

Implicaciones jurídicas de la interrelación entre competencia económica y comercio internacional en Norteamérica

*Legal Implications of the Interrelationship Between Antitrust
and International Trade in North America*

*Implications juridiques de l'interrelation entre le commerce
et la concurrence économique en Amérique du Nord*

Rubén Leal Buenfil*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis de Canadá*. III. *Análisis de Estados Unidos*. IV. *Análisis de México*. V. *Interrelación entre comercio y competencia*. VI. *Discusión de implicaciones jurídicas*. VII. *Bibliografía*.

* Universidad de Monterrey, México, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-5355-0098, lealb@udem.edu.

Artículo recibido el 27 de enero de 2022
Aprobado para publicación el 26 de septiembre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 463-493
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

RESUMEN: Realizamos un análisis comparativo de las regulaciones de competencia económica y comercio internacional entre México, Estados Unidos y Canadá. Observamos una correlación cuantitativa positiva entre el volumen de comercio regional y la entrada en vigor de legislación de competencia y comercio en Norteamérica. Adicionalmente, utilizamos el método deductivo para identificar las implicaciones jurídicas de la interrelación de las materias en estudio. Concluimos que la regulación comercial debería adoptar un enfoque transversal de competencia para maximizar el bienestar social tanto nacional como regional, en el marco del T-MEC. Además, se sugiere homologar criterios administrativos y judiciales en materia de competencia para hacer de Norteamérica una región económica más predecible en términos legales, reformando legislaciones potenciales distorsionadoras de eficiencias productivas, como la Webb-Pomerene Act de Estados Unidos.

Palabras clave: competencia económica, comercio internacional, Norteamérica, T-MEC.

ABSTRACT: A comparative analysis was used to assess the antitrust and international trade rules between Mexico, the United States and Canada. We observed a positive quantitative correlation between the volume of regional trade and the entry into force of competition and trade legislation in North America. Additionally, we use the deductive method to identify the legal implications of the interrelation of the subjects under study. We conclude that the commercial regulation should adopt a transversal approach to competition to maximize both national and regional social welfare, within the framework of the USMCA. In addition, it is suggested to standardize administrative and judicial criteria in matters of competition to make North America a more predictable economic region in legal terms, reforming potentially distorting legislation of productive efficiencies, such as the Webb-Pomerene Act of the United States.

Key words: North America, antitrust, international trade, USMCA.

RESUME: Nous effectuons une analyse comparative des réglementations de la concurrence économique et du commerce international entre le Mexique, les États-Unis et le Canada. Nous observons une corrélation quantitative positive entre le volume du commerce régional et l'entrée en vigueur de la législation sur la concurrence et le commerce en Amérique du Nord. De plus, nous utilisons la méthode déductive pour identifier les implications juridiques de l'interrelation des sujets à l'étude. Nous concluons que la réglementation commerciale devrait adopter une approche de concurrence croisée pour maximiser le bien-être social national et régional, dans le cadre du T-MEC. En outre, il est suggéré d'uniformiser les critères administratifs et judiciaires en matière de concurrence pour faire de l'Amérique du Nord une région économique plus prévisible sur le plan juridique, en réformant la législation potentiellement faussée de l'efficacité productive, telle que la *Webb-Pomerene Act* des États-Unis.

Mots-clés: Amérique du Nord, concurrence économique, commerce, CUSMA.

I. INTRODUCCIÓN

El marco jurídico que regula las relaciones internacionales en materia de competencia económica y comercio entre los tres países que conforman la región de Norteamérica es el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).¹ Más allá de ser únicamente un tratado comercial, el acuerdo exige que los tres países apliquen regulaciones muy concretas en materia de competencia económica.² Adicionalmente aborda otras materias que no son objeto del presente documento, como la laboral, la ambiental, la energética y la anticorrupción.

Comenzaremos por resaltar que en ambas materias que analizaremos en el presente documento (derecho de la competencia económica y marco jurídico del comercio internacional) el bien jurídico tutelado es el mismo: la defensa de la eficiencia en los mercados. Esto se persigue con el fin de incrementar el bienestar social mediante la reducción de precios al consumidor, mejora en la calidad de los bienes y servicios, mayor inversión y generación de empleos, todo en un marco de competencia efectiva.

El mencionado tratado reconoce la soberanía de cada país para establecer leyes y mecanismos de combate contra las prácticas anticompetitivas, pero también se permite a cada país, aplicar su legislación interna 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 y tener un fundamento de interés nacional o de política pública.

A cada país se le impone la obligación de, además de contar con su legislación de competencia económica, habilitar agencias gubernamentales encargadas de aplicarla. En este sentido, el tratado requiere a las autoridades domésticas de competencia que brinden un trato no menos favorable a los agentes económicos extranjeros que a los nacionales. México, Estados

¹ Vigente desde 1 de junio de 2020. *USMCA* por sus siglas en inglés en Estados Unidos, y *CUSMA* por sus siglas en inglés en Canadá. Texto completo del T-MEC, disponible en: <https://www.gob.mx/t-mec/acciones-y-programas/textos-finales-del-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec-202730?state=published>.

² *Ibidem*, p. 21.

Unidos y Canadá se comprometieron 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”,³ el T-MEC exige equidad procesal en la aplicación de las leyes locales de competencia.

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

Resulta importante remarcar la importancia que recíprocamente tienen los tres países entre ellos. Desde febrero de 2021, México recuperó el puesto de principal socio comercial de Estados Unidos, posición que había perdido frente a China. 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 2021 el comercio exterior total entre México y Estados Unidos llegó a su mayor nivel histórico, con 56,908 millones de dólares americanos.⁴

Asimismo, la relación comercial entre México y Canadá ha crecido de manera constante desde la década de los noventa. En 2021 el comercio bilateral de mercancías superó los 30,000 millones de dólares americanos. México es el tercer socio comercial más importante para Canadá, después de Estados Unidos y China. La inversión extranjera directa canadiense en México superó los 18,000 millones de dólares americanos durante 2021.⁵ Por su parte, Canadá ha sido tradicionalmente el principal mercado donde Estados Unidos coloca sus exportaciones. El comercio de mercancías entre

³ Organización Mundial del Comercio (OMC), Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), p. 306, enero de 1995, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.pdf.

⁴ Departamento de Comercio de Estados Unidos, 2021, “*Economic indicators: Data and reports*”, disponible en: <https://www.commerce.gov/data-and-reports/economic-indicators>.

⁵ Gobierno de Canadá. Relaciones México-Canadá. Consultado el 24 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.international.gc.ca/country-pays/mexico-mexique/relations.aspx?lang=spa#a2>.

Estados Unidos y Canadá totalizó 763 billones de dólares americanos en 2021.⁶

Como hemos mencionado, en el T-MEC, México, Estados Unidos y Canadá acordaron, además de reglas para el intercambio comercial, cooperar en materia de protección a la competencia. Adicionalmente a ello, existen correlaciones entre la regulación comercial y de competencia, que se pueden deducir de las regulaciones, políticas, sanciones y flujos comerciales entre ambos países. El presente documento de investigación busca identificar las interrelaciones existentes entre la actividad comercial y de competencia entre ambos países. Tras estudiar dichas interrelaciones y sus alcances, se discutirán sus implicaciones jurídicas, a fin de robustecer las capacidades institucionales de los gobiernos nacionales, en beneficio de sus ciudadanos.

A continuación, analizaremos los antecedentes de la competencia en la región de América del Norte, analizando particularmente los casos mexicano, estadounidense y canadiense. Posteriormente, utilizaremos el método deductivo con enfoque cualitativo para puntualizar las interrelaciones que existen entre la regulación de competencia y comercial entre ambos países. Establecer estas correspondencias nos permitirá, en la última sección del documento, realizar una discusión de las implicaciones jurídicas y su alineación con el bienestar social.

II. ANÁLISIS DE CANADÁ

Con objeto de comprender las interrelaciones regulatorias en materia de competencia económica y comercio en Norteamérica, necesitamos primero establecer las corrientes conceptuales y aplicaciones jurídicas recientes en cada país. 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

⁶ Departamento de Comercio de Estados Unidos. Administración de Comercio Internacional. Consultado el 24 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.trade.gov/knowledge-product/canada-market-overview>.

economía, pues este marco teórico sobrepasa los alcances de la presente investigación.⁷

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 económica.⁸ Un año después, Estados Unidos reguló la competencia mediante la Sherman Antitrust Act,⁹ que aún se encuentra vigente. Estos países norteamericanos fueron los primeros en sancionar los monopolios y las limitaciones a los flujos comerciales, en el entendido del daño que hacen no sólo al libre mercado, sino a la sociedad en su conjunto.¹⁰

Actualmente la competencia económica en Canadá se rige por cuatro leyes: Competition Act, Consumer Packaging and Labelling Act (con excepción de los productos comestibles), Textile Labelling Act y la Precious Metals Marking Act.¹¹ La primera de ellas contiene provisiones criminales y civiles encaminadas a prevenir las conductas anticompetitivas en los mercados, similares a las aplicadas en México y Estados Unidos. La segunda, la tercera y la cuarta ley requieren que los productos empaquetados al consumidor, los textiles y los metales contengan información verídica y significativa sobre su contenido, de forma que permitan tomar decisiones de compra bien informadas.

Por su parte, el Buró de Competencia de Canadá¹² es una agencia gubernamental que promueve el cumplimiento de las leyes antes mencionadas, con el propósito de proteger a los consumidores y trabajadores canadienses, así como promover mercados competitivos e innovadores. En contraposición con Estados Unidos y México, que tienen autoridades especializadas en

⁷ Para revisar los fundamentos económicos de las normas en materia de competencia, tanto en México como en Estados Unidos, se sugiere ver Leal, Rubén, *Competencia económica y comercio internacional*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

⁸ Formalmente denominada *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, pero era más comúnmente denominada *Anti-Combines Act*.

⁹ Sherman Anti-Trust Act. 1890, 15 USC §1, Portal del gobierno de Estados Unidos, disponible en: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51>.

¹⁰ Stanford, J. S., "The Application of the Sherman Act to Conduct Outside the United States: A View from Abroad", *Cornell International Law Journal*, vol. 11, 1978.

¹¹ Gobierno de Canadá, *Competition Bureau Canada*, Nuestro mandato, disponible en: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/00020.html>.

¹² Buró de Competencia de Canadá, nuestra organización, cómo fomentamos la competencia, disponible en: https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_00125.html.

normas de etiquetado y publicidad engañosa,¹³ el Buró de Competencia de Canadá se encarga de investigar y sancionar la publicidad engañosa, los acuerdos ilegales que limitan la competencia, el abuso de la posición dominante de mercado. Además, revisa las solicitudes de concentraciones de mercado entre agentes económicos para autorizar o negar su fusión. Esto lo hace la Cofece en México y la FTC en Estados Unidos.

Estados Unidos y Canadá sirvieron de inspiración o, en opinión del autor de este documento, presión, para que México redactara el artículo 28 constitucional en 1917. Sin embargo, ésta fue una disposición legal sin aplicación práctica hasta 1992, ante la ausencia de legislación secundaria que le diera vida jurídica a instituciones que procuraran la libre competencia. A principios de la década de 1990, no es que estuviera en la agenda del Estado mexicano la promoción de legislación, instituciones y política de competencia; más bien, dentro de las negociaciones del extinto Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), uno de los requisitos que se sostuvieron fue que los tres países, antes de abrir mutuamente sus mercados, tuvieran protecciones a la inversión extranjera y vigilancia de una efectiva competencia económica.

Con la intención de tener una regulación simétrica con Canadá y Estados Unidos, en 1993 se promulgó en México la primera ley en materia de competencia económica, más por presión internacional para la firma del TLCAN 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 demandar que existieran leyes e instituciones que los protegieran en los países donde colocarían sus productos y servicios libres de aranceles, además de que, en sentido inverso, los monopolios extranjeros podrían entrar a sus mercados domésticos sin restricciones al abrir el comercio internacional.

De acuerdo con Pérez Motta,¹⁴ el marco legal mexicano en materia de competencia, influenciado por sus vecinos del norte, ha evolucionado

¹³ En México, la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco) y la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) y en Estados Unidos la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés).

¹⁴ “Competencia: Motor de crecimiento económico incluyente”, Cofece, 2018, p. 7, disponible en: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/12/Memoria-Competencia-Motor-de-crecimiento-incluyente-.pdf#pdf>.

de manera orgánica para adaptarse a un entorno económico en constante cambio. Esta evolución la podemos dividir en tres etapas: la primera fueron los primeros diez años, considerada una etapa de aprendizaje; la segunda 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.

A continuación, analizaremos, primero de manera aislada y luego de forma interrelacionada, los casos estadounidense y mexicano, conforme a su aparición cronológica. Extraeremos conclusiones lógicas de las proposiciones que iremos estableciendo en los siguientes dos apartados para cada país en contraste con los otros bajo análisis. Partiremos de tratados internacionales, leyes nacionales, políticas domésticas, autoridades legales y casos recientes, para llegar a deducir las interrelaciones particulares.

III. ANÁLISIS DE ESTADOS UNIDOS

El país donde mayor discusión académica y actividad antimonopolio ha habido en el mundo es Estados Unidos. Siguiendo a Ten Kate en su repaso histórico, es posible percatarnos de la riqueza académica de los debates y discusiones estadounidenses.¹⁵ Inician en 1890, con la promulgación de la Sherman Anti-Trust Act. En ella, se combatían los fideicomisos¹⁶ que tenían como finalidad unir agentes económicos que eran competidores entre sí, para después dividir las utilidades entre los tenedores de acciones. Asimismo, esta legislación declaró ilegal la figura de monopolio y toda restricción al comercio dentro de Estados Unidos.

Las normas de competencia estadounidenses están redactadas de manera muy concisa y general, para que sean los jueces quienes las interpreten. Esto les da relativamente poca certeza a las empresas para poder cumplir con la regulación. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la Sherman Antitrust Act fue criticada debido a que, según su redacción, prácticamente

¹⁵ Ten Kate, Adriaan, “La eficiencia económica en el análisis de competencia”, *Competencia Económica en México*, Comisión Federal de Competencia, 2004.

¹⁶ De ahí el término *anti-trust* para denotar actividad antimonopolios o anticompetitiva, que se puede traducir literalmente como antifideicomiso.

todos los contratos comerciales restringían de alguna manera el comercio.¹⁷ Es decir, cuando una empresa intentaba legítimamente prevalecer sobre su competencia, al mismo tiempo podía infringir la norma genérica.

Sin embargo, la interpretación judicial evitó que la legislación prohibiera también los contratos que tuvieran la capacidad de crear eficiencias económicas que benefician al consumidor y a la sociedad en su conjunto.¹⁸ Los ministros de la Suprema Corte argumentaron que algunos contratos eran necesarios para darle viabilidad al comercio, aun cuando eliminaran una parte de la competencia entre los involucrados. De acuerdo con Hazlett, prohibir todos los contratos que restringieran el comercio equivaldría a establecer que no debería haber comercio.¹⁹ De hecho, la Sherman Antitrust Act permite a las personas o empresas que sufrieran pérdidas derivadas de las prácticas competitivas, reclamar daños y perjuicios ante los tribunales federales.

En 1899, en el caso *Addyston*²⁰ la Suprema Corte de Estados Unidos estableció una distinción entre restricciones abiertas (acuerdos que únicamente tienen como objetivo restringir la competencia) y restricciones colaterales (acuerdos donde la restricción a la competencia es un objetivo subordinado a otros objetivos legítimos de negocio). Las resoluciones de la Suprema Corte reconocen que los contratos que restringen el comercio al mismo tiempo pueden crear eficiencias por economías de escala.

La conclusión de la Suprema Corte fue que el propósito de la Sherman Antitrust 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 hasta 1968, cuando la División *Antitrust* del Departamento de Justicia de Estados Unidos emitió

¹⁷ Berge, Wendell, "Problems of Enforcement and Interpretation of the Sherman Act", *The American Economic Review*, vol. 38, núm. 2, 1948, pp. 172-181.

¹⁸ Véase caso *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505, 1898, Librería del Congreso de Estados Unidos, disponible en: <https://www.loc.gov/item/usrep171505/>.

¹⁹ Thomas, "The Legislative History of the Sherman Act Re-Examined", *Economic inquiry*, vol. 30, núm. 2, 1992, pp. 263-276.

²⁰ *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/211/>.

un esquema teórico para evaluar los efectos de eficiencia en las concentraciones de mercado.

En 1914, el Congreso de Estados Unidos emitió la denominada Clayton Act²¹ 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 “sustancialmente disminuyeran la competencia”²² como las concentraciones vía fusiones o adquisiciones, para quienes fijó un sistema de notificación previo, similar al que prevalece hoy en México según el capítulo VI de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).²³

Décadas más tarde, desde la Universidad de Chicago, Robert Bork publicó un libro 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 con el paso del tiempo en un obstáculo para el crecimiento económico y un enemigo de los consumidores.²⁴ Lo anterior, dado que inhibía la actividad económica y no se permitía que se alcanzaran economías de escala mediante las fusiones de empresas.

Como una solución para facilitar que se considere la generación de eficiencias dentro del marco de interpretación de la legislación estadounidense vigente, Bork propuso abandonar la interpretación de la competencia como un proceso de rivalidad, y en su lugar definirlo como un escenario en que el bienestar del consumidor es el principal objetivo de la política pública.²⁵ En otras palabras, liga los conceptos de competencia y maximización del bienestar del consumidor. Ya no se debía procurar la competencia en sí misma, sino que se debe procurar el bienestar del consumidor.

²¹ Clayton Act, 1914, 15 USC §12 (Estados Unidos), disponible en: <https://www.ftc.gov/es/enforcement/statutes/clayton-act>.

²² *Idem*.

²³ Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), *Diario Oficial de la Federación*, 23 de mayo de 2014, México, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf.

²⁴ Bork, Robert, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, Basic Books, 1978.

²⁵ *Idem*.

Este debate académico, que inició con Williamson (1969), terminó por denominarse la Escuela de Chicago y fue la semilla para que la política de competencia en Estados Unidos diera un giro a partir de la década de los ochenta,²⁶ cuando fue mucho más permisiva de las operaciones mercantiles que restringen la competencia, si es que generaban eficiencias económicas.²⁷ 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.²⁸

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.²⁹

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”.³⁰ Esta escuela sostenía, al contrario de la Escuela de Chicago, en que se fundamentó la política de la década de los 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

²⁶ Stucke, Maurice y Ezrachi, Ariel, “The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement”, *Harvard Business Review*, 15 de diciembre de 2017, disponible en: <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement>.

²⁷ Sawyer, Laura, “US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective”, *Harvard Business School*, 2019, pp. 19-110.

²⁸ Audretsch, Audretsch, David, “Antitrust Policy in the 1980s and Beyond”, *Review of Industrial Organization*, vol. 5, núm. 2, 1990, pp. 155-158.

²⁹ Hovenkamp, Herbert y Scott, Fiona, “Framing the Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, vol. 168, núm. 7, 2020, pp. 1843-1877; p. 1865.

³⁰ Hovenkamp, Herbert, “Antitrust Policy after Chicago”, *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 84, núm. 2, 1985, pp. 213-284.

de contratos de anticompetitivos cuando no puedan demostrar eficiencias explícitas.³¹

En resumen, antes de la Escuela de Chicago los contratos con algún aspecto anticompetitivo se sancionaban prácticamente en automático. Durante la década de los ochenta, bajo los postulados de la Escuela de Chicago, se permitieron ampliamente las concentraciones verticales. Pero desde la década de los noventa, siguiendo la filosofía de la Escuela Post-Chicago, ahora se analizan particularmente las eficiencias involucradas que los contratos generan, y se investiga su efecto en el bienestar social, el cual se entiende como la suma del bienestar del consumidor y del productor.³²

Este nuevo estándar de medición dio origen a lo que hoy conocemos como la “regla de la razón”. Mientras que anteriormente, 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.³³ Esto contrasta con la legislación mexicana, donde 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 en el mercado, igual que sucede en la legislación canadiense.

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 efectos a favor de la competencia son mayores que los efectos en su contra, la conducta se considera legal.³⁴

La siguiente discusión se centró en la definición del indicador de referencia de bienestar, que habría que tener claro para diferenciar los efectos

³¹ Hovenkamp, Herbert, “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique”, *Columbia Business Law Review*, Columbia, vol. 257, 2001, pp. 257-336.

³² Cucinotta, Antonio *et al.*, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Elgar Publishing, 2002.

³³ Loewinger, Lee, “The Rule of Reason in Antitrust Law”, *Virginia Law Review*, Virginia, vol. 50, núm. 1, 1964, pp. 23-46.

³⁴ Yvon, Anne-Marie, “Settlements between Brand and Generic Pharmaceutical Companies: A Reasonable Antitrust Analysis of Reverse Payments”, *Fordham Law Review*, vol. 75, 2007, pp. 1883-1897.

anticompetitivos de los efectos que generan eficiencias. En este debate académico, identificaron tres grupos: los partidarios del bienestar-consumidor (que sólo toma el excedente de consumidor como referencia en el análisis), los del bienestar-precio (que sólo autoriza las conductas que tengan como resultado una disminución en los precios), y los del bienestar-social (que utiliza la suma del excedente del consumidor y del productor).³⁵ La Escuela de Chicago sostenía el paradigma de bienestar-consumidor, mientras la Escuela Post Chicago postulaba el paradigma de bienestar social.³⁶

El estándar de bienestar que imperó, y sigue vigente hasta 2022, es el de bienestar social. De hecho, es el estándar que se aplica también en México y Canadá. 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 contabilizarse directamente en este estándar de bienestar social.

Hovenkamp hace un análisis de los temas de interés recientes en Estados Unidos. Adicionalmente, es importante notar que durante los últimos diez años la persecución de las infracciones a la regulación de competencia en Estados Unidos ha tenido altibajos importantes.³⁷ Según datos del Departamento de Justicia de Estados Unidos, División *Antitrust*, desde 2015 ha habido un relajamiento de la política de combate a los monopolios y prácticas anticompetitivas en Estados Unidos. En promedio, tanto el total de casos judicializados como el monto de las multas impuestas se desplomaron a partir de 2016, en coincidencia con una política comercial más restrictiva aplicada por la administración de Donald Trump. El promedio de casos judicializados y multas totales entre 2012 y 2014 es superior a tres veces al registrado entre 2016 y 2018.³⁸

³⁵ Kobayashi, Bruce y Muris, Timothy, “Chicago, Post-Chicago, and beyond: Time to Let Go of the 20th Century”, *Antitrust Law Journal*, vol. 78, 2012, pp. 505-526.

³⁶ Hovenkamp, Herbert, “Antitrust Policy...”, *cit.*

³⁷ Hovenkamp, Herbert, “The Pleading Problem in Antitrust Cases and Beyond”, *Iowa Law Review Bulletin*, Iowa, vol. 95, 2010, pp. 55-66; véase pp. 55-64.

³⁸ Departamento de Justicia de Estados Unidos, División *Antitrust*. Consultado en enero de 2022, disponible en: <https://www.justice.gov/atr/antitrust-case-filings-alpha>.

IV. ANÁLISIS DE MÉXICO

En México, el origen y desarrollo de las leyes y políticas de competencia ha estado profundamente relacionado con la evolución de la 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 Canadá y Estados Unidos, lo que le dio origen. Tampoco fue la búsqueda de mecanismos para evitar un conflicto bélico, como lo fue en Europa. En México fue la política comercial la que influyó, por presión externa, para iniciar las regulaciones en materia de competencia.³⁹

Con anterioridad a la década de los ochenta, la economía mexicana se distinguió por estar aislada del comercio internacional, implementando una política de industrialización vía sustitución de importaciones. Según explica Romero, este esquema buscaba evitar la entrada de productos de otros países para fomentar la producción nacional de los mismos.⁴⁰ Con ello, según la lógica de esta política de sustitución de importaciones, se industrializaría el país y se crearía riqueza. Si en México se podían hacer bicicletas, entonces no se debían importar bicicletas, y, de esta forma, fomentar el desarrollo de la industria nacional de bicicletas. Éste era el argumento de los partidarios de este modelo.

Este proteccionismo comercial, de acuerdo con Anaya, condujo a un periodo de muy escasa competencia económica en México.⁴¹ Las empresas nacionales tenían un enfoque local. No tenían incentivos para exportar ni competir con el exterior, dado que el mercado nacional lo tenían cautivo en exclusiva. De manera simultánea, las empresas propiedad del gobierno crecieron en cantidad y tamaño, pues se buscaba, como política nacional, una mayor participación gubernamental en la economía para regularla. Estas políticas comerciales sacrificaron la eficiencia productiva con fines indus-

³⁹ Leal, Rubén, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁰ Romero, José, “Sustitución de importaciones y apertura comercial: Resultados para México”, en Puyana, Alicia (coord.), *La integración económica y la globalización: nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano*, Flacso, 2003.

⁴¹ Anaya Jorge *et al.*, “Evolución del derecho de la competencia en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 126, 2009, pp. 1169-1200.

trializadores⁴² y fueron caldo de cultivo para el desarrollo de la “economía del compadrazgo”.⁴³

Fue en la década de los ochenta cuando el modelo económico cambió, con la llegada al gobierno federal de políticas liberales, y se comenzó a migrar hacia el libre mercado,⁴⁴ convergiendo con el modelo económico liberal de Estados Unidos y Canadá. Primero hubo cambios en el marco legal, privatizando empresas públicas y fortaleciendo las capacidades supervisoras del gobierno en la economía, en sustitución de las capacidades participativas.⁴⁵ Los ejemplos más representativos fueron las privatizaciones de la banca y telefonía, pero no fueron los únicos. Las privatizaciones de empresas públicas y las adecuaciones normativas a favor del libre mercado fueron la regla en la década de los ochenta y noventa.⁴⁶

Desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 1917, en su artículo 28 ya se prohibían los monopolios. Sin embargo, ésta fue letra muerta durante 75 años.⁴⁷ En general, este artículo, además de prohibir los monopolios, creaba excepciones monopolísticas en favor de las actividades del Estado en ciertas áreas que consideraba estratégicas. No fue sino hasta 1983, cuando una reforma constitucional al artículo 28 extendió la prohibición también a las conductas monopolísticas de particulares. Pero el primer gran salto cuantitativo hacia la competencia ocurrió en 1993 con la promulgación de la Ley Federal de Competencia y posteriormente en 2014 con la LFCE.

En los tratados internacionales, México ha acordado mecanismos de cooperación y asistencia en procedimientos relativos a la materia de competencia.⁴⁸ Sin embargo, hasta ahora en Norteamérica no se ha acordado

⁴² Leal, Rubén, *op. cit.*, p. 67.

⁴³ Haber, Stephen, *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America: Theory and Evidence*, Stanford, Hoover Institute Press, Stanford University, 2002, p. 127.

⁴⁴ Witker, Jorge y Varela, Angelica, *Derecho de la competencia económica en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

⁴⁵ Sacristán, Emilio, “Las privatizaciones en México”, *Economía UNAM*, vol. 3, núm. 9, 2006, p. 56.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁷ Leal, Rubén, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁸ Véase el artículo 21-3 del T-MEC, y sus implicaciones en materia comercial y de competencia, disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465803/21ESPPoliticaDeCompetencia.pdf>.

crear una autoridad supranacional que pueda emitir recomendaciones o sanciones, como lo es la Comisión Europea en aquel continente. Con ello, la región norteamericana se ha limitado a tener cooperación asistencial en la materia, y, en pocas ocasiones, coordinación de posturas aisladas. Actualmente, México tiene disposiciones referentes a competencia en los tratados celebrados tanto con la Unión Europea como con Japón, Corea del Sur y Chile,⁴⁹ además del T-MEC.

México adoptó parcialmente, desde su legislación y jurisprudencia, la regla de la razón para evaluar y sancionar conductas anticompetitivas.⁵⁰ Sin embargo, la regla de la razón no es un concepto bien establecido ni totalmente delimitado. Mas bien se encuentra en una continua evolución tanto en Estados Unidos y Canadá, como en México. Conforme se van resolviendo casos cada vez más complejos, se va afinando la regla y los criterios con que se evalúan los efectos de las conductas en cada país. Los alcances de esta discusión llegaron hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵¹ en México, donde se clarificó cómo la regla de la razón aplica para las prácticas monopólicas relativas, pero no se extiende hasta las prácticas monopólicas absolutas, donde se aplica la regla *per se* y no la regla de la razón.

PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LAS PROHÍBE NO SÓLO CUANDO ESA CONDUCTA TENGA POR OBJETO EL ALZA DE PRECIOS. [AMPARO EN REVISIÓN 839/2014].

Bajo la conceptualización moderna de la regla de la razón, la eficiencia generada por una conducta se toma como una justificación para su realización. Desde esta óptica, las eficiencias favorecen la legalidad de la conducta. Existen estudios que argumentan a favor de contabilizar las eficiencias

⁴⁹ Gobierno de México, “Comercio Exterior, Países con Tratados y Acuerdos firmados con México”, 2015, disponible en: <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico>.

⁵⁰ García, Luis Gerardo *et al.*, “Mexico: New Antitrust Authorities and a New Federal Economic Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, 2015, pp. 42-47.

⁵¹ Tesis [A.]: 2a. X/2016, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, agosto de 2016. Reg. digital: 26493.

de mercado para justificar la legalidad de ciertas prácticas monopólicas.⁵² Estos criterios no son homogéneos entre Estados Unidos, Canadá y México porque, en principio, sus legislaciones tienen diferentes concepciones, principalmente por la diferencia entre el derecho civil mexicano y el *common law* estadounidense y canadiense.⁵³

Particularmente, en México se utiliza una mezcla de criterios: las prácticas monopólicas absolutas, como se tipifican en el Código Penal Federal (CPF)⁵⁴ vigente y en la LFCE,⁵⁵ se sancionan por su mera comisión, mientras que para las prácticas monopólicas relativas y las concentraciones ilícitas se utiliza una especie de regla de la razón, adecuada al caso mexicano, como se puede observar en el artículo 55 de la LFCE.⁵⁶

Uno de esos criterios, que se replicó en México del caso estadounidense, es el análisis de prácticas monopólicas relativas, a partir de su 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. La tradición mexicana de competencia económica es relativamente reciente, comparada con la precursora Canadá, pero con una profunda evolución en los últimos años.⁵⁷ Las intersecciones del derecho de la competencia económica con el marco jurídico del comercio internacional se analizarán con detenimiento en el siguiente apartado.

⁵² Ross, Tomas y Winter, Ralph, “The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments”, *Antitrust Law Journal*, vol. 72, núm. 2, 2005, pp. 471-503, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/40843631>. Ver también: Renckens, An, “Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense”, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 3, núm. 2, 2007, pp. 149-179.

⁵³ El Banco Mundial, “Características Claves entre los Sistemas de *Common Law* y Derecho Civil”, 2021, disponible en: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/caracteristicas-claves-entre-los-sistemas-de-common-law-y-derecho-civil>, Escuela de Derecho de la Universidad de Washington, ¿“What is the Difference Between Common Law and Civil Law?”, 2014, disponible en: <https://onlinelaw.wustl.edu/blog/common-law-vs-civil-law/>.

⁵⁴ Código Penal Federal, artículo 254 bis, p. 97.

⁵⁵ Ley Federal de Competencia Económica, artículo 53, p. 25.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 26

⁵⁷ López-Velarde, Alejandro, “The Application of the Antitrust Law Under the New Rules of the Oil and Gas Industry in Mexico”, *Energy Law Journal*, vol. 38, núm. 1, 2017, pp. 95-113.

V. INTERRELACIÓN ENTRE COMERCIO Y COMPETENCIA

Como revisamos en las secciones anteriores, las regulaciones, políticas e interpretaciones del derecho de la competencia económica entre México, Estados Unidos y Canadá se encuentran relacionadas las unas con las otras. Esta correlación no estriba únicamente en su desarrollo vinculado desde la década de los noventa, a partir del extinto TLCAN, sino que va más allá, y parte de su espíritu y conceptualización como política de Estado.

En determinadas ocasiones, las regulaciones y políticas gubernamentales generan barreras a la competencia económica.⁵⁸ De manera análoga, las barreras al libre comercio también surgen de la legislación y políticas de Estado. Tanto las barreras a la libre competencia como las restricciones al libre comercio distorsionan la eficiencia en los mercados y reducen el bienestar social en los países involucrados, según hemos argumentado en este documento de investigación.

Las ineficiencias de mercado comúnmente aumentan precios y limitan la producción, disminuyendo el bienestar de los consumidores y provocando pérdidas sociales.⁵⁹ Estas ineficiencias pueden originarse de dos fuentes: 1) conductas realizadas en el mercado interno perseguidas por la autoridad de competencia económica o 2) 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 integradas y vinculadas por el T-MEC, debemos considerar en paralelo tanto la política comercial como la política de competencia para defender el bienestar social. Esto es válido tanto para los tres países en lo individual, cuanto más en su conjunto para la región norteamericana, dada su vinculación e interdependencia económica. De acuerdo con la Organización Mundial del Comercio (OMC), el principal destino de las exportaciones mexicanas es Estados Unidos, y el principal destino de las exportaciones estadounidenses

⁵⁸ Bhattacharyya Anjana *et al.*, "Government Interventions, Market Imperfections, and Technical Inefficiency in a Mixed Economy: A Case Study of Indian Agriculture", *Journal of Comparative Economics*, vol. 22, núm. 3, 1996, pp. 219-241.

⁵⁹ Stout, Lynn, "The Mechanisms of Market Inefficiency: An Introduction to the New Finance", *Journal of Corporation Law*, vol. 28, núm. 4, 2003, p. 627.

es Canadá. De hecho, el 78% del comercio de mercancías entre estos países se integra a la cadena productiva de sus vecinos.⁶⁰

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.⁶¹ Tal es el caso de la sosa cáustica estadounidense, que fue sancionada por *dumping* en México, resultando en la imposición de cuotas compensatorias.⁶² En principio, el exportador de sosa cáustica tenía una posición dominante, casi monopolística, en el mercado nacional de Estados Unidos, de tal forma que su poder de mercado en ese país le permitió también distorsionar el mercado mexicano.

La interrelación entre las regulaciones y las políticas de competencia entre ambos países queda explícita en el artículo 86 de la Ley de Comercio Exterior⁶³ (LCE) de México, 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 monopolísticas sancionadas en los términos de la ley de la materia [LFCE], dará vista a la autoridad competente”.

Es decir, se vinculan las medidas de protección comercial con las medidas 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. Sin embargo, los capítulos 21 y 27 del T-MEC dan una visión más clara de la correlación entre comercio y competencia. A continuación, utilizaremos el método analítico para comprender los alcances de esta interrelación.

El desempeño comercial histórico puede analizarse de manera cuantitativa, enmarcándolo en los hitos de la regulación de competencia econó-

⁶⁰ Organización Mundial del Comercio, “World Trade Organization data for 2019”, 2020, disponible en: https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2020_e/wts20_toc_e.htm.

⁶¹ Sokol, Daniel, “Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age”, *Berkeley Business Law Journal*, vol. 4, núm. 1, 2007, pp. 37-64.

⁶² Secretaría de Economía (2020). Resolución de vigencia de la cuota compensatoria impuesta a las importaciones de sosa cáustica líquida originarias de los Estados Unidos de América, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de julio de 2020, Expediente administrativo E. C. 16/20 (México).

⁶³ Ley de Comercio Exterior (LCE), *Diario Oficial de la Federación*, 27 de junio de 1993, México, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/28.pdf>.

mica. A partir de 1993, cuando México promulgó su primera legislación secundaria en materia de competencia económica, y que, paralelamente, entró en vigor el TLCAN, se pueden observar cambios significativos en sus indicadores cuantitativos de comercio exterior con Estados Unidos, como se puede apreciar en la tabla 1.

TABLA 1. EVOLUCIÓN DEL COMERCIO ENTRE MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TLCAN Y LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA MEXICANA

	1993	2000	2005	2010	2015	2020
	Inicia TLCAN	Posibles efectos	Posibles efectos	Posibles efectos	Nueva LFCE	Inicia T-MEC
<i>Exportaciones de México a Estados Unidos</i>	42,912	147,400	183,563	238,684	308,870	338,701
<i>Importaciones de México desde Estados Unidos</i>	45,295	127,534	118,547	145,007	186,812	167,762
<i>Balanza comercial</i>	-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.

En la tabla 1 se puede apreciar de manera cuantitativa que el comercio entre México y Estados Unidos ha crecido de manera sostenida desde que se firmaron los acuerdos de libre comercio, con sus aparejadas normas en materia de competencia. Asimismo, en la balanza comercial binacional se puede apreciar que México exporta una cantidad sustancialmente mayor a la que importa desde Estados Unidos, pasando de números rojos en 1993 a tener una balanza superavitaria cada vez más amplia. De manera análoga, el comercio entre Estados Unidos y Canadá ha aumentado en un 205% de 1993 a 2022.⁶⁴

⁶⁴ Buró del Censo de Estados Unidos, “Comercio de mercancías Estados Unidos-Canadá”, disponible en: <https://www.census.gov/foreign-trade/balance/c1220.html>.

Tanto en México como en Estados Unidos y Canadá, las prácticas o conductas que disminuyen el bienestar económico de la sociedad se denominan “prácticas monopólicas”. Estas conductas ilícitas tienen como finalidad mantener ganancias artificialmente altas para los productores, depredando los mercados donde se cometen, incluso dañando mercados relacionados vertical u horizontalmente.⁶⁵ Su denominación, tipificación y apreciación son muy similares entre los tres países.

Independientemente de en qué país se cometan estas conductas ilícitas, una vez que existe apertura e intercambio comercial, éstas tienen repercusiones en el mercado nacional del otro país socio comercial,⁶⁶ distorsionando los resultados económicos óptimos que debería tener una economía de libre mercado.⁶⁷ De esta forma, la interrelación de la regulación comercial y de competencia entre ambos países ha quedado documentada. En los siguientes párrafos abordaremos los alcances de esta interrelación.

La aplicación de la legislación de competencia es afectada por consideraciones de política pública, como lo puede ser la estrategia comercial o de seguridad nacional.⁶⁸ En este sentido, durante la mayor parte del siglo XX, México mantuvo una política comercial de sustitución de importaciones, con el objetivo de industrializar al país. Posteriormente, a finales de ese mismo siglo, se cambió el enfoque a uno de apertura y liberalización comercial, lo que requirió adaptar la legislación mexicana.

El modelo de industrialización vía sustitución de importaciones tuvo como efecto secundario, o daño colateral, la concentración en los mercados nacionales y la creación de empresas estatales. Sin embargo, no sólo en México existió una correspondencia perniciosa entre política comercial y política de competencia. En Estados Unidos se promulgó la Webb-Pomerene Act,⁶⁹ que permite los cárteles económicos cuando se dediquen

⁶⁵ Witker, Jorge y Varela, Angelica, *op. cit.*

⁶⁶ Choi, Jay y Gerlach, Heiko, “Global Cartels, Leniency Programs and International Antitrust Cooperation”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, núm. 6, 2012, pp. 528-540.

⁶⁷ Sokol, Daniel, *op. cit.*

⁶⁸ Motta, Massimo, *Política de competencia: teoría y práctica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.

⁶⁹ *Webb-Pomerene Act*, Cámara de Representantes de Estados Unidos, 1918, ch. 50, §6, disponible en: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chapter2-subchapter2&edition=prelim>.

exclusivamente al comercio exterior mientras no restrinjan la competencia dentro de los Estados Unidos ni las exportaciones de los competidores estadounidenses. Esta regulación legaliza las conductas anticompetitivas cuando afectan a terceros países. El problema estriba en que los países con un potencial más alto de ser víctimas de esta legislación son México y Canadá por su interrelación comercial.

De esta forma, queda en evidencia que se puede utilizar la política nacional de competencia para lograr objetivos de política comercial; por ejemplo, el proteccionismo general o sectorial. La herramienta que sirve de antídoto en estos casos son las políticas *antidumping*. El objetivo de estas políticas es evitar que las empresas extranjeras 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.⁷⁰ La justificación es que esta conducta puede eliminar a las empresas nacionales, imponiendo a empresas extranjeras de manera desleal en el mercado interno. Sin embargo, se pueden utilizar también las regulaciones de *antidumping* de manera perversa 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.⁷¹ Con ello, se legaliza el apoyo gubernamental a las industrias que se consideren estratégicas. Bajo este supuesto, la política industrial podría encaminarse a beneficiar a ciertos sectores considerados trascendentales. Sin embargo, Motta sugiere que la política de competencia es la mejor política industrial posible.⁷² 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. Durante muchos años esto permitió en México la limitación de la competencia y que se propiciaran prácticas anticompetitivas entre agentes económicos.

En este sentido, la entrega de subsidios gubernamentales a empresas nacionales, con el objetivo de fortalecerlas frente a las empresas extranjeras, se puede considerar una política comercial que atenta contra la libre competencia económica. Esto distorsiona la asignación eficiente de recursos

⁷⁰ Organización Mundial del Comercio, “Temas comerciales. Las medidas *antidumping*”, 2021, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_s.htm.

⁷¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 27.

⁷² Motta, Massimo, *op. cit.*

en los mercados, pues permite a las empresas menos eficientes, sobrevivir a costa de las empresas más eficientes, que pagan los impuestos con los que se entregan los subsidios. Dentro del régimen jurídico internacional de comercio exterior existe una regulación de los subsidios en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.⁷³ Sin embargo, éstos no están prohibidos, y tienen el potencial de afectar tanto a la libre competencia como al libre comercio, si se abusa de su utilización.

De acuerdo con la Cofece,⁷⁴ en México la política comercial afecta la libre concurrencia y la competencia en los mercados nacionales cuando genera barreras o requisitos injustificados para entrar a participar en algún mercado. Asimismo, 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 y generar riqueza en Norteamérica.

Por ello, es necesario delimitar las particularidades de la política comercial que tienen la capacidad de restringir la competencia económica. Los efectos de esta política pueden afectar la productividad y la posición de mercado de algunos agentes económicos, y disminuir el bienestar total de la sociedad en los tres países en cuestión. Una vez identificadas estas particularidades, se pueden adecuar las regulaciones nacionales para procurar el funcionamiento eficiente de los mercados, asignar recursos de manera óptima, y fomentar el desarrollo económico.

Siguiendo las directrices de la Cofece⁷⁵ 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 del sector exportador mexicano y en las condiciones de competencia interna. Ahora el mercado mexicano tiene una oferta mucho más amplia de productos y servicios, en beneficio de los consumidores. Esto ha contribuido a

⁷³ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC), publicado en agosto de 2008, Organización Mundial del Comercio, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/24-scm.pdf.

⁷⁴ Cofece, "Política comercial con visión de competencia. Cuadernos de promoción de principios de competencia", publicado en 2017, disponible en: <https://www.cofece.mx/cofece/images/Promocion/Estudios-y-Publicaciones/Cuaderno-de%20promocion-1-Politica-comercial-con-vision-de-competencia-VF.pdf>.

⁷⁵ *Idem*.

que los precios en México hayan tenido un comportamiento estable desde entonces, comparados con décadas anteriores. Asimismo, les ha permitido a las empresas estadounidenses y canadienses ampliar su mercado y sus posibilidades de inversión.

La mencionada estabilidad de precios beneficia tanto a los consumidores finales como a las empresas que pueden tomar mejores decisiones de inversión. Colateralmente, las empresas mexicanas han visto reducido su poder de mercado, y ahora tienen un menor margen para abusar de una posición dominante, pues sus productos pueden ser sustituidos por importaciones.⁷⁶ Pero de forma paralela, las empresas que son eficientes y productivas ganan acceso a nuevos mercados para competir en igualdad de circunstancias, colocando sus productos o teniendo acceso a insumos a mejores condiciones en cualquiera de los tres países. Lo anterior, sin perder de vista que la apertura comercial minimiza el peligro de colusión entre competidores al haber más agentes participando en el mercado.

En línea con la literatura científica revisada, 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.⁷⁷ 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 con reducciones de precios a los consumidores.

En resumen, la regulación comercial y de competencia económica en Norteamérica se entrelazan y complementan entre sí. Hemos argumentado repetidamente que el propósito de ambas materias es procurar el bien común, al cuidar el óptimo funcionamiento de los mercados en condiciones de equidad, resultando en menores precios y mayor abasto, calidad, innovación, inversión y crecimiento económico. Partiendo de lo anterior, concluiremos discutiendo las implicaciones jurídicas de la interrelación de ambas materias tanto en los tres países bajo estudio en el marco del T-MEC.

⁷⁶ López Noria, Gabriela, “El efecto de la liberalización comercial sobre los márgenes de precios del sector manufacturero”, *El Trimestre Económico*, México, vol. 82, núm. 327, 2015, pp. 583-616.

⁷⁷ Loecker, Jan de y Biesebroeck, Johannes van, “Effect of International Competition on Firm Productivity and Market Power”, NBER Working Paper 21994, National Bureau of Economic Research, 2016.

VI. DISCUSIÓN DE IMPLICACIONES JURÍDICAS

El grado de integración de las cadenas productivas en Norteamérica, que se ha ido robusteciendo desde 1993 con la entrada en vigor del TLCAN, y fortaleciendo desde 2020 con la entrada en vigor del T-MEC, así como con la irrupción de la pandemia de la COVID-19, que ha restringido las cadenas de suministro globales,⁷⁸ incentivando a las empresas a reacomodar lo más cercano posible su producción y proveedurías *nearshoring* para asegurar su abasto continuo,⁷⁹ provoca que la aplicación de regulaciones comerciales y de competencia, ya sea en México, Estados Unidos o Canadá, tenga efectos colaterales significativos en los demás países firmantes del T-MEC.

El andamiaje jurídico de cada país bajo estudio, y los tratados internacionales que han signado, permiten utilizar mecanismos legales de protección comercial como los aranceles, los cupos y las medidas *antidumping*. Estos mecanismos pueden tener una justificación de eficiencia, o pueden simplemente restringir el libre comercio y la libre competencia. En este sentido, la política comercial de los tres países debería considerar un enfoque transversal de competencia económica para maximizar el beneficio social nacional y regional. De esta forma, se aseguraría que el bienestar de los consumidores, el excedente de los productores y la eficiencia en el mercado se tomen en cuenta al momento de implementar políticas públicas en Norteamérica.

Las reformas a las leyes vigentes en cada país deben considerar una perspectiva transversal en las políticas públicas en materia de competencia y comercio internacional. El espacio jurídico idóneo para realizar estas reformas serían la Ley Federal de Competencia Económica y la Ley de Comercio Exterior en México, las legislaciones Sherman Antitrust Act y Clayton Act en Estados Unidos y la Competition Act en Canadá. El objetivo de estas reformas debería ser el establecimiento de una visión programática y transversal para las políticas de competencia y comercial, a fin de coordinar a las

⁷⁸ Van Hassel, Edwin *et al.*, “Reconsidering Nearshoring to Avoid Global Crisis Impacts: Application and Calculation of the Total Cost of Ownership for Specific Scenarios”, *Research in Transportation Economics*, vol. 93, 2022.

⁷⁹ Leal, Ruben y Rudenko, Slavomir, “COVID-19 impact on economic regulations and foreign trade between China, Europe and North America”, *Journal of Zhejiang Wanli University*, vol. 34, núm. 4, 2021, pp. 7-21.

entidades gubernamentales en la materia (Cofece⁸⁰ en México, Comisión Federal de Comercio⁸¹ en Estados Unidos, y el Buró de Competencia⁸² de Canadá). Lo anterior, a fin de homologar criterios para hacer de la región de Norteamérica una más predecible en términos legales, facilitar el cumplimiento de las regulaciones y reducir costos para los productores.

El T-MEC reconoce la soberanía de cada país para establecer leyes y mecanismos de protección contra las prácticas anticompetitivas diferenciados según los criterios del legislador nacional. Sin embargo, esto provoca discrepancias que complican a las empresas integrar de manera eficiente sus cadenas de producción a lo largo de Norteamérica. Por ello, se deberían limitar al mínimo las excepciones que se pueden hacer valor en el T-MEC para restringir la aplicación de la legislación doméstica de competencia económica.

Particularmente para el caso de México, implicaría reconsiderar la contrarreforma energética de 2021, adoptando un criterio de eficiencia por encima de criterios nacionalistas. Para el caso de Estados Unidos, implicaría revisar el proteccionismo a la agricultura, pues cualquier liberalización en esta materia traería mejoras de eficiencia global en favor de sus ciudadanos que se beneficiarían con menores precios, y en favor de sus contribuyentes, pues se evitaría el pago de subsidios mediante el gasto fiscal. En el mismo sentido, los resultados de este estudio sugieren que Canadá se abstenga de repetir políticas proteccionistas como las aplicadas y sancionadas respecto a la leche y a los productos lácteos.⁸³

En este sentido, México tiene reservado, tanto en la CPEUM 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

⁸⁰ Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), disponible en: <https://www.cofece.mx/>.

⁸¹ Comisión Federal de Comercio (FTC por sus siglas en inglés), “*The Antitrust Laws*” (Estados Unidos), disponible en: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-anti-trust-laws/antitrust-laws>.

⁸² Gobierno de Canadá. *Competition Bureau Canada* (CBC), disponible en: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04267.html>.

⁸³ Organización Mundial del Comercio, “DS103: Canadá, Medidas que afectan la importación de leche y la exportación de productos lácteos”, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds103_e.htm.

a los combustibles fósiles. Ello permite generar un monopolio legal en ciertos sectores económicos, lo que le impide alcanzar eficiencias de mercado al no tener presiones competitivas, ni domésticas ni de comercio internacional. Adicionalmente, esto permite que estas actividades económicas sean más vulnerables a actividades ligadas con la corrupción, considerando la debilidad institucional que impera en México.⁸⁴

Por su parte, Estados Unidos y Canadá mantienen políticas proteccionistas de su agricultura y ganadería nacional, disfrazadas de medidas técnicas de protección a la salud o al medio ambiente. Amparados en lo que los legisladores y el Poder Ejecutivo establecen como prioridades nacionales, han entregado subsidios a los agricultores estadounidenses y productores lácteos canadienses, con dinero de los contribuyentes de estos países. De esta forma, han protegido a sus productores nacionales de los bienes extranjeros, mediante mecanismos de contención de las importaciones mediante normas técnicas y reclamos de índole medioambiental y de salubridad, que ya han sido controvertidas en la OMC, como los casos del algodón⁸⁵ y los lácteos.⁸⁶

En sintonía con la escuela de pensamiento “Post-Chicago”,⁸⁷ 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. Esto implica que se requieren criterios objetivos y consistentes en Norteamérica para dar certidumbre a la actividad económica. Por ello, además de la coordinación entre las autoridades de competencia de los tres países, también se deben coordinar sus instituciones judiciales, 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 y a los planes de negocios entre ambos países, y fomentar un mercado norteamericano más integrado y consistente. Además, la homologación de criterios en México, Estados Unidos y Canadá, sobre la forma de evaluar la legalidad de las prác-

⁸⁴ Aguirre, Jerjes y Gomez, Mario, “Debilidad institucional y experiencia anticrimen en México”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, vol. 29, 2021, pp. 45-57.

⁸⁵ Véase caso Subvenciones al algodón americano. Organización Mundial del Comercio, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds267_s.htm.

⁸⁶ Organización Mundial del Comercio, “DS103: Canadá, Medidas que...”, *cit.*

⁸⁷ Hovenkamp, Herbert, “Antitrust Policy...”, *op. cit.*

ticas comerciales bajo un mismo paradigma técnico, permitiría a los agentes económicos realizar decisiones de inversión de largo plazo dentro de la región. Las reglas comerciales y de competencia pueden converger a un punto de beneficio mutuo para el desarrollo libre y eficiente de los mercados.

Finalmente, lo analizado en el presente documento sugiere que la Webb-Pomerene Act de Estados Unidos, que legaliza las conductas anticompetitivas de las empresas estadounidenses cuando no afecten su territorio, abre la puerta a distorsiones en materia comercial y de competencia en todo Norteamérica. Una legislación cuyo propósito original es el de fomentar el sector exportador estadounidense bien puede terminar por tener efectos nocivos sobre la región. En lugar de que esto genere medidas retaliatorias por parte de México y Canadá, que lastimarían aún más la eficiencia regional, se deberían explorar soluciones alternativas que pongan a la eficiencia y el bienestar social como objetivo prioritario. A partir de lo anteriormente analizado, se abre esta línea de investigación para futuros estudios.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, Jerjes y GÓMEZ, Mario, “Debilidad institucional y experiencia anticrimen en México”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, vol. 29, 2021.
- ANAYA, Jorge *et al.*, “Evolución del derecho de la competencia en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 126, 2009.
- AUDRETSCH, David, “Antitrust policy in the 1980s and beyond”, *Review of Industrial Organization*, vol. 5, núm. 2, 1990.
- BERGE, Wendell, “Problems of Enforcement and Interpretation of the Sherman Act”, *The American Economic Review*, vol. 38, núm. 2, 1948.
- BHATTACHARYYA, Anjana *et al.*, “Government Interventions, Market Imperfections, and Technical Inefficiency in a Mixed Economy: A Case Study of Indian Agriculture”, *Journal of Comparative Economics*, vol. 22, núm. 3, 1996.
- BORK, Robert, *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*, Basic Books, 1978.
- CHOI, Jay y GERLACH, Heiko, “Global Cartels, Leniency Programs and International Antitrust Cooperation”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, núm. 6, 2012.

- “Competencia: Motor de crecimiento económico incluyente”, COFECE, 2018, disponible en: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/12/Memoria-Competencia-Motor-de-crecimiento-incluyente-.pdf#pdf>.
- CUCINOTTA, Antonio *et al.*, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Elgar Publishing, 2002.
- GARCÍA, Luis Gerardo *et al.*, “Mexico: New Antitrust Authorities and a New Federal Economic Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, 2015.
- HABER, Stephen, *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America: Theory and Evidence*, Stanford, Hoover Institute Press, Stanford University, 2002.
- HAZLETT, Thomas, “The Legislative History of the Sherman Act Re-Examined”, *Economic Inquiry*, vol. 30, núm. 2, 1992.
- HOVENKAMP, Herbert, “Antitrust Policy after Chicago”, *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 84, núm. 2, 1985.
- HOVENKAMP, Herbert, “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique”, *Columbia Business Law Review*, Columbia, vol. 257, 2001.
- HOVENKAMP, Herbert, “The Pleading Problem in Antitrust Cases and Beyond”, *Iowa Law Review Bulletin*, Iowa, vol. 95, 2010.
- HOVENKAMP, Herbert y SCOTT, Fiona, “Framing the Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, vol. 168, núm. 7, 2020.
- KOBAYASHI, Bruce y MURIS, Timothy, “Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century”, *Antitrust Law Journal*, vol. 78, 2012.
- LEAL, Ruben, *Competencia económica y comercio internacional*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- LEAL, Ruben y RUDENKO, Slavomir, “COVID-19 Impact on Economic Regulations and Foreign Trade Between China, Europe and North America”, *Journal of Zhejiang Wanli University*, vol. 34, núm. 4, 2021.
- LOECKER, Jan de y BIESEBROECK, Johannes van, “Effect of International Competition on Firm Productivity and Market Power”, *NBER Working Paper 21994*, National Bureau of Economic Research, 2016.
- LOEVINGER, Lee, “The Rule of Reason in Antitrust Law”, *Virginia Law Review*, Virginia, vol. 50, núm. 1, 1964.
- LÓPEZ, Gabriela, “El efecto de la liberalización comercial sobre los márgenes de precios del sector manufacturero”, *El Trimestre Económico*, México, vol. 82, núm. 3, 2015.

- LÓPEZ-VELARDE, Alejandro, "The Application of the Antitrust Law Under the New Rules of the Oil and Gas Industry in Mexico", *Energy Law Journal*, vol. 38, núm. 1, 2017.
- MOTTA, Massimo, *Política de competencia: teoría y práctica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- RENCKENS, An, "Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense", *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 3, núm. 2, 2007.
- ROMERO, José, "Sustitución de importaciones y apertura comercial: Resultados para México", en Puyana, Alicia (coord.), *La Integración Económica y la Globalización: Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano*, FLACSO, 2003.
- ROSS, Tomas y WINTER, Ralph, "The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments", *Antitrust Law Journal*, vol. 72, núm. 2, 2005, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/40843631>.
- SACRISTÁN, Emilio, "Las privatizaciones en México", *Economía UNAM*, vol. 3, núm. 9, 2006.
- SOKOL, Daniel, "Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age", *Berkeley Business Law Journal*, vol. 4, núm. 1, 2007.
- STANFORD, J. S., "The Application of the Sherman Act to Conduct Outside the United States: A View from Abroad", *Cornell International Law Journal*, núm. 11, 1978.
- STOUT, Lynn, "The Mechanisms of Market Inefficiency: An Introduction to the New Finance", *Journal of Corporation Law*, vol. 28, núm. 4, 2003.
- STUCKE, Maurice y EZRACHI, Ariel, "The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement", *Harvard Business Review*, 2017.
- SAWYER, Laura, "US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective", *Harvard Business School*, 2019.
- TEN KATE, Adriaan, "La eficiencia económica en el análisis de competencia", *Competencia Económica en México*, Comisión Federal de Competencia, 2004.
- VAN HASSEL, Edwin, *et al.*, "Reconsidering Nearshoring to Avoid Global Crisis Impacts: Application and Calculation of the Total Cost of Ownership for Specific Scenarios", *Research in Transportation Economics*, vol. 93, 2022.

- WILLIAMSON, Oliver, "Allocative Efficiency and the Limits of Antitrust", *The American Economic Review*, vol. 59, núm. 2, 1969.
- WITKER, Jorge y VARELA, Angelica, *Derecho de la competencia económica en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- YVON, Anne-Marie, "Settlements between Brand and Generic Pharmaceutical Companies: A Reasonable Antitrust Analysis of Reverse Payments", *Fordham Law Review*, vol. 75, 2007.