

Las personas frente a las grandes corporaciones en el derecho antitrust *Consumers facing large corporations in antitrust law*

Víctor Manuel Castrillón y Luna
Xavier Ginebra Serrabou¹
Victorcastrillon721@hotmail.com
Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.

<https://doi.org/10.5377/derecho.v0i26.8945>

Fecha de recibido: mayo de 2019 / Fecha de aprobación: julio de 2019

Resumen

El crecimiento exponencial de las corporaciones aunado a una política de competencia inactiva ha puesto al ciudadano en una situación de dependencia de las grandes empresas. Sólo una política activa de desarrollo de las PYME junto con un nuevo enfoque de la política de competencia puede cambiar esta situación.

Palabras Clave

Competencia económica / Concentraciones PYMES

Abstract

Large corporations have diminished freedom consumers to operate in society. The only solution is to promote an active competition policy and the development of SME in society.

Key words

Economic competition

Tabla de contenido

I. Los sectores público, privado y plural. 2. Bienvenidos al sector plural. 2.1 ¿Qué hay en el sector plural?. 2.2 La oscuridad del sector plural. 2.3 ¿Por qué llamarlo plural?. 2.4 El bien común en el sector plural. 2.5 México, país de monopolios. 3. Orígenes de la legislación antitrust de Estados Unidos A. El Common law. B. Intención Legislativa de la Sherman Act de 1890. C. La Gran Depresión de 1929: C.1. La estructura empresarial en los años veinte. C.2. Problemas de las estructuras de mercado en la Gran Depresión. la competencia económica del New Deal C.3. Tendencias del derecho de la competencia posteriores a la Gran Depresión de 1929. Aproximaciones iniciales. C.4 La Escuela de Chicago. C.5 Los mercados atacables (contestable markets). C.6. La economía institucional: Coase. C.7. El teorema del costo social D. La Gran Depresión de 1929. D.1. La estructura empresarial en los años veinte. D.2 Problemas de las estructuras de mercado en la Gran Depresión. la competencia económica del New Deal. D. La Gran Depresión de 1929. E.1. La estructura empresarial en los años veinte. E.2. Problemas de las estructuras de mercado en la Gran Depresión. la competencia económica del New Deal. E.3. Tendencias del derecho de la competencia posteriores a la Gran Depresión de 1929. Aproximaciones iniciales. E.4. La Escuela de Chicago. E.5. Los mercados atacables (contestable markets). E.6. La economía institucional: Coase. E.7. El teorema del costo social. E.8. La teoría de los costos de transacción. E.9. Transferencia de riquezas. E.10. Protección de los pequeños negocios (PYME). F. Fuentes de Información.

¹¹ Profesores investigadores de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. El primero es Investigador nivel II y el segundo nivel I del Sistema Nacional de Investigadores.



I. Los sectores público, privado y plural

Siglos de debate en torno a la izquierda frente a la derecha han dado la impresión de que la sociedad tiene solamente dos sectores relevantes: el público y el privado. En realidad hay tres sectores, y es posible que el tercero sea el más relevante hoy en día, ya que puede resultar clave para recuperar el equilibrio en la sociedad.

Doblemos los extremos de la línea política en un círculo, tal y como se muestra en la figura que aparece más adelante. Esta perspectiva nos puede llevar más allá de una política de dos frentes, a una sociedad de tres sectores, representados por los gobiernos, las empresas y las comunidades.

Para que una sociedad sea equilibrada es necesario que los tres sectores sean fuertes. Imaginémoslos como las tres firmes patas de un taburete — o como pilares, si lo prefieren — sobre los que se sostiene una sociedad sana: un sector público de fuerzas políticas asentadas en gobiernos respetables, un sector privado de fuerzas económicas basadas en empresas responsables y un sector plural de fuerzas sociales manifestadas en comunidades sólidas.

Como individuos inmersos en nuestras economías, necesitamos empresas responsables que nos proporcionen gran parte de nuestro empleo y la mayoría de los bienes y servicios que consumimos. Como ciudadanos de nuestras naciones y del mundo, necesitamos gobiernos respetables que nos brinden gran parte de la protección que nos hace falta, tanto física como institucional (como la policía y la legislación). Y como miembros de nuestros grupos, necesitamos comunidades sólidas en las que encontrar muchas de nuestras afiliaciones sociales, ya sea para la práctica de una religión o para participar en una cooperativa comunitaria.

Las sociedades denominadas comunista y capitalista han tratado de mantener su equilibrio sobre una sola pata. Pero hoy sabemos que eso no funciona. La primera no fue capaz de satisfacer muchas de las necesidades de consumo de su pueblo; la segunda no está siendo capaz de satisfacer algunas de las necesidades más básicas de protección de sus ciudadanos. Tratar de mantener el equilibrio social sobre dos patas, una pública y otra privada —tal y como lo tratan de hacer muchos países actualmente — puede funcionar mejor, pero no bien, porque este tipo de sociedad necesita recurrir a las políticas de compromiso de las que hemos hablado anteriormente. La clave de la renovación es, por tanto, la tercera pata: ocupando su sitio junto a los sectores público y privado, el sector plural puede, no solo ayudar a mantener el equilibrio en la sociedad, sino también liderar el proceso de recuperación del equilibrio social que necesitamos de manera desesperada.

2. Bienvenidos al sector plural

«Si los hombres quieren seguir siendo civilizados o llegar a serlo, el arte de asociarse debe crecer y perfeccionarse». En consecuencia, echemos un vistazo al sector que mejor fomenta esta actividad.

2.1. ¿Qué hay en el sector plural?

La respuesta viene sugerida por la palabra misma: una gran variedad de actividades. Todas ellas están realizadas por asociaciones (tal y como de Tocqueville utilizó el término), de las que solo algunas son instituciones formales, en el sentido de estar legalmente constituidas. Entre estas últimas se incluyen las cooperativas, las organizaciones no gubernamentales (ONG), los sindicatos, las órdenes religiosas, y muchos hospitales y universidades. Entre las asociaciones menos formales se incluyen los *movimientos sociales*, normalmente iniciados por pequeños grupos dentro de las comunidades que pretenden lograr cambios que consideran necesarios. Metafóricamente hablando, los movimientos sociales se materializan en las calles mientras que las iniciativas sociales funcionan sobre el terreno. Ambos se encuentran en el sector plural, porque este sector ofrece la autonomía necesaria para desafiar al statu quo con relativa libertad respecto a los controles de los gobiernos del sector público y respecto a las expectativas de los inversores del sector privado

¿Qué pueden tener en común semejante variedad de actividades que las distinga de las que se producen en el sector público y privado? La respuesta es la propiedad: el sector plural comprende a todas las asociaciones de personas que no pertenecen al estado ni a inversores privados. Algunas pertenecen a sus miembros; otras no pertenecen a nadie. Las cooperativas pertenecen a sus miembros; por ejemplo; los clientes de una cooperativa industrial. Cada miembro es dueño de una participación que no puede a otro miembro. Encontramos formas de propiedad semejantes a las asociaciones profesionales y en los kibutz.

Poca gente es consciente de la extensión del movimiento cooperativo. Amul, una cooperativa de productos lácteos en la India, tiene tres millones de miembros. Mondragón en el País Vasco, en España, es la cooperativa de trabajadores más grande del mundo, con 74 000 empleados, y abarca negocios que van desde los supermercados a la fabricación de máquina herramienta. En los Estados Unidos hay aproximadamente 30 000 cooperativas, cuyos miembros alcanzan los 350 millones, un número superior al de la población total del país.

Hay otras muchas asociaciones que no pertenecen a nadie: las fundaciones, los clubes, las órdenes religiosas, los laboratorios de ideas, las organizaciones no gubernamentales de activistas como Greenpeace, y las de servicio como la Cruz Roja. Casi todos los hospitales de Canadá entran en esta categoría; puede que estén financiados por el gobierno, pero no pertenecen al gobierno. En Estados Unidos, la cifra que alcanza este tipo de hospitales es del 70% del total. Aunque se denominan *voluntarios* y pueden estar sostenidos por donantes, no son propiedad de estos últimos, ni de ningún otro propietario. Quedan incluidos en este grupo la mayoría de los hospitales de renombre del país; del mismo modo que se incluyen también la mayoría de las universidades más reconocidas. (Por cierto, una de ellas, la Universidad de Chicago, ha cobijado en el sector plural a muchos de los economistas que han promovido la supremacía del sector privado de manera más agresiva. Si el capitalismo es tan bueno para todos los demás, ¿cómo es que no ha sido suficientemente bueno para estos economistas?).

Últimamente ha ido despertando interés la *economía social*, que comprende a las asociaciones del sector plural que participan en actividades económicas. Las cooperativas son un ejemplo evidente de esto ya que, aunque pertenezcan a sus miembros, son empresas. Pero otras muchas asociaciones que no pertenecen a nadie también entran dentro de esta categoría, como las secciones de la Cruz Roja que imparten clases de natación retribuidas.

Por el hecho de pertenecer a sus miembros o no pertenecer a nadie en absoluto, las asociaciones del sector plural pueden ser más igualitarias y flexibles, y por ello tienen normalmente una estructura menos formal que la de otras empresas o departamentos de la Administración comparables. De hecho, muchas de las actividades de este sector no están apenas estructuradas. Pensemos en una comunidad que se organiza a sí misma para hacer frente a un desastre natural o en un grupo de amigos que se juntan para detener una amenaza medioambiental. En realidad es así como surgió Greenpeace; un par de personas sentadas en una sala de estar en Vancouver recibieron una llamada de un periodista que les preguntó acerca del movimiento medioambiental y uno de ellos respondió, sin pensarlo, que tenían intención de enfrentarse a un ensayo armamentístico cerca de la costa de Alaska. Recaudaron algo de dinero en un concierto, compraron un viejo barco de pesca llamado *Greenpeace*, y se pusieron en marcha. La foto de este pequeño barco delante del casco gigante del carguero se convirtió en un icono de esta famosa institución.

2.2. La oscuridad del sector plural

A pesar de esta diversidad de actividades, de que muchos de nosotros estamos involucrados en ellas y de que muchas de ellas son de gran importancia, es llamativo lo oscuro que es el propio sector plural. No ha ayudado mucho evidentemente, haber sido ignorado en los grandes debates entre izquierda y derecha.² Las actividades del sector plural se extiende a lo largo y ancho de todo el espectro político: no es un terreno intermedio entre la izquierda y la derecha, sino que es tan diferente del sector público y del privado como lo son estos entre sí.

Hemos visto, durante muchos años, un gran número de nacionalizaciones y privatizaciones, con instituciones que iban y venían del sector público al privado y viceversa. ¿Dónde quedaba el sector plural en todo esto, cuando algunas veces puede ser el acomodo más adecuado para organizaciones que no encajan bien en los otros dos sectores? Igualmente se habla mucho hoy en día de los PPPⁱⁱⁱ, que son una muestra de la colaboración entre instituciones públicas y privadas; y cabe preguntarnos ¿qué pasa con las instituciones del sector plural? En este mismo sentido, también han proliferado los grandes debates sobre la prestación de servicios sanitarios por los mercados en pro de la libertad de elección, o por los gobiernos en pro de la igualdad, pero ¿qué me dicen

²En los Estados Unidos, «Seguimos teniendo un partido que habla el lenguaje del gobierno y otro que habla el lenguaje del mercado. Pero no tenemos un partido que se siente cómodo con la sociedad civil, un partido que comprenda cómo el gobierno y el mercado pueden hacerse sitio uno a otro y nutrir a la comunidad, un partido con nuevas ideas sobre cómo combinar estas cosas).

que los prestara el sector plural en pro de la calidad?³ Piensen en los hospitales que más admiran ¿Son acaso públicos? ¿Son acaso privados?

2.3. ¿Por qué llamarlo plural?

Las etiquetas son importantes. Y prueba de ello es que otra razón que ha favorecido la oscuridad de este sector es un conjunto de etiquetas desafortunadas con las que se le ha tratado de identificar. Entre ellas se incluyen: 1) el *tercer sector*, como si fuera de tercera categoría, o una ocurrencia tardía; 2) el hogar de organizaciones *sin ánimo de lucro*, con lo que parece obviarse que los gobiernos tampoco tiene ánimo de lucro; o de las *organizaciones no gubernamentales*, con lo que se obvia esta vez que las empresas tampoco son gubernamentales; 3) el *sector voluntario*, como si se tratara del lugar en el que encontrar un trabajo ocasional; y 4) la *sociedad civil*, la etiqueta más antigua y sin embargo más confusa, ya que apenas sirve como la descripción en sí misma de sí misma (¿en contraposición a una sociedad incívica?). Recientemente asistía a un encuentro entre investigadores dedicados a estudiar este sector y tuve ocasión de oír la mayoría de las etiquetas mencionadas en el transcurso de tan solo una hora. Si los expertos no pueden aclararse en su vocabulario, ¿cómo vamos a tomarnos en serio los demás en este sector? Yo propongo la palabra *plural* por la diversidad de asociaciones que conforman este sector y por la pluralidad de sus miembros y de sus propietarios. Tampoco tiene una importancia menor que la palabra empiece por *p*: cuando he introducido esta palabra en grupos de debate, *plural* ha formado parte de las conversaciones de manera natural, junto con *público* y *privado*.⁴

2.4. El bien común en el sector plural

El sector plural se distingue no solo por la singularidad de pertenecer a sus miembros o de no pertenecer a nadie, sino también por una forma de propiedad característica de este sector.

Durante siglos, se ha considerado la propiedad como algo absoluto, basada en algún tipo de derecho natural, incluso otorgada por Dios, ya fuese obtenida a través del duro trabajo, la compraventa, la manipulación o la herencia. Hoy en día, la empresa se percibe como propiedad de los accionistas, incluso de los que invierten con fines meramente especulativos manteniendo sus posiciones durante un solo día, mientras quedan excluidos los empleados que han dedicado su vida laboral a la empresa. Algún autor asimiló este fenómeno al de la propiedad de la tierra en tiempos feudales.

³Hace ya algunos años, un artículo en *Vanity Fair* citaba a un activista de la derecha que se había opuesto ferozmente a la iniciativa de apoyo al sector público de Hillary Clinton en materia de atención sanitaria: «Me comporté como un perro de presa en esa oposición...pero nunca imaginé que el gobierno se derrumbaría y dejaría el campo libre al sector asegurador privado y a las corporaciones que rápidamente aprovecharon la oportunidad.» Y el autor añadió: «Nadie votó este sistema de medicina de mercado; no se consultó a nadie sobre dicho sistema; nadie lo eligió. Y sin embargo... solo responde ante sí mismo y ante las impredecibles fluctuaciones de la bolsa». No se mencionó en ningún momento al sector plural.

⁴También podríamos denominar a este sector, sector social, pero solo si llamamos a los otros dos, sector político y sector económico.

El hecho es que los *derechos* de propiedad se ha establecido siempre por medio de acciones humanas, ya sea conforme a la ley de la jungla o las leyes del estado; estas últimas escritas normalmente por gente que posee, ella misma, considerables propiedades.⁵

El comunismo nos enseñó que una sociedad que apenas tiene propiedad privada no puede funcionar de forma eficaz. El capitalismo nos enseña que una sociedad que apenas tiene algo más que propiedad privada no resulta mucho mejor.

Hoy en día oímos hablar frecuentemente de propiedad intelectual: si tiene una idea, paténtela a fin de poder *rentabilizarla*, incluso aunque su reivindicación sea dudosa. Algunas empresas farmacéuticas, por ejemplo, han conseguido patentar hierbas medicinales que ya venían siendo utilizadas en culturas tradicionales desde hace siglos.

Fue a Benjamin Franklin a quien se le ocurrió una idea totalmente distinta: renunció a patentar lo que luego se convirtió en su famosa estufa, alegando, “Deberíamos alegrarnos de la oportunidad de servir a los demás con cualquiera de nuestros inventos”. Más adelante, el investigador médico Jonas Salk coincidió con él: ¿Quién es el propietario de mi vacuna contra la polio? El pueblo, fue su respuesta. ¿Acaso se puede patentar el sol?⁶. Pensemos en todos los niños que se han beneficiado de no tener que soportar la carga que tal mercado supondría.

Franklin y Salk se involucraron en un papel que denominamos emprendedor social. ¿Fueron unos tontos por renunciar a todo ese dinero? Quizá los tontos son quienes tienen que acumular dinero sin parar para poder seguir compitiendo. “La determinación de hacer algo porque es lo correcto – no porque el gobierno nos diga que lo hagamos o porque nos sintamos tentados a hacerlo por el mercado – es lo que hace de la vida de las asociaciones una fuerza positiva, (y) proporciona combustible para el cambio”.

Si esa estufa y esa vacuna no se registraron como propiedad privada, y no fueron propiedad pública perteneciente al estado, entonces ¿qué eran? La respuesta es un *bien común*. Solía ser un concepto muy común antes de desaparecer de la percepción pública. El Boston Common, por ejemplo, actualmente un famoso parque de Boston, fue hace mucho tiempo el lugar donde lo que no poseían tierras podían llevar a pastar a sus rebaños. Sin embargo el cartel que figura actualmente a la entrada del parque no hace ninguna mención a ese origen.

El bien común está relacionada con el sector plural porque es común y compartido, pero, al mismo tiempo, no pertenece a nadie: lo posee el pueblo “mancomunada y conjuntamente, y no individualmente y por separado”. Pensemos en el aire que respiramos, tratemos de poseerlo, o el agua que comparten para el riego algunos agricultores. En la actualidad estamos asistiendo a un resurgimiento del bien común en nuevas e interesantes formas, la más evidente son los sistemas de código abierto como

⁵«Prácticamente todos los senadores de EEUU, y la mayoría de los representantes de la Cámara, son miembros del 1 por ciento de la población más rica de América cuando acceden a su cargo, se mantienen en su cargo gracias al dinero de ese 1 por ciento, y saben que si sirven bien a ese 1 por ciento serán generosamente recompensados por ese 1 por ciento cuando abandonen su cargo. ¿Podría ser esta la causa por la que muchos de ellos se oponen con tanto vigor a los aumentos de impuestos a los ricos?

⁶Quizá no, pero una empresa ha conseguido patentar algunos de nuestros genes humanos, gracias a lo cual ha llegado a cobrar 3000 dólares por un test de cáncer de pecho.

Linux y Wikipedia, asociaciones que no tienen propietario en las que los usuarios crean y comparten los contenidos.

Hoy en día el modelo (del bien común) está reapareciendo en muchas áreas de la economía en general; desde el resurgimiento de las calles mayores, los espacios públicos, y los jardines comunitarios tradicionales a la oposición a confinar la investigación universitaria y el sustrato genético de la vida a los límites de intereses empresariales.

De modo que el concepto de bien común está volviendo. Y eso es bueno, porque puede hacer que el conocimiento común sustituya a todo ese sinsentido de las patentes, asociado en gran parte a todo lo relacionado con la propiedad intelectual. Creamos en el bien común –sustituyendo la perspectiva económica del mercado por la perspectiva antropológica de la comunidad –y empezaremos a verlo por todas partes.⁷

2.5. México, país de monopolios

México es un país con una profunda y persistente situación de desigualdad y pobreza. Es un país más que de clases medias, de pobreza. Es un país rico, ubicado entre las economías de los G20 por su nivel de producción, pero un país pobre, porque las desigualdades sociales y económicas se reproducen y persisten en el tiempo. Entre 1992 y 2014, con una cobertura de programas sociales emblema de pobreza como PROSPERA (antes Progresas y Oportunidades), que se ha quintuplicado; la pobreza por ingresos permanece prácticamente sin cambios. En 1994, la población debajo de la línea de bienestar era de 54.8%, mientras para 2014, era de 53.2%, con el agravante de que, aunque en términos relativos el porcentaje sea similar, en términos absolutos, hay más individuos pobres, dado el crecimiento poblacional. De acuerdo a información de PROSPERA, al inicio del programa en 1997, la cobertura era para aproximadamente cinco millones de personas. Para 2014, la cobertura es cinco veces más, casi 25 millones. Pese a aumento de programas sociales la pobreza no se ha movido.

A inicios de los años 80 del Siglo XX, la política económica en México fue abandonando gradualmente la estrategia económica proveniente de los años 40 y dio un giro hacia una economía liberalizada y orientada hacia el sector externo. México, como varios países de América Latina, entraron en un proceso de liberalización y desregulación en materia de comercio e inversión, disminución del papel del gobierno en la economía y privatizaciones de empresas estatales y apertura de los mercados financieros. Sin embargo, aunque México entró en un proceso de liberalización y desregulación, la economía, lejos de disminuir el poder económico de los grandes grupos económicos surgidos en la primera y segunda oleada de industrialización (Porfiriato y Cárdenas-Miguel Alemán, respectivamente), lo profundizaron. Grupos Económicos en sectores y ramas de actividad económica organizados en sociedades anónimas sin pérdida de

⁷Ostrom observó que «ni el estado ni el mercado habían conseguido que los individuos mantengan sistemas de uso productivo a largo plazo de los recursos naturales... Tanto los defensores de la centralización como los de la privatización aceptan como principio fundamental que el cambio institucional debe venir de fuera y ser impuesto a los individuos afectados... Ambas partes defienden frecuentemente unas instituciones idealizadas y demasiado simplificadas». Ostrom especificó con bastante detalle las condiciones bajo las cuales los bienes comunes y otras formas de propiedad funcionaban de manera más eficaz. También recaló que «Un mercado competitivo —el arquetipo de las instituciones privadas— es en sí mismo un bien público».

control corporativo que dominaban y controlaban mercados con estructuras oligopólicas y monopólicas, permanecen en la época de las post-reformas liberales, de la globalización económica, ahora más grandes y concentrados. Grandes grupos económicos que antes y después de las reformas continúan controlando materias primas, monopolizando el desarrollo tecnológico, controlando las redes de comercialización, adquiriendo competidores y, teniendo influencia en materia de política pública.

Ejemplo en este último sentido, del poder amplio de los Grupos económicos dominantes, es el orden impositivo que mantiene los tratamientos y regímenes fiscales especiales surgidos en la época de los años 70 del siglo pasado, como el Régimen de consolidación fiscal, hoy Régimen Opcional de sociedades que permite consolidar fiscalmente las declaraciones de empresas legalmente independientes bajo el liderazgo y control de una holding. Regímenes que permiten deducciones altas y significativas en sectores estratégicos, cuyas estructuras de mercado oligopólico o monopólico garantizan altos niveles de rentabilidad como la minería, el transporte y la agroindustria. En otro sentido, las crisis económicas de los 80 y los 90, así como los procesos de nacionalización bancaria y reprivatización posterior, implicaron un impulso desde la esfera del poder público, a la reconfiguración de estos grandes grupos económicos. Son estos grandes grupos económicos, relacionados mediante los consejos de administración, quienes han sido de los principales beneficiarios también de la liberalización y desregulación económica en el contexto de la inserción de la economía mexicana en la globalización.

En particular, el modelo de crecimiento hacia afuera que caracteriza a México en la globalización, aunque con grandes transformaciones en la economía y el aparato productivo nacional que implicó, además de la construcción de un sector exportador diversificado y con base fundamental en las 26 México: País de pobres, no de clases medias manufacturas, la aparición, permanencia y emergencia de nuevos grupos económicos, no ha cambiado de manera fundamental, el control monopólico u oligopólico de amplios sectores y ramas de la economía por parte de estos grupos. De acuerdo a datos del último Censo Económico (2014, INEGI), las empresas de más de mil trabajadores, representan el 0.03% del total, pero concentran casi la mitad del valor de la producción (45%) y aproximadamente el 40% de las remuneraciones totales de los asalariados del país. El modelo de crecimiento hacia afuera, cuyo componente fundamental del crecimiento está en el comercio exterior, muestra un crecimiento incesante y exponencial de las exportaciones como proporción del PIB. De representar, a principios de los años 60 del siglo pasado, un 8.4%, han pasado a ser el equivalente a una tercera parte del PIB (35%). Como porcentaje de la demanda agregada, las exportaciones crecieron de 3.5% en 1980, a 10.4% en 1988 y a 23.3% para el año 2002.

Con la reconversión productiva posterior a las reformas de los años 90, México reconfiguró también la composición su comercio exterior. Las exportaciones petroleras como principal producto de exportación, dieron paso a las exportaciones manufactureras, las cuales entre 1983 y 2011 crecieron a un ritmo de 8.3% anual, en comparación las ventas agropecuarias que presentaron una tasa anual de crecimiento de 4%. La dependencia importadora, dado por el coeficiente de importaciones, sin embargo, se mantiene y profundiza, mostrando niveles del 85% en promedio. El dinamismo en las actividades manufactureras en buena medida se debe a la industria automotriz mexicana, cuyo crecimiento está motivado por los bajos costos laborales y por el crecimiento de la demanda en el mercado estadounidense. Aunadas al ensamble automotriz, están las

actividades hierro y acero, farmacéuticos, fibras artificiales, alimentos y química básica. Sin embargo, la concentración y centralización de recursos, propia de la economía mexicana, en Grupos Económicos de control monopólico y oligopólico, se profundiza en su sector dinámico: las exportaciones, donde se mantiene la tendencia a que empresas con inversión extranjera directa realicen alrededor del 60% del total de las exportaciones no petroleras. Para el 2014, 34 mil empresas que representan el 1% de las empresas en México, realizaban el 73% de las exportaciones totales.

En otro sentido, la mayor parte del comercio exterior de México, está también concentrado con los Estados Unidos, cuya integración subordinada, implica una alta sincronización del entramado industrial y comercial. México exporta entre el 80 y 85% del total de sus exportaciones a los Estados Unidos. La vulnerabilidad y subordinación estructural que impone esta situación, va, además, de la mano, de un componente esencial al modelo de integración de México al mercado internacional: el de los bajos salarios, principal componente de atracción de inversión extranjera de corporativos, cuyo principal mercado de exportación son los Estados Unidos.

3. Orígenes de la legislación antitrust de Estados Unidos

A. El Common law

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

B. Intención Legislativa de la Sherman Act de 1890

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

Los debates que dieron lugar a dicha ley (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007, 3-5) muestran visiones (a veces radicalmente) opuestas del problema social y económico a enfrentar. Mientras que un bando hablaba de total y libre competencia (*full and free competition*), otro temía que la competencia intensa podría ser tan dañina como la colusión. Por ende, los acuerdos que mitigaran la competencia 'ruinosa' y aseguraran un precio 'justo' eran bienvenidos.

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

Al comenzar el debate sobre dicha iniciativa el Senador Sherman hizo la siguiente declaración:

“Esta iniciativa, como la dejaría yo, tiene como único propósito invocar la ayuda de las cortes de Estados Unidos ... para atacar a las combinaciones que afecten negativamente la libertad industrial de los ciudadanos. ... Esta es la libertad industrial y yace en los cimientos de la igualdad de todos los derechos y privilegios.

El único propósito de un monopolio es hacer que la competencia sea imposible. Puede controlar un mercado, incrementar o reducir precios para promover su interés egoísta, reducir precios en una localidad particular y quebrar la competencia persiguiendo los precios que sean su voluntad donde no exista la competencia ... La ley del egoísmo, no controlada por la competencia, le obliga a hacer caso omiso del interés del consumidor.”

Resaltan dos nociones: libertad industrial y el interés del consumidor. ¿Pero qué significa ‘libertad industrial’? Mientras que algunos opinaban que el contenido de dicho concepto era la libertad del gobierno, otros lo entendían como libertad del poder de mercado. Como puede verse, bajo el mismo estandarte se defienden dos nociones radicalmente opuestas. Compárese dicha retórica con la siguiente declaración del Senador Orville Platt:

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

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

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

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

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

No solo fueron los (dos) años de debate en el congreso de Estados Unidos donde se presentaron visiones distintas de la competencia económica. Una vez emitida la *Sherman Act*, las sentencias (*opinions* –como son aludidos en dicha jurisdicción-) y la retórica viraron y desvariaron hacia la ‘libertad industrial’ y ‘precio justo’. En ocasiones dicha retórica y las sentencias estuvieron salpicadas de otra noción que (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007) distrajo la definición del bien jurídico tutelado: la preocupación por el pequeño comerciante (“*small dealers and worthy men*” eran las palabras empleadas). Dicha preocupación no sobrevivió la etapa formativa inicial del derecho de la competencia económica (de 1890 a 1911). Fue substituida por la admiración y por la genialidad de la empresa grande.

C. La Gran Depresión de 1929

C.1. La estructura empresarial en los años veinte

Los años veinte norteamericanos fueron una época realmente buena. La producción y el empleo eran altos y aumentaban constantemente. Los salarios no subían demasiado y los precios eran estables. Aunque muchas personas eran todavía muy pobres, eran más los acomodados confortablemente, los prósperos y adinerados, en una palabra, los más ricos que nunca. En definitiva, el capitalismo norteamericano no pasaba una etapa muy vigorosa. Entre 1925 y 1929, el número de empresas manufactureras aumentó de 183,000 a 206,700; el valor de su producción total subió de 60.8 a 68 miles de millones de dólares (GALBRAITH, 2007, 16). El índice de producción industrial de la Reserva Federal, estimado en solo 67 en 1921 (1923-25=100), había subido a 110 en julio de 1928, y alcanzó el de 126 en julio de 1929 (GALBRAITH, 2007).

Los negocios eran prósperos y permitían ganancias que se incrementaban rápidamente; ciertamente, era una suerte ser hombre de negocios en aquella época (GALBRAITH, 2007). (...) Junto con las virtudes ensalzadas. Los norteamericanos desplegaron también un asombroso afán de hacerse ricos rápidamente y con un mínimo de esfuerzo físico (GALBRAITH, 2007).

Además, fue también una época de concentración. Cada nueva fusión de empresas comerciales o industriales requería, inevitablemente, más capital y nuevas emisiones de títulos para financiarlas. Conviene decir alguna palabra a propósito del movimiento de concentración de los años veinte.

Por supuesto, no fue el primero pero sí, en muchos aspectos, el más importante de su clase. A finales del siglo XIX y a principios del XX, y en todos los sectores industriales, las pequeñas compañías empezaron a fusionarse para constituir unidades más amplias. United States Steel, International Harvester, International Níkel, American Tobacco y muchas otras grandes sociedades datan de esa época. En estos casos, las firmas que se fusionaban fabricaban los mismos productos (o productos relacionados) y para el mismo mercado nacional. El motivo más importante en todos los casos, excepto en algunos excepcionales, era el de *reducir, eliminar o regularizar la competencia* (las cursivas son nuestras). Cada uno de los nuevos gigantes dominaba una rama de la industria, y en

adelante ejercieron un calculado control sobre los precios y la producción y quizás también sobre la inversión y la tasa de desarrollo tecnológico.

Pocas fusiones de este tipo tuvieron lugar durante los años veinte. Ordinariamente, sin embargo, las concentraciones de este periodo unificaron sociedades que hoy no se hacían competencia entre sí, sino que producían los mismos bienes pero en diferentes comunidades. Energía eléctrica, gas, agua, transportes urbanos, y compañías de productos lácteos locales se fusionaron en grandes sistemas regionales o nacionales. El objetivo no era el de eliminar la competencia, sino más bien la incompetencia, el sonambulismo, la ingenuidad, e incluso, la incierta integridad de las administraciones locales. (...)

En el caso de las sociedades de servicios públicos (agua, gas y electricidad), el instrumento que hizo posible la centralización de su administración y control fueron las holdings. Éstas compraban y asumían el control de las compañías existentes. En determinado momento, estas compañías compraban el control de otras holdings, las cuales a su vez controlaban las dedicadas realmente a la producción a través de holdings intermediarias. En todas partes, las compañías de energía eléctrica, agua y gas iban pasando sucesivamente a manos de un sistema de holdings.

Un movimiento similar, aunque no precisamente idéntico, experimentaron negocios como los detallistas alimenticios, tiendas y almacenes de todas clases, y cines y teatros. También en esos casos, la propiedad local cedió paso a una dirección y control centrales. El instrumento de esta centralización, sin embargo, no fueron las holdings, sino las cadenas generales corporativas, las cuales por lo general, en lugar de ocuparse de los negocios ya existentes, establecían y configuraban nuevas empresas (GALBRAITH, 2007).

Como consecuencia de la ausencia de regulación de los posibles efectos perniciosos de las concentraciones de empresas sobre la competencia, las leyes antitrust, a partir de la Clayton Act y de la Robinson-Patman Act comenzaron a regular las concentraciones de empresas, por cuyo motivo tuvieron un peso significativo, pero menor, sobre la presente crisis. Sin embargo, una vez hechas las alusiones a la situación de las concentraciones de empresas de los años 20, vemos que en ella tuvieron una participación importante elementos de competencia económica.

C. 2. Problemas de las estructuras de mercado en la Gran Depresión. la competencia económica del New Deal

En noviembre de 1929, pocas semanas después del crash, la Harvard Economic Society dio a conocer la principal razón de por qué no era de temer una represión. Según el razonado juicio de esta institución, la actividad económica, por lo general, ha sido dirigida con prudencia y conservadurismo (GALBRAITH, 2007). *La realidad era que la empresa norteamericana en los años veinte había abierto sus brazos a un número excepcionalmente alto de promotores, arribistas, sinvergüenzas, impostores y todas sus supercherías. Pocas veces, en la larga historia de estas actividades, se las ha visto operar como una marca de latrocinios corporativos de tan vastas proporciones.*

Las tareas corporativas más importantes eran inherentes, por lo demás, a la enorme estructura de creciente creación de las holdings, y los trusts de inversión. Las holdings controlaban amplios sectores de las sociedades por acciones, de ferrocarriles y esparcimiento. En

estos casos, como los trusts de inversión, siempre existía el peligro de devastación por una acción a la inversa de la palanca. En estos casos, como con los trusts de inversión, siempre existía el peligro de devastación por una acción a la inversa de la palanca. En particular, los dividendos de las compañías de producción pagaban los intereses de las recién ascendidas holdings. La interrupción de los dividendos significaba la orfandad de las obligaciones, la bancarrota y el colapso de la estructura. En estas circunstancias, era perfectamente obvia la tentación de reducir la inversión en plantas productivas a fin de seguir obteniendo beneficios. Sin olvidar que esto venía a sumarse a las presiones deflacionarias. Pero una vez llegadas a esta situación, las entidades se verían obligadas a reducir sus beneficios, con lo cual toda la pirámide de empresas disminuía de tamaño y fuerza. Cuando esto sucedía, eran inevitables nuevos y más significativos cercenamientos. Solicitar préstamos para nuevas inversiones se hacía imposible en estas condiciones. Sería realmente difícil imaginar un sistema de empresas anónimas mejor dispuestos para facilitar la continuación y acentuamiento de la espiral deflacionaria (GALBRAITH, 2007). Los años treinta presentaron otra oportunidad para poner a prueba la noción de la competencia económica. La Gran Depresión y las dos décadas que le precedieron fueron una etapa tumultuosa –llena de excesos, tiranías y resistencia-. En dicho periodo tuvieron lugar esfuerzos para establecer asociaciones cooperativas, grupos de acción colectiva económica y política. Los paradigmas existentes se cuestionaron con miras a acomodar las nuevas prácticas sociales y económica (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007).

Fue durante esta (volátil) era en la que se comenzaron a poner a prueba los (vagos) conceptos contenidos en la Sherman Act, y en la que se tomaron decisiones que definieron el rumbo que la estela judicial seguiría durante décadas. Por ejemplo, el caso Standard Oil, en donde nació la Rule of Reason al resolver la difícil pregunta sobre cómo tratar a las colectivas organizadas como entidades, sociedades o trusts. La moraleja subyacente: el poder económico sería tolerado siempre que no fuera abusado (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007).

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

La verdadera prueba de la legalidad consiste en si la restricción impuesta es tal que simplemente regule y posiblemente promueva la competencia o si es tal que la suprime o destruya. Para determinar dicha cuestión la corte debe generalmente considerar los hechos particulares al negocio al que la restricción aplica; la naturaleza de la restricción y su efecto, actual y probable. La historia de la restricción, el mal que se considera que existe, la razón por la que se adopta la solución particular, el propósito y finalidad buscada, y todos los demás hechos relevantes (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007).

C.3. Tendencias del derecho de la competencia posteriores a la Gran Depresión de 1929. Aproximaciones iniciales

Algunos estiman, en la línea aportada por Krugman (KRUGMAN, 2008), que el derecho de la competencia tendrá, en cierta manera, una vuelta a las tendencias económicas

posteriores a la Gran Depresión de 1929, en las tendencias sugeridas por González de Cossío, autor al que seguimos nuevamente.

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

“Durante esta etapa se dieron esfuerzos para fomentar la libre competencia en el sentido de libertad de poder económico privado” (PERITZ, GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007). La libertad se concibió no solo como igualdad sustantiva, sino también en el sentido que el gobierno debía mediar en las relaciones económicas para generar y proteger la igualdad. Una metáfora de Thurman Arnold es ilustrativa: el gobierno sería como el policía de tránsito que enseña las reglas de conducir a quienes transitan en las calles del comercio.

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

Dado el ánimo pro-asociaciones para defender intereses, un resultado trascendente de la época fue extraer del concepto de competencia económica a los sindicatos (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007).

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

Una pieza importante de los principios del New Deal fue la National Recovery Act, la cual hablaba de “competencia justa” (fair competition). Al amparo de las mismas diversas industrias emitieron códigos que contenían disposiciones que restringían la competencia en precios. Si bien en apariencia buscaban promover la competencia, la práctica demostraba que fomentaban el tipo de controles que aminoraban la misma (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007).

Existió una hilera de casos que, dado el clima político, permitían esquemas de cooperación que buscaban evitar la “competencia destructiva”. Por ejemplo, *American Column & Lumber v. US*, *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, *Sugar Institute Inc. v. United States*. La Suprema Corte de Justicia (específicamente el Chief Justice Hughes), entendía la política de competencia en el sentido de permitir cooperación para evitar competencia destructiva. La noción de “competencia justa” requería de estándares de ética y “conocimiento científico” (scientific knowledge) de la industria, como lo era la información sobre precios, operaciones pasadas y futuras, y la notificación anticipada del cambio de términos comerciales. Todo ello para propiciar “competencia inteligente” (intelligent competition). Ello concluyó con *ALA Schechter Poultry*, que interrumpió el sueño de competencia cómoda tolerada dados los paradigmas que caracterizaron la época.

Después del parteaguas descrito, comenzó una segunda época del New Deal. En el mismo el consumidor fue concebido como un cuerpo orgánico unificado al cual la Sherman Act buscaba beneficiar. El interés público significaría el interés del consumidor en adquirir bienes a precios bajos procurados por mercados competitivos (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007).

C.4. La Escuela de Chicago

Un grupo de “expertos” (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007)) (Aaron Director, Robert Bork, Richard Posner, George Stigler y Ronald Coase), empujaron por revivir la aproximación de la economía neoclásica para criticar y reformular políticas públicas, incluyendo la competencia económica. La retórica incluía “eficiencia”, bienestar del consumidor y libre competencia. El mayor impacto tuvo lugar con las políticas de Ronald Reagan que acogieron e impulsaron dichos postulados (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007).

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

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

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

Si bien la postura no carece de opositores (Peritz), sus paradigmas fueron utilizados en la administración de Reagan. Más aún, durante los años de Jimmy Carter la literatura y teoría de la Escuela de Chicago, y su énfasis en “eficiencia” se convirtieron en el Ave María de todo el esfuerzo desregulatorio de la época (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2007).

C.5. Los mercados atacables (contestable markets)

Como consecuencia de esta concepción de la competencia como proceso dinámico de rivalidad, en los años 80 se formula la teoría de los “mercados atacables”, que tiene implicaciones directas en el derecho de la competencia. En una situación en la que no se dan las condiciones exigidas por la teoría económica para que pueda hablarse de competencia perfecta en el sentido estricto (número elevado de productores, que ninguno de ellos tenga poder de mercado, que todos ellos sean precio-aceptantes) se pueden conseguir unos resultados similares si existe una amenaza efectiva de entrada en el mercado, es decir, si nos encontramos ante un “mercado contestable” o atacable. Un

contestable market sería aquél en que las empresas que lo componen son vulnerables a razzias de otras empresas externas al mismo, debido a la ausencia de barreras a la entrada, y esencialmente bajo las siguientes condiciones: a) la entrada en el sector no debe conllevar costos “hundidos”, aunque sí puede conllevar costos fijos; b) todas las empresas –existentes o potenciales- tienen acceso a las mismas funciones de producción (a las mismas tecnologías), por lo que sus funciones de costos serían potencialmente idénticas; c) como consecuencia, cualquier oportunidad (incluso transitoria) de beneficios puede ser aprovechada por un entrante potencial, por lo que se tendería a una situación de eficiencia asignativa (precio igual a costo marginal), y también eficiencia productiva (producción al mínimo costo posible, ante la amenaza de entrada de nuevos competidores). En definitiva, en un mercado con un número reducido de empresas podrían lograrse los mismos efectos que en el modelo de competencia perfecta (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

No compartimos la afirmación anterior. Si existe un número reducido de competidores, y alguno o varios de ellos quiebran, la empresa predominante no estará sujeta a condiciones de competencia, ya no imperfecta, sino efectiva. Por lo anterior, sí cuenta el número de competidores en un mercado.

Una muestra de lo anterior lo tuvimos en México cuando competían Sky y Directv por la televisión restringida de paga. Al desaparecer Directv, Sky se adueñó de todo el mercado. Tuvieron que pasar varios años para que Sky se viera otra vez afectada por la competencia.

Cobran importancia especial los mecanismos para eliminar (o reducir) las barreras a la entrada, lo que debe resaltarse en gran medida, constituyendo un elemento clave en la coordinación de políticas de introducción y defensa de la competencia. Asimismo, cobran importancia los análisis del poder dominante conjunto (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

C.6. La economía institucional: Coase

El análisis de la fundamentación económica de las políticas de competencia (para su introducción o para su defensa), se complementa con el enfoque de la nueva “economía institucional” que analiza los aspectos institucionales (del mercado y de las empresas) frente a al enfoque basado en precios de la economía convencional (*main stream economics*). Veamos algunas de las aportaciones de la economía institucional, partiendo de su origen, el premio Nobel Ronald Coase, que es autor de la teoría de los costos de transacción (1937) y la teoría del costo social. Por estos dos trabajos, mereció el Premio Nobel en 1991 (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

C.7. El teorema del costo social

Con el análisis del marco institucional de los mercados, Coase demuestra que ante “las fallas de mercado”, en vez de corregir los defectos directamente mediante la intervención pública, como proponía Pigou, en muchas ocasiones se puede mejorar el funcionamiento del mercado actuando sobre el marco institucional. De esta forma, la doctrina de Coase completa el enfoque de la competencia basada en precios de Pigou, al añadir el análisis del marco en el que se mueven los competidores, es decir, las instituciones de mercado. Según el teorema de Coase, las condiciones para que

desaparezcan los efectos externos sin necesidad de intervención pública son las siguientes: a) que los derechos de apropiación estén bien definidos, b) que los costos de transacción sean nulos y c) que los pagos o compensaciones a quienes ostenten los derechos no modifiquen la estructura de la demanda. En palabras de Schwartz: “Si todos los recursos y bienes escasos tuvieran un dueño definido y capaz de ejercer su dominio, y si los regateos y transacciones no tuvieran costo, entonces no aparecerían los efectos externos” (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

Se deben definir los derechos de apropiación y es necesario instrumentar o facilitar las transacciones entre las partes afectadas por el conflicto. Ello sugiere poner el acento en el marco regulatorio, lo que favorece nuestra propuesta de que se puedan establecer regulaciones asimétricas a las empresas dominantes, no sólo en los sectores regulados, y menos todavía como en México, en donde estas regulaciones se limitan a las empresas de telecomunicaciones, pero no incluyen a las de radiodifusión, que son las auténticamente dominantes.

Por otro lado, se deben separar las actividades, conceptualmente y con diferente régimen jurídico, según sea la actividad competitiva o no, lo que nos llevaría a la propuesta de separación contable y entre agente dominante y sus subsidiarias, en forma similar a como lo hace el art. 63 de la LFT, y a la prohibición de subsidios cruzados, sumamente difíciles de probar en la práctica, en una propuesta de reformas a la LFCE.

Lo anterior también nos lleva a la ruptura del monopolio en las actividades no competitivas mediante el reconocimiento del derecho de acceso a redes y a las essential facilities. Asimismo, haría falta la creación de mercados (aunque sean artificiales, regulados, organizados) para reducir los costos de transacción, para lograr el funcionamiento competitivo y la eficiencia.

La Gran Depresión de 1929

E.8) La teoría de los costos de transacción:

Según esta teoría, las transacciones tienen lugar en el mercado cuando los costos de transacción son menores que los que se generan en transacciones realizadas en el seno de otras formas de organización como la empresa. De esta forma, dice Laceras, se podría justificar la integración vertical de actividades si los costos y beneficios de las transacciones entre ellas, dependiendo de otras características, así lo aconsejan (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

Frente a esta tendencia, las políticas de competencia han utilizado las medidas de desintegración vertical como instrumento para introducir (medida regulatoria) o defender (contra monopolios en Estados Unidos, o como condición en las fusiones) la competencia. De esta forma, existen razones añadidas para defender la integración vertical de actividades, especialmente en los sectores regulados (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

Por último, está la Economía contractual, que, según Fernández Ordóñez ha destacado, frente a la pasada consideración de los contratos de distribución en exclusiva y acuerdos

similares como perjudiciales para la competencia, hoy, si hay competencia fuerte entre los productores (rivalidad horizontal), estos acuerdos no se persiguen e incluso se ven como posibilidades de mejorar la atención al cliente y como una forma más de competir entre los distintos operadores ((LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

Hay que medir el nivel de concentración de la industria, dependiendo el tipo de sector de que se trate. No es lo mismo el Índice HH en una industria o sector económico que por naturaleza tiende a ser más concentrado que otro. Piénsese en el distinto nivel de concentración entre empresas productoras y empresas prestadoras de servicios: en estos últimos, por lo general, la competencia se encuentra atomizada. Hay industrias que tienden a un mayor grado de concentración, y en las que autorizar una concentración puede ser positivo, o viceversa. Lo anterior, tiene que ver con la concepción dinámica de la competencia. Ello también podría llevarnos a proponer en ciertos casos, las regulaciones asimétricas para empresas dominantes.

E.9) Transferencia de riquezas:

Esta teoría también busca definir la finalidad de la legislación antimonopolios valiéndose de los desarrollos de la teoría económica, pero en un sentido de defensa o protección del consumidor frente a los abusos de las grandes empresas, más que de la promoción de la eficiencia y creación de riquezas para la sociedad. De acuerdo con esta tesis “la ley antimonopolios está principalmente dirigida a proteger a los consumidores de la explotación por parte de los monopolistas o cartelistas. En términos técnicos, esta visión sostiene que la política antimonopolios debe buscar maximizar no la riqueza de la sociedad en general, sino que deberá impedir la explotación de los consumidores por parte de los monopolistas o conspiradores cuyos precios más altos toman dinero de los bolsillos de los consumidores” (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

Desde una óptica “populista” (según qué se entienda por este término), se le ha atribuido a la competencia la función de adecuar el orden económico al político. La competencia debería servir para procurar la difusión del poder económico: de la misma manera que, en una democracia, todos los ciudadanos tienen el derecho a participar, a través de distintos medios, en el poder político, deberían también tener derecho a una cuota de poder económico. Esta postura implica un amplio recelo ante el temor –basado en el principio de que el que paga manda-, de que sea el mundo económico (las mayores empresas del país) el que controle al Estado y no al revés, poniendo así en peligro la propia democracia. La idea de que la difusión del poder económico constituye la mejor garantía de la democracia ha tenido como secuelas la política de no crecimiento de las grandes empresas (control de las concentraciones de empresas), y el reconocimiento estatal de las uniones de los económicamente más débiles (pequeños comerciantes, agricultores, trabajadores, consumidores) que, víctimas propiciatorias de los grandes monopolios, vieron con simpatía y apoyaron el surgimiento de la legislación antimonopolios (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

E.10) Protección de los pequeños negocios (PYME):

Esta teoría, desarrollada por las Cortes americanas al resolver casos antitrust en los años 50, propugna que la finalidad de la ley antimonopolios es proteger a los pequeños

negocios (PYME), o pequeños comerciantes para defenderlos de las grandes empresas monopólicas que abusan de ellos para sacarlos del mercado. Para ello, como no se trata de una finalidad económica, no importa si la existencia de pequeños negocios es menos eficiente (más costosa) que la existencia de un monopolio. (...)

Los jueces Louis Brandeis y William O. Douglas condenaron a los gigantes industriales de cambio de siglo para transformar a empresarios en empleados corporativos cuya falta de participación en la administración debilitaría su habilidad para participar como ciudadanos de la República. (...) (Los jueces) obviamente no consideraban seriamente las opiniones económicas modernas. La teoría de las economías de escala, por ejemplo, enseña que se pueden fabricar muchos productos de manera más eficiente en grandes fábricas. (...) Una política que insiste en empresas fabricantes locales puede resultar en costos más altos para los consumidores (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

Una finalidad alternativa es que la ley debe servir para impedir la concentración del poder económico.

Otra finalidad no económica de la política antimonopolios es dispersar el poder económico... un pequeño granjero no tiene otra opción que seguir al mercado al tomar sus decisiones económicas básicas; las cabezas de los poderosos conglomerados industriales del otro lado, tienen el poder de ejercer discrecionalidad en formas que les pueden causar a los otros daño económico. La finalidad de dispersar el poder económico responde a la natural inclinación popular de ver al infortunio económico (como la falta de habilidad para un bien escaso) con mayor tolerancia cuando resulta de la impersonal mano del mercado que de la discrecional opción de algún poderoso individuo”.

Dado que no siempre el poder económico implica daño al mercado o al consumidor, esta finalidad no debe ser, en todo caso, el principal objetivo de la legislación antimonopólica (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

En efecto, según esta teoría, existe un cometido político-social en la política de competencia: evitar la formación definitiva de posiciones de poder en el mercado. Este efecto neutralizador de la libre competencia resulta congruente con la idea de un ordenamiento jurídico-privado construido sobre los tradicionales principios de autonomía negocial, propiedad y contrato, que sólo conduce a los resultados deseados cuando ningún sujeto singular logra de forma definitiva alcanzar un poder económico que le permita imponer su propio dictado en lugar del mecanismo contractual de composición de intereses contrapuestos (V. Emmerich, (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

Sin embargo, a este planteamiento deben reconocérsele ciertos méritos. Ha servido para que en algún país –como Alemania- se haya constitucionalizado y defendido la libre competencia al amparo de los principios ordenadores básicos, de rango constitucional, de la libertad de obrar y de igualdad, antes de que dicho país se hubiera dotado de su legislación antitrust. Pero, sobre todo, ha sido útil como reclamo para la distinción crítica y fértil entre la libertad formal de obrar y libertad material de decidir. “Quien carece de poder no es libre a pesar de todas las libertades formales que le puedan ser concedidas;

sólo quien tiene poder puede utilizar la oportunidad que la libertad formal le garantiza (H. Giersch). Una consecuencia, nada desdeñable, de este tipo de razonamientos, ha sido la solución del conflicto entre libertad de competencia formal y material a favor de los acuerdos de cooperación comercial e industrial de las pequeñas y medianas empresas (PYME) que, uniéndose, renunciarían a parte de su libertad (formal) para ser más libres (materialmente) y cuya falta de poder real sobre el mercado no lo expone a un falseamiento de la competencia (LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO y ARIÑO ORTIZ, 2003).

Conclusiones

PRIMERA. El crecimiento exponencial de las corporaciones aunado a una política de competencia inactiva ha puesto al ciudadano en una situación de dependencia de las grandes empresas.

SEGUNDA. Sólo una política activa de desarrollo de las PYME junto con un nuevo enfoque de la política de competencia puede cambiar esa situación.

TERCERA. Aun cuando se ha debatido en torno a que la sociedad tiene solamente dos sectores relevantes: el público y el privado. En realidad existen tres sectores, y es posible que el tercero sea el más relevante hoy en día, ya que puede resultar clave para recuperar el equilibrio en la sociedad.

CUARTA: Debemos considerar que el sector plural no solo ha ayudado mucho no obstante haber sido ignorado en los grandes debates entre izquierda y derecha. Cabe señalar que no es un terreno intermedio entre la izquierda y la derecha, sino que es tan diferente del sector público y del privado como lo son estos entre sí.

QUINTA. El sector plural se distingue no solo por la singularidad de pertenecer a sus miembros o de no pertenecer a nadie, sino también por una forma de propiedad característica de este sector.

SEXTA. El comunismo nos enseñó que una sociedad que apenas tiene propiedad privada no puede funcionar de forma eficaz. El capitalismo nos enseña que una sociedad que apenas tiene algo más que propiedad privada no resulta mucho mejor.

SEPTIMA. México es un país con una profunda y persistente situación de desigualdad y pobreza. Es un país más que de clases medias, de pobreza. Es un país rico, ubicado entre las economías de los G20 por su nivel de producción, pero un país pobre, porque las desigualdades sociales y económicas se reproducen y persisten en el tiempo.

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

NOVENA. La competencia, como proceso dinámico de rivalidad, en los años 80 se formula la teoría de los “mercados atacables”, que tiene implicaciones directas en el derecho de la competencia.

DECIMA. Se deben definir los derechos de apropiación y es necesario instrumentar o facilitar las transacciones entre las partes afectadas por el conflicto. Ello sugiere poner el acento en el marco regulatorio, lo que favorece nuestra propuesta de que se puedan establecer regulaciones asimétricas a las empresas dominantes, pero no sólo en los sectores regulados.

DECIMA PRIMERA. Se deben separar las actividades, conceptualmente y con diferente régimen jurídico, según sea la actividad competitiva o no, lo que nos llevaría a la propuesta de separación contable y entre agente dominante y sus subsidiarias.

DECIMA SEGUNDA. La teoría de la transferencia de busca definir la finalidad de la legislación antimonopolios valiéndose de los desarrollos de la teoría económica, pero en un sentido de defensa o protección del consumidor frente a los abusos de las grandes empresas, más que de la promoción de la eficiencia y creación de riquezas para la sociedad.

DECIMA TERCERA. La teoría de la protección de los pequeños negocios (PYME) desarrollada por las Cortes americanas al resolver casos antitrust en los años 50, propugna que la finalidad de la ley antimonopolios es proteger a los pequeños negocios (PYME), o pequeños comerciantes para defenderlos de las grandes empresas monopólicas que abusan de ellos para sacarlos del mercado, y una finalidad alternativa es que la ley debe servir para impedir la concentración del poder económico.

FUENTES DE INFORMACIÓN

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Nueva política de competencia: alumbramiento, pubertad y madurez de una idea*,

GALBRAITH, John Kenneth, *El crash de 1929*, Ariel, Barcelona, 2007

KRUGMAN, Paul, *De vuelta a la economía de la gran depresión y la crisis del 2008*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2009.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *Derecho mercantil internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La competencia en sectores regulados, Regulación empresarial y mercado de empresas*, Comares y Fundación de Estudios de Regulación, 2ª edición, Granada, 2003.

ROLDÁN XOPA, José y MENA LABARTHE, Carlos (coordinadores), *Competencia económica, estudios de Derecho, Economía y Política*, Porrúa, México, 2007.

Joseph STIGLITZ, en *La crisis económica mundial*, AA. VV., Editorial Debate, México, 2009, pp. 58 a 63.

VIALE, Riccardo, *Introducción. El cambio empírico en la economía*, en VIALE, Riccardo, compilador, *Las nuevas economías: de la economía evolucionista a la economía cognitiva: más allá de las fallas de la teoría neoclásica*, Editorial Flacso México, México, 2008.

Leyes y reglamentaciones:

Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado, (DOCE C 101, de 27 de abril de 2004, p. 97).

DG Competition discusión paper on the application of article 82 of the treaty to exclusionary abuses. Public consultation. December 2005. Documento de trabajo de la DG Competencia sobre la aplicación del art. 82 del Tratado a la exclusión abusiva. Consulta pública, diciembre de 2005. Traducción no oficial.

Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE C 3, de 6 de enero de 2001, p. 2).

XV Informe sobre la política de competencia.(traducción no oficial)

Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CEE, de 1999, punto 78.

Reglamento CE 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOCE L 336, p. 21).

Sentencias:

Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, República Italiana/Consejo y Comisión; de 13 de mayo de 1971, International Fruit Company y otros/Comisión (asuntos acumulados 41/70 a 44/70), apartado 6, y de 21 de febrero de 1976, Continental Can (asunto 6/72, apartado 25).

Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión (asunto 26/76), apartado 22.

Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973, Continental Can, apartado 25.

Sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973, apartado 21, de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión (asunto 27/76), apartado 86, y de 3 de julio de 1991, Azko/Comisión (asunto C-62/86), apartados 64 y 69.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, Tetra Pak/Comisión, apartado 23.

Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, apartado 25; de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, apartado 36, de 17 de octubre de 1989, Dow Chemical Iberica y otros/Comisión, apartado 22, y de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, apartado 19.

Sentencia del TJCE de 6 de marzo de 1994, Instituto Chemioterapico Italiano y CommercialSolvents/Comisión (asuntos acumulados 6/73 y 7/73, apartados 32-33).

Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, Tetra Pak/Comisión, apartado 23, y de 7 de junio de 1994 Dunlop Slazenger/Comisión (asunto T-43/92, apartado 171); sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973, Continental Can citada, apartado 12,

sentencia Hoffman-Laroche citada y otros/Comisión (asunto 85/76, apartado 38).

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, European Night Services y otros/Comisión (asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, apartado 78). Véase también el