con la otra. Esta correlación no estriba únicamente en su desarrollo vinculado desde la década de los noventas con el extinto Tratado de Libre Comercio de América del Norte, sino que va más allá y parte de su conceptualización como política de Estado.

Regularmente, las barreras más dañinas a la competencia económica provienen de las regulaciones y políticas gubernamentales. De manera análoga, las barreras al libre comercio también surgen de la legislación y políticas de Estado. Además, tanto las barreras a la libre

[36] Cámara de Diputados (México). Ley Federal de Competencia Económica. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfce.htm

[37] Ver artículo 21.3 del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465803/21ESPPoliticadeCompetencia.pdf

competencia como al libre comercio reducen el bienestar social en los países involucrados, según hemos argumentado en este documento de investigación.

Cuando hablamos de ineficiencias de mercado que aumentan precios o limitan la producción, disminuyendo el bienestar de los consumidores y provocando pérdidas sociales, estas pueden provenir de dos fuentes: (i) conductas realizadas en el mercado interno perseguidas por la autoridad de competencia económica o (ii) conductas realizadas en los mercados internacionales que, por la integración productiva, permiten el ingreso de mercancías al mercado nacional.

Desde esta perspectiva, y ante economías nacionales cada vez más integrada a los mercados internacionales, debemos considerar en paralelo tanto la política comercial como la política de competencia para defender el bienestar social. Esto es válido tanto para México como para Estados Unidos en lo individual, cuantimás en su conjunto, dada su vinculación económica. De hecho, el principal destino de las exportaciones mexicanas es Estados Unidos[38].

Existe evidencia que señala que son los mismos productores con poder sustancial de mercado en su país de origen los que pueden ejercer tácticas depredadoras de precios en los mercados extranjeros cuando exportan sus productos. Tal es el caso de la sosa caustica estadounidense, que fue sancionada por dumping en México, llegando a imponer cuotas compensatorias[39]. En principio, el exportador de sosa caustica tiene una posición dominante, casi monopólica, en el mercado nacional de Estados Unidos. En otras palabras, su poder de mercado nacional (Estados Unidos) le permitió también distorsionar los mercados en el exterior (México).

Esta interrelación entre las regulaciones y políticas de competencia entre ambos países queda aún más explícita en la Ley de Comercio Exterior[40], donde al hablar de los procedimientos para el establecimiento de medidas de salvaguarda, establece que si la Secretaría de Economía:

> *"considera que existen elementos que le permitan suponer que alguna de las partes realizó prácticas monopólicas sancionadas en los términos de la ley de la materia [Ley Federal de Competencia Económica], dará vista a la autoridad competente [COFECE o IFT]"*[41].

[38] World Trade Organization data for 2019.
https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2020_e/wts20_toc_e.htm
[39] Witker, J. y Varela, A. (2003). *Derecho de la competencia económica en México.* UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
[40] Cámara de Diputados (México). Ley de Comercio Exterior.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/28.pdf
[41] Artículo 86 de la Ley de Comercio Exterior vigente.

Es decir, se vinculan las medidas de protección comercial entre México y Estados Unidos con las correctivas en materia de competencia para el mercado local. Lo interesante es que esta vinculación se realiza desde la legislación comercial y no desde la regulación de competencia económica.

El desempeño comercial en un marco de libre competencia puede analizarse también de manera cuantitativa. Por ejemplo, a partir de 1993, cuando México promulgó sus primeras legislaciones secundarias en materia de competencia económico y que, paralelamente, entró en vigor el TLCAN, se pueden observar grandes cambios en sus indicadores de comercio exterior con Estados Unidos, como se puede apreciar en la tabla 2.

Tabla 2. Evolución del comercio entre México y Estados Unidos a partir de la entrada en vigor del TLCAN y las leyes de competencia mexicanas.

	1993	**2000**	**2005**	**2010**	**2015**	**2020**
Exportaciones de México a EEUU	42,912	147,400	183,563	238,684	308,870	338,701
Importaciones de México desde EEUU	45,295	127,534	118,547	145,007	186,812	167,762
Balanza comercial	-2,383	19,866	65,016	93,677	122,057	170,939

Fuente: Elaboración propia con datos de la Secretaría de Economía y del Banco de México.

A partir de la tabla se puede apreciar de manera cuantitativa que el comercio entre México y Estados Unidos se crecido de manera sólida y sostenida desde que se firmaron los acuerdos de libre comercio, con sus aparejadas normas en materia de competencia. Así mismo, es evidente que la balanza en el comercio binacional le permite a México exportar una cantidad sustancialmente mayor a la que importa desde Estados Unidos.

Tanto en México como en Estados Unidos, las prácticas o conductas que disminuyen el bienestar económico de la sociedad se denominan prácticas monopólicas según la regulación de competencia económica, y se denominan prácticas desleales según la literatura de comercio exterior. Ambas conductas ilícitas tienen como finalidad mantener ganancias, actuales o futuras, artificialmente altas para los productores, depredando los mercados donde se cometen, incluso dañando mercados relacionados vertical u horizontalmente.

Independientemente de en qué país se cometan estas conductas ilícitas (prácticas monopólicas o desleales), lo importante es que ambas tienen repercusiones en el mercado

nacional del otro país, al distorsionar los resultados económicos óptimos que debería tener una economía de libre mercado. En resumen, la correlación de la política de competencia binacional entre ambos países ha quedado documentada y analizada en el presente documento de investigación.

IV. Frontera binacional en materia de comercio y competencia

La aplicación de las leyes de competencia comúnmente se ve afectada por consideraciones de política pública, como lo puede ser la estrategia comercial o de seguridad nacional[42]. En este sentido, durante la mayor parte del siglo XX, en México se mantuvo una política comercial de sustitución de importaciones con el objetivo de industrializar el país. Posteriormente, a finales de ese mismo siglo, se cambió el enfoque a uno de apertura y liberalización comercial, más cercano al modo de operar de la economía de Estados Unidos, lo que requirió adaptar la legislación mexicana a las tendencias globales.

Entre 1940 y 1980, con el modelo de sustitución de importaciones, en México decidimos apoyar a nuestras empresas locales a costa de su competitividad. Al tener un mercado cautivo, aislado de la competencia internacional, no había incentivos a la mejora ni a la innovación. El objetivo, que no se cumplió, era hacer crecer la industria nacional, esperando que, en algún momento, fueran lo suficientemente fuerte para competir con el extranjero. Sin embargo, ocurrió precisamente lo contrario. Por ejemplo, las bicicletas mexicanas se quedaban cada vez más rezagadas en materia de calidad, precios e innovación, con respecto a sus pares extranjeros. La política de obstaculizar la entrada de bicicletas extranjeras benefició a los productores que, al no tener que competir, extraían grandes utilidades a costa del bienestar de los consumidores domésticos.

Sin embargo, no sólo en México existe una correlación entre política comercial y política de competencia. En Estados Unidos se promulgó la *Webb-Pomerene Act*[43] que permite los cárteles económicos bajo condiciones de comercio exterior. En este sentido, se permite a las empresas estadounidenses librarse de las regulaciones de competencia nacionales cuando únicamente participan en el comercio de exportación, siempre que no restrinjan la competencia dentro de los Estados Unidos ni las exportaciones de los competidores estadounidenses. Para ello, se entrega un certificado de inmunidad por parte del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, con el visto bueno del Departamento de Justicia.

En términos generales, se puede utilizar la política nacional de competencia para lograr objetivos de política comercial como, por ejemplo, el proteccionismo. El ejemplo más claro

[42] Motta, M. (2018). *Política de competencia: teoría y práctica*. México: Fondo de Cultura Económica.
[43] Webb-Pomerene Act. Comisión Federal de Comercio. Consultado en: https://www.ftc.gov/es/enforcement/statutes/webb-pomerene-act

son las políticas *antidumping*. El objetivo de estas políticas es evitar que las empresas extrajeras vendan en territorio nacional por debajo de sus costos de producción, o bien, por debajo del precio al que venden en su país de origen. La justificación es que esta conducta puede eliminar a las empresas nacionales y terminar por imponer a empresas extranjeras de manera desleal en el mercado interno. Es decir, puede desmantelar a la industria nacional mediante depredación de precios. Sin embargo, se pueden utilizar también las regulaciones de *antidumping* para ilegalmente proteger a las empresas nacionales de competidores extranjeros más eficientes.

Lo mismo que ocurre con la política comercial ocurre con la política industrial. En México se permite constitucionalmente al Estado la orientación del desarrollo nacional. Con ello, se legaliza el fomento y apoyo gubernamental a las industrias que se consideren estratégicas. Bajo este supuesto, la política industrial podría encaminarse a beneficiar a ciertos sectores considerados transcendentales para la nación. Sin embargo, como bien sugiere Motta[44], la política de competencia es la mejor política industrial posible. Cuando se protege a las empresas de la competencia, o se les entregan subsidios, lo más probable es que se hagan menos eficientes con el paso del tiempo.

En este sentido, la entrega de subsidios gubernamentales a empresas nacionales, con el objetivo de fortalecer sus capacidades frente a las empresas extranjeras, se puede considerar una política comercial que atenta contra la libre competencia económica. Esto distorsiona las asignaciones eficientes de recursos en los mercados y crea incentivos perversos, pues permite a las empresas menos eficientes sobrevivir a costa de las empresas más eficientes, que pagan los impuestos con los que se entregarán los subsidios. Dentro del régimen jurídico internacional de comercio exterior existe una amplia regulación de los subsidios. Sin embargo, estos no están prohibidos y tienen el potencial de afectar tanto a la libre competencia como al libre comercio.

De acuerdo con la propia autoridad de competencia en México[45], la política comercial afecta la libre concurrencia y competencia en los mercados nacionales cuando genera barreras o requisitos injustificados para entrar a participar en algún mercado. Así mismo, cuando dentro de una cadena de producción se limitan las opciones de suministro, se perjudica tanto a empresas como a consumidores. En general, la política comercial puede distorsionar la asignación eficiente de recursos y reducir la capacidad de ciertas empresas de competir en ambos lados de la frontera México-Estados Unidos.

Por ello, es necesario poder identificar las particularidades de la política comercial que tienen la capacidad de limitar la competencia económica. Los efectos de esta política pueden afectar la productividad y posición de mercado de algunos agentes económicos, y

[44] Motta, M. (2018). *Política de competencia: teoría y práctica*. México: Fondo de Cultura Económica.
[45] COFECE (2017). Política comercial con visión de competencia. Cuadernos de promoción de principios de competencia. Consultado en: https://www.cofece.mx/cofece/images/Promocion/Estudios-y-Publicaciones/Cuaderno-de%20promocion-1-Politica-comercial-con-vision-de-competencia-VF.pdf

disminuir el bienestar total de la sociedad. Una vez identificadas estas particularidades, se pueden adecuar las políticas públicas para procurar el funcionamiento eficiente de los mercados, asignando recursos de manera óptima, y procurando el desarrollo económico.

Siguiendo las directrices y publicaciones de la propia COFECE en materia de política comercial, podemos establecer que el proceso de apertura comercial que inició en la década de los noventa ha tenido un impacto notable en el crecimiento económico mexicano y en las condiciones de competencia en los mercados. En términos generales, hemos visto que el mercado nacional tiene una oferta mucho más amplia de productos y servicios, en beneficio de los consumidores. Esto ha provocado también que los precios en México hayan tenido un comportamiento muy estable desde entonces, comparados con décadas anteriores.

Esta estabilidad de precios beneficia tanto a las empresas que pueden tomar mejores decisiones de inversión, como a los consumidores finales. Las empresas mexicanas han visto reducido su poder de mercado, y ahora tienen un menor margen para abusar de su posición dominante, pues sus productos pueden ser sustituidos por importaciones[46]. De forma paralela, las empresas mexicanas y estadounidenses que son eficientes y productivas ganan acceso para competir en igualdad de circunstancias en nuevos mercados, colocando sus productos o teniendo acceso a insumos a mejores condiciones. Lo anterior sin perder de vista que la apertura comercial fomenta la innovación y avance tecnológico, así como minimiza el peligro de colusión entre competidores.

En resumen, y en línea con la literatura científica, cuando existen barreras comerciales que limitan la entrada de bienes y servicios del exterior al mercado doméstico, se generan incentivos a que las empresas nacionales protegidas dejen de innovar y se vuelvan ineficientes[47]. Un daño similar ocurre a las empresas nacionales cuando, por barreras comerciales, se les limita el acceso a insumos extranjeros, con los que pudieran producir de una manera más eficiente, o bien, ahorrar costos que pueden trasladar eventualmente a los consumidores para ganar su preferencia en competencia.

V. Regulación anticorrupción en las relaciones comerciales binacionales

Partiendo de lo pactado por México y Estados Unidos en el capítulo 27 del T-MEC, se establecieron directrices generales en materia de combate a la corrupción en las prácticas comerciales entre ambos países, principalmente encaminadas a prevenir el cohecho en el comercio e inversiones internacionales. Con este tratado se suscribió también la adhesión de ambos países a la Convención Interamericana contra la Corrupción, celebrada en Caracas

[46] López, G. (2015). El efecto de la liberalización comercial sobre los márgenes de precios del sector manufacturero. *El Trimestre Económico, 82*(3), 583-616.
[47] De Loecker, J. & Van Biesebroeck, J. (2016). Effect of International Competition on Firm Productivity and Market Power. NBER Working Paper 21994, National Bureau of Economic Research.

el 29 de marzo de 1996; la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, celebrada en París, el 17 de diciembre de 1997; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, celebrada en Nueva York, el 31 de octubre de 2003.

El capítulo en comento aplica para cualquier asunto bajo el T-MEC, ya sea relativo a comercio o inversión extranjera. Sin embargo, es meramente enunciativo puesto que ambos países acordaron que tanto la tipificación de los delitos, así como su persecución y sanción serán de responsabilidad exclusiva de cada una de las partes. No se crean nuevos delitos ni una autoridad supranacional o binacional que los investigue, persiga y sancione. En los términos del Tratado, los países solo se obligan a legislar para tipificar los delitos de corrupción cuando se afecte el comercio o inversión internacional dentro de su jurisdicción.

Ambos países acordaron mantener tipificado como delito la promesa u ofrecimiento a un funcionario público, de otorgarle un beneficio indebido, para que haga o deje de hacer una función oficial. Así mismo, y en sentido inverso, castigar la solicitud o aceptación por parte de un funcionario público, de un beneficio indebido, para que hacer o dejar de hacer una función oficial. Esto aplica también para funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, cuando se afecte el comercio o inversiones internacionales.

También se obligan los países a castigar la malversación de fondos públicos, pero en todos los casos se deja a cada país la potestad de penalizar estas conductas según la gravedad que consideren apropiadas. Una parte interesante de los acuerdos es que, para combatir la corrupción, se establece la obligación del mantenimiento de libros contables, divulgación de estados financieros, así como normas de contabilidad y auditoría. Con ello se cierra el paso para utilizar fondos de las empresas y organizaciones para la corrupción. No se deben tener cuentas no registradas en los libros, ni registrar gastos inexistentes, incorrectamente o con documentos falsos. Finalmente, no se deben destruir los libros contables.

En el marco del T-MEC, México y Estados Unidos se podrían beneficiar de poner en práctica los principios de *The Public Servants Disclosure Protection Act*[48], que es una Ley canadiense que permite a los empleados del sector público federal revelar información que consideren puede mostrar o prevenir un acto de corrupción. Ya sea que lo cometan otros servidores públicos o que alguien más le solicite que lo cometa. Esta ley protege a los servidores públicos que han revelado, y a quienes estuvieron involucrados en la revelación de la información, contra represalias.

En materia de promoción de la integridad entre los funcionarios públicos, en el Tratado se acordó que cada país establezca procedimientos para la selección y capacitación de personas para ocupar cargos públicos, especialmente los más vulnerables a la corrupción. Así mismo, deberán existir políticas y procedimientos para declarar, identificar y atender

[48] The Public Servants Disclosure Protection Act (Canada). Fuente: https://www.psic-ispc.gc.ca/en/public-servants-disclosure-protection-act

casos de conflictos de interés de los servidores públicos. Esto incluye conocer a las actividades externas de los servidores públicos, como otros empleos, inversiones, activos y regalías. Incluso, estas normas se extienden al poder judicial.

Previo a la firma del T-MEC, en Estados Unidos ya existía una ley vigente que sancionaba las prácticas de corrupción en el extranjero, incluyendo, por supuesto, a México. La *Foreign Corrupt Practices Act*[49] (FCPA) es una ley que prohíbe a las empresas de Estados Unidos el propiciar el soborno a funcionarios públicos en el extranjero con el fin de obtener o retener negocios. Su incumplimiento puede derivar fuertes sanciones económicas o hasta la orden judicial de liquidación.

El alcance de esta ley incluye las transacciones de compra-venta, ya que establece que un incumplimiento a las normas anticorrupción que la empresa adquirida haya cometido, sus consecuencias pueden ser trasladados a la empresa adquirente si no se realizó una revisión adecuada. Algunas situaciones de incumplimiento pueden ser descubiertas durante un *due diligence* especializado en FCPA. En la mayoría de los casos, estos incumplimientos son referidos a cláusulas en los acuerdos de fusión o adquisición, e influyen en el precio y en los términos de la transacción[50].

En paralelo a lo acordado en el T-MEC, la FCPA de los Estados Unidos requiere a las empresas que mantengan libros y registros contables que reflejen de manera verídica, adecuada y específica las transacciones de la empresa. Así mismo, se deben implementar y mantener sistemas de control contable interno para evitar desviaciones económicas que pudieran correr el riesgo de terminar en pagos dentro de los sancionados tanto por la FCPA como el T-MEC de manera más reciente. Con ello, se busca cerrar el paso a la corrupción tanto domésticamente como en las transacciones comerciales.

VI. Recomendaciones de política pública

Tanto en México como en Estados Unidos, el andamiaje jurídico permite utilizar mecanismos legales de protección comercial como los aranceles, cupos y medidas *antidumping*. Estos mecanismos pueden tener una justificación de eficiencia, o pueden llanamente restringir el libre comercio y la libre competencia. Por ello, **(1)** la política comercial de ambos países debería considerar una perspectiva de competencia económica para maximizar el bienestar social. De esta forma se aseguraría que el bienestar de los consumidores y la eficiencia en el mercado se tomen en cuenta al momento de implementar políticas comerciales.

[49] Foreign Corrupt Practices Act (Estados Unidos). Fuente: https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act

[50] Deloitte (2007). Prácticas Anticorrupción. Ley Foreign Corrupt Practice Act (FCPA): El riesgo de no verlo todo. Fuente: https://www.deloitte.com.mx/archivos/aseso_fin/fcpa.pdf

Esta perspectiva transversal en las políticas públicas en materia de competencia y en materia comercial, de ambos lados de la frontera, debería establecerse en las leyes vigentes de ambos países vecinos. El espacio jurídico idóneo serían las leyes federales en México (Ley Federal de Competencia Económica y Ley de Comercio Exterior). En Estados Unidos podría pasarse un Acta que establezca la visión programática y transversal de la política de competencia y la política comercial para coordinar a las entidades gubernamentales (Comisión Federal de Comercio, Departamento de Comercio y Departamento de Estado).

Aunque el T-MEC reconoce la soberanía de cada país para establecer leyes y mecanismos de protección contra las prácticas anticompetitivas, también le permite a cada país aplicar sus leyes internas de competencia a conductas realizadas en otro país siempre que se pueda determinar un vínculo de jurisdicción sobre la conducta o sobre quienes las realizan. En este sentido, se recomienda **(2)** limitar las excepciones que cada país puede poner a la aplicación de la legislación doméstica de competencia. Esto requiere un proceso legislativo que debe considerar el interés nacional. Particularmente para el caso de México, se recomienda reconsiderar la contrarreforma energética de 2021. Para el caso de Estados Unidos, se recomienda revisar el proteccionismo a la agricultura, pues cualquier liberalización traería mejoras de eficiencia global.

En este sentido, México tiene reservado tanto en su constitución federal como en el capítulo 8 del T-MEC titulado “Reconocimiento de la propiedad directa, inalienable e imprescriptible del Estado Mexicano sobre Hidrocarburos” el derecho de aislar de la competencia ciertas actividades económicas relativas a los combustibles fósiles. Ello permite generar un monopolio legal en ciertos sectores económicos, que le impiden alcanzar eficiencias de mercado al no tener presiones competitivas domésticas ni de comercio internacional.

El mismo caso ocurre en Estados Unidos respecto a sus políticas proteccionistas de la agricultura local. Con ello, amparados en lo que los legisladores y el poder ejecutivo establecen como prioridades nacionales, han permitido entregar subsidios a los agricultores estadounidenses con dinero de los contribuyentes de este país, además de protegerlos de la competencia de los productos extranjeros mediante mecanismos de contención de las importaciones mediante normas técnicas y reclamos se índole medioambiental, salubridad, entre otras.

En sintonía con la escuela de pensamiento “Post-Chicago” que analizamos en el presente documento, para sancionar conductas anticompetitivas se deben analizar las eficiencias que se generan y su efecto en el bienestar social, entendido como la suma del excedente del consumidor y del productor. Para ello, se requieren criterios objetivos y consistentes. Por ello, se sugiere **(3)** instruir la coordinación entre las autoridades de competencia de ambos países, y sus instituciones jurisdiccionales, para transitar hacia la eventual homologación de criterios en la aplicación de la “Regla de la razón” que describimos en este documento.

Esto permitiría dar certeza jurídica a las inversiones de ambos lados de la frontera y fomentar un mercado norteamericano más integrado y consistente. Además, la homologación de criterios en ambos países sobre la forma de evaluar la legalidad de las prácticas y conductas comerciales bajo un mismo paradigma técnico, permitiría a los agentes económicos realizar decisiones de inversión de largo plazo dentro de la región bajo la seguridad de un estable ambiente de negocios en el mediano y largo plazo. Con ello, la inversión y la generación de empleos se potenciarían en beneficio de ambos países.

Finalmente, podemos recomendar para México y Estados Unidos la **(4)** implementación a nivel legislativo de mecanismos similares a los contenidos en *The Public Servants Disclosure Protection Act* de Canadá, permitiendo a los empleados del sector público, sin temor a represalias, revelar información que consideren puede descubrir o prevenir actos de corrupción. Se sugiere omitir departamentos sensibles como el ejercito o las agencias de inteligencia, así como a los funcionarios de elección popular, diputados y senadores, pues podría resultar contraproducente.

De esta forma, se podría generar un ambiente laboral dentro del gobierno de ambos países que fomente la ética y se alineen los incentivos para denunciar la corrupción, sin temor a represalias personales o laborales. La integridad de los servidores públicos sería un factor adicional que, al igual que los anteriores, genere confianza en las transacciones binacionales y facilite el comercio internacional entre México y Estados Unidos, en condiciones de libre competencia en beneficio de ambas sociedades y sus consumidores.