

Sección Doctrina

Los monopolios, los estancos y otras prácticas prohibidas por la constitución

Elisur Arteaga Nava

Sumario: I. Planteamiento general del problema. / 2. El artículo 28 constitucional. / 3. Reglamentación del artículo 28 constitucional. / 4. Marco normativo fundamental. / 5. Los monopolios. / 5. I. Antecedentes. / 5. 2. Legislación fundamental vigente. / 5. 3. Legislación secundaria. / 5. 4. Definición de monopolio. / 5. 5. Etimología. / 5. 6. Causas que motiva la existencia de monopolios. / 5. 7. Elementos que determinan cuándo existe un monopolio. / 5. 8. Clases de monopolios. / 5. 8. I. Monopolio puro. / 5. 8. 2. Monopolio natural. / 5. 8. 3. Monopolio bilateral. / 5. 8. 4. Competencia monopólica. / 5. 8. 5. Oligopolio. / 5. 8. 6. Monopsonio. / 5. 8. 7. Prácticas monopólicas absolutas. / 5. 8. 8. Prácticas monopólicas relativas. / 5. 8. 9. Dumping. / 5. 8. 10. Cartel. / 5. 8. II. Concentraciones. / 5. 8. 12. Monopolios permitidos. / 6. La ley federal de competencia económica. / 6. I. Antecedentes. / 6. 2. Facultades del congreso de la unión para expedirla. / 6. 3. Alcance y limitaciones del legislador en la materia. / 6. 4. Atribuciones de la comisión federal de competencia. / 7. Los monopolios y otras actividades en las leyes penales. / 8. Actos que de hecho son monopolios. / 9. Las prácticas monopólicas. / 10. La ley federal de competencia y los estados. / 10.1. Los estados y los municipios como sujetos de la ley. / IG. 2. Actos prohibidos a los estados por la ley. / 11. La comisión federal de competencia. / 12. Los estancos. / 13. Las concentraciones y los acaparamientos. / 14. Concesiones que se pueden otorgar. / 15. La reglamentación del artículo 28 por las legislaturas de los estados. / 16. Los derechos de autor. / 17. Las patentes y marcas. / 18. Las leyes de protección al consumidor.

1. Planteamiento general del problema

La constitución contiene un número crecido de preceptos relacionados con la actividad económica en general (arts. 5o, 25, 26, 27 y 131) y al comercio en particular (arts. 28, 73 fracciones IX, X, XXIX, 117 y 118, entre otros). Son de contenido diverso. Como producto de un largo ejercicio reformatorio, son redundantes y hasta contradictorios. Buscan, preferentemente, dar instrumentos al estado mexicano para planear y regular la economía, facilitar la libertad ocupacional, impedir ciertas actividades nocivas y permitir un libre tráfico de efectos de comercio en el interior y el exterior.

La interpretación del marco jurídico fundamental, presenta algunas dificultades; muchas más los intentos de armonizarlos.

Independientemente de la existencia de los instrumentos legales previstos en esos preceptos, el estado mexicano, a través del ejercicio de su facultad de crear impuestos y establecer derechos (arts. 73 fracciones VII y XXIX, 115, 116 y 131), puede estimular o reprimir ciertas actividades de los particulares que pudieran ser nocivas.

Con base en ellos el estado mexicano, con algunas limitantes, puede adoptar la forma de organización económica que más convenga, según las circunstancias o los intereses de quienes en determinado momento pueden conducir o influir en la conducción en esa organización; e imponer condiciones, modalidades y limitantes; determina fondo y forma.

Dado lo complejo del marco normativo fundamental, este estudio se limita a analizar algunas instituciones que aparecen en el artículo 28; se considera

el precepto en sí y en relación con su contexto; las referencias al derecho internacional y al administrativo son mínimas, son sólo las que se consideraron indispensables para entender el texto constitucional.

2. El artículo 28 constitucional

Uno de los preceptos que facultan a los poderes federales y locales para intervenir en la economía es el artículo 28; la intervención que a ellos se confiere es amplia, lo es con vista a objetivos generales que él mismo determina.

El artículo 28, en su redacción original de 1857, buscó la libertad de comercio. El constituyente de 1971 le confirió otros objetivos; reformas posteriores le han dado un contenido variado. Sus normas no están encaminadas a alcanzar la competencia perfecta,¹ van más allá: persiguen que el juego del mercado no cause perjuicio a clases económicamente débiles. Ante derechos, como lo son los de libertad ocupacional y de tráfico, la existencia de un precepto que facultara expresamente a las autoridades a actuar para impedir restricciones o perjuicios se consideró necesaria. Lo fue en la medida en que se desconocía el alcance de las facultades conferidas al poder legislativo, federal y local, cuando legislan y las de los jueces, cuando interpretan y hacen jurisprudencia. Fue la ignorancia la que llevó a incluir la norma prohibitiva. Es lógico que quien tiene facultad para reglamentar la libertad ocupacional, eliminar trabas al comercio interestatal, regular el comercio, también la tiene para facilitar, impedir, prohibir y sancionar, entre otros, los monopolios, acaparamientos, estancos y prácticas monopólicas.

El precepto constitucional faculta a los poderes legislativos, federales y locales, para legislar en materia de monopolios, estancos, acaparamientos y otras actividades que dificultan, gravan o impiden

la libre circulación de efectos de comercio, de bienes en general o que son nocivas para ciertos sectores de la sociedad; complementa las facultades que tiene el congreso de la unión para legislar en lo relativo a comercio, las restantes actividades señaladas en la fracción X del artículo 73 y para impedir que en el comercio de estado a estado se establezcan restricciones; él, asimismo, otorga facultades adicionales a las legislaturas de los estados que refuerzan la actuación de ellas en relación con las materias que les han sido reservadas.

El artículo 28 constitucional es un precepto complejo; llega al extremo de ser confuso; esto es así por el número crecido de materias que regula, de las reformas de que ha sido objeto y del descuido con que ellas se han hecho. Contiene normas y regula instituciones de naturaleza diversa, entre otras las siguientes:

Prohíbe, impide o limita ciertas actividades: monopolios, estancos, o acaparamientos, por cuanto que las estima perjudiciales o nocivas.

Da el fundamento para que los poderes, mediante la ley, fijen bases para: que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos necesarios para la economía nacional o el consumo popular; para imponer modalidades a la organización de la distribución de ellos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto o el alza en los precios.

Establece las bases para que el congreso de la unión y las legislaturas de los estados, mediante la ley, protejan a los consumidores y propicien su organización.

Determina cuáles son las áreas estratégicas y las prioritarias y su forma de ser operadas;

Prevé la existencia y naturaleza del banco único de emisión y el procedimiento a seguir para designar quien lo debe conducir con el carácter de gobernador.

A ciertas concentraciones, no obstante constituir monopolios, expresamente declara que no lo son. Declara que tampoco lo son los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores, artistas, inventores y perfeccionadores.

Da bases para que el estado mexicano concesione la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la federación.

Por último, prevé el otorgamiento de subsidios a actividades prioritarias.

De todo lo anterior este estudio se limita a considerar los preceptos que tienen que ver con la libertad de mercado; en él se analizan, preferentemente, las

1. "La competencia perfecta es una estructura de mercado caracterizada por una total ausencia de rivalidad entre empresas. De este modo, en teoría económica esta expresión tiene un sentido diametralmente opuesto al de uso cotidiano. En la práctica diaria, los hombres de negocio usan la palabra 'competencia' como sinónimo de rivalidad; en teoría, la competencia perfecta implica ausencia de rivalidad." A. KOUTSOYIANNIS, *microeconomía moderna*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1985, p. 165; según este autor, el modelo de competencia perfecta se basa en los siguientes supuestos: gran cantidad de vendedores o de compradores, homogeneidad de los productos, libre entrada y salida de las empresas del mercado, maximización de los beneficios, ausencia del control estatal, movilidad perfecta de los factores de la producción y conocimiento perfecto de todos los compradores y vendedores de las condiciones del mercado, pp. 165 V 166.

figuras del monopolio, los acaparamientos, los estancos, la **ley federal de competencia económica**, las instituciones y fenómenos por ella reguladas o prohibidas.²

El hecho de que en el artículo 28 se aluda a diferentes prácticas que deben ser prohibidas y sus responsables castigados, no implica que quien deba hacerlo sean exclusivamente los poderes y órganos federales. Como se verá más adelante, su reglamentación corresponde al congreso de la unión y a las legislaturas de los estados; la intervención de la asamblea legislativa del Distrito Federal es mínima, interviene en la medida que lo permite la limitada fórmula contenida en la base primera del artículo 122. Los ayuntamientos, por carecer de funciones legislativas, no intervienen en la regulación.

3. Reglamentación del artículo 28 constitucional

Las instituciones previstas en la constitución requieren ser instrumentadas y llevadas al detalle para hacerse operantes, esto se hace mediante leyes orgánicas; asimismo, los principios que aparecen en ella, para los efectos de hacerse viables o aplicables requieren ser llevados al detalle y regulados, esa función se hace mediante leyes reglamentarias. El dar leyes orgánicas y reglamentarias es una facultad que corresponde al congreso de la unión y a las legislaturas de los estados; con ciertas limitantes también goza de ella la asamblea legislativa del Distrito Federal. Dada la naturaleza del pacto federal, el ejercicio de la facultad por parte de esos poderes y órgano, está sujeto a ciertos principios; también es objeto de algunas limitaciones. Todo esto es valedero y aplicable por lo que hace al artículo 28 constitucional.

Las leyes orgánicas relativas a los entes federales sólo pueden ser obra del congreso de la unión con vista directamente al texto constitucional; las leyes orgánicas locales deben provenir de las legislaturas de los estados; las emiten con alcances limitados al ámbito territorial de la entidad y con base en la constitución local.

La reglamentación de la constitución está sujeta a un principio diverso: en aplicación del artículo 124, de inicio, corresponde hacerlo a las legislaturas de los estados; aunque legislan en ejercicio de una facultad que deriva a su favor de la constitución de su entidad, está referida su actuación a la carta magna del país. Lo puede hacer también el congreso de la unión; actúa directamente con base a un precepto constitucional; el reglamentar, como posibilidad, debe ser considerada para él como excepcional: sólo cuando exista un texto expreso que lo faculte o así se desprenda de la naturaleza de las materias, por su generalidad. La asamblea legislativa del Distrito Federal goza de la atribución reglamentaria; está limitada a los rubros a que alude la fracción V, base primera del artículo 122, en el ejercicio de ella debe tomar en cuenta el estatuto de gobierno, él hace las veces de constitución local.

El artículo 28 presenta ciertas particularidades; su redacción lleva a suponer que es al congreso de la unión a quien compete dar leyes orgánicas y reglamentar el grueso de las instituciones y actividades que el prevé. Eso es cierto, con algunos afines, sólo a partir del cuarto párrafo; los primeros tres están sujetos a la regla general enunciada anteriormente: la deben reglamentar el congreso de la unión y las legislaturas de los estados. El congreso de la unión no está facultado para expedir, en forma privativa, las leyes que prohíban toda clase de monopolios, prácticas monopólicas, estancos, concentraciones o acaparamientos. Lo podrá hacer únicamente cuando esas instituciones y prácticas afecten, incidan o se relacionen con las materias cuya regulación le ha sido confiada.

No es sostenible el criterio de que cuando la constitución use las fórmulas conforme a la ley, de acuerdo con la ley, la ley reglamentará y otras, se esté facultando al congreso de la unión para legislar. Eso no es lo que se desprende del contexto constitucional. Para que pudiera hacerlo y excluir la intervención de las legislaturas locales, dada la regla general que se desprende del artículo 124, se requiere texto expreso.

Don Gustavo R. Velasco sostenía: "La doctrina sobre la naturaleza de las garantías individuales es firme y pacífica. No creo exagerar si digo que a nadie se le ocurriría salir a estas alturas con que porque del capítulo inicial menciona una materia para sus efectos de limitar a los poderes públicos, con ello faculta al federal para legislar sobre ella. Esta pretensión fue refutada decisivamente por el Presidente de la Suprema Corte Ignacio L. Vallarta, en el voto que emitió en un amparo que puede verse a páginas 166 a 201 de su libro *Cuestiones Constitu-*

2. Como bibliografía introductoria al tema de los monopolios, independientemente de la que se menciona a lo largo de este estudio, véase Vilfredo PARETO, *manual de economía política*, editorial atalaya, Buenos Aires, 1945; Ramón TAMAMES, *la lucha contra los monopolios*, editorial tecnos, Madrid, 1970; Rafael PÉREZ MIRANDA, *propiedad industrial y competencia en México*, editorial porrúa, México, 1994. Véase también Elisur ARTEAGA NAVA, *derecho constitucional*, oxford university prcss, México 1998, pp. 909 y siguientes.

dónales (tomo segundo, México, 1985). Allí asienta que la facultad de legislar sobre las garantías individuales es propia de los Estados y que el Congreso Federal 'no puede expedir más leyes que aquellas para las que la Constitución lo autoriza, ya sea de un modo expreso, ya sea de un modo claramente implícito; mientras que la legislatura de un estado tiene jurisdicción en todas las materias en que no le esté prohibido legislar' (págs. 194 y 195). En otras palabras los Estados pueden legislar sobre libertad de trabajo, y dentro de ésta sobre libertad de comercio, sin que la inclusión de esta palabra en el texto constitucional otorgue a la Federación ninguna competencia que no tenga a virtud de disposiciones expresas de la Ley Suprema.³

Esa es la regla general; ella admite ciertas excepciones; el congreso de la unión podrá reglamentar alguna de las materias previstas en ese artículo, sólo en los siguientes casos:

Cuando así lo prevé expresamente en el propio artículo 28, como lo hace en el cuarto párrafo: "... y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión."

Cuando aparezca que el congreso de la unión esté facultado expresamente para regular una materia o actividad, debe entenderse que implícitamente está autorizado, mediante la ley, para impedir se pongan obstáculos a su desarrollo o ejercicio, tal es el caso de la facultad que tiene el congreso de la unión para regular el comercio en sí y el que se realiza de uno a otro estado (art. 73 fracs. IX y X), implícitamente debe entenderse que está facultado para impedir acciones que lo obstaculicen o desvirtúen. No sería razonable atribuir al congreso de la unión la facultad para legislar en materia de comercio y suponer que él no pueda legislar con vista a combatir los monopolios de los efectos de comercio o los acaparamientos que impidan o encarezcan el comercio interestatal.

En la obra *derecho constitucional*, el autor de este estudio sostiene: "En ese contexto y de lo previsto por la constitución, su reglamentación, en lo relativo a derechos individuales, y en especial por lo que hace a los titulares de la función, ella se debe dar según los siguientes principios:" "Dado a que reglamentar significa limitar, la función de hacerlo sólo es factible cuando exista texto expreso que así lo prevea, en los restantes casos lo tienen prohibido tanto las legislaturas de los estados como el congreso de la unión."

3. Revista de investigaciones jurídicas, México, 1981, número 5, p. 377.

"Cuando se prevea la reglamentación de los derechos individuales, en principio, la función corresponde, en forma privativa, a las legislaturas de los estados. Debe entenderse que la materia requiere reglamentación cuando en la constitución se utilizan las fórmulas: conforme a la ley, la ley determinará, la ley definirá, en los términos que establezcan las leyes, etcétera."

"La reglamentación corresponderá en forma exclusiva al congreso de la unión en los casos en que se le atribuya expresamente la función de hacerlo o se aluda a leyes federales, como en el artículo 3o., fracción VIII: 'El Congreso de la Unión, con el fin de unificar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias...' o como en el caso del artículo 10o. "... con excepción de las prohibidas por ley federal...' En otros casos la atribución al congreso puede ser tácita o implícita, como sucede en el penúltimo párrafo del artículo 16; si de conformidad con la fracción XVII del artículo 73 constitucional el congreso de la unión está facultado para dar leyes sobre postas y correos, implícitamente está facultado, en forma exclusiva, para garantizar la libre circulación de las estafetas y para sancionar su violación."

"Por último, existen casos en que la facultad reglamentaria recae en forma coincidente en las legislaturas de los estados y congreso de la unión, como sucede en el artículo 17, párrafo tercero: 'Las leyes federales y locales establecerán...'"⁴

No le es dable al congreso de la unión, so pretexto de combatir monopolios, pretender regular, mediante la ley, materias de naturaleza netamente local, como son los inmuebles, su transmisión, adquisición o fusión, aun con vista a su acaparamiento, las prácticas que encarecen o dificultan la celebración de los remates y almonedas que ordenan y presiden los jueces de los estados, en ejecución de las sentencias que dictan en los procesos de derecho común que se ventilan ante ellos. Como se verá más adelante esto es una materia que sólo corresponde regular a las legislaturas estatales. La facultad que tiene el congreso de la unión en materia de comercio, al parecer es limitada; en efecto, según lo sostenía don Gustavo R. Velasco: "... debemos afirmar que en materia de comercio la Federación posee una facultad limitada por lo que se refiere a la naturaleza de las leyes que puede expedir, ilimitada (con las salvedades o aclaraciones que hice), por lo que respecta al objeto sobre el que

4. Elisur ARTEAGA NAVA, *op. cit.*, pp. 912 y 913.

pueden recaer dichas leyes.... Queda así refutada la supuesta competencia absoluta del Gobierno Federal y demostrada la naturaleza verdadera de la facultad que otorga el artículo 73, fracción X. Para encerrar mis conclusiones en una fórmula breve y más clara, se trata de una autorización para legislar sobre derecho mercantil, esto es, para regular las relaciones jurídicas entre particulares en materia de comercio. En consecuencia, en México el Gobierno Federal no posee facultades administrativas sobre el comercio en general, sino únicamente sobre el comercio entre los Estados y sólo en cuanto trate de impedir las restricciones que lo obstruyan."⁵

4. Marco normativo fundamental

El marco normativo tiende a impedir que quienes vendan o presten servicios, a través de diversas maniobras, causen perjuicio a quienes compran, adquieren o consuman; salvo en el caso de los monopolios, no impide a los consumidores, usuarios o adquirentes se unan u organicen con vista obligar a quienes venden o dan servicios a bajar sus precios o mejore la prestación de ellos.

5. Los monopolios

Los monopolios son una actividad prohibida por la constitución; lo son todos salvo los permitidos en forma expresa.

Vista la redacción del artículo 28, el uso que se hace del término monopolio debe ser entendido como genérico e interpretado en su sentido amplio; con él se alude a los monopolios propiamente dichos, a todas sus especies, como lo son los monopolios bilaterales, los oligopolios, los cárteles,⁶ entre otros.

Dada la prohibición es importante saber qué es un monopolio. Cuando George Leland Bach en su *tratado de economía* inicia su estudio de los monopolios, afirma lo siguiente: "El monopolio se asemeja al pecado. Todo el mundo lo condena, pero pocas personas tienen claridad respecto a qué es lo que combaten."⁷

5. Gustavo R. VELASCO, "las facultades del gobierno federal en materia de comercio", *revista de investigaciones jurídicas*, México, 1984, número 8, tomo i, pp. 222 y 223.
6. "Los cárteles implican el establecimiento de acuerdos directos (aunque secretos) entre los oligopolistas rivales en el objeto de reducir la incertidumbre emergente de su interdependencia. En este caso particular, el objetivo del cártel es la maximización del beneficio (conjunto) de la industria." A. KOUTSOYIANNIS, *op. cit.*, p. 243.
7. Fondo de cultura económica, México, 1966, t. ii, p.9.

5.1. Antecedentes

La economía de los primeros años de vida independiente de México, se caracterizó por sus estancos, privilegios y acaparamientos; ese fue el modelo de organización, propio de la colonia, que conocían y manejaban los hombres públicos, comerciantes, industriales e intermediarios; bajo él ellos habían nacido y crecido.

La constitución de 1824 poco hizo por la libertad de comercio; partió del supuesto de que ella era responsabilidad de los estados, a ellos correspondía la facultad de regular la materia mercantil; se limitó a facultar al congreso para decretar la apertura de caminos y canales, arreglar el comercio con naciones extranjeras, entre los estados y tribus de indios y regular lo relativo a patentes (art. 50, frac. II y XI). Los poderes federales, concretamente el legislativo, dada la escasa ilustración de los hombres públicos, poco es lo que pudieron hacer con vista a tres instrumentos que con el tiempo se mostraron poderosos: el presupuesto, la ley de ingresos y el endeudamiento (art. 50, frac. VIII).

Los poderes previstos en la constitución de 1836, contando con los mismos instrumentos que los establecidos en 24, dada su breve actuación, en nada mejoraron la suerte del comercio (art. 43, de la tercera ley).

Los autores del *plan de Ayutla* de lo. de marzo de 1856 se comprometieron por un cambio en la materia: "... así como de proteger la libertad de comercio interior y exterior, ..." (art. 6o.); quienes posteriormente, en Acapulco, lo modificaron hicieron una mejor definición de su postura: "Siendo el comercio una de las fuentes de la riqueza pública, y uno de los más poderosos elementos para los adelantos de las naciones cultas, el Gobierno Provisional se ocupará desde luego de proporcionarle todas las libertades y franquicias que a su prosperidad son necesarias,..." (art. 7o. del *plan de Ayutla*, reformado en Acapulco el 11 de marzo de 1854). En el *estatuto orgánico provisional* de mayo de 1856 ya se recurrió al uso del término monopolio: "Art. 38. Quedan prohibidos todos los monopolios relativos a la enseñanza y ejercicio de las profesiones." También quedó vedado el que hubiera privilegios para el uso y aprovechamiento de la propiedad (art. 68). La terminología del *estatuto* terminó por influir tanto en el proyecto de constitución presentado,⁸ como en el texto definitivo que aprobó la soberana asamblea

8. Art. 20 del proyecto de constitución: "No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones á título de protección a la industria."

de 56/57: "Art. 28. No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones á título de protección a la industria. Esceptuándose únicamente, los relativos á la acuñación de moneda, á los correos y á los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley á los inventores ó perfeccionadores de alguna mejora." El congreso de la unión fue facultado, por medio de bases generales, para impedir que en el comercio de estado a estado se establecieran restricciones onerosas y para dar las bases generales de la legislación mercantil (art. 72 fracs. JX y X). Dado lo limitado de la intervención del congreso en lo relativo a comercio, fue responsabilidad de las legislaturas de los estados el disponer, mediante leyes locales, lo relativo a hacer operante la prohibición de los monopolios.

La corte estimó deficiente la fórmula de la carta de 57: "Monopolios.- Si la redacción, un tanto vaga, del artículo 28 de la Constitución de 1857, puede dar lugar a dudas respecto de la prohibición de los monopolios, estas dudas desaparecen por completo, ante la redacción clara, terminante y enérgica del artículo 28 de la Constitución vigente."

T. IV, p. 302, amparo administrativo en revisión, Compañía de transmisión eléctrica del estado de Hidalgo, s.a., 27 de enero de 1919, mayoría de 6 votos.⁹

Los constituyentes de 1917, por lo que hace a los monopolios reiteraron la fórmula de 57: "En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria;..." El precepto original no fue muy extenso.¹⁰ Las reformas lo han acrecentado considerablemente.

9. *La constitución y su interpretación por el poder judicial de la federación*, suprema corte de justicia de la nación, fondo de cultura económica, México, 1993, t. iv, p. 2543.

10. El artículo 28, en la parte relativa a monopolios, en su texto original disponía: "En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco que Controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora." "En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social."

5.2. Legislación fundamental vigente

El marco constitucional aprobado en 17 ha cambiado; el artículo 28 ha sido reformado; se ha acrecentado su texto; ha llegado a ser complejo y confuso.¹¹ Está elaborado en forma ilógica, el primer párrafo contiene prohibiciones de ciertos actos específicos, en cambio en el segundo párrafo se establece la regla general: "... todo acuerdo, procedimiento ó combinación de los productores, industriales,... para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social." Los monopolios, los estancos y los acaparamientos, entre otros, son actos específicos por virtud de los cuales se evita o se atenta contra la libre competencia.

5.3. Legislación secundaria

Bajo el nuevo texto fundamental de 1917 se han dado tres leyes reglamentarias del artículo 28, una complementaria, se denominó *ley sobre atribuciones del ejecutivo federal en materia económica*; y la actual *ley federal de competencia económica*.¹²

Las tres primeras leyes reglamentarias fueron dadas por los presidentes de la república en turno, lo hicieron en ejercicio de facultades extraordinarias que le había concedido el congreso de la unión; en ningún caso hubo de por medio una suspensión de garantías individuales, que es el presupuesto para que se otorguen facultades extraordinarias en los términos del artículo 29 constitucional, por lo que ellas fueron inconstitucionales.

La primera, la publicada en el *diario oficial de la federación* correspondiente al 28 de junio de 1926, obra del presidente Plutarco Elías Calles; la dio en ejercicio de la autorización que para legislar le había otorgado el congreso el 6 de enero de ese mismo año. Ella, por ser pionera, fue deficiente y omisa; influyó en las leyes que se dieron con posterioridad; se le dio el nombre de *ley reglamentaria del artículo 28 constitucional*, era el correcto por cuanto a que no se le calificó de orgánica, pero impropio, por cuanto a que el presidente de la república, al igual

11. Se reformó el 17 de noviembre de 1982, 3 de febrero de 1983, 27 de junio de 1990 y la reforma por virtud de la cual se dispuso la autonomía del banco central y el procedimiento para designar a quien lo conduzca.

12. La maestra doña Loreta ORTÍZ AHLF fue quien, en forma generosa, proporcionó el material legislativo que se maneja a lo largo de este estudio.

que el congreso de la unión, no podían reglamentar todo el precepto constitucional. El artículo 2o. transitorio de la ley de 1931 la derogó.

En el *diario oficial de la federación* correspondiente al 24 de agosto de 1931, se publicó una nueva ley reglamentaria del artículo 28 constitucional; el decreto promulgatorio lo expidió el presidente Pascual Ortiz Rubio; se le dio el calificativo de orgánica; se reformó por decretos publicados el 10 de junio y 23 de julio, ambos de 1934; fue derogada por el artículo tercero transitorio de la ley de 1934. Los reglamentos de aquella, en lo que no se opusieron a la nueva, siguieron vigor. El 31 de agosto de 1934 el presidente de la república Abelardo L. Rodríguez expidió una nueva, se le denominó *ley orgánica del artículo 28 constitucional en materia de monopolios*; fue complementada por la *ley sobre atribuciones del ejecutivo federal en materia económica* de 30 de diciembre de 1950; tuvo escasa aplicación.¹³

Fueron ellas las que establecieron las bases para combatir los monopolios y demás prácticas nocivas previstas en el artículo 28, normaron, además, la actividad de las autoridades hasta la expedición de la actual *ley de competencia económica*.

Técnicamente se trataba y trata de leyes reglamentarias; lo eran por cuanto a que llevaban al detalle y hacían operantes instituciones previstas en el artículo 28 constitucional; las leyes orgánicas tienen otro objetivo, ellas estructuran la conformación de un poder o ente previsto en la constitución, los hacen operantes y funcionales, regulan y limitan el ejercicio de sus facultades o atribuciones.

Las leyes ahora derogadas también debían ser estimada inconstitucionales por cuanto a que el presidente de la república partió del supuesto de que gozaba de una delegación genérica para, en uso de facultades extraordinarias, reglamentar todo el artículo 28; eso es inadmisibles. El congreso de la unión, como se ha visto, no goza de una facultad genérica para reglamentar el artículo 28, él contiene disposiciones cuya reglamentación corresponde a las legislaturas de los es-

tados. El congreso de la unión sólo podía delegar en el presidente de la república las facultades de naturaleza legislativa que le corresponden; no podía concederle las que corresponden a los estados.

El Congreso de la unión no puede delegar lo que no tiene o no le corresponde; sólo lo puede hacer por lo que hace a los rubros que se ha precisado. Únicamente puede delegar las facultades de naturaleza legislativa que se le confieren. Una emergencia grave, que en los casos de 1926, 1931 y 1934, no la hubo, no autoriza a alterar la distribución de competencias que se desprende del artículo 124 constitucional.

5. 4. Definición de monopolio

Son los economistas quienes han aportado las definiciones más notables y precisas respecto de lo que son los monopolios; también lo han hecho los legisladores: "El monopolio es una estructura de mercado en que existe un único vendedor, no hay sustitutos próximos para la mercancía que produce y existen barreras para el ingreso de nuevas empresas al mercado."¹⁴ "Un *monopolio* es el único vendedor de un determinado bien o servicio en un mercado."¹⁵ "Un monopolio es una industria constituida por una sola empresa que elabora un producto para el cual no hay sustitutos cercanos. ... El monopolio está protegido de la competencia mediante barreras que impiden el acceso a su industria."¹⁶

Ramón Tamames los define: "El monopolio (y para simplificar nos referiremos sólo al de oferta, pues a partir de él las conclusiones aplicables al de demanda son inmediatamente derivables) es aquella forma de mercado en la cual un solo vendedor (o un grupo de vendedores de común acuerdo) controla la oferta de un producto (o de un servicio) concreto, lo cual le permite determinar la cantidad ofrecida del mismo y, por consiguiente, su precio."¹⁷

La ley de 1926 no definía lo que era un monopolio, en su artículo lo se limitó a disponer qué actividades constituían monopolios.¹⁸ La ley de 1931 dispu-

13. Fauzi HAMDAN AMAD, en su intervención en la tribuna en la sesión de la cámara de diputados de fecha 14 de diciembre de 1992, dijo: "Ley que prácticamente ha sido considerada letra muerta desde su creación. Prácticamente la actual Ley de Monopolios ha servido para aglutinar a grupos de agentes económicos para formar monopolios y oligopolios, al amparo de otra Ley emanada del propio Ejecutivo, que es la Ley de Atribuciones del Ejecutivo en Materia Económica." Véase *diario de los debates*, año ii, núm. 19, p. 2061. Por su parte Rafael PÉREZ MIRANDA afirma lo siguiente: "Los monopolios están prohibidos en México por el art. 28 de la Constitución Política de 1917, que tiene su antecedente en la de 1857; la prohibición fue reglamentada por ley de 1934 que en sus cincuenta y ocho años de vigencia sólo fue aplicada una vez." *Op. cit.* p. 191.

14. A. KOUTSOYIANNIS, *OP. CIT.* 183.

15. STANLEY Fischer, RUDIGER Dornbusch Y RICHARD Schmalensee, *ECONOMÍA*, ME GRAW-HILL, MÉXICO, 1989, p. 246.

16. KARL E. Case Y RAY C. Fair, *PRINCIPIOS DE ECONOMÍA*, PRENTICE-HALL HISPANOAMERICANA, MÉXICO, 1997, p. 55

17. RAMÓN Tamames, *LA LUCHA CONTRA LOS MONOPOLIOS*, EDITORIAL TECNOS, MADRID, 1970, p. 419.

18. "I. Toda concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; Todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios públicos; Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de algún otro servicio para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados;

so: "Artículo 2o.- Para los efectos de esta ley se entiende por monopolio, toda situación industrial o mercantil en la cual queda suprimida la libre competencia con perjuicio del público en general o de alguna clase social;..."

En la *ley de monopolios* de 1934 se da la siguiente definición: "Para los efectos de la presente Ley se entiende por monopolio toda concentración o acaparamiento industrial o comercial o toda situación deliberadamente creada que permita a una o varias personas determinadas imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social."

En la *ley federal de competencia económica* no aparece una definición de monopolio; sus autores partieron del supuesto de que hay un consenso sobre lo que es, su naturaleza y efectos; alude a prácticas monopolísticas (art. 9o). La suprema corte los ha definido: "Por monopolio se entiende el aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de algún privilegio, bien de otra causa cualquiera;..."

"Amparo en revisión 1606/70.- Asociación veracruzana de fabricantes y distribuidores de bebidas alcohólicas, a. c., y coagraviados.- 6 de febrero de 1973.- Unanimidad de 16 votos."¹⁹

5.5. Etimología

El término monopolio deriva del griego *monos*, uno y *poleo*, vender; en un principio estuvo referido a la posibilidad de que uno o unos cuantos asumieran la función de vender uno o varios artículos de primera necesidad.

5.6. Causas que motivan la existencia de monopolios

Los monopolios distorsionan o alteran un mercado que debe ser perfectamente competitivo. "El monopolio es la forma más extrema de competencia imperfecta por su número de vendedores y por otros importantes aspectos."²⁰

La ciencia económica ha estudiado cuáles son las causas que llevan a la formación de ellos; Koutsoyiannis las resume: "1) La posesión de materias pri-

mas estratégicas o el conocimiento de técnicas de producción. 2) La posesión de patentes de un producto o un proceso de producción. 3) El otorgamiento de licencias especiales por parte del Estado o la creación de barreras al comercio exterior para excluir a los competidores extranjeros. 4) El tamaño del mercado, que puede ser tal que no tolere más de una planta de tamaño óptimo. ... 5) La empresa existente adopta una política de fijación de precios limitación istas, vale decir, una política de precios tendiente a impedir la aparición de nuevas empresas, y que puede combinarse con otras políticas ... que tornan esa entrada poco atractiva."²¹

5. 7. Elementos que determinan cuando existe un monopolio

"La prueba básica de que existe efectivamente un monopolio, radica en el poder de éste para excluir del mercado a sus competidores. Si una empresa puede mantener fuera a sus competidores potenciales, puede proceder con relativa impunidad a aumentar los precios y acrecentar sus ganancias a expensas de los consumidores. Mientras más próximos sean los sustitutos que los competidores puedan colocar en el mercado, más débil será la posición monopolística de la empresa."²²

5. 8. Clases de monopolios

La ciencia económica supone la existencia de varias clases de monopolios y prácticas monopolísticas; también alude a otras prácticas que obstaculizan el comercio o encarecen las mercancías; así se habla de monopolios puros, monopolios *ex ante* y *ex post*, competencia monopolística, oligopolios, monopsonio, holding, trust, concentraciones, centralización; la *ley federal de competencia económica* alude a prácticas monopolísticas absolutas y relativas (arts. 9o. y 10).

Las leyes mexicanas reconocen, por su nombre, sólo la existencia de una parte de tales distinciones; llega a distinguir entre monopolios y prácticas monopolísticas; comprendidos dentro de estos se prohíben aquéllos.

5. 8. 1. Monopolio puro

"...existe un monopolio puro si sólo hay un único vendedor en un mercado bien definido. ... En el caso, del monopolio puro tampoco existe rivalidad personal, por la sencilla razón de que no hay rivales."²³ En la actualidad es una figura de difícil realización.

19. IV. Todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas, y con perjuicio del público en general o de alguna clase social."

20. *La constitución y su interpretación por el poder judicial de la federación*, suprema corte de justicia de la nación, fondo de cultura económica, México, 1983, tomo iv, pp. 2541. La misma definición aparece, como criterio jurisprudencial, en la pp. 2542 y 2543. ²⁰ STANLEY y otros, *op. cit.* p.246.

21. A; KOUTSOYIANNIS, *op. cit.*, p. 183.

22. BACH, *op. cit.*, tomo ii, p. 13.

23. John P. GOULD y Edward P. LAZEAR, *teoría microeconómica*, fondo de cultura económica, México, 1994, p. 409.

5. 8. 2. Monopolio natural

Se habla también de monopolio natural; el "... surge cuando el costo promedio mínimo de producción ocurre a una tasa de producción más que suficiente para abastecer a todo el mercado a un precio que cubre el costo total. ... El término monopolio 'natural' implica simplemente que el resultado 'natural' de las fuerzas del mercado es el desarrollo de una organización monopólica"²⁴ "En esta figura, la empresa tiene unos costes medio y marginales que descienden indefinidamente. Muestra perpetuos rendimientos crecientes de escala. A medida que crece la producción, la empresa puede cobrar unos precios cada vez más bajos y obtener, aun así, un beneficio, ya que sus costes medios son decrecientes. Resultará, pues, imposible la coexistencia competitiva pacífica de miles de competidores perfectos debido a que una gran empresa es mucho más eficiente que las pequeñas."²⁵

5. 8. 3. Monopolio bilateral

Como una figura teórica la ciencia económica reconoce la existencia de monopolios bilaterales: "Se trata de una situación en la que sólo hay un comprador y un vendedor."²⁶ En la actualidad, cuando menos en México, es una figura teórica.

5. 8. 4. Competencia monopólica

Hay competencia monopólica "Cuando existen muchos productores de una mercancía, vendiendo los mismos productos (o productos ligeramente diferenciados), ..." ²⁷ "Las teorías más modernas de la competencia económica asumen dos formas: La primera se deriva de la información imperfecta, de modo que las empresas son competidoras antes de que el cliente cruce el umbral, pero después son monopolistas. La segunda categoría incluye los modelos de equilibrios especiales. Estos modelos tratan de pronosticar dónde se ubicarán las empresas en algún espectro de la calidad. Sus resultados dependen en alguna medida de los supuestos que se formulan acerca de la naturaleza de la sustitución entre los bienes."²⁸ "La competencia monopolística, como su nombre lo indica, tiene rasgos tanto del monopolio como de la competencia perfecta. Al igual que en el monopolio, cada empresa produce un artículo que los com-

pradores consideran diferente de los artículos de todos los demás vendedores. Sin embargo, hay competencia ya que muchos otros vendedores ofrecen productos que son parecidos pero no sustitutivos perfectos. Esencialmente, la competencia monopolística es la competencia perfecta más la diferenciación del producto."²⁹ "En este último tipo de competencia imperfecta, llamado normalmente competencia monopolística, un gran número de vendedores produce bienes diferenciados. Esta estructura de mercado se parece a la competencia perfecta en que hay muchos vendedores, ninguno de los cuales posee una gran cuota de mercado. Se diferencia de ella en que los productos que venden las distintas empresas no son idénticos. Como éstas venden productos algo diferentes, pueden venderlos a precios distintos."³⁰

5. 8. 5. Oligopolio

Según Bach hay oligopolio "... en donde hay sólo unos cuantos fabricantes competidores y en donde cada productor debe tomar en cuenta lo que cada uno de los otros hace."³¹ "Un mercado oligopolístico es aquel en el que la mayor parte de la producción está en manos de un puñado de grandes empresas, cada una de ellas suficientemente grande para influir en el conjunto del mercado."³² Es la concentración en un número reducido de oferentes de un efecto mercantil determinado; puede o no haber competencia real entre ellos; asimismo, pudiera o no existir acuerdo entre quienes compiten sobre precios, características del producto y participación en el mercado. Cuando se trata de un reducido número de demandantes se trata técnicamente de oligopsonio.

5. 8. 6. Monopsonio

El monopsonio se da cuando sólo existe un comprador de un insumo; si hay varios compradores, hay un oligopsonio."³³ "A un mercado donde existe solamente un comprador se le llama *monopsonio*"³⁴

5. 8. 7. Prácticas monopólicas absolutas

Para la *ley federal de competencia económica* (art. 9o.), "Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre

24. John P. GOULD y Edward P. LAZEAR, *op. cit.*, pp. 411 y 412.

25. Paul A. SAMUELSON y William D. NORDHAUS, *economía*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 157.

26. PAUL A. SAMUELSON Y WILLIAM D. NORDHAUS, *OP. CIT.*, P. 243. "

27. BACH, *OP. CIT.*, TOMO II, P. 11.

28. JOHN P. GOULD Y EDWARD P. LAZEAR, *OP. CIT.* P. 511.

29. Stanley FISCHER y otros, *op. cit.*, pp.247 y 248.

30. *Idem*, p. 155.

31. *Op. cit.*, tomo II, p. 11.

32. Stanley FISCHER y otros, *op. cit.* p. 248.

33. John P. GOULD y Edward P. LAZEAR, *op. cit.* pp. 619 y 640. ³⁴

34. Karl E. CASE y Ray C. FAIR, *principios de economía*, prentice-hall hispanoamericana, México, 1997, p. 344.

agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:..." fijar, elevar concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios, intercambiar información con el mismo objeto o efecto; establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios; dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

5. 8. 8. Prácticas monopolísticas relativas

En el artículo 10 de la *ley federal de competencia económica* existe un segundo rubro, el de las prácticas monopolísticas relativas; ellas están sujetas a que se compruebe que son violatorias de esa ley, que se trata de un mercado relevante o que un agente tiene poder substancial en el mercado. La carga de la prueba de que se está en uno de los supuestos sancionados por la ley, corre a cargo de la comisión federal de competencia, ello independientemente de que quienes son señalados como responsables deban aportar cuanta documentación les sea requerida.

Como Prácticas monopolísticas hay diferentes figuras a las que la ciencia económica identifica con un nombre técnico, ellas son, entre otras las siguientes:

5. 8. 9. Dumping

El dumping "Éste consiste en que una empresa o industria venda productos en el mercado mundial a precios *inferiores* al costo de producción.... En términos generales, una compañía recurre al *dumping* cuando desea imponer su dominio sobre un mercado mundial. Una vez que los precios bajos de los artículos vendidos en condiciones de *dumping* logran eliminar a toda la competencia, la empresa que practicó el *dumping* puede explotar su posición elevando el precio de su producto."³⁵

5. 8. 10. Cártel

Otra figura de carácter económico que altera el mercado, que es sancionable en los términos del artículo 28 constitucional y las leyes que de ella emanan, es el cártel, lo es por cuanto a que se origina en un acuerdo del que pudieran derivar perjuicios a los consumidores.

35. CASE Y FAIR. *OP. CII.*, PP. 558 Y 559.

"Un cártel es una combinación de empresas cuyo propósito es limitar el alcance de las fuerzas competitivas dentro de un mercado: Puede asumir la forma de una colusión, en la que las empresas que intervienen celebran un contrato relativo al precio y posiblemente otras variables del mercado. ... en un sentido amplio, las asociaciones comerciales, las organizaciones profesionales y otras agrupaciones similares realizan muchas de las funciones que suelen asociarse a los cárteles."³⁶

Las prevenciones a que alude el artículo 131 constitucional están encaminadas, entre otras cosas, a combatir los *dumpings* y *cárteles*.

"Entre la gran diversidad de servicios que un cártel puede ofrecer a sus miembros, hay dos de capital importancia: la fijación de precios y la repartición del mercado."³⁷

5. 8. 11. Concentraciones

El artículo 16 de la *ley federal de competencia* define a las concentraciones: "Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realicen entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos."³⁸

La misma ley, en su artículo 18 determina los casos en que una concentración debe ser impugnada o sancionada.

5. 8. 12. Monopolios permitidos

No todos los monopolios están prohibidos; la constitución enumera algunos cuya existencia permite; para hacerlo recurre a la fórmula de negarles el carácter de tales. Algunos, ciertamente, en la práctica o por su naturaleza, pudieran no tener tal carácter.

36. John P. GOULD y Edward P. LAZEAR, *op. cit.*, pp. 545 y 546.

37. John P. GOULD y Edward P. LAZEAR, *op. cit.*, pp. 545 y 546. Paul A. SAMUELSON y William D. NORDHAUS, *op. cit.*, lo definen; "Cártel es una organización de empresas independientes, que producen bienes similares, que trabajan conjuntamente para elevar los precios y restringir la producción. Actualmente es absolutamente ilegal, salvo algunas excepciones, en Estados Unidos y en casi todas las demás economías de mercado que las empresas coludan fijando conjuntamente los precios o repartiéndose los mercados." P. 171. Stanley FISCHER y otros, *op. cit.*, "Cuando las empresas de una industria se reúnen y acuerdan explícitamente los precios y los niveles de producción, se dice que forman un *cártel*." P. 278; y CASE y FAIR, *op. cit.*: "*Cártel* Grupo de empresas que se reúnen y toman decisiones conjuntas sobre precio y producción, con el fin de maximizar los beneficios conjuntos." P. 362.

38. Véase a Rafael PÉREZ MIRANDA, *propiedad industrial y competencia en México*, editorial porrua, México, 1994, p. 198.

La enumeración que hace el artículo 28 es exhaustiva; tiene que serlo; se trata de una excepción a la regla general que los prohíbe; no le es dado al legislador ordinario aumentar el número de los que se hallan en la excepción; tampoco puede dejar prohibir otros, que aunque sean organizados por el propio estado, impidan u obstaculicen el tráfico. Por lo que respecta a los monopolios que permite, lo que más puede, es hacer regular su actividad de tal manera que actúen dentro del ámbito natural de un sistema de libre competencia.

En virtud de lo anterior, dado lo dispuesto por el artículo 133 constitucional, que dispone la supremacía de la constitución sobre las leyes y los tratados, al negociarse y firmarse el *tratado de libre comercio de América del Norte*, no hubo más que reconocer:

"Artículo 1502. Monopolios y empresas de Estado

1. Ninguna disposición de este Tratado se interpretará para impedir a las Partes designar³⁹ un monopolio.
2. Cuando una Parte pretenda designar un monopolio, y esta designación pueda afectar los intereses de personas de otra Parte,..."

"Artículo 1503. Empresas de Estado

1. Nada de lo dispuesto en este Tratado se interpretará para impedir a una Parte mantener o establecer empresas de Estado."

Por virtud de ese *tratado*, a pesar de su naturaleza secundaria, se tuvo que operar un cambio a nivel interno; uno de ellos tuvo que ver con la vigencia de las leyes anti monopólicas que existían.

6. La ley federal de competencia económica

Las leyes que por virtud de las cuales se daban bases a los poderes federales para combatir los monopolios y otras prácticas nocivas han sido abrogadas, han sido sustituidas por la *ley de competencia económica*.

6.1. Antecedentes

En el *tratado de libre comercio de América del Norte*,⁴⁰ celebrado en 1993, al que se ha aludido anteriormente, las partes contratantes, en su artículo 102, fijaron, entre otros:

- " 1. Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de la manera más específica a través de sus principios, reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:
- a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre los territorios de las Partes;
 - b) promover condiciones de competencia legal en la zona de libre comercio;"

En ese contexto, el tratado, en su capítulo XV, regula lo relativo a la *política en materia de competencia, monopolios y empresas del estado*; su artículo 1501 dispone lo siguiente:

- "1. Cada una de las partes adoptará o mantendrá medidas que prohíban prácticas de negocios contrarias a la competencia y emprenderán las acciones que procedan al respecto, reconociendo que estas medidas coadyuvarán a lograr los objetivos de este Tratado. Con este fin las Partes realizarán ocasionalmente consultas sobre la eficacia de las medidas adoptadas por cada Parte."

Con vista a esas obligaciones contraídas por virtud del *tratado de libre comercio*, con fecha 25 de noviembre de 1992, el presidente de la república presentó ante el congreso de la unión, por conducto de la cámara de diputados, una iniciativa de *ley de competencia económica*. A ella y al dictamen formulado por las comisiones unidas de comercio y de patrimonio y fomento industrial se le dio primera lectura en la sesión correspondiente al día 11 de diciembre de 1992. Fue discutida por los diputados en la sesión relativa al día 14 de diciembre de ese mismo año; se aprobó por 317 a favor y 30 en contra.

Fue publicada en el *diario oficial de la federación* correspondiente al 24 de diciembre de 1992. En el texto finalmente publicado se observan deficiencias, vicios e inconstitucionalidades; las hay de forma y fondo; algunos de ellos pudieran ser deliberados. Hay deficiencias o mala fe en el marco relativo a su entrada en vigor y en la anulación de las leyes en-

39. En el art. 105 de ese *tratado*, se da el siguiente significado: "*designar* significa establecer, designar, autorizar o ampliar el ámbito del monopolio para incluir un bien o servicio adicional, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado."

40. El referido tratado fue ratificado por México.

tonces en vigor. En el artículo primero transitorio se dispuso que entraría en vigor a los 180 días de su publicación; pero en el artículo tercero transitorio se dispuso la abrogación de la *ley orgánica del artículo 28 constitucional en materia de monopolios* de 31 de agosto de 1934; no se precisó que dejaría de tener vigencia a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, por lo que pudiera dar lugar a un eventual vacío legislativo de ciento ochenta días; los monopolios, prácticas monopólicas, los demás actos y hechos prohibidos por las leyes de 34 y de 92, celebrados entre el 25 de diciembre de 1992 y aproximadamente el 24 de junio de 1993, no pueden ser calificados de ilegales; no hay norma que así lo prevea; no lo son bajo la vigencia de la anterior ley, por estar abrogada a partir de la publicación de la *ley federal de competencia económica*; no lo son bajo esta ley por cuanto a que por voluntad del legislador, todavía no entraba en vigor. Hay algo que es más grave; los monopolios, oligopolios, concentraciones, acaparamientos y otras prácticas que obstaculizan o entorpecen el libre tráfico que se constituyeron antes de la entrada en vigor de la *ley federal de competencia económica*, no son susceptibles de ser reprimidos conforme a ella, pretender hacerlo sería dar efectos retroactivos a una ley en contravención del artículo 14 constitucional; tampoco lo pueden ser conforme a las leyes que ella abrogó, por cuanto a que han sido anuladas totalmente, sin haberse previsto su permanencia sólo por lo que toca a actividades o actos contrarios al artículo 28 realizados antes de su entrada en vigor.

No puede dejar de pensarse que los autores de la *ley federal de competencia económica* buscaron legitimar la existencia de ciertos monopolios creados durante la vigencia de las leyes ahora abrogadas, que se constituyeron y subsistieron merced a negligencia o corrupción de las autoridades, como son, entre otros, los de teléfonos de México y televisa.

No obstante que se trata de leyes abrogadas, nada puede impedir que el ministerio público, con base en el artículo 21 y los jueces, con fundamento en el artículo 104 fracción I, actúen para suprimirlos con vista directamente a la prohibición expresa y absoluta que deriva del artículo 28 constitucional: "... quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, ..." Por más que las leyes secundarias que reglamentaban el precepto hayan sido anuladas y no exista base secundaria para actuar, ninguna mala fe del legislador, deficiencia o error de técnica legislativa, puede anular un principio constitucional o impedir su aplicación en casos en que evidentemente se viola su texto.

En la nueva ley, para referirse a la anterior, se usó el término abrogar, que es la anulación total de una ley, con lo que se impide aplicar, en casos de vacíos legislativos, en lo que no se opongan a la actual, las leyes reglamentarias de 1926, 1931 y 1934. En cambio, se dispuso que continuarían en vigor las disposiciones expedidas con base en ellas, sin importar que se tratara de instrumentos normativos inconstitucionales o ilegales. Es evidente que se alude a los reglamentos a esas leyes abrogadas. El artículo 89 fracción I constitucional dispone que la facultad de hacer cumplir las leyes federales corresponde al presidente de la república; la única excepción admisible a esa regla es la prevista también por la propia constitución en el artículo 120 en favor de los gobernadores de los estados. El que en la ley se disponga que es atribución de la comisión federal de competencia su aplicación es contraria al artículo 89.

6. 2. Facultades del congreso de la unión para expedirla

En la constitución no existe una norma que faculte expresamente al congreso de la unión para dar una ley de monopolios o de competencia económica; ello no quiere decir que carezca de ella y que hacerlo corresponda a las legislaturas de los estados.

El fundamento no puede ser el *tratado de libre comercio de América del Norte*, éste, por ser de naturaleza secundaria, no puede atribuir facultades a los poderes; tampoco es factible que por conducto de ellos se altere la distribución de competencia que hace la constitución entre los poderes federales y locales. El fundamento para que se haya expedido está en otra parte. Si el congreso de la unión ha sido facultado para legislar sobre comercio, como una función general referida a un objeto limitado, minería, industria cinematográfica, juegos con apuestas, sorteos, intermediación y servicios financieros, (art. 73 frac. X), para impedir que en el comercio de estado a estado se establezcan restricciones (art. 73 frac. IX), para expedir leyes para la promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico referentes al abasto, la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios social y nacionalmente necesarios (art. 73, frac. XXIX E); expedir leyes tendientes a promover la inversión extranjera, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología (art. 73, frac. XXIX F), implícitamente está facultado para impedir que mediante monopolios, acaparamientos, estancos u otras prácticas, se obstaculice o impida la realización de esas actividades.

El congreso de la unión está facultado para dar todas las leyes que hagan operante y observables los preceptos constitucionales aludidos; eso es lo que se desprende de la fracción XXX del artículo 73 constitucional. Los congresos de los estados, dado a que su competencia legislativa está circunscrita a los límites de su territorio, están impedidos a dar leyes de aplicación en todo el territorio nacional. Independientemente de lo anterior, por virtud del artículo 124, carecen de competencia para legislar sobre las materias citadas; están facultados para combatir monopolios en relación con las materias que les han sido reservadas; respecto de ellas no puede legislar el congreso de la unión, su intervención podría hacer nugatoria la facultad de los poderes locales; éstos, si tienen reservada una materia, también están facultados para impedir la existencia de monopolios en ellas. La actuación local tiene su apoyo en el propio artículo 28 constitucional.

6. 3. Alcance y limitaciones del legislador en la materia

El hecho de que se reconozca al congreso de la unión la facultad para reglamentar lo relativo a monopolios y demás prácticas prohibidas por el artículo 28, no implica que pueda reglamentar todas las instituciones previstas en él y que lo pueda hacer sin límites; al respecto, con vista al contexto, es preciso hacer distingos y salvedades:

La primera, materias respecto de las cuales el propio artículo 28 prevé expresamente que pueden legislar los congresos locales, como son lo relativo a asociaciones de trabajadores o sociedades cooperativas de productores, en los términos previstos en el párrafo octavo. Se trata de una facultad coincidente en cuanto a autorización, vigilancia y derogación que tienen la federación y los estados.

Como se afirma más adelante, el legislar en materia de derechos de autor no es materia cuya regulación y aplicación haya sido conferida a los poderes federales. Aunque el congreso de la unión ha legislado en la materia, jurídicamente la materia corresponde a los estados.

El congreso de la unión no puede legislar respecto de acaparamientos de artículos que no sean mercancías y sean bienes muebles o inmuebles; respecto de estas materias la fracción II del artículo 121, atribuye la función de legislar a los congresos locales; la norma no establece salvedades, no distingue, por lo mismo la regla debe ser considerada como general.

Lo relativo a las asociaciones y agrupaciones de profesionistas, de conformidad con los artículos 3o., 9o., 73, fracción XXV y 121, fracción V, en cuanto a la regula

ción legal de su constitución, funcionamiento y vigilancia es facultad que corresponde a los estados; cuando los directivos o miembros de ellas actúen de tal manera que impidan u obstaculicen el libre ejercicio profesional, pueden ser perseguidos y castigados por ello, pero las facultadas para prohibir, mediante la ley, esas prácticas son las legislaturas de los estados; son los jueces locales los competentes para conocer de violaciones que se den en la materia.

Los autores de la ley, mediante el uso de una fórmula general, dispusieron que ella tiene por objeto la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios (art. 2o.); dado el texto del artículo 28, que legaliza ciertos monopolios y permite la existencia de ciertas prácticas que impiden la competencia respecto de ciertas materias, como son las patentes a inventores y perfeccionadores y los derechos de autor, la ley no puede tener la generalidad que pretendió dársele y sí debe preveer la posibilidad de que temporalmente existan ciertas concentraciones que alteran o influyen en la competencia o que causen perjuicio a clases económicamente débiles. La constitución da base para ello al declarar que no constituyen monopolios.

El autor de la ley y quienes la apliquen no pueden, con base en ella, pretender combatir monopolios como los conocidos en economía como *naturales*, que se forman por virtud de que el mercado de determinado producto sea reducido y por ello lo controlen uno, dos o tres personas; el número de personas que se dedican, por ejemplo, a fabricar marimbas o jabón de cacahuananche, necesariamente debe ser tan reducido que terminen siendo un monopolio. Por más que la comisión federal de competencia u otras autoridades pretendan actuar para introducir la libre competencia en el proceso de producción, estimular la participación de otros fabricantes y se sancione a quienes son titulares únicos de la actividad, no podrán actuar en los términos que dispone la ley, por cuanto a que la fabricación del artículo supone el conocimiento especializado de la actividad y que el mercado es reducido, lo es tanto que es imposible que alguien se interese en participar como competidor; la participación de un tercero, por los principios que regulan los *monopolios naturales*, pudiera traer aparejado un aumento en el precio del producto. En todo caso se tratará de un monopolio no punible.⁴¹

41. En este sentido estaba en lo correcto el legislador de 1931 al disponer: "art. 2o.- Para los efectos de esta ley se entiende monopolio punible, toda situación industrial o mercantil en la cual queda suprimida la libre concurrencia con perjuicio del público en general o de alguna clase social;..."

En la fracción IV del artículo 9o. de esa *ley federal de competencia económica* se dispone que considera como practica monopólica absoluta "El establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas."

El congreso de la unión carece de competencia para dar una norma de efectos tan generales; puede, ciertamente, combatir las practicas a que alude en la fracción a condición de que se trate de actos de naturaleza mercantil o estén relacionados con materias que sean susceptibles de ser reguladas por ese órgano legislativo, pero no puede pretender injerencia en esa clase de actos cuando ellos estén referidos a materias de derecho común; los órganos federales no pueden impedir las prácticas a que alude la fracción cuando se trate de subastas o almonedas que se lleven ante los juzgados locales y en juicio de naturaleza civil. Son las legislaturas de los estados las que, en ejercicio de las facultades que para ellas derivan del artículo 28, deben legislar a fin de impedir las prácticas a que alude la fracción IV del artículo 9o. Ante su negligencia el congreso de la unión no lo puede hacer en uso de facultades concurrentes; éstas sólo son susceptibles de ser ejercidas por las legislaturas ante la inacción del poder legislativo federal. La existencia de las facultades concurrentes sólo se explica en función de que en un sistema federal, como el norteamericano, fueron estados preexistentes los que, al renunciar a ciertas facultades, conformaron el campo de acción de los poderes federales y que aquellos, ante la inactividad de éstos, en uso de facultades residuales, podían actuar transitoriamente.

El artículo 3o. de la *ley* dispone: "Están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal ..." El legislador federal excedió su campo de acción; no todas las personas físicas y morales pueden estar sujetas a la ley; no lo están quienes no son comerciantes y que no realicen actos de comercio. Tampoco lo pueden estar los estados, sobre ellos existen sólo las intervenciones que en forma expresa prevé la propia constitución.

6. 4. Atribuciones de la comisión federal de competencia

El segundo párrafo del artículo 38 de la *ley federal de competencia económica*, dispone lo siguiente: "No procederá acción judicial o administrativa alguna con base en esta ley, fuera de las que la misma establece".

Con vista a lo dispuesto por los artículos 21, 102 A y 104 fracción I no puede ser admisible una prevención de esa naturaleza; se trata de una norma anticonstitucional.

De conformidad con el artículo 21 constitucional "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público,..." Y si de conformidad con el artículo 104 fracción I "Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: 1. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano...."

Ambos preceptos establecen tres reglas generales, que no admiten excepciones:

Que los únicos que pueden imponer penas son los jueces;

Que la investigación de los delitos y la persecución de sus autores incumbe al ministerio público; Que son los jueces federales los únicos competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales. En virtud de lo anterior, quien debe actuar por eventuales violaciones al título décimo cuarto del *código penal*, antes que otros, es el ministerio público federal; sólo si el estima que no hay delito que perseguir deben actuar las autoridades administrativas, en el caso la comisión federal de competencia. Una ley de naturaleza secundaria, como lo es la *ley federal de competencia económica*, no puede derogar o dejar sin efectos para los casos particulares que ella dispone, un mandamiento constitucional, que aparte de ser fundamental es general y sin excepciones.

Se dirá que la comisión federal de competencia no impone penas, que simplemente aplica sanciones; esto, en principio, es cierto; pero no puede dejar de reconocerse que las sanciones de multa previstas en el artículo 35 de la *ley federal de competencia económica*, dado su monto, llegan al extremo de ser confiscatoria, lo que es contrario al artículo 22 constitucional y son aplicadas por una autoridad administrativa; independientemente de que para justificarlas se argumente de que es elevada, en función del perjuicio que causa a la sociedad la actividad ilícita y el beneficio que ella reporta a su autor. El artículo 104 fracción I establece también otra regla general: los jueces federales y no la comisión federal de competencia, son los facultados para conocer de todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales y los tratados; el precepto fundamental no

dispone en ningún momento que salvo aquellas que tengan que ver con la competencia económica. No se debe distinguir donde la ley no ha distinguido.

Se podría argumentar que de las materias de que conoce la comisión federal de competencia económica no son propiamente controversias, que simplemente se trata de procedimientos en los que se investigan violaciones a la ley de la materia. Ello es falso; de los términos de los artículos 32 se desprende que hay un acusador, una denuncia y un presunto responsable; que se hace un emplazamiento, se ofrecen pruebas y se dicta una resolución; se trata de un procedimiento de contradicción con vistas a encontrar una verdad legal. Eso, en derecho, es una controversia y de ella sólo pueden conocer los jueces federales.

Una ley de naturaleza secundaria, y la *ley federal de competencia* es una de ellas, no es capaz de derogar un precepto de la constitución, el principio de supremacía constitucional que se desprende de los artículos 41 y 133 lo impiden.

Se ha precisado anteriormente que los únicos competentes para conocer de las violaciones a la *ley federal de competencia económica*, son los jueces federales; ello es absolutamente cierto; el principio es oponible frente a la citada comisión federal de competencia y a los jueces de los estados y del Distrito Federal. En efecto, por lo que respecta a estos carecen de competencia para aplicar la *ley federal de competencia*; de conformidad con la fracción I del artículo 104 constitucional, ellos pueden aplicar leyes federales y tratados sólo en los casos en que se afecten intereses particulares.

De los términos en que están redactados el artículo 28 constitucional y la *ley federal de competencia económica*, que lo reglamenta, se desprende que ellos buscan proteger los intereses del público en general, los de las clases económicamente débiles, la libre concurrencia y el libre mercado; por lo mismo, su ámbito regulatorio excede lo que propiamente es la esfera de interés particular, por ello los jueces de los estados carecen de competencia para aplicarla. A pesar del texto del segundo párrafo del artículo 38 antes transcrito, sí procede acción judicial por aplicación de esa ley y los jueces federales sí tienen competencia para conocer de las controversias que se susciten con motivo de su aplicación. La *ley de competencia* es una ley federal, formal y materialmente hablando; la emitió el congreso de la unión y promulgó el presidente de la república; en su nombre lleva el calificativo de federal. Se está en el supuesto previsto por el artículo 104 fracción I.

El conocimiento que asuman los jueces federales de un negocio en que esté de por medio alguna materia relacionada con esa ley, necesariamente es excluyente de la intervención de la comisión.

El recurrir ante los jueces es un derecho que de conformidad con el artículo 17 constitucional tienen todos los mexicanos; una ley secundaria no puede privar a nadie de demandar ante los tribunales federales por la aplicación de una ley expedida por el congreso de la unión, tal como lo hace el artículo 38 de la *ley federal de competencia*.

El que no proceda una acción administrativa pudiera ser una prohibición válida; finalmente, si de conformidad con el artículo 23 de la *ley federal de competencia* la comisión es un órgano administrativo, sería redundante e inútil que otra autoridad de la misma naturaleza conociera de violaciones a esa ley; tiene que prevalecer el principio de economía.

7. Los monopolios y otras actividades en las leyes penales

La regulación antimonopolística y sancionadora de otras prácticas nocivas no se concentra exclusivamente en la *ley federal de competencia económica*, en el título décimo cuarto del *código penal* para el Distrito Federal, de aplicación federal, se contiene un capítulo, el primero: delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, en el que se prevén conductas delictivas; en el artículo 253 se establecen sanciones para quienes acaparan, ocultan o injustificadamente se niegan a vender, con objeto de obtener una alza en los precios o afectar el abasto a los consumidores; los actos o procedimientos que eviten o dificulten la libre concurrencia en la producción o en el comercio; la limitación a la producción o el manejo que se haga de la misma con el propósito de mantener las mercancías en injusto precio; todo acuerdo o combinación que se haga de productores, industriales, comerciantes o transportistas para evitar la competencia entre sí; la suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un alza en los precios o se afecte el abasto de los consumidores y otras conductas similares.

Dentro de ese mismo capítulo, los artículos 254 y 254 bis describen otras actitudes punibles y que no están relacionadas con la libertad de comercio.

Debe entenderse que esos delitos siguen existiendo por cuanto a que la *ley federal de competencia económica* no derogó esa parte del *código penal*. Como se ha dicho anteriormente, la función abrogatoria de esa ley estuvo referida sólo a las leyes expresamente enumeradas en el artículo tercero transitorio.

Dada la existencia de dos órdenes normativos que contemplan fenómenos similares, con vista al texto de ellos, es de suponerse que la acción de la comisión federal de competencia está referida a anular el acto, impedir su reiteración y a sancionar económicamente a los responsables y que la intervención de los jueces penales está encaminada a castigar penalmente una conducta considerada delictiva, sin importar los actos o hechos en sí.

De los términos en que está redactado el segundo párrafo del artículo 28 constitucional se desprende que la persecución que se haga de los responsables de violar ese precepto fundamental es una función que se ha encomendado a varios y no a una sola comisión: "En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán...." Se utiliza el plural, no el singular. El precepto establece una acción difusa confiada al ministerio público federal, los jueces y a la comisión federal de competencia, mediante el ejercicio de diferentes acciones y a través de diversos procedimientos.

Existe la posibilidad de que en algunos casos lo resuelto por la comisión y un juez penal sea contradictorio; que una estime que se ha realizado alguna actividad violatoria del artículo 28 constitucional y de su ley reglamentaria y que un juez, en relación con los mismos hechos, se pronuncie por la inocencia del reo en un proceso que se siga ante él, por haberse incurrido en los supuestos previstos en los artículos 253y254del *código penal*.

También puede suceder que una misma actividad pudiera ser juzgada y sancionado su autor por dos autoridades diferentes lo que es contrario al artículo 23 constitucional.

Para el caso de que un particular esté siendo juzgado por una autoridad judicial federal por violaciones al título décimo cuarto del código penal, la comisión federal de competencia no lo puede pretender investigar y enjuiciar ante ella; debe terminar por prevalecer en el conocimiento de la violación aquella autoridad a la que la constitución confiere la facultad de conocer, sobre la actuación de la autoridad la que funda la suya en una ley secundaria. La comisión carece de atribuciones para solicitar a un juez federal decline el conocimiento de una causa.

En lo relativo al recurso de reconsideración en contra de las resoluciones de la comisión, la *ley* señala como autoridad para conocerlo a la misma autoridad que

emitió el acto cuestionado. Se trata de una autoridad que investiga, de hecho juzga y legalmente resuelve recursos que se hacen valer contra sus determinaciones. No puede dejar de ser juez y parte. El último párrafo del artículo 39 de la *ley federal de competencia*, dispone: "La Comisión dictará resolución y la notificará en un término que no exceda de 60 días contados a partir de la fecha en que se haya interpuesto el recurso. El silencio significará que se ha confirmado el acto impugnado."

La disposición tiene, entre otras, las siguientes implicaciones:

Una, que para el caso de no dictarse resolución por parte de la comisión dentro del plazo establecido, quien hizo valer el recurso de reconsideración, debe interponer su juicio de amparo dentro de los quince días hábiles que sigan al vencimiento del plazo de sesenta días durante el cual debió haberse emitido la resolución; el recurrente debe partir del supuesto de que la resolución que recurrió fue ratificada. También, de no haber resolución de parte de la comisión dentro del plazo establecido, dado a que el silencio debe ser tomado como una confirmación de la resolución impugnada, para los efectos de los agravios en el amparo, debe tomarse como base la resolución impugnada mediante el recurso de reconsideración.

En el fondo los elementos que utilizó en su recurso para impugnar la resolución deben ser los mismos que son susceptibles de ser usados para los efectos del agravio en el amparo; pero existirá la duda de si es dable invocar violaciones adicionales y no consideradas en el recurso ordinario interpuesto; ante un acto que en principio es negativo en forma tácita y no existen elementos que impugnar, la posibilidad de la amplitud de una demanda de amparo debe ser la regla general; el quejoso no está limitado en su demanda a sólo aquello que fue materia de su recurso de reconsideración

8. Actos que de hecho son monopolios

Las actividades a que aluden los párrafos 7, 8 y 9 del artículo 28, económicamente son monopolios; una declaración de la constitución en el sentido de que no lo son, no es suficiente para cambiar los hechos, no elimina el calificativo; se está frente a monopolios que están permitidos⁴² La enumeración es reiterada por el artículo 6o. de la ley.

⁴² "No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en la áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes...."

9. Las prácticas monopólicas

El artículo 9o. de la *ley federal de competencia económica*, determina cuáles son las prácticas monopólicas; describe ciertas actividades específicas y finalmente su fracción VII establece un criterio general: "En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios."

10. La ley federal de competencia y los estados

En la *ley* se hace referencia a los estados y municipios en forma reiterada; las más de las veces se observa que la regulación atenta contra la autonomía de los primeros.

10.1. Los estados y los municipios como sujetos de la ley

En el artículo 3o. de la *ley* se dispone que están sujetos a lo dispuesto por ella, todos los agentes económicos, sin importar que ellos sean parte de la administración pública estatal o municipal. El congreso de la unión carece de competencia para dar una norma con alcances tan generales; ella, por no establecer salvedades, atenta contra la autonomía que constitucionalmente corresponde a los estados. El hecho de que tenga facultad para legislar en materia de comercio, no lo autoriza para pretender normar, en términos generales, la conducta de servidores públicos locales que actúen como agentes. El que las legislaturas de los estados estén facultadas para legislar sobre determinadas materias, no implica la posibilidad de que, en ejercicio de su

"No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso...."

"Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora."

función legisladora, pretendan normar la actuación, vigilar o sancionar a la federación por actos o hechos que realicen sus agentes. Un sistema federal presupone la existencia de dos órdenes coextensos y de idéntica jerarquía, cuando ambos actúan dentro del ámbito de su competencia, no pueden ser objeto de supervisión o control de parte del otro.

Una autoridad administrativa carece de competencia para juzgar y sancionar a los estados, por posibles violaciones a la *ley* en que incurran sus agentes económicos.

10.2. Actos prohibidos a los estados por la ley

Dentro del apartado de *los monopolios y las prácticas monopólicas*, la *ley*, en su artículo 14, alude una forma en que los estados prohíben u obstaculizan el comercio internacional e interestatal; se trata también de una práctica alcabalatoria que está prohibida por la constitución a los estados: "En los términos de la fracción V del artículo 117 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no producirán efectos jurídicos los actos de autoridades estatales cuyo objeto directo o indirecto sea prohibir la entrada a su territorio o la salida de mercancías o servicios de origen nacional o extranjero."

La fracción V del artículo 117 constitucional dispone: "Los Estados no pueden, en ningún caso: ... Prohibir ni gravar, directa ni indirectamente, la entrada a su territorio, ni la salida de él, a ninguna mercancía nacional o extranjera;". De acuerdo a lo previsto por la base quinta, inciso h del artículo 122, esas prohibiciones también son imponibles a los órganos de gobierno del Distrito Federal.

La fórmula de la *ley* es limitada e incompleta; además es contraria a la constitución y atenta contra las instituciones públicas por ella previstas. Es limitada por cuanto a que no obstante que por virtud de lo dispuesto por el artículo 122 antes citado, no se comprende a los órganos de autoridad del Distrito Federal; ellos también pueden crear impuestos alcabalatorios. También lo es por cuanto a que sólo alude a una de las dos formas previstas en la constitución en que los estados pueden obstaculizar el tráfico de mercancías: la de prohibir y no alude a la de gravar.

Se trata de actos que por ser contrarios a una prohibición constitucional expresa, en principio, debían ser estimados nulos, independientemente de la responsabilidad en que pudieran incurrir sus autores. Hay un impedimento: todo acto de autoridad, sin importar que sea federal o local, se presume, sin excepción, que es conforme a la constitución o que

emana de ella; esa presunción sólo se puede romper por una declaración judicial emitida en los términos que marca la ley.

Para hacer operante la prohibición absoluta que deriva de la constitución, la *ley* declara que los actos que realicen las autoridades de los estados, no producirán efectos jurídicos. Esos actos, en los más de los casos, son leyes; es a través de ellas como las legislaturas prohíben, crean impuestos o prevén obstáculos. El legislador por vía de la ley impide, concede o destruye.

El autor de la *ley federal de competencia económica* en ésta y otras materias no fue original y sí poco afortunado. Tomó la idea de la *ley de coordinación fiscal*, en lo relativo a procedimientos que establece para sancionar posibles violaciones a su texto.⁴¹ El artículo 15 de la *ley* dispone: "La Comisión podrá investigar de oficio a petición de parte si está en presencia de los actos a que se refiere el artículo anterior y, en su caso, declarar su existencia. La declaratoria será publicada en el *Diario Oficial de la Federación* y podrá ser impugnada por la autoridad estatal ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación."

El precepto confiere a una autoridad, que es administrativa, dos atribuciones que son inadmisibles en un sistema federal de gobierno y de graves consecuencias: investigar actos de los poderes de los estados y la de usurpar funciones que sólo corresponden a los jueces, la de declarar que algunos de esos actos son contrarios a la constitución; aunque el precepto no lo dispone expresamente, lo cierto es que por virtud de la declaración es de suponerse que mientras la suprema corte de justicia de la nación no emita una resolución, el acto local queda suspendido en su vigencia.

Una comisión dependiente del poder ejecutivo no puede investigar por sí ni a petición de parte, la actuación de los poderes de un estado; mucho menos suspender la vigencia de sus leyes; el conocimiento de una violación a las prohibiciones absolutas previstas en el indicado artículo 117, después de las reformas de 1994 al artículo 105, sólo son competencia de la suprema corte de justicia de la nación por vía, principalmente, de la controversia constitucional, en ella, en respeto de la autonomía de los estados, la suspensión del acto se ha rodeado de diferentes precauciones.

En un sistema federal, dada la independencia de los dos órdenes de gobierno y de la autonomía de que

gozan, las intervenciones que entre los poderes centrales y locales pueden darse sólo son las expresa y limitativamente previstas por la constitución. El legislador ordinario, federal o local, no puede, mediante leyes de naturaleza secundaria, aumentar el número de ellas. Cuando lo hace viola el pacto federal.

Tampoco puede la comisión federal de competencia en relación con actos de los poderes de los estados, declarar que ellos son violatorios de la constitución y, mucho menos, anularlos de hecho o disponer que no surtirán efectos y pretender que esa declaración jteilga el carácter de general. Como se ha dicho los actos de autoridad tienen a su favor la presunción de que están apegados a la constitución; únicamente una sentencia dictada por jueces federales puede romper esa presunción; por regla general, dado el principio de relatividad de las sentencias de amparo, sólo son declarados inválidos en forma relativa; esos jueces lo hacen por cuanto a que existe texto expreso que así lo determina (art. 107). Para que alcancen efectos generales se requiere recurrir a alguna de las vías previstas en las fracciones I y II del artículo 105 y en los supuestos previstos por ellas se requiere una mayoría especial.

En el sistema jurídico mexicano, por virtud del sistema federal adoptado, la declaración de nulidad de los actos de los poderes de los estados, es función que sólo ha sido confiada a las autoridades judiciales federales, y sólo en los casos previstos y a través de las vías expresamente determinadas por la constitución; no existe prevención en ésta que establezca una salvedad y que confiera esa función a una autoridad administrativa.

El congreso de la unión, que es una autoridad constituida, autor de la *ley federal de competencia económica*, no puede alterar los principios de distribución de competencias que la constitución establece.

La presunción de que una ley emitida por las legislaturas de los estados está de acuerdo con la constitución es válida siempre, sólo puede romperse por una declaración en contrario emitida por la autoridad judicial federal por las vías de amparo, cuando el criterio forma jurisprudencia, o por resolución de la suprema corte de justicia de la nación, emitida en una controversia constitucional o en una acción de inconstitucionalidad.

Aun admitiendo que la constitución en su artículo 133 prevé un sistema difuso del control de la constitucionalidad, no puede sostenerse que la comisión de competencia pueda asumir la atribución de suspender la vigencia de una ley e, implícitamente, de-

42. Véanse los artículos 11 y 12 de la citada ley.

clararla no conforme a la carta magna. Para que lo pueda hacer se requiere un texto expreso de naturaleza fundamental que lo permita. Para que los jueces de los estados puedan hacer un juicio de valor respecto de sus leyes, en relación con la constitución general, se requirió texto expreso; no obstante existir éste, muchos dudan que les asista la facultad para hacerlo.

No es dable al legislador ordinario incrementar la competencia de la suprema corte de justicia de la nación; ella, dada su composición y forma de actuar, es un tribunal de competencia excepcional y limitada, sólo puede ejercer su facultad jurisdiccional en relación con las materias expresamente enumeradas en la constitución.

Ciertamente en la *ley de coordinación fiscal* se prevé un procedimiento parecido al que establece el artículo 15 de la *ley federal de competencia*, pero la norma que la establecía era de dudosa constitucionalidad antes de la reforma constitucional de 1994, por lo que en la actualidad, dados los términos del nuevo artículo 105, existe la certeza de que es contrario a la constitución.

11. La comisión federal de competencia

La *ley federal de competencia económica* prevé la creación de un órgano al que denomina comisión federal de competencia económica; sigue el modelo de organización que existe en los Estados Unidos de América; a ella se confiere la facultad de aplicarla. Ello atenta contra el principio de distribución de competencias.

La constitución confiere al presidente de la república la facultad de aplicar las leyes federales, no establece salvedades, por ello es de dudosa constitucionalidad el que se le haya conferido la atribución de aplicar la indicada ley a una comisión. No está en duda la facultad que tiene el congreso de la unión para crear empleos públicos de la federación y de señalar, aumentar o disminuir sus dotaciones (art. 73 fracción XI). Lo que se pone en duda es que, en contra de lo dispuesto por los artículos 21 y 89 fracción I, se confiera a un ente administrativo desconcentrado y autónomo, la responsabilidad de prevenir, investigar y combatir los monopolios y otras prácticas prohibidas por la constitución y las leyes federales. Hacerlo es contrario a la constitución.

Se llegó a proponer por diputados del partido acción nacional que cuando menos tres de los miembros de la comisión fueran designados por el presidente de la república y que ellos fueran aprobados por la cá-

mara de diputados; aunque la propuesta era válida, con vista a impedir favoritismos de parte del presidente de la república, la medida es contraria a la constitución; al congreso de la unión y a las cámaras que lo conforman, sólo les corresponden aquellas facultades que derivan a su favor de la constitución, a ellos no les es dable, mediante la ley que el propio congreso emite, aumentar sus facultades; hacerlo es contrario al artículo 124.

El legislador, ante la imposibilidad de determinar todos los casos en que un agente-económico tiene poder substancial en el mercado relevante, dispuso en su artículo 13, fracción VI que deberán considerarse "Los demás criterios que se establezca en el reglamento de esta ley." Un principio de tal naturaleza, tal como lo sostuvo el diputado Fauzi Hamdam Amad en la tribuna: "Esto es un grave peligro, porque esta comisión tiene facultades casi omnímodas para fijar todos los criterios de los llamados actos de monopolio absoluto o relativo, las llamadas concentraciones." Las limitantes a los derechos de libre ejercicio profesional, tráfico y de que cada quien puede dedicarse a la industria, comercio o trabajo que le acomode y que consagra el artículo 5o. constitucional sólo puede vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de terceros, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. No le es dable a la autoridad administrativa, al reglamentar una ley, disminuir los derechos individuales. Los jueces cuando actúan, aunque no lo disponga así el propio artículo 5o, siempre deben hacerlo con vista a una ley. Los poderes legislativos sólo pueden reglamentar un derecho individual cuando son facultados expresamente por la carta magna; ello pudiera derivar en restricciones. La autoridad gubernativa, que en el caso debe ser el presidente de la república, no puede limitar cuando aplica una ley, mucho menos lo puede hacer con vista a un reglamento que él mismo haya expedido o una comisión, como lo es la de competencia.

12. Los estancos

Los estancos son una de las formas en que se manifiestan los monopolios; en ellos está de por medio una autorización por virtud de la cual se reservaba a alguien el privilegio exclusivo de vender o explotar una mercancía; la concesión de la licencia implicaba la prohibición, a quienes no estuvieran comprendidos en ella, de dedicarse a ejercer esas dos funciones. Mercancías estancadas fueron los sellos, el tabaco, el azogue o mercurio, los cerillos, entre otros.

Escríbe los definía como: "El embargo ó prohibición del curso y venta libre de algunas cosas, ó el asiento que se hace para apropiarse la venta de mercancías y otros géneros, poniendo coto para que no se vendan sino por determinadas personas y á precio fijo."⁴⁴

Al concederse la exclusividad a una persona o a un reducido número de ellas, la autoridad controlaba una mercancía con vista a obtener un ingreso o renta; por medio de ellos se garantizaba el pago de un impuesto cuya exacción hubiera sido muy costosa o difícil por las vías ordinarias de cobro que existen.

En la *ley orgánica del artículo 28* de 1934, siguiendo a la *ley orgánica* de 1931, se daba la siguiente definición: "Art. 2o. Se entiende por estanco el monopolio constituido en favor del Estado para procurar un provecho al Fisco."

13. Las concentraciones y los acaparamientos

Cuando se adquiere con ánimo de lucro la casi totalidad de un bien se está frente a un acaparamiento; por virtud de esa concentración se da una escasez artificial que repercute en la alza del valor del bien acaparado

14. Concesiones que se pueden otorgar

Con base en el párrafo décimo del artículo 28, el estado mexicano puede concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la federación. El precepto es impreciso e incompleto.

Por estado mexicano, según se desprende del artículo 3o. debe entenderse la federación, los estados y los municipios; no obstante ello en el artículo 28 se toma como sinónimo de federación; él se limita a preveer la posibilidad de que ésta concesione sus servicios o bienes; no dispone nada por lo; que toca a los estados; no se trata de una prohibición implícita; ellos y los municipios también lo pueden hacer, el fundamento para que lo hagan son la h constitución v las leves locales.

44. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, editorial e impresora norbajacalibniana, Ensenada, 1974, p. 650.

No había necesidad de introducir confusión; si lo que se pretendía era dar base para que la federación pudiera concesionar servicios y bienes, era suficiente con haberlo dispuesto así, sin recurrir al uso del término estado; ahora bien, si lo que se quería era dar base para que la federación, los estados y los municipios hicieran lo mismo, no debió haberse introducido el término federación. En el precepto se usa la conjunción copulativa y, la explotación, uso y aprovechamiento, ello implica que siempre deberán concesionarse de esa forma los bienes de dominio de la federación; parece que esa no es la idea, que debió haberse usado la conjunción o.

15. La reglamentación del artículo 28 por las legislaturas de los estados

El legislar en materia económica se ha entendido que es facultad que corresponde al congreso de la unión; de ese supuesto partieron los autores de la *ley federal de competencia económica*; ese punto de vista no es correcto. El que en el artículo 25 constitucional se disponga "Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional..." y en el artículo 26 se prescriba "El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional ..." no implica necesariamente que el único que puede regular esas materias sea el congreso de la unión. Como se ha visto estado y federación no son sinónimos; no lo son cuando menos en la terminología constitucional.⁴⁵ Cuando el artículo 26 dispone: "La ley facultará al Ejecutivo ..." o más adelante: "En el sistema de planeación democrática, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley." Se faculta a ese órgano legislativo federal para establecer los procedimientos de participación ciudadana y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo y para establecer las bases para que el presidente de

45. En el artículo 3o. se dispone "La educación que imparta el Estado..." y pueden impartirla la federación, los estados y los municipios; en el artículo 4o. se declara "... y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado." La jurisdicción se ha confiado a los poderes federales y locales; el artículo 5o. prescribe: "El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo,..." y se ha entendido que la obligación recae en todo tipo de autoridades, sin importar que sean centrales o estatales.

la república coordine, mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas, las acciones a realizar para la elaboración y ejecución de los programas de desarrollo, sólo se le faculta para dar criterios generales y bases, pero no se le faculta para asumir toda la función reguladora de la economía del estado mexicano.

Tan esto es cierto que el artículo 26 parte del supuesto de que existe la facultad regulatoria de las legislaturas de los estados en materia de planeación local y de que existen dependencias locales encargadas de hacerlo y de ejecutar dichos planes, en dicho precepto se faculta a un poder federal para coordinar, entre otros, a las dependencias de índole local dedicados a la planeación creados por los gobiernos de los estados; sólo se coordina lo que existe. Si los congresos locales fueron capaces para crear esa clase de dependencia y dotarlas de atribuciones,- jurídicamente también están facultados regular la materia económica. El congreso de la unión se debe limitar, como lo prescribe la última parte del artículo 26, a tener la intervención que señale la ley; ella no puede ser total ni referida a toda clase de planeación.

En el artículo 73 fracciones XXIX D, XXIX E y XXIX F, se faculta al congreso para legislar sobre ciertas formas específicas de actividad económica; no se le atribuye una facultad general. El papel del congreso, por ser enumerado, es limitado. Por ello está y no en lo correcto la *ley federal de competencia económica* cuando en su artículo lo. dispone: "La presente ley es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, es de observancia general en toda la República y aplicable a todas las áreas de la actividad económica."

El congreso de la unión no está facultado para reglamentar toda la competencia económica o toda la libre concurrencia, ni para prohibir toda clase de monopolios, pero sí lo está para regular los que sean de naturaleza mercantil o estén relacionados con esa materia.

A las legislaturas de los estados se ha reservado el regular la actividad económica estatal; pueden legislar en materia de competencia y libre concurrencia netamente local, como pudiera ser en materia educativa, con vista a ella pueden impedir que un particular concentre toda la educación primaria, secundaria o universitaria particular; también pueden combatir los monopolios respecto de efectos de naturaleza local, como los previstos en la fracción II del artículo 121, relativos a bienes muebles e inmuebles que no sean mercancías.

16. Los derechos de autor

El artículo 28 prevé lo relativo a los derechos de autor; determina que se reconocen a los autores y artistas mediante el otorgamiento de privilegios temporales. No atribuye al congreso de la unión la facultad de reglamentar esa materia; en aplicación del artículo 124 debe estimarse que se trata de una materia reservada a los estados. Son las legislaturas las que deben dar leyes que regulen los derechos de autor.

Para suponer que la facultad la tiene el congreso de la unión se requeriría una atribución expresa o una implícita; en el caso no la hay.

No elimina el vicio el hecho de que se hayan expedido leyes sobre derechos de autor por parte del congreso de la unión;

17. Las patentes y marcas

Cosa diferente pasa con los privilegios temporales que para el uso exclusivo de sus inventos se deben otorgar a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora. Ellos deben ser conferidos conforme a la ley por el presidente de la república (art. 89 frac. XV); si la facultad de conceder esa clase de privilegios se confiere a ese servidor público, debe suponerse que lo debe hacer con vista a una ley que emita el congreso de la unión y que éste está facultado implícitamente para emitirla, a pesar de que nada disponga en forma expresa la constitución, con vista a lo dispuesto por la fracción XXX del artículo 73. En forma expresa se confiere la facultad de otorgarlos al presidente de la república de acuerdo con la ley; éste servidor público, de conformidad con la fracción I del artículo 89, sólo puede ejecutar las leyes federales.

18. Las leyes de protección al consumidor

En la última parte del tercer párrafo del artículo 28 se dispone: "La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses."

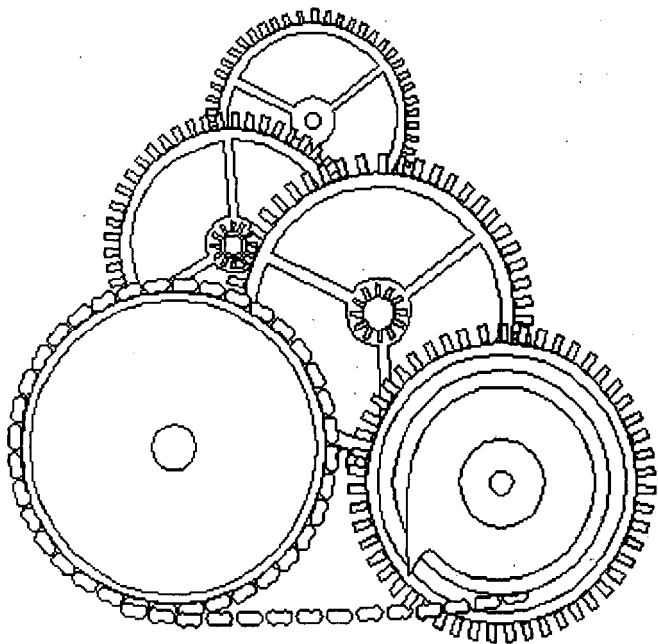
Dado a que es factible que se consuman toda clase de bienes, sin importar que ellos sean o no mercancías o artículos susceptibles de ser regulados por

El autor de la *ley federal del consumidor* publicada en el *diario oficial de la federación* de 24 de diciembre de 1992, pecó por omisión y por exceso. Estando obligado por mandamiento constitucional a propiciar la organización del consumidor, se limitó a: "El objeto de esta ley es promover los derechos del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores." (art. 1o). En esto es omisa.

Uno de los excesos en que incurre es el que aparece en el artículo 73: "Los actos relacionados con inmuebles sólo estarán sujetos a esta ley cuando los proveedores sean fraccionadores o constructores de vivienda destinadas a casa habitación para la venta al público o cuando otorguen al consumidor el derecho a usar inmuebles mediante el sistema de tiempo compartido, en los términos de los artículos 64 y 65 de la presente ley. Asimismo, esta ley es aplicable a los arrendamientos de inmuebles destinados a casa habitación en el Distrito Federal, en cuyo caso el arrendatario se considerará como consumidor y el arrendador como proveedor."

Ese precepto es inconstitucional, lo es por cuanto a que viola los principios que regulan la distribución de competencias entre la federación, los estados y el Distrito Federal.

El artículo 121 fracción II constitucional dispone: "Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación;" El precepto establece una regla general que no admite o prevé salvedades, por lo que *ubi lex non distiguit, nec nos distinguere debemus*. El legislador ordinario, en el caso el congreso de la unión, carece de autoridad para alterar el principio de distribución de competencias que se desprende de la constitución; tampoco puede establecer distinciones o salvedades ahí donde el constituyente no lo hizo. El artículo 73 antes citado es contrario a la constitución.



las leyes federales, las leyes protectoras, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden provenir del congreso de la unión, de las legislaturas de los estados y, respecto de algunas de las materias previstas en la fracción V, de la base primera del artículo 122, de la asamblea legislativa del Distrito Federal. El congreso de la unión no es el único facultado para reglamentar este apartado del artículo 28.

La ley utilizó el término consumidor que es de alcances limitados, " 'Gastar'. Emplear una persona o una cosa para su sostenimiento, en su funcionamiento, ..." es disponer de un bien hasta agotarlo; ello impide, en estricto derecho, que la protección pueda alcanzar el uso y el disfrute de un bien.