

Regulación de las fusiones y represión de las prácticas monopólicas en México

Rafael J. Pérez Miranda*

El artículo presenta un análisis de la moderna legislación antimonopólica mexicana sancionada en el proceso de apertura de México que se consolida con la adhesión al GATT (actual Organización Mundial del Comercio, OMC) y la celebración del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN). En pocos años, la Comisión Federal de Competencia ha resuelto un número importante de casos que permiten analizar críticamente una línea interpretativa y evaluar la congruencia de las normas y de su interpretación con los requerimientos de la economía mexicana y del proceso de mundialización económica caracterizado en los últimos años por el predominio de las corporaciones transnacionales y un acelerado proceso de fusiones.

Sumario: Presentación de algunos precedentes legislativos. / 1. Marco económico en que se aplica la nueva legislación. / 2. Aspectos constitucionales. / 3. La prohibición de los monopolios y la prohibición de las prácticas monopólicas; diferencias. / 4. La definición jurídica de monopolio. / 5. Poder sustancial en el mercado relevante / 6. Las fusiones. / 7. Prácticas monopólicas absolutas y relativas.

Presentación de algunos antecedentes legislativos

Entre las instituciones de derecho económico que muestran en los últimos años gran dinámica legislativa destaca la referida a los monopolios, en principio como una necesidad para evitar los excesos que pudieran derivar de la promoción de la libre competencia en el mercado interno y en el comercio internacional y del incremento en el otorgamiento de protección a las obras, invenciones y nuevas creaciones intelectuales que por carecer de nivel inventivo reciben una protección *sui generis*. El liberalismo económico ha demandado históricamente que se garanticen los presupuestos del mer-

cado libre y uno de sus elementos más importantes es sin duda la posibilidad de que el precio de las mercancías, factor determinante en la determinación de la tasa de ganancia de las empresas, resulte de la libre competencia en el mercado de una oferta y una demanda atomizada, *n* oferentes y *n* demandantes; la concentración monopólica mundial derivada del predominio no regulado de las grandes corporaciones transnacionales es en este momento la amenaza más importante para dicho principio, sin que por ello se deba subestimar a los grupos económicos que se conforman al interior de cada Estado-nación.

Pareciera en consecuencia que estamos haciendo referencia a una institución moderna, derivada de esa etapa del desarrollo industrial que surge a fines del siglo pasado y que ha sido denominada capitalismo monopolista. Sin embargo, las fuentes normativas indican lo contrario, y resulta curioso

* Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco. México, D.F., noviembre de 1998.

verificar cómo un fenómeno económico de sustancia similar se desarrolla y transforma permitiendo que su prohibición genérica sea objeto de diversas reglamentaciones. Es un ejemplo claro, por otra parte, de los errores en los que se puede caer cuando se realizan citas poco analíticas y cuando se hacen referencias inconsultas a antecedentes históricos de las instituciones.

Los primeros monopolios individuales, que coexistieron durante mucho tiempo con los privilegios de los gremios, se originaron en la necesidad de los monarcas de tener fuentes propias para financiar sus gastos, recompensar a los favoritos y consolidar lealtades, provocando en muchos casos la protesta de los sectores económicos directamente afectados. Así, una de las primeras disposiciones anti-monopólicas, el Estatuto de Jacobo I, surge de estas protestas por el abuso del monarca en la atribución de los privilegios, nace como una prohibición dirigida directamente al monarca, limitando sus facultades para otorgarlos; declara, en efecto, que se deben considerar nulos los monopolios y comisiones, concesiones, licencias, privilegios y cartas patentes²; a la prohibición del Estatuto la había precedido una decisión judicial en el caso Dracy-Allein (1602), que había declarado nulo el monopolio de fabricación, importación y venta de cartas de juego otorgado por el soberano al señor Dracy.

Son similares los motivos que llevan al constituyente mexicano a prohibir los monopolios y los estancos, propuestos como artículo 20 de la Constitución en la sesión del 15 de agosto de 1856. La crónica de Zarco dice que José María Mata al fundamentar dicha disposición hace **"la historia de las prohibiciones, error funesto que se debe a D. Lucas Alamán y que ha hecho perder al país más de ciento cuatro millones de pesos para beneficiar sólo a cinco o seis industriales protegidos por Alamán"**³. Se debate de manera expresa, en la misma sesión, el tema de los naipes; en electo, Joaquín García Granados solicita en la sesión que en la enumeración de las excepciones a la prohibición de los monopolios, se incluya la de los naipes; a él le responde Mata con el argumento de que si se considera

inmorales a los naipes, será mayor la inmoralidad del gobierno que "los estanque" para obtener de ello beneficios.⁴

Así, con antecedentes fácticos y discursivos similares, la prohibición de los monopolios y de los estancos en la Constitución de México de 1857 va a tener una estructura significativamente similar al Estatuto de Jacobo I de 1623: primero se prohíben los monopolios y estancos, y es claro que esta prohibición se dirige al gobierno y al Poder Legislativo, y luego se establecen las excepciones. En el estatuto citado la única excepción es la que se otorga a los autores e inventores (o introductores de una nueva industria), pero ello se debe a que la prohibición se refería sólo a los monopolios individuales y no, como se dijera arriba, a los otorgados a los gremios artesanales.

La disposición constitucional de 1857 servirá de base al art. 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que mantiene la misma estructura, la cual, pese a reiteradas modificaciones, subsiste en la actualidad. Sin embargo, ahora se la utiliza para reprimir a los monopolios modernos que poco tienen que ver con los estancos de los naipes y de la sal de mediados del siglo XIX, y que difieren sustancialmente, también, de los existentes en 1917. Por ello las dos leyes reglamentarias de la disposición constitucional que se han sancionado en este siglo verifican también estructuras y bases totalmente diferentes. A través de estas reglamentaciones se ha actualizado la prohibición constitucional.

1. Marco económico en que se aplica la nueva legislación

En poco más de cinco años, la Comisión de Competencia ha atendido un número importante de casos que permiten **realizar** una primera evaluación sobre una legislación diseñada para evitar conflictos en el proceso de apertura del mercado mexicano a la competencia internacional, de privatización de las empresas paraestatales y de desregulación generalizada de la actividad económica, en lo que ha dado en denominarse política liberal en un mercado internacional globalizado. A diferencia de la ley anterior, que en más de medio siglo sólo se aplicó en una oportunidad, el número de casos de fusiones, concertaciones monopólicas y restricciones ¡legales

1. PENROSE, Edith T. *La economía del sistema internacional de patentes* [id. Siglo XXI. México, D.F., año 1974. Expresa la autora que en Inglaterra, bajo Isabel y Jacobo I, "el clamor público en contra de los privilegiados monopolios restrictivos era fuerte y persistente, ya que abarcaba a artículos de uso común, como la sal, los aceites, el vinagre, almidón, nitrato, etc."
2. "BAYLOS CORROZA, Hcrmegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. Ed. Civitas, 2". Edición, Madrid, España, año 1993, pág. 191.
3. ZARCO, Francisco. *TRÓN/ca del Congreso Constituyente*. Ed. El Colegio de México. México, D.F., año 1957; págs. 476/77.

4. *Ibidem*.

diversas atendido por la nueva ley ha sido numeroso y creciente.

En el primer año (julio 1993/junio 1994),⁵ la Comisión Federal de Competencia (CFC) examinó 86 casos de fusión, y resolvió 79, realizó además 16 investigaciones de oficio y recibió 22 casos sobre prácticas monopólicas; pese al desconocimiento de los agentes económicos de las posibilidades que brindaba la Comisión y a los problemas de la misma en su inicio, el número es bastante significativo. Sin embargo, son más representativos los números de los años 1996 y 1997, con la CFC funcionando ya con criterios y reglamentaciones adecuadas. En 1996 ingresaron 143 casos de concentración por fusión y se resolvieron 133, de los cuales seis fueron objetados y ninguno fue rechazado. En 1997 el número de ingresos se elevó a 211, y se resolvieron 218 (incluyendo algunos rezagos del año anterior); en la mayoría de los casos la fusión se aprobó, sólo se condicionaron 3 y se objetaron 2. Como es fácil observar, los casos de concentración por fusión son numerosos y en muy pocos casos son objetados; sin embargo, son de gran utilidad para que la autoridad administrativa lleve un cierto control sobre la estructura empresarial y pueda prevenir a tiempo actos colusivos.

En materia de prácticas monopólicas y otras restricciones a la competencia, el número es menor, pero el incremento de casos es significativo. En 1996 se iniciaron 22 investigaciones de oficio, se recibieron 7 denuncias y se resolvieron 38 casos (incluyendo casos pendientes del año anterior), en 12 de ellos se aplicaron sanciones o se hicieron recomendaciones y ocho denuncias fueron rechazadas por notoria improcedencia. En 1997 se iniciaron 35 investigaciones de oficio, se recibieron 25 denuncias y se resolvieron 52 casos; en 13 resoluciones se aplicaron sanciones o se hicieron recomendaciones y se rechazaron 15 denuncias. Los restantes casos correspondieron a desistimientos, negativas del denunciante o caducidad.⁶

Las bondades de la nueva legislación son difíciles de evaluar, ya que la respuesta dependerá de adhesiones a las opciones ideológicas contemporáneas en materia de planificación económica, de participación del Estado en la asignación de los recursos y en la redistribución del ingreso y en las conveniencias de inserción en el proceso internacional de globalización; pero sí podemos realizar algunas apreciaciones sobre su funcionamiento y las dificultades que genera su aplicación. Una economía abierta, en la cual compiten las grandes corporaciones, necesita empresas fuertes, sólidas; en nuestros países esa opción implica el intervencionismo estatal para favorecer las fusiones. Una política económica que se proponga promover la pequeña y mediana empresa, incrementar la demanda interna y redistribuir el ingreso, tendrá una clara conducta antimonopólica. Sin embargo, según destacamos al inicio, la legislación antimonopólica de 1934, que aspiraba a cumplir estos últimos objetivos, careció de vigencia; la actual, de clara adhesión a las políticas de apertura liberal, se ha aplicado de manera sistemática y consistente.

1.1. La concentración económica y financiera al momento de la crisis de 1982

La concentración de capitales en el país se desarrollaba en este periodo alrededor de tres núcleos fundamentales: a) el sector estatal, al cual la Constitución otorgaba áreas de exclusividad para su explotación y que había crecido sustancialmente en el proceso de industrialización moderna de los años de la posguerra; b) los grupos económicos que en los últimos años se habían organizado en su mayoría alrededor de grupos financieros; c) las filiales de corporaciones transnacionales, con una participación relativamente restringida y controlada por la **Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera.**⁷

Ocho empresas estatales figuraban en la lista de las diez más importantes, si ampliamos la muestra a veinte, las estatales eran catorce. En el censo de 1975, las empresas estatales que desarrollaban sus actividades en la industria extractiva y de la transformación representaban el 0.31% del total de empresas censadas, ocupaban el 14.7% del perso-

5. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. *Reporte anual 1993-1994*. México, D.F. 1994. La CFC comenzó a funcionar a mitad del año 1993 y hasta 1996 sus informes anuales comprendían seis meses de cada año.

6. Sin embargo, en el mismo periodo se ha verificado uno de los procesos de concentración oligopólica más importantes en la historia del país, que además derivó en la acumulación de grandes fortunas individuales, destacadas cada año en la lista de las personas más ricas del mundo; en el último lustro, México es el país latinoamericano, y probablemente el país emergente, con más individuos en la lista de quienes tienen más de mil millones de dólares.

7. Ver PEREZ MIRANDA, Rafael - FELLINI GANDULFO, Zulita. "El derecho frente a los monopolios", KAPLAN, Marcos, (director) *Estudios de Derecho Económico* Vol. IV, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, D.F. 1983; ver la bibliografía fuente de los datos sobre concentración en nota 37.

nal, que recibía el 27% del total de los sueldos del sector y aportaban el 24% de la producción bruta total.⁸

Los bancos privados más importantes funcionaban como ejes de grupos monopólicos que controlaban un núcleo sustancial de la producción nacional. Uno de los más importantes era el grupo Banamex, que controlaba cerca de 25 empresas de la industria química, minero-metalúrgicas, de construcción, papeleras, eléctricas y electrónicas y de bienes de consumo. El grupo Bancomer integraba empresas industriales en las ramas de minería, química, construcción, manufacturas, extractivas, seguros y casas de bolsa. De menor importancia, el grupo Cremi, que funcionaba alrededor del Banco de Crédito Minero y Mercantil. Eran muy estrechos los vínculos del grupo industrial ALFA y del grupo Cuauhtémoc con Banca Serfín; así como del grupo de Fomento de Industria y Comercio con BANPAIS, y de Ingenieros Civiles Asociados (ICA) con Banco del Atlántico.

En lo que se refiere a la concentración bancaria propiamente dicha, en 1975 (según el censo citado) había 214 instituciones de crédito, con 2 087 sucursales y 143 agencias, que se habían reducido a 150 en 1979.⁹ Los diez primeros bancos de depósito (y sus bancos asociados) superaban en 1975 el 85% del total del sistema; una sola institución, Banamex, participaba con el 29% y la segunda, Bancomer, con el 27.6%, entre ambos reunían más del 55% de los activos del sistema bancario mexicano. La banca estatal tenía el 12% de las instituciones de crédito, pero captaba casi el 50% de los recursos del sistema, en parte por la clientela cautiva.

Esta extrema concentración en el sector financiero privado, en manos de capital nacional, y la conformación de grupos económicos empresariales alrededor de los mismos, se considera que, junto a factores externos determinantes, como la caída del precio del petróleo y las altas tasas de interés en el mercado financiero internacional, influyeron en la aceleración de la crisis económica. La primera reacción estatal ante la crisis fue afectar a quienes habían actuado como correas transmisoras de la fuga de capitales, que a su vez eran los propietarios de la mayoría de las empresas de capitales nacionales. La estatización de la banca privada (con excepción de Citibank y Banco Obrero), mostró que los niveles de concentración de la economía mexicana eran

mucho más elevados que los que suponían los investigadores académicos y el mismo gobierno. Los efectos de la devaluación en las finanzas de grandes empresas endeudadas en el exterior y un sistema especial en virtud del cual el Estado asumió gran parte de la deuda externa privada (a través de una institución especial denominada FICORCA), además del estatal, modificaron radicalmente la estructura y funcionamiento de las grandes corporaciones privadas mexicanas.

1.2. La concentración económica y financiera en la crisis de 1994/1995

A mediados de los ochenta comienza un programa articulado de renegociación de la deuda externa, apertura al comercio exterior, liberalización de la inversión extranjera, privatizaciones, que se desarrollará con intensidad en el periodo 1989/1993, bajo la dirección, programación y precisa orientación del gobierno federal. Es a partir del mismo gobierno que se impulsa una extrema oligopolización de la economía que culminará en la crisis de 1995. Para un funcionamiento más racional de la banca estatizada, el gobierno la había concentrado en 18 instituciones, en una decisión racional en tanto no tenía mucho sentido que compitieran de manera atomizada y distendiendo recursos, instituciones que pertenecían a un único propietario: el Estado; en esa concentración, había mantenido unos pocos bancos líderes que controlaban más del cincuenta por ciento del mercado, tanto en capital como en captación y financiamiento: Banamex, Bancomer, Serfín y Comermex. Estos bancos no se atomizaron para su privatización, proceso del cual surgió una banca altamente oligopólica que podía decidir a través de dos o tres bancas líderes, las condiciones del mercado. Tampoco se dividió la empresa telefónica TELMEX para su privatización, que se realizó junto con una serie de empresas vinculadas verticalmente; en este caso, se le garantizó incluso a los adquirentes privados que mantendrían el monopolio de prestación del servicio de llamadas nacionales e internacionales por un promedio entre cinco y diez años, según el caso. En 1997 TELMEX fije la segunda empresa más importante de México, sólo precedida por Petróleos Mexicanos; pero además, el Grupo Carso, controlado por el mismo empresario que controla TELMEX, ocupaba el noveno lugar. El sistema de televisión estatal (dos canales sobre un total de seis canales comerciales de televisión por aire) se privatizó previo unificarlo en una empresa y junto con algunas radios, por lo cual se acentuó el monopolio en televisión abierta por aire, que a partir de ese momento

8. *X Censo Industrial*, Secretaría de Programación y Presupuesto; año 1976-con datos de 1975.

9. *VI Censo de Servicios*, Secretaría de Programación y Presupuesto; año 1976 con datos de 1975.

se limitó a dos empresas comerciales con cobertura nacional y el control de la mayoría de los canales regionales; las empresas del oligopolio televisivo estaban en 1997 en los lugares veinte (Televisa) y setenta y dos (Canal Azteca) en la encuesta citada de las quinientas empresas con más ventas en México.¹⁰

Nos encontramos, en consecuencia, con dos políticas aparentemente contradictorias. Por un lado el Estado promueve la concentración y oligopolización de la economía y, por el otro, el mismo gobierno promueve una legislación de estímulo a la competencia y de represión a la concentración y a las prácticas monopólicas; contradicción que no es tan evidente cuando se analiza esta legislación en profundidad. También las políticas de protección a la banca y a las grandes empresas constructoras, mediante los programas denominados FOBAPROA (Fideicomiso Bancario de Protección al Ahorro) y de Rescate Carretero, que han implicado una inversión de más de ochenta mil millones de dólares en beneficio de empresas privadas con pérdidas importantes, indican una clara intención gubernamental de participar en el comportamiento de las principales variables económicas, apoyando discrecionalmente a ciertos grupos económicos y no a otros, lo que va contra la transparencia del mercado.

Además de los casos detallados (bancos, Telmex, cadenas de televisión), el proceso de concentración del sector privado en 1994/1995 era muy elevado. Sobre un total de 2'186,655 establecimientos manufactureros, comerciales y de servicios registrados en 1994, los considerados grandes (más de doscientos cincuenta personas laborando, con ventas superiores a los 20 millones de pesos) eran 5, 088, aproximadamente el 0.2%, que ocupaban el 24.5% de los empleados totales. Sobre un total de ingresos globales de 1,270,100 millones de pesos, a las empresas grandes correspondieron 557,832 millones de pesos, es decir, más del cuarenta por ciento.¹¹ A diferencia de los años previos a la crisis, las empresas estatales, como se expusiera, no figuraban entre las más importantes, salvo Petróleos Mexicanos (PEMEX) y la Comisión Federal de Electricidad (CFE). En el listado de la misma revista especializada considerada para los datos de aquella época, en las cinco primeras más importantes sólo había una estatal, una privada nacional y cinco filiales de corporaciones transnacionales; del quinto al décimo lugar eran todas nacionales privadas, y consideran-

do las primeras veinticinco, nueve tenían una participación significativa de inversión extranjera (entre 25% y 100%).¹² Las ventas de las quinientas mayores empresas mexicanas representaban en 1987 el 20% del PIB aproximadamente, y en 1992 habían pasado al 25%.¹³

La elevada concentración industrial, mercantil y financiera, impulsada por el gobierno en el caso de los grupos nacionales y empresas privatizadas para que pudieran competir con las empresas extranjeras en el momento de la apertura externa, fue un factor determinante de la crisis cambiaria de 1994 y económico-financiera de 1995 a la fecha. Las maniobras de retiro de capitales del mercado nacional y su traslado a Estados Unidos y las exigencias de protección al Estado se vieron favorecidas por tratarse de un reducido número de hombres de negocios que, en conjunción con un reducido número de corporaciones transnacionales, pueden tomar decisiones que afecten a la economía en su conjunto y mantener ocultas sus operaciones. Algunos datos de 1997 pueden dar una imagen del grado de concentración actual en relación a una economía altamente concentrada como la estadounidense: las ventas y los activos de las 25 empresas más grandes de México representaban el 67% de las ventas totales de las 500 más importantes, empleaban el 60% del total empleado por las 500. En EE.UU. las 25 más importantes vendían el 29% del total de venta de las 500 mayores, sus activos representaban el 22% y empleaban el 25%.¹⁴

2. Aspectos constitucionales

2.1. La regulación de la actividad monopólica de las empresas.

La actual disposición antimonopólica de la Constitución Política Mexicana, tiene su primer antecedente en el art. 20 de la sancionada en 1857, ampliada en

10. Revista *Expansión*, núm. 747, 12 de agosto de 1998, México, D.F.

11. NACIONAL FINANCIERA. *La economía mexicana en cifras*, México, D.F., 19%.

12. Revista *Expansión*, núm. 697, 14 de agosto de 1996. México, D.F. Los datos de esta revista deben ser considerados con ciertas reservas, en la medida en que las encuestas no cubren todo el universo de grandes empresas y las coberturas suelen variar de año en año; en el que citamos, por ejemplo, no participaron Ford Motor Co., Compaq, Volkswagen de México, Comisión Federal de Electricidad, entre otras.

13. GARRIDO, Celso, *El liderazgo de las grandes empresas industriales mexicanas*, en el volumen colectivo PERES, Wilson (Compilador), *Grandes empresas y grupos industriales latinoamericanos*. Ed. Siglo XXI-CEPAL, México, D.F. 1998; págs. 397 y ss.; el autor, en este punto, considera también los datos de la Revista *Expansión*, por lo cual es conveniente hacer las mismas reservas de la nota precedente.

14. *Revistas Expansión y Fortune*.

sus conceptos en la de 1917 y reformada en su versión actual en 1983. Queda vigente, pese a ello, la rémora arcaica de la prohibición de los estancos, de las exenciones de impuestos y de las prohibiciones protectoras de la industria; pero es sin duda, en el derecho constitucional comparado, una de las disposiciones más completas en la materia, comprendiendo las siguientes conductas:

Prohíbe los monopolios, estancos y disposiciones que puedan permitir la constitución de monopolios, como las exenciones 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; prohíbe también las prácticas monopólicas, pero con las mismas limitaciones enunciadas precedentemente; las conductas consideradas monopólicas o prácticas monopólicas son: c.1) La concentración o acaparamiento 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..." e incluso 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.

Entre las excepciones más relevantes figura la enumeración de áreas estratégicas, en las cuales corresponde al Estado la exclusividad para ejercer actividades productivas y mercantiles; para cumplir este cometido, puede constituir organismos y empresas paraestatales. Pero el privilegio monopólico que se otorga al Estado se debe limitar exclusivamente a las áreas enunciadas, no se extiende a áreas conexas ni a todas las actividades que realicen las empresas constituidas al efecto.

También enuncia el art. 28 de la Constitución federal mexicana las excepciones correspondientes a los sectores privado y social. "No constituyen monopolo

lios (en realidad lo son, lo que quiere decir la norma es que 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 otorgaren a los autores, artistas o inventores, por las leyes reglamentarias correspondientes. El constituyente hace 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 afecte 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 estadounidense en la materia y, por último, en sus reformas, la adaptación a las tesis jurisprudenciales de ese país. Estas vertientes motivan que haya contradicciones en el texto mismo del art. 28, por lo cual sería deseable que en una próxima reforma se eliminara totalmente el actual y se redactará uno nuevo con un criterio homogéneo y preciso.

2.2. Las restricciones a la libre competencia realizada por entidades federativas

La libre circulación de las mercancías al interior de un país es un principio fundamental del Estado-nación y en muchos casos fue uno de los objetivos históricos que llevaron a su conformación como tal; la prohibición de establecer **barreras** aduaneras entre las unidades políticas o administrativas que constituyen una nación es, en consecuencia, un principio constitucional generalizado. Cuando el sistema adoptado es un Estado federal, integrado por estados soberanos, el principio debe ser objeto no sólo de mención expresa, sino también de cuidados especiales para evitar que se trate de proteger a la producción y comercio locales mediante límites directos o indirectos a la introducción de mercancías. La Constitución mexicana prohíbe a las entidades federativas "art. 117...V. Prohibir ni gravar, directa ni indirectamente, la entrada a su territorio, ni la salida de él, a ninguna mercancía nacional o extranjera...". En los casos en que los Estados provinciales legislen violando esta prohibición, estos actos de autoridad no producirán efecto jurídico (art. 14 LFCE).

Le corresponde a la Comisión Federal de Competencia, según la LFCE, investigar, de oficio o a petición de parte, el buen cumplimiento de las disposiciones citadas y, en su caso, declarar la inexistencia de los actos jurídicos que la contradigan. Se trata de una facultad inconstitucional, ya que una comisión cuyos miembros son designados por el Poder Ejecutivo no puede ser juez de la constitucionalidad o legalidad de un acto soberano de una Entidad Federativa, que en la mayor parte de los casos se manifestará mediante una ley local. La facultad otorgada a las autoridades estatales para impugnar la resolución ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación no mengua la inconstitucionalidad de la disposición. El caso en análisis, realización por parte de los Estados de actos prohibidos por la Constitución, se puede considerar como un acto inconstitucional que afecta a los particulares, por ser abiertamente contrario a la constitución es absolutamente nulo, y para declarar tal nulidad se prevén acciones procedimentales específicas que permiten arribar a una solución judicial del conflicto o, si el Gobierno Federal interpreta que se está invadiendo su esfera de competencia, como "...una controversia suscitada entre la Federación y uno o más Estados...(art. 105 de la Constitución)", caso en el cual le corresponde conocer sobre él "sólo a la Suprema Corte (art. 105 constitucional)".¹⁵

En aplicación de estas facultades, que consideramos inconstitucionales, la Comisión Federal de Competencia declaró la existencia de una barrera estatal erigida por el Gobierno del Estado de San Luis Potosí, que había establecido restricciones indebidas, mediante gravámenes contemplados en la Ley de ingresos municipales para 1997, a la comercialización y movilización de carnes frescas o refrigeradas de ganado y aves, para lo cual declaró que estos actos no producirían efectos jurídicos.¹⁶

La prohibición de los monopolios y la prohibición de las prácticas monopólicas; diferencias

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!, fueren cuales fueren los pasos que hubiera dado para lograr esa situación. Esta posición privilegiada en el mercado se puede deber a políticas mercantiles exitosas, muchas veces originadas en innovaciones tecnológicas protegidas por la legislación sobre propiedad industrial, 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.¹⁷

Se presenta así como problema la posibilidad, o necesidad, de reprimir 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 estadounidense en la pregunta sobre si las dimensiones (en el control del mercado) por sí solas, constituyen violación de la ley, y deben ser atacadas de alguna manera. 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 exclusivamente 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. Es el 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

15. Un análisis más detallado se puede ver en ARTEAGA NAVA, Elisur, "Los monopolios, los estancos y otras prácticas prohibidas por la constitución", en Revista *Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana - Azcapotzalco, núm. 39, 1998, pp. 161-182, México, D.F.

16. *Diario Oficial*, 13 de mayo de 1998.

17. 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) movilización de grandes capitales en áreas que así lo requieren para poder producir a escala óptima, asociado a disponibilidades tecnológicas. Este tema es parte del referente a las barreras, incorporado por Joseph BAIN.

aquellos casos en que las mismas violaban principios de ética mercantil.

Son de nuestro interés dos normas que hacen referencia con precisión a esta situación objetiva de monopolios: la estadounidense conocida como **Sherman Act** (Ley para proteger el comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios, año 1890), pero en especial la **Clynton Act**,¹⁸ de indudable influencia en la primera reglamentación de la constitución mexicana, y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 28);¹⁹ 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.

La Ley de Competencia²⁰ en tanto reglamentaria del art. 28 constitucional,²¹ se propone hacer efectiva la prohibición de los monopolios, y así lo establece en su art. 2º: "Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios...", y reitera más adelante: "...Quedan prohibidos los monopolios y estancos..."(art. 8º). Sin embargo, no define en su articulado a los monopolios, ni dice qué se debe hacer en el caso de que los monopolios existan (se hayan constituido con anterioridad) o se constituyan; por el contrario, los diversos cuerpos normativos (ley, reglamento, resoluciones de la Comisión Federal de Competencia), aceptando las ideas de la Escuela de Chicago, recogidas en el ámbito jurídico por la corriente denominada "análisis económico del derecho", establecen un conjunto complejo de requisitos que dificultan, llegando al borde de la nulificación, la aplicación de la prohibición constitucional y en ningún caso prevé la atomización o represión de los monopolios existentes o que se conformen sin fusiones.

La dificultad para legislar en la materia resulta más clara cuando analizamos la regulación de la concentración que deriva de las fusiones. En estos casos, por ejemplo, se puede prohibir o condicionar una fusión cuando la suma de las empresas que pretenden realizarla pueden permitir, a la nueva empresa, tener un poder sustancial en el mercado o la fusión pueda llevar a niveles de concentración muy altos en dicho mercado (ver caso Kimberley Clark/Crisoba, analizado más adelante). Para prohibir o condicionar esta fusión no es necesario que la CFC demuestre que a través de la misma se pretende controlar el mercado, elevar los precios injustificadamente o establecer barreras naturales al acceso de otras empresas al mercado, es suficiente que demuestre que podrá realizarlo. Pero una empresa por sí misma, o por privilegios que le fueron otorgados anteriormente y que en estos momentos quizás no estén vigentes, puede encontrarse en esta misma situación de controlar una cuota importante del mercado de manera tal que potencialmente podría realizar las conductas descritas: elevar injustificadamente los precios, establecer barreras al ingreso de otras empresas a la competencia, establecer condiciones especiales a proveedores. Si el bien jurídico tutelado es la atomización del mercado y la garantía de un nivel mínimo de competencia para la determinación de los precios, es tan importante prohibir una fusión como disolver un monopolio existente. Si en un mercado relevante encontramos tres empresas, una de las cuales (a) controla el 50% del mercado, otra (b) el 30% y una tercera (c) el 20%, la fusión de (b) y (c) elevaría sin duda el grado de concentración del mercado; les resultará más sencillo arribar a acuerdos para establecer prácticas monopólicas concertadas a dos empresas que a tres, y también les será más fácil hacerlo de manera clandestina y evitar la represión por realizar prácticas monopólicas. Sin embargo, (b) y (c) pueden alegar fundadamente que si no se fusionan compiten con (a) en desventaja y, lo que sería un argumento más importante, que la autoridad no puede prohibir a dos agentes económicos que controlen unificadamente una cuota del mercado que ya ocupa un tercer agente. La legitimidad de la prohibición, derivada de una no discriminación entre las empresas, debería ir acompañada de una orden para que se atomice la empresa (a).

Un caso concreto de política pro-oligopólica del Estado se verificó cuando se privatizaron los dos canales estatales comerciales por aire que competían con los canales comerciales privados. La empresa Televisa era propietaria de cuatro de los seis canales de televisión comerciales abiertos con cobertura nacional, que controlaban más del ochenta

18. 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..."

19. La Constitución de México (1917) expresa "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios..."

20. Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el **Diario Oficial** (México) el 4 de diciembre de 1992.

21. Utilizamos los términos "leyes reglamentarias" conforme al uso reiterado del concepto, lo cual no significa aceptar que tienen una entidad especial, según lo afirman algunos autores. La opinión favorable y el detalle de los autores que la sostienen se puede ver en **INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada - Tomo I. PATINO MANFER, Ruperto - CONCHA CANTU, Hugo Alejandro. Comentario del art. 28. Ed. Porrúa- Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. D.F.. 1997.**

por ciento de la audiencia y, en consecuencia, de la propaganda; dos eran propiedad del gobierno nacional (un séptimo, canal once, es propiedad del Instituto Politécnico Nacional y se especializa en difusión cultural). La privatización de los canales comerciales por separado hubiera ofrecido muchas dificultades, ya que el grupo Televisa se caracterizaba por su política agresiva, afectando incluso a los canales estatales (otorga becas a artistas en desarrollo, exigiendo exclusividad con el canal, compra equipos de fútbol para garantizar la exclusividad de las transmisiones de sus partidos). Para poder obtener un buen precio en la privatización el Estado concentró los canales en una sola empresa, a la que incorporó algunos radios estatales, por lo cual el mercado de la televisión abierta de aire quedó concentrado en sólo dos empresas, y la empresa privatizada, Televisión Azteca, puede competir, no sin ciertos problemas, con Televisa. Importa destacar, en este caso, una solución alternativa que hubiera sido obligar a Televisa a atomizarse, y privatizar los canales por separado: una medida de este tipo hubiera impulsado un mercado más competido, hubiera reducido el poder del Estado sobre los medios de difusión y el poder de los medios de difusión sobre los agentes políticos. La falta de restricciones a los medios, por ejemplo la no prohibición de la propaganda de cigarrillos y de bebidas alcohólicas, es atribuible en gran medida al extremo poder de los oligopolios televisivos que, concertadamente, pueden terminar con la carrera del político o funcionario público que pretenda afectarlos.

El fomento de la concentración para favorecer la competencia, en lo que podría parecer una lógica perversa, ha sido tenido en cuenta por la CFC en solicitudes de autorización para la realización de fusiones en un mercado altamente concentrado como lo es el de servicios financieros bancarios y no bancarios:

Banco de Nova Scotia/Grupo Financiero Inverlat, SA de CV y Banco de Bilbao y Vizcaya-México SA/ Banca Cremi, SA/ Banco de Oriente, SA Banca Promex, SA/Banco Unión SA. La CFC consideró en estos casos que la estructura del mercado relevante de servicios financieros y no bancarios ofrecidos en el mercado nacional "no presenta índices de concentración elevados, a pesar de que tres instituciones (distintas a las notificantes) registran una participación conjunta superior al 50%. En virtud de esta situación y de que Nova Scotia no participaba en el sistema bancario mexicano a través de otras instituciones, la concentración no alteraría la composición del mercado relevante ni otorgaría poder sustancial a los promoventes. Por estas razones y debido a que el fortalecimiento de Inverlat contribuiría al desarrollo de la competencia en el sector, la Co

misión no objeta la concentración". Al resolver los restantes pedidos, la Comisión se remite a estas consideraciones y, partiendo del presupuesto de que se realizará la fusión antes autorizada, agrega "...Por esta razón, y al considerar que tanto el fortalecimiento de BBV-México como el de Promex intensificarían la competencia frente a los cuatro bancos más importantes, la Comisión resolvió no objetar ninguna de las operaciones (el subrayado es nuestro).²²

Es claro, en consecuencia, que se deben distinguir las acciones orientadas al logro de una posición monopólica, de las cuales la fusión o acción de concentración es una de las más importantes, de los monopolios ya constituidos.

La Constitución prohíbe los monopolios, por tanto la ley debe reglamentar de qué manera se hará efectiva esta prohibición. No corresponde al legislador decidir si es conveniente o no atomizar los monopolios, si es conveniente o no fomentarlos, sino que debe ordenar al poder administrador que elimine los monopolios del mercado y debe otorgarle los instrumentos legales y administrativos para que lo pueda hacer. En la reforma constitucional de febrero de 1983 se agregó el condicionante "en los términos y condiciones que fijan las leyes", ello no se puede interpretar como que se dejó a la libre decisión del legislador el prohibir o no los monopolios en tanto tales; por el contrario, se impone al legislador, en la decisión constitucional, la obligación de reglamentar la prohibición.²³

Esta voluntad de prohibir los monopolios fue ratificada por la reforma constitucional de 1983 respecto a los monopolios del Estado, que hasta ese momento habían sido objeto de discusión doctrinal. En efecto, en los casos no enumerados taxativamente por la Constitución como excepciones, muchos autores consideraban que las empresas del Estado que controlaban monopólicamente una actividad (fertilizantes, por ejemplo, en años anteriores) eran inconstitucionales; otros, por el contrario, argumentaban que siendo empresas del Estado no podían estar comprendidas en los elementos subjetivos del tipo constitucional como podía ser elevar injustificadamente los precios o perjudicar a una clase social, todo lo contrario. La reforma de 1983 zanjó la discusión estableciendo que "No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza

22. Comisión Federal de Competencia Económica, *Informe de Competencia Económica*, Segundo Semestre de 1996. México, D.F. 1997, págs. 33 y 34.

23. Publicada en el *Diario Oficial*, el 3 de febrero de 1983.

de manera exclusiva en las siguientes áreas...", por lo cual se debe interpretar que las que ejerza en otras áreas están sujetas a la prohibición general respecto a los monopolios.

La definición jurídica de monopolio

La legislación anterior definía a los monopolios como "toda concentración o acaparamiento industrial o comercial y toda situación deliberadamente creada, que permiten 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".²⁴

La ley actual no define a los monopolios, si bien los prohíbe reiterando la redacción constitucional (art.8); para aproximarnos a una definición, debemos recurrir a la analogía y considerar que estamos frente a un monopolio [oligopolio] cuando una persona física o colectiva tiene poder sustancial en un mercado relevante (art. 13); concepto que se puede precisar, 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 dicho poder.

El concepto de monopolio es, en consecuencia, relativo y tiene en cuenta, en principio, la concurrencia de dos elementos, el sujeto, o agente económico, y el mercado en que actúa dicho sujeto. Sin embargo, el concepto de sujeto/monopolio debe ser relativizado, en tanto se vincula a un bien específico producido y/o comercializado por dicho agente económico. Esto es así por cuanto el concepto de mercado relevante, que condiciona la definición del agente económico, se refiere a un mercado de bienes y dentro de este mercado de bienes,, a un bien concreto. Es decir, puede darse el caso de un agente económico que produce diversos bienes, pero sólo puede fijar libremente el precio de uno de ellos. Respecto a este bien tendrá un poder sustancial, respecto a los restantes bienes que produce, no. Para acotar el mercado relevante se debe definir, en principio, el tipo de bien o servicio en análisis.

Pero una persona tendrá poder relevante en el mercado respecto a un determinado bien si los posibles consumidores no pueden sustituirlo por uno igual o muy similar. En el caso contrario, la posibilidad de fijar los precios de ese bien unilateralmente no le será de utilidad por cuanto los consumidores recurrirán al bien sustituto. En razón de ello, para definir al mercado relevante no se debe tener en cuenta sólo el bien y el perímetro geográfico, sino también la posibilidad de sustituir al mismo y el costo de recurrir a los sustitutos o a otros mercados nacionales o extranjeros (art. 12).

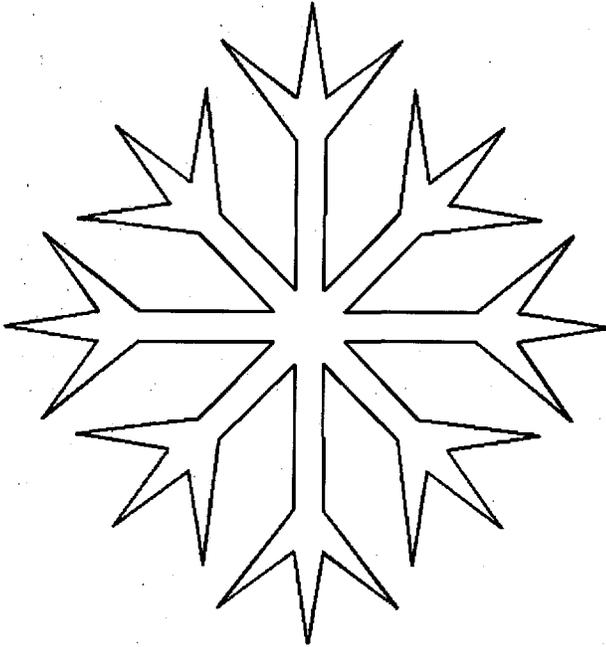
Analizado en términos de posible sustitución, el mercado relevante adquiere una nueva connotación en momentos en que el comercio internacional es influido por la tendencia a la globalización económica y a la integración. En efecto, más que las distancias se debe tener en cuenta el precio que cuesta incorporar un bien que se encuentra distante al espacio geográfico del mercado. Es posible que el flete de transportar un bien de la costa del Pacífico canadiense a Montréal resulte mucho más elevado que el correspondiente a las sumas de flete y aranceles correspondientes a su traslado desde Nueva York, si se encuentra dentro de los bienes que ya no pagan aranceles por el Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

Esta definición se puede completar con las magnitudes establecidas en el capítulo de concentraciones, partiendo del supuesto de que la ley no desea que se realicen fusiones de las cuales resulte una empresa que pueda fijar unilateralmente los precios, controlar el abasto o desplazar a los competidores, y que se debe autorizar la [fusión] que importe sumas significativas (medidas en salarios básicos) en la operación o en las ventas de las unidades concernidas (arts. 18 y 20).

Sin embargo, es necesario insistir en que la Comisión Federal de Competencia, creada en la misma ley, sólo podrá "ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente" (art. 35, párr. II). Es decir, si bien la Constitución prohíbe los monopolios en tanto tales, y la ley en el enunciado general recoge esta prohibición, no se establece ninguna sanción para el caso en que éstos existan, ni se faculta a las autoridades a disolverlos. Los monopolios actuales, si se hubieran constituido indebidamente, no podrán alegar derechos adquiridos, pues existen en violación de una prohibición constitucional, que además se encuentra vigente desde 1857.

La interpretación del término indebidamente será de fundamental importancia para la aplicación de la ley, pues en algunos fallos la Comisión de la Co-

24. Ley Orgánica del artículo 28 constitucional; art. 3, *Diario Oficial*, 31 de agosto de 1934.



munidad Europea ha interpretado que la sola posición dominante de una empresa en el mercado, por un lapso prolongado, hace suponer la existencia de impedimentos para que otras empresas ingresen al mismo y, así como genere daños a otras empresas o a los consumidores, por el normal comportamiento de una empresa que actúa sin competencia actual o posible en el futuro mediato

5. Poder sustancial en el mercado relevante

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 monopsonio 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 mono- pólico.

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; criterio adoptado por la Comunidad Europea y la mayoría de las legislaciones nacionales de ese continente bajo la denominación de posición dominante en el mercado. El Tratado de Roma (1957) no la define, los órganos encargados de su aplicación lo hacen a partir de la independencia de la empresa, considerando' que disfruta de posición dominante cuando está en condiciones de obrar sin tomar demasiado en cuenta a la competencia de compradores o vendedores. La Corte de Justicia de la Comunidad la ha definido en varios fallos como "el poder económico gracias al cual la empresa que lo tiene está en condiciones de obstaculizar la persistencia de una concurrencia efectiva eu el mercado del cual se trata y tiene la posibilidad de comportarse de manera independiente en las confrontaciones de sus concurrentes, de sus clientes y, en último análisis, de sus consumidores",²⁵ y tal cosa ocurre cuando "en razón de su parte de mercado, o de su parte de mercado en relación con la disponibilidad de conocimientos técnicos, materias primas o capitales, tiene la posibilidad de determinar los precios o controlar la distribución de una parte significativa de los productos en cuestión..."²⁶

El concepto de posición dominante fue adoptado también por la legislación argentina (1980) y por la resolución de la Asamblea de Naciones Unidas titulada "Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas" (1980), que tuvo en su momento el mérito de definir qué entendía por "posición dominante". 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

25. Sentencia del 9 de noviembre de 1983, causa 322/81, citada por DE-NOZZA, Francesco. *Antitrust, Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*. Ed. U Mulino. Bologna (Italia) 1988, pág. 47.

26. Caso Continental Can (1972) citado en KORAH, Valentine. *Introducción al derecho y práctica de la competencia en la C.É.E.*, Barcelona, 1988, pág. 201. Este mismo concepto se establece en términos negativos, cuando la empresa con posición dominante está en condiciones de obstaculizar el mantenimiento de una concurrencia efectiva en el mercado, ver caso citado en GENESTE, Bernard. *Droit frangais et droit européen de la concurrence*, París, ed. Eyrolles, 1991, pág. 116.

la única, no está expuesta a una competencia sustancial... que dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado, cuando para, un determinado tipo de producto ó servicio no existe competencia efectiva para ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él..."

Estas legislaciones definen a la posición dominante o hacen referencia a la misma, pero no la prohíben, ni sancionan a la empresa penalmente por ese solo hecho; tampoco tienen previsto, como la legislación estadounidense, la posibilidad de obligar a su atomización división en varias empresas. Se prohíbe el "abuso" de la posición dominante en el mercado, así como ciertas acciones tendentes 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 de abuso de posición dominante. Así, si bien la citada 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 "... que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado...", 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.²⁷

En la legislación mexicana se lo tipifica al regular las concentraciones, y el núcleo es el transcrito al definir los monopolios (ver punto anterior): una empresa tiene poder sustancial (la ley no utiliza la denominación de posición dominante) cuando "tiene el poder de fijar los 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".

27. 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 este país ha adoptado también la interpretación citada *ut supra* de la Comisión de la CEE al decir: "La posición dominante 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.de/D. Industrial*, año 9-Bis. As. 1987, p. 424, reseña CZAR DE ZALDUENDO.

Para que se perfeccione la posición dominante, debe poder ejercer este poder sobre un mercado relevante; es decir, la definición no toma en cuenta a la empresa, sino al mercado específico de un bien producido o comercializado, o de la prestación de un servicio determinado. El mercado relevante se acota teniendo en cuenta:

a) la posibilidad de sustitución del mismo por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para acceder al bien sustituto. El bien sustituto debe definirse con bastante precisión, pues de lo contrario será muy difícil la aplicación de la ley; se debe tratar de bienes de similar calidad, características, así como de precios unitarios similares. No se deberá considerar sustituto de un bien alimenticio otro por el simple hecho de que tenga iguales calorías y proteínas; se deben considerar también las costumbres y gustos de la sociedad en análisis (en este caso, el pan no es un sustituto de la tortilla para el consumo de los mexicanos, aún en el caso de que se lo subvencionara y se lograra un precio final igual).

b) el costo de los insumos y de distribución del bien, de sus complementos y de sus sustitutos de otras regiones y del extranjero; las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones.

c) los costos y probabilidades de los consumidores de recurrir a otros mercados.

Para la aplicación de los incisos b) y c) se debe considerar las características de las empresas, si son fábricas o comercializadoras, si tienen tamaños para acceder a proveedores ajenos a la región o al país, o si los perjudicados son los consumidores finales al mayorismo y sus características económicas.

d) las restricciones que operan en los otros mercados y que pueden limitar el acceso a los mismos.

En este último caso, la ley tiene en cuenta principalmente a consumidores de alto poder adquisitivo, en especial empresas.

Como se puede observar, el legislador considera que la aplicación de las normas antimonopólicas debe ser una solución de última instancia. En efecto, el control monopólico en la oferta de un bien o servicio puede ser atribuida a falta de preocupación de otros empresarios para introducir este tipo de bienes al mercado, o de importarlos; un estudio de merca-

do puede indicar que la presencia monopólica es temporal y que se está programando incorporar bienes iguales, o sustitutos, en un plazo prudencial.

Las limitaciones al acceso de los bienes y/o las restricciones que operan en otros mercados pueden vincularse, por ejemplo, a controles que derivan de la propiedad industrial y el control de comercialización de bienes patentados o registrados, lo cual permite inclusive controlar las importaciones de dicho bien. Una buena reglamentación de este inciso podría incorporar por vía reglamentaria el control del abuso de patente, que es un vacío de la legislación que protege la propiedad industrial e intelectual; sin duda que el sistema de protección específico establecido mediante la utilización de las licencias compulsivas, cuya instrumentación es muy poco práctica.

Las fusiones

6.1. El concepto de concentración

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)"; quizás una primera crítica que se deba realizar a la ley es incluir lo definido (concentración) en la definición ("por virtud del cual se concentren"). La norma contempla, en consecuencia, la fusión de sociedades, es decir, el acto jurídico en virtud del cual una persona jurídica absorbe a una o más empresas, o cuando dos o más empresas forman una tercera, desapareciendo todas las anteriores. Se debe entender que contempla también el caso, poco frecuente pero posible, en que una persona colectiva adquiera una empresa propiedad de una persona física, o la situación inversa.

El resto de la enumeración de la ley no tiene mucho sentido jurídico, ya que no se pueden concentrar fideicomisos, pues carecen de personería jurídica, ni se pueden concentrar acciones, partes sociales o activos entre sí; el reglamento de la ley intenta salvar este error haciendo referencia a "...el que pretenda realizar el acto o producir el efecto de acumular las acciones, partes sociales...(art. 18)"; hubiera sido conveniente modificar la ley. Es probable que la conducta que se ha pretendido reprimir es la de acumular mandatos de consejeros de sociedades; una persona que actúa como consejero en dos o más sociedades que compiten entre sí puede inducir acciones que afecten la competencia, favoreciendo a una empresa en desmedro de otra (*Clynton Act*).

El artículo de la ley mexicana que comentamos dice que estas concentraciones ya definidas se considerarán cuando se realicen: a) entre competidores, b) proveedores (debemos considerar que quiere decir entre proveedores y sus consumidores, pues en caso contrario serían competidores), c) clientes (es muy difícil saber a quiénes se ha querido referir el legislador, ya que dos personas que comercian entre sí habitualmente se consideran clientes, pero a su vez se denominan proveedores y adquirentes, por lo cual ya están contemplados), d) o cualesquiera otro agente económico; este último concepto engloba todos los anteriores y lo hace, en consecuencia, innecesarios.

6.2. Procedimiento

Una forma de controlar con cierta eficiencia las fusiones es obligar a las firmas a informar con suficiente antelación sobre las características de la operación; así lo establece la Unión Europea en los arts. citados del Tratado de Roma y (arts. 85 y 86) y su Reglamento sobre control de fusiones (arts. 1 y 2), y la *Hart-Scott-Rodino Pre-Merger Notification Act* de Estados Unidos. Este mecanismo fue incorporado por la LFDC de México,²⁸ la notificación 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 cuyos activos o ventas al año superen el equivalente a 12 millones del salario mínimo;
- (iii) cuando participen dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas superen el 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 (art. 20).

28. El sistema mexicano guarda mucha similitud con las disposiciones de las normas estadounidenses citadas, así como 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 ANTONIOLI, Marco-DE CARU, Paolo y FRANCESOHELI, Vincenzo, en la *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Año I, Número 4/1991, Ed. Giuffrè, Milán, 1991, págs. 1153a 1276.

Hubiera sido conveniente que la ley incorporara como indicador el control de una cuota importante del mercado, como lo establece la ley española (25% del mercado, art. 14. b) y la mayoría de las leyes de los países desarrollados;²⁹ se sostiene que es muy difícil medir las cuotas del mercado que controla una empresa en relación a un bien, pero nada impide establecer más de un criterio o parámetro, lo que ayudaría en el caso de control monopólico sobre bienes que se pueden considerar estratégicos pero que por las características de las empresas que los producen o venden o por importar la mayoría de los insumos y por tanto tener activos o capital social bajos, no se llegue a las magnitudes fijadas, como puede ser el caso de los fármacos.

Si consideramos la información sobre capital y ventas suministrada por la encuesta anual que realiza una revista especializada, que lleva muchos años suministrando información sobre las empresas más importantes de México, en el año de sanción de la ley podrían haberse fusionado dos empresas que estuvieran entre las 300 mayores de México sin necesidad de solicitar autorización;³⁰ tampoco la compra de algunas que se encuentran entre las 150 más importantes. Se limita también a un número reducido de empresas las que, al sumar sus activos o el volumen anual de ventas, superan 48 millones de veces el salario mínimo.

Las empresas deben informar sobre la fusión en los casos previstos, aún en el supuesto de que presuman que recibirán la autorización por cuanto la misma no afectará el comportamiento del mercado relevante. Si no lo hicieran pudiera darse el caso de que la CFC aprobara la fusión, pero sancionara el incumplimiento de la obligación de notificar.

Roche Mexicana de Fármacos, SA. de CV/ Syntex, SA de CV/Syntex Química, SA de CV. La SFC consideró en este caso que la operación no tendría efectos sobre la competencia, por tratarse de una reestructuración administrativa (dentro del mismo grupo de interés) en la cual concurrían dos empresas con participación en distintos mercados rele-

vantes. Pese a ello les impuso una multa por omitir la notificación obligatoria de la primera concentración realizada fuera del país cuando Roche Finance Ltd. Subsidiaria del consorcio Roche Croup, adquirió el 96% de las acciones de la empresa estadounidense Syntex Corp.³¹

La notificación del proyecto de fusión se debe realizar antes de que los negocios jurídicos culminen el proceso de concentración que debe ser investigado por la Comisión.³²

6.3. Fusiones en el exterior

Son habituales, por otra parte, las fusiones de empresas transnacionales mediante negociaciones y actos jurídicos que se realizan en las sedes de las matrices, pero que surten efectos en otros países en los cuales dichas corporaciones tienen filiales (entre las últimas, en el campo de la informática, la adquisición de Digital por parte de la gigante Compaq, ambas con negocios en México). En algunos casos, inclusive, la fusión se pacta para que sólo tenga efecto respecto a ciertas filiales, sin afectar a las matrices.³³ Es interesante destacar el efecto extraterritorial de las acciones de las autoridades anti-monopólicas, de los países industrializados que son sedes de las matrices de empresas transnacionales, cuando autorizan fusiones o cuando adoptan medidas represivas por acciones monopólicas.

Las autoridades estadounidenses que han iniciado acciones punitivas contra Microsoft respecto a programas de cómputo que se venden en todo el mundo, están decidiendo indirectamente sobre comportamientos de los mercados de casi todos los países del mundo: si consideran que las acciones son malas en sí mismas, pese a estimular reducción de costos, estarán decidiendo por sobre las autoridades económicas y administrativas de México que podrían considerar beneficioso este comportamiento de Microsoft; igual en el caso inverso. La Unión Europea ha establecido un sistema especial para enfrentar este problema: si dos o más empresas transnacionales de las cuales todas o al menos una de ellas tienen su matriz fuera de los países miembros, deciden fusionarse, deben solicitar autorización a las autoridades de la Unión, en tanto y en cuanto

29. Sobre la reglamentación de la prohibición de las fusiones en la Comunidad Europea y la interpretación administrativa y jurisprudencial, ver MEESEN, Karl. "La eficaz competencia político-industrial en el régimen jurídico del control de las fusiones en la Comunidad Económica Europea", Cuadernos de Posgrado serie "A" n° 9, págs. 79 y ss., Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), ENEP- Acatlán, México, año 1995.

30. Revista *Expansión*, agosto 18 de 1993. Volumen XXV núm. 622. México D.F. 1993. Según la encuesta, la suma de las ventas de las empresas ubicadas en las posiciones 299 y 300 importarían n\$ 162 millones, y los 12 millones de salarios mínimos exigidos por la ley importarían al 31 de diciembre de 1992 n\$ 171 millones.

31. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, *INFORME DE COMPETENCIA ECONÓMICA*, SEGUNDO SEMESTRE DE 1996. MÉXICO, D.F., 1996, PÁGS. 36/37.

32. REGLAMENTO DE LA LFCE, DOFDEL 4 DE MAYO DE 1998, ART. 17.

33. ASÍ LO HICIERON EN LA INDUSTRIA AUTOMOTRIZ FIAT Y PEUGEOT RESPECTO A SUS FILIALES EN ARGENTINA, CONSTITUYENDO UN TERCERA EMPRESA QUE LAS ENLOBABA (SEVEL), A ELECTOS DE APROVECHAR INFRAESTRUCTURA Y RED DE DISTRIBUCIÓN.

las ventas anuales promedio en la Unión Europea superen cierta cantidad mínima (doscientos setenta y cinco millones de dólares en 1998) y las ventas acumuladas en el mundo superen una suma determinada (cinco mil millones de dólares en 1998). En este caso, las autoridades administrativas y políticas de la Unión Europea deciden sobre una fusión que realizan fuera de su jurisdicción dos empresas cuyas sedes están también fuera de su jurisdicción; por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, una de las más importantes de la década de los noventa, la de MCI y Worldcom (con una suma aproximada de capitales de treinta y siete mil millones de dólares), o al menos una de ellas (casos de acuerdos entre American Airlines y British Airways).

No es clara, en este punto, la legislación nacional, en tanto el reglamento de la LFCE expresa que "en el caso de fusiones derivadas de actos jurídicos realizados en el extranjero, deberán notificarse antes de que surtan efectos jurídicos o materiales en territorio nacional". Es decir, en principio no exige que se notifique y solicite autorización antes de la firma del acto jurídico correspondiente y, por otra parte, no aclara a qué tipo de fusiones se refiere, si contempla sólo a las concentraciones de empresas mexicanas, o si contempla también las fusiones de concentraciones de matrices que tienen filiales en México, e inclusive, si incluye acuerdos parciales entre empresas que no necesariamente implican una fusión, como los que suelen celebrar las empresas de transporte aéreo de pasajeros y carga. La LFCE hace referencia sólo a la concentración por fusión de empresas mexicanas, lo cual puede resultar o no de la fusión de matrices extranjeras.

La CFC considera concentraciones internacionales las realizadas en el extranjero con efecto en el territorio nacional o efectuadas en México con la participación de agentes económicos extranjeros; entre estos agentes se incluyen las personas físicas o morales de nacionalidad extranjera, sus sucursales en el país y las sociedades mexicanas con participación extranjera superior al 50%;³⁴ pero en verdad esta definición carece de importancia, por cuanto no se prevé un trato diferente a las fusiones internacionales respecto de las nacionales, lo que interesa precisar es si es obligatorio legalmente solicitar autorización expresa.

En efecto, podrían fusionarse en EE.UU. dos grandes corporaciones estadounidenses y mantener de-

partamentos separados, concentrando acciones en una entidad central (*holdings* o alguna otra figura jurídica que se desee adoptar) y permitiendo que las empresas controladas mantengan sus personerías jurídicas tanto en EE.UU. como en los países en los cuales tengan filiales. En estos casos, las matrices se habrán fusionado en EE.UU., pero las filiales en México continuarían con personerías jurídicas diferentes; ahora bien, las decisiones que afectan al mercado: precios, líneas de productos, participación en licitaciones, se tomarán de manera concertada conforme a decisiones generales de las matrices o decisiones particularizadas del ente controlador con sede en EE.UU., pero sus efectos se verificarán directamente en México. Una interpretación estricta de la LFCE indica que la CFC podría actuar con base en las disposiciones relacionadas con las prácticas monopólicas, pero no 110 afectar la fusión, por tanto no tendría razón de ser la exigencia de que se notifique la misma. La notificación quedaría reservada para los casos estrictos a que hemos hecho referencia: fusiones realizadas en el exterior que afectan y repercuten en fusiones de empresas mexicanas (ver la aplicación de este criterio, sin que ello implique que sea exclusivo, en el caso Roche Group/Syntex Corp. descrito más abajo, en este mismo capítulo).

6.4. Criterio para evaluar las fusiones

No siempre las fusiones tienen por objeto lograr posiciones oligopólicas o monopólicas, pudiendo citarse como excepciones destacadas:

- la búsqueda de una mayor eficiencia competitiva de pequeñas y medianas empresas que pretenden acceder en mejores condiciones a mercados controlados por grandes empresas;
- respuestas a presiones gubernamentales que consideran negativa una excesiva atomización de ciertos mercados (habitual en el mercado financiero);
- la absorción por grandes empresas de otras más pequeñas con graves dificultades financieras o con, serios atrasos tecnológicos;
- 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.³⁵

34. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *INFORME DE COMPETENCIA ECONÓMICA 1997*, MÉXICO, D.F., 1997, PÁG. 29.

35. 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.

Las autoridades administrativas, y judiciales en su caso, estarán en condiciones de autorizar las fusiones si consideran que no implican reducir sustancialmente la competencia o que no afectarán el comportamiento del mercado.

Por el contrario, la Comisión Federal de Competencia impugnará y sancionará aquéllas "...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). Para tomar una decisión al respecto, deberá considerar una serie de factores objetivos que se consideran indicios de que se está realizando la figura descrita precedentemente, así como los posibles efectos derivados de la fusión.

Desarrollada la investigación, la Comisión evaluará si la fusión puede derivar en mejoras sustanciales respecto a eficiencia y costos, según se describe (*infra*) en el caso de las prácticas monopólicas relativas; y también tomará en cuenta si alguna de, o las empresas que, se fusionan, o las personas que las controlan, tiene participación accionaria en terceras empresas del mismo ramo, así como los efectos de la fusión en las empresas que participan en el mercado relevante o en mercados relacionados.

Se consideran indicios de que las fusiones tienen por objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, que la empresa resultante de la concentración (a) logre una posición dominante en el mercado relevante (ver *ut su- prá*), (b) tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar (se debe leer desplazar indebidamente) otros agentes económicos o impedirles el acceso al mercado relevante, (c) tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente el ejercicio de prácticas monopólicas (art. 17).

Es conveniente que se considere también si, aún en el caso de que se logren ganancias en eficiencia y no se afectare directamente a empresas del mercado relevante (puede no haber otras), de la fusión no surgirá una empresa que, por su solo poderío, constituya una barrera estratégica al ingreso de potenciales competidores, tanto por las potenciales amenazas de represalias como por los costos irre recuperables que tendrían que afrontar las empresas que intentarían ingresar.

Para incluir este elemento de juicio como fundamento de la decisión final, la Comisión elabora un índice de concentración, con base en fórmulas matemáticas relacionadas con indicadores de ventas de las empresas que se pretenden fusionar y las ventas totales del mercado, medidas preferentemente según los valores monetarios de las mismas -si bien en algunos casos especiales se podrá considerar nú

mero de unidades, volúmenes u otras medidas.³⁶ La resolución de la Comisión Federal de Competencia en esta materia adopta los criterios establecidos por el Departamento de Justicia de Estados Unidos de América a partir del año 1982, incluyendo la elección del índice de Hirschman-Herfindahl como el más adecuado; es probable que la aceptación de las normas y doctrina estadounidense se sustente en un intento un poco exagerado de lograr regulaciones homogéneas que se puedan aplicar al tratar las fusiones de empresas transnacionales estadounidenses que controlan en gran medida nuestro mercado industrial y mercantil:

La participación de una empresa en un mercado relevante ya acotado se mide como porcentaje de sus ventas entre las ventas totales de todos los agentes económicos que participan en el mercado; esta primera operación permite definir su tamaño en el mercado relevante.

Otro elemento importante a definir es el tamaño relativo de las empresas en relación a otras empresas que participan en su mercado, para lo cual se parte de un primer indicador: el promedio de los tamaños de los agentes económicos expresados en proporción del mercado.³⁷ A partir de estos insumos se determina el índice de dominancia, definido por la aportación porcentual de cada empresa al promedio descrito, lo cual permite relacionar el tamaño de cada empresa con el tamaño de las restantes empresas.³⁸

Las magnitudes que derivan de estos cálculos permiten fijar parámetros según los cuales se considera presuntivamente si una concentración tiene más

36. Resolución de la Comisión Federal de Competencia por la que se da a conocer el método para el cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante y los criterios para su aplicación. *Diario Oficial*, viernes 24 de Julio de 1998.

37. A tales efectos, la CFCE recurre al denominado índice de Herfindahl, suma de los cuadrados de las participaciones de cada agente económico, según la fórmula descrita en el punto anterior. "Este índice puede tomar valores entre cero y diez mil. El valor mínimo corresponde a una situación altamente atomizada, en la cual el mercado se divide entre un gran número de agentes económicos, cada uno de tamaño poco significativo. En el otro extremo, el valor máximo corresponde a una situación de monopolio puro, en que un solo agente económico detenta el cien por ciento del mercado." Resolución de la C.F.C. de 24/7/98, citada precedentemente. Sobre diversos mecanismos para medir los índices de concentración, ver CLARKE, Roger, *Economía Industrial*, Ed. Colegio de Economistas de Madrid - Celeste Ediciones. Madrid, 1993. Los economistas que estudian el tema denominan al índice Hirschman-Herfindahl, por cuanto habría sido propuesto primero por el economista alemán Albert Hirschman.

38. Para ello se determina primero la contribución porcentual de cada empresa al índice de Herfindahl. Después se calcula el valor del índice de dominancia (ID) aplicando la misma fórmula de Herfindahl, pero utilizando ahora las contribuciones porcentuales de cada empresa en vez de las participaciones del agente económico". Resolución citada del 24/7/98.

o menos probabilidades de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia.

Sin embargo, este índice se aplica a una situación estática y circunscrita a las empresas concernidas. Por lo tanto, su utilización debe ser ponderada con otros elementos, como pueden ser fusiones anteriores en las que pudieran haber participado una o más de las empresas que se pretenden fusionar o absorber y las relaciones de otro tipo que se relacionen con los objetivos de la ley (en especial vinculación en la producción y ventas de insumos, relación tecnológica y *joint venture*) que tuviera con otras empresas del mercado en análisis o de mercados vinculados. Algunos mercados suelen entrar, en periodos más o menos breves, en procesos dinámicos de fusiones, como ha sucedido en los últimos años con el mercado informático, el biotecnológico y el financiero.

6.5. A teorizaciones condicionadas

La Comisión Federal de Competencia Económica puede condicionar la autorización de la fusión e imponer conductas (o abstenciones) a los agentes económicos concernidos, como: vender a terceros partes o cuotas accionarias de la empresa que resulte de la fusión, eliminar una o más líneas de producción, realizar actos que fomenten la competencia. Inclusive ordenar la desconcentración parcial o total de la empresa cuando la fusión se hubiere realizado sin autorización.³⁹ Así tenemos:

Caso Kimberley Clark/San Cristóbal. Al analizar la solicitud de fusión de las empresas Kimberley Clark de México S.A. (KCM) con la Compañía Industrial de San Cristóbal S.A. (Crisoba) que se originaba en la fusión a realizarse en Estados Unidos de las matrices Kimberley Clark Corporation con Scott Paper Company, la Comisión Federal de Competencia consideró que la misma llevaría a elevados niveles de concentración en diversos mercados relevantes, por lo cual consideró conveniente deslindar los mismos, realizar un estudio analítico de los mismos y, en aquellos en que el grado de control de las variables del mercado iba a ser importante, condicionar la fusión a la desincorporación, capacidad productiva, marcas y productos: a) Artículos de protección femenina: La CFC ordenó la desincorporación de Sancela y Comercializadora Sancela, lo cual implicaba la desincorporación del Grupo Crisoba de las marcas fabricadas y distribuidas por Sancela. Con esta medida la participación de KCM quedaba en 35% y se evitaba que se incrementara con el 25% que controlaba Crisoba. b) Derivados de papel tissue. Se ordenó b) la enajenación de

los derechos sobre la marca Regio, empleada en el papel higiénico y servilletas; b2) el licenciamiento durante 25 años, prorrogables por iguales plazos en forma indefinida, de los derechos sobre la marca Scotties de pañuelos desechables; b3) la supresión de la marca de servilletas Suave; además, desincorporar los activos requeridos para producir, por lo menos, 67 000 toneladas de papel tissue, así como los convertidores necesarios para fabricar papel higiénico, pañuelos faciales y servilletas en proporciones equivalentes a la participación de mercado de las marcas Regio y Scotties. Como resultado de estas condiciones, la participación de KCM/Crisoba en el mercado de derivados de papel tissue podría limitarse al 50%. c) Papel para escritura e impresión. Debieron enajenar los derechos en México sobre Shock, principal marca de cuadernos de Crisoba. d) Otros productos. Debieron licenciar durante 25 años, prorrogables en plazos iguales de forma indefinida, los derechos en México sobre la marca Baby Fresh de toallas húmedas para bebés.⁴⁰ Una vez que las empresas aceptaron las condiciones y realizaron propuestas claras de cómo llevarlas a cabo, se realizó la fusión solicitada. En el listado de las quinientas empresas más importantes de México en 1996, Kimberley Clark ocupaba el 28° lugar y Cía. Industrial San Cristóbal y Subsidiarias el sitio 73°; si acotamos el sector papel, productos de papel, imprenta y editorial, el orden era 1° y 2° respectivamente;

7. Prácticas monopólicas absolutas y relativas

Los acuerdos entre empresas de producción o comercialización para no competir o reducir la competencia entre ellas cumplen 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 analizados en una primera clasificación 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. 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

39. Art. 19 de la LFCE y 16 de su reglamento.

1. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, *INFORME ANUAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA*, 1995/1996. MÉXICO, D.F., 19%. PÁGS. 23/27.

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.

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.

La nueva legislación mexicana establece dos tipos de prácticas monopólicas:

7.1. Prácticas monopólicas absolutas

Son las que se realizan entre sujetos económicos que compiten entre sí, mediante contratos, convenios, arreglos o combinaciones. El legislador vuelve a confundir género y especie, los contratos son convenios y por tanto no era necesario incluirlos en la enumeración; es confusa la inclusión de la acción "combinaciones": si se trata de combinaciones entre competidores no se utiliza el verbo de manera correcta y si se trata de combinaciones de contratos y convenios, no era necesario incluirlo pues si se prohíbe cada una de ellas se sobreentiende que se prohíbe también la suma. Por arreglos, se deben entender las denominadas acciones paralelas, que no necesariamente surgen de convenios verbales o escritos, a que hemos hecho referencia en las páginas precedentes.

(i) Acuerdos sobre fijación de precios

Se prohíben los acuerdos colusivos entre competidores, consistentes en concertaciones y manipulaciones, para fijar los precios de los bienes, o elevar los mismos. La ley, en una redacción muy confusa, prohíbe la mera concertación, o manipulación, o fijación o elevación de precios. Una interpretación adecuada nos lleva a considerar que las acciones reprimidas son, como se expuso, fijar los precios me

dante concertaciones o manipulaciones entre competidores, siendo uno de los posibles resultados lograr un incremento de los mismos. Muchas de estas concertaciones se realizaban antiguamente a través de las cámaras que agrupaban a comerciantes o productores y se consideraban medidas gremiales adecuadas para evitar competencias depredadoras, la misma denominación hace que se las asocie con los privilegios de los antiguos gremios; ha resultado difícil a estas asociaciones adecuarse a la nueva concepción de garantizar la competencia. Estas costumbres eran características del sector transporte interurbano de pasajeros. Así tenemos:

En el caso Alianza Nacional de Transportadores de Servicios Exclusivos de Turismo, la CFC determinó que su Presidente había promovido la fijación de precios entre diversos transportistas e incluso había intentado restablecer con las autoridades el antiguo sistema de concertación tarifaria, por lo cual se le impusieron sanciones.⁴¹ Un caso similar fue el que originó la aplicación de multas a la Asociación Mexicana de Agentes de Carga, A.C., que emitió una circular en noviembre de 1991 comunicando a los miembros la tarifa que se aplicaría a la prestación de sus servicios; en julio de 1994 emitió una nueva circular recomendando el cobro de cincuenta pesos por tonelada o metro cúbico desconsolidado en la carga marítima. La CFC consideró que la emisión de la primera circular fue previa a la sanción de la ley, por lo que no se podía sancionar, pero que el mantenimiento de la conducta concertada luego de que ésta entrara en vigor constituía una práctica monopólica, por lo cual impuso multas al investigado por los dos casos y ordenó se supriman las prácticas monopólicas y se revoquen los acuerdos y circulares.⁴²

Pero es importante aclarar que, según la redacción de la ley, también se debe considerar prohibida una concertación que tuviera como objetivo evitar una caída de los precios, ya que lo que se reprime es la concertación o manipulación de precios. Así tenemos:

En el caso Fábrica de Hielo y Cámaras de Refrigeración/Organización Antartic, Fábrica de hielo América e Hidrotratamientos de Tepeaca, los nombrados en último término manipularon los precios hacia abajo para, según su argumentación, contrarrestar una política de depredación de precios de los denunciantes. La CFE dictaminó que a) la fijación de precios por

2. COMISIÓN FBDI-RAI. UE COMPETENCIA, Informe de Competencia Económica 1997, México, D.F., 1998, pág. 64.
3. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, Informe de Competencia Económica 1995/96, México, D.F., 1996, págs. 66,67.

acuerdo constituye una práctica monopólica en todos los casos y no acepta justificativo; b) no procede violar la ley para evitar los efectos que derivarían de una violación de la ley por la competencia. En razón de ello sancionó a Organización Antartic, a Fábrica de Hielo América y a Hidrotratamientos de Tepeaca.⁴³

Se prohíbe, además, que los agentes económicos intercambien información para lograr los mismos objetivos: fijar los precios mediante concertaciones o manipulaciones; en este caso el elemento subjetivo cumple una función importante para distinguir la información propagandística, la difusión de información que realizan las cámaras gremiales de productores y de comerciantes para una mayor racionalización de la producción, de aquella orientada a facilitar las concertaciones y manipulaciones (Ver el caso Asociación Mexicana de Agentes de Carga, A.C., citado *ut supra*).

(ii) Regulación, mediante arreglos o convenios, de la producción, procesamiento, o comercialización de bienes o la prestación de servicios.

Los acuerdos prohibidos, al eliminar la competencia que deriva de la sobreoferta, permiten a las empresas mantener un nivel óptimo de precios por decisiones del mismo mercado, sin necesidad de ponerse de acuerdo sobre los mismos. Sin embargo, no es necesario demostrar los objetivos de quienes participan en la concertación, está reprimido el acto colusorio en sí mismo, es decir, se trata de una presunción que no admite prueba en contrario. Son difíciles de probar: en los cinco años de experiencia la Comisión sólo pudo demostrar dos casos, en los cuales la conducta estaba vinculada a otras acciones prohibidas.

(iii) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios

Parece clara la prohibición de los convenios y acuerdos que celebran los agentes económicos para dividirse geográficamente el mercado o asignar porciones de la clientela. En el caso de imposición o asignación de porciones o segmentos de mercado, se supone una colusión entre competidores desiguales, uno o alguno de los cuales pueden imponer esta restricción a los restantes competidores. La aclaración es necesaria por cuanto es fácil confundir esta

conducta entre competidores con la imposición o asignación de mercados que suelen realizar los proveedores que tienen control oligopólico de un mercado, que es considerada una práctica monopólica relativa. También en estos casos, las maniobras colusivas se originan en prácticas tradicionales que los agentes económicos consideraban permitidas.

En una investigación de oficio en dicho sentido, la CFC determinó que en el transporte y distribución de combustóleo había acuerdos para a) dividir mercados mediante clientela y zonas geográficas entre transportistas y distribuidores, respectivamente, y b) limitar la oferta de los servicios de transporte y combustóleo, para reforzar la medida anterior. En estas prácticas participaban directamente los proveedores, la paraestatal Pemex-Refinación y las empresas Distribuidora de Combustóleo de Cd. Juárez y Distribuidora de Combustóleo. El esquema de monopolización concertada incluía el establecimiento de comisiones administradoras de los acuerdos, alianzas verticales y horizontales, barreras de entradas inherentes a la asignación de concesiones de distribución, respaldado por el funcionamiento de los gremios de transportistas y la aceptación de estas maniobras por parte de Pemex-Refinación. La CFC eliminó las prácticas monopólicas, impuso sanciones económicas disuasivas y ordenó a Pemex-Refinación la asignación transparente de las rutas.⁴⁴ En este caso la CFC realiza una distinción entre Pemex empresa, que realiza la explotación monopólica de un área estratégica de la economía, la actividad de Pemex en áreas en las que no tiene otorgado ese monopolio, y los agentes económicos que contratan con Pemex.

Un precedente interesante, relacionado con la prestación de servicios profesionales, surge de la resolución del caso Corredores Públicos del DF vs Colegio de Notarios del DF, Subsecretario de Asuntos Jurídicos del DDF y Director General del Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal (Ciudad de México). Se investigó la realización de prácticas absolutas por parte de los Notarios, de prácticas relativas por el Colegio y la incorrecta aplicación de restricciones administrativas por parte del Registro.

La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial había interpretado que la Ley de Correduría Pública autorizaba a los corredores públicos a dar fe de actos mercantiles relacionados con inmuebles y con el otorgamiento de poderes; los Notarios realizaron acciones conjuntas para reservarse indebidamente el mercado

4. *Ibidem*, pág. 65.

44. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Informe de Competencia Económica 1997*, op. cit., págs. 66/67.

y tal maniobra fue exitosa por cuanto el Registro se negaba a inscribir los actos fedados por corredores públicos. La CFC resolvió que tales acciones eran prácticas monopólicas absolutas y sancionó a los Notarios y al Colegio; además, recomendó al Registro Público que permitiera los actos fedados por los corredores públicos.⁴⁵

(iv) Concertación de conductas en las licitaciones o concursos públicos

Se prohíbe la colusión entre proveedores del Estado nacional, estadual o municipal o de cualesquier empresa o institución pública, que se suele verificar cuando se trata de concursos o licitaciones en las cuales los oferentes con mayores posibilidades constituyen un grupo muy reducido. Es habitual, por ejemplo, el acuerdo entre las fábricas de automóviles de no presentarse a concursos del poder público, y hacerlo a través de sus concesionarias, prohibiendo a éstas que realicen descuentos significativos, como se detalla más abajo. En estos casos se debe interpretar que la concertación monopólica entre los fabricantes es una práctica monopólica absoluta (pues se realiza entre competidores) y la imposición a las concesionarias una práctica monopólica relativa:

La pertenencia de las empresas a un mismo grupo no implica que no compitan entre sí, y la norma se debe aplicar si además se presentaron a la licitación como si fueran grupos diversos. Así lo resolvió la CFC cuando multó a las empresas Carrocerías y Adaptaciones Automotrices, Dinamundo y Vanguardia de la Industria Carrocera por concertar posturas cercanas que le permitieran adjudicarse los tres concursos en una licitación pública de abastecimiento a Pemex. La multa se aplicó pese a que los autores de la concertación no habían logrado su objetivo, por considerar que se trata de una figura de peligro en la cual lo que se reprime es la concertación, aunque no se produzca un perjuicio directo.⁴⁶

Los actos descritos no producirán efectos jurídicos y se establecen sanciones para quienes los realizan (art. 8°), sin que ello implique descartar las acciones penales que pudieren corresponder.

7.2. Prácticas monopólicas relativas Comprenden dos grupos importantes:

(i) los llamados "acuerdos verticales", celebrados entre compradores y vendedores, en la cadena productiva.

Su objetivo es 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 dilerünlcs o en condiciones más gravosas -en tanto esta discriminación no tenga fundamentos razonables. En muchos casos estas conductas permiten a los proveedores organizar y planificar mejor la distribución de sus bienes, pero ello no justifica la ilegalidad de sus actos.

Un ejemplo de colaboración para solucionar un problema complejo fue el acuerdo celebrado en 1994 entre la CFC y Pemex Refinación, relacionado especialmente con las gasolineras (estaciones de servicio de expendio de gasolina); en virtud del mismo, Pemex Refinación se comprometió a incrementar el número de gasolineras autorizadas, eliminar el sistema de subfranquicias que derivaba en el control oligopólico de vastas zonas geográficas por un solo proveedor y permitir que se vendan en las gasolineras productos elaborados complementarios que no fueran de Pemex, lo cual se llevó a cabo mediante un programa publicitado que se denominó "Programa Simplificado para el Establecimiento de Nuevas Estaciones de Gasolina".⁴⁷

(ii) Los grupos cuyas acciones 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".⁴⁸

La ley prohíbe como práctica relativa las mismas conductas enumeradas como prácticas absolutas, cuando se realizan entre sujetos económicos que no compiten entre sí:

- i) la imposición de precios o condiciones de venta a los distribuidores;
- II) la venta condicionada a la adquisición de bienes al comprador o a la reventa al mismo;

45. *Ibidem*, págs. 67/68.

46. *Ibidem*, pág. 68.

47. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *informe anual 1993/1994*, México, D.F., 1994, págs. 33/34.

48. BAIN, José, *Organización industrial*, Ediciones Omega, Barcelona, 1963, pág. 537.

III) la venta condicionada a no adquirir ciertos bienes o servicios de terceros.

La CFC consideró que en estos casos, si la medida denunciada puede causar un daño inmediato y su suspensión no daña a terceras personas, se pueden imponer medidas cautelares, y una vez la denuncia en trámite, mantener la situación, aclarando que el mantenimiento de medidas cautelares no implica prejuzgar sobre las cuestiones materia de la denuncia:

American Express Travel Related Services Company, Inc. y American Express Company (México), SA de CV vs. Visa International Service Association, Inc. y Visa International México, SA de CV. American Express denunció que Visa imponía a los bancos miembros de sus sistema de pagos, la obligación de no emitir tarjetas de American Express Company, y solicitó la imposición de medidas cautelares para que dejara de hacerlo, petición que aceptó la Comisión en uso de sus facultades preventivas otorgadas por el art. 2 de la LFCE, y apercibió a Visa para que se abstuviera de realizar cualquier acto que tenga o pueda tener por objeto o efecto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado o impedirles sustancialmente su acceso, mediante la celebración de convenios de exclusividad o similares.⁴⁹ La resolución definitiva se dictó en 1997 ratificando las instrucciones de las medidas cautelares en el sentido de que se suspendan las restricciones verticales en la distribución.

Igual medida cautelar aplicó a la Federación Mexicana de Fútbol ante la denuncia de Televisión Azteca por el otorgamiento a Televisa de los derechos a transmitir en exclusiva los partidos que juegue la Selección Mexicana de Fútbol, sin haber realizado concurso y sin atender la manifestación expresa de la afectada de participar en el mismo cuando se convocara.

(iv) La denegación de trato, definida legalmente como acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles que normalmente se ofrecen a terceros:

En una investigación iniciada de oficio, la CFC demostró que Aerovías de México SA de CV (Aerovías) se negaba a tratar con empresas de viajes que distribuían boletos de otras aerolíneas, violando los incs. I y V del art. 10 de la LFCE Aerovías tiene po

der sustancial en el mercado relevante de intermediación de boletos pues cuenta con la mayoría de viajes desde y hacia la localidad en que se inició la investigación, por lo cual la CFC ordenó a Aerovías cesar en las prácticas monopólicas y dar instrucciones a todos sus distribuidores en ese sentido.⁵⁰

El denominado boicot, es decir, la concertación entre competidores para ejercer presión o tomar represalias sobre un cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de cierta conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado:

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 (posición dominante) y que se realicen respecto al 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:

Los miembros de la Asociación de Libreros Mexicanos acordaron no adquirir los libros de las editoriales Editorial Santillana y Oxford University Press-Harla México para disuadirlos de realizar ventas directas a alumnos y profesores a un precio por debajo en un 20 y 30% de los de las librerías y forzar la unificación de precios. La CFC calificó la acción como boicot, es decir, como práctica monopólica relativa, y considerando que los agremiados sólo cuentan con el 3% del mercado, y por tanto no tienen poder sustancial en el mercado relevante, no se aplicó sanción. Pero la manipulación de precios es una práctica absoluta, prohibida por la ley, por lo cual la CFC ordenó su eliminación.

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.

vi) La enumeración anterior es meramente ejemplificativa, por lo que también se considera práctica relativa, según la ley, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios:

49. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Informe de Competencia Económica. Segundo semestre de 1996, México, D.F., 1996*, págs. 42/41

50. COMISIÓN FÉDERAL DE COMPETENCIA, *Informe anua1 1994/95, México, D.F., 1995*, págs. 59/60.

En febrero de 1996 se había desahogado la denuncia de **Chicles Canel 's vs. Chicle Adams**, sin que se pudiera probar la existencia de prácticas monopólicas relativas por parte de Adams, **a posterior i**, en 1997, se realiza igualmente la investigación de oficio, ya con más datos y un mejor conocimiento del mercado. Con base a los resultados de la investigación (de oficio) en el mercado de gomas de mascar, el Pleno determinó en 1997 la existencia de conductas de depredación de precios, realizadas por Grupo Warner Lambert México, fabricante de Chiclets y Clarks. Conforme a la disposición que comentamos, ordenó a Warner la supresión de la práctica y le impuso una multa. En esta resolución la CFC al analizar el Poder de mercado consideró que si bien la participación de Warner es menor que la de Canel's (ambas tienen el control total del mercado), la primera tiene un peso mayor en términos de valor, en virtud de que Warner tiene capacidad para fijar precios unilateralmente en el mercado formal e informal (Clarks se vende prioritariamente en el mercado informal) y puede establecer barreras de entrada.⁵¹

Un ejemplo de negocios jurídicos calificables como práctica monopólica relativa 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 autos y repuestos a otros comerciantes en una zona geográfica determinada y no incrementar sus representantes o distribuidores más allá de un porcentual en relación a los habitantes). El comprador se compromete por su parte a vender exclusivamente los automóviles de esa fábrica, a vender un mínimo de automóviles por año, a brindar ciertos servicios de mantenimiento a los automóviles vendidos por él o cualquier otro concesionario, a respetar las "políticas generales" de la fábrica. Políticas generales que cumplen en gran medida la función de acuerdos colusivos de precios y condiciones de venta; en efecto: los concesionarios se comprometen a respetar un precio de venta al público, a no competir mediante precios con las restantes concesionarias, a no realizar descuentos por ventas de contado más allá de las autorizadas por la fábrica; aún en concursos de grandes empresas privadas o gubernamentales -generalmente la fábrica, por su parte, se compro-

mete a no participar en estos concursos aún en el caso de que los volúmenes de venta puedan superar a los de la compra anual por separado de cualesquiera de sus concesionarias.⁵²

En estos casos, por ejemplo, se deberá analizar si las conductas establecidas entre concesionante y concesionarios, que no compiten entre sí, no suplen a las concertaciones entre quienes sí compiten entre sí (que serían prácticas monopólicas absolutas); en muchos casos las compras que realiza el gobierno de autos de una misma marca y modelo supera el total vendido por la mayor concesionaria en un año (patrullas de policía, por ejemplo) y la abstención de participar de la fábrica también es de dudosa calificación.

Si hemos ejemplificado con la industria automotriz es precisamente porque se trata de un oligopolio en la oferta de bienes, oligopsomio en la demanda de autopartes, y en su conjunto representa en la mayoría de los países de mediano desarrollo una cuota importante del Producto Interno Bruto (aproximadamente el 10 por ciento en México), además de ser en su totalidad empresas con mayoría de capital extranjero.

Para dictar la resolución, se debe considerar que se autorizan las prácticas monopólicas relativas que permitan a las empresas concernidas realizar ahorros en virtud de los cuales puedan producir la misma o mayor cantidad de bienes a un menor precio individualizado, o cuando la elaboración de dos o más bienes en una sola empresa permita producirlos a un precio menor que el que resultaría de fabricarlos en empresas separadas. Las empresas podrán justificar que los menores costos derivan de menores gastos administrativos o por la expansión de una red de infraestructura o distribución;⁵³ estos extremos serán fáciles de demostrar por parte de los fabricantes y concesionarios de la industria automotriz en lo que hace al núcleo central de sus negocios, más no en la concertación de precios en los concursos gubernamentales, o en la concertación entre las fábricas de no participar directamente en los concursos para que la competencia se limite a las concesionarias.

51. COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Informe de competencia económica 1997*, op. cit., págs. 73/74.

52. Los tribunales argentinos han considerado que no se allera la competencia cuando una fábrica de autos otorga a dos concesionarias la exclusividad para la venta de automotores al sector público ya que el mismo podía optar por otras marcas de automotores. (Cam. Nac. en lo Penal Económico, Sala I, 27/12/83, Autos: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia v. J. Igarreta, S.A. y Actor S.A.), **Rev. del Derecho Industrial**, año 9, Bs. As., 1987, pág. 423/4, (reseña Dra. Susana CZAR DE ZALDUENDO).

53. Reglamento de la LFCE, art. 6.

7.3. Franquicias

Si bien en la exposición de motivos del Ejecutivo Federal, con que elevó el proyecto de ley, se dice que las características de la misma permitirá 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 concertación entre pares, pues impide a quien quiere competir salirse del acuerdo colusivo el hacerlo sin perder la concesión. El efecto negativo en la competencia en los precios es tan o más importante que la concertación directa, y por tanto debe ser considerada como una práctica monopólica absoluta.

En la difusión acelerada de este tipo de contratos, se han licenciado como franquicias simples cesiones de marca o nombre comercial, y además muchos de los otorgantes de las franquicias tienen, a su vez, unidades de venta directa en el mismo nivel pero en otras zonas geográficas. En estos casos, las estipulaciones habituales del contrato implican una práctica (concertación colusiva) monopólica entre competidores, por lo cual se debe considerar como sujeta a prohibición absoluta.

Para que no se prohíba una franquicia que hubiera podido ser considerada una práctica monopólica relativa, deberá incorporar, además de la licencia de marca o nombre comercial, transferencia de tecnología o conocimientos especiales del mercado. La aplicación de esta exigencia debe ser muy estricta, para evitar que bajo el disfraz de franquicias se autoricen prácticas monopólicas que eleven el precio de los bienes y las utilidades de las empresas, sin realizar aportes significativos, en un claro abuso de posición dominante en el mercado.

7.4. Abuso de patente o registro

La legislación mexicana en materia de propiedad industrial e intelectual no contempla la posibilidad de reprimir de manera directa el abuso del privilegio monopólico que se otorga a los titulares de una patente, registro o derecho de autor. Sin embargo, ello no otorga al titular de una patente, registro o derecho de autor, el derecho de transferir estos privilegios en actos colusivos que pudieran ser considerados prácticas monopólicas relativas. Si en un convenio entre no competidores se establecieran cláusulas como las descritas en 6.2, un elemento sustancial a considerar será, precisamente, las barreras de ingreso al mercado de las mercancías concernidas. Una barrera con poder casi absoluto es la que deriva del derecho de explotación exclusiva

que otorgan las leyes de propiedad industrial y de derechos de autor a los titulares, privilegio que puede ser cedido total o parcialmente, se puede licenciar e, inclusive, arrendar. En estos casos, y en la medida en que los consumidores no puedan recurrir a otras mercancías iguales o similares, se debe considerar que los convenios en análisis constituyen un acto colusivo que debe ser prohibido.⁵⁴

Bibliografía

- ANTONIOJ, Marco-DE CARLI, Paolo yFRANCESCHELI, Vincenzo, en la *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Año I, Número 4/1991. Ed. Giuffrè, Milán, 1991.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, "Los monopolios, los estancos y otras prácticas prohibidas por la constitución", en *Revista Alegatos*, Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco; núm. 39, 1998, México, D.F., pp. 161-182.
- BAIN, José, *Organización industrial*, Ediciones Omega, Barcelona, 1963.
- UTTON, M.A., *La Concentración industrial*, Alianza Universidad, Madrid, 1975.
- CLARKE, Roger, *Economía Industrial*, Ed. Colegio de Economistas de Madrid-Celeste Ediciones, Madrid, 1993.
- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Informe de Competencia Económica. Segundo Semestre de 1996*, México, D.F., 1996.
- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, *Informe Anual de Competencia Económica 1995/1996*, México, D.F. 1996.
- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *INFORME ANUAL 1993/1994*, MÉXICO, D.F. 1994.
- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *INFORME ANUAL 1994/95*, MÉXICO, D.F., 1995.
- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Informe de Competencia Económica 1997*, México, D.F., 1998.
- COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, *Informe de Competencia Económica. Segundo semestre de 1996*, México, D.F. 1996.
- DENOZZA, Francesco, *Antitrust, Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1988.
- GARRIDO, Celso, "El liderazgo de las grandes empresas industriales mexicanas", en el volumen colectivo PERES, Wilson (Compilador), *Grandes empresas y grupos industriales latinoamericanos*, Ed. Siglo XXI-CEPAL, México, D.F., 1998.
- GENESTE, Bernard, *Droit français et droit européen de la concurrence*, París, ed. Eyrolles, 1991.
- KORAH, Valentine, *Introducción al derecho y práctica de la competencia en la C.E.E.*, Barcelona, 1988.

54. Ver art. 11, frac. 111 del Reglamento de la LFCE.

MEESSEN, Karl, "La eficaz competencia político-industrial en el régimen jurídico del control de las fusiones en la Comunidad Económica Europea", Cuadernos de Posgrado serie "A" núm. 9, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), ENEP -Acatlán, México, 1995.

NACIONAL FINANCIERA, La economía mexicana en cifras, México, D.F., 1996.

PATIÑO MANFFER, Ruperto-CoNCHA CANTU, Hugo Alejandro, "Comentario del art. 28", en el volumen colectivo: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada* - Tomo I, Ed. Porrúa- Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1997.

PEREZ MIRANDA, Rafael-FELLINI GANDULFO, Zulita, "El derecho frente a los monopolios", en KAPLAN, Marcos (director), *Estudios de Derecho Económico*, Vol. IV, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. D.F., 1983.

Revista *Expansión*, núm. 697,14 de agosto de 1996, México. D.F.

Revista *Expansión*, agosto 18 de 1993, Volumen XXV, núm. 622, México D.F., 1993.

VI Censo de Servicios, Secretaría de Programación y Presupuesto; año 1976 con datos de 1975.

X Censo Industrial, Secretaría de Programación y Presupuesto, año 1976 -con datos de 1975-.