

# EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONCURRENCIA DE MÉXICO

**Rafael Pérez Miranda \***

Programa de Posgrado. ENEP Acatlán Universidad Nacional Autónoma de México (U.N.A.M.). México, D.F., enero de 1993.

## **1. INTRODUCCIÓN**

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.

La acentuada concentración de capitales que se verificó en ese período era una prueba clara de su ineficacia; la derogación de la ley que mediante autorización previa al registro prohibía las prácticas monopólicas específicas en la negociación de tecnología y la liberalización de la inversión extranjera directa y de cartera, demandaban normas ágiles y eficientes que protegieran la libre concurrencia en el mercado. La reforma de la Constitución en 1982, la inclusión de un capítulo sobre protección de la competencia en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la política de modernización del Estado, impulsaron la modificación de la ley.

La nueva disposición deroga la Ley de atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica, si bien recoge la facultad principal otorgada por la

misma respecto a la fijación de precios máximos, crea un organismo especial para su aplicación y reforma profundamente las características de la ley de monopolios reformada. Sin embargo, reitera el error de incluir un excesivo número de elementos subjetivos difíciles de probar que motivaron en parte la inaplicabilidad de la norma anterior, tampoco precisa con claridad la facultad de ordenar la disolución de los monopolios u oligopolios existentes cuando comience su vigencia a los 180 días de su publicación. Este aspecto es muy importante no sólo por los monopolios u oligopolios privados preexistentes como el de la televisión,<sup>(1)</sup> y por las fusiones que se pudieran realizar en los próximos meses, sino también por los que se originaron en las privatizaciones de monopolios (teléfonos) u oligopolios (bancos) estatales en los últimos años (teléfonos, bancos), respecto a los cuales se ha criticado ya en este breve período el abuso que han realizado de su posición dominante en el mercado. Si bien la desregulación culminará antes de que se pueda comenzar a aplicar la nueva ley, es probable que se tome en cuenta el espíritu de la misma en su ejecución.

## 1. Diversas Concepciones sobre los Monopolios

La denominación monopolios sirvió en diversas etapas históricas para denominar fenómenos similares en el aspecto estático (un solo oferente de un bien, en sentido amplio uno o pocos oferentes o demandantes) pero sustancialmente diferentes en el aspecto dinámico; consideramos importante analizar sintéticamente estas características.

### 1.1 Los Monopolios en la Etapa Precapitalista

La sociedad precapitalista conoció diversas formas de organización productiva en los sectores agrario y manufacturero; en sus últimas manifestaciones tuvieron cierto desarrollo las corporaciones o gremios, que recibían de la autoridad estatal el privilegio monopolístico de producción y distribución de determinados bienes; eran pequeñas unidades artesanales que tenían, incluso, limitado el número de operarios. Sus concesiones respondían en muchos casos a tradiciones históricas, y en otros a necesidades fiscales de los señores.

Los privilegios de las corporaciones configuraban una de las tantas trabas que la sociedad feudal oponía a la libre expansión de las poderosas fuerzas productivas en la segunda mitad del siglo XVIII; en consecuencia, su derogación va a ser uno de los objetivos de la insurgente sociedad burguesa. Las primeras manifestaciones de esta política fueron las autorizaciones para instalar talleres y fábricas en el campo, fuera de los límites jurisdiccionales de los feudos —a los que estaba limitado el privilegio—y, *aposteriori*, su derogación lisa y llana. En Francia, la Asamblea Nacional dispone por ley, en marzo de 1791, la eliminación de los privilegios de las profesiones mediante el llamado decreto "d'Allarde", que declara la libertad de hacer negocios, ejercer profesión, artes u oficios, complementada por la conocida Ley de Chapelier de junio de 1791.<sup>(2)</sup> En el Derecho hispano la expansión de los gremios fue muy importante: recién dejan de tener vigencia en la segunda década del siglo XIX.

Otro tipo de monopolio era el derivado del señorio, consistente en el uso obligatorio de la forja, del horno y el molino, que implicaba la percepción de tributos por el



1 Una empresa, Televisa, S.A., es propietaria de cuatro de los seis canales de México, los cuales controlan más del 90% de la audiencia. El abuso por parte del ente privado de su posición dominante, ha sido reiteradamente denunciado por la prensa nacional especializada; una filial de esta empresa fue sancionada en los Estados Unidos de América en aplicación de la legislación antimonopólica de ese país.

2 Ver al respecto Tigar y Levy, *El derecho y el ascenso del capitalismo*, Ed. Siglo XXI, México, 1978, págs. 230 y ss. Azema, Jacques *Le Droit Français de la concurrence*, Press Universitaire de France, París, 1981, págs. 24 y ss.

señor. Destacan en la época los monopolios fiscales (o estancos); el monarca reservaba para la Corona el monopolio en la producción y comercialización de artículos de primera necesidad como la sal, el tabaco, el papel sellado, los fósforos (cerillos), etc.; su comercialización a precios muy elevados permitía el ingreso de importantes sumas de dinero a las arcas estatales y la demanda rígida de los mismos posibilitaba regular estos ingresos de acuerdo con las necesidades de la hacienda pública. La importancia sustancial de estos monopolios, como fuentes de financiamiento del gasto gubernamental, motivó su subsistencia en muchos países en las primeras etapas posteriores a la Revolución Industrial. En relación con el Derecho hispano y sus Colonias, es necesario destacar, por último, el monopolio vinculado al comercio con las colonias, en especial el denominado monopolio de Sevilla.

En su mayoría, estos privilegios fueron eliminados en España a principios del siglo XIX por las Cortes de Cádiz, y por la consolidación de la independencia en el subcontinente latinoamericano.<sup>(3)</sup>

Los instrumentos jurídicos utilizados por la sociedad para la eliminación de las trabas a la expansión de las fuerzas productivas fueron la derogación general de los privilegios, la inclusión en las normas constitucionales de la libertad de ejercicio de las profesiones, del comercio y de la industria, y en algunos casos, la prohibición de los monopolios y estancos. Es de destacar que el instrumento fundamental fue otorgar garantías, no la prohibición.

Las disposiciones antimonopólicas de las constituciones del siglo XIX hacen referencia especialmente a este tipo de monopolios y así se pone de manifiesto en la Constitución Mexicana de 1857, reproducida en parte en 1917.

Resulta extraño, sin embargo, que se haya insistido en prohibir los estancos en el texto de 1917 —época en que éstos habían dejado de tener vigencia histórica— en su ley reglamentaria y en proyectos de reforma a esta disposición constitucional,<sup>(4)</sup> así como en la amplia reforma del artículo 28 que se realizó en 1983, en especial si se considera que en su acepción original esta institución había desaparecido ya en 1842 con el último estanco, el de los naipes.<sup>(5)</sup>

3 Ver un estudio detallado de las diversas formas monopólicas precapitalistas en Tamames, Ramón. *La lucha contra los monopolios*, Ed. Tecnos, Madrid (España), 1966, págs. 230 y ss.

4 Labra, Armando, *La Constitución, el Estado y la economía*, en *Revista El economista mexicano*, México, vol. XIII, núm. 6, 1979, pág. 23.

5 González Oropeza, Manuel, et al., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1985. Comentario al art. 28, pág. 81.



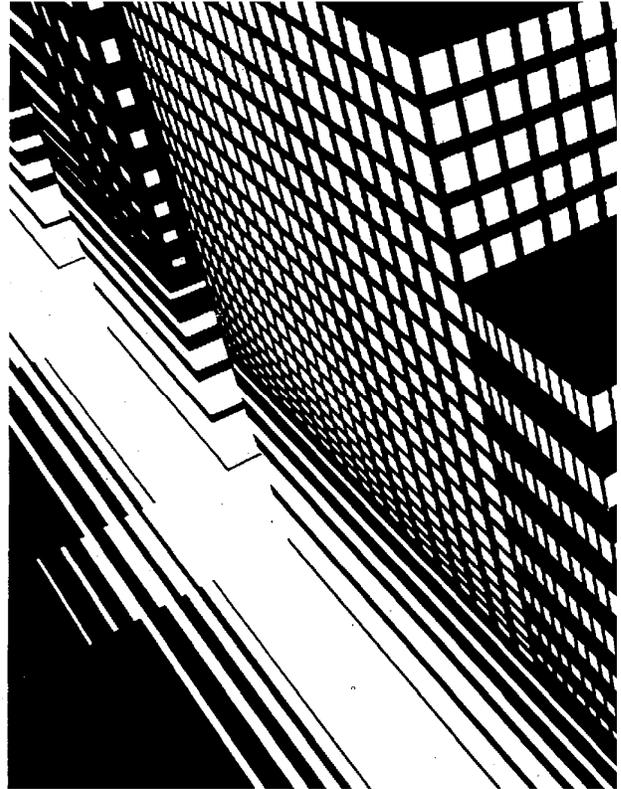
Una interpretación moderna de los estancos, que sin duda alteraría sustancialmente su concepción original, sería contradictoria con la letra y el espíritu de la Constitución y con toda la política económica y social gubernamental posrevolucionaria. Implicaría, por ejemplo, sustituir el actual régimen jurídico del petróleo, tanto si se interpreta el término "estanco" en su acepción castiza como en su originaria acepción técnico-jurídica, aparentemente las únicas posibles .

### 1.2 Los Monopolios en el Capitalismo

El sustento ideológico del desarrollo de la sociedad capitalista en el orden económico es elaborado por el liberalismo, sobre la base de la auto-planificación de la producción —la mano invisible, para la cual se requería un mercado atomizado, movilidad de los factores de la producción y libre funcionamiento del mercado. Estos pre-requisitos eran considerados, a la vez, características inherentes al sistema.

Nos interesa en especial el problema del mercado atomizado y su significación económica inmediata: los "n" oferentes y "n" demandantes no estaban en condiciones reales de acordar un comportamiento común en el mercado que pudiera cambiar los resultados naturales del libre juego de oferta y demanda. De poder hacerlo, se alterarían los precios de las mercancías —que por bajos o altos dejarían de ser justos— y también los volúmenes que se aportarían al mercado.

Es en el último tercio del siglo pasado que se comienza a visualizar un agudo proceso de concentración y centralización de capitales que coincide con un nuevo impulso a la capacidad productiva industrial en los países desarrollados<sup>(6)</sup> los avances técnicos no derivaron, como se suponía, en reducciones sustanciales de los precios, ni en la elevación proporcional

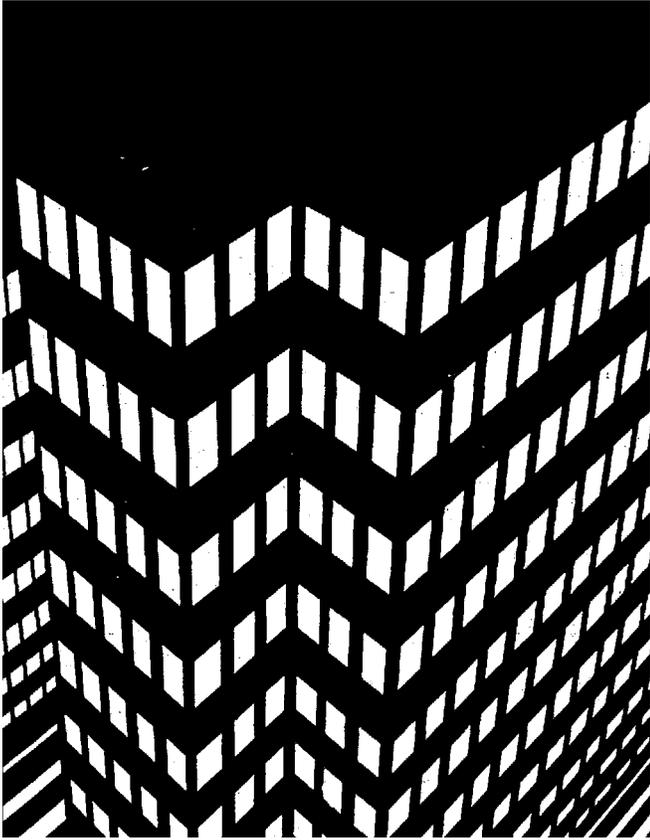


del nivel de vida de las grandes masas. Por el contrario, las nuevas necesidades de mayores volúmenes de capital y de tecnologías modernas para poder competir con éxito en el mercado, motivaron la paulatina quiebra o absorción de sectores significativos de las empresas de menor tamaño por las grandes corporaciones.

A la concentración natural del mercado que pasó a ser dominado por un reducido número de empresas,<sup>(7)</sup> se añadieron los acuerdos realizados por las grandes

6 Denominamos **concentración** al proceso en virtud del cual una o más unidades de producción, en el proceso de reproducción ampliada, tienen un incremento de capital superior a la tasa promedio del sector en análisis, y por tanto tienen un mayor poder de control sobre el mercado. La **centralización**, si bien deriva en efectos similares, tiene su origen en la fusión de dos o más unidades de producción. La concentración tiene su origen en la fusión de dos o más unidades de producción. La concentración tiene su origen en diversos factores, muchos de ellos inherentes al mismo sistema capitalista, como es la mayor capacidad de crecer que tienen las unidades que con un mayor volumen de capital, al asignar una proporción más alta de su ganancia a la capitalización porque tienen menores requerimientos de "renta". Ver: Marx, Carlos, *El Capital*, vol. I, cap. XXII; Bujarin, Nicolai I. *La economía Mundial del imperialismo*, Cuadernos del Pasado y Presente, cap. X, págs. 147 y ss. Ed. Siglo XXI, México, 1981. Es habitual en muchos autores utilizar la palabra: **concentración** para denominar indistintamente a la concentración propiamente dicha y a la centralización y así lo haremos en adelante, salvo en aquellos casos en que la distinción resulte necesaria.

7 Sin embargo, el estudio de los procesos de concentración económica requieren de una metodología precisa, que determine el objeto de medición, así se puede distinguir la concentración de la riqueza en un conjunto social (país), la concentración en la propiedad de las unidades de producción y comercialización, la relación entre empresas; pero en general cada empresa tiene diversos propietarios, uno o algunos de los cuales tienen el control de la misma y al tenerlo decide sobre ella como si fuera(n) su(s) único(s) dueño(s), a lo que se debe agregar el control de algunas empresas por otras, lo que multiplica geométricamente el primer control al que se hizo referencia. Por último el mismo análisis se puede realizar haciendo una disección del mercado según ramas de la producción y considerando el control del mercado en cada una de ellas, unidades de producción que concurren a ofrecer y demandar no sólo en cada rama, sino también en cada producto. Ver: Bain, José , *Organización Industrial*, Ediciones Omega, Barcelona, 1963, págs., 107 y ss.; en igual sentido Utton distingue la **concentración global**, referida a la participación en las ventas en el total de la industria, o en un sector significativo, de la **concentración del mercado** referida a industrias individuales. Ver: M.A. Utton, *La Concentración industrial*, Alianza Universidad, Madrid, 1975, págs.. 17 y ss.



corporaciones para el control de las variables fundamentales de la vida económica: precios y ganancias. La sociedad anónima, con todas las posibilidades de utilización que brinda para el control de capitales de terceros, sustituye al empresario individual en las economías desarrolladas y en los sectores productivos más dinámicos.

Las formas de dominio sobre el mercado adoptadas por los monopolios fueron directas, como la fusión o integración jurídica y económica —*trust*—: la integración financiera, manteniendo ficticiamente la independencia jurídica y funcional —*holding*—, e indirecta (concertación de precios y distribución de mercados).

La política estatal frente al desarrollo de los monopolios fue contradictoria; la opinión pública se opuso a ellos e inclusive presionó para que se legislara a favor del libre mercado, con diverso rigor y eficiencia en cada país. Por otra parte, el mismo Estado se transformó en un promotor de actividades monopólicas, justificando a veces su accionar en conveniencias de costos.

En razón de lo expuesto, podemos precisar las siguientes problemáticas: a) la presencia de una o pocas unidades de producción que por su participación en las ventas globales de un sector productivo tienen la posibilidad de determinar comportamientos en el mercado; b) esta posibilidad puede traducirse en

comportamientos lesivos a la competencia; c) estas empresas pueden realizar actos tendientes a evitar que otras empresas ingresen al mercado; d) pueden realizar acuerdos colusivos determinando precios para adquirir insumos o vender productos, distribuirse cuotas de ventas, zonas geográficas u otras conductas que lesionen a los consumidores; estas acciones u acuerdos colusivos pueden afectar, y así sucede frecuentemente, la economía nacional en su conjunto.

El mercado monopólico *strictu sensu*, basado en un oferente (monopolio) o un demandante (monopsomio) no es la situación habitual en el sector privado —con excepciones destacadas como es el de la tecnología patentada o *know how*^ y la concentración en un número reducido de oferentes (oligopolio) o demandantes (oligopsomio) obliga a definir ciertos criterios arbitrarios y objetivos. Generalmente el legislador recurre a cuantificaciones estadísticas y a la posibilidad que tienen las unidades de producción y comercialización de incidir en forma determinante en el comportamiento del mercado (posición dominante).

Los sistemas jurídicos suelen definir por una parte, la existencia objetiva del monopolio o de la posición dominante, y por otra, la utilización de esta situación de privilegio para obtener un lucro excesivo e ilegítimo (abuso de posición dominante), así como las acciones orientadas a lograr esa posición dominante —dificultando la entrada al mercado de otras unidades de producción, y/o desplazando a las existencias—.

### 1.3 Importancia de la Distinción

La preocupación de los textos constitucionales o legales respecto a los monopolios en los primeros años de la sociedad industrial se referían casi exclusivamente a los estatales; su preocupación eran los privilegios otorgados por la nobleza a los gremios o grupos profesionales y artesanales, así como las concesiones mercantiles con carácter exclusivo (sal, tabaco, naipes) cuyos abusos ya habían generado reacciones doctrinarias y legales con anterioridad a las normas francesas ya citadas, como el Estatuto de Monopolios de Jacobo I de Inglaterra, en 1623, considerado como el primer antecedente del Derecho de patentes, pero orientado en gran medida a limitar la discrecionalidad del monarca para recurrir al otorgamiento de monopolios como mecanismo de recaudación de fondos.

Es interesante el concepto de estos privilegios dado por los enciclopedistas franceses a mediados del siglo XVIII, así como la opinión que le merecían:

*Privilegio* significa una distinción útil y honrosa, de la que gozan ciertos miembros de la sociedad, y de

la que los demás carecen. Los hay de varios tipos: lo de los que pueden llamarse inherentes a la persona... *Privilegio exclusivo*: Se denomina así al derecho que el Príncipe concede a una compañía para participar un determinado comercio, fabricar o expender un determinado tipo de mercancía... El gobierno consideró muy pronto los reglamentos que concedían estos derechos exclusivos, y se aprovechó de ellos para atender en ciertos casos las necesidades del Estado. Se estableció que en los cambios de reinado estos cuerpos pagarían derechos de confirmación de privilegios; se crearon cargas obligando a los gremios a pagarlas; y para que pudiesen soportarlas se les permitió acceder a préstamos, que vincularon aún más estrechamente estos gremios al gobierno, el cual, a su vez, les autorizó a hacer valer sus derechos exclusivos, no admitiendo nuevos maestros salvo que pagaran derechos de entrada y gastos de admisión, encareciendo progresivamente el precio de la industria y las mercancías que vendían. De este modo, lo que en su origen había sido establecido por simple utilidad, se convirtió en un abuso...

Acto seguido, los mismos enciclopedistas realizan la crítica del sistema:

...Si un trabajador, sin tener la suficiente cualificación intenta fabricar una pieza de tela o de paño y lo hace mal, aunque el maestro haga otro tanto, la venderá más barata, pero finalmente la venderá... En cuanto más gente trabaje, la emulación o, incluso, la envidia del éxito harán surgir el genio y el talento: la competencia

impulsará a trabajar mejor, bajando el precio de la mano de obra... Los privilegios exclusivos de todo tipo quedarán reducidos únicamente a los establecidos que por la naturaleza de su función y por su necesario tamaño estén más allá de las posibilidades de los simples particulares...<sup>(8)</sup>

En relación con estos abusos de las concesiones monopólicas otorgadas por la monarquía a las organizaciones gremiales se dictan las primeras disposiciones antimonopólicas, que estaban orientadas directamente a limitar la potestad del Estado, eran normas anti-estatales que para nada consideraban el fenómeno de concentración inherente a la etapa de auge de la sociedad industrial. Las principales normas antimonopólicas muchas veces ni siquiera hacen referencia a esta denominación, limitándose a garantizar la libertad de comercio, industria y ejercicio de las profesiones honestas, de tal manera que los gobiernos pudieran reglamentarlas pero de ninguna manera restringirlas en magnitudes tales que provocaran situaciones monopólicas. En aquellos casos en que se hacía referencia expresa a los monopolios, como lo hace el artículo 20 de la Constitución de México de 1857, no cabe duda que la prohibición está dirigida al Estado. Es recién a partir de la sanción de la Sherman Act en EEUU en 1890 que la prohibición de los monopolios se propuso garantizar la competencia, y se dirigirá al sector privado, a la gran corporación capitalista. La no distinción de este tipo de normas, así como las confusiones derivadas de la actualización de normas cuando se debería recurrir a la sustitución lisa y llana, ha generado innumerables confusiones conceptuales y de interpretación.



## 2. Legislación Antimonopólica en México

### 2.1 Antecedentes

Desde los inicios de la lucha por la Independencia, un sector importante de la clase política mexicana, preferentemente de tendencia liberal, se pronunció contra los monopolios y estancos. Sus ideas respondían

8 Diderot, Denis-le Rond d'Alembert, Jean: *Encyclopedie ou Dictionnaire raisonné de sciences, des arts et des métiers*, XVII vols. (1751-1765). Ver en español: *Artículos políticos de la "En ciclopedia"* Tecnos, Madrid, 1986, págs. 157 y ss.

a las elaboraciones teóricas propias del capitalismo competitivo y eran parte de las reivindicaciones antifeudales. Los privilegios de los gremios se eliminaron en 1814, pero los estancos fueron<sup>9</sup> durante un lapso bastante largo, una de las fuentes principales de las finanzas estatales; su supresión en el orden nacional dejó subsistente la posibilidad del establecimiento en los Estados.<sup>(9)</sup>

Los privilegios favorecían en la etapa colonial a los españoles —al igual que en los restantes países de colonización ibérica—y toda eliminación de restricciones impuestas al comercio eran vistas favorablemente por las corrientes independentistas o liberales,<sup>(10)</sup> tendencia que se ratificó con el Decreto de diciembre de 1821 que abrió los puertos de México a los barcos y mercancías extranjeras con un arancel uniforme del 25 por ciento sobre el valor. El debate sobre los monopolios corporativos y estancos estuvo unido, en todo el periodo, al suscitado sobre la conveniencia de las prohibiciones y aranceles para la protección de la industria local, así como las medidas de fomento a la misma.

Prevaleció, tendencialmente, una política de protección arancelaria mitigada por el contrabando en el período 1821-1856. Un principio de resolución institucional estuvo dado por la Constitución de 1857, si bien sus disposiciones no fueron aplicadas en forma inmediata.<sup>11</sup>

El texto constitucional de 1857<sup>12</sup> vinculado alterna en estudio, expresa en su artículo 20: No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de la moneda, a los correos y a los privilegios que por tiempo limitado se concedan por Ley a los

9 En 1828 el Gobierno Federal decidió dejar libre el estanco de siembra y expendio del tabaco, que fue la primera fuente de ingresos para la administración en la Colonia. Pero los estados (provincias) quedaron con la opción de dejar o abolir el estanco. Carlos San Juan Victoria y Salvador Velázquez Ramírez, II. "La formación del Estado y las políticas económicas (1821-1880)", en Ciro Cardoso, *et. al.*, México en el siglo XIX (1821-1910) historia y de la estructura social, Ed. Nueva Imagen, México, 1980, pág. 69.

10 Hale, Charles A., *El liberalismo mexicano en la época de Mora 1821-1853*, México, 1978, Ed. Siglo XXI, pág. 260.

11 La política liberal era reducir prohibiciones y ampliar a los renglones liberados la protección arancelaria. El arancel del 31 de enero de 1856 redujo a dieciocho los artículos prohibidos. Después de la guerra de Tres Años y la intervención, el 21 de enero de 1867 se suprimió todo género de prohibiciones, a título de protección a la industria". Jesús Reyes Heróles, *El liberalismo mexicano*, III (la integración de las ideas), págs. 256 y ss. Ver en el mismo sentido Hale, *op. cit.*, págs. 255 y ss. y Cardoso V., Ciro, *Las industrias de la transformación (1821-1880)*, Cardoso V., Ciro, *et. al.*, *op. cit.*, págs. 147 y ss.

12 Ver el debate en Francisco Zarco, *Crónica del Congreso Constituyente*, (1856-1857), Ed. El Colegio de México, México, 1957, págs. 46/47.



inventores o perfeccionadores de alguna mejora. La segunda parte no figuraba en el proyecto de Constitución de 1856.<sup>(13)</sup>

Es indudable el neto corte liberal de la disposición transcrita, orientada principalmente a proteger a los empresarios particulares de la actividad estatal; se partía del supuesto de que el intervencionismo estatal permanente y acentuado en cualquiera de estas manifestaciones (monopolios, estancos o prohibiciones), implicaba una carga onerosa para los consumidores y una traba para la expansión y desarrollo de la industria y el comercio. Sin embargo, la prohibición deja subsistente la posibilidad de los aranceles y por otra parte no impidió un uso pragmático de estas políticas, aceptando los mismos liberales los beneficios del proteccionismo precedente y la necesidad de adaptar sus principios ideológicos a las peculiaridades del país.<sup>(14)</sup>

## 2.2 La Regulación de los Monopolios en la Constitución

La disposición antimonopólica de la Constitución Política Mexicana, tiene su primer antecedente en el artículo 20 de la sancionada en 1857, ampliada en sus conceptos en la de 1917 y reformada en su versión actual en el año de 1983. Queda vigente pese a ello la rémora arcaica de la prohibición de los estancos, de las eximiciones de impuestos y de las prohibiciones protectoras de la industria; pero es sin duda una de las disposiciones constitucionales más completa en la materia, comprendiendo las siguientes conductas: a) Prohíbe los monopolios, estancos y disposiciones que puedan permitir la constitución de monopolios, como las eximiciones de impuestos y las prohibiciones a título de protección a la industria, en lo que se supone es un límite al Estado para prohibir importaciones de bienes que se fabrican en el país. Sin embargo, el segundo párrafo de la disposición comienza con la expresión "en consecuencia..." y luego enumera ejemplos, lo que hace interpretar que no se prohíben los monopolios en tanto tales, sino sólo en aquellos casos en que se verifiquen las conductas enunciadas en el segundo párrafo; b) Prohíbe también las prácticas monopólicas, pero con las mismas limitaciones enunciadas precedentemente; c) Las conductas consideradas monopólicas o prácticas monopólicas son: c.1) La concentración o acaparamiento

paramiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; c.2) "Todo acuerdo o procedimiento o combinación de los productores industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan" siempre y cuando tengan por objetivos "evitar la libre concurrencia o competencia entre sí..." y además "obligar a los consumidores a pagar precios exagerados..."; c.3) Las "ventajas exclusivas indebidas a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social..." en lo que pareciera una prohibición de acuerdos colusorios destinados a restringir el ingreso de unidades económicas de la competencia al mercado, pero que también se puede interpretar como una prohibición al Estado de conceder privilegios.

Estas prohibiciones, confusamente expuestas, no impiden el ejercicio monopólico por parte del Estado de actividades en áreas consideradas estratégicas, que sólo son las expresamente enunciadas. Para el ejercicio de las actividades productivas o de comercio en las áreas estratégicas, el Estado está facultado para constituir organismos o empresas.

También enuncia el artículo 28 de la Constitución Mexicana, las excepciones correspondientes a los sectores privado y social. No constituyen monopolios (en realidad sí lo son, lo que quiere decir la norma es que

13 Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, México, Ed. Porrúa, 1970, tomo II, pág. 355.

14 Ver al respecto el debate de don Matías Romero con John W. Foster, enviado extraordinario y ministro plenipotenciario de los Estados Unidos en México, en 1878, citado por Reyes Heróles, J., op. cit., págs. 527 y ss.



no están prohibidos), las asociaciones de trabajadores, las asociaciones o cooperativas de productores que tuvieran por objeto exportar directamente, y los privilegios (exclusividad) que se otorgaran a los autores, artistas o inventores, por las leyes reglamentarias correspondientes. El constituyente hace especial hincapié en el problema de los precios y en la protección al consumidor, lo que lo lleva a establecer un párrafo especial indicando que se deben fijar legalmente las bases para el establecimiento de precios máximos y fomentar la organización de los consumidores. Por último, y contradiciendo en parte el primer párrafo, autoriza al Estado a otorgar subsidios condicionándolos a que sean generales, también temporales y en tanto su cuantía no afecten sustancialmente las finanzas de la nación.

El texto constitucional refleja por una parte la influencia del correspondiente a la Constitución de 1857 que tenía por objetivo prohibir al monopolio constituido por gracia estatal, que no coincide con el concepto moderno de monopolio; por otra parte, recibe la influencia de la legislación norteamericana en la materia, y por último, en sus reformas, la adaptación a las tesis jurisprudenciales. Estas vertientes motivan que haya contradicciones en el texto mismo del artículo 28, por lo cual sería deseable que en una próxima reforma se eliminara totalmente el actual y se redactara uno nuevo con un criterio homogéneo y preciso.



### 2.3 Derecho de los Monopolios y Régimen Jurídico de la Concurrencia

Las primeras normas que hicieron referencia a la importancia de los monopolios en el menajeo precedieron, indudablemente, a los intentos de sistematización temática del Derecho Económico, y ciertos debates continúan en nuestros días. La visualización respecto a la necesidad de una metodología diferente para enfocar esta problemática hizo que los autores intentaran otorgarle cierta entidad, cierta autonomía; es así como en muchos casos se hacía referencia a un derecho de los monopolios, adoptando las ideas centrales planteadas a fines del siglo XIX por la legislación norteamericana. El núcleo central de la problemática abordada por esta corriente eran los monopolios en sí mismos, la mera existencia de una o pocas unidades de producción que podían controlar el mercado o incidir en las decisiones que en el mismo se adoptaban, los acuerdos colusivos o las acciones tendientes a obstaculizar el ingreso al mercado por parte de otras unidades de producción eran un derivado del fenómeno central, una consecuencia de la existencia de los monopolios;<sup>(15)</sup> en la misma línea de contenido, otros autores centran el análisis en los acuerdos interempresarios orientados a restringir o limitar la competencia, neutralizando los efectos positivos que según la economía clásica se derivaban de la misma, en esos acuerdos se incluye, generalmente las fusiones directas o indirectas de unidades empresariales en estos casos el eje fundamental del análisis es el acuerdo colusivo, no la existencia de los monopolios.<sup>(16)</sup> Otra corriente considera que la problemática monopolística y de acuerdos empresariales colusivos es parte de una mucho más amplia que es la concurrencia desleal,<sup>(17)</sup> e incluso, algunos autores lo consideran como parte del Derecho industrial, en el que —junto con el estudio de la temática de la competencia— se analizaría además la propiedad

15 Farjat, *op. cit.*, Tamames, Ramón, *op. cit.*, Fellini Gandulfo Pérez Miranda, *Los monopolios frente al Derecho*, en Estudios de Derecho Económico, UNAM, 1981. Si bien no se la puede considerar una obra netamente jurídica, ver Bain, José S., Organización Industrial, *op. cit.*, REICH, Norbert, *op. cit.*, cap. IV, págs. 211 y ss.

16 Galán Córdoba, Eduardo, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, cap. II, Druésne, Gérard, et Kremlis, George, *La politique de concurrence de la CEE*, Co.lee. que sais je, Press Universitaire de France, Paris, 1986. <sup>17</sup> Azema, Jacques, *op. cit.*, págs. 18 y ss., los define como "el conjunto de reglas jurídicas que gobiernan las rivalidades entre agentes económicos en la búsqueda y consideración de una clientela", pág. 18, comprensivo del Derecho *antitrust*, patentes, diseño, modelos uso de precios marcas, nombre del comercio, etc., si bien lo ubica dentro del *Derecho Económico*, págs. 22 y 23 Demanto, *Delitos de concurrencia desleal*, Ed. Depalma, Buenos Aires.

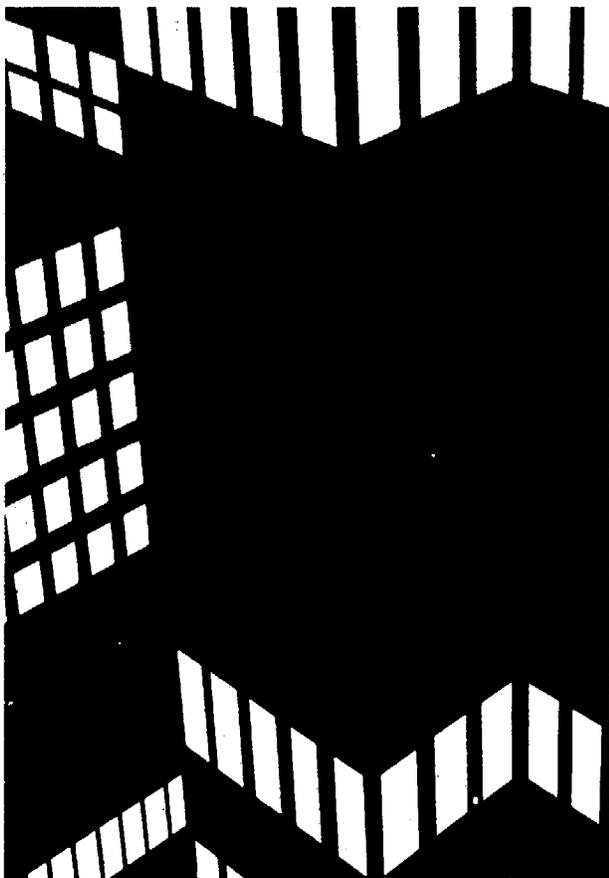
intelectual.<sup>(18)</sup>

Es difícil escindir la problemática monopólica de los derechos monopólicos derivados de la protección legal (patentes secreto industrial), de la posibilidad de controlar el mercado por la gran movilidad de capitales y flujo nacional e internacional de mercancías (empresas multinacionales, empresas estatales), restricciones legales al ingreso de la competencia al mercado (en especial a la inversión extranjera directa) y en el sector financiero y otros reservados a la inversión estatal (correos, ferrocarriles, petróleo). Sin embargo, en el marco global del Derecho Económico, consideramos que a la temática monopólica y a los acuerdos colusivos es conveniente otorgarles tratamiento especial y autónomo, analizando las restantes problemáticas en capítulos relativamente independientes.

#### 2.4 Función de la Concurrencia

La acción empresarial de concurrir y competir en el mercado en condiciones libres y leales, cumple una función de sustancial importancia en la teoría liberal en tanto posibilita la autoplanificación de un sistema productivo extremadamente complejo —mano invisible—

18 Ver el análisis que realiza Baylos Corroza, Herenegildo, *Tra tado de derecho industrial*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, caps. IV y V, págs. 107 y ss.



a través de la determinación equitativa de los precios y de las ganancias, facilitando una asignación justa de ingresos a los factores productivos,<sup>(19)</sup> y es factor determinante —según Marx— en la tendencia a la perecuación (igualación) de la tasa de ganancia, que se verifica en el proceso de transformación de los valores en precio y de la plusvalía en ganancia.<sup>(20)</sup> Corrientes políticas y económicas posteriores han relativizado en mayor o menor medida este significado de la concurrencia, pero siempre a partir del reconocimiento expreso de su función sustantiva en la determinación de los precios.

En relación al campo jurídico, la temática primera gira alrededor de la conveniencia de legislar respecto a los condicionantes o pre-requisitos que garantiza rían la posibilidad de la concurrencia. En especial se debate el tema vinculado a la estructura del mercado: hasta dónde corresponde al Estado liberal establecer normas que afecten una tendencia natural de la economía capitalista,<sup>(21)</sup> la jerarquía de las normas relativas al punto en consideración y no sólo si corresponde a la órbita constitucional, sino también si es conveniente únicamente la regulación administrativa y/o también la represión penal<sup>(22)</sup>

#### 2.5 El Control Monopólico del Mercado

Que una o más unidades de producción puedan controlar las relaciones básicas respecto a la producción y transacciones de determinados productos, genera una de las principales contradicciones en la política económica capitalista.

La concentración y centralización en la producción y distribución de las mercancías es una tendencia natural en el mercado de libre concurrencia, concentración y centralización que eliminan bases materiales que sustentan ese mercado, como es la atomización de oferentes y demandantes. El carácter natural de la monopolización, resultado no siempre buscado conscientemente, genera importantes peculiaridades en la

19 Adam Smith, *Riqueza de las Naciones*, libro I, capítulo VII, "Del precio natural, y del actual o mercantil de toda cosa per durable" (varias ediciones). Friedman, Milton y Rose, *Libertad de elegir*, Orbis (Grijalbo) Barcelona, 1980, pág 25.

20 Marx, Carlos, *El capital*, tomo III, capítulo XIII, "De la transformación de los valores en precio" (varias ediciones).

21 Este tema ha recobrado actualidad no sólo en el debate aca démico y empresarial, sino también en el periodístico y de con sumidores, luego de la orden judicial que obliga a la atomización en siete compañías de la American Telephone and Telegraph de Estados Unidos (las siete compañías estarán, de todas for mas entre las 50 más grandes de Estados Unidos).

22 Ver Klaus Tiedemann, *La criminante d'affaires*, Revenue Internationale de Droit Penal, 1er. et 2e. trimestre 1982 (hay traducción al español, en *Ensayos de Derecho en honor de Javier Piña Palacios*), Ed. Porrúa Hnos., México, 1985.

de oferentes y demandantes. El carácter natural de la monopolización, resultado no siempre buscado conscientemente, genera importantes peculiaridades en la legislación económica, y en especial en la penal económica.

## 2.6 El Problema de la Represión a los Monopolios en tanto tales

Una unidad de producción que es único oferente (o demandante) en una determinada rama o producto, por ese solo hecho altera los principios generales del sistema concurrencial independientemente de los pasos que hubiera dado para lograr esa situación. Esta posición privilegiada en el mercado puede deberse a políticas mercantiles exitosas, muchas veces basadas en innovaciones tecnológicas protegidas por la legislación sobre propiedad industrial durante una primera etapa, no necesariamente mediante la fusión de competidores; su consolidación en el mercado se puede verificar sin necesidad, en muchos casos, de realizar acciones de "exclusión" de futuros competidores más allá de aquéllas que son aceptadas por la costumbre comercial<sup>(23)</sup>

Se presenta así el problema de la posibilidad de reprimir a una unidad de producción o a una empresa que ha logrado una situación privilegiada por el natural desarrollo de la actividad productiva, respetando las normas éticas de la economía de mercado. Este problema ha sido sintetizado por la doctrina norteamericana en la pregunta sobre si las dimensiones (en el control del mercado) por sí solas, constituyen violación de la ley, o deben ser atacadas de alguna manera.

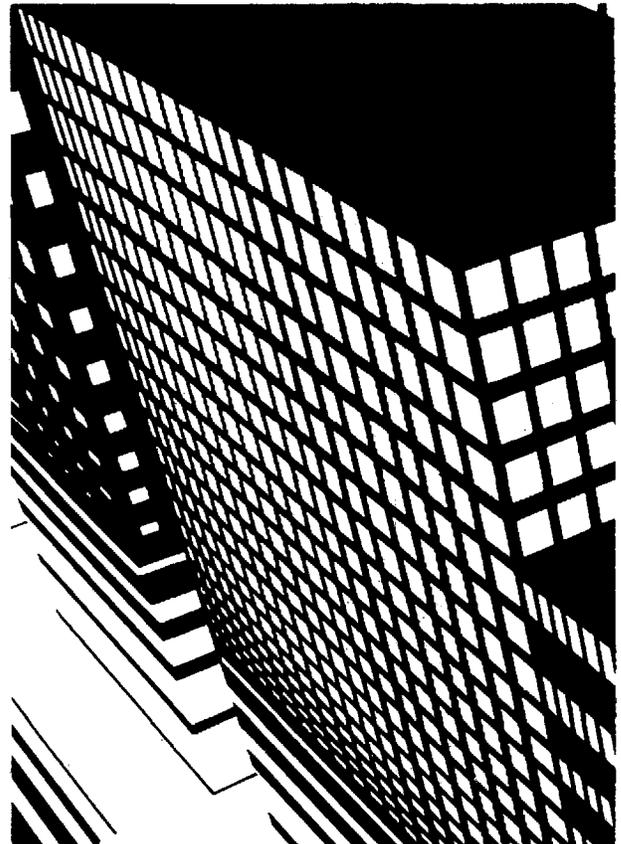
Si bien generalmente hacemos referencia a los oligopolios como sinónimo de monopolios y hablamos de una o un pequeño grupo de empresas que concertadamente controlan una porción significativa del mercado, en este caso se hace referencia al concepto de monopolio en sentido estricto; es decir, estamos hablando de una empresa (o conjunto de empresas integrantes de un grupo mediante vínculos jurídicos expresos). En efecto, si el control se realiza a través de actos concertados expresa o tácitamente (conductas paralelas, por ejemplo) no se atacaría la "dimensión en tanto tal", sino los acuerdos o acciones concertadas. En igual medida pueden reprimirse las acciones excesivamente agresivas orientadas a "expulsar la competencia existente o para

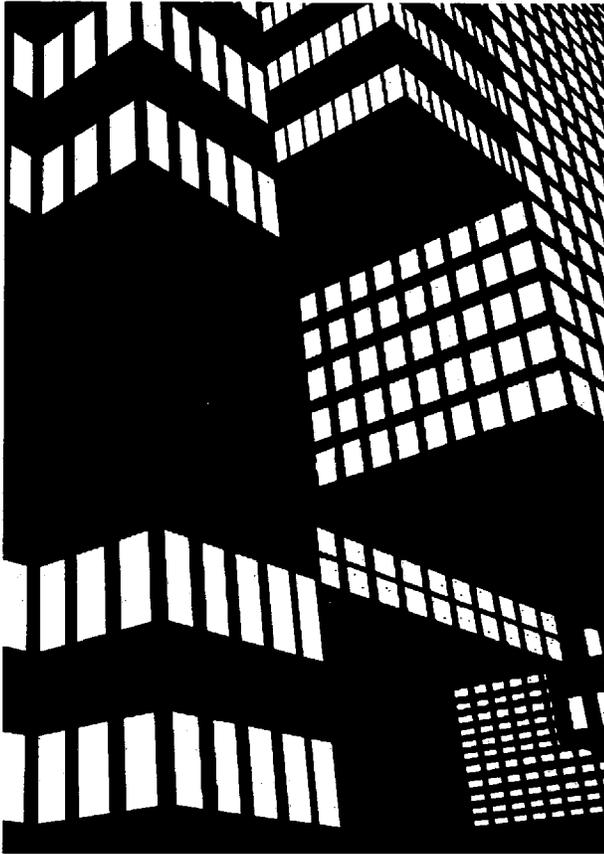
"impedir" el ingreso de otras empresas que pretenden concurrir. En este punto queremos hacer referencia exclusiva mente a la situación de monopolio, a la ocupación de una parte sustantiva del mercado de un determinado producto en un momento dado sin haber violado la ley ni las costumbres mercantiles para arribar a ella o para mantenerla. Por último, y a efectos de evitar cualquier tipo de confusión, estamos planteando un caso en el cual la empresa no abusa de su situación privilegiada para obtener beneficios excesivos y por otra parte su volumen de producción o comercialización satisface la demanda efectiva.

El Derecho ha rehuído generalmente abordar esta temática, limitando su esfera de acción a las ya descritas conductas previas para acceder a la situación de monopolio, las posteriores de exclusión, la concertación interempresarial o el abuso de la situación objetiva de monopolio; es decir, ha centrado su accionar represivo y disuasivo en las acciones y en aquellos casos en que las mismas violaban principios de ética mercantil.

Dos normas hacen referencia con precisión a esta situación objetiva de monopolios: la norteamericana conocida como Sherman Act (Ley para proteger el comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios —año 1890—), y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

23 Los factores habituales son: a) producción a escala que abarata costos; b) posesión de patentes, *know how* protegidos mediante secreto; c) preferencia de los compradores que otorga un margen discrecional en la fijación de precios; d) necesidad de movilizar grandes capitales asociado a disponibilidad tecnológica, para poder producir a escala óptima.





(Art 28)<sup>(24)</sup> si bien la interpretación judicial (en especial hasta la segunda guerra mundial) en el primer caso, y la legislación reglamentaria en el otro, han sido extremadamente remisas para atacar la situación de hecho analizada.<sup>(25)</sup>

La nueva ley de competencia,<sup>(26)</sup> en tanto reglamentaria del artículo 28 constitucional, se propone hacer efectiva la prohibición de los monopolios y así lo establece en su artículo 2º "Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios..." que reitera más adelante: "...Quedan prohibidos los monopolios y estancos..." (Art 8º). Sin embargo, no define en su articulado a los monopolios, por lo cual, según surge del art. 17, se debe entender que se trata de aquellas personas físicas o morales que están en condiciones de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar

24 La *Sherman Act* en su fracción 2a. dice que "toda persona que monopolice... una rama cualquiera de la industria o del comercio... será considerada culpable de un delito...".

25 La Constitución de México (1971) expresa "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios...". Ver los capítulos correspondientes a la legislación mexicana y estadounidense.

26 LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, Publicada en el *Diario Oficial* (México) el 4 de diciembre de 1992.

dicho poder. La Comisión Federal de Competencia, creada en la misma ley, podrá "Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda" (Art. 35, párr. 11). Los monopolios actuales no podrán alegar derechos adquiridos, pues existen en violación de una prohibición constitucional, que además se encuentra vigente desde 1857.

## 2.7 Posición Dominante y Abuso de Posición Dominante

Como se ha visto precedentemente, la conceptualización del monopolio no es fácil de traducir de la ciencia económica a la ciencia jurídica, los criterios metodológicos dependen de definiciones *a priori* generalmente discutibles. No sólo es importante medir el peso de una o pocas empresas en la producción o comercialización de un bien o un servicio, sino que es necesario definir un tipo de bienes o hacer referencia a sectores completos de la producción industrial (el monopolio en el armado o fabricación de autos, puede implicar un monopsomio respecto a múltiples productos). Además de ello, cobra importancia la posibilidad de sustituir el bien producido en situación de monopolio, así como el tiempo en que se ha sostenido o se estima que se podrá sostener la producción con carácter monopólico.

El sistema de definición más extendido en la legislación antimonopólica se vincula a la posibilidad de control del mercado por una empresa o un reducido número de ellas, sin entrar a establecer porcentuales precisos de ventas o ganancias. Este criterio ha sido adoptado por la legislación argentina (1980),<sup>(27)</sup> por la resolución de la Asamblea de Naciones Unidas denominada "Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas" (1980), que tienen el mérito de definir lo que entiende por "posición dominante", así como el Tratado de Roma (1957) que crea la Comunidad Europea y la mayoría de las legislaciones Europeas Occidentales. El Tratado de Roma —en interpretación de la Comisión— parte de la independencia de la empresa, considerando que disfruta de posición dominante cuando está en condiciones de obra sin tomar demasiado en

27 La ley argentina expresa que "una persona goza de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está ex puesta a una competencia sustancial... que dos o más personas gozan de posición dominante, en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva para ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él..."

cuenta a la competencia compradores o vendedores. Estas legislaciones definen a la posición dominante o hacen referencia a la misma, pero no la prohíben o sancionan por ese solo hecho. Se prohíbe el "abuso" de esta posición dominante, así como ciertas acciones tendientes a lograrla o a mantenerla, en lo que se denomina "abuso de posición dominante en el mercado". Y dentro de este marco restrictivo, se sostiene la tendencia "civilista" orientada a restringir los acuerdos o conductas concertadas más que las acciones directas del abuso de posición dominante. Es así que si bien la legislación argentina prohíbe y dice que serán sancionados "los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia..." y agrega "...en la tipificación de acciones susceptibles de represión penal sólo uno de ocho párrafos se refiere a acciones de abuso de posición dominante que no derive de acuerdos o acciones concertadas."<sup>28</sup> En la nueva ley mexicana se define el control del mercado al regular las concentraciones, y el núcleo es el transcrito al definir los monopolios (ver punto anterior): una empresa se encuentra en posición dominante (la ley no utiliza la denominación de posición dominante) cuando "tiene el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder". Para que se perfeccione esta posición dominante, debe ejercer este poder sobre un mercado relevante, para cuya definición se considera el bien o servicio producido, prestado y/o comercializado y:

- la posibilidad de sustitución del mismo por otro de origen nacional y extranjero y el tiempo requerido para acceder al bien sustituto;
- el costo de los insumos y de distribución del bien, de sus complementos y de sus sustitutos de otras regiones y del extranjero;
- los costos y probabilidades de los consumidores de recurrir a otros mercados;
- las restricciones que operan en los otros mercados y que pueden limitar el acceso a los mismos (Art. 12).

28 Ley 22.262 (1980, art. 41 inciso d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones y operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos. La jurisprudencia de éste país ha adoptado también la interpretación citada *ut supra* de la Comisión de la CEE al decir: "La posición dominante no tiene necesariamente que derivar de un dominio absoluto sobre el mercado, es suficiente que asegure una completa independencia de conducta", Autos: Varias cooperativas y uniones agrícolas c/Industrias Welbers, S.A., Cam. Nac. en lo Penal Económico, Sala II, 5/7/83, Rev. del D. Industrial año 9-Bs. As. 1987, p. 424, reseña Czar de Zalduendo.

## 2.5 Las Fusiones

La "centralización" por la fusión de empresas es uno de los mecanismos más utilizados para acceder a una posición dominante en el mercado, en alguno de los cuales se utilizó como medio de evadir las prohibiciones de acuerdos colusivos interempresariales; así sucedió en Estados Unidos en el período que va de 1870 a 1905, en el cual diversos factores tecnológicos y de mercado llevaron a intensificar las fusiones; la sanción del Sherman Act en 1890 prohibiendo las colusiones restrictivas de la competencia fue interpretada en el mundo de los negocios como un incentivo a las fusiones. Es recién a partir de la decisión "Northern Securities" que se interpreta la ley citada como prohibitiva de las fusiones cuando de ellas deriva el control monopólico del mercado. Sin embargo, el principal proceso de fusiones que vivió la sociedad norteamericana ya se había verificado y las primeras aplicaciones de la ley orientadas a restringirlas, además de ser tibias no presionaron la disolución de las ya realizadas.<sup>29</sup>

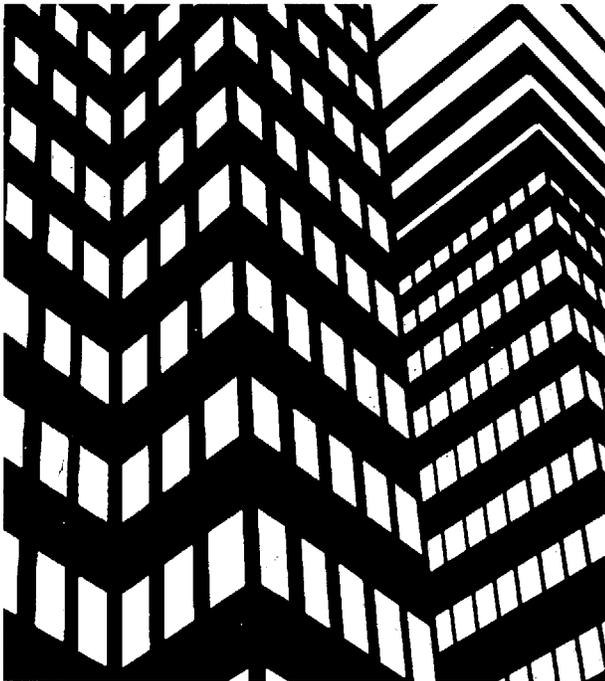
No siempre las fusiones tienen por objeto lograr posiciones oligopólicas o monopólicas, pudiendo citarse como excepciones destacadas: a) la búsqueda de una mayor eficiencia competitiva de pequeñas y medianas empresas que pretenden acceder en mejo-



29 Ver Bain, J., *op. cit.*, págs. 225 y ss.

res condiciones a mercados controlados por grandes empresas; b) respuestas a presiones gubernamentales que consideran negativa una excesiva atomización de ciertos mercados (habitual en el mercado financiero); c) la absorción por grandes empresas de otras más pequeñas con graves dificultades financieras o con serios atrasos tecnológicos; d) las fusiones parciales de sectores (comercialización generalmente) de las empresas para responder a la reducción del mercado y /o a la reducción de protecciones gubernamentales que obligan a mayor competitividad.<sup>(30)</sup>

Ahora bien, es muy difícil controlar los efectos negativos de un mercado oligopólico, si bien la legislación se orienta cada vez más a facilitar la aplicación de las normas *antitrust* sin exigir la prueba documental de las concertaciones; detectarlos actos colusivos, investigarlos y reprimirlos generalmente no deriva en acciones retroactivas que compensen a los damnificados en particular o a las alteraciones producidas por la economía —Bain considera que el agudo proceso de fusiones citado más arriba ha repercutido en la estructura empresarial norteamericana hasta nuestros días—, además de que resulta difícil la misma investigación. Se trata de acciones en las cuales los damnificados están muy lejos de conocer las causas primeras de los perjuicios concretos que sufren y en muchos casos ni siquiera conocen que están



30 Es una respuesta que se está incrementando en los países de mediano desarrollo en la década de los ochenta, en especial a partir de la crisis derivada de las presiones del endeudamiento externo.

sufriendo perjuicios pues ignoran la trama de los mercados; así, por ejemplo, los consumidores ignoran generalmente a qué se debe que en su localidad se ofrezca sólo algunas marcas de ciertas mercancías, y es seguro que la falta de competencia no la atribuyen a una asignación de zonas geográficas por parte de empresas oligopólicas. Por todo esto, atacar el problema de raíz y vigilar las fusiones que pueden llevar a disminuir la competencia o, en la situación más grave, a eliminarla, es una buena estrategia de técnica jurídica que se ha intentado en el Derecho Positivo Comparado.

El Derecho, en consecuencia, debe establecer un sistema de control o supervisión sobre las fusiones de empresas en sus diversas manifestaciones formales, pero ello no implica que deba o pueda prohibir todo tipo de fusiones, sino sólo aquellas que derivan en una reducción sustancial de la competencia. Las primeras disposiciones a este respecto correspondieron a la legislación norteamericana ya citada (Sherman Act) de fines del siglo XIX, siendo más precisa la Clayton Act, que hace referencia directa a las fusiones prohibiéndolas, cuando reducen sustancialmente la competencia, sin necesidad de que se hubieran producido daños concretos y aún en aquellos casos en que las fusiones pudieran derivar en una mayor eficiencia competitiva o mayor productividad.<sup>(31)</sup>

Una forma de controlar con cierta eficiencia las fusiones es obligar a las firmas a informar con suficiente antelación sobre las mismas, mecanismo incorporado por la nueva L.F.D.C. de México<sup>(32)</sup> la misma es obligatoria (i) cuando la operación rebase un monto determinado (12 millones de veces el salario mínimo en la ley comentada); (ii) cuando la operación implique la acumulación por parte de una empresa del 35% o más de otra que venda al año más del equivalente a 12 millones del salario mínimo; (iii) cuando participan dos o más agentes económicos cuyos activos sumen más del equivalente a 48 millones de veces del salario mínimo y la transacción implique una acumulación adicional de activos o capital superior a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo

31 Una de las últimas resoluciones judiciales afectó a la empresa American Telephone & Telegraph de Estados Unidos, ordenando su atomización en siete compañías. Los informes periciales indicaban que esta atomización seguramente afectaría la eficiencia de la empresa y en especial implicaría un incremento de los precios en ciertos servicios.

32 El sistema mexicano guarda mucha similitud con las disposiciones del Reglamento N° 4064/89 de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma (CEE) del 21 de diciembre de 1989 y con la legislación italiana: "Normas para la tutela de la competencia y del mercado" del 13 de octubre de 1990. Estas disposiciones son analizadas por Marco Antonioli, Paolo de Carli y Vincenzo Francheschi en la Revista Italiana *di Diritto Pubblico Comunitario*, Año I, Número 4/1991, Ed. Giuffrè, Milán (Italia), 1991, págs. 1153 a 1276.

(Art. 20). La ley no contempla como indicador que del negocio derive el control de una cuota sustantiva del mercado. Las autoridades administrativas y judiciales en su caso, estarán entonces en condiciones de autorizar las fusiones si consideran que no implican reducir sustancialmente la competencia o que no afectarán el comportamiento del mercado.

La L.F.D.C. define la concentración como "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 realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos... (art. 16) "y se prohíben aquellas "...cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados" (art. 16). Se consideran indicios de que se cumplen los elementos subjetivos (el objeto o efecto) que la unidad resultante logre una posición dominante en el mercado relevante (*ver ut supra*) tenga o pueda tener por objeto desplazar a otros agentes económicos o impedirles el acceso al mercado relevante y por objeto o efecto facilitar sustancialmente el ejercicio de prácticas monopólicas (art. 17). La Comisión Federal de Competencia podrá imponer condiciones a la fusión u ordenar la desconcentración parcial o total (art. 19).

## **2.7. Acuerdos Considerados Prácticas Monopólicas**

Los acuerdos entre empresas de producción o comercialización para no competir o reducir la competencia entre ellas cumple una función similar a la derivada de las fusiones y en consecuencia suelen ser objeto expreso de prohibición en la legislación antimonopólica. Estos acuerdos pueden ser clasificados en dos sectores: a) Los destinados a reducir la competencia frente a los compradores a efectos de maximizar ganancias; b) Los que tienen por objetivo expulsar empresas de la competencia o, más generalmente, impedir el ingreso al mercado de otros oferentes. Comenzaremos analizando el primer grupo:

Un primer problema en la aplicación de las normas que reprimen los acuerdos es la dificultad de probar su existencia; generalmente, las autoridades administrativas o judiciales competentes no disponen de los documentos en que constan los acuerdos, o registros de los mismos si han sido verbales, tampoco es dable pensar en la posibilidad de que las partes reconozcan espontáneamente su existencia. Los acuerdos colusivos

son detectados generalmente por comportamientos atípicos del mercado: aumento excesivo de precios sin justificaciones aparentes, incrementos y reducciones de la producción o la manifiesta distribución geográfica del mercado.<sup>(33)</sup>

La nueva legislación mexicana establece dos tipos de prácticas monopólicas: absolutas y relativas. Las primeras son las que se realizan entre sujetos económicos que compiten entre sí y contemplan: (i)acuerdos sobre fijación de precios, (ii)regulación de la producción, (iii)distribución del mercado, geográfica o de cualquier otro tipo, (iv)concertación de conductas en las licitaciones o concursos públicos. Estos actos no producirán efectos jurídicos y se establecen sanciones para quienes los realizan (Art. 8°).

33 El congelamiento de precios derivado del Plan Austral (1985) en Argentina provocó importantes disminuciones en las utilidades (y hasta pérdidas) de las empresas automotrices. La sospecha de que en México se pudiera aplicar un plan de choque similar llevó a las empresas de este país a incrementar sustancialmente los precios, simultáneamente, a niveles no justificados. Al no llevar a cabo esta medida disfrazaron el retorno a niveles relativamente normales mediante descuentos, promociones de venta y venta a plazos sin intereses. Esta maniobra que atentaba directamente contra un previsible plan económico gubernamental no se podría haber llevado a cabo sin una concertación expresa que, si se investigó, nunca se pudo probar.



Las prácticas monopólicas relativas comprenden dos grupos importantes: (i) las que se proponen desplazar a otros sujetos económicos del mercado o impedirles su acceso al mismo, acciones que son definidas por Bain como "la creación y el mantenimiento (consciente o deliberado) de un control de las que actúen concertadamente, cuando tales creaciones o mantenimientos impliquen la eliminación, exclusión o control supresivo de los competidores";<sup>34</sup> (ii) los llamados "acuerdos verticales", celebrados entre compradores y vendedores, en la cadena productiva, a efectos de obstruir el acceso de un competidor al suministro de materias primas o insumos imprescindibles para la elaboración de la mercancía que se pretende ofrecer con características monopólicas, o suministrarle las mercancías a precios diferentes o en condiciones más gravosas, —en tanto esta discriminación no tenga fundamentos razonables—.

La ley mexicana prohíbe como prácticas relativas las mismas conductas enumeradas como prácticas absolutas cuando se realizan entre sujetos económicos que no compiten entre sí; la imposición de precios o condiciones de venta a los distribuidores; la venta condicionada a adquisición de bienes al comprador o la reventa al mismo; la venta condicionada a no adquirir ciertos bienes o servicios de terceros; la concertación entre competidores para ejercer presiones o tomar represalias sobre un competidor y como norma general todo acto que dañe o impida la competencia (Art. 10). Para que las prácticas monopólicas relativas resulten prohibidas por la ley deben ser cometidas por personas físicas o morales que tengan poder sustancial sobre el mercado relevante de que se trate (Art. 11). Debe interpretarse que la ley se refiere, en este caso, a los actos unilaterales, pero tratándose de colusiones se interpretará la posición dominante del conjunto de empresas que participen en la misma.

Serán de especial importancia la caracterización precisa por las autoridades administrativas y la jurisprudencia de la posición dominante y el mercado relevante, en especial para juzgar aquellas prácticas monopólicas relativas que derivan de ventajas especiales mutuas acordadas entre proveedor y comprador, como son los convenios entre las fábricas de autos y sus distribuidores (conocidos precisamente como "concesionarios"), en virtud de los cuales la fábrica surte adecuada y regularmente de automóviles al comprador evitando a éste una inversión excesiva de capital, y le garantiza cierta exclusividad (no vender mercaderías a otros comerciantes en una zona geográfica determinada y no incrementar sus representantes o distribuidores más

allá de un porcentaje en relación con los habitantes); el comprador se compromete por su parte a vender exclusivamente los automóviles de esa fábrica, a vender un mínimo (el 10% en México), además de ser en su totalidad empresas con mayoría de capital extranjero.

Si bien en la exposición de motivos con que elevó el proyecto de ley el Ejecutivo Federal se dice que las características de la ley permitirán el funcionamiento de las franquicias; ello no es suficientemente claro en tanto las mismas no realicen un aporte importante en conocimientos técnicos que justifiquen la excepción. En efecto, la concertación impuesta por un tercero para todos los que compiten entre sí es aún más grave que la concertada pues inclusive impide a quien quiere competir y salirse del acuerdo colusivo el hacerlo sin perder la concesión. El efecto negativo en la competencia y en los precios es tan o más importante que la concertación directa y por tanto debe ser considerada como una práctica monopólica absoluta.

#### *Aplicación de las prohibiciones*

Los aportes más importantes de la nueva ley son: (i) la creación de la Comisión Federal de Competencia, con autonomía técnica y operativa, facultada para prevenir, investigar y combatir los monopolios y (ii) la facultad otorgada a la autoridad administrativa de prevenir la concertación, ordenar la desconcentración y sancionar a quienes realicen prácticas monopólicas.

La facultad de fijar precios máximos que reglamentaba la derogada Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica se mantiene se reglamenta con precisión: (i) corresponde al Ejecutivo Federal (el Presidente de la República) determinar qué bienes o servicios estarán sujetos a la fijación de precios máximos, (ii) a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial determinar los precios y (iii) a la Procuraduría Federal del Consumidor la inspección, vigilancia y sanción en su caso.

### **3. Legislación Penal que Incrimina el Monopolio**

La legislación penal sanciona conductas similares a las descritas por la Ley Reglamentaria del artículo 28 Constitucional de 1992, si bien con el objetivo

<sup>34</sup> Bain, J., *op. cit.*, pág. 537.

manifiesto de proteger el consumo nacional.<sup>(36)</sup> Por consiguiente, el sistema jurídico nacional de represión del monopolio, estaría integrado en México por:

a) La prohibición constitucional respecto a su existencia y a los estancos; b) sanciones administrativas a quienes violen la prohibición constitucional, establecidas en la Ley de Monopolios reglamentaria de la Carta Magna en esta materia; y c) sanciones penales a quienes afecten la libre competencia realizando las conductas descritas en las leyes penales de las entidades federativas.

### **3.1 Actos o Procedimientos que Afectan la Libre Competencia o Violan las Disposiciones del artículo 28 constitucional**

Estas conductas son reprimidas por los incisos II y VI del Código Penal para el Distrito Federal. Se refiere específicamente a la materia en análisis en forma genérica y comprenden en su descripción los restantes incisos.

36 Cfr. Código Penal para el Distrito Federal, título décimocuarto: Delitos contra economía pública, capítulo I: Delitos contra el consumo y las riquezas nacionales.



Debemos entender que afecta la libre competencia, por ejemplo, el control de una parte significativa del mercado de un tipo de bien o de un conjunto de bienes aptos para la satisfacción de una misma necesidad; también los actos orientados a lograr esa preponderancia o control.

¿Cuáles deben ser los criterios de interpretación en lo que se refiere al tipo de bienes y al análisis de las necesidades? ¿Se requiere controlar el mercado de refrescos, de gaseosas, de un tipo de refrescos, de jugos en general? ¿En qué grado se debe afectar la libre competencia?

En ambos casos, la descripción de las conductas prohibidas es demasiado genérica como para ser entendidas como tipos penales, propios de un sistema que respeta el principio de legalidad. Por otra parte, están previstas sanciones graves de privación de libertad. Se trata no sólo de deficiencias de técnica jurídica, sino además de supuestos de violación ex presa de la Constitución y por tanto inaplicables.

### **3.2 Se reprime igualmente el Acaparamiento, Ocultación o la Negativa Injustificada de Vender Artículos de Primera Necesidad, si se Pretende a Través de Estas Acciones Obtener un alza en los Precios**

Conforme a la redacción de este inciso, el objetivo del incremento en los precios sólo es requisito en el caso de acaparamiento, lo que no parece coherente.

El concepto "artículos de primera necesidad o de consumo necesario" surgirá de las normas reglamentarias del artículo 28 constitucional. A falta de enumeración expresa de la ley, debe entenderse como abierto, debiendo el órgano jurisdiccional considerar como tales los alimentos y bienes de consumo básicos para el sostén y educación de una familia.

Estas conductas son, sin duda, actos o procedimientos que se proponen dificultar la libre competencia en el área de la distribución de bienes, y se encuentran por tanto comprendido por los incisos II y VI ya comentados.

### **3.3 El inciso III Sanciona la Producción de Bienes en Medida Inferior a la Capacidad de la Unidad Económica con el Propósito de "mantenerlo en elevado e injusto precio"**

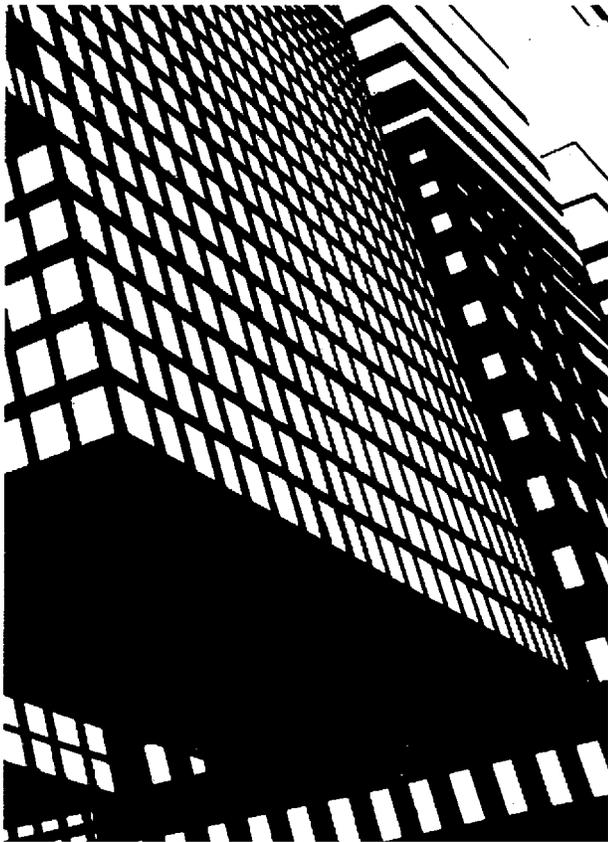
Exigiendo también que se trate de artículos de consumo necesario, es una situación similar a la anterior, relacionada en este caso con el área de la producción.

Supone un control monopólico del mercado en virtud del cual la reducción en la producción de una o pocas unidades empresariales puede producir efecto inmediato y directo en los bienes.

### **3.4 El Inciso IV prevé la Posibilidad de Exportación de Artículos de Primera Necesidad sin Autorización Gubernamental cuando la misma Resulte Necesaria**

Está orientado a garantizar el abastecimiento del mercado nacional prioritariamente y evitar el incremento excesivo de los precios cuando éstos se hubieran elevado en el mercado internacional. En estos casos los productores o distribuidores pretenderían exportar sus mercancías u obtener en el mercado interno los mismos precios que se pagan en el exterior, no vinculando los mismos a sus costos de producción.

### **3.5 Se incrimina por último la Venta de Artículos de Primera Necesidad con Inmoderado Lucro**



Al igual que la mayoría de los precedentes, este tipo es poco preciso y hace referencia a elementos no definidos y ambiguos, como el concepto de "lucro inmoderado".

Es indispensable homogeneizar el lenguaje en todos los tipos utilizados en el artículo analizado, pues no se entiende bien el fundamento de las diferenciaciones; todo pareciera indicar que se han utilizado diversos conceptos indistintamente. Así, en el inciso I, se hace referencia a los artículos de primera necesidad o de consumo necesario; en el III sólo a los de consumo necesario, limitándose los incisos IV y V a los de primera necesidad. Queda por saber si hay artículos de primera necesidad que no son de consumo necesario pues de no ser así, era conveniente utilizar el mismo concepto en todos los tipos.

Similar situación se presenta con los precios. El inciso sólo exige que se pretenda obtener un alza en los precios, sin calificarla; el inciso III que el autor tenga el propósito de mantener en injusto precio —extraña redacción que presume que los precios ya eran elevados e injustos; por lo que si se pretende aumentarlos, en una aplicación exegética del tipo, la conducta no sería delictual—. Por último, con respecto a un precio que derive en inmoderado lucro el texto del inciso V define las restricciones.

Más adecuado hubiera sido tomar un punto de referencia comparativo, como puede ser un alza en los precios. Si bien una simple búsqueda de incremento en los precios no debería ser punible, aun tratándose de artículos de primera necesidad, los actos apropiados para producir un alza significativa en los precios, debe ser incriminado.

Los precios elevados e injustos, o precios que derivan en "inmoderado lucro", son de muy difícil definición y han provocado cambios y debates aún no definitivos en el Derecho Civil y Mercantil. Puede entenderse en principio como precio justo aquel que deriva de las relaciones de producción y que tenía un principio de reconocimiento legislativo en nuestro país; el costo de producción más la tasa media de ganancia.<sup>(37)</sup>

Si entendemos como inconstitucionales estos tipos, especialmente los contemplados por los incisos III y VI quedarían sin incriminación penal tanto los acuerdos colusorios como las acciones tendientes a lograr posiciones dominantes o monopólicas en el mercado.

37 Ley sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Federal en materia económica.