



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

206
2eg.

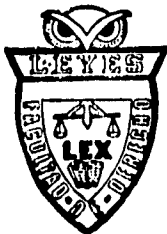
FACULTAD DE DERECHO

LA LEGISLACION DE COMPETENCIA EN MEXICO.
UN ANALISIS JURIDICO - ECONOMICO

FALLA DE ORIGEN

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:

INGRID GIULIANA ROSSI HANSBERG



MEXICO, D. F.

ABRIL 1995

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**A mis padres, a Esteban,
a Jorge y a mis abuelos.**

**Agradezco al Dr. Patiño Manffer
y al Lic. Arias Lazo por su ayuda
en la elaboración de este trabajo.**

**LA LEGISLACION DE COMPETENCIA EN MEXICO
UN ANALISIS JURIDICO- ECONOMICO**

INDICE

Introducción	5
Capítulo 1.- Bases Constitucionales y Antecedentes de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)	
1.1.- Bases Constitucionales del derecho de la competencia	9
1.2.- Reformas al artículo 28 Constitucional	16
1.3.- La Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en materia de monopolios de 1934.....	21
1.3.1.- Exposición de motivos.....	22
1.3.2.- Contenido.....	25
1.4.- Contexto económico de la actual legislación en materia de competencia.....	28
1.4.1.- Exposición de motivos.....	35
Capítulo 2.- Parte sustantiva de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)	
2.1.- Objeto o finalidad de la LFCE.....	39
2.2.-Prácticas monopólicas absolutas.....	45
2.2.1.- Diferentes tipos de prácticas monopólicas absolutas.....	49
2.2.1.1.- Acuerdos monopólicos.....	50
2.2.1.2.- Acuerdos de cartel.....	53
2.2.1.3.- Acuerdos absolutos de división de mercados.....	53
2.2.1.4.- Manipulación de subastas públicas.....	57
2.2.2.- Nulidad o inexistencia en relación al artículo 9º de la LFCE.....	58
2.3.- Definición de mercado relevante.....	60

2.3.1.- Mercado relevante del producto.....	61
2.3.2.- Mercado geográfico relevante.....	66
2.3.3.- Mercado relevante en la LFCE.....	67
2.4.- Poder sustancial sobre el mercado relevante.....	72
2.5.- Prácticas monopólicas relativas.....	78
2.5.1.- Diferentes tipos de prácticas monopólicas relativas.....	78
2.5.1.1.- División vertical de mercados.....	79
2.5.1.2.- Restricción del precio de reventa o de venta del producto final....	80
2.5.1.3.- Ventas atadas.....	82
2.5.1.4.- Obligación de trato exclusivo.....	83
2.5.1.5.- Denegación de trato.....	85
2.5.1.6.- Boycott vertical.....	86
2.5.1.7.- Otras prácticas monopólicas relativas.....	86
2.6.- Concentraciones.....	87
2.6.1.- Indicios para identificar concentraciones.....	91
2.6.2.- El carácter preventivo de la LFCE en relación a las concentraciones.....	104

Capítulo 3.- Parte orgánica de la Ley Federal de Competencia Económica

3.1.- Integración y Atribuciones de la Comisión Federal de Competencia (CFC).....	108
3.1.1.- Pleno.....	110
3.1.2.- Presidencia.....	113
3.1.3.- Secretaría Ejecutiva.....	116
3.1.4.- Direcciones Generales.....	118
3.1.4.1.- Dirección General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos.....	121
3.1.4.2.- Dirección General de Estudios Económicos.....	122
3.1.4.3.- Dirección General de Concentraciones.....	123
3.1.4.4.- Dirección General de Investigaciones.....	124

3.1.4.5.- Dirección General de Administración.....	125
3.1.5.- Otros.....	127
3.2.-Algunos problemas que presenta la naturaleza jurídica de la Comisión Federal de Competencia (CFC).....	128
3.2.1.- Problemas de constitucionalidad.....	128
3.2.2.- Problemas de ejecución.....	141
3.2.3.- Falta de incentivos para denunciar.....	146
Capítulo 4.- Parte adjetiva de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)	
4.1.- Supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles en materia administrativa.....	149
4.2.- Procedimiento ante la Comisión Federal de Competencia (CFC).....	153
4.2.1.- Denuncia.....	154
4.2.2.- Emplazamiento y periodo probatorio.....	156
4.3.- Sanciones.....	160
4.3.1.- Coercibilidad de las multas impuestas por la Comisión de Federal de Competencia (CFC).....	163
4.3.2.- Sanciones a prácticas monopólicas absolutas.....	164
4.3.3.- Sanciones a prácticas monopólicas relativas.....	166
4.3.4.- Sanciones a concentraciones.....	167
4.3.5.- Otras sanciones.....	168
4.4.- Medios de defensa en contra de las resoluciones dictadas por la Comisión Federal de Competencia.....	168
4.4.1.- Resoluciones que imponen multa.....	168
4.4.2.- Resoluciones que ordenan la suspensión, corrección o suspensión de una práctica o concentración, o bien que ordenan la desconcentración total o parcial de lo que se haya concentrado indebidamente.....	172

4.4.3.- Resoluciones mixtas.....	173
4.5.- Características del recurso de reconsideración.....	175
4.6.- Notificación de concentraciones.....	178
4.6.1.- Requisitos del escrito de notificación de concentraciones.....	178
4.6.1.1.- Datos Generales.....	180
4.6.1.2.- Descripción de la transacción.....	180
4.6.1.3.- Personas que participan en la transacción.....	181
4.6.1.4.- Otros requisitos.....	182
4.6.2.- Procedimiento de notificación de concentraciones.....	183
Conclusiones	185
Bibliografía	195

Introducción

En esta tesis se hace un estudio de la Ley Federal de Competencia Económica desde los puntos de vista sustantivo, orgánico y adjetivo. Sin embargo, antes de entrar de lleno a estos temas, se analizan en el capítulo 1, las bases constitucionales del derecho de la competencia, específicamente el artículo 28 Constitucional y sus reformas, y el artículo 5º Constitucional, que funge como su complemento en esta materia.

Asimismo, en el capítulo 1, se hace un breve análisis de la ley anterior, Reglamentaria del artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, para entender las enormes diferencias entre este ordenamiento y la actual legislación de competencia. Este análisis se relaciona directamente con el entorno en el que surge la nueva ley, cincuenta y ocho años después y totalmente distinta a la anterior.

México entra al GATT en 1986 con Miguel de la Madrid como Presidente y se empieza a pensar que el libre comercio, así como la apertura comercial, son las políticas económicas que llevarían a México a un mayor crecimiento y bienestar. La administración pasada y la actual, continúan con esa política económica y la refuerzan, haciendo énfasis en la necesidad de la desregulación de los mercados y en la privatización de empresas ineficientes del Estado.

Inicia así una nueva política de competencia, abrogando leyes que promovían conductas colusivas y estableciendo mecanismos para evaluar el impacto sobre la competencia de nuevas disposiciones. En este contexto surge, en 1992, la actual Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).

El primer capítulo de la tesis trata de las bases constitucionales y antecedentes de esta ley, mientras que el segundo capítulo se refiere a la parte sustantiva de este ordenamiento, es decir, a los "conceptos". Este capítulo tiene una especial importancia debido a que se refiere a conceptos, que si bien son conocidos en países con una legislación antimonopólica avanzada, en nuestro país, a pesar de la existencia de legislaciones anteriores, resultan novedosos y requieren de un cierto grado de conocimiento económico.

La ley prohíbe los monopolios y estancos, así como las prácticas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios. Esta prohibición general da lugar a dos tipos de prácticas monopólicas, las absolutas y las relativas, respecto a las cuales es importante referir y explicar qué se entiende por cada una de ellas, así como destacar la importancia de los adjetivos de "absolutas" y "relativas", y los términos de "mercado relevante" y de "poder sustancial" en el mismo. En relación a las prácticas monopólicas, la ley señala que las mismas "no producirán efectos jurídicos", lo cual da pie a un análisis acerca de la nulidad o inexistencia relacionada con esta disposición.

La LFCE prevé, además de las prácticas monopólicas y absolutas, otra figura, la de las concentraciones. En este punto es necesario definir el concepto y señalar cuáles son los criterios para la investigación, sanción e impugnación de concentraciones.

Por su parte, el capítulo 3 se refiere al órgano encargado de aplicar la legislación de competencia. Un órgano administrativo, desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), que tiene una naturaleza jurídica difícil de precisar, y que hace dudar sobre su constitucionalidad, debido a sus atribuciones administrativas y

jurisdiccionales. La Comisión Federal de Competencia tiene a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, para lo cual goza de atribuciones diversas que requieren de estudio. Se señalan en la tesis, la integración de la Comisión y las atribuciones de sus funcionarios.

Ante la Comisión puede seguirse un procedimiento que se inicia de oficio o a petición de parte. En razón de esto, es que el capítulo cuatro se refiere a la parte adjetiva de la LFCE.

La legislación de competencia trata en forma escueta al procedimiento, ya que compete al reglamento respectivo detallar con mayor precisión las disposiciones de la ley. No obstante, el reglamento de la LFCE aún no se ha expedido y mientras tanto, es necesario acudir supletoriamente al Código Federal de Procedimientos Civiles. Esta tesis pretende dar una visión práctica de la aplicación de la LFCE, por lo que trata el tema relativo a las investigaciones de oficio y a los requisitos de las denuncias que se interponen ante la Comisión, así como lo relativo al periodo probatorio y a las resoluciones que dicta este órgano de la Administración Pública Federal.

Un tema importante es el relativo a los medios de defensa con que cuentan los particulares afectados por una resolución de la Comisión Federal de Competencia. En esta tesis se analiza el recurso de reconsideración que prevé la propia Ley Federal de Competencia Económica, así como los demás medios de defensa con que cuentan los agentes económicos una vez agotado este recurso.

Por último, se explica el procedimiento que debe seguirse ante la Comisión al notificar una concentración y se señalan los requisitos que debe reunir el escrito de notificación y los documentos que deben anexarse al mismo.

CAPITULO 1:

Bases Constitucionales y Antecedentes de la Ley Federal de Competencia Económica

1.1.-Bases Constitucionales de la legislación de competencia:

La base fundamental del derecho de la competencia es el artículo 28 Constitucional, una de las garantías individuales que tutelan los derechos o la esfera jurídica de los individuos frente a los actos del poder público. Las garantías individuales, tienen primacía sobre cualquier norma o ley secundaria que se les contraponga, por lo que toda autoridad debe observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria. Sólo en los preceptos constitucionales pueden imponerse limitaciones a los derechos públicos subjetivos, a través de la regulación que se hace de ellos en el propio texto Constitucional. Siendo la Constitución Federal el ordenamiento supremo (artículo 133 Constitucional), no es admisible que ordenamientos secundarios puedan alterar sus mandamientos. Así lo dispone el artículo 1º Constitucional, que a la letra señala: **"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".¹**

No obstante lo anterior, se admite que ordenamientos no constitucionales puedan reglamentar, si bien no limitar, los mandatos de la Constitución, en lo que concierne a los derechos públicos subjetivos. En este punto, conviene tomar en cuenta lo que dice Burgoa: "la potestad reglamentaria tiene sus límites fijados en el alcance o extensión de la disposición reglamentada. Un precepto reglamentario desvirtúa su propia índole jurídica cuando se

¹ Constitución Política Mexicana, Editorial Porrúa, México, 1993.

excede de la norma reglamentada abarcando materias o supuestos que no se comprenden en la situación jurídica abstracta contemplada en dicha norma".²

Es en base a una garantía individual, que el 24 de diciembre de 1992, se publica la Ley Federal de Competencia Económica, reglamentaria del artículo 28 Constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia.

Para entender el texto constitucional que le da origen a este ordenamiento, es conveniente hacer un estudio del artículo 28 Constitucional. El Dr. Patiño Manffer³, divide este artículo en dos partes, para facilitar su lectura y entender con mayor claridad el espíritu del texto constitucional. La primera de estas partes, siguiendo al Dr. Patiño Manffer, contiene la prohibición general (en los términos y condiciones que fijan las leyes) respecto de monopolios, estancos, prácticas monopólicas, exenciones de impuestos y aquellas que se establecen a título de protección a la industria.

Aunque el artículo 28 Constitucional no define expresamente los conceptos que prohíbe, se refiere a **"toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social".** ⁴

² Burgoa, I. Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México, 1993, p.1999.

³ Patiño, Manffer. "Breves Comentarios acerca de la Ley Federal de Competencia Económica", en el libro Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica, UNAM, México, p. 107-109.

⁴ Op. cit. Constitución Política Mexicana.

El párrafo anterior indica el espíritu del texto constitucional, a saber, promover la competencia y la libre concurrencia al perseguir y castigar todo acto que tienda a evitarlas. Las prohibiciones a las que se refiere esta primera parte, son ejemplos de las formas que pueden tomar los actos contrarios a la competencia y libre concurrencia.

Las prohibiciones del artículo 28 Constitucional, se complementan con importantes excepciones que no constituyen monopolios. Tales excepciones son las siguientes:

- a) Las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas, a que se refiere el párrafo 4º del artículo 28 Constitucional.
- b) Las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores.
- c) Los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora, y
- d) Las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes.

El 4º párrafo del artículo 28 Constitucional, a que se hace referencia en el inciso a) indica cuáles son las áreas estratégicas, a saber: correos, telégrafos y radiotelegrafía, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radiactivos y generación de energía nuclear, electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.⁵

⁵ Antes de la reforma del 2 de marzo de 1995 al artículo 28, se consideraban también como áreas estratégicas la comunicación vía satélite y los ferrocarriles. Ahora la comunicación vía satélite y los ferrocarriles se consideran sólo como áreas prioritarias para el desarrollo nacional, en los términos del artículo 25 Constitucional.

Sin embargo, las áreas estratégicas mencionadas en el párrafo 4° no son las únicas. La Constitución en el mismo artículo 28, se refiere a las funciones que el Estado ejerce a través del banco central en dos áreas estratégicas más, la acuñación de moneda y la emisión de billetes.⁶

La segunda parte del artículo 28 Constitucional, de acuerdo a la división del Dr. Patiño Manffer, "está orientada a apoyar el mandato constitucional contenido en los artículos que se han identificado como integrantes del capítulo económico de la Constitución, entre los que conviene recordar el 25, 26, 27, 32, 131, 134, todos ellos están orientados a expresar la determinación de que el Estado se desempeñe como rector del desarrollo económico nacional e intervenga en la regulación del fenómeno económico...Para hacer realidad este mandato el propio texto constitucional faculta al Estado para que, por conducto del legislador ordinario (énfasis añadido), expida las leyes que sean necesarias a efecto de que:

- a) Se fijen las bases para establecer precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular.
- b) Se establezcan modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza en precios.
- c) Se proteja a los consumidores y se propicie su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

⁶ En el pasado, existieron materias de gran importancia y de prestación exclusiva por el Estado, que no formaron parte del artículo 28 Constitucional, porque no se consideraban por la Constitución como áreas estratégicas. En el antes párrafo 5° del artículo 28 Constitucional, se excluyó, en virtud de la reforma de 1982, el servicio de banca y crédito de la prohibición general al monopolio y al estanco, impidiendo su concesión a particulares. Esto quiso decir, que el servicio de banca y crédito se definía como una actividad muy importante, pero no como un área estratégica. Esto último hizo posible que en 1990 la banca se privatizara nuevamente.

d) Se definan las áreas de la economía que se consideren estratégicas, adicionales a las que establece el propio texto constitucional, cuya atención corresponderá al estado en forma exclusiva".⁷

Se hace referencia al "legislador ordinario", debido a que es la propia constitución, en el artículo 28, la que prevé la reglamentación de sus preceptos. Al emplear la palabra "ley" o "leyes" como medio para dicha reglamentación, debe entenderse que se trata de una ley en el sentido material y formal, es decir, de un acto jurídico creador de situaciones abstractas, generales e impersonales, realizado por un órgano legislativo.

En lo que se refiere a los artículos constitucionales que conforman el capítulo económico, es conveniente prestar atención a dos de ellos, los artículos 25 y 26, ya que de una simple lectura podrían interpretarse como contrarios al artículo 28 Constitucional.

El artículo 25 Constitucional establece que la rectoría del desarrollo nacional corresponde al Estado. Esto puede parecer contrario a la idea de competencia y libre concurrencia, pues más que un sistema de libre mercado regulado por parte del Estado, el artículo parece aludir a una economía centralmente planificada al señalar que: "**El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional...**".⁸ Sin embargo, más adelante, en el propio texto del artículo, se establece la finalidad de la rectoría del Estado, la que consiste, entre otras cosas, en permitir el "**pleno ejercicio de la libertad y de la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución**".

Por lo tanto, la rectoría de Estado se lleva a cabo en el marco de libertades que otorga la Constitución, entre las que encontramos la libertad de poder concurrir libremente a la

⁷ Op. cit. Patiño Manferrer, p.107-109.

⁸ Op. cit. Constitución Política Mexicana.

actividad económica. Esta libertad a su vez, se garantiza mediante la prohibición general que hace el texto constitucional en el artículo 28, y a la que nos hemos referido con anterioridad.

Asimismo, en el último párrafo del artículo 25, se señala que: "**La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución**".⁹.

Una de las formas que establece la Constitución para alentar y proteger la actividad económica de los particulares es justamente prohibir los monopolios, las prácticas monopólicas y los estancos. De esta manera los particulares pueden concurrir libremente a la actividad económica y a la vez contribuir al desarrollo nacional, permitiendo al consumidor adquirir bienes y servicios a un mejor precio y con una mejor calidad, ampliando la oferta de bienes y servicios producidos, generando empleos, etc. Bajo una situación de competencia siempre se produce más y a un precio inferior que bajo una situación monopólica.

Por su parte, el artículo 26 Constitucional, entre otras cosas, establece que el Estado organizará un sistema de planeación democrática y que habrá un Plan Nacional de Desarrollo, al que deben sujetarse obligatoriamente los programas de la administración pública federal.

En el Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica,¹⁰ se propuso la modernización económica no como un fin en sí mismo, sino como estrategia para mejorar las condiciones de vida de los mexicanos. Este reto se abordó mediante el fomento de la competitividad del aparato productivo y el desarrollo de un sistema de regulaciones económicas que promoviera la

⁹ Op. cit. Constitución Política Mexicana

¹⁰ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de agosto de 1934.

conurrencia y participación de todos los mexicanos en la producción y comercialización de bienes y servicios.

En lo que se refiere a competencia y libre concurrencia, el artículo 28 Constitucional está muy relacionado con lo que establece el artículo 5º Constitucional, por lo que el mismo, junto con el artículo 28 Constitucional, se consideran como las bases del derecho de la competencia.

El artículo 5º establece la garantía de trabajo al señalar que: **"A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos"**. En relación al contenido de este artículo, debe considerarse lícito, el trabajo que no contravenga las disposiciones de orden público (esto es, las leyes que regulan directamente, ante una situación de hecho o de derecho, los intereses del Estado o de la sociedad¹¹), ni las buenas costumbres.

El mismo artículo continúa señalando que: **"El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad"**.¹²

La determinación judicial para vedar la garantía de trabajo, cuando éste es lícito, debe recaer a un proceso seguido previamente, donde se hayan cumplido las formalidades esenciales del procedimiento, es decir, con lo que establece el artículo 14 Constitucional.

¹¹ Op. cit. Burgoa, p.312.

¹² Op. cit. Constitución Política Mexicana.

En lo que se refiere a la resolución gubernativa, de acuerdo con el artículo 5º, la misma, para vedar la libertad de trabajo, debe acatar lo dispuesto por la "ley", entendida ésta en su sentido material y formal. Cabe hacer notar respecto a las resoluciones gubernativas que deben dictarse en los términos de ley, que formalmente hablando el Presidente de la República no tiene facultades Constitucionales para legislar sobre garantías individuales, así como tampoco las autoridades administrativas inferiores. Por lo tanto, las autoridades administrativas no pueden expedir reglamentos y de esta forma reglamentar las garantías individuales. Esta facultad es exclusiva del poder legislativo, ya sea de los Estados o de la Unión. En base a esto, queda claro que la autoridad administrativa motu proprio no puede decretar restricciones a la libertad de trabajo.

1.2.-Reformas al artículo 28 Constitucional:

El artículo 28 Constitucional de 1917 correspondía en su origen, a su homólogo de la Constitución de 1857, en el sentido de que ambos constituían preceptos que condenaban los monopolios, los estancos y las prohibiciones a título de protección a la industria. No obstante, las circunstancias que rodeaban a cada uno eran totalmente diferentes. La Constitución de 1857 era de corte liberal, mientras que la Constitución de 1917, tiene hasta la fecha un enfoque social.

El texto del artículo 28 de 1857 es el siguiente: **"No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptúanse únicamente, los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora."**¹³

¹³ Tena R, F. Leves Fundamentales de México, Editorial Porrúa, México, 1991, p.610.

El original artículo 28 de la Constitución de 1917¹⁴, mantenía el contenido del artículo citado, agregando solamente algunas actividades que de forma exclusiva debía desarrollar el Estado, como las relacionadas con el telégrafo y la radiotelegrafía, así como la facultad del Banco controlado por el Gobierno Federal de emitir billetes. Asimismo, el original artículo 28 Constitucional de 1917 señalaba, a diferencia del artículo 28 de la Constitución de 1857, las excepciones que no constituían monopolios. Estas excepciones se referían a las asociaciones de trabajadores creadas para proteger sus propios intereses y a las asociaciones o sociedades cooperativas productoras, para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendieran directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que fueran la principal fuente de riqueza de la región en que se produjeran.

De 1917 a 1982, el artículo 28 no fue reformado, lo cual constituye una excepción en el panorama que nos ofrece la Constitución, cuyo texto ha sido proclive a la reforma. A cambio de ello, la doctrina interpretó este artículo ante su evidente rebasamiento por la realidad.¹⁵

En 1982, a los pocos días del informe presidencial en el que se anunció la nacionalización del servicio público de banca y crédito, el Presidente José López Portillo envió una iniciativa de reforma que, con base en el artículo 28, sirvió para elevar a rango Constitucional la recién decretada nacionalización bancaria.¹⁶ Esta reforma se publicó el 17 de noviembre de 1982 en el Diario Oficial de la Federación, en los siguientes términos: **"Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este artículo la prestación del servicio de banca y crédito. Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado a**

¹⁴ Ibid, p.833.

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, Colección Popular Ciudad de México, Serie Textos Jurídicos, IIJ, UNAM, México, 1990, p.137.

¹⁶ Ibid, p.137.

través de Instituciones, en los términos que establezca la ley reglamentaria, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquellas en apoyo de las políticas de desarrollo nacional. El servicio público de banca y crédito no será objeto de concesión a particulares."

A los pocos meses de hecha la reforma y después de la transmisión de los poderes constitucionales al nuevo Presidente Miguel de la Madrid, éste envió una segunda iniciativa de reformas en las que se modificaba el artículo 28 de manera íntegra. Por lo tanto, en 1982, el artículo 28 Constitucional fue objeto de dos reformas, una circunstancial, relacionada directamente con la nacionalización de la banca, y otra íntegral, aprobada el 3 de febrero de 1983, que "enmarcó expresamente los principios de participación del estado en la economía".¹⁷

La reforma del Presidente Miguel de la Madrid cambió la redacción del primer párrafo y entre los actos prohibidos incluyó las prácticas monopólicas, concepto importantísimo, ya que las mismas son mucho más frecuentes que los monopolios y generalmente igual o más dañinas. Se estableció que las leyes debían ser las que fijaran las bases para señalar precios máximos y para imponer modalidades a la distribución de productos, artículos, etc. Se aumentó el número de áreas estratégicas, se otorgó la facultad al Estado para crear organismos y empresas que facilitaran el desarrollo de las áreas estratégicas y de las áreas prioritarias a su cargo, se consignó la figura de la concesión, se abrió la posibilidad de otorgar subsidios sujetos al cumplimiento de ciertas condiciones y se agregó el principio de protección a los consumidores.

Con fecha 27 de junio de 1990, se derogó el párrafo quinto del artículo 28, que establecía, como ya se mencionó, la nacionalización de la banca.

¹⁷ Ibid. p.137.

El actual párrafo 6° del artículo 28 Constitucional fue creado o adicionado por el artículo primero del Decreto del 18 de agosto de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 1993. Este párrafo 6° se refiere a la autonomía del banco central y al objetivo del mismo, esto es: **“procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional”**.

Asimismo, el Decreto del 18 de agosto de 1993, adiciona el actual párrafo 7° del artículo 28 Constitucional. Este párrafo 7° exceptúa de la prohibición general al monopolio, las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central, en las ahora áreas estratégicas de acuñación de moneda y de emisión de billetes. Este párrafo se refiere además a la conducción del banco central.

Por último, la reforma más reciente al artículo 28 Constitucional es la que se hace al párrafo 4° del mismo, a través del Artículo Unico del Decreto del 1° de marzo de 1995, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de marzo de 1995.¹⁸ La reforma tiene por objeto excluir la comunicación vía satélite y los ferrocarriles de las áreas estratégicas, para considerarlas únicamente como áreas prioritarias en los términos del artículo 25 Constitucional.

Después de estas reformas, el texto Constitucional quedó en los siguientes términos:

“En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título a título de protección a la industria.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o

¹⁸ El párrafo 4° del artículo 28 Constitucional ya había sido reformado por el Decreto del 18 de agosto de 1993.

empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Las leyes fijarán las bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto así como el alza en precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos; telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles; y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; El Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco central estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por períodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser renovadas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o

comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en la representación del banco y los no remunerados en asociaciones docentes, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

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

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta.”

1.3.- La Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en materia de monopolios de 1934:

Desde la vigencia de la Constitución de 1917, han existido tres leyes reglamentarias del artículo 28 Constitucional anteriores a la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE). La primera de estas leyes es la del 3 de mayo de 1926, publicada en el Diario Oficial de la

Federación de fecha 8 de junio de 1926; la segunda, es la del 18 de agosto de 1931, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 24 de agosto de 1931; y la tercera, es la del 25 de agosto de 1934, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 31 de agosto de 1934. Las dos primeras legislaciones tuvieron una vigencia muy corta, mientras que la tercera estuvo vigente desde 1934 hasta 1992, aunque fue de escasa aplicación, al igual que sus antecesoras. Esta última ley es la más importante de las tres y por eso merece una mayor atención.

Es importante recalcar que la denominación “Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios”, no es correcta. Entre las clasificaciones doctrinales se encuentra aquella que clasifica a las leyes en reglamentarias y orgánicas. Son leyes orgánicas aquellas que organizan y estructuran a un órgano del Estado, mientras que son leyes reglamentarias aquellas que desarrollan una norma o principio constitucional. Las leyes orgánicas y las reglamentarias no se distinguen desde el punto de vista formal, ya que ambas emanan del Congreso, pero sí desde el punto de vista material, esto es, en relación a su contenido. En base a estas consideraciones, el nombre para esta ley debería de haber sido el de “Ley Reglamentaria del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios”.

1.3.1.- Exposición de Motivos:

En la exposición de motivos de esta ley, se señala que la orientación de la misma se inspiró en la tendencia a evitar y suprimir las situaciones económicas que redundaran en perjuicio del público. Asimismo, la exposición de motivos de esta ley antimonopolios, al referirse a la Constitución, señala que: **“si bien es cierto que este texto en sus orígenes históricos es de raigambre liberal, ya en 1917 al introducirse las modificaciones que en él figuran,**

predominó el criterio de protección de los intereses sociales, preferentemente a los particulares”¹⁹.

La exposición de motivos continúa señalando que este criterio “social”, coincidía con el programa aprobado por el Partido Nacional Revolucionario en el Plan Sexenal, del cual extrae fragmentos como el que a continuación se cita: “el PNR juzga necesario que el Estado intervenga para adoptar con su acción el orden y la coordinación indispensables entre fabricantes, comerciantes y consumidores, de modo que se reduzcan al mínimo las perturbaciones y los desajustes en la economía del país. En consecuencia se debe:... Limitar la libre competencia, buscando el entendimiento entre los concurrentes, para que puedan regularse los precios de tal manera que no se abatan en perjuicio (énfasis añadido) de los salarios, ni aumenten a expensas del consumidor.”²⁰

De este párrafo se desprende que el espíritu de esta ley es totalmente contrario al libre mercado, así como a la competencia y a la libre concurrencia. Corresponde a una visión proteccionista, predominante en el pensamiento de la época, que considera que la intervención del Estado en la economía reduce, y no crea, perturbaciones.

La exposición de motivos de la ley antimonopolios de 1934 considera que la limitación de la libre concurrencia es deseable para que los precios no aumenten a expensas del consumidor. Esto es totalmente contrario al sentido del artículo 28 constitucional, que justamente establece la garantía individual de libre concurrencia. Limitar la competencia, es contrario al texto Constitucional y poco coherente con una política antimonopolios. Se promueve “el entendimiento entre los concurrentes para regular precios”²¹, cuando ya en esa época era

¹⁹ Op. Cit. Exposición de Motivos.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

totalmente sabido²² que el perjuicio que causaban los grandes monopolios, oligopolios, etc. al público consumidor, se debía principalmente a los contratos, acuerdos o combinaciones entre competidores, con el objeto o efecto de fijar precios.

Por otra parte, la exposición de motivos (en este punto), es contraria a lo que señala el artículo 1º de la ley antimonopolios²³. Este ordenamiento prohíbe los actos que tiendan a evitar la libre competencia, mientras que la exposición de motivos señala que es necesario evitar la competencia para regular los precios. Esto es una contradicción, a menos que se piense que cuando los consumidores se ponen de acuerdo, se evita la competencia pero no la competencia porque los agentes económicos siguen participando en el mercado. No obstante, este no es ni era el espíritu del artículo 28, pues el mismo se ha referido siempre a la libre competencia como un concepto contrario al de monopolio, por lo que implica, competencia entre concurrentes.

A continuación se enuncian algunas frases y párrafos de la exposición de motivos, que confirman la orientación de esta legislación antimonopolios:

a) “ **...el pueblo mexicano requiere...el mantenimiento de los precios de las mercancías a un nivel conveniente (énfasis añadido)²⁴”**. Se aceptaba la fijación de precios, con la finalidad de mantenerlos a un nivel conveniente. ¿Conveniente según qué o según quién? Seguramente no según la oferta y la demanda del mercado, sino conveniente según el criterio de un Estado totalmente proteccionista.

²² La Sherman Act en E.U. data de 1890.

²³ El artículo 1º de la Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios establece que: “En los términos del artículo 28 de la Constitución, se prohíbe la existencia de monopolios y estancos, así como los actos que tiendan a evitar la libre competencia en la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios, y los acuerdos, combinaciones o prácticas de cualquier naturaleza que celebren los productores, industriales, comerciantes o empresas, para evitar la competencia entre sí o para desplazar a terceros del mercado, o imponer los precios de los artículos o las tarifas de los servicios de manera arbitraria”.

²⁴ Op. cit. Exposición de Motivos de la Ley de 1934

b) "El Estado regulará el comercio interior,... Para ello:...se fijarán las bases y dictarán las medidas encaminadas a regular o atenuar la competencia (énfasis añadido) entre comerciantes..."²⁵.

c) "De las presunciones de monopolio, fue necesario excluir aquellas actividades que se realizan mediante vigilancia o intervención oficial, o en las que de algún modo participa el Estado,... la presunción de regularidad (énfasis añadido) que corresponde a los actos de las autoridades, exige que se presuma la inexistencia de violaciones a la ley, en las situaciones controladas por el Estado"²⁶.

Esta presunción de regularidad no tenía por qué hacerse. Pensar que el Estado, por su carácter de tal, no puede incurrir en violaciones a la ley, es algo absurdo, cuando existen infinidad de monopolios a cargo del Estado, que de no estar exceptuados por la ley, incurrirían en una violación a la misma. El artículo 28 Constitucional, excluye ciertas actividades del Estado, no porque no se trate de monopolios de hecho, sino porque por tratarse de áreas que revisten una particular importancia nacional, es necesario que permanezcan bajo el control del Estado. La Constitución lo que hace es establecer excepciones a la prohibición general respecto de los monopolios. Por lo mismo, el propio artículo constitucional establece qué actividades no constituyen monopolios en términos de derecho, pero no de hecho.

1.3.2.- Contenido:

En lo que se refiere a su contenido, la "Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios"²⁷, en los artículos 2º y 3º define al estanco y al monopolio.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1934.

Del artículo 3° de este ordenamiento se desprende que **“la concentración o acaparamiento industrial o comercial que permita imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios”²⁸**, no se considera un monopolio sino únicamente si esta conducta se lleva a cabo con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

La ley prohíbe los monopolios y establece circunstancias que hacen "presumir" la existencia de un monopolio, así como los actos que la ley considera como "tendientes" al monopolio, todos con sus respectivas excepciones.

Se señala asimismo, que cuando existan concentraciones o acaparamientos industriales o comerciales, que impongan precios con perjuicio del público en general o de alguna clase social, el Ejecutivo Federal estará facultado para dictar ciertas medidas, como la fijación de precios máximos.

Por lo tanto, la imposición de precios se soluciona con otra imposición de precios, cambiando únicamente el sujeto que efectúa dicha imposición. Se parte de la idea de que todo control por parte del Estado no atenta contra el público en general o contra alguna clase social, mientras que las conductas particulares sí pueden hacerlo.

La fijación de precios por parte del Ejecutivo Federal a que nos hemos referido, no se establece respecto de artículos de consumo necesario, pues esta facultad la establece más adelante el ordenamiento que se comenta.

La ley antimonopolios establece que no se podrán imponer prohibiciones a título de protección a la industria, pero señala algunas excepciones a esta prohibición, como son las medidas que el Ejecutivo Federal puede adoptar, por ejemplo, al: **“Reglamentar la iniciación de nuevas actividades industriales en determinadas ramas de la producción,**

²⁸ Ibid.

cuando haya peligro de que la excesiva competencia (énfasis añadido) produzca disminución en el salario de los trabajadores o perjuicio al público en general o alguna clase social”²⁹. ¿Qué se entiende por excesiva competencia? La ley no lo explica, por lo que queda como facultad discrecional de la autoridad.

Asimismo, se establece una segunda excepción que es de llamar la atención, no se considera como una prohibición a título de protección a la industria por parte del Ejecutivo: “Restringir la producción de artículos determinados, cuando haya exceso de éstos en relación con la demanda interior y exterior y pueda originarse una crisis por sobreproducción (énfasis añadido), con perjuicio del público en general o de alguna clase social”³⁰.

Cuando hay exceso de oferta el precio de los bienes y servicios tiende a bajar, por lo que es muy poco probable que esto cause un perjuicio al público consumidor. Nuevamente, encontramos señales de un Estado sumamente proteccionista. La baja en el precio de los bienes o servicios ofertados, en efecto daña a los productores, sin embargo, no es tan claro que a los mismos se les puede considerar como “una clase social”.

Más adelante, se establece qué se considera como exención de impuestos y cuáles son las excepciones a dicha consideración. Asimismo, se establece la facultad del Ejecutivo Federal para crear organismos consultivos y ejecutivos que colaboren en cumplimiento de las disposiciones de la ley y de sus reglamentos.

En la ley antimonopolios, se establecen sanciones, consistentes en multa y clausura a quienes infrinjan las prohibiciones del artículo 1°. Tratándose de “presunciones de monopolio”, se otorga un plazo a los interesados para exponer sus defensas, y si éstas no se hacen valer o

²⁹ Ibid, artículo 12, fracción primera.

³⁰ Ibid, artículo 12, fracción segunda.

resultan ser infundadas, se imponen las sanciones del monopolio. A los actos que "tienden a la constitución de monopolios", se les imponen las multas del monopolio reducidas en cincuenta por ciento.

También se establecen sanciones por exceder los precios máximos, por no proporcionar información a la autoridad o por proporcionarla falsa. Se prevé la absoluta reserva de los servidores públicos que intervienen en el cumplimiento de la ley antimonopolios y sus reglamentos.

Este es básicamente el contenido de la legislación en materia de monopolios anterior a la LFCE. Como se verá más adelante, la orientación y el contenido de la nueva ley es totalmente diferente, principalmente porque la LFCE surge en un contexto económico muy distinto.

1.4.- Contexto económico de la actual legislación en materia de competencia:

Para poder entender qué circunstancias motivaron la creación de la LFCE, es necesario hacer un recuento de la política económica que se siguió en México en los últimos cuarenta o cincuenta años, e incluso un poco antes. De hecho, "desde finales de los años veinte, el Estado asumió amplias responsabilidades para prestar servicios, proveer bienes básicos y guiar el ejercicio de libertades económicas necesarias para promover nuevas organizaciones sociales, construir la infraestructura e impulsar la industrialización del país"³¹.

³¹ La Viabilidad del Modelo de Desarrollo Económico en México. Centro de Estudios Económicos del Sector Privado, A.C., México, abril, 1994, p.4.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, México adoptó una estrategia de desarrollo basada en la sustitución de importaciones. Este modelo consistía en establecer aranceles, cuotas e incluso prohibiciones a las importaciones, con el objeto de fomentar la producción interna del país. Se trataba de un modelo proteccionista que favorecía la producción de bienes de consumo primero y después de bienes de capital. De esta forma, era posible controlar los precios de los bienes de consumo básico, para poder a su vez disminuir el salario industrial. En la medida en que los bienes de consumo necesario cuestan menos, se vuelve factible pagar salarios más bajos. Se orientaba la inversión pública al sector industrial, manteniendo el precio de los bienes utilizados por la industria a un nivel considerablemente bajo.

El modelo de sustitución de importaciones se utilizó en la etapa del "desarrollo estabilizador", de 1958 a 1971. El modelo tuvo como consecuencia un alto crecimiento de la economía nacional con baja inflación, cumpliendo con su objetivo al dar al país un crecimiento con estabilidad. En apoyo a esto, el Estado creó dependencias y organismos públicos para canalizar recursos. Sin embargo, el crecimiento estable, mediante sustitución de importaciones, también tuvo costos para la sociedad mexicana, que no pudo incorporar la nueva oferta de trabajo a los mercados, ni mejorar la distribución del ingreso, la cual permaneció inalterada. Se dio gran importancia al crecimiento de la industria a costa del crecimiento agrícola. Cada vez fueron mayores las transferencias de recursos rurales a las zonas urbanas en detrimento del sector agrícola, que en un principio, generaba excedentes que ayudaban a financiar al sector industrial, hasta que los mismos se agotaron por falta de inversión y comenzó a disminuir el ritmo de crecimiento de sus exportaciones, "al mismo tiempo que el Estado se ensanchaba cada vez más por la idea prevaleciente en la época de que más propiedad estatal se asociaba con mayor justicia y fortaleza"³².

³² Góngora P, G. y Acosta R, M. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México, 1992, p.682.

En 1973, se adoptó el "desarrollo compartido", es decir, una estrategia para hacer crecer a la economía a través de aumentos en el gasto público. Para ese entonces, no había ingresos suficientes que financiaran el gasto público, debido al descuido de la agricultura. A falta de recursos propios, el gasto se financió mediante la contratación de deuda externa, manteniendo al mismo tiempo una política proteccionista en relación a las importaciones. La economía creció a un ritmo menor, ya que es difícil exportar y obtener divisas para el pago de la deuda en una economía cerrada. La incapacidad para absorber la fuerza de trabajo generó desempleo, al mismo tiempo que continuaron las transferencias de recursos rurales a zonas urbanas.

En 1976, se da el boom petrolero y las exportaciones petroleras se convierten en la esperanza del país, a pesar del déficit fiscal y del endeudamiento externo, cuyos ajustes se posponen en espera de altos ingresos petroleros. La política económica en ese momento consistió en el aumento del gasto mediante el endeudamiento con el exterior, protegiendo a la industria a través de subsidios.

De 1977 a 1981, las empresas no tuvieron ningún incentivo para participar en el mercado internacional. Su situación era muy cómoda, no enfrentaban competencia alguna y tenían un mercado doméstico cautivo. Los consumidores no tenían acceso a otros bienes y servicios aparte de los mexicanos, a menos que estuvieran dispuestos a pagar un precio altísimo (el precio de mercado más el arancel impuesto por las autoridades mexicanas). El crecimiento moderado de la economía se debió a los ingresos petroleros, "cuya venta al exterior representaba más de las dos terceras partes de las exportaciones"³³, y a los ingresos obtenidos por la deuda, que permitieron financiar la importación de bienes de capital y de ciertos bienes intermedios. El desequilibrio de precios persistía, así como el desequilibrio fiscal, comercial y el endeudamiento.

³³ Ibid, p.684.

El gobierno mexicano había optado por sostener el desarrollo del país "basándose en la ilusión de que el Estado primero, el petróleo después, y la deuda externa por último, podrían sustentar el desarrollo apoyado en el intervencionismo estatal, los subsidios y la falta de competencia del exterior"³⁴.

En 1982, después de una crisis económica, que llevó al país a una quiebra financiera, se empieza a pensar en dar un cambio radical a la política económica que seguiría el gobierno mexicano. La inflación se había disparado, los salarios se encontraban en sus niveles más bajos y México se había declarado insolvente para cumplir los compromisos financieros con el exterior. Fue el fin del modelo de desarrollo basado en la exportación petrolera y el inicio del desarrollo orientado hacia el exterior.

Era necesario estabilizar la economía del país y al mismo tiempo no rezagarse y formar parte de la creciente competencia internacional, que fomentaba cada vez más la creación de bloques comerciales. Una gran cantidad de países se encontraban en proceso de reestructuración e integración, que darían como resultado economías en desarrollo altamente competitivas. Fue entonces que en México se desechó el modelo basado en la sustitución de importaciones, en base a consideraciones como las siguientes:

- a) Uno de los efectos más graves de la protección es que propicia industrias poco competitivas, generalmente de estructura oligopólica, con poder de fijación de precios por arriba de los precios de mercado y con márgenes de ganancia muy por encima de los normales.
- b) El proteccionismo proporciona a los productores nacionales un mercado fijo, que les permite vender a precios mayores que los internacionales, con una calidad inferior a los bienes o servicios del mismo precio en el mercado internacional.

³⁴ Op. cit. La Viabilidad del Modelo de Desarrollo en México, p.4.

c) Las industrias protegidas mantienen altísimas tasas de retomo a costa del crecimiento económico del país.

La política de apertura se convierte en una opción para recuperar el crecimiento de la economía y generar empleos. El financiamiento externo no podía considerarse como una posibilidad para generar divisas y hacer frente a los compromisos con el extranjero, dado el tamaño de la deuda externa, el aumento en las tasas de interés internacional y la caída de los precios del petróleo. Se vuelve impostergable llevar a cabo ajustes en el déficit fiscal y comercial, así como en los precios, para dar estabilidad, congruencia y consistencia a la política económica. No puede asegurarse un desarrollo sostenido cuando la economía enfrenta situaciones de inestabilidad. Se requería por lo tanto, de una propiedad estatal más selectiva y de una participación de la sociedad más amplia.

En base a estas consideraciones, en 1982, se impone el control de cambios, se devalúa la moneda, se imponen permisos de importación para todos los productos y se lleva a cabo la estatización de la banca. Durante los años siguientes, comienzan paulatinamente a eliminarse los permisos de importación y a promoverse las exportaciones no petroleras.

En 1986, se logra un avance importante en la política de apertura, México entra al GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) para gozar de las preferencias arancelarias ofrecidas por los países miembros del organismo, así como para tener acceso a nuevos mercados, obtener credibilidad y dar certidumbre a la política comercial. Al entrar a este organismo, México se comprometió a continuar con la eliminación de los permisos y a la reducción arancelaria.

No obstante, dadas las condiciones adversas que enfrentó México a nivel internacional, la economía en 1985 y 1986 registró un crecimiento negativo y una inflación creciente. Como

respuesta a esta situación, el gobierno mexicano aplicó un programa de ajuste y estabilización en 1987, llamado "Pacto de Solidaridad Económica (PSE)", el cual permitió avanzar con el proceso de liberalización, controlando la inercia inflacionaria. Posteriormente, en 1988, se aplicó el "Pacto para la Estabilidad y el Crecimiento Económico (PECE)", con sus sucesivas modificaciones. Gracias a esto, entre 1989 y 1993 se puede consolidar una primera etapa de apertura de la economía mexicana. Se persigue el libre comercio, como salida para poder generar un crecimiento mayor de la economía, de las exportaciones y del empleo. "El desarrollo sostenido de la economía mexicana, en una economía mundial interdependiente y fuertemente competitiva, requiere de la modernización integral de su aparato productivo y de las instituciones y marco regulatorio que lo norman. Para ello, la estabilidad macroeconómica constituye un requisito esencial"³⁵.

En 1992, México, Canadá y Estados Unidos suscriben el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y en 1993, los mismos países suscriben los acuerdos paralelos en materia de medio ambiente y en materia laboral. Este proceso de apertura, en un país en vías de desarrollo, debe hacerse con muchísimo cuidado, ajustando el cambio a las condiciones internas del país y al marco regulatorio imperante en el mismo. La negociación de acuerdos comerciales debe estar precedida por medidas de reordenamiento interno, como la reducción del déficit público (sanear las finanzas públicas del país), la privatización de empresas del gobierno, la reducción de la deuda externa y la aplicación de un programa para eliminar la regulación excesiva, que impida el desarrollo del libre comercio, otorgando al mismo tiempo seguridad jurídica a los mexicanos.

En base a lo anterior, en 1989 se inició en México un programa de desregulación. A partir de esta fecha se han hecho innumerables modificaciones a leyes y reglamentos, a la vez que

³⁵ Ibid,p.11.

se han creado otras disposiciones normativas. Así por ejemplo, se modificó el artículo 27 Constitucional y se promulgó la nueva Ley Agraria, se promulgó la Ley Federal de Metrología y Normalización, se creó la nueva Ley de Pesca, se reformó la Ley General de Sociedades Mercantiles y se aprobó una Ley de Correduría Pública, entre otros muchos cambios.

Sin embargo, para este trabajo, lo más importante es la promulgación de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), cuyo objeto, de acuerdo al artículo 2º de dicho ordenamiento, es **"proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios"**³⁶. Esta nueva legislación en materia de competencia viene a sustituir a la vieja Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, con un espíritu totalmente distinto e indudablemente más acorde a las necesidades de un país en proceso de modernización. México pretende aprovechar las ventajas de la globalización mundial para sustentar su crecimiento económico, por lo que la promulgación de una ley como la LFCE se vuelve fundamental para garantizar el buen funcionamiento del mercado de bienes y servicios.

"Probablemente la reforma 'regulatoria' que mayor efecto tendrá en la política económica en el largo plazo será la expedición de la LFCE...Utilizamos las comillas alrededor de regulatoria porque en realidad la nueva legislación de competencia es mucho más que eso: un cambio fundamental de estrategia, el cual derivará en menores atribuciones al gobierno para regular"³⁷. Cada vez es más necesaria una política de competencia de acuerdo con las necesidades del desarrollo económico y con la tendencia a la integración del comercio internacional.

³⁶ Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992.

³⁷ Martínez, G. Desregulación Económica, FCE, México, 1994, p.295.

1.4.1.- Exposición de motivos:

En la exposición de motivos de la LFCE³⁸ se señala que en el Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, al cual ya nos referimos con anterioridad, se propone la modernización económica, para que a través del fomento de la competitividad productiva y de regulaciones económicas se mejoren las condiciones de vida de los mexicanos. Como se ha señalado anteriormente, en México se han dado muchísimos cambios en la política económica, fomentar la competencia y la libre concurrencia es complemento de los mismos.

La exposición de motivos de la LFCE, hace un análisis de la situación del país, destaca la importancia de una legislación de este tipo, se refiere a los costos del monopolio y a los beneficios de la competencia, para hacer por último, un breve análisis de las figuras que prevé la ley, así como del órgano encargado de aplicarla. La LFCE prohíbe los monopolios y estancos, así como las prácticas monopólicas que dañen o impidan la concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios. La premisa de una legislación de competencia es, por lo tanto, que los agentes económicos contribuyen mejor al bienestar social si son competitivos. La exposición de motivos de la LFCE se encarga de explicar porqué se sostiene esta premisa. Una situación de libre competencia implica la existencia de muchos compradores y muchos vendedores que demandan u ofrecen un bien o servicio determinado en el mercado, de tal forma que ninguno de estos agentes tiene un poder de mercado suficiente para afectar el precio del bien o servicio en cuestión, mediante la realización de una acción individual. Una situación monopólica extrema, por el contrario, implica la existencia de un productor o comprador único, que tiene un poder de mercado tal, que puede manipular el precio y la cantidad del bien o servicio de que se trate.

³⁸ Exposición de motivos de la Ley Federal de Competencia Económica, Presidencia de la República, México, 1993.

Por lo tanto, en un mercado monopolizado, la cantidad abastecida de un bien o servicio es menor que en un mercado en el que rigen la competencia y la libre concurrencia, además de que el precio es mayor o igual pero con productos de calidad inferior. En situaciones extremas, como la competencia perfecta y el monopolio, tenemos lo siguiente: en competencia perfecta se toman los precios como dados por el mercado, rigiéndose las ventas de un productor por la oferta que enfrenta, mientras que en una situación de monopolio, el monopolista no enfrenta ninguna oferta, los precios los fija él mismo, así como la cantidad a producir.

Una situación monopólica genera ineficiencias, ya que la sociedad pierde ingresos reales por su sola existencia. En una situación monopólica no se tienen incentivos para ser más eficientes porque el monopolio es el único que produce o compra un bien o servicio. Por lo mismo, tampoco existen incentivos de inversión, factor crucial del crecimiento económico.

La existencia de monopolios o situaciones monopólicas se atribuye muchas veces a la existencia de barreras de acceso a un mercado, sin embargo, no todas las barreras a la entrada son monopólicas. Las barreras de acceso, como lo señala la exposición de motivos, pueden deberse a ventajas tecnológicas, a la existencia de costos fijos, de gastos de transporte o a las habilidades empresariales. Este tipo de barreras no son monopólicas y tienden a desaparecer con los cambios tecnológicos, con el crecimiento económico y con la libre concurrencia de los agentes económicos. En ocasiones las barreras pueden traducirse en ventajas que favorecen la competencia. Las barreras que sí pueden clasificarse como monopólicas, son aquellas que no tienen ninguna justificación de eficiencia y que deliberadamente aumentan los costos de entrada al mercado para alejar a posibles competidores.

Otro de los puntos interesantes de la exposición de motivos se refiere a que la misma señala que la LFCE, en su artículo tercero transitorio, aboga la Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios de 1934, cuya exposición de motivos y contenido se ha analizado previamente, así como la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica de 1950. Esta última ley contenía un mecanismo de aplicación de controles a los precios y a la producción, que fueron de gran utilidad durante la política proteccionista. No obstante, su aplicación fue cada vez menor, conforme el mercado mexicano se fue liberalizando. En base a esto, al expedirse la LFCE, se reconoce que el mercado por sí mismo no siempre produce los mejores resultados y se advierte en razón de ello, la necesidad de desarrollar instrumentos de rectoría de la actividad económica, estableciendo un mecanismo para la imposición de precios máximos.³⁹

De esta forma, se aboga una ley que ya no era aplicable, y a la vez se rescata uno de sus mecanismos, adecuándolo al resto de los artículos de la nueva ley.

También se abogan, a través de la LFCE, la Ley de Industrias de Transformación de 1941 y la Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos de 1937. No obstante, la LFCE aclara que en lo que no se opongan a la presente ley, continuarán en vigor las disposiciones expedidas con base en los ordenamientos que se abrogan, hasta en tanto no se deroguen expresamente. De esta forma, por ejemplo, actualmente continúan expidiéndose acuerdos en base a decretos, que a su vez se expidieron en base a la Ley de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, que fijan los precios máximos para ciertos productos.

Los demás puntos que trata la exposición de motivos se irán comentando a lo largo de este trabajo, al adentrarnos en temas específicos, como son, las prácticas monopólicas absolutas y relativas, las concentraciones, la definición de mercado relevante, el concepto de poder

³⁹ Cfr, Exposición de motivos de la LFCE.

sustancial en el mismo, las labores que tiene a su cargo la Comisión Federal de Competencia y el procedimiento a seguir ante la misma.

CAPITULO 2:

Parte sustantiva de la LFCE

2.1- Objeto o finalidad de la LFCE

La LFCE, en su artículo 2º, señala que el objeto de la ley es **“proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios”**⁴⁰. Respecto a este artículo de la LFCE es aplicable el criterio de Cabanellas⁴¹ sobre la legislación argentina, a saber, que la finalidad de esta ley se centra en la tutela de un sistema de competencia, no definido en ella, cuyas características se ven limitadas por la estructura económica con que se enfrentan los organismos administrativos encargados de aplicarla.

Se parte del concepto de competencia, que la legislación no define, pero que en este artículo se equipara al **“funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios”**, lo cual sigue siendo aun bastante vago. Este tipo de legislaciones prohíben las conductas que se alejan del concepto de competencia, ya sea por disminuir la intensidad de determinados aspectos de la misma, o por constituir una forma de operación distinta. Las legislaciones extranjeras, como la Sherman Act y el Tratado de Roma, tampoco definen el concepto de competencia, ya que este concepto ha sido desarrollado más que nada por la teoría económica. Muchos economistas son los que se han dedicado al estudio de la competencia, y los abogados, en esta materia, han tenido que acudir a ellos o al estudio de la economía. Las razones de esto las encontramos al toparnos con una ley que **“protege la competencia”**,

⁴⁰ Op. cit. LFCE.

⁴¹ Cabanellas, G. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1983, p.249.

es decir, “un determinado modo de actuar en la vida económica⁴²”. La LFCE habla de restringir, disminuir, dañar o impedir la competencia, por lo que es necesario saber cómo es cuando no se restringe, disminuye, daña o impide. Asimismo, en la legislación de competencia, se describen conductas cuya determinación supone identificar sus consecuencias sobre actividades productivas, lo cual es sumamente difícil sin tener un conocimiento económico previo. Por lo tanto, la teoría económica es un elemento auxiliar del derecho de la competencia.

Al referirse a la palabra “competencia”, Cabanellas⁴³ señala que la misma, denota la presencia de más de un vendedor en un mercado, e identifica una condición de rivalidad entre ellos, la rivalidad “egoísta e independiente” de dos o más competidores. La teoría económica, define a la competencia como algo contrario al monopolio, en relación al poder de mercado poseído por los agentes económicos, e identifica factores determinantes de un mercado competitivo, como son: el número e importancia de los competidores, la dependencia o independencia entre ellos, las oportunidades de acceso al mercado, la libertad de elección entre distintos oferentes y demandantes, los incentivos para competir, etc. Más que una definición, para poder determinar si un mercado es o no competitivo, es necesario analizar este tipo de factores. Esto es lo que hace la LFCE y por esa razón, dentro de su articulado, no encontramos ninguna definición de competencia.

Los países con sistemas económicos basados en los principios del libre mercado, dan una gran importancia a la idea de competencia. ¿Por qué? Para encontrar la respuesta a esta pregunta es necesario entender el efecto que tiene la competencia en los mercados, lo cual supone meterse un poco en la teoría económica. De acuerdo a la teoría económica neoclásica, el beneficio de los consumidores se maximiza en condiciones de competencia

⁴² *Ibid.*, p. 29.

⁴³ *Ibid.*, p.251.

perfecta, porque bajo competencia perfecta, los recursos se asignan entre distintos bienes y servicios en las cantidades que los consumidores desean (sus deseos se expresan mediante los precios que están dispuestos a pagar en el mercado). Además, bajo condiciones de competencia perfecta, los bienes y servicios se producen a su menor costo posible, lo que implica que los recursos que gasta la sociedad, son también los menos posibles.

Condiciones de competencia perfecta implican la existencia, en cualquier mercado en particular, de: un gran número de compradores y vendedores, que producen bienes o servicios idénticos; consumidores que tienen información perfecta sobre el mercado; recursos que pueden trasladarse de un área económica a otra; la inexistencia de barreras a la entrada que puedan evitar el surgimiento de nueva competencia, así como la inexistencia de barreras a la salida, que atene a las empresas que desean salir del mercado.

Como es de esperarse, una estructura de mercado que satisfaga estas condiciones es prácticamente imposible. La competencia perfecta constituye un extremo al igual que el monopolio. Entre estos extremos existen posiciones intermedias impuestas por la realidad. Es por esto, que en la práctica, nos topamos con que la mayoría de las empresas venden productos mínimamente diferentes (lo cual rompe con el supuesto de bienes o servicios idénticos) a los productos de sus rivales, y que demandan un cierto grado de lealtad de los consumidores, lo cual implica que un aumento en el precio del bien o servicio en cuestión, no resulta necesariamente en una pérdida masiva de beneficios.

Por lo tanto, tenemos por un lado situaciones donde los productores gozan de cierto poder monopolístico, por la diferenciación de productos, y por el otro lado tenemos que la lealtad a ciertas marcas de bienes y servicios por parte de los consumidores no es eterna, por lo que cambiarán a otra marca si el precio de una aumenta considerablemente.

Tampoco es probable que se cumpla el supuesto de que los consumidores tienen información perfecta sobre el mercado, así como el supuesto de que todos los agentes económicos son racionales y que por lo mismo maximizan beneficios.

Otros problemas de la competencia perfecta son: el suponer que los costos se mantienen en un mínimo y el basarse en un modelo estático de comportamiento económico, que puede fallar al incorporar la naturaleza dinámica de los mercados y la forma en que operan en un determinado periodo de tiempo.

Del mismo modo en que la competencia perfecta es un caso puramente teórico, el monopolio en su forma más pura es rarísimo. Incluso una empresa que produce la totalidad de un producto que se ofrece en el mercado, se encontrará con que si aumenta el precio a un nivel demasiado alto, los consumidores se negarán a comprar su producto. La demanda de los consumidores no es infinitamente elástica. Además, para decidir si se está ante una situación de monopolio, es necesario tomar en cuenta hasta qué punto los consumidores consideran productos alternativos como sustitutos de los productos que normalmente compran.

En base a lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que el poder monopolístico no existe en relación a un producto, sino en relación al mercado relevante de un producto, ya que es mucho más frecuente la situación en la que una empresa domina un mercado sin tener un monopolio completo, que la situación de monopolio puro.

Otro punto a considerar en relación a la competencia perfecta, consiste en determinar si una situación de competencia perfecta ofrece a la sociedad la mejor política económica. Se señalan argumentos en contra, porque los argumentos a favor ya se han señalado:

a) En algunas industrias los bienes o servicios pueden producirse muy barato y el mercado para los mismos puede ser grande, de tal forma que no haya ninguna dificultad de que cada productor expanda su oferta hasta que los costos marginales sean iguales a los beneficios marginales. Sin embargo, este no es siempre el caso. Puede ser que se necesite una gran inversión de capital para producir ciertos bienes y que el tamaño del mercado sea pequeño en relación a los costos de producción. En algunos mercados solo pueden obtenerse utilidades si una sola empresa tiene el 25% o 30% del mercado. Puede incluso haber casos, donde la mínima escala eficiente para operar se obtiene si una empresa tiene el 50% del mercado. En estos casos, el monopolio se observa como una condición natural del mercado. Si la escala es algo tan importante en el mercado, resulta absurdo pretender obtener un nivel de competencia que podría destruir la eficiencia en el mismo. El problema de los monopolios naturales cuestiona la teoría de la competencia perfecta.

b) Puede ser que valores sociales o políticos lleven a la conclusión de que la competencia es inapropiada para sectores particulares de la economía.

c) En algunas circunstancias las restricciones a la competencia pueden tener resultados benéficos. Por ejemplo:

1.-Empresas a las que se les obliga a reducir sus costos al mínimo, pueden ahorrar en seguridad. Restringir la competencia en este caso, para no obligar a ciertas empresas a ahorrar en rubros socialmente deseables, podría tener un buen resultado.

2.-Dos o más empresas actuando conjuntamente y restringiendo la competencia entre ellas, pueden estar en condiciones de desarrollar nuevos productos o de producir bienes en una escala más eficiente, con beneficios para el público en general.

d) Generalmente se admite que en condiciones de competencia perfecta, las empresas harán innovaciones para mantener o atraer a más clientes. Sin embargo, muchas veces los gobiernos hacen que las empresas colaboren en vez de que compitan, cuando esto lleva a economías de escala y a una mayor investigación y desarrollo. En la práctica parece ser que los inventores, creadores, perfeccionadores, etc. requieren de cierta inmunidad respecto de

la competencia, para adentrarse en costosos proyectos tecnológicos. La Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial, implícitamente reconoce que en ciertas condiciones o circunstancias la competencia suprime las innovaciones.

Dados todos estos razonamientos, ¿es justificable la defensa de la competencia?

A pesar de las dudas que se tienen acerca de la competencia perfecta, existen suficientes argumentos para que exista una legislación que proteja a la competencia. Se ha comprobado que el monopolio reduce la producción y aumenta los precios, que hay más incentivos para producir eficientemente en un mercado competitivo, además de que la competencia proporciona al público consumidor mayores alternativas. Sin embargo, dado que es casi imposible y quizá poco deseable una situación de competencia perfecta, algunos autores sugieren una situación intermedia, a la que llaman "workable competition"⁴⁴, es decir, que reconocen las limitaciones de la teoría de la competencia perfecta, pero consideran beneficioso buscar el escenario más competitivo posible en la práctica, lo cual puede tener un efecto positivo en la conducta de los agentes económicos.

Si se acepta que esta forma de competencia es deseable, entonces se necesita de una ley designada a protegerla que, siguiendo el libro de Richard Whish⁴⁵, tenga cuatro objetivos fundamentales:

- a) Disuadir a los agentes económicos para que no celebren contratos, convenios, etc. que tengan el objeto o efecto de restringir la competencia, ya sea entre ellos o en relación a terceros.
- b) Controlar a los monopolios y a las empresas con una posición dominante en el mercado, para que no abusen de su posición e impidan la libre entrada a los mercados.

⁴⁴ Whish, R. Competition Law, Third Edition, Butterworths, London Edinburgh, 1993, p.10-11.

⁴⁵ *Ibid.*, p.10-17.

- c) Asegurar que se mantenga la "workable competition" en relación a industrias oligopólicas.
- d) Monitorear las concentraciones entre empresas independientes, cuyo efecto pueda ser concentrar el mercado y disminuir la competencia.

La LFCE cumple con estas características al referirse a las prácticas monopólicas absolutas, relativas y a las concentraciones. A continuación se explican cada una de estas figuras para entender a qué se refiere la LFCE cuando establece que el propósito u objeto de una legislación de este tipo es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados.

2.2.- Prácticas monopólicas absolutas:

El artículo 8° de la LFCE establece lo siguiente: **"Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios"**⁴⁶.

En este artículo de la ley, que establece una prohibición general, no se definen los conceptos prohibidos por la misma, a saber, los monopolios y estancos. Quizá una definición de los mismos ayudaría a comprender mejor este artículo que solo establece en términos generales que la prohibición de monopolios y estancos se refiere a que los mismos disminuyen, dañan o impiden la competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios. No obstante, como ya se ha señalado, se considera

⁴⁶ Op. cit. LFCE.

que esta ley más que ser una legislación anti-monopolios es una legislación pro-competencia. El monopolio y el estanco son solo dos formas poco frecuentes de restringir la competencia.

En relación con las prácticas que también se prohíben, debe aclararse que se trata de las prácticas monopólicas absolutas o relativas que la ley define en artículos posteriores.

Por lo tanto, después de hacer una prohibición general respecto a los monopolios, estancos y prácticas que disminuyen, dañan o impiden la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios, la LFCE distingue entre dos tipos de prácticas monopólicas, las absolutas y las relativas. A las prácticas absolutas se les conoce como prácticas horizontales porque se llevan a cabo entre agentes económicos que se encuentran en el mismo nivel de la cadena productiva, es decir, que se dan entre competidores. A las prácticas relativas, por el contrario, se les conoce con el nombre de verticales, ya que generalmente se dan entre agentes económicos que se encuentran en etapas contiguas de un proceso productivo.⁴⁷ Sin embargo, la mayor distinción entre ambas prácticas se relaciona con los calificativos de "absolutas" y de "relativas". Las prácticas monopólicas "absolutas" reciben este nombre porque se considera que sus efectos sobre el proceso de competencia son netamente negativos. En cambio, las prácticas monopólicas "relativas" reciben su nombre en virtud de que pueden tener efectos tanto pro como anti-competitivos.

⁴⁷ El que las prácticas monopólicas sean verticales, porque se dan entre agentes económicos que se encuentran en etapas contiguas del proceso productivo es discutible dada la redacción del artículo 10 de la LFCE. Este artículo únicamente en su primera fracción se refiere a una práctica monopólica relativa denominada "división vertical de mercados" que se lleva a cabo "entre agentes económicos que no sean competidores entre sí". Es decir, que la LFCE no señala para todas las prácticas monopólicas relativas, que las mismas deban darse entre agentes económicos no competidores entre sí. Puede ser que así se de en la práctica, pero el que las prácticas monopólicas relativas sean siempre verticales no se desprende del texto legal.

En la LFCE no se señala esta consideración, sino que la misma se limita a señalar en qué consiste cada una de las prácticas. Al referirse a ambas prácticas, la legislación de competencia adopta reglas estrictas para la identificación y sanción de las mismas. En lo tocante a las prácticas monopólicas absolutas, resalta una decisión importante en lo que a política de competencia se refiere. El legislador decide que las prácticas monopólicas absolutas sean condenadas automáticamente, esto es, que son "per se" ilegales, independientemente del efecto que puedan tener sobre el mercado relevante.

En E.U. la regla para clasificar a las prácticas monopólicas absolutas o "per se" no es tan estricta y tajante. En este país, durante los últimos veinte años⁴⁸, la Suprema Corte ha decidido que se permita a los tribunales, encargados de aplicar la legislación de competencia, realizar un análisis económico que tome en cuenta los efectos pro y anti-competitivos de las distintas prácticas, antes de decidir si una conducta es en sí misma restrictiva de la competencia y por lo mismo ilegal. La posibilidad que tienen los tribunales norteamericanos de decidir si una práctica monopólica debe juzgarse bajo la óptica de una práctica monopólica absoluta o relativa, se debe a que la Sherman Act, que establece solo principios generales, da pie a una gran discrecionalidad y posibilidad de interpretación. La Sherman Act en su primera sección se refiere a "actos y prácticas que restringen el intercambio y el comercio"⁴⁹. Como la formulación de esta primera sección es tan amplia, nunca se ha interpretado literalmente. Desde el caso "Standard Oil Co. vs. United States"⁵⁰, la Suprema Corte norteamericana decidió interpretar la Sherman Act de tal forma que solo se consideraran prohibidas aquellas restricciones al intercambio o al comercio que "sin razón justificada"⁵¹ restringieran la competencia.

⁴⁸ Véase García Rodríguez.

⁴⁹ Cfr, Sullivan, E.T y Harrison, J.L. Understanding Antitrust and its Economic Implications. Legal Text Series, Matthew Bender & Co. Editorial Offices, Estados Unidos, 1992.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ En inglés "unreasonably".

Las prácticas monopólicas que se consideran en sí mismas anti-competitivas, y que bajo el criterio de la LFCE se denominan “absolutas”, se piensa que restringen la competencia “irracional o ilógicamente”, por lo que necesitan ser evaluadas bajo una regla estricta. Esta regla de ilegalidad automática considera que una vez que se obtuvo una cierta cantidad de información sobre una práctica en el mercado, en el caso de la LFCE información suficiente para actualizar alguna de las fracciones del artículo 9º, la práctica puede ser condenada sin más investigación.

En E.U. no se encuadran, como en la LFCE, las conductas que se consideran como prácticas monopólicas absolutas y relativas, e incluso se considera que no es tan claro cuando se debe usar la regla de ilegalidad “per se” y cuando la regla llamada “rule of reason”⁵² que toma en cuenta los efectos pro y anti-competitivos de una conducta antes de tacharla de ilegal. En E.U., los tribunales han modificado continuamente los casos de aplicación de la regla “per se” y han llegado a afirmar⁵³ que es inapropiado aplicar la regla “per se” en relación a un acuerdo horizontal de fijación de precios, si el mismo puede justificarse bajo argumentos de eficiencia. Esta situación no puede darse en México, dada la clasificación estricta que adopta la LFCE.

La tendencia en E.U., por lo tanto, ha sido hacia no hacer divisiones tajantes entre una regla y otra, por lo que antes de etiquetar a una conducta como ilegal “per se”, se permite con bastante frecuencia un análisis de los efectos pro y anti-competitivos de la misma. La LFCE no permite justificaciones procompetitivas para dejar de sancionar una conducta que se ajusta a alguna de las hipótesis del artículo 9º.

⁵² Regla de la razón. Es importante explicar que lo que en México se considera como práctica monopólica absoluta es equivalente, en muchos casos, a lo que en E.U. denominan prácticas “per se” restrictivas de la competencia, y que lo que en la LFCE se define como prácticas monopólicas relativas, es equivalente, en muchas ocasiones, a las prácticas que requieren, en E.U., de una regla de la razón (“rule of reason”) para determinar sus efectos sobre la competencia.

⁵³ García Rodríguez, Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica . op. cit., p. 15.

2.2.1.- Diferentes tipos de prácticas monopólicas absolutas:

La LFCE en su artículo 9º señala qué conductas se consideran como prácticas monopólicas absolutas. Para identificar a cada una de estas prácticas se utiliza la nomenclatura de Castañeda, Levy, Martínez y Merino en el artículo "Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica"⁵⁴.

Antes de referirnos a las prácticas monopólicas absolutas, debe hacerse la aclaración de que generalmente al referirnos a "agentes económicos competidores entre sí", nos referimos a aquellas personas físicas y morales que producen, procesan, distribuyen o comercializan bienes o servicios idénticos, similares o sustitutos, entendiéndose por bienes o servicios sustitutos aquellos que satisfacen una misma necesidad. Asimismo, generalmente se acepta que los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí pueden ser expresos o tácitos, es decir, que el consentimiento en los mismos será expreso cuando se manifieste verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, y tácito, cuando resulte de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo en base a su conducta. Por lo tanto, cualquier contacto directo o indirecto entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea influenciar la conducta en el mercado de un competidor actual o potencial (o cambiar el sentido que hayan decidido adoptar o pretendan adoptar en el mercado), en detrimento de la competencia y libre concurrencia, debe considerarse violatorio de la LFCE.

⁵⁴ Castañeda, Levy, Martínez y Merino. Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica, documento elaborado como material de apoyo para la iniciativa de la ley, México, diciembre, 1992.

2.2.1.- Diferentes tipos de prácticas monopólicas absolutas:

La LFCE en su artículo 9º señala qué conductas se consideran como prácticas monopólicas absolutas. Para identificar a cada una de estas prácticas se utiliza la nomenclatura de Castañeda, Levy, Martínez y Merino en el artículo "Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica"⁵⁴.

Antes de referirnos a las prácticas monopólicas absolutas, debe hacerse la aclaración de que generalmente al referirnos a "agentes económicos competidores entre sí", nos referimos a aquellas personas físicas y morales que producen, procesan, distribuyen o comercializan bienes o servicios idénticos, similares o sustitutos, entendiéndose por bienes o servicios sustitutos aquellos que satisfacen una misma necesidad. Asimismo, generalmente se acepta que los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí pueden ser expresos o tácitos, es decir, que el consentimiento en los mismos será expreso cuando se manifieste verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, y tácito, cuando resulte de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo en base a su conducta. Por lo tanto, cualquier contacto directo o indirecto entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea influenciar la conducta en el mercado de un competidor actual o potencial (o cambiar el sentido que hayan decidido adoptar o pretendan adoptar en el mercado), en detrimento de la competencia y libre concurrencia, debe considerarse violatorio de la LFCE.

⁵⁴ Castañeda, Levy, Martínez y Merino. Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica, documento elaborado como material de apoyo para la iniciativa de la ley, México, diciembre, 1992.

2.2.1.1.- Acuerdos monopólicos:

Esta práctica monopólica absoluta se define en la primera fracción del artículo 9º de la LFCE como: **“los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos entre sí, cuyo objeto o efecto sea fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto”⁵⁵.**

A pesar que los agentes económicos son libres de cambiar sus precios, tomando en cuenta la conducta presente o futura de sus competidores, es contrario a las reglas de competencia, que estos agentes económicos cooperen con sus competidores para determinar el curso coordinado de acción en relación a la fijación, alza, concertación o manipulación del precio de mercado.

En relación a esta práctica monopólica es conveniente señalar que la LFCE se refiere a los contratos, convenios, arreglos o combinaciones cuyo “objeto o efecto” sea la fijación de precios. Por lo tanto, cualquier acuerdo, aunque no sea efectivo, que haya tenido por objeto fijar el precio de bienes y servicios, es violatorio de la LFCE. Lo anterior, en razón de que se considera que el “objeto o efecto” de cualquier fijación de precios es la eliminación de alguna forma de competencia, ya que el poder de fijar precios, implica un poder de control sobre el mercado aunque sea “potencial”. En base a estas consideraciones es que la fijación de precios se considera como una práctica monopólica absoluta, sin que sea necesario analizar los efectos pro o anti-competitivos de esta conducta. Es decir, que no importa si el precio fijado, manipulado, etc. es razonable o benéfico para el público en general o si el acuerdo para fijarlo es o no efectivo al momento de determinar si una conducta constituye una práctica monopólica absoluta de fijación de precios.

⁵⁵ Op. cit. LFCE.

En E.U. se ha discutido mucho acerca de si es necesario o no para considerar a un acuerdo de fijación de precios como ilegal "per se", que el mismo sea efectivo. Para resolver esta cuestión, los estudiosos de la materia se han hecho la siguiente pregunta: ¿Sólo se considera práctica absoluta o "per se" un acuerdo de fijación de precios si los agentes económicos que intervienen en él tienen poder de mercado para lograr que el acuerdo sea efectivo?

Antes de responder esta pregunta es necesario saber que si un agente económico no tiene poder de mercado no puede obtener el resultado clásico del monopolio, a saber, alza del precio por arriba del nivel donde se igualan oferta y demanda, así como una reducción de la cantidad producida. Al respecto, algunos autores señalan que si no se obtiene el resultado monopolístico descrito, no se trata de fijación de precios y por lo tanto, no se está frente a una práctica monopólica absoluta. El razonamiento que utilizan es el siguiente: sin poder de mercado cualquier acuerdo para aumentar el precio hará que los consumidores compren en otro lugar, además de que mayores precios sirven como un incentivo para atraer a nuevos competidores. Si estos nuevos competidores entran al mercado, aumenta la oferta y en consecuencia disminuyen los precios. Por lo tanto, si no se logra que los acuerdos de fijación de precios sean efectivos, porque el agente económico no tiene suficiente poder de mercado, no se puede hablar de práctica monopólica absoluta.

A pesar de la opinión de estos autores, el consenso general en materia de competencia es en el sentido de que independientemente de si se logró o no el objetivo del acuerdo, se puede ser culpable de conspirar aun cuando no se obtenga el resultado deseado. Por lo tanto, no se requiere de un análisis de mercado para determinar si una práctica de fijación de precios es anticompetitiva, es el objeto o el efecto el que se considera en sí mismo violatorio de la legislación de competencia.

Los acuerdos monopolísticos en general se suelen identificar con contratos, convenios, etc cuyo "objeto o efecto" es el alza de precios por parte de los oferentes de un bien o servicio.

Sin embargo, no hay que olvidar que la LFCE prevé también la hipótesis de una disminución concertada del precio. Esta práctica se da entre demandantes que compiten entre sí para obtener un precio determinado. En este caso, más que de tratarse de un acuerdo monopólico se trata de un acuerdo monopsónico⁵⁶.

Cabe destacar en relación a esta práctica absoluta, que la actuación gubernamental y las regulaciones administrativas no siempre imposibilitan la competencia, ya que en muchas ocasiones dejan abierta la posibilidad de competir en precios aunque en un rango menor (por ejemplo, al establecer precios máximos). Las regulaciones administrativas y la actuación gubernamental no constituyen excepciones al artículo 9º, fracción I de la LFCE, por lo que si en algún momento la actuación gubernamental actualiza alguna de las hipótesis legales que constituyen prácticas monopólicas absolutas, la misma estará sujeta a lo dispuesto por la LFCE.

Para entender mejor en qué consisten las prácticas monopólicas absolutas de fijación de precios, a continuación se señalan algunos ejemplos:

Estamos ante una práctica monopólica absoluta de este tipo, cuando los agentes económicos competidores entre sí:

- a) Se ponen de acuerdo para cobrar exactamente el mismo precio para un bien o servicio idéntico, similar o sustituto.
- b) Se adhieren a los precios de bienes o servicios de una lista publicada por una asociación o cámara.
- c) Se ponen de acuerdo para mantener una ganancia, sosteniendo los precios de bienes o servicios.
- d) Utilizan fórmulas idénticas para calcular los precios de los bienes o servicios.

⁵⁶ El caso de acuerdos monopsónicos no se analiza en la tesis, ya que se trata exactamente del caso opuesto al caso analizado.

e) Establecen descuentos uniformes de precios de bienes o servicios.

2.2.1.2.- Acuerdos de cartel:

Los acuerdos de cartel se definen en la segunda fracción del artículo 9° de la LFCE como: **“los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volúmen o frecuencia restringidos o limitados de servicios”⁵⁷.**

Esta práctica monopólica absoluta es análoga a la práctica monopólica absoluta de fijación de precios. Por lo tanto, el análisis de los acuerdos de fijación de precios es extendible al análisis de los acuerdos de cartel. Sin embargo, cabe hacer la distinción de que los acuerdos de cartel se hacen via cantidades y no via precios. En la práctica, generalmente se presentan junto con acuerdos de fijación de precios, por lo que en esos casos la combinación de prácticas actualiza dos de las fracciones de la legislación de competencia y no únicamente la concerniente a acuerdos de cartel o a acuerdos monopólicos.

2.2.1.3.- Acuerdos absolutos de división de mercados:

Los acuerdos absolutos de división de mercados se definen en la fracción tercera del artículo 9° de la LFCE como: **“los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea dividir, distribuir, asignar,**

⁵⁷ Op. cit. LFCE.

o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables”⁵⁸.

En relación a esta práctica monopólica absoluta se considera que se daña o impide la competencia y libre concurrencia, porque se limitan las posibilidades de entrada al mercado a competidores actuales o potenciales. Esto aísla a los agentes económicos de competencia externa y les da poder para manipular precios o cantidades de los bienes o servicios que ofrecen en el mercado. Al disminuir la competencia, no hay necesidad de disminuir los costos y de competir en precios. Se tiene poder monopólico.

Como se señala en la definición legal, la práctica absoluta se da mediante la división, distribución, asignación o imposición de:

a) Clientes:

Ejemplo: los agentes económicos competidores entre sí se dividen a los clientes y pactan no negociar con clientes asociados a otros competidores. Por clientes se entiende a toda persona física o moral que adquiere o pretende adquirir un bien o servicio en el mercado a un precio determinado.

b) Proveedores:

Ejemplo: se asigna el mercado al menudeo a un proveedor y el mercado al menudeo a otro proveedor. Por proveedor se entiende a toda persona física o moral que vende bienes o servicios a los agentes económicos competidores entre sí a un precio determinado y no a los consumidores en los mercados.

c) Tiempos:

Ejemplo: los mercados se pueden dividir entre los agentes económicos competidores entre sí a través de la fijación o concertación de tiempos. Es decir, que algunos ofrecen los bienes o

⁵⁸ *Ibid.*

servicios a horas, días, meses, años, estaciones o temporadas distintas a las de los demás competidores.

d) Espacios:

Los espacios se dividen, distribuyen, asignan o imponen geográficamente. Muchas veces la división de espacios se combina con acuerdos de fijación de precios.

La LFCE no considera expresamente la división de mercado por producto, pero quizá la misma se pueda encuadrar dentro de la práctica monopólica absoluta de división por espacios, ya que si (por ejemplo) los agentes competidores entre sí se ponen de acuerdo para vender sólo bienes complementarios de los productos ofrecidos en ese mercado y no bienes sustitutos, el acuerdo debe llevarse a cabo para un área determinada.

No debe confundirse esta práctica monopólica absoluta con la división vertical de mercados que se analizará más adelante, pues esta última puede tener efectos pro y anti-competitivos y por lo mismo se clasifica por la LFCE como práctica monopólica relativa, además ésta práctica se lleva a cabo entre agentes económicos no competidores entre sí.

En E.U., los acuerdos horizontales (es decir, los que se dan entre agentes económicos competidores entre sí) de división de mercados pueden estar sujetos tanto a una regla absoluta o "per se" como a una regla relativa o "de la razón"⁵⁹. Se considera que un acuerdo horizontal de división de mercados es ilegal "per se" si se trata de una restricción clara y evidente a la competencia y libre concurrencia; pero si el acuerdo está subordinado a un propósito legal, entonces existe la posibilidad de considerarla bajo la óptica de la regla de la razón. Por ejemplo: si el acuerdo facilita la productividad en la producción, y de esta forma se encuentra subordinado a un propósito u objeto deseable y lícito, se sujeta a la regla de la razón.

⁵⁹ Como se ha señalado con anterioridad, la LFCE únicamente permite la posibilidad de considerar "per se" o absolutas a este tipo de prácticas.

En E.U. se considera que muchas veces los acuerdos horizontales de división de mercados son deseables para evitar los problemas de "free riding"⁶⁰. Por lo tanto, son legales en E.U. las restricciones horizontales de este tipo, que reducen el problema de "free riding" y que promueven la eficiencia, siempre y cuando quien incurre en ellas no tenga poder de mercado.

La LFCE, no admite esta posibilidad y condena estas prácticas de entrada como absolutas sin admitir ninguna justificación de eficiencia.

Por otra parte, en E.U. se considera que para distinguir entre acuerdos que restringen clara y evidentemente el comercio de aquellos que están subordinados a un propósito deseable y lícito se necesita saber si el acuerdo forma parte de un negocio cooperativo cuyo propósito realmente es el de incrementar la productividad. Tratándose de acuerdos expresos, ya sean formales o informales, no hay problema para conocer este propósito "real", sin embargo, cuando no existe evidencia directa y se disputa la existencia de un acuerdo, se requiere de otros elementos indirectos o circunstanciales para inferir el mismo. Por lo tanto, se considera que los tribunales deben de presentar suficiente evidencia, de tal forma que la misma permita llegar a la conclusión de que la existencia de un acuerdo es más que menos probable⁶¹. La Suprema Corte estadounidense sostuvo que para inferir un acuerdo deben identificarse los siguientes factores:

- a) Que las acciones del presunto responsable constituyan una conducta totalmente novedosa dado su comportamiento anterior.
- b) Que el presunto responsable sepa que los demás presuntos responsables han sido requeridos para actuar en forma similar.
- c) Que el presunto responsable haya sido "invitado" a formar parte del presunto acuerdo.

⁶⁰ Un problema de "free riding" (del gorrón) es, por ejemplo, el que se da cuando una tienda grande gasta mucho en publicidad y otra tienda pequeña aprovecha, sin derecho, esta publicidad (evitando costos) y vende más barato.

⁶¹ Op. Cit. *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, p.123.

- d) Que el presunto responsable tenga un propósito lucrativo⁶² para actuar concertadamente.
- e) Que el presunto responsable actúe en forma dependiente⁶³.

2.2.1.4.- Manipulación de subastas públicas:

La manipulación de subastas públicas se prevé en la fracción IV del artículo 9º de la LFCE como: "los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas"⁶⁴.

Para entender mejor esta fracción deben hacerse las siguientes consideraciones:

Se establecen, concertan o coordinan posturas cuando, por ejemplo:

- a) Los agentes económicos competidores entre sí acuerdan postular ofertas muy altas o que por algún motivo no son aceptables, para garantizar que un postor determinado sea el ganador, cumpliendo así con el requisito (a veces impuesto) de un número mínimo de participantes.
- b) Los agentes económicos competidores entre sí participan en número suficiente y presentan sus posturas pero se turnan en ofrecer la más baja, de manera que todos obtengan ganancias.
- c) Los agentes económicos competidores entre sí se ponen de acuerdo en que alguno de ellos se abstenga de presentar su postura o de retirarla, para asegurar que un determinado postor sea el ganador.

⁶² En inglés "profit motive".

⁶³ Dependiente en el sentido de que la complicidad no le proporciona beneficios a ninguno de los presuntos responsables si algún otro no coopera.

⁶⁴ Op. cit, LFCE.

2.2.2.- Nulidad o inexistencia en relación al artículo 9º de la LFCE:

De acuerdo con el artículo 9º de la LFCE, los actos a que se refiere el mismo (prácticas monopólicas absolutas y relativas) "no producirán efectos jurídicos". Sin embargo, no se señala si esto se debe a la presencia de nulidad absoluta o de inexistencia.

Para que un acto sea inexistente, debe carecer de consentimiento, de objeto o de forma (si se trata de actos solemnes). En las prácticas monopólicas absolutas, es muy difícil que estemos frente a actos que carezcan de estos elementos. No se puede incurrir en una práctica monopólica si los agentes económicos competidores entre sí no celebran contratos, convenios, arreglos o combinaciones para fijar precios, cantidades, etc. en una forma clara e indubitable. Estos contratos, convenios, etc. tienen un objeto, ya que si no lo tuvieran, los agentes económicos no tendrían ningún incentivo a participar en ellos. Por lo que se refiere a la forma, la misma no debe considerarse en este caso como un elemento de existencia, ya que no estamos ante la presencia de actos solemnes. Por lo tanto, hasta este punto todo indica que no se trata de actos inexistentes sino de actos nulos. No obstante, el hecho de tratarse de actos nulos también presenta problemas.

En el Código Civil⁶⁵ se señala que el acto jurídico inexistente no producirá efecto legal alguno, mientras que los actos nulos absolutamente producen la totalidad de sus efectos, hasta que se declara la nulidad y los mismos se destruyen retroactivamente. En la LFCE, el texto del artículo 9º únicamente señala "no producirán efectos jurídicos", por lo que parece que el texto legal se refiere en este sentido a la inexistencia y no a la nulidad absoluta de los mismos.

⁶⁵ Artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Ediciones Delma, México, 1994.

Por otra parte, la nulidad y la inexistencia tienen características comunes. Ambas pueden invocarse por cualquier interesado y no desaparecen por la confirmación del acto ni por prescripción.

Como estas similitudes no aclaran el problema, es importante analizar las diferencias entre inexistencia y nulidad absoluta, para poder llegar a una conclusión en relación al artículo 9º de la LFCE.

Una diferencia importante, es que la inexistencia tiene su origen en la falta de consentimiento, de objeto o de forma (si se trata de actos formales), mientras que la nulidad absoluta tiene su origen en la violación de una norma de orden público. En este sentido es más pertinente, por lo señalado anteriormente y porque la prohibición de monopolios y prácticas monopólicas se encuentra plasmada en una norma de orden público, considerar que el artículo mencionado se refiere a la nulidad absoluta.

Otro punto a tomar en cuenta es que en ningún lugar del Código Civil se señala que la inexistencia deba ser declarada judicialmente para no producir efectos jurídicos. Tratándose de nulidad absoluta, para destruir retroactivamente los efectos que produce el acto, la misma sí debe ser declarada judicialmente. Sin embargo, como tanto la nulidad absoluta como la inexistencia pueden invocarse por cualquier interesado, se puede concluir que la inexistencia también requiere de declaración judicial a petición de parte.

En base a esto, es pertinente considerar que el artículo 9º se refiere a nulidad absoluta y no a inexistencia.

Por lo tanto, cuando se incurre en alguna de las prácticas monopólicas absolutas previstas en la LFCE, en virtud de una resolución que así lo declare por parte de la Comisión Federal de Competencia, los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones celebrados por los agentes económicos competidores entre sí que hayan incurrido en las prácticas mencionadas,

serán nulos absolutamente y sus efectos se retrotraerán al momento de emitida la resolución de la Comisión.

2.3.- Definición de mercado relevante:

Para poder entender en qué consiste una práctica monopólica relativa o una concentración, primero se requiere analizar dos conceptos fundamentales para su especificación o determinación, la definición de mercado relevante y el concepto de poder sustancial sobre el mismo. Por esto, antes de explicar las prácticas monopólicas relativas y las concentraciones se analizan estos dos conceptos.

Para determinar si una práctica relativa o concentración es violatoria de la LFCE debe comprobarse en primer lugar que la misma se realiza respecto de bienes y servicios que corresponden a un mercado relevante específico (artículo 11 de la LFCE). Los criterios para la determinación de ese “mercado relevante” se encuentran en el artículo 12 de la LFCE.

Determinar el mercado relevante reviste particular importancia, pues a partir de su especificación se puede analizar si la práctica monopólica relativa o concentración efectivamente tiene un impacto dañino sobre el proceso de competencia y libre concurrencia. Los criterios fundamentales para especificar el mercado relevante son los mismos en casi todo el mundo y se refieren principalmente del lado de la demanda, a la posibilidad de sustituir bienes o servicios, y del lado de la oferta, al potencial de asegurar la misma en los mercados de bienes y servicios.

De acuerdo con García Rodríguez⁶⁶, la determinación del mercado relevante se puede definir como la delimitación de las líneas geográficas y del producto en relación a ciertos bienes específicos, respecto a los cuales, oferentes y demandantes, interaccionan para fijar precio y cantidad.

El mercado relevante tiene dos dimensiones:

- a) El mercado relevante del producto, que describe los bienes y servicios que constituyen el mercado relevante; y
- b) El mercado relevante geográfico, que describe el lugar donde un bien o servicio se produce o se ofrece.

2.3.1.- Mercado relevante del producto:

El propósito de analizar el mercado relevante del producto, es localizar todos los sustitutos de los bienes o servicios ofrecidos por el agente económico, cuya actuación se analiza en el mercado, a los consumidores. Los bienes o servicios que los consumidores consideran sustitutos, generalmente pertenecen al mismo mercado relevante.

Para identificar a los bienes y servicios sustitutos se necesita determinar cuáles son los bienes que el consumidor rechaza al hacer sus decisiones de consumo, pero que hubiera comprado si su precio hubiera sido un poco más bajo (nos referimos por lo tanto, a bienes y servicios que se encuentran en el margen).

Teóricamente un bien o servicio sustituto se detecta o se identifica cuando aumenta el precio de un bien o servicio que normalmente adquiere el consumidor. Si el aumento en el precio del bien o servicio que normalmente se adquiere es pequeño pero significativo y no

⁶⁶ Op. cit, García Rodríguez, Estudios en torno a la LFCE, p.27.

transitorio, el consumidor posiblemente dejará de adquirirlo y preferirá adquirir un bien sustituto. Ejemplo: un aumento pequeño pero significativo en el precio de la mantequilla por un periodo de tiempo no transitorio, que genera como respuesta que los consumidores decidan comprar margarina, indica que ambos productos, la mantequilla y la margarina son sustitutos y por lo tanto, se encuentran en el mismo mercado relevante del producto. Claro que las respuestas nunca son tan claras, generalmente algunos consumidores reaccionan al cambio en precio y otros no. En la práctica, para observar estas reacciones se requiere de mucha información y de mucho tiempo.

Para encontrar sustitutos importantes de un producto, se requiere saber lo siguiente:

- a) Si el producto ofrecido por el agente económico en cuestión compite con otros productos.
- b) Si productos competidores limitan la posibilidad del agente económico para aumentar sus precios o para restringir su producción.

Si la definición del mercado relevante del producto es demasiado restringida, la posibilidad de afectar precio y cantidad por parte del agente económico que actúa en el mismo puede sobreestimarse, mientras que si la definición es demasiado amplia e incluye a productos no sustitutos, el poder de mercado del agente económico puede subestimarse. Esto último, porque los productos que se incluyen en la definición del mercado relevante sólo tienen un impacto pequeño o insignificante sobre el nivel de precios del agente económico. Es decir, que si en la definición de mercado relevante del producto se incluyen bienes o servicios que no son sustitutos, esta inclusión puede causar imprecisiones al medir el impacto que la conducta de un agente económico tiene sobre el mercado.

La regla para incluir un determinado producto en el mercado relevante se determina por la elasticidad cruzada del mismo en relación a otros productos. Para entender lo que esto significa, se requiere explicar primero qué se entiende por "elasticidad".

La elasticidad⁶⁷ se define como el cambio porcentual en una variable dependiente que resulta del cambio en una variable independiente, manteniendo todo lo demás constante. Es decir, que la elasticidad mide el grado de respuesta de una variable (por ejemplo, cantidad demandada) cuando otra variable (por ejemplo el precio o el ingreso) cambia. La primera variable se llama dependiente porque reacciona a cambios de otras variables a las que se llama independientes. En el caso de la elasticidad cruzada, la misma se define como el cambio porcentual en la cantidad demandada de un bien debido u ocasionado por un cambio porcentual en el precio de otro bien, ya sea sustituto o complemento, manteniendo todo lo demás constante. Ejemplo: si consideramos que el café y el té son bienes sustitutos, un aumento en el precio del café seguramente traerá como consecuencia un aumento en la cantidad demandada de té y una disminución en la cantidad demandada de café. Por otra parte, si consideramos que el café y el azúcar son bienes complementarios un aumento en el precio del café tendrá como consecuencia una disminución de la cantidad demandada de azúcar.

Por lo tanto, sabemos que tratándose de bienes sustitutos, la elasticidad cruzada de la demanda es positiva, mientras que en el caso de bienes o servicios complementarios es negativa. Si no hay reacción o respuesta de una variable frente a otra, estamos ante la presencia de bienes que no son ni sustitutos ni complementos y su elasticidad cruzada será cercana a cero⁶⁸.

⁶⁷ Cfr. Call y Hollahan. Microeconomía, Grupo Editorial Iberoamérica, México, 1985.

⁶⁸ Variable dependiente = Variables independientes
 $X = f(P_x, I, P_y, \dots)$

Donde X= cantidad demandada del bien X

P_x= Precio del bien X

I= Ingreso

P_y= precio del bien Y, sustituto o complemento del bien X

Un producto se incluye en el mercado relevante del bien o servicio respecto al cual presuntamente se realizan las prácticas monopólicas relativas, si su elasticidad de demanda cruzada es positiva. Si los consumidores deciden comprar bienes sustitutos en respuesta a un cambio pequeño pero significativo del precio, o si nuevos productores empiezan a ofrecer ese producto, entonces la definición de mercado relevante debe incluir tanto la respuesta de la demanda a un cambio en precios (reacción o respuesta de los consumidores), como la respuesta de la oferta al cambio en precios.

El tomar en cuenta la elasticidad cruzada de la demanda presenta un problema de grado. ¿Qué grado de respuesta debe incluirse en la definición del mercado relevante? ¿Los bienes o servicios deben ser perfectos sustitutos? ¿Pueden ser sustitutos imperfectos? ¿Cuáles son los bienes o servicios que sí deben incluirse y cuáles son los que no? Esto se tendrá que analizar caso por caso, ya que no existen criterios aplicables en general.

De acuerdo con García Rodríguez⁶⁹, en E.U. se utiliza un grado de respuesta de 5%, que aunque resulta arbitrario puede ser un criterio confiable. Otros criterios que se siguen en este tipo de análisis y que han sido implementados por el Departamento de Justicia de E.U. y por la "FTC"⁷⁰ son: la percepción de la "sustituibilidad" de un bien o servicio por parte del consumidor; los movimientos en el precio a lo largo del tiempo de los productos sujetos a análisis; las diferencias o similitudes físicas del producto; el uso de los mismos y las percepciones de los productores en relación a la "sustituibilidad" de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

⁶⁹ Op. Cit. García Rodríguez, Estudios en torno a la LFCE, p.33.

⁷⁰ Federal Trade Commission.

Generalmente, como se carece de datos para calcular con precisión la elasticidad cruzada, o este cálculo requiere de mucho tiempo, para determinar el mercado relevante del producto⁷¹ se hacen encuestas a una variedad de agentes económicos. De esta forma, se obtiene la información necesaria para poder hacer inferencias correctas acerca del mercado relevante del producto en cuestión. Algunas de las preguntas que se les hace son las siguientes: ¿Qué bienes para x uso compra Usted? ¿Qué marca? ¿Qué marca compraba anteriormente? ¿Por qué cambió de bienes o de marca? ¿Qué otros bienes ha considerado adquirir para satisfacer esa misma necesidad? ¿Por qué no lo ha comprado? ¿Qué factores toma en cuenta para decidir qué producto y qué marca comprar?

Existen otros criterios para ahorrar tiempo en la investigación y sanción de prácticas monopólicas que se han elaborado en E.U. Se ha considerado que para incluir a ciertos bienes o servicios dentro de la definición de mercado relevante de un producto, los mismos deben:

- a) Ser físicamente similares
- b) Tener precios similares

Obviamente seguir estrictamente estos criterios puede llevar a errores. El más frecuente de ellos se da cuando un producto de baja calidad y bajo precio en realidad sí es sustituto de otro producto de alta calidad y alto precio, y en razón de este criterio que requiere similitud en precio y en apariencia, queda fuera del mercado relevante.

⁷¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Committee on Competition Law and Policy. The ABCs of Antitrust Analysis, noviembre, 1992, p.6.

2.3.2.- Mercado geográfico relevante:

La definición del mercado relevante geográfico consiste en determinar la extensión geográfica de un mercado. El mercado relevante geográfico puede estar formado por el territorio de un país, por un grupo de Estados, por un área determinada o por todo el mundo. Geográficamente un mercado se define como aquel espacio en el cual se ofrecen ciertos bienes o servicios que los consumidores pueden adquirir a un precio determinado. Si los consumidores consideran que un producto que se vende en una zona es sustituto de un producto que se vende en otra zona, entonces ambas zonas pertenecen al mismo mercado relevante geográfico.

Obviamente para definir la extensión geográfica de un mercado, también se requiere del examen de varios elementos. Por ejemplo, para decidir si distintas áreas pertenecen a un mismo mercado relevante, se requiere de un estudio de los diferenciales de precios para todas ellas. Si un cambio en precios en un área tiene efecto en el precio de otra, ambas áreas deben incluirse en la definición de mercado relevante. Asimismo, deben considerarse los patrones de venta del bien o servicio en las distintas áreas, los costos de transporte y la práctica industrial imperante en cada región.

Si los bienes o servicios se venden en todo el territorio de un país y los costos de transporte no son muy altos, generalmente se define a todo el país como el mercado relevante geográfico. Por el contrario, si los bienes o servicios se ofrecen en un área pequeña y los consumidores no tienen acceso a otras fuentes de abasto, el mercado geográfico queda definido por esa área determinada.

2.3.3.- Mercado relevante en la LFCE:

Tomando en cuenta los criterios anteriores para definir al mercado relevante, a continuación se procede a hacer un análisis de las distintas fracciones del artículo 12 de la LFCE.

Artículo 12: “Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios: Fracción I: “Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en que medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución.”⁷²”

En relación con esta primera fracción, debe entenderse que la oferta en el mercado relevante se forma de la producción nacional menos exportaciones más las importaciones de los bienes y servicios de que se trate. En base a esta oferta, debe analizarse la posibilidad de sustituir el bien o servicio por otros similares.

Para poder identificar bienes sustitutos o bienes que satisfacen una misma necesidad, es importante considerar tanto el lado de la demanda como el lado de la oferta. Así lo hace esta primera fracción.

El lado de la demanda se toma en cuenta al establecerse que debe considerarse “la medida en que los consumidores cuentan con sustitutos” y “el tiempo requerido para tal sustitución”. Como ya se señaló con anterioridad, la posibilidad de sustitución se mide haciendo cálculos de la elasticidad de demanda cruzada entre dos bienes o servicios o haciendo encuestas. La primera técnica es la más importante por lo que destacamos sus ventajas y desventajas. Las ventajas son que se analizan las reacciones de los consumidores respecto a lo que sucede en

⁷² Op. cit. LFCE.

los mercados y las desventajas son que muchas veces no existe información suficiente y se puede llegar a resultados sesgados. Además, al hacer cálculos de elasticidad de demanda cruzada se está partiendo de un supuesto muy importante, a saber, que el ingreso de los consumidores, así como los demás determinantes de la demanda, permanecen constantes. Es necesario, por esta razón, contar con criterios alternativos como podrían ser las características físicas del bien o servicio, su precio y su uso.

El "tiempo para la sustitución" se toma en cuenta en esta fracción, pero no se establecen parámetros. En otras legislaciones de competencia, como la de la Comunidad Económica Europea⁷³ se aconseja tomar un tiempo corto para verificar la sustitución. La razón que se da para ello es que un periodo corto corresponde más al tiempo operativo económico, durante el cual un agente económico puede ejercer su poder de mercado. Sin embargo, muchas veces la sustitución se da en un periodo largo de tiempo, ya que los consumidores deben ajustar sus preferencias o cambiar sus hábitos de consumo. Quizá por este problema, la LFCE no establece nada respecto a como debe medirse el tiempo para la sustitución.

El lado de la oferta se toma en cuenta al hacer referencia a las "posibilidades tecnológicas". Esto es importante en el sentido de que los agentes económicos pueden encontrarse en la posición de adaptar su producción para poder ofrecer un producto igual o similar a aquel que pretenden sustituir, en base a sus condiciones tecnológicas.

En resumen, para identificar bienes sustitutos se requiere analizar:

- a) Las características físicas de los bienes y servicios.
- b) El precio de los distintos bienes y servicios.
- c) El uso de los bienes y servicios.

⁷³ Véase Op. Cit. Richard Wish.

d) La elasticidad de demanda cruzada entre los distintos bienes y servicios.

Fracción II: “Los costos de distribución del bien mismo, de sus insumos relevantes, de sus complementos y de sustitutos de otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones”⁷⁴.

Los costos de distribución del bien o servicio, y los de sus insumos relevantes, así como los costos de distribución de los bienes o servicios sustitutos o complementarios influyen en la oferta y en el precio del bien o servicio en cuestión. Esto hace que los oferentes de un bien o servicio enfrenten demandas distintas, dependiendo de los cambios en precio de los bienes o servicios sustitutos o complementarios.

Al igual que en la fracción I, en esta fracción debe hacerse énfasis en que la competencia a la que se enfrenta un bien o servicio se conforma por bienes o servicios similares, ya sea que provengan de otras regiones o del extranjero. Por lo tanto, deben considerarse las importaciones y restarse las exportaciones, ya que éstas últimas no son parte de la oferta nacional.

Los fletes, seguros, aranceles, restricciones no arancelarias, restricciones impuestas por agentes económicos o por sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado, son importantes para saber cómo se conforma la estructura de costos que enfrentan los productores de bienes o servicios de consumo final o de insumos, para poder hacer llegar su producto a los consumidores. Estos costos afectan la oferta y por lo mismo, el precio del bien o servicio.

⁷⁴ Op. cit. LFCE.

Por otra parte, para determinar si dos productos similares forman parte del mismo mercado se requiere analizar las diferencias en sus precios. Al hacer este análisis no es apropiado considerar diferencias absolutas en precios, ya que las mismas pueden existir por razones de diferencia en calidad. Es más apropiado tomar en cuenta los cambios en precios relativos, para encontrar evidencia de "sustituibilidad" del lado de la oferta. Así, por ejemplo, si los precios de dos marcas distintas de un mismo bien o de bienes similares se mueven paralelamente, tenemos evidencia de "sustituibilidad" entre ellos.

Las restricciones que afecten los costos de distribución, pueden constituir barreras a la entrada de ciertos productos a una determinada región, lo cual, restringe la definición geográfica del mercado relevante. Asimismo, los costos de transporte son un factor importante pues algunos bienes o servicios son tan caros de transportar en relación a su valor, que no sería eficiente ofrecerlos en mercados alejados

Fracción III: "Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios para acudir a otros mercados"⁷⁵.

Esta fracción parece similar a la anterior, sin embargo es distinta porque estamos nuevamente del lado de la demanda y la segunda fracción se refería a la oferta.

Ahora tenemos que si los consumidores enfrentan un costo demasiado alto para acudir a otro mercado donde se ofrece el bien o servicio que les interesa, no acudirán (aunque el precio sea menor en este mercado lejano que en el mercado cercano), y el mercado relevante se reducirá al mercado al que tienen acceso los consumidores.

⁷⁵ Ibid.

En lo que se refiere a las probabilidades para acudir a otro mercado, las mismas son difíciles de calcular, porque se necesita de mucha información sobre los consumidores. Sin embargo, las probabilidades constituyen un indicador importante. Si existe una probabilidad alta de acudir a otros mercados, la definición de mercado relevante se amplía, aun cuando en la práctica el consumidor no ejerce esa posibilidad.

Por otra parte, los costos y las probabilidades, nos indican si se trata de un mismo mercado o de mercados separados.

En los casos en que es posible definir las distintas categorías de consumidores, también es posible separar los distintos mercados. Esto se debe a que no todos los consumidores enfrentan los mismos costos ni las mismas probabilidades para acudir a un mercado. Así por ejemplo, el alza en el precio de un producto puede afectar a todos los consumidores, pero a unos les afectará más que a otros, por lo que los costos y las probabilidades de adquirir el bien serán distintas para cada uno. Definir categorías de consumidores, significa separar mercados y por lo mismo definir mejor el mercado relevante en cuestión.

En resumen, esta fracción nos ayuda a decidir si los bienes y servicios de un mercado enfrentan competencia importante por parte de los productos ofrecidos en otras regiones, y a determinar si dos o más regiones forman parte del mismo mercado.

Fracción IV: " Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limitan el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de proveedores a clientes alternativos"⁷⁶.

Esta fracción está muy relacionada con las anteriores, a diferencia de que ahora las restricciones no son impuestas por los agentes económicos, por sus asociaciones o por las características y posibilidades de los distintos consumidores, sino por cuestiones normativas.

⁷⁶ Ibid.

Dependiendo del bien o servicio de que se trate, existen normas federales, locales o internacionales que impiden o disminuyen la posibilidad de los consumidores para adquirirlos. Si por ejemplo, existe una norma que impone requisitos difíciles de cumplir para ofrecer un bien o servicio en un determinado mercado, los consumidores que acuden a ese mercado no tendrán acceso a ese bien o servicio, aun cuando tengan capacidad para adquirirlo. La oferta en este caso estará limitada y por lo mismo también la definición de mercado relevante, pues mercados con restricciones pueden ser eliminados de la definición de mercado relevante. En la medida en que los productores enfrentan restricciones en el intercambio, el mercado relevante se ve afectado por las mismas y su definición puede variar.

En esta fracción también entran los mercados definidos legalmente. Por ejemplo, al imponer que únicamente sea una institución específica la que proporcione ciertos servicios. Las restricciones normativas facilitan que un bien o servicio sólo se ofrezca en una zona determinada, restringiendo así la definición del mercado relevante.

2.4.- Poder sustancial en el mercado relevante:

Tener poder sustancial sobre el mercado relevante es un requisito necesario para que los agentes económicos incurran en una práctica monopólica relativa o en una concentración. García Rodríguez⁷⁷ define al poder sustancial sobre el mercado relevante como la capacidad de llevar a cabo actividades anti-competitivas sin sufrir consecuencias económicas. Por ejemplo, cuando un agente económico puede aumentar el precio o restringir su producción, sin sufrir ninguna pérdida en sus ventas.

⁷⁷ Véase Op. Cit. García Rodríguez, Estudios en torno a la LFCE.

Al analizar el poder sustancial sobre un mercado surge inmediatamente la siguiente pregunta: ¿Qué nivel de poder sobre el mercado es o puede llegar a ser excesivo de tal forma que su ejercicio restrinja o dañe la competencia? Para responder a esta pregunta debemos analizar cuidadosamente la LFCE, ya que la misma establece cuándo el poder de mercado se puede calificar de sustancial.

Los agentes económicos no incurren en una violación a la LFCE por el sólo hecho de mantener una posición importante en el mercado. Si este fuera el caso, ningún agente económico tendría incentivos para crecer y ofrecer ventajas al público consumidor, disminuyendo sus costos y sus precios. Todo agente económico competitivo desea acaparar un mayor porcentaje del mercado en el que se ofrecen sus bienes y servicios.

¿Cómo se evalúa el poder de mercado?

Generalmente se examinan los siguientes elementos que la LFCE incluye en el artículo 13, esto es:

a) “La participación del agente económico presuntamente responsable de la comisión de una práctica monopólica relativa en el mercado relevante y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.”⁷⁸

Si una empresa tiene una participación muy pequeña en el mercado entonces se presume que no tiene poder sustancial en el mismo. Si por el contrario tiene una participación grande en el mercado, entonces se procede a analizar otros elementos como son la existencia de barreras a la entrada, etc.

La participación en el mercado puede medirse de distintas maneras, dependiendo de la información disponible. La LFCE no fija una participación determinada en el mercado como

⁷⁸ Op. cit. LFCE:

violatoria de la legislación de competencia, lo cual constituye un hecho importante ya que el porcentaje de participación de un agente económico en el mercado, no es suficiente para incurrir en una violación a la LFCE.

Cuando los productos en un mercado son homogéneos, entonces generalmente son las ventas por unidad las que determinan la participación en el mercado. En cambio, cuando los productos no son homogéneos, la participación en el mercado se mide por el valor de las ventas del agente económico.

b) “La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores.”⁷⁹

El tamaño de las barreras a la entrada de un mercado indica el nivel de competencia que un agente económico deja de enfrentar de competidores potenciales. Si las barreras a la entrada son pequeñas, de tal forma que los agentes económicos dentro del mercado pueden enfrentar competencia al aumentar sus precios anti-competitivamente, entonces incluso empresas con una gran participación en el mercado no pueden ejercer un poder sustancial sobre el mercado relevante. En cambio, si las barreras a la entrada son altas, los agentes económicos están protegidos de la competencia potencial proveniente de otros agentes económicos.

Si no existen barreras a la entrada del mercado, incluso una empresa con una gran participación en el mercado no puede tener poder monopólico. Esto se debe a que la libre entrada al mercado impide una actuación anti-competitiva. Por ejemplo: Una empresa que tiene una gran participación en el mercado aumenta sus precios anti-competitivamente y obtiene ganancias extranormales. Estas ganancias atraen a otros agentes económicos que deciden entrar al mercado y que efectivamente entran puesto que no existen barreras a la

⁷⁹ Ibid.

entrada. Al aumentar la oferta el precio del producto tiende a disminuir y todos los participantes del mercado obtienen ganancias normales.

Algunos ejemplos de barreras a la entrada son los siguientes:

- 1) Regulaciones gubernamentales, que pueden limitar expresamente la entrada al mercado o que pueden hacer que la misma resulte sumamente costosa.
- 2) Acuerdos de exclusividad con proveedores, de tal forma que quienes deseen entrar al mercado no tengan acceso a insumos.
- 3) Existencia de altos costos para los consumidores al cambiar de un productor a otro.
- 4) Reputación de un producto, sobretodo cuando los consumidores no pueden verificar la calidad del mismo.

c) “La existencia y poder de sus competidores.”⁸⁰

La respuesta de los competidores puede limitar el poder sustancial sobre el mercado relevante de un agente económico. Si los competidores están en posibilidades de responder de una forma rápida, sustancial y poco costosa a la conducta anti-competitiva de un agente económico, entonces dicho agente económico no puede tener poder sustancial sobre el mercado relevante.

Es importante hacer notar nuevamente que tener “poder sustancial sobre el mercado relevante” no es en sí mismo anti-competitivo ni violatorio de las disposiciones de la LFCE. El poder sustancial sobre el mercado relevante es violatorio de la LFCE si gracias al mismo se incurre en prácticas monopólicas relativas que dañen o restrinjan el proceso de competencia y libre concurrencia.

⁸⁰ Ibid.

d) “Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos:”⁸¹

Si los agentes económicos tienen posibilidades de adquirir los insumos necesarios para la fabricación de sus productos, entonces no existen barreras a la entrada del mercado del insumo y por lo mismo es más difícil que algún agente económico tenga poder sustancial sobre el mercado relevante del producto. Como la posibilidad de los agentes económicos y de sus competidores a fuentes de insumo es en realidad una forma de barrera a la entrada, el análisis presentado en el inciso b) es extendible a este inciso.

e) “Su comportamiento reciente:”⁸²

El comportamiento reciente de los agentes económicos es un indicativo del poder sustancial que los mismos pueden tener sobre el mercado relevante. Para analizar el comportamiento reciente de los agentes económicos se pueden observar sus precios, el nivel de sus ventas, la cantidad producida de los productos que ofrece al público, la publicidad que lleva a cabo, la presentación de sus productos, el territorio en el que los mismos se ofrecen, la competencia que enfrentan, etc.

f) “Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de la LFCE:”⁸³

Aunque todavía no se expide el reglamento de la LFCE, quizá alguno de esos “demás criterios” puedan ser la comprobación del daño que sufren los agentes económicos afectados y la existencia de ganancias fuera de lo normal por parte de ciertos agentes económicos. El daño de ciertos agentes económicos puede medir el poder monopólico de quienes lo causan o provocan. Asimismo, la existencia de ganancias extranormales puede ser indicativa del

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

poder de un agente económico, puesto que las mismas sólo son posibles en la medida en que se ejerce poder monopolístico.

2.5.- Prácticas monopólicas relativas:

Las prácticas monopólicas relativas, son aquellas que pueden tener tanto efectos procompetitivos como efectos anticompetitivos. En base a esto, como ya se señaló, se requiere analizar si el presunto responsable tiene poder sustancial en el mercado relevante y si la práctica se realiza respecto de bienes o servicios que corresponden a dicho mercado.

Las prácticas relativas que considera la LFCE son la división vertical de mercados, las restricciones de precio de reventa o de venta del producto final, las ventas atadas, la obligación de trato exclusivo, la denegación de trato, el boycott vertical y en general todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios. Por lo tanto, se consideran ciertas prácticas monopólicas relativas ya conocidas y se agrega una última fracción, donde cabe cualquier práctica anticompetitiva. De esta forma la ley propone otorgar cierta discrecionalidad a la autoridad para perseguir en general todo acto anticompetitivo, aun cuando el mismo no se encuentre perfectamente bien especificado en la ley.

2.5.1.- Diferentes tipos de prácticas monopólicas relativas:

La LFCE propone considerar prácticas monopólicas relativas a las conductas que se establecen en su artículo 10, siempre y cuando las mismas, aparte de actualizar lo concerniente al mercado relevante y al poder sustancial sobre el mismo, tengan como objeto o efecto desplazar indebidamente a agentes económicos del mercado, impedirles sustancialmente el acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas.

Para identificar cada una de las prácticas monopólicas se sigue la clasificación propuesta por Castañeda, Levy, Martínez y Merino en el artículo "Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica."⁸⁴

2.5.1.1.- División vertical de mercados:

La práctica monopólica relativa de división vertical de mercados se establece en la fracción I del artículo 10 de la LFCE como: "Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable."⁸⁵

Un agente económico puede impedir la reventa u otro tipo de movilidad de sus productos entre regiones del mercado para limitar la competencia entre sus distribuidores. No obstante, en la medida en que existen bienes sustitutos, estas restricciones tienden a perder su eficacia como estrategias monopólicas.⁸⁶

Así por ejemplo, un productor de un bien determinado puede garantizar a sus vendedores territorios exclusivos, prometiéndoles que limitará la competencia entre ellos. Esto lo puede hacer permitiendo sólo a algunos vendedores ofrecer sus productos en el mercado, o limitando las áreas o los clientes a los que se les está permitido vender. El efecto de garantizar la distribución exclusiva es que los vendedores obtienen mayores ganancias. No

⁸⁴ Op. cit. Antecedentes Económicos para una LFCE.

⁸⁵ Op. cit. LFCE.

⁸⁶ Op. cit. Antecedentes Económicos para una LFCE, p.9.

obstante, la división vertical de mercados puede tener resultados pro-competitivos, ya que es posible que genere incentivos para la creación de nuevas redes de distribución o para proporcionar un mejor servicio. Asimismo, puede tener efectos positivos si se permite a los productores atraer a mejores distribuidores o vendedores y proteger los derechos de propiedad autoral o de propiedad industrial.

Obviamente la división vertical de mercados puede tener en muchas ocasiones efectos nocivos sobre el proceso de competencia y libre concurrencia, por lo cual está contemplada como una práctica monopólica relativa en la LFCE. Los efectos anti-competitivos se dan cuando el mercado dentro del cual se garantiza la distribución exclusiva no es competitivo y los beneficiarios adquieren un poder de mercado excesivo. De acuerdo con el artículo de Castañeda, Levy, Martínez y Merino⁸⁷ “los territorios exclusivos tienen mayor probabilidad de sostener una conducta monopólica si se aplican a bienes no durables y a servicios, pues en esos casos la competencia por reventa es menos factible y el objetivo de mantener una red de servicio es menos probable.”

2.5.1.2.- Restricción del precio de reventa o de venta del producto final:

La restricción del precio de reventa o de venta del producto final se establece en la fracción II del artículo 10 de la LFCE, como: **“La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios.”⁸⁸**

⁸⁷ Ibid, p. 9 y 10.

⁸⁸ Op. cit. LFCE.

Se está ante una práctica de este tipo, cuando el productor por ejemplo, impone al vendedor de sus productos el precio al que debe ofrecerlos en el mercado, ya sea un precio máximo, mínimo o cualquier precio predeterminado. Los efectos anti-competitivos se refieren muchas veces a que estas prácticas son un método indirecto para prácticas de fijación de precios. Los efectos pro-competitivos, por otra parte, se refieren a los incentivos de los vendedores para competir en rubros distintos al precio, como son calidad y servicio.

Uno de los efectos pro-competitivos más evidentes de este tipo de restricciones es el que se relaciona con la información que otorgan los vendedores a sus clientes, acerca del producto. Generalmente, los vendedores de un cierto tipo de tiendas explican al consumidor cómo funciona el producto que venden, qué virtudes tiene, cómo debe utilizarse, qué precauciones tomar, etc. En estos casos, existen ocasiones en que los consumidores van a las tiendas que ofrecen sus productos a un precio alto pero que otorgan un muy buen servicio, y una vez obtenido el servicio, adquieren el producto en una tienda con menores precios pero que no proporciona ninguna clase de servicio. Esta conducta (de "free riding"), provoca que tiendas con un muy buen servicio tiendan a desaparecer y que los consumidores carezcan de la información necesaria para adquirir un determinado producto. El problema de "free riding" se evita garantizando un precio mínimo de venta a los vendedores o a través de la asignación de territorios exclusivos (dos figuras que se contemplan en la LFCE). Por lo tanto, estas restricciones pueden ser benéficas en ciertas ocasiones, sin embargo, los posibles efectos anti-competitivos también son muy serios. Si un productor, por ejemplo, impone precios a los vendedores de su producto, entonces los mismos no pueden competir ofreciendo precios más bajos. Quizá puedan competir proporcionando un mejor servicio, pero si los consumidores no valoran el servicio adicional, entonces la competencia en servicio no los beneficia.

Para evaluar los efectos pro y anti-competitivos de este tipo de restricciones, es importante determinar si existe un servicio o información que los vendedores deban proporcionar pero que no puedan cobrar separadamente. Es importante además saber si el servicio o información tiene un efecto sustancial sobre la demanda del consumidor. Si este tipo de información o de servicio no existe, entonces es poco probable que se encuentren razones de eficiencia para justificar este tipo de restricciones.

En varios países⁸⁹ el mantenimiento de precios de reventa se ha considerado como una práctica monopólica absoluta. Sin embargo, al reconocerse situaciones en que la práctica tiene efectos pro-competitivos, este enfoque se ha ido abandonando. La LFCE tomando en cuenta todas las consideraciones hechas al respecto, adopta el criterio de clasificar estas prácticas como relativas.

2.5.1.3.- Ventas atadas:

Las ventas atadas se establecen en la fracción III del artículo 10 de la LFCE como: **“La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad.”⁹⁰**

Una venta atada, consiste en “vender dos o más bienes y servicios en paquete.”⁹¹ Este tipo de prácticas pueden tener efectos anti-competitivos, si por ejemplo el mercado para un producto (el que se atrae) es competitivo pero para el otro producto (el atraente) el mercado es monopólico. En estos casos, las ventas atadas pueden ocasionar que se extienda

⁸⁹ Op. cit. Antecedentes Económicos para una LFCE, p. 10.

⁹⁰ Op. cit. LFCE.

⁹¹ Op. cit. Antecedentes Económicos para una LFCE, p. 10.

Para evaluar los efectos pro y anti-competitivos de este tipo de restricciones, es importante determinar si existe un servicio o información que los vendedores deban proporcionar pero que no puedan cobrar separadamente. Es importante además saber si el servicio o información tiene un efecto sustancial sobre la demanda del consumidor. Si este tipo de información o de servicio no existe, entonces es poco probable que se encuentren razones de eficiencia para justificar este tipo de restricciones.

En varios países⁸⁹ el mantenimiento de precios de reventa se ha considerado como una práctica monopólica absoluta. Sin embargo, al reconocerse situaciones en que la práctica tiene efectos pro-competitivos, este enfoque se ha ido abandonando. La LFCE tomando en cuenta todas las consideraciones hechas al respecto, adopta el criterio de clasificar estas prácticas como relativas.

2.5.1.3.- Ventas atadas:

Las ventas atadas se establecen en la fracción III del artículo 10 de la LFCE como: **“La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad.”⁹⁰**

Una venta atada, consiste en “vender dos o más bienes y servicios en paquete.”⁹¹ Este tipo de prácticas pueden tener efectos anti-competitivos, si por ejemplo el mercado para un producto (el que se atrae) es competitivo pero para el otro producto (el atraente) el mercado es monopólico. En estos casos, las ventas atadas pueden ocasionar que se extienda

⁸⁹ Op. cit. Antecedentes Económicos para una LFCE, p.10.

⁹⁰ Op. cit. LFCE.

⁹¹ Op. cit. Antecedentes Económicos para una LFCE, p.10.

el poder de mercado del agente económico que opera en el mercado monopólico, al mercado competitivo.

Además, cuando existen diferentes tipos de compradores pero la discriminación de precios no es práctica o resulta ilegal, las ventas atadas pueden servir para discriminar precios indirectamente. Las ventas atadas pueden inclusive reducir artificialmente la posibilidad de sustitución en un sentido tecnológico o de preferencias, y actuar como instrumento monopólico.

Cuando resulta importante que un bien vendido por un monopolista se use junto con otro producto que se vende en un mercado competitivo, las ventas atadas pueden tener un efecto pro-competitivo, ya que se puede beneficiar a los consumidores al mejorar, por ejemplo, la calidad de ambos productos a través de la combinación de los mismos (ej. la combinación de vinagre y aceite al aderezar una ensalada). Sin embargo, en estos casos, es necesario tener cuidado porque las ventas atadas pueden reducir las probabilidades de acceso de nuevos consumidores a mercados complementarios. En estos casos se requiere evaluar si existen razones técnicas para las ventas atadas.

2.5.1.4.- Obligación de trato exclusivo:

La obligación de trato exclusivo se establece en la fracción IV del artículo 10 de la LFCE como: **"La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero"**⁹².

⁹² Op. cit. LFCE.

Los convenios o contratos de exclusividad se dan cuando a un cliente se le limita la posibilidad de acudir a otros proveedores o cuando se limita a un proveedor la posibilidad de buscar otros compradores. Esta práctica se da por ejemplo, cuando un vendedor de un bien o servicio se compromete a vender únicamente los bienes de un solo productor. Frecuentemente estos acuerdos se acompañan por acuerdos de distribución exclusiva en un determinado territorio.

Los efectos pro-competitivos son en este caso, que el vendedor puede tener incentivos para invertir en aprendizaje acerca de cómo vender mejor y dar mejor servicio. El productor puede tener incentivos para entrenar mejor a sus vendedores, ya que sabe que éstos solo venden o proporcionan los bienes y servicios que él produce y no los de sus rivales o competidores. En términos generales, los efectos pro-competitivos se dan al eliminar el "oportunismo" de agentes económicos competidores, protegiendo derechos autorales o de propiedad industrial, manteniendo la calidad de un producto que ostenta una marca, protegiendo a quienes incurren en altos gastos de publicidad y de mantenimiento de redes de servicio, asegurando la rentabilidad de las inversiones y por último, evitando fusiones innecesarias.

Los efectos anti-competitivos por su parte, se refieren al caso en que, por ejemplo, un insumo esencial se vuelve inaccesible para aquellos productores que entran al mercado. Muchas veces cuando existe competencia en precios, los productores observan que sus utilidades disminuyen y por lo mismo tienen incentivos para restringir la competencia, limitando las posibilidades de sustitución del producto. Esto aumenta los costos de búsqueda del consumidor y tratándose de insumos, los mismos no se ofrecen a ciertos productores, lo cual eleva enormemente los costos.

2.5.1.5.- Denegación de trato:

La denegación de trato se establece en la fracción V del artículo 10 de la LFCE, como: **“La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.”⁹³**

Generalmente esta práctica va acompañada por la división vertical de mercados o por la obligación de trato exclusivo. Por ejemplo, una empresa verticalmente integrada⁹⁴ puede rehusarse a vender un insumo clave a un agente competidor. Esto puede ser anti-competitivo si la negativa a negociar aumenta los costos de entrada al mercado.

Un productor puede negarse a vender su producto por haber celebrado algún contrato o acuerdo con ciertos vendedores, garantizándoles un territorio exclusivo. En estos casos, si otro vendedor pide al productor que le venda su producto, el productor o se rehusa a hacerlo o viola un acuerdo previamente celebrado. Por lo tanto, rehusarse a vender a personas determinadas un bien o servicio disponible y normalmente ofrecido a terceros, puede reforzar otro tipo de prácticas monopólicas relativas, como son la división vertical de mercados y la obligación de trato exclusivo. Sin embargo, un productor también puede rehusarse a vender un bien determinado o a proporcionar un servicio por razones pro-competitivas, como son que el vendedor no sea un sujeto de crédito (después de un cálculo de riesgo), o que la venta implique un daño a su reputación.

La denegación de trato tiene también efectos anti-competitivos cuando, por ejemplo, el productor de un bien o servicio se rehusa a vender o proporcionar a nuevos participantes del mercado un insumo disponible y normalmente ofrecido a terceros, es decir, cuando la

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Una empresa verticalmente integrada es por ejemplo aquella que produce insumos, que produce el producto que utiliza esos insumos y que vende el producto final en el mercado.

práctica se asocia con barreras a la entrada de un mercado, tratándose de agentes económicos que tienen un poder sustancial sobre el mercado relevante.

2.5.1.6.- Boycott vertical:

Se establece en la fracción VI del artículo 10 de la LFCE como: **“La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.”⁹⁵**”

2.5.1.7.- Otras prácticas monopólicas relativas:

Se establece en la fracción VII del artículo 10 de la LFCE como: **“En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.”**

Dentro de esta fracción cabe cualquier tipo de práctica monopólica relativa no especificada previamente en otra fracción. Una de ellas puede ser la predación de precios. Predación de precios quiere decir disminuir el precio de un bien o servicio para excluir a ciertos competidores del mercado sobre una base no de eficiencia sino para acaparar el mercado y por lo mismo adquirir poder monopólico.

En estos casos, el agente económico predador sufre pérdidas inmediatas para ganar posteriormente un mayor poder de mercado que le permita ganancias que sobrecompensen

⁹⁵ Op. cit. LFCE.

las pérdidas. Obviamente para que la predación de precios sea rentable, el agente económico que la lleva a cabo debe tener un poder sustancial sobre el mercado relevante.

Es necesario hacer notar que precios bajos no siempre implican predación de precios. Los precios pueden ser bajos por la existencia de una gran competencia, por la necesidad de deshacerse de productos obsoletos, por querer acabar con excesos de inventario, por vender productos fuera de "moda" o para introducir un nuevo producto al mercado. Sin embargo, cualquier práctica que actualice esta fracción debe analizarse a la luz de las siguientes consideraciones, válidas para cualquier tipo de práctica monopólica relativa:

- a) Es importante analizar la estructura de mercado. Si la estructura es competitiva, o lo que es lo mismo, el mercado se encuentra poco concentrado, las condiciones de entrada no presentarán problema y el mismo será dinámico. En este caso, es poco probable que una práctica monopólica relativa tenga más efectos anti que pro-competitivos.
- b) Se requiere analizar el bien o servicio de que se trate, para determinar si la restricción aumenta o disminuye la eficiencia del mercado y el beneficio de los consumidores.
- c) Es indispensable analizar los criterios de la autoridad de competencia. Criterios demasiado rígidos pueden crear incentivos a la integración vertical o para salir del mercado, lo cual puede tener efectos anti-competitivos.

2.6- Concentraciones:

La ley proporciona una definición de concentración en la primera parte del artículo 16 de la LFCE que a la letra señala: **"Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general**

que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos...”⁹⁶.

De este artículo se desprende que son tres los medios para realizar una concentración:

a) A través de una fusión:

Esta posibilidad se establece en los artículos 222 al 226 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. La fusión es el acto por el cual dos o más sociedades unen sus patrimonios, concentrándolos bajo la titularidad de una sola sociedad⁹⁷. La mayoría de las veces la fusión se da entre sociedades anónimas, y puede darse por absorción, cuando la sociedad fusionante perdura y absorbe a la(s) sociedad(es) fusionada(s), que desaparecen; o por combinación, creación o constitución, esto es, cuando una o más sociedades se unen para formar una distinta y en consecuencia desaparecen todas las sociedades fusionadas. Como señala el maestro Cervantes Ahumada⁹⁸, en ambos casos habrá una cesión del patrimonio de las sociedades fusionadas a la sociedad fusionante o a la nueva sociedad que se constituya.

b) A través de la adquisición del control:

La adquisición del control puede ser en una sociedad, en un fideicomiso, en un contrato en participación, etc. Los distintos supuestos están regulados por la Ley General de Sociedades Mercantiles y por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

c) Cualquier acto:

Al referirse el artículo 16 de la LFCE a “cualquier acto por virtud del cual se concentren...”, seguramente se refiere a cualquier acto unilateral o a un acuerdo de voluntades, independientemente de la denominación que se le de, por el cual los agentes económicos se unen para la realización de un fin lícito. El acto puede ser un contrato, un fideicomiso, una “joint venture”, etc.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil, Editorial Herrero, México, 1986, p.p. 191-193.

⁹⁸ Ibid, p.193.

Las concentraciones en sí mismas no son de interés para la política económica ni para la política de competencia; las concentraciones sólo son importantes en esta materia en la medida en que disminuyen, dañan o impiden la competencia y la libre concurrencia. Es por esto que el artículo 16 en su segunda parte establece que: **“...La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones 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.”**⁹⁹

Las concentraciones se efectúan por la posibilidad de obtener ganancias financieras. Las fuentes de estas ganancias son muchas. Sin embargo, la LFCE se refiere a la principal fuente potencial de ganancias que tratan las legislaciones de competencia, esto es, el poder de mercado (poder sustancial sobre el mercado relevante en los términos antes analizados, de los artículos 12 y 13 de la LFCE). Las concentraciones que deben prohibirse o sancionarse son aquellas que crean o permiten el ejercicio de poder de mercado. El poder de mercado en relación a un productor, como ya se señaló con anterioridad, puede consistir en la posibilidad de mantener precios por arriba de los precios competitivos durante un periodo importante de tiempo. Esta posibilidad se extiende al caso en que más de un agente económico coordinan sus acciones para producir la totalidad de un bien o servicio ofrecido en el mercado. En cualquier caso, si se da una concentración prohibida por la LFCE, el ejercicio del poder de mercado ocasiona una transferencia de riqueza de los consumidores a los productores o una mala asignación de recursos.

El poder de mercado también se refiere a los compradores, ya sea que se trate de uno solo (monopsonista) o de un grupo coordinado de ellos cuyas acciones hacen bajar el precio de un producto a niveles inferiores al precio competitivo. Esto tiene como consecuencia una

⁹⁹ Op. cit. LFCE.

disminución de la producción, por lo que puede concluirse que los efectos de una baja en el precio son comparables a los efectos de un alza en el precio.

Las concentraciones se dividen en horizontales y verticales. De acuerdo con Castañeda, Levy, Martínez y Merino¹⁰⁰ las concentraciones horizontales son aquellas que tienen un impacto directamente sobre un mercado, mientras que las verticales son aquellas que se dan por el encadenamiento de eslabones de un proceso productivo. De acuerdo también con estos autores sólo las primeras, las concentraciones horizontales, son de interés para la legislación de competencia.

La clasificación de concentraciones en horizontales y verticales, sirve para entender el artículo 16 de la LFCE. De la redacción de este artículo parece desprenderse que la ley se refiere tanto a concentraciones horizontales como a concentraciones verticales. Sin embargo, al referirse a las concentraciones: “entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos”, la ley probablemente se está refiriendo a competidores entre sí, a proveedores entre sí, a clientes entre sí, etc. Es decir, que en cualquiera de estos casos, estamos dentro de un mismo mercado relevante y no dentro de muchos de ellos, como sería el caso tratándose de concentraciones verticales.

La ley no se ocupa de las concentraciones verticales porque las mismas generalmente tienen ganancias en eficiencia al permitir un mayor ahorro y una reducción en costos fijos. Un ejemplo de concentración vertical sería el de una fábrica de pan que decide fusionarse con una fábrica de harina.

¹⁰⁰ Op. cit., Antecedentes económicos para una LFCE, p.15.

Para Richard Wish,¹⁰¹ una concentración horizontal es aquella que se lleva a cabo entre competidores respecto de un mismo producto y a un mismo nivel dentro del ciclo productivo o distributivo, mientras que una concentración vertical es aquella que se lleva a cabo entre agentes económicos que se encuentran en niveles distintos del ciclo productivo o distributivo. Ambas definiciones, la de Castañeda, Levy, Martínez y Merino y la de Richard Wish, son muy parecidas por lo que no debe haber ningún problema en distinguir los dos tipos de concentraciones.

Para que una concentración deba ser impugnada o sancionada, necesita, como ya se señaló, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, esto es, que debe darse respecto a un mercado relevante (cuyo grado de concentración es un elemento fundamental) en el cual los agentes económicos que intervienen ejercen su poder de mercado (artículo 18 de la LFCE).

2.6.1.- Indicios para identificar concentraciones:

El artículo 17 de la LFCE señala algunos indicios para identificar concentraciones anti-competitivas. Estos indicios se irán comentando junto con otros criterios elaborados por el Departamento de Justicia de E.U y por la FTC de este mismo país.¹⁰²

1.-El primer criterio para analizar una concentración se refiere al nivel de concentración del mercado en que la misma se lleva a cabo. ¿Cómo puede medirse el nivel de concentración de un mercado?

¹⁰¹ Op. cit, Richard Wish, p.665.

¹⁰² Horizontal Merger Guidelines, issued by The U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, abril, 1992.

Las concentraciones que no incrementan el nivel de concentración del mercado no requieren ser analizadas. Sin embargo, para determinar el nivel de concentración, primero se requiere definir el mercado que será el "mercado relevante". Como se ha señalado a lo largo de este capítulo, la definición de mercado relevante se centra en la respuesta o reacciones de los consumidores, es decir, en aquellos factores que provocan sustitución de bienes y servicios del lado de la demanda. Los factores que provocan sustitución del lado de la oferta sirven para determinar a los agentes económicos que participan en el mercado y para analizar la existencia y el tamaño de las barreras a la entrada del mismo.

En base a estas consideraciones es que el artículo de 18 de la LFCE establece que: **"Para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en los términos de esta ley, la Comisión deberá considerar los siguientes elementos:**

I.- El mercado relevante, en los términos del artículo 12 de esta ley;

II.- La identificación de los agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate, el análisis de su poder en el mercado relevante, de acuerdo con el artículo 13 de esta ley, y el grado de concentración en dicho mercado; y

III.- Los demás criterios e instrumentos analíticos que prescribe el reglamento de esta ley.¹⁰³"

Conocer la definición de mercado relevante implica obtener un producto o grupo de productos y un área geográfica que se ven afectados por la concentración que se analiza. Con esta información debe poderse investigar quiénes participan en el mercado y cuál es el grado de concentración del mismo. Los participantes son aquellos agentes económicos que en el momento en que se lleva a cabo la concentración, producen el bien o servicio previamente definido, en el área geográfica determinada. Dentro de la clasificación de los participantes, pueden incluirse los agentes económicos que en respuesta a un incremento

¹⁰³ Op. cit. LFCE.

pequeño pero significativo de los bienes o servicios están en posibilidad de entrar al mercado a producir o vender, sin incurrir en altos costos hundidos (costos no recuperables, ej. en infraestructura) de entrada o de salida. La participación de agentes económicos en el mercado relevante, generalmente se mide mediante un análisis del total de ventas o de capacidad instalada.

Las ventas de un agente económico se miden en moneda nacional si los productos de los agentes económicos que participan en el mercado se distinguen entre sí, y se miden en unidades si los agentes económicos se distinguen entre sí por las ventajas relativas que enfrentan al servir a distintos compradores.¹⁰⁴

Por otra parte, la concentración de un mercado está en función del número de agentes económicos que participan en el mercado y por la magnitud de su participación. Por ello, para medir el nivel de concentración de un mercado muchas veces se utiliza el Índice "Herfindahl-Hirschman" (HH), que suma la participación individual en el mercado elevada al cuadrado.

Ejemplo: En un mercado participan 4 agentes económicos de la siguiente forma:

Agentes económicos	Participación en el mercado relevante
A	30%
B	30%
C	20%
D	20%

¹⁰⁴ Ibid, p.14.

Calculamos el HH:

$$HH = (30)^2 + (30)^2 + (20)^2 + (20)^2 = 2600$$

Un mercado con esa estructura tiene un HH de 2600. Ahora, para saber si un HH de 2600 es indicativo de un mercado concentrado, debemos hacer las siguientes aclaraciones:

El índice HH va de 10,000 en el caso de un monopolio puro a 0 en el caso de un mercado totalmente atomizado. En E.U. se considera que un índice de HH menor a 1000 es señal de que el mercado no está concentrado. Un índice de HH entre 1000 y 1800 indica un mercado moderadamente concentrado, mientras que un índice de HH que toma valores superiores a 1800 es indicativo de un mercado altamente concentrado. Por lo tanto, el mercado de nuestro ejemplo, que arroja un valor para el índice HH de 2600, es un mercado altamente concentrado.

Este índice presenta problemas para evaluar la concentración de un mercado. Uno de estos problemas, quizá el más notorio, es que otorga demasiada importancia a la participación de empresas grandes en el mercado y que cualquier concentración, aún cuando sea entre agentes económicos con una participación muy pequeña en el mercado, aumenta su valor. Por estas razones, el índice HH es utilizado con mucho cuidado en E.U.

En México, en el artículo de Castañeda, Levy, Martínez y Merino¹⁰⁵ se señala que para medir el nivel de concentración del mercado al aplicar la LFCE, no se usarán rígidamente índices, ya que los mismos pueden dar una visión sesgada de la realidad. Como ejemplo del sesgo que pueden tener, se señala que los índices hechos a nivel nacional, pueden arrojar como resultado que una empresa concentra prácticamente todo el mercado. Sin embargo, al incluir las importaciones es posible que resulte que la misma empresa no sólo no tiene poder monopolístico en el mercado nacional sino que enfrenta una gran competencia proveniente del

¹⁰⁵ Op. cit. Antecedentes económicos para una LFCE, p.14.

extranjero. Para el caso mexicano, este posible sesgo en el uso de índices es particularmente peligroso, puesto que las importaciones constituyen un componente crucial de la oferta nacional.

El índice HH es el comúnmente utilizado por la mayoría de los países en el mundo para evaluar los efectos de concentraciones en los mercados. Este índice, como ya se ha señalado, es muy útil, pero tiene el defecto de que su valor aumenta con cualquier concentración, independientemente de que se trate de concentraciones que lejos de reducir la competitividad en el mercado, la aumentan.

En base a estas consideraciones, el ex-comisionado de la Comisión Federal de Competencia, el Dr. Pascual García de Alba, elaboró otro índice¹⁰⁶, con el objeto de encontrar medidas de concentración de los mercados alternativas al índice de HH, que se adaptaran mejor a las condiciones particulares de los mercados mexicanos. El Dr. García de Alba elaboró un índice que no aumenta con concentraciones de empresas relativamente pequeñas, pero que sí aumenta tratándose de concentraciones entre empresas grandes, con una elevada participación en el mercado.

Todas las concentraciones aumentan el índice de HH, mientras que el índice del Dr. García de Alba (lo llamaremos "IGA"), a pesar de estar relacionado con el índice HH, está diseñado para disminuir al llevarse a cabo concentraciones entre pequeñas o medianas empresas, que tienen efectos procompetitivos sobre el mercado.

Los efectos procompetitivos que pueden generar las concentraciones de empresas pequeñas o medianas, se deben a que, mediante la concentración, las mismas pueden enfrentar de una manera más competitiva la actuación de empresas con participaciones en el mercado

¹⁰⁶ Para mayor información acerca de este índice, véase: García de Alba I, P. Un Índice de Dominación para el Análisis de la Estructura de los Mercados, disponible en la Comisión Federal de Competencia.

mayores. La contribución del Dr. García de Alba es de una gran importancia, debido a que los mercados mexicanos generalmente se encuentran dominados por una o dos grandes empresas, cuya conducta rige la actuación de empresas pequeñas.

El IGA se define como la suma de las participaciones en el mercado de las distintas empresas, elevadas a la cuarta y divididas entre el HH al cuadrado.

El autor de este índice sugiere como regla general, que la Comisión investigue las concentraciones de las que resulte un índice con valor mayor a 0.25.

A continuación se da un ejemplo de un mercado en el que participan cinco agentes económicos, tres de ellos con un porcentaje de participación en el mercado relativamente alto, y los dos restantes, con porcentajes de participación pequeños. Se calculan los índices de concentración HH e IGA, antes y después de la concentración de los dos participantes más pequeños. Al comparar los resultados, se observará que el índice HH incrementa en relación a su valor original, mientras que el índice IGA disminuye al concentrarse los agentes económicos con participaciones más pequeñas en el mercado.

Ejemplo:

Agentes económicos	Participación en el mercado relevante
A	30%
B	40%
C	20%
D	5%
E	5%

Calculamos el HH:

$$HH = (30)^2 + (40)^2 + (20)^2 + (5)^2 + (5)^2 = 2950$$

Recordemos que valores de HH mayores a 1800, denotan un mercado altamente concentrado.

Calculamos el IGA:

$$IGA = [(30)^4 + (40)^4 + (20)^4 + (5)^4 + (5)^4] / (2950)^2 = 0.405$$

Recordemos que de acuerdo con la regla general del Dr. García de Alba este valor es superior al de 0.25, por lo que denota un mercado concentrado.

Después de la concentración que llevan a cabo los agentes económicos que tenían una participación de 5% respectivamente, la estructura del mercado es la siguiente:

Agentes económicos	Participación en el mercado relevante
A	30%
B	40%
C	20%
D	10%

Calculamos el HH:

$$HH = (30)^2 + (40)^2 + (20)^2 + (10)^2 = 3000$$

El índice HH aumentó en relación a su valor original, por la concentración de las dos participaciones más pequeñas del mercado.

Calculamos el IGA:

$$IGA = [(30)^4 + (40)^4 + (20)^4 + (10)^4] / (3000)^2 = 0.39$$

El índice IGA disminuyó por la concentración de las dos participaciones de 5%. Este resultado es mucho más razonable, ya que el mercado sigue estando concentrado, pero ahora los agentes económicos pequeños pueden hacer frente a las grandes empresas que dominan el mercado. El mercado gracias a la concentración se volvió más competitivo, es por esto que sería absurdo que la política de competencia castigara concentraciones como las de este ejemplo.

Por otra parte, es necesario señalar que uno de los problemas más grandes que enfrenta la política de competencia en México, es el alto grado de concentración económica en los mercados, el cual en muchos casos se ha visto reforzado o exacerbado por el proceso de privatización llevado a cabo por el gobierno mexicano en los últimos años. Este aumento del grado de concentración se debe principalmente a que las empresas gubernamentales fueron vendidas, en muchas ocasiones, al mejor postor, esto es, a quien más dinero ofreció, sin tomar en cuenta si el futuro comprador era ya propietario de industrias similares (competidor horizontal). No se tomó en cuenta el grado de concentración del mercado ni antes ni después del proceso de privatización. Las empresas más grandes y que más concentraban el mercado, fueron aquellas que tuvieron los recursos suficientes para comprar empresas estatales¹⁰⁷.

Sin embargo, un alto grado de concentración, que implique un gran poder de mercado, no es suficiente para incurrir en prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas por la ley. Para violar la ley se requiere adicionalmente de una conducta anticompetitiva. Las grandes empresas en virtud únicamente de su tamaño, no constituyen monopolios ni incurrir en prácticas monopólicas. El criterio para evaluar los efectos sobre el proceso de competencia no se refiere al tamaño de las empresas que intervienen en él, sino al impacto que pueden tener las actuaciones de las distintas empresas sobre la competencia. Los monopolios se

¹⁰⁷ Newberg, J. La Nueva Ley de Competencia Económica de México: Hacia El Desarrollo de una Ley Mexicana Antimonopolios, en Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica, op. cit. p. 98.

castigan por tener conductas anticompetitivas, pero no únicamente por poseer poder monopólico.

De acuerdo con Joshua Newberg¹⁰⁸, hasta que la Comisión no articule mejor sus políticas de aplicación de la LFCE, el estatus legal de las concentraciones industriales mexicanas seguirá siendo "incierto".

Antes de concluir con este primer criterio, creo que es necesario recalcar que al evaluar una concentración horizontal, debe tomarse en cuenta el nivel de concentración del mercado antes y después de efectuarse la concentración, para así poder medir el aumento en dicha concentración .

2.-El segundo criterio consiste en saber si la concentración tiene efectos potencialmente adversos o nocivos sobre el proceso de competencia y libre concurrencia.

Al respecto, el artículo 17 fracción I de la LFCE establece que una concentración puede ser anti-competitiva cuando **"confiere o pueda conferir al fusionante, al adquirente o al agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente contrarrestar dicho poder.¹⁰⁹"**

La posibilidad de fijar precios o de restringir cantidades de producción son una clara señal de que un agente económico tiene poder sustancial sobre el mercado relevante. Si este poder no puede contrarrestarse por los demás agentes económicos, es posible que la concentración tenga un efecto adverso sobre la competencia y libre concurrencia. Esta situación, actual o

¹⁰⁸ Ibid, pp.98-99.

¹⁰⁹ Op. cit. LFCE.

potencial, es considerada como un indicio por la LFCE, porque se requiere comprobar otros elementos para hacer un juicio acerca de la legalidad o ilegalidad de la concentración. Asimismo, la fracción III del artículo 17 de la LFCE, se refiere a otro de los indicios sobre la posible anti-competitividad de una concentración. Esta fracción se refiere a que la concentración **“tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley¹¹⁰”** (prácticas monopólicas absolutas y relativas). Por lo tanto, si la concentración lleva a la comisión de prácticas monopólicas absolutas o relativas claramente tendrá efectos nocivos sobre la competencia y libre concurrencia.

La concentración del mercado influye en la posibilidad de que un agente económico o un grupo de agentes económicos puedan ejercer poder sustancial sobre el mercado relevante. Entre más pequeño sea el porcentaje controlado por un agente económico en relación a la oferta total, mayores serán las restricciones en la cantidad producida que deberá enfrentar para aumentar su precio y menos probable será que la reducción en la cantidad producida le resulte benéfica. Además, en el caso de que se requiera de la acción de varios agentes económicos para poder ejercer poder de mercado, si disminuye el número de agentes económicos necesarios para controlar cierto porcentaje de la oferta total, disminuirán las dificultades y los costos de ponerse de acuerdo respecto al control de dicha oferta.

Para analizar si una concentración tiene potencialmente efectos nocivos sobre la competencia y libre concurrencia se requiere tomar en cuenta lo siguiente:

a) Si la concentración disminuye o restringe la competencia y libre concurrencia a través de la interacción coordinada de los agentes económicos que deciden concentrarse.

Una concentración puede afectar nocivamente la competencia y libre concurrencia al **permitir a los agentes económicos vender más en el mercado relevante de una forma ilegal,**

¹¹⁰ *Ibid.*

bajo criterios de una legislación de competencia. La interacción coordinada de los agentes económicos consiste en un conjunto de acciones que llevan a cabo a través de la concentración para obtener beneficios a costa de los demás agentes económicos que no participan o que no forman parte de la concentración.

En estos casos, cada uno de los agentes económicos que interviene en la concentración recibe algún beneficio y tiene la posibilidad de detectar desviaciones del acuerdo colusivo. La detección y castigo de estas desviaciones asegura a los agentes económicos coordinados (porque implica un costo), la obtención de más beneficios por no desviarse del acuerdo que por la obtención de ganancias a corto plazo. La posibilidad de actuar colusivamente depende en general de las condiciones del mercado. Algunos factores relevantes que determinan esta condición son: la información a que tengan acceso los agentes económicos, la homogeneidad o heterogeneidad del producto que ofrecen al mercado, las estrategias de venta y las características particulares de los consumidores del bien o servicio.

b) Si la concentración disminuye o restringe la competencia y libre concurrencia a través de efectos unilaterales.

En algunos mercados encontramos bienes diferenciados, de tal forma que los productos que venden distintos participantes del mercado no son perfectos sustitutos entre sí. Esto hace que la competencia que enfrenta cada agente económico que ofrece sus productos en el mercado dependa del grado de "sustituibilidad" de sus productos respecto a los demás productos similares. Una concentración entre agentes económicos en un mercado que presenta estas características puede disminuir o restringir la competencia, al permitir al agente económico concentrado, obtener ganancias mediante el aumento unilateral de sus precios, por arriba del nivel prevaleciente antes de la concentración. Algunas de las pérdidas en ventas por el alza del precio serán desviadas hacia el producto ofrecido por el otro agente económico que forma parte de la concentración. La captura de estas pérdidas a través de

una concentración hace que el aumento en el precio sea rentable a pesar de que el mismo aumento no lo hubiera sido antes de la concentración. Por lo tanto, un aumento sustancial en el precio, tratándose de un mercado con productos diferenciados, requiere que se puedan dividir las ventas a través de una concentración. Esto, a su vez, sólo es posible si los consumidores consideran los productos ofrecidos por las empresas concentradas como sus dos primeras opciones y si los demás productos ofrecidos en el mercado no son sustitutos cercanos de los productos ofrecidos por los agentes económicos que forman la concentración.

3.-El tercer criterio consiste en saber si la concentración desanima o impide la entrada al mercado relevante. Este mismo criterio se establece en la fracción II del artículo 17 de la LFCE, que señala como indicio de la anti-competitividad de una concentración el que la misma **“tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante.”¹¹¹**

Una concentración no crea o permite el ejercicio de poder de mercado si la entrada al mismo es lo suficientemente fácil¹¹² como para permitir que cualquier participante pueda, después de la concentración, ingresar al mercado y evitar que los agentes económicos que participan en la concentración sostengan un aumento en precios. La posibilidad de entrar libremente al mercado o la inexistencia de barreras a la entrada, desanima a las concentraciones anti-competitivas desde un principio y contrarresta los efectos nocivos que las mismas pudieran llegar a tener.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Al señalar que la entrada al mercado debe ser fácil nos referimos a que la misma sea posible (o rentable dados los precios anteriores a la concentración), oportuna (que se de en un lapso de tiempo menor a dos años) y suficiente (que los activos tangibles e intangibles requeridos para entrar al mercado estén disponibles para quienes desean entrar al mercado, de tal manera que puedan vender sus productos en el mismo) en relación a su magnitud, carácter y alcance, para contrarrestar los efectos anti-competitivos de una concentración.

Al hacer referencia a la entrada de nuevos competidores al mercado, nos referimos a nuevos competidores que necesitan invertir y por lo mismo incurrir en costos hundidos tanto a la entrada como a la salida del mercado. Así por ejemplo, si el impacto sobre el precio en el mercado requiere de un gran periodo de tiempo, la entrada no desanima o contrarresta los efectos anti-competitivos de una concentración. Además, si los agentes económicos consideran que entrar al mercado requiere de costos hundidos muy elevados, deben evaluar los beneficios de la entrada al mercado en el largo plazo, considerando que la entrada al mercado que contrarresta efectos anti-competitivos, hace que los precios disminuyan al nivel anterior al de la concentración.

4.-El cuarto criterio consiste en saber si la concentración trae alguna ganancia en eficiencia que no pueda obtenerse a través de medios distintos.

El mayor beneficio para la economía de que se lleven a cabo concentraciones, es el potencial de las mismas para generar una mayor eficiencia, lo cual, a su vez, aumenta la competitividad de los agentes económicos que participan en el mercado. La LFCE está diseñada para sancionar sólo aquellas concentraciones que dañan, limitan o restringen la competencia y libre concurrencia, por lo que no interfiere con las concentraciones que de antemano se sabe que no resultan nocivas y que por el contrario, generan ganancias en eficiencia.

Las ganancias en eficiencia a las que nos referimos pueden darse como: obtención de economías de escala, mejor integración en la producción, especialización, disminución de costos de transporte, etc. Generalmente en E.U.¹¹³ se rechazan los argumentos de "eficiencia" en relación a las concentraciones, cuando los mismos beneficios o beneficios comparables pueden obtenerse por medios distintos a una concentración.

¹¹³ Op cit. Horizontal Merger Guidelines.

5.-El quinto criterio consiste en saber si la concentración provoca que cada una de las partes que participan en ella (por separado y no una vez concentradas) desaparezca y que en consecuencia sus activos abandonen el mercado.

Es poco probable que una concentración origine o permita el ejercicio de poder de mercado si existe riesgo inminente de que alguno de los agentes económicos que pretenden concentrarse fracase o quiebre, y que sus activos salgan del mercado relevante. Por lo tanto, es poco probable que una concentración sea anti-competitiva si la misma se lleva a cabo en razón de que el agente económico que pretende concentrarse:

- a) no puede cubrir sus obligaciones financieras en un futuro cercano.
- b) no puede reorganizarse exitosamente de acuerdo a la legislación mercantil.
- c) ha hecho esfuerzos de buena fe para obtener ofertas de compra de sus activos para que los mismos permanezcan dentro del mercado relevante.

2.6.2.-El carácter preventivo de la LFCE en relación a las concentraciones:

La LFCE establece en el artículo 20 de la LFCE que ciertas concentraciones antes de realizarse deben ser notificadas a la Comisión Federal de Competencia. Se presume que estas concentraciones por el monto de dinero o por la acumulación de activos o de capital social que implican, pueden llegar a violar la legislación de competencia. En razón de esto, para evitar una posible violación a la LFCE, las concentraciones antes de su realización, deben ser notificadas a la Comisión Federal de Competencia.

Las concentraciones que deben ser notificadas a la Comisión son las siguientes (artículo 20 de la LFCE):

- a) **“Las que importen en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.**
- b) **Las que impliquen en un acto o sucesión de actos, la acumulación del 35 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.**
- c) **Aquellas en las que participan dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas; conjunta o separadamente; sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, si dicha transacción implica una acumulación adicional de activos o de capital social superior al equivalente a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal”.**¹¹⁴

La legislación de competencia no debe interferir innecesariamente con las concentraciones que son pro-competitivas o neutras al proceso de competencia y libre concurrencia, por lo que debe atacar los problemas competitivos desde su origen, esto es, antes de realizarse la concentración. Sin embargo, a lo expresado por el artículo 20 de la LFCE respecto a que las concentraciones deben notificarse “antes de realizarse” se le puede dar distintas interpretaciones. La primera se refiere a que las partes no hayan celebrado el acto jurídico, lo cual parece lo más razonable dado que la propia LFCE señala que al notificar una concentración el escrito de notificación debe ir acompañado del “proyecto jurídico” de que se trate. La segunda, se refiere a que las partes celebren el acto jurídico y que posteriormente, pero antes del cumplimiento de las obligaciones, notifiquen a la Comisión. En el artículo de Castañeda, Levy, Martínez y Merino al que nos hemos referido con anterioridad¹¹⁵ se establece que la LFCE tiene un carácter preventivo en relación a las

¹¹⁴ Op. cit. LFCE:

¹¹⁵ Op. cit. Antecedentes Económicos de una LFCE.

concentraciones. Si esto es así, entonces es la primera interpretación la que deben acatar los agentes económicos y a la que debe sujetarse la Comisión Federal de Competencia. Si las concentraciones que se notifican a la Comisión tienen fundamentalmente el efecto de prevenir prácticas monopólicas, entonces la ley obliga a presentar el "proyecto jurídico" y no autoriza a realizar el acto. Sin el carácter preventivo respecto a las concentraciones, bastaría con celebrar el acto jurídico y notificar después a la Comisión, aunque se corriera el riesgo de que este organismo ordenara posteriormente la desconcentración de lo que se hubiera concentrado indebidamente.

La LFCE establece en el artículo 21, el procedimiento a seguir ante la Comisión para notificar una concentración. Siguiendo lo dispuesto por este artículo, los agentes económicos que decidan concentrarse y que estén obligados a notificar la concentración, deberán hacerlo en un escrito acompañado del proyecto de acto jurídico de que se trate y de todos aquellos datos que permitan a la autoridad conocer la concentración pretendida. Posteriormente, la Comisión deberá emitir una resolución en un plazo de tiempo, después del cual, si no hay respuesta por parte de este organismo, se entiende que la Comisión no tiene ninguna objeción respecto a la realización de la concentración notificada. Se trata pues, de una afirmativa ficta.

A pesar de la aprobación que pueda dar la Comisión para la realización de una concentración, la LFCE establece que **"la resolución favorable no prejuzgará sobre la realización de otras prácticas monopólicas prohibidas por esta ley, por lo que no releva de otras responsabilidades a los agentes económicos involucrados."**¹¹⁶ Esta primera fracción del artículo 21 de la LFCE es importante, ya que admite la posibilidad de que los agentes económicos que participan en una concentración autorizada, puedan incurrir

¹¹⁶ Op. cit. LFCE.

en prácticas monopólicas o en alguno de los indicios de anti-competitividad establecidos en el artículo 17 de este mismo ordenamiento .

Las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable por parte de la Comisión Federal de Competencia no podrán ser impugnadas con base en la legislación de competencia, con excepción de aquellas que hayan obtenido resolución favorable en base a información falsa o de aquellas cuya notificación no haya sido requerida, después de transcurrido un año de haberse realizado (artículo 22 LFCE).

Los agentes económicos que realicen una concentración y caigan en alguno de los supuestos que requieren de notificación ante la Comisión, deberán acreditar, para poder registrar sus transacciones en el Registro Público de Comercio, haber obtenido resolución favorable de la Comisión o haber realizado la notificación a que se refiere la legislación de competencia sin que la Comisión haya emitido resolución en el plazo que la ley establece (artículo 20 último párrafo de la LFCE).

CAPITULO 3:

Parte orgánica de la Ley Federal de Competencia Económica.

3.1.- Integración y atribuciones de la Comisión Federal de Competencia (CFC).

La LFCE destina el capítulo IV a la Comisión Federal de Competencia, el órgano encargado de su aplicación. El artículo 23 de este capítulo establece que la Comisión es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), que cuenta con autonomía técnica y operativa, y que tiene a su cargo la prevención, investigación y combate de monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones, en los términos que fije la legislación de competencia. El mismo artículo señala que la Comisión goza de autonomía para dictar sus resoluciones.

Por su parte, el artículo 24 de la LFCE establece que son atribuciones de la Comisión las siguientes¹¹⁷:

- I.- Investigar la existencia de monopolios, estancos, prácticas o concentraciones prohibidas por esta ley, para lo cual podrá requerir de los particulares y demás agentes económicos la información o documentos relevantes;
- II.- Establecer los mecanismos de coordinación para el combate y prevención de monopolios, estancos, concentraciones y prácticas ilícitas;

¹¹⁷ Op. cit. LFCE.

III.- Resolver los casos de su competencia y sancionar administrativamente la violación de esta ley y denunciar ante el Ministerio Público las conductas delictivas en materia de competencia y libre concurrencia;

IV.- Opinar sobre los ajustes a los programas y políticas de la Administración Pública Federal, cuando de éstos resulten que puedan ser contrarios a la competencia y libre concurrencia;

V.- Opinar, cuando se lo solicite el Ejecutivo Federal, sobre las adecuaciones a los proyectos de leyes y reglamentos, por lo que conciernen a los aspectos de competencia y libre concurrencia;

VI.- Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efectos jurídicos ni la Comisión pueda ser obligada a emitir opinión;

VII.- Elaborar y hacer que se cumplan, hacia el interior de la Comisión, los manuales de organización y procedimientos;

VIII.- Participar con las dependencias competentes en la celebración de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regulación o políticas de competencia y libre concurrencia, de los que México sea o pretenda ser parte; y

IX.- Las demás que le confieran ésta y otras leyes y reglamentos.

Para el ejercicio de estas atribuciones y el despacho eficiente de los asuntos que le competen la Comisión cuenta con los siguientes órganos:¹¹⁸ Pleno, Presidencia, Secretaría Ejecutiva, Direcciones Generales y demás unidades y personal técnico y administrativo que se autorice por el Presidente de la Comisión.

3.1.1.- Pleno:

La LFCE establece en los artículos 23 a 29 que la Comisión está integrada por cinco comisionados, uno de los cuales es el Presidente. Los cinco comisionados conforman el Pleno, el cual delibera en forma colegiada y decide los casos por mayoría, teniendo el Presidente voto de calidad.

El Pleno de la Comisión es el órgano supremo de decisión. Para que el mismo pueda sesionar válidamente basta la presencia de tres de los cinco comisionados, pero nunca puede sesionar sin la presencia del Presidente o del comisionado que lo supla.¹¹⁹

Los comisionados se designan por el Titular del Ejecutivo para desempeñar sus puestos por periodos de diez años, renovables, y sólo pueden ser removidos de sus cargos por causa grave, debidamente justificada. Los requisitos para ser comisionado, de acuerdo con el artículo 26 de la LFCE, son los siguientes:

¹¹⁸ Artículo 8º del Reglamento Interior de la CFC, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de octubre de 1993.

¹¹⁹ Ibid, art. 14.

- a) Ser ciudadano mexicano.
- b) Ser profesional en materias afines al objeto de la LFCE.
- c) Ser mayor de 35 años y menor de 75 años.
- d) Haberse desempeñado en forma destacada en cuestiones profesionales de servicio público o académicas sustancialmente relacionadas con el objeto de la LFCE.

Los comisionados deben abstenerse de desempeñar cualquier otro empleo, trabajo o comisión pública o privada, con excepción de los cargos docentes. Asimismo, están impedidos para conocer de asuntos en que tengan interés directo o indirecto, en los términos del artículo 33 del Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia.

Corresponde al Pleno de la Comisión.¹²⁰

- I.- Resolver los casos de su competencia, sancionar administrativamente la violación de la Ley y sus reglamentos, y acordar la presentación de denuncias o querellas ante el Ministerio Público, en su caso;
- II.- Interpretar para efectos administrativos en caso de duda, confusión o desacuerdo, cualquier disposición de este reglamento, así como resolver aquellas situaciones no previstas en el mismo;
- III.- Resolver aquellos casos que al efecto le presente el Presidente de la Comisión;
- IV.- Aprobar los mecanismos de coordinación con las dependencias y entidades de la administración pública federal, de los estados, los municipios u otros organismos públicos o

¹²⁰ *Ibid.*, art. 20.

privados, para la prevención e investigación de los monopolios, estancos, concentraciones, prácticas monopólicas y, en general, para la debida aplicación de la Ley y sus reglamentos;

V.- Opinar sobre los proyectos de leyes y reglamentos en lo relativo a competencia y libre concurrencia, cuando se lo solicite el Ejecutivo Federal;

VI.- Aprobar los manuales de organización y de procedimientos, así como la normatividad interna de la Comisión;

VII.- Conocer el informe previo sobre posibles desechamientos de denuncias notoriamente improcedentes, y aprobar o impugnar total o parcialmente dicho informe;

VIII.- Resolver los recursos de reconsideración que se interpongan contra los actos de la propia Comisión;

IX.- A propuesta del Presidente, aprobar el establecimiento y sedes de las delegaciones regionales y las funciones conferidas a dichas delegaciones;

X.- En su caso, designar entre sus miembros al comisionado o comisionados visitantes de las delegaciones regionales, los cuales darán cuenta del funcionamiento de éstas a la Comisión;

XI.- Conceder licencias a los comisionados cuando exista causa justificada para ello, hasta por un mes cada año, con goce de sueldo, y siempre que no perjudique el buen funcionamiento de la Comisión; y

XII.- Las demás que señalen la ley, este reglamento u otros ordenamientos.

3.1.2.- Presidencia:

El Presidente de la Comisión es designado por el Titular del Ejecutivo. Por lo tanto, el Titular de Ejecutivo nombra a los comisionados y decide cuál de ellos es el Presidente de la Comisión.

El Presidente de la Comisión tiene las siguientes facultades:¹²¹

- I.- Coordinar los trabajos de la Comisión;
- II.- Instrumentar, ejecutar y vigilar la aplicación de las políticas internas que se establezcan en la materia;
- III.- Expedir y publicar un informe anual sobre el desempeño de las funciones de la Comisión, que incluya los resultados de sus acciones en materia de competencia y libre concurrencia;
- IV.- Solicitar a cualquier autoridad del país o del extranjero la información que requiera para indagar sobre posibles violaciones a esta ley;
- V.- Actuar como representante de la Comisión; nombrar y remover el personal; crear las unidades técnicas necesarias de conformidad con su presupuesto, así como delegar facultades; y
- VI.- Las demás que le confieran las leyes y reglamentos.

¹²¹ Op. cit., LFCE, art.28.

Corresponde al Presidente de la Comisión:¹²²

- I.- Proponer al Pleno las políticas de la Comisión y cuando sean aprobadas, cuidar que se apliquen o ejecuten;
- II.- Someter a la consideración del Pleno la interpretación para efectos administrativos de cualquier disposición de este reglamento, cuando exista duda, confusión o desacuerdo respecto de su alcance o sentido;
- III.- Admitir a trámite los casos y los recursos interpuestos ante la Comisión y acordar con el Secretario Ejecutivo, en su caso, el desechamiento de los notoriamente improcedentes sin necesidad de prevención en caso alguno;
- IV.- Formular las bases, revisar los requisitos y suscribir los convenios y contratos que celebre la Comisión;
- V.- Enviar a la Secretaría,¹²³ una vez autorizado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el proyecto de presupuesto de la Comisión, para que se integre al presupuesto global de esa dependencia;
- VI.- Emitir opinión sobre los ajustes a programas y políticas de la administración pública federal, cuando de éstos resulten efectos que puedan ser contrarios a la competencia y libre concurrencia;
- VII.- Expedir órdenes de presentación de documentación o información conforme a lo dispuesto por los artículos 21 ó 31 de la Ley, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate, utilizando en su caso las medidas de apremio señaladas en la Ley;

¹²² Op. cit. Reglamento Interior, art.24.

¹²³ Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI).

VIII.- Emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia, cuando lo considere pertinente, respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares o proyectos de todos éstos, así como respecto de actos administrativos, sin que dicha opinión tenga efectos jurídicos, ni pueda ser obligado a emitirla;

IX.- Ordenar la publicación de resoluciones completas emitidas por el Pleno, o bien extractos de aquellas, así como de artículos o de materiales de difusión relacionados con la legislación y las políticas de competencia, en informe que publique la Comisión. Dicho informe deberá ser anual, por lo menos, y será el órgano oficial de difusión de la Comisión;

X.- Participar con las dependencias competentes en la negociación y discusión de tratados o convenios internacionales en materia de competencia económica;

XI.- Asignar los asuntos a los comisionados;

XII.- Emitir los lineamientos en materia de difusión, y autorizar que los comisionados, el Secretario Ejecutivo y los servidores de la Comisión participen en eventos o ponencias, cuidando la uniformidad de criterios y políticas de la Comisión, salvo en lo relativo a votos particulares;

XIII.- Proponer a la aprobación del Pleno los manuales de organización y de procedimientos de la Comisión, así como la normatividad en materia de confidencialidad y los demás ordenamientos internos que juzgue convenientes para el buen desempeño de sus funciones; y

XV.- Las demás que señalen la Ley, este reglamento u otros ordenamientos.

3.1.3.- Secretaría Ejecutiva:

El artículo 29 de la LFCE establece que la Comisión cuenta con un Secretario Ejecutivo designado por el Presidente de la propia Comisión, quien tiene a su cargo la coordinación operativa y administrativa de la Comisión. Además, el Secretario Ejecutivo es el único facultado para dar fe de los actos en que interviene.

Corresponde al Secretario Ejecutivo.¹²⁴

I.- Auxiliar al Presidente en la asignación y tramitación de los casos, recursos y demás asuntos interpuestos ante la Comisión;

II.- Coordinar a las Direcciones Generales de la Comisión para la integración de los expedientes y su posterior envío al Presidente;

III.- Representar a la Comisión en toda clase de procedimientos administrativos, contenciosos administrativos, laborales y judiciales, y suplir al Presidente de la Comisión en los juicios de amparo;

IV.- Dar cuenta y levantar actas de las sesiones del Pleno y de las votaciones de los comisionados y notificar las resoluciones, así como tramitar la ejecución de éstas y de las sanciones impuestas por la Comisión;

V.- Coordinar y supervisar el debido seguimiento de los procedimientos que se sigan ante la Comisión, cuidando la uniformidad de criterios y evitando la duplicidad en los procedimientos que se tramiten ante la Comisión;

VI.- Coordinar y supervisar la administración de la Comisión;

¹²⁴ Op. cit. Reglamento Interior, art.25.

- VII.- Acordar con el presidente de la Comisión lo relativo a las sesiones del Pleno;
- VIII.- Expedir órdenes de presentación de documentación o información conforme a lo dispuesto por los artículos 21 ó 31 de la Ley, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate, aplicando en su caso las medidas de apremio señaladas por la Ley;
- IX.- Resolver, previo acuerdo con el Presidente de la Comisión, las consultas que presenten los interesados, sin que éstas tengan ningún efecto jurídico ni vinculativo;
- X.- Promover y coordinar las relaciones de la Comisión con las distintas dependencias y entidades de la administración pública federal, de los estados, de los municipios, u otros organismos públicos o privados, nacionales o internacionales, en materia de competencia económica y libre competencia;
- XI.- Admitir a trámite los casos y recursos interpuestos ante la Comisión y acordar con el Presidente de la misma, en su caso, el desechamiento de los notoriamente improcedentes sin necesidad de prevención en caso alguno;
- XII.- Presentar a la aprobación del Presidente el proyecto de presupuesto de la Comisión;
- XIII.- Expedir copias certificadas de las constancias que obren en el archivo de la Comisión, cuando deban ser exhibidas en algún procedimiento, proceso, averiguación, o cuando considere procedente por existir causas análogas. Asimismo, se deberán expedir copias certificadas cuando medie mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento;
- XIV.- Recibir, tramitar y turnar las denuncias o quejas que por violaciones a la Ley o al reglamento se presenten o inicien ante la Comisión;

XV.- Encargarse del establecimiento, operación y control de la Oficialía de Partes de la Comisión;

XVI.- Colaborar con el Presidente en la elaboración del informe anual de la Comisión, así como en los informes especiales que se requieran;

XVII.- Coordinar la participación de los servidores públicos de la Comisión en reuniones, convenciones, congresos, simposios y cualquier otra reunión a nivel nacional o internacional, en materia de competencia y libre concurrencia, bajo los lineamientos e instrucciones que señale el presidente;

XVIII.- Compilar las resoluciones de la Comisión y publicarlas cuando el Presidente así lo señale;

XIX.- Formar, mantener, custodiar y acrecentar el acervo biblio-hemerográfico de la Comisión; y

XX.- Las demás que señalen la Ley, este reglamento y otros ordenamientos, o que mediante acuerdo de delegación le otorgue el Presidente de la Comisión.

3.1.4.- Direcciones Generales:

El artículo 25 de la LFCE, en su segundo párrafo, establece que la Comisión tendrá el personal necesario para el despacho eficaz de sus asuntos, de acuerdo con el presupuesto autorizado.

Lo anterior, sienta la base para la existencia de las Direcciones Generales, mismas que responden directamente del desempeño de sus funciones y del ejercicio de sus atribuciones ante el Secretario Ejecutivo. Para el desempeño de sus funciones, las Direcciones Generales tienen un Director General, Directores de Area, Subdirectores, Jefes de Departamento, Analistas y demás personal técnico y administrativo que autorice el Presidente de la Comisión.

Corresponde a las Direcciones Generales.¹²⁵

- I.- Planear, programar, organizar, dirigir, controlar y evaluar el desempeño de las labores encomendadas a los órganos a su cargo;
- II.- Acordar con el Secretario Ejecutivo la resolución de los asuntos que sean de su competencia;
- III.- Formular los dictámenes, opiniones e informes que le sean solicitados por el Presidente o el Secretario Ejecutivo;
- IV.- Proponer a la Secretaría Ejecutiva el ingreso, promociones y licencias del personal a su cargo;
- V.- Elaborar proyectos sobre la organización de la Dirección General a su cargo y proponerlas al Secretario Ejecutivo;
- VI.- Formular los proyectos de programación y presupuestación de la Dirección General a su cargo;

¹²⁵ *Ibid*, an.27.

- VII.- Asesorar y apoyar a los comisionados en los asuntos que sean de su especialidad, a través del Secretario Ejecutivo y de acuerdo con los lineamientos que autorice el Presidente;
- VIII.- Coordinar sus actividades con otras Direcciones Generales o unidades de la Comisión cuando así lo requiera el buen funcionamiento de la misma;
- IX.- Firmar los acuerdos o resoluciones de trámite que sean de su competencia;
- X.- Inspeccionar, supervisar y aplicar la normatividad interna de la Comisión;
- XI.- Aplicar los mecanismos de cooperación e intercambio de información con las distintas dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de los estados, los municipios u otros organismos públicos y privados, siempre que no se trate de información confidencial y de acuerdo con los lineamientos que hayan sido aprobados;
- XII.- Dar el debido cumplimiento a los sistemas de documentación, transmisión e intercambio de información;
- XIII.- Proponer al Presidente o al Secretario Ejecutivo la celebración de bases de concertación y colaboración con otras dependencias, entidades, instituciones u organismos públicos y privados, con el objeto de facilitar el despacho de los asuntos que les correspondan; y
- XIV.- Los demás que señalen los reglamentos de la Ley u otros ordenamientos o que, mediante acuerdo de delegación, se les otorguen.

3.1.4.1.- Dirección General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos:

Corresponde a la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos.¹²⁶

I.- Apoyar, conforme a los lineamientos que señale el Secretario Ejecutivo y en coordinación con la Dirección General de Estudios Económicos, en el análisis de los proyectos de iniciativas de leyes, reglamentos, acuerdos, decretos, normas oficiales mexicanas y demás disposiciones de observancia general en materia de competencia económica y libre concurrencia, incluyendo actos de autoridad;

II.- Asesorar a los distintos órganos de la Comisión cuando éstos así lo soliciten, y vigilar la legalidad de la actuación de los servidores públicos de la Comisión en el ejercicio de sus atribuciones;

III.- Proponer a la Secretaría Ejecutiva la interpretación y los criterios generales de aplicación de las disposiciones normativas;

IV.- Opinar respecto de los dictámenes que le turnen otras Direcciones Generales, y supervisar o tramitar el desahogo de los procedimientos jurídicos que realice la Comisión, incluyendo el conocimiento, trámite o desahogo de las pruebas en los mismos y del incidente de suspensión de la ejecución de resoluciones;

V.- Representar a la Comisión en toda clase de procedimientos judiciales, administrativos, contenciosos administrativos y laborales, y coadyuvar en la elaboración de los informes justificados en los juicios de amparo, así como presentar denuncias o querellas ante el Ministerio Público en los casos en que procedan;

¹²⁶ Ibid, art.28.

VI.- Asesorar a los órganos de la Comisión en los asuntos laborales relativos al personal, incluyendo las prácticas y levantamiento de constancias y actas administrativas, y dictaminar sobre las bajas y demás sanciones que procedan respecto al personal;

VII.- Expedir, por acuerdo del Secretario Ejecutivo, órdenes de presentación de documentación o información conforme a lo dispuesto por los artículos 21 ó 31 de la Ley, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate, aplicando en su caso las medidas de apremio señaladas por la Ley;

VIII.- Supervisar la debida cumplimentación de las resoluciones de la Comisión, notificando al Secretario Ejecutivo el incumplimiento o insuficiencia en su ejecución;

IX.- Señalar las bases y requisitos legales a que deban sujetarse los convenios y contratos que suscriba la Comisión, dictaminarlos y llevar registro de los mismos;

X.- Recibir, tramitar y proponer los dictámenes sobre los recursos de reconsideración que se interpongan ante la Comisión, de conformidad con el artículo 39 de la Ley; y

XI.- Vigilar la aplicación de las medidas de apremio previstas en el artículo 34 de la Ley y proponer al Secretario Ejecutivo, en coordinación con las Direcciones Generales competentes, el monto de la multa que corresponda.

3.1.4.2.- Dirección General de Estudios Económicos:

Corresponde a la Dirección General de Estudios Económicos:¹²⁷

¹²⁷ *Ibid*, art. 29.

- I.- Realizar el análisis técnico-económico de los diversos mercados de bienes y servicios, de acuerdo con las políticas aprobadas por el Pleno;
- II.- Realizar los estudios técnicos para la resolución de los casos que se presenten ante la Comisión;
- III.- Estudiar leyes, reglamentos y normatividad vigente o en proyecto, así como los actos de autoridad, para determinar su impacto en la competencia económica y libre concurrencia, en coordinación con las Direcciones Generales correspondientes;
- IV.- Analizar el comportamiento de los distintos agentes económicos en los sectores regulados, por lo que respecta a competencia económica;
- V.- Estudiar las políticas, legislación y análisis de mercado en otros países, en materia de competencia económica y libre concurrencia para los efectos que el Presidente, algún comisionado, la Secretaría Ejecutiva o la misma Dirección General determine; y
- VI.- Formular estudios y elaborar propuestas para establecer las políticas de competencia de la Comisión.

3.1.4.3.- Dirección General de Concentraciones:

Corresponde a la Dirección General de Concentraciones:¹²⁸

- I.- Estudiar y dictaminar los casos que en materia de concentraciones se presenten ante la Comisión, así como colaborar con las demás áreas en los asuntos que se lo soliciten;

¹²⁸ Ibid, art.30.

- II.- Estudiar los sectores económicos regulados y dictaminar, en lo conducente, los casos que en esta materia se presenten a la Comisión;
- III.- Proponer las condiciones conforme a las cuales deban ser aprobadas las concentraciones y supervisar su cumplimiento;
- IV.- Expedir, por acuerdo del Secretario Ejecutivo, requerimientos de datos o documentos adicionales conforme a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley;
- V.- Estudiar los mercados, de acuerdo a los niveles de concentración o participación de los agentes económicos, así como las experiencias, normatividad y casos de concentraciones internacionales;
- VI.- Llevar el registro de las autorizaciones u observaciones que formule la Comisión, conforme a las normas aplicables; y
- VII.- Estudiar y hacer propuestas en materia de leyes, reglamentos y normatividad vigente o en proyecto, así como en materia de actos de autoridad relacionados con concentraciones, en coordinación con las Direcciones Generales correspondientes.

3.1.4.4.- Dirección General de Investigaciones:

Corresponde a la Dirección General de Investigaciones:¹²⁹

- I.- Iniciar y coordinar las investigaciones que se lleven a cabo de oficio o a instancia de parte por la Comisión, así como colaborar con las demás áreas en los asuntos en que se lo soliciten;

¹²⁹ Ibid, art.31.

II.- Expedir, por acuerdo del Secretario Ejecutivo, órdenes de presentación de documentación o información conforme a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate, utilizando en su caso medidas de apremio señaladas por la Ley;

III.- Dictaminar los casos en que haya intervenido;

IV.- Coordinar las acciones conjuntas con otras instituciones o dependencias públicas o privadas, nacionales o extranjeras, así como solicitar información, cuando lo requiera la naturaleza de la investigación;

V.- Supervisar, en coordinación con la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos, el desarrollo de las diligencias, evaluar los resultados de las mismas, y formular los informes correspondientes, así como las observaciones que considere pertinentes; y

VI.- Recabar pruebas y cualquier otro elemento de convicción en los casos e investigaciones a su cargo, de acuerdo con las políticas de la Comisión, y en coordinación con la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos.

3.1.4.5.- Dirección General de Administración:

Corresponde a la Dirección General de Administración:¹³⁰

I.- Proponer al Secretario Ejecutivo las medidas técnicas y administrativas que estime convenientes para la mejor organización y funcionamiento de la Comisión;

¹³⁰ Ibid, art.32.

II.- Atender las necesidades administrativas de información interna, de acuerdo con los lineamientos señalados por la Secretaría Ejecutiva;

III.- Proponer al Secretario Ejecutivo el proyecto de programa y presupuesto anual de la Comisión, así como vigilar su cumplimiento y realizar su evaluación, proponiendo las modificaciones pertinentes;

IV.- Autorizar, conforme a los lineamientos que señale el Secretario Ejecutivo, la documentación necesaria para las erogaciones con cargo al presupuesto, así como presentar las que deban ser autorizadas conforme a la normatividad aplicable;

V.- Atender, conforme a los lineamientos que señale el Secretario Ejecutivo, los asuntos del personal, su capacitación y el mejoramiento de sus condiciones económicas, sociales, culturales y de trabajo;

VI.- Tramitar los nombramientos de los servidores públicos, y los movimientos del personal y resolver, en coordinación con la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos, los casos de terminación de los efectos del nombramiento de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables; así como emitir y, en su caso, cartificar las constancias relativas al puesto o cargo que ocupen o hayan ocupado, sueldos y demás actividades inherentes de conformidad a los lineamientos que señalen el Presidente y el Secretario Ejecutivo;

VII.- Participar en la elaboración de las condiciones generales de trabajo, coordinar los estímulos y recompensas establecidos, y vigilar, en coordinación con la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos, su cumplimiento y difusión;

VIII.- Ejecutar, en coordinación con la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos, las sanciones administrativas a que se haga acreedor el personal de la Comisión, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Presidente o por el Secretario Ejecutivo;

IX.- Autorizar, en coordinación con la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos, los contratos de arrendamiento, adquisiciones, prestación de servicios o cualquier otro que implique actos de administración, que celebre la Comisión, conforme a los lineamientos que señale el Secretario Ejecutivo;

X.- Proponer a la Secretaría Ejecutiva los programas administrativos de operación, equipamiento, normatividad, vigilancia y seguridad, así como de racionalización del presupuesto, conforme a los lineamientos que señale la misma; y

XI.- Determinar y difundir los lineamientos y normas para el diseño y desarrollo de los sistemas informáticos y electrónicos que la Comisión requiera.

3.1.5.- Otros

Demás unidades y personal técnico y administrativo que autorice el Presidente de la Comisión.

3.2.- Problemas que presenta la naturaleza jurídica de la Comisión Federal de Competencia:

3.2.1.- Problemas de constitucionalidad:

Como ya se ha señalado, la Comisión es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), que cuenta con autonomía técnica y operativa, y que tiene a su cargo la prevención, investigación y combate de monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones, en los términos que fije la legislación de competencia.

Antes de seguir adelante, conviene explicar qué se entiende por "órgano desconcentrado", cuáles son sus características y dónde se ubican estos organismos dentro de la estructura administrativa de nuestro país.

De acuerdo con Gabino Fraga,¹³¹ los órganos desconcentrados surgieron para atenuar los inconvenientes de la centralización excesiva imperante en la Administración Pública de nuestro país. Los órganos desconcentrados tienen su fundamento legal en el artículo 90 Constitucional, que establece que la Administración Pública Federal (Poder Ejecutivo) será centralizada y paraestatal conforme a la ley orgánica que expida el Congreso. Esta ley orgánica es la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF), que en su

¹³¹ Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, México, pp. 195-197.

artículo 17 dispone lo siguiente: "para la eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les están jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables."¹³²

En base a lo anterior, la Comisión Federal de Competencia, como organismo desconcentrado, debe ser considerada constitucional. Los órganos desconcentrados, tienen como fundamento legal la LOAPF, y aunque el texto constitucional no se refiera a ellos en específico sino que sólo hable de Administración Pública centralizada y paraestatal, no se les puede acusar de inconstitucionales, ya que están subordinados a las Secretarías de Estado y a los Departamentos Administrativos, que forman parte, por mandato constitucional, de la Administración Pública centralizada. Los órganos desconcentrados, al estar jerárquicamente subordinados a órganos de la Administración Pública centralizada y haber sido creados para mejorar el desempeño de los mismos, también forman parte de la Administración Pública centralizada, y en virtud de esto cuentan con su mismo fundamento constitucional.¹³³

¹³² Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Editorial Porrúa, México, 1994, artículo 17.

¹³³ Gutiérrez y González (Derecho Administrativo al Estilo Mexicano, Editorial Porrúa, México, pp.280-301) se refiere a la desconcentración administrativa en los siguientes términos: "el Estado por conducto del Presidente de la República además de la administración centralizada tiene un sistema adicional para que lo ejerzan sus Secretarías de Estado y el Jefe del Departamento del Distrito Federal y con el que establezcan 'subórganos desconcentrados'". De lo expuesto por este autor podría desprenderse que la Administración Pública centralizada y la desconcentración administrativa son cosas distintas, sin embargo, como ya se señaló, los órganos desconcentrados forman parte de la Administración Pública centralizada y en virtud de ello, puede considerárseles como constitucionales.

Los órganos desconcentrados, al estar subordinados a las Secretarías de Estado o a los Departamentos Administrativos, pueden ser creados por acuerdo del Secretario de que se trate, por decreto presidencial o por una ley del estado.¹³⁴ En el caso de la Comisión Federal de Competencia, la misma fue creada por una ley del estado, la Ley Federal de Competencia Económica. Los órganos desconcentrados tienen autonomía técnica para resolver los problemas determinados que constituyen su finalidad. Por ello, se componen de funcionarios especializados en conocimientos técnicos.¹³⁵

Las características de los órganos desconcentrados son las siguientes:¹³⁶

- a) No tienen personalidad propia (ya que se componen de un grupo de funcionarios a los que se les encomienda una función específica).
- b) No tienen patrimonio propio (al no tener personalidad jurídica propia no pueden tener patrimonio propio).¹³⁷
- c) No constituyen una persona moral distinta del estado.
- d) Se trata de una subdependencia directamente subordinada al secretario del ramo.
- e) No tienen ninguna función ajena a las que le competen al secretario del ramo.

Es la última de estas características, es decir, la que se refiere a que los órganos desconcentrados no tienen ninguna función ajena a las que le competen al secretario del

¹³⁴ Ibid, p. 291.

¹³⁵ Ibid, p. 300.

¹³⁶ Ibid, p. 300-301.

¹³⁷ De acuerdo con Acosta Romero, Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, 8a edición, 1988, pp.313-320, la naturaleza jurídica de los órganos desconcentrados hay que determinarla teóricamente en cada caso al estudiar a los diferentes órganos. Según este autor, los mismos sí pueden llegar a tener personalidad jurídica y patrimonio propios. Sin embargo, en este trabajo se parte de la idea, comúnmente aceptada, de que los órganos desconcentrados carecen de estos atributos.

ramo, la que hace que la Comisión Federal de Competencia tenga una naturaleza jurídica difícil de precisar y la que nos sugiere o indica que esta Comisión no constituye un organismo desconcentrado en el aspecto "clásico" o "normal" del término.

El artículo 24 de la LFCE, cuyas fracciones se transcribieron en la primera parte de este capítulo,¹³⁸ se refiere a las atribuciones o facultades que tiene la Comisión Federal de Competencia. Dos de las fracciones de este artículo son de vital importancia para este estudio, la primera y la tercera. La primera, se refiere a la facultad de la Comisión para investigar la existencia de monopolios, estancos, prácticas o concentraciones prohibidas por la legislación de competencia; y la tercera, se refiere a la facultad de la Comisión para resolver los casos de su competencia, para sancionar administrativamente la violación de la LFCE y para denunciar ante el Ministerio Público las conductas delictivas en materia de competencia y libre concurrencia.

Para poder ejercer estas facultades, la LFCE establece dos tipos de procedimientos que pueden seguirse ante la Comisión, uno de oficio (al realizar investigaciones) y otro a petición de parte (al denunciar una práctica o concentración ante la Comisión). Es sobretodo el procedimiento a petición de parte, el que da a la Comisión características de tribunal sin serlo, y lo que convierte a la Comisión en un órgano difícil de situar en la estructura administrativa de nuestro país. La Comisión tiene atribuciones administrativas y jurisdiccionales, que la vuelven distinta a cualquier otro organismo desconcentrado (pues no son las atribuciones que tiene un secretario de la Secretaría de Comercio y Fomento

¹³⁸ Se transcriben al tratar el tema de la Integración y Atribuciones de la Comisión.

Industrial) y a cualquier otro tribunal, incluso tomando en cuenta los tribunales administrativos.

¿En qué se distingue la Comisión Federal de Competencia de un tribunal administrativo?

Los tribunales administrativos, de acuerdo con Fraga,¹³⁹ surgieron para tener un control jurisdiccional sobre la Administración Pública, pues un control de sus propios actos, que los dejara sin efecto a través de los recursos administrativos, era insuficiente. No existía la imparcialidad necesaria; se requería de órganos diferentes e independientes de la Administración Pública.

Los tribunales administrativos tuvieron como finalidad juzgar y decidir las controversias entre particulares y la Administración Pública, lo que dio lugar al contencioso-administrativo. Lo contencioso-administrativo puede analizarse desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material¹⁴⁰. Formalmente, lo contencioso-administrativo se refiere a los órganos competentes (tribunales administrativos) que conocen de las controversias provocadas por la actuación administrativa (los actos administrativos). Materialmente, lo contencioso-administrativo se refiere a las controversias entre un particular afectado en sus derechos (por la Administración Pública) y la Administración Pública. Por lo tanto, no se trata de contencioso-administrativo cuando existe una controversia entre particulares y la administración interviene para resolverla, pues no es un acto administrativo el que suscita la controversia.

¹³⁹ Op.cit. p.443.

¹⁴⁰ Cfr. Fraga.

La Comisión Federal de Competencia actúa como un tribunal, pero no como un tribunal administrativo, ya que resuelve controversias entre particulares, que además no son consecuencia de un acto administrativo. Por lo tanto, formalmente la Comisión no es un tribunal administrativo. Además, la LFCE no establece que la Comisión sea un tribunal aunque tenga características comunes a los mismos.

El hecho de que la Comisión formalmente no sea un tribunal explica por qué en contra de las resoluciones de la Comisión sólo procede el Amparo Indirecto. Una resolución definitiva de la Comisión, aunque ponga fin al procedimiento seguido en forma de juicio, únicamente se considera como un acto administrativo. Si la Comisión fuera un tribunal administrativo, en contra de sus resoluciones procedería el Amparo Directo.

A pesar de no tratarse de un tribunal administrativo, ni de un organismo que resuelve controversias consideradas materialmente como contencioso-administrativas, algunos argumentos que se elaboraron para criticar a los tribunales administrativos, pueden aplicarse a la Comisión Federal de Competencia. Las críticas que sufrieron los tribunales administrativos se deben a que los mismos surgieron mucho antes de que se les reconociera constitucionalmente. La falta de mención expresa de estos tribunales en el texto constitucional, ocasionó que muchos estudiosos elaboraran argumentos en torno a su dudosa constitucionalidad.¹⁴¹ De hecho, la interpretación que se dio al sistema constitucional mexicano a partir de 1857, fue la de considerar anticonstitucional la creación de tribunales administrativos. La trascendencia de estos argumentos dio lugar a la reforma de

¹⁴¹ Estos argumentos se elaboraron sobretudo en relación al Tribunal Fiscal de la Federación y al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal.

los artículos 104 y 73 Constitucionales. Actualmente estos artículos reconocen expresamente la existencia de tribunales de lo contencioso-administrativo para dirimir controversias que se susciten entre la Administración Pública (Federal o del Distrito y Territorios Federales) y los particulares.

Algunos de los argumentos anteriores a la reforma Constitucional son los que pueden utilizarse para reflexionar entorno a la constitucionalidad de la Comisión Federal de Competencia. Esta reflexión es importante, ya que el hecho de que la Comisión sea un organismo desconcentrado, no es suficiente para estar a salvo de cualquier cuestionamiento acerca de su posible anticonstitucionalidad. La característica de ser un órgano desconcentrado, en efecto, le da una base constitucional, sin embargo, las atribuciones de la Comisión pueden provocar su anticonstitucionalidad al alejarla de la definición clásica de órgano desconcentrado. Para resolver materialmente lo contencioso-administrativo se propuso el sistema de los tribunales administrativos, pero también el sistema de los tribunales judiciales. En esta tesis se analizan ambos sistemas, y se extiende la argumentación elaborada para cada uno a la Comisión Federal de Competencia. De esta forma se prueba su anticonstitucionalidad.

De acuerdo con Fraga,¹⁴² la adopción de uno u otro sistema depende de la interpretación que se haga del principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 Constitucional. Si se está a favor de los tribunales administrativos, se puede interpretar dicho precepto en el sentido de que existe un impedimento de los tribunales judiciales para intervenir en la

¹⁴² Véase *op. cit.* Fraga, p. 195-197.

Administración Pública. Si en cambio, se está a favor de los tribunales judiciales, se puede interpretar el artículo 49 Constitucional en el sentido de que cada poder debe ser considerado como una unidad. En base a esta interpretación, un tribunal independiente del poder judicial, rompe la unidad e invade la esfera de acción del poder judicial.

En el caso de la Comisión Federal de Competencia, las controversias que le compete resolver no son contencioso-administrativas, puesto que como ya se aclaró con anterioridad, no se trata de controversias entre la Administración Pública y los particulares, sino de controversias entre particulares. Ni siquiera en los procedimientos de oficio actúa la Comisión para resolver controversias entre la Administración Pública y los particulares, pues es la propia Comisión la que interviene como autoridad investigadora en contra del particular y la que juzga la controversia. Actúa como juez y parte.

Tomando ahora el argumento de la división de poderes, la interpretación que señala que los tribunales administrativos son los competentes para conocer de cuestiones de la Administración Pública (porque existe un impedimento de los tribunales judiciales para intervenir en la Administración), no se aplica en materia de competencia, ni siquiera tratándose de los procedimientos seguidos de oficio.

El artículo 104 Constitucional establece que corresponde a los tribunales de la Federación conocer: fracción I-A: “ **De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales.**¹⁴³ ”

¹⁴³ Op. cit., Constitución Política.

El cumplimiento y la aplicación de la LFCE genera controversias entre particulares que afectan el interés público y que pueden considerarse como controversias del orden civil, entendiendo esta última palabra en su sentido amplio. Entonces, si la materia de competencia y la problemática que surge de la aplicación de la LFCE es civil y mercantil (y no se trata de controversias de la Administración Pública), estamos dentro de la definición de “orden civil” que establece la fracción mencionada, y por lo mismo, dentro de la competencia de los tribunales federales. Es por esto, que el argumento aplicable a la Comisión, es el que se refiere a cada poder como una unidad. Sin embargo, en este caso, la Comisión Federal de Competencia invade la esfera de acción del poder judicial y en ese sentido es anticonstitucional, puesto que rompe con el principio de división de poderes.¹⁴⁴

La Ley Federal de Competencia es reglamentaria del artículo 28 Constitucional que prohíbe los monopolios, los estancos, las prácticas monopólicas y las exenciones de impuestos en los términos que fijen las leyes. En relación a esta prohibición, en el 2º párrafo se establece que: **“la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia...”**¹⁴⁵ Siguiendo lo establecido por este artículo, la LFCE debe hacer la misma prohibición general del artículo 28 Constitucional (que sí hace), señalar cómo la autoridad administrativa (la Comisión) perseguirá a quien incurra en alguna práctica prohibida (que sí hace) y cómo los tribunales castigarán la violación a la ley (que no hace). La Comisión Federal de Competencia no tiene porqué seguir un procedimiento a petición de parte o de oficio que

¹⁴⁴ Existen excepciones al principio que se refiere a cada poder como unidad. Sin embargo, estas excepciones deben estar consagradas expresamente en el texto Constitucional. No existe ninguna disposición expresa en el texto Constitucional que constituya una excepción al principio de división de poderes, aplicable al caso de la Comisión Federal de Competencia.

¹⁴⁵ Op. cit. Constitución Política.

culmine con una resolución acerca de la legalidad o ilegalidad de una práctica o concentración y de su posible sanción. Simplemente debería dedicarse a investigar la existencia de prácticas o concentraciones prohibidas, o la posible violación de LFCE por parte de los agentes económicos. Es decir, que la Comisión debería jugar un papel parecido al del Ministerio Público. Podría así iniciar investigaciones de oficio, actuando como autoridad, y después dejar a los tribunales castigar las violaciones a la LFCE. De esta forma ya no actuaría como juez y parte.

En el caso de la LFCE, no procede acción judicial con base en ella, fuera de la que se prevé en la propia ley, es decir, para obtener indemnización por los daños y perjuicios que hayan sido previamente demostrados ante la Comisión, a causa de una práctica monopólica o concentración ilícita. Por lo tanto, la propia LFCE rechaza en este artículo (salvo para el caso de indemnización por daños y perjuicios) la posibilidad de intervención de los tribunales judiciales en materia de competencia y libre concurrencia. Esto viola el artículo 104 Constitucional y demuestra la anticonstitucionalidad de la LFCE y, por lo tanto, también de la Comisión.

Un argumento que se dio a favor de los tribunales administrativos, al hacer una interpretación del artículo 22 Constitucional, es que el ejercicio de atribuciones de poder público, a través de mandamientos unilaterales y ejecutivos, no requiere para su validez ni para su cumplimiento de la sanción de los órganos jurisdiccionales, siempre y cuando los particulares afectados pudieran iniciar posteriormente revisión de estos mandamientos en la

via jurisdiccional. Esto, de acuerdo con Fraga,¹⁴⁶ quiere decir que pueden seguirse procedimientos jurisdiccionales ante tribunales administrativos, si la intervención de éstos no coarta el derecho de los particulares para ocurrir al juicio de amparo. Sin embargo, la Comisión Federal de Competencia, no se concreta a emitir mandamientos unilaterales y ejecutivos (como en el caso de la liquidación y cobro de impuestos por parte del Tribunal Fiscal de la Federación), sino que se dedica a juzgar controversias entre particulares que afectan a la sociedad o al público en general. Por esto, y porque la Constitución les da atribuciones, se requiere de la intervención de los órganos jurisdiccionales, aunque los particulares afectados por una resolución de la Comisión puedan acudir posteriormente a la vía judicial (amparo).

Se dieron otros argumentos a favor de los tribunales administrativos, sin embargo, no son aplicables al caso de la Comisión. A continuación se mencionan dos de ellos. El primero, se refiere a la necesidad de separar la Administración activa de la Administración contenciosa, para que la misma no actúe como juez y parte. Este argumento, no es aplicable al caso de la Comisión para justificar su actuación. Como se ha señalado, la Comisión puede iniciar investigaciones de oficio y actuar como juez y parte.

El segundo argumento, se refiere a la interpretación del artículo 14 Constitucional, en el sentido de que no hay necesidad de que un juicio se tramite ante las autoridades judiciales, dado que la jurisprudencia implícitamente reconoce la legalidad de los procedimientos a forma de juicio tramitados ante autoridades administrativas. Este argumento también podría

¹⁴⁶ Op. cit. Fraga, p. 459.

ser aplicado a favor de la Comisión Federal de Competencia. Sin embargo, este mismo artículo puede ser interpretado en contra de los tribunales administrativos. Esta interpretación contraria, se refiere a que los tribunales administrativos no son necesarios porque existe el amparo en materia administrativa. En contra de esto, aquellos a favor de los tribunales administrativos argumentaron que el juicio de amparo no podía desempeñar una función adecuada a las necesidades de la administración, ni podía servir con amplitud a la protección de los derechos de los administrados. Por lo tanto, a favor de los tribunales administrativos se puede argumentar, que el artículo 14 Constitucional no resulta específico para la materia administrativa, aunque implícitamente se reconoce la legalidad de los procedimientos jurisdiccionales seguidos ante autoridades administrativas.

En el caso de la Comisión Federal de Competencia el argumento que se refiere a que la misma es innecesaria en virtud de que existe el amparo en materia administrativa no puede aplicarse. Aunque el amparo procede en contra de una resolución de la Comisión, porque dicha resolución constituye un acto administrativo, el argumento de que el amparo podría ser un sustituto de este acto no es aplicable, ya que las resoluciones de la Comisión no recaen a actos administrativos. El argumento sólo es válido en el caso de que un acto administrativo genere una controversia, cuya solución consista en la emisión de otro acto administrativo, que es el que origina la intervención del Poder Judicial a través del juicio de amparo.

En resumen, hasta ahora contamos con dos fuertes argumentos, originalmente elaborados en contra de los tribunales administrativos, que apoyan la anticonstitucionalidad de la Comisión

Federal de Competencia: los relativos a los artículos 49 y 104 Constitucionales. Existe un tercer argumento a favor de esta anticonstitucionalidad, que se refiere al contenido del artículo 73 Constitucional. Este artículo, en su fracción XXIX-h, faculta al Congreso para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo. Sin embargo, en ninguna de sus fracciones hace referencia a la posibilidad de expedir leyes que instituyan organismos administrativos con facultades jurisdiccionales, como la Comisión Federal de Competencia. Si el Congreso carece de facultades para expedir una ley con las características de la LFCE, esta ley formalmente carece de una base constitucional, lo que se extiende al organismo creado por ella, es decir, a la Comisión Federal de Competencia.

De lo expuesto anteriormente, se puede concluir que existen suficientes argumentos acerca de la anticonstitucionalidad de la Comisión Federal de Competencia, todos ellos provenientes de la naturaleza jurídica incierta de dicho organismo. La Comisión, por lo tanto, no ocupa un sitio o lugar preestablecido en el organigrama de la Administración Pública Federal. Esto puede generar muchos problemas. En primer lugar, el hecho de que la Comisión pueda ser considerada anticonstitucional, le resta una gran fuerza a sus resoluciones, ya que las mismas pueden ser recurridas en cualquier momento en virtud de esta anticonstitucionalidad. En segundo lugar, el hecho de que la Comisión sea un organismo "sui generis", que no encaja en la estructura administrativa mexicana, ocasiona que exista una falta de precedentes aplicables para justificar su naturaleza jurídica y para abordar cuestiones en materia de competencia.

3.2.2.- Problemas de ejecución:

La Comisión Federal de Competencia, al tener atribuciones que competen a un tribunal, presenta los problemas de anticonstitucionalidad antes mencionados. Sin embargo, no es un tribunal, porque la LFCE no la reconoce como tal y porque se trata de un órgano del Poder Ejecutivo con características distintas a las de un tribunal administrativo. Es por esto, que la Comisión enfrenta otro problema, esto es, el problema de hacer que sus resoluciones se cumplan efectivamente. La Comisión carece de "imperio" para hacer cumplir sus resoluciones, en virtud de no tener formalmente la categoría de un tribunal. Así por ejemplo, cuando la Comisión resuelve que una práctica determinada disminuye, daña o impide la competencia y libre concurrencia, por tratarse de una práctica monopólica absoluta, debe emitir una resolución en la que declare violatoria de la LFCE a esa práctica, y en la que declare su nulidad. De acuerdo a la LFCE,¹⁴⁷ las prácticas monopólicas absolutas no producen efectos jurídicos, esto es que son nulas absolutamente,¹⁴⁸ y que los efectos que hayan producido deben destruirse. Sin embargo, la Comisión no tiene facultades, a diferencia de un tribunal judicial, para destruir estos efectos. En todo caso, tiene que acudir a los tribunales judiciales para ejercitar una acción de nulidad. De esta forma, a través de los tribunales, puede ejecutar los efectos de la declaratoria de nulidad.

Los problemas de ejecución se presentan cada vez que la Comisión resuelve respecto a la existencia y sanción de una práctica o concentración prohibidas por la ley. Tratándose de la

¹⁴⁷ Ley Federal de Competencia, artículo 9°.

¹⁴⁸ En el segundo capítulo de la tesis ya se discutíó respecto a si el artículo 9° de la LFCE se refiere a nulidad absoluta o a inexistencia, se llegó a la conclusión de que se trata de nulidad absoluta.

imposición de multas, las mismas deben pagarse a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por lo que la Comisión se concreta a imponer las multas, pero no puede exigir su pago sino a través de la Secretaría referida, pues es esta Secretaría la que cuenta con la facultad económico-coactiva en relación a todo tipo de multas administrativas. Lo mismo sucede cuando la Comisión ordena la corrección, suspensión o supresión de una práctica o concentración. Si los agentes económicos afectados por una resolución de este tipo no cumplen voluntariamente con lo que la misma dispone, la Comisión no puede hacer nada más que apercibir e imponer multas para obligar a los agentes económicos a cumplir. Sin embargo, si aún después de las multas, los agentes económicos no cumplen con la resolución de la Comisión, ésta tendrá que intentar que se ejecute su resolución con la intervención de los tribunales judiciales federales, para que los mismos tomen las medidas necesarias para que la misma se cumpla coactivamente. El problema de que intervengan los tribunales para ejecutar las resoluciones de la Comisión, es que expresamente no existe ningún fundamento Constitucional para dicha intervención. Esto es un verdadero problema.

Existen dos formas de abordar el problema y de darle solución, aunque cada una de estas posibles soluciones también enfrenta dificultades, pues como ya se señaló, no existe ningún precepto que resuelva el problema de quién y cómo debe ejecutar los actos administrativos. La primera forma de abordar el problema consiste en interpretar ciertos artículos constitucionales de tal forma que se justifique la ejecución de los actos administrativos por parte de la propia Administración Pública. En defensa de esta postura es posible argumentar que el principio de división de poderes (artículo 49 Constitucional), junto con el contenido

del primer párrafo del artículo 16 Constitucional,¹⁴⁹ únicamente otorgan importancia al hecho de que la autoridad encargada de llevar a cabo la ejecución de una resolución, sea la autoridad competente. En virtud de esto, bastaría sólo con analizar si la facultad de ejecución se encuentra dentro de la esfera de acción del poder Ejecutivo. Fraga¹⁵⁰ señala que no existe ninguna norma que otorgue en forma expresa esta facultad al Poder Ejecutivo, pero que tampoco existe norma expresa que la otorgue al Poder Judicial, por lo que en virtud de lo dispuesto por el artículo 89 Constitucional, fracción I, se puede concluir que la Administración Pública sí tiene facultades para ejecutar sus resoluciones. El artículo 89 Constitucional, fracción I señala que: **“corresponde al Ejecutivo promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.”**¹⁵¹ No obstante, en contra de esta postura encontramos el argumento que sostiene que los tribunales judiciales son los competentes para ejecutar los actos administrativos.

Darle competencia a los tribunales judiciales para ejecutar las resoluciones administrativas constituye la segunda forma de abordar el tema y de darle solución al problema. Esta postura se basa en el contenido de los artículos 14 y 104 Constitucionales. El artículo 14 Constitucional se refiere a que: **“nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales**

¹⁴⁹ El artículo 16 Constitucional señala en el primer párrafo que: **“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.**

¹⁵⁰ Cfr, Fraga.

¹⁵¹ Op.cit. Constitución Política.

del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.¹⁵²” De acuerdo con el contenido de este artículo, la Comisión al no ser un tribunal podría, al ejecutar sus resoluciones, violar el texto Constitucional.

Para no incurrir en esta violación, la Comisión puede intentar la ejecución material de sus resoluciones a través de apercibimientos y de multas, pero sin intervenir más allá, ya que no puede privar a ninguna persona de sus propiedades, posesiones o derechos. Claro que no todos los actos administrativos son privativos de derechos, pero en el caso de que una resolución de la Comisión sí lo sea, la misma deberá dejar su ejecución a los tribunales judiciales.

En apoyo a lo anterior tenemos el contenido del artículo 104 Constitucional, fracción I, que como se ha señalado al tratar el tema de la anticonstitucionalidad de la Comisión, establece que **“corresponde a los tribunales de la Federación conocer de todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales¹⁵³”**.

A pesar de que existen opiniones diversas en relación al contenido de este artículo, el criterio que se sigue en esta tesis, es el de entender “orden civil” en su sentido amplio, es decir, como controversia de carácter civil o mercantil. En el caso de la Comisión, a pesar de que ante la misma se sigue un procedimiento administrativo, y de que sus resoluciones son

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid.

consideradas como actos administrativos, sus atribuciones se refieren a la solución de cuestiones que atentan en contra del proceso de competencia y libre concurrencia. La materia de competencia económica entra dentro de lo que se conoce como derecho mercantil, y en virtud de ello dentro del derecho civil, entendido éste en su sentido amplio.

El artículo 104 Constitucional, fracción I, por lo tanto, se refiere a que los tribunales deben intervenir en cuestiones de competencia, para poder castigar las violaciones a la LFCE. Sin embargo, la LFCE no da entrada a los tribunales sino que crea a la Comisión para aplicar la ley y castigar sus posibles violaciones. Al hacer esto, la LFCE sólo aplaza la intervención de los tribunales judiciales, puesto que como ya se señaló, la Comisión carece de "imperio" para ejecutar sus resoluciones. Es decir, que los tribunales no conocen de cuestiones de competencia económica, porque para ello fue creada la Comisión, pero sí intervienen para ejecutar sus resoluciones, porque la Comisión carece de imperio para ello. Por lo tanto, este artículo podría ser aplicable no tan solo para que los tribunales conozcan en materia de competencia, sino para que intervengan al ejecutar las resoluciones de la Comisión.

Si nos atenemos a este criterio, que parece ser el más razonable, la Comisión tendrá que acudir a los tribunales judiciales del "orden civil" para poder hacer que se ejecuten sus resoluciones. En apoyo a esto, el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en materia de administrativa,¹⁵⁴ establece que: **"puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el**

¹⁵⁴ La supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles en materia administrativa se analiza más adelante. Se hace referencia a la materia administrativa, porque el procedimiento ante la Comisión es un procedimiento administrativo.

interés contrario¹⁵⁵". La Comisión, como autoridad, puede entonces acudir a los tribunales, por tener interés en que la autoridad judicial ejecute sus resoluciones.

3.2.3.- Falta de incentivos económicos para denunciar:

El artículo 38 de la LFCE establece que los agentes económicos que hayan demostrado durante el procedimiento haber sufrido daños y perjuicios a causa de una práctica monopólica o concentración ilícita, podrán deducir su acción por la vía judicial, para obtener una indemnización por daños y perjuicios. La necesidad de los agentes económicos de ocurrir ante los tribunales para poder ser indemnizados, genera una falta de incentivos económicos para denunciar prácticas monopólicas y concentraciones.

Las prácticas monopólicas absolutas pueden ser denunciadas por cualquier persona, pero las prácticas relativas y las concentraciones deben denunciarse únicamente por el afectado. Por lo tanto, un incentivo para denunciar cualquier tipo de práctica o concentración prohibidas por la LFCE, debería de ser la expectativa de obtener una indemnización por daños y perjuicios, si la práctica o concentración efectivamente resulta ser ilícita. Sin embargo, para obtener una indemnización por daños y perjuicios se deben seguir los siguientes pasos:

a) Acudir a la Comisión para denunciar la práctica o concentración que se estime violatoria de la LFCE, estar involucrado en alguna de estas denuncias o verse afectado por una

¹⁵⁵ Código Federal de Procedimientos Civiles, Editorial Porrúa, México, 1993.

práctica o concentración que se persigue en una investigación de oficio iniciada por la Comisión Federal de Competencia.

b) Seguir todo el procedimiento ante la Comisión, hasta que se emita una resolución respecto a la ilicitud de la práctica o concentración en cuestión.

c) Demostrar durante el procedimiento que se han sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica o concentración ilícitas.

En relación a este inciso c) cabe señalar que por requisito de ley, es necesario incluir en la denuncia, al denunciar prácticas monopólicas relativas o concentraciones, los conceptos que demuestren que el denunciante ha sufrido o puede sufrir un daño o perjuicio sustancial. No obstante, tratándose de prácticas monopólicas absolutas, este requisito no es necesario, puesto que puede ser el afectado o cualquier otra persona la que interponga la denuncia ante la Comisión. ¿En qué momento debe el afectado por una práctica monopólica absoluta demostrar los daños y perjuicios que la misma le causa?

También es un problema demostrar los daños y perjuicios en el caso de investigaciones de oficio iniciadas por la Comisión. Los agentes económicos que pueden sufrir daños o perjuicios a causa de una práctica o concentración prohibidas pueden ser muchísimos, pueden ser por ejemplo todos los consumidores de un determinado bien o servicio. ¿Estos agentes económicos deben enterarse por sí mismos de que se sigue un procedimiento ante la Comisión en el cual ellos pueden aparecer como afectados de una determinada práctica monopólica o concentración? ¿Alguien los llama para que demuestren los daños y perjuicios durante el procedimiento? De acuerdo con la LFCE, los agentes económicos deben probar los daños y perjuicios sufridos por la práctica monopólica o concentración ilícita durante el

procedimiento, ni antes ni después. No obstante, la LFCE no prevé la forma en la que los agentes económicos deben intervenir en el procedimiento, así como tampoco prevé cómo debe hacerseles intervenir, etc.

d) Un vez obtenida la resolución acerca de la ilicitud de una práctica o concentración, es necesario esperar a que la misma quede firme. Después de esto, se tiene que acudir a los tribunales civiles para ejercitar una acción judicial que les permita obtener una indemnización por daños y perjuicios. Ante estos tribunales se tiene que seguir todo un nuevo procedimiento, que va desde el ejercicio de la acción por daños y perjuicios, hasta la sentencia firme y su ejecución.

El doble procedimiento que debe seguirse, primero ante la Comisión y después ante los tribunales judiciales, se traduce en una falta de incentivos de los agentes económicos para denunciar una práctica monopólica o concentración. Esto, en razón de que la obtención de una indemnización se vuelve remota y sumamente difícil. Sólo quien tras un análisis costo-beneficio decida que es más conveniente no sufrir daños y perjuicios en el futuro (aunque esto sólo sea una expectativa porque, como ya vimos, la Comisión enfrenta problemas en la ejecución de sus resoluciones), denunciará una práctica monopólica o una concentración ante la Comisión. Quien no tenga interés en el futuro sino que quiera recuperar los daños y perjuicios sufridos, no denunciará. Es muy alto el costo de seguir un doble procedimiento y de estar enterado de todos los asuntos en los que se puede intervenir como afectado por una práctica monopólica o concentración ilícita.

CAPITULO 4

Parte adjetiva de la LFCE

4.1.- Supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles en materia administrativa:

Aunque el contenido de la LFCE es básicamente de caracter sustantivo, este ordenamiento dedica cinco artículos, al procedimiento que se sigue ante la Comisión Federal de Competencia, ya sea que el mismo se inicie de oficio o a petición de parte.

Antes de seguir adelante, es importante recordar que los artículos 14 y 16 Constitucionales consagran las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica respectivamente, y que de acuerdo con su contenido, **“nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho¹⁵⁶”**. Asimismo, **“nadie puede ser molestado en su persona, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento¹⁵⁷”**.

¹⁵⁶ Op. cit. Constitución Política, art. 14, segundo párrafo.

¹⁵⁷ Ibid, art. 16, primer párrafo.

En el capítulo anterior ya se señaló que la Comisión a pesar de no ser un tribunal actúa como tal. Sin embargo, el contenido de los artículos 14 y 16 Constitucionales se ha extendido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, a la actuación de autoridades administrativas. Es decir, que nos enfocamos en este capítulo a tratar a la Comisión como autoridad administrativa, que en su actuación y en virtud de que la ley le establece un procedimiento a seguir en sus actuaciones, debe observar con apego a la Constitución las formalidades esenciales del procedimiento.

Los cinco capítulos que la ley destina al procedimiento en forma genérica no son suficientes para cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento. Además, el texto de la ley no hace referencia a la aplicación supletoria de un código adjetivo, como podría ser en materia administrativa el Código Federal de Procedimientos Civiles (el "CFPC"). El artículo 33 de la LFCE en su última parte establece que: **"En lo no previsto, se estará a lo dispuesto en el reglamento de esta ley¹⁵⁸"**. Este reglamento aun no se expide, por lo que los agentes económicos sólo cuentan con las disposiciones concernientes al procedimiento que establece la LFCE. Una de las lagunas de la LFCE, por lo tanto, consiste en que la misma no señala un ordenamiento procesal de aplicación supletoria.

Es común que las leyes de carácter federal que establecen procedimientos administrativos señalen de manera expresa la supletoriedad del CFPC, en razón de la aceptación que existe acerca de la supletoriedad del derecho común ante las lagunas de la ley. Esto quiere decir, que si en derecho sustantivo el ordenamiento supletorio es la legislación civil del lugar de

¹⁵⁸ Op. cit. LFCE.

que se trate, también lo es en materia adjetiva el código de procedimientos civiles correspondiente. De esta forma, en materia de derecho administrativo federal, el ordenamiento sustantivo aplicable supletoriamente es el Código Civil, y el ordenamiento adjetivo aplicable es el CFPC.

No obstante lo anterior, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existen contradicciones respecto a la aplicabilidad supletoria del CFPC en procedimientos administrativos, para el caso de que la ley no establezca expresamente dicha supletoriedad.

A continuación se transcriben algunos criterios judiciales:

Instancia: Segunda Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 6A
Volumen: CXVII
Página: 87

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. SUPLETORIEDAD DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

El Código Federal de Procedimientos Civiles debe estimarse supletoriamente aplicable (salvo disposición expresa de la ley respectiva), a todos los procedimientos administrativos que se tramiten ante autoridades federales, teniendo como fundamento este aserto, el hecho de que si en derecho sustantivo es el Código Civil el que contiene los principios generales que rigen en las diversas ramas del derecho, en materia procesal, dentro de cada jurisdicción, es el código respectivo el que señala las normas que deben regir los procedimientos que se sigan ante las autoridades administrativas, salvo disposición expresa en contrario; consecuentemente, la aplicación del Código Federal de Procedimientos Civiles por el sentenciador, en ausencia de alguna disposición de la ley del acto, no puede agraviar al sentenciado.

PRECEDENTES:

Amparo en revisión 7538/63. Vidriera México, S.A.
9 de marzo de 1967. 5 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.
Volumen XLI, Tercera Parte, pág.90. Amparo en revisión
1260/60. La Madrileña, S.A. 23 de noviembre de 1960. 5 votos
Ponente: Rafael Matos Escobedo.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Epoca: 8A
Tomo: VIII NOVIEMBRE
Tesis: I.4° A.369A
Página: 237
Clave: TC014369ADM

LEY ORGANICA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL FUERO COMUN, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL A LA.

Si el procedimiento del que deriva el acto reclamado está regulado específicamente y en forma exclusiva por la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, ésta no puede ser suplida por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pues para que esto ocurra en la especie se debe dar un supuesto indispensable, que es el que la ley que puede considerarse deficiente o incompleta, determine en forma categórica cual es la ley o leyes que deben regir a falta de disposición expresa. Así a manera de ejemplo, los artículos 2º de la Ley de Amparo, 390 de la Ley de Reforma Agraria, 1054 del Código de Comercio, 15 del Código Fiscal de la Federación y 11 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del estado, determinan cual es el cuerpo legal que debe aplicarse en forma supletoria, lo que es comprensible y obvio, pues de esa manera se protege el principio de seguridad jurídica a favor del gobernado, y así se le hace saber en forma indubitable a qué cuerpo legal debe acudir, en caso de que la ley que rige al procedimiento relativo no contemple en forma expresa alguna cuestión jurídica procesal o que conteniéndola sea deficiente su reglamentación.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO

PRECEDENTES:

Amparo en revisión 3264/90. Susana Leticia García Camarena de García. 23 de mayo de 1991. Mayoría de votos. Ponente: David Delgadillo Guerrero. Disidente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Silvia Gutiérrez Toro

Dada la duda que existe sobre la supletoriedad del CFPC, es conveniente que dicha supletoriedad se establezca en el reglamento de la LFCE, a pesar de que pueda alegarse que el establecimiento de una disposición de este orden en un reglamento, cuando la ley no lo hace, es anticonstitucional por exceder los límites previstos en la fracción I del artículo 89 Constitucional. Sin embargo, no establecer la supletoriedad implica que el reglamento debe

prácticamente transcribir las disposiciones del CFPC y que en caso de que existan lagunas, las mismas no puedan resolverse de acuerdo a disposiciones supletorias.

En esta tesis se parte de la idea de que la supletoriedad en materia administrativa si procede y que de esta forma se complementa la parte adjetiva de la LFCE.

4.2.- Procedimiento ante la Comisión Federal de Competencia:

Como lo establece el artículo 30 de la LFCE, el procedimiento ante la Comisión se inicia de oficio o a petición de parte. De acuerdo con el artículo 1º del CFPC, quien tenga interés jurídico puede iniciar un procedimiento o intervenir en él. Por lo tanto, debe entenderse que todos los agentes económicos a que se refiere el artículo 3º de la LFCE pueden iniciar o intervenir en los procedimientos que se siguen ante la Comisión, siempre que tengan interés jurídico en el asunto de que se trate. Esto es, que se tenga interés en que la Comisión declare o constituya un derecho o imponga una sanción (o que se tenga el interés contrario).

Por su parte, el artículo 31 de la LFCE señala que la Comisión en ejercicio de sus atribuciones, puede requerir la información o documentos relevantes para realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate, agregando, que la información y documentos que se obtengan al realizar las investigaciones, así como los que se proporcionen a la Comisión, son estrictamente

confidenciales. Si no se estableciera la confidencialidad de la información, como señalan el texto de Castañeda, Levy, Martínez y Merino¹⁵⁹ **“la cooperación de los agentes económicos para hacer cumplir la ley se dificultaría y el funcionamiento mismo de la Comisión podría ser un obstáculo importante a la actividad económica. Las resoluciones de la Comisión incluirán nadamás los elementos mínimos necesarios para describir la problemática enfrentada y el análisis llevado a cabo para fundamentar la resolución”**. Al establecer la confidencialidad de la información que se proporciona a la Comisión **“el público en general conocerá los criterios seguidos, pero no habrá revelación de información comercialmente valiosa...”**¹⁶⁰ Los servidores públicos de la Comisión están sujetos a responsabilidad en los casos de divulgación de información, excepto cuando medie orden de autoridad competente.

4.2.1.- Denuncia:

De acuerdo con el artículo 32 de la LFCE, cualquier persona en el caso de prácticas monopólicas absolutas, o el afectado en el caso de las demás prácticas y concentraciones prohibidas por la ley, podrá denunciar por escrito ante la Comisión al presunto responsable, indicando en qué consiste dicha práctica o concentración. Asimismo, se indica que en el caso de prácticas monopólicas relativas o concentraciones, el denunciante deberá incluir los

¹⁵⁹ Op.cit. Antecedentes económicos para una LFCE, p.23.

¹⁶⁰ Ibid.

elementos que configuren las prácticas o concentraciones, y en su caso, los conceptos que demuestren que el denunciante ha sufrido o puede sufrir un daño o perjuicio sustancial.

La LFCE se limita a establecer quiénes pueden denunciar, señalando como único requisito de la denuncia de prácticas monopólicas absolutas que en la misma se indique en qué consiste la práctica o concentración denunciada. Tratándose de prácticas monopólicas relativas o concentraciones, como quien debe denunciar es el afectado, la ley exige demostrar en qué consisten las prácticas o concentraciones denunciadas y el daño que las mismas le causan al denunciante. La ley no señala ningún otro requisito. Sin embargo, aplicando supletoriamente el CFPC podemos concluir que los requisitos que debe reunir la denuncia son los siguientes:

- a) Nombre y domicilio del denunciante y del denunciado o denunciados.
- b) Hechos en que el denunciante funde su acción, narrándolos suscintamente, con claridad y precisión, de tal manera que el denunciado pueda contestar la denuncia.
- c) Fundamentos de derecho.
- d) Señalamiento con exactitud de lo que se pide a la Comisión.
- e) La práctica monopólica o concentración que se atribuye al denunciado, haciendo una relación entre los elementos que conforman las prácticas o concentraciones y los hechos de la denuncia.
- f) Tratándose de prácticas monopólicas relativas o concentraciones señalar cuál es el mercado relevante y establecer si se considera que el denunciado tiene poder sustancial sobre dicho mercado.

Asimismo, adaptando el contenido del CFPC, se puede decir que junto con la denuncia deben presentarse todos los documentos en que el denunciante funde su acción. Si no los tiene a su disposición debe solicitar a la Comisión que los requiera, señalando el archivo o lugar en que se encuentran.

Se deben adjuntar a la denuncia:

- a) Copia de la denuncia y sus anexos para cada una de las partes.
- b) El documento en que acredite su personalidad el promovente, si la denuncia se interpone por representante legal o mandatario del denunciante.
- c) Las pruebas que se ofrecen.

El último párrafo del artículo 32 de la LFCE establece que se podrán desechar las denuncias que sean notoriamente improcedentes, pero no señala cuándo existe notoria improcedencia. Posiblemente se deseche una denuncia cuando no se cumplan los requisitos señalados anteriormente.

4.2.2.- Emplazamiento y periodo probatorio:

De acuerdo con el artículo 33 de la LFCE el procedimiento ante la Comisión se tramitará conforme a las siguientes bases:

Fracción I : “Se emplazará al presunto responsable, informándole en qué consiste la investigación, acompañando, en su caso, copia de la denuncia”¹⁶¹.

¹⁶¹ Op. cit. LFCE.

De esta fracción se desprende que deberá emplazarse al presunto responsable, tanto en el caso de procedimientos de oficio, como en el caso de procedimientos seguidos a petición de parte. Esto quiere decir que tratándose de investigaciones de oficio, se le correrá traslado al presunto responsable de la resolución de la Comisión que explique el contenido y alcance de la investigación realizada, así como de las presunciones de la Comisión respecto a las prácticas monopólicas o concentraciones violatorias de la ley. Tratándose de un procedimiento iniciado a petición de parte, se le corre traslado de la denuncia al denunciado. Una vez emplazado el presunto responsable, la fracción II del artículo 33 de la LFCE establece:

Fracción II: “El emplazado contará con un plazo de 30 días naturales para manifestar lo que a su derecho convenga y adjuntar las pruebas documentales que obren en su poder y ofrecer las pruebas que ameriten desahogo”¹⁶².

Tratándose de procedimientos iniciados a petición de parte el emplazado debe contestar la denuncia negándola, confesándola u oponiendo excepciones, en un periodo de 30 días naturales. El denunciado, de acuerdo con lo que establece el CFPC, debe referirse a todos y cada uno de los hechos comprendidos en la denuncia, afirmándolos, negándolos, expresando que los ignora por no ser propios, o refiriéndolos como crea que tuvieron lugar. Asimismo, señala el CFPC, que se tendrán por admitidos los hechos sobre los que el denunciado no suscitare explícitamente controversia, sin admitirse prueba en contrario. Agrega el CFPC que la negación pura y simple del derecho importa la confesión de los hechos, mientras que la confesión de éstos no entraña la confesión del derecho.

¹⁶² Ibid.

Al contestar la denuncia, se puede contradenunciar. En este caso debe darse oportunidad al denunciado de ampliar la contestación de la denuncia.

Tratándose de investigaciones de oficio, también se otorga al emplazado un periodo de 30 días naturales para que manifieste lo que a su derecho convenga y adjunte y ofrezca pruebas que ameriten desahogo.

En lo tocante a las pruebas, la supletoriedad del CFPC es de vital importancia, ya que la LFCE no establece absolutamente nada al respecto. En general, siguiendo el CFPC, cabe señalar que la Comisión, para conocer la verdad de los hechos, puede valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

La Comisión no tiene límites temporales para ordenar la aportación de pruebas que juzgue indispensables para formar su convicción respecto al contenido de la litis, ni rigen para ella las limitaciones y prohibiciones en materia de prueba, establecidas en relación a las partes.

Todo el capítulo del CFPC concerniente a las pruebas puede aplicarse o extenderse al caso de la Comisión. Por lo tanto, se remite al capítulo de pruebas del CFPC para evitar caer en más repeticiones en lo tocante a los criterios generales, así como en relación a las distintas

Al contestar la denuncia, se puede contradenunciar. En este caso debe darse oportunidad al denunciado de ampliar la contestación de la denuncia.

Tratándose de investigaciones de oficio, también se otorga al emplazado un periodo de 30 días naturales para que manifieste lo que a su derecho convenga y adjunte y ofrezca pruebas que ameriten desahogo.

En lo tocante a las pruebas, la supletoriedad del CFPC es de vital importancia, ya que la LFCE no establece absolutamente nada al respecto. En general, siguiendo el CFPC, cabe señalar que la Comisión, para conocer la verdad de los hechos, puede valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

La Comisión no tiene límites temporales para ordenar la aportación de pruebas que juzgue indispensables para formar su convicción respecto al contenido de la litis, ni rigen para ella las limitaciones y prohibiciones en materia de prueba, establecidas en relación a las partes.

Todo el capítulo del CFPC concerniente a las pruebas puede aplicarse o extenderse al caso de la Comisión. Por lo tanto, se remite al capítulo de pruebas del CFPC para evitar caer en más repeticiones en lo tocante a los criterios generales, así como en relación a las distintas

pruebas. Estas pruebas son: la confesional, la documental pública y privada, la pericial, la de reconocimiento o inspección judicial, la testimonial, la instrumental y la presuncional.

Cabe destacar, antes de seguir adelante, que para el cómputo de los distintos términos, se considera que los mismos empiezan a correr a partir del día siguiente a aquél en que surten sus efectos las notificaciones, citaciones o emplazamientos. En lo que hace a los requisitos de las notificaciones, citaciones o emplazamientos se remite íntegramente al CFPC.

Por su parte, las fracciones III y IV del artículo 33 de la LFCE establecen que:

Fracción II: “Una vez desahogadas las pruebas, la Comisión fijará un plazo no mayor de 30 días naturales para que formulen alegatos verbalmente o por escrito”¹⁶³.

Fracción IV: “Una vez integrado el expediente, la Comisión deberá dictar resolución en un plazo que no excederá de 60 días naturales”¹⁶⁴.

Las resoluciones que dicta la Comisión en el caso de la fracción IV, se refieren a aquellas por virtud de las cuales se resuelve un asunto en cuanto al fondo y que deben emitirse por el Pleno, por el Presidente o por el Secretario Ejecutivo de la Comisión según sea el caso. Sin embargo, durante un procedimiento también pueden dictarse resoluciones consistentes en acuerdos de trámite que se dicten por el Director General de Asuntos Jurídicos y Contenciosos de la Comisión o por el Secretario Ejecutivo de la misma.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

4.3.- Sanciones:

Los artículos 35 a 38 de la LFCE contemplan las sanciones que pueden ser impuestas por la Comisión. Dentro de dichas sanciones se distinguen las correctivas de las punitivas. Las primeras consisten en:

- a) Suspensión, corrección o supresión de la práctica o concentración.
- b) Orden de desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente.

Las segundas consisten en multas aplicables cuando se han realizado conductas que van en contra de la LFCE.

Tratándose de la imposición de multas, el artículo 36 de la LFCE establece que la Comisión debe considerar:

- a) La gravedad de la infracción.
- b) El daño causado.
- c) Los indicios de intencionalidad.
- d) La participación del infractor en los mercados.
- e) El tamaño del mercado afectado.
- f) La duración de la práctica o concentración.
- g) La reincidencia o antecedentes del infractor.
- h) La capacidad económica del infractor.

En relación a las multas administrativas, el artículo 3° del Código Fiscal de la Federación ("CFF") en su primer párrafo establece que: **"Son aprovechamientos los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintas de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal"**¹⁶⁵.

Por su parte el artículo 4° del mismo ordenamiento dispone que: **"Son créditos fiscales los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de aprovechamientos o de sus accesorios,...La recaudación proveniente de todod los ingresos de la Federación, aun cuando se destinen a un fin específico, se hará por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o por las oficinas que dicha Secretaría autorice"**¹⁶⁶.

Por lo tanto, de acuerdo con el CFF, las multas que impone la Comisión, pueden considerarse como aprovechamientos, y en virtud de ello como créditos fiscales.

En la imposición de multas, la Comisión debe tener mucho cuidado y cumplir rigurosamente con lo que establece el artículo 36 de la LFCE, ya que el artículo 22 Constitucional señala que están prohibidas las multas excesivas. Para entender a lo que se refiere el artículo 22 Constitucional, conviene tener en cuenta las siguientes tesis:

¹⁶⁵ Código Fiscal de la Federación y su Reglamento, Ediciones Delma, 8a Edición, México, 1993.

¹⁶⁶ Ibid.

Instancia: Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación
 Tomo: XLVIII
 Epoca: 5A
 Página: 767

MULTA EXCESIVA.- En el texto constitucional respectivo, sólo quedó consignada la prohibición de imponer multas excesivas, pero sin darse la definición de ellas, ni establecer normas que bastaran para calificar las sanciones pecuniarias, en los casos que se presentaran en la práctica. Por otra parte, el concepto exacto del Constituyente no puede conocerse debido a que en la sesión respectiva del Congreso en que se votó el artículo 22, no llegó a tratarse la cuestión, ni el dictámen de la Comisión que lo formuló contiene ideas sobre el particular. Por tanto, para establecer un criterio sobre la fijación de las multas, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia adopta la teoría consistente en dejar al criterio prudencial del juzgador, en cada caso jurídico y justo, dado que no es posible establecer una norma general que atienda a las condiciones económicas del infractor, que, en definitiva, es la única circunstancia que puede tenerse en cuenta para valorar con equidad el carácter de la multa aplicada; sin que pueda admitirse la tesis de que el criterio para juzgar si una multa es excesiva o no depende de la aplicación del máximo o mínimo que fije la ley, en correspondencia con la gravedad de la infracción, pues aun en el caso de que se aplique el mínimo, la multa podría ser excesiva para una persona, para otra no, por la cuantía de sus bienes, por lo que, para imponerla, deben tenerse presente en cada caso, dos elementos fundamentales: que exista correspondencia entre la cuantía de la multa y la fortuna y condiciones económicas del infractor, y que la sanción pecuniaria esté en proporción con el valor del negocio en que se cometió la infracción que se castiga.

Amparo en revisión No.2329/32. Eulogio Verdugo. 14 de abril de 1936. Resuelto por unanimidad de votos. Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Informe de su presidente correspondiente a 1936. Págs.85 y 86.

MULTAS, CUANDO NO SON EXCESIVAS.- El concepto de multa excesiva es muy antiguo en la Teoría de la Constitución. Y si el artículo 1º del Bill of Rights de 1688 decreta que no pueden exigirse fianzas exageradas, ni imponerse multas excesivas, ni inflingirse penas crueles e "inusitadas" otro tanto hace la Enmienda Octava que sufre la Constitución de los Estados Unidos de América, del 17 de septiembre de 1789, a los dos años de su expedición, cuando prescribe que "no se impondrán multas desproporcionadas, ni se aplicarán penas crueles y desusadas". Sin que sea oportuno profundizar más, por ahora, en los antecedentes constitucionales mexicanos acerca de lo que debe entenderse por multa excesiva, sí es pertinente expresar que el artículo 22 de la Constitución de 1857 prohibió las multas de esta índole, y que la Constitución actual no sólo insiste en su proscripción, sino que incluso establece que no se considerará, como confiscación de bienes, la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, para el pago de multas (artículo 22, párrafos primero y segundo). Para la imposición de una multa administrativa y su estimación de que es

constitucional, deberá tomarse en cuenta la gravedad de la infracción realizada, los perjuicios ocasionados a la colectividad y la reincidencia en la comisión del hecho que la motiva, en relación a la capacidad económica del infractor, bases que deben observarse para que no resulte excesiva.”

Suprema Corte de Justicia de la Nación Informe
rendido por el Presidente en el año de 1970. Ter-
cera parte, Sala Auxiliar, Pág. 105.

Las multas que establece la LFCE no son multas excesivas, toda vez que conforme al artículo 36 de dicho ordenamiento, en la imposición de las multas, la Comisión debe considerar los elementos personales del infractor, etc. Por otra parte, tanto en el artículo 35, como en el artículo 37 se determinan los límites superiores (cuando se dice “hasta”) pudiendo imponerse cantidades inferiores a los máximos indicados.

4.3.1.- Coercibilidad de las multas impuestas por la CFC:

Por medio del procedimiento administrativo de ejecución, las autoridades fiscales pueden exigir el pago de los créditos fiscales (en este caso, multas que hayan sido impuestas por la Comisión) que no hayan sido cubiertos o garantizados dentro de los plazos señalados por la ley.

El procedimiento administrativo de ejecución comienza requiriendo el pago al deudor, y en caso de que el mismo no pague en el acto, se procede al embargo. Una vez realizado el embargo, se nombra depositario de los bienes del deudor, o de la negociación embargada.

En caso de que el deudor continúe sin pagar el crédito fiscal, se procede al remate de los bienes para el cobro del crédito fiscal. El procedimiento se suspende cuando se garantiza el interés fiscal y se interpone un medio de defensa que suspende la realización del procedimiento, como el recurso de oposición al procedimiento administrativo de ejecución.

Contra la resolución que recae al recurso de oposición al procedimiento administrativo de ejecución procede el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación. Sin embargo, el recurso de oposición al procedimiento administrativo de ejecución debe agotarse antes de promover juicio de nulidad.

4.3.2.- Sanciones a prácticas monopólicas absolutas:

Las sanciones que se establecen en la LFCE son especialmente fuertes, para que puedan disminuirse realmente los incentivos a infringir la ley. Tratándose de prácticas monopólicas absolutas, la ley dispone que quienes incurran en ellas se hagan acreedores de una multa, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda resultar. Aunque la LFCE no prevé en su texto sanciones penales, es importante recalcar la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal en virtud de lo dispuesto en el artículo 253 del Código Penal, bajo el título de "Delitos contra la economía pública". En este artículo se establecen actos y omisiones que afectan al consumo nacional y que son sancionados con multa y con prisión. Entre estos actos u omisiones, se encuentran aquellos relacionados con artículos de consumo necesario, con materias primas necesarias para elaborarlos o con materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional. Algunos de ellos consisten en:

- a) El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto de los consumidores.
- b) Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio.
- c) La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de mantener los mercados en injusto precio.
- d) Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para evitar la competencia entre sí y que traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios paguen precios exagerados.
- e) La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un alza en los precios o de afectar el abasto de los consumidores.

La multa imponible a las prácticas monopólicas absolutas es hasta por el equivalente a 375 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal. El alto monto de esta multa se debe a que los agentes económicos que incurrir en prácticas monopólicas absolutas tienen ganancias extranormales debido a su poder de mercado. Es decir, que las multas son tan altas para lograr disuadir a los agentes económicos de violar la legislación de competencia.

Los agentes económicos tienden a hacer un análisis costo-beneficio acerca de si les conviene o no violar el ordenamiento legal, y en razón de este posible cálculo, se requiere, además de imponer multas elevadas, de la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal.

Asimismo, cuando a juicio de la Comisión alguna práctica monopólica absoluta revista particular gravedad, en lugar de la multa mencionada, se impone una multa hasta por el 10%

de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o hasta por el 10% del valor de los activos del infractor, cualquiera que resulte más alta.

A parte de estas multas, siempre se puede ordenar la suspensión, corrección o supresión de la práctica monopólica absoluta de que se trate. En la resolución que declare la existencia de una práctica monopólica absoluta, debe declararse su nulidad, conforme a lo establecido por el artículo 9º de la LFCE.

4.3.3.-Sanciones a prácticas monopólicas relativas:

Tratándose de prácticas monopólicas relativas, generalmente se aplican sanciones de suspensión, corrección o supresión de la práctica, como podrían ser la prohibición de actuar en ciertos mercados o la prohibición de llevar a cabo ciertas acciones. Esto se debe a que las prácticas monopólicas relativas pueden tener tanto efectos procompetitivos como efectos anticompetitivos, y a que la finalidad de la sanción es contrarrestar sólo estos últimos. Con una sanción pecunaria, generalmente no se corrigen los efectos monopólicos de las prácticas relativas y por lo mismo, estas sanciones pecunarias se consideran únicamente como complemento de las sanciones correctivas.

En caso de incurrir en alguna de las prácticas monopólicas relativas especificadas en la LFCE, en las fracciones I a VI del artículo 10 de la LFCE, la multa es de 225 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal. Tratándose de cualquier otra práctica monopólica, fracción VII del artículo 10 de la LFCE, no especificada en las demás fracciones de este artículo, se impone una multa hasta por el equivalente a 100 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

Al igual que en las prácticas monopólicas absolutas y en las concentraciones, si la práctica monopólica relativa reviste particular gravedad, en lugar de la multa mencionada, se impone multa hasta por el 10% de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o hasta el 10% del valor de los activos del infractor, cualquiera que resulte más alta.

4.3.4.- Sanciones a concentraciones:

En el caso de concentraciones, la LFCE tiene un carácter preventivo, ya que establece que deben notificarse ciertas concentraciones antes de realizarse. Si no se notifican estas concentraciones, los agentes económicos responsables son acreedores de una multa. No obstante su carácter preventivo, la LFCE establece la desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda. La sanción pecunaria, en este caso, consiste en multa hasta por el equivalente a 225 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, y de 100 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por no haber notificado una concentración cuando legalmente se debía hacerlo.

Para hacer efectiva la disposición sobre notificaciones previas, las operaciones no podrán ser inscritas en el Registro Público de Comercio mientras no hayan obtenido resolución favorable de la Comisión.

Las concentraciones que revistan particular gravedad se sancionan con la misma multa que tratándose de prácticas monopólicas (absolutas y relativas) excepcionalmente graves.

4.3.5- Otras sanciones:

Además de sancionar a quienes incurran en prácticas monopólicas y concentraciones, la LFCE sanciona a los individuos que participen directamente en las mismas, en representación o por cuenta y orden de personas morales. En este caso la multa es hasta por el equivalente a 7,500 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

4.4.- Medios de defensa en contra de las resoluciones dictadas por la CFC:

4.4.1.- Resoluciones que imponen multa:

En contra de las resoluciones que imponen una multa, se puede interponer recurso de reconsideración (artículo 39 de la LFCE). El recurso de reconsideración es un recurso administrativo y como tal, de acuerdo con Fraga¹⁶⁷, constituye "el medio legal de que dispone el particular, afectado en sus derechos o intereses por un acto administrativo determinado, para obtener en los términos legales de la autoridad administrativa, una revisión del propio acto, a fin de que dicha autoridad lo revoque, lo anule o lo reforme en caso de encontrar comprobada la ilegalidad o la inoportunidad del mismo". Los recursos administrativos deben estar previstos en la ley.

¹⁶⁷ Op.cit. Fraga, p.435.

De acuerdo con la LFCE, el recurso de reconsideración "podrá" interponerse en contra de las resoluciones de la Comisión. Esta palabra "podrá" puede ser indicativa de que el recurso en cuestión es optativo. Sin embargo, al respecto existen opiniones contrarias. Se dice, por una parte, que un recurso es optativo únicamente cuando la ley que lo establece así lo señala expresamente (bajo este criterio la palabra "podrá" no se considera suficiente para clasificar al recurso de optativo), y por otra parte, también se dice que un recurso es optativo cuando la ley otorga esta opción al particular mediante la palabra "podrá".

En el caso del recurso de reconsideración que se interpone ante la Comisión, la ley no señala expresamente que se trate de un recurso optativo, pero deja la posibilidad abierta al utilizar la palabra "podrá". Es importante que se establezca un criterio al respecto, sobretodo si en virtud de una resolución que impone una multa, el agente económico afectado desea promover juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

El artículo 202 del Código Fiscal de la Federación establece que: **"es improcedente el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación en los casos, por las causas y contra los actos que: Fracción VI: Puedan impugnarse por medio de algún recurso o medio de defensa, con excepción de aquellos cuya interposición sea optativa¹⁶⁸".**

Por lo tanto, si se considera al recurso de reconsideración como un recurso optativo, el agente económico afectado por una resolución de la Comisión que le imponga una multa,

¹⁶⁸ Op. cit. CFF.

podrá agotar primero el recurso, y en el caso de que la Comisión confirme su resolución, podrá promover juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación. En el caso de que decida no agotar el recurso, podrá promover directamente juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

Por el contrario, si se considera que el recurso no es optativo, el particular afectado por la resolución de la Comisión deberá agotar el recurso antes de promover el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

El juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación es procedente en contra de las resoluciones dictadas por la autoridad administrativa que se consideren ilegales y, que por lo tanto, se deseen impugnar; la acción la tienen tanto el particular como la propia autoridad administrativa.

El artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, establece que: **“Las Salas Regionales conocerán de los juicios que se inicien contra las resoluciones definitivas que se indican a continuación: Fracción III: Las que impongan multas por infracción a las normas administrativas federales”¹⁶⁹.**

¹⁶⁹ Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, Ediciones Andrade, México, 1994.

En base a esta fracción, podemos afirmar que en contra de una resolución de la Comisión que impone una multa, es procedente el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

En contra de la resolución que emita la Sala Regional correspondiente del Tribunal Fiscal de la Federación, procede el recurso de reclamación o el juicio de amparo. El recurso de reclamación procede en contra de las resoluciones del magistrado instructor que desechen la demanda, la contestación o alguna prueba, que decreten el sobreseimiento del juicio, o aquellas que rechacen la intervención de tercero. En los casos en que procede el recurso de reclamación, el particular afectado puede elegir entre agotar el recurso o ir directamente al amparo indirecto.

Por otra parte, en contra de las resoluciones que emita la Sala Regional del Tribunal Fiscal de la Federación, procede el amparo directo, ya que las resoluciones del Tribunal Fiscal de la Federación se consideran como sentencias definitivas que ponen fin al juicio.

Tratándose de juicios de amparo indirecto, quien resulte perjudicado por la sentencia puede pedir revisión por parte del tribunal colegiado correspondiente. En cambio, tratándose de sentencias de amparo directo, éstas pueden ser revisadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia cuando impliquen problemas de constitucionalidad de leyes o reglamentos.

4.4.2.- Resoluciones que ordenan la suspensión, corrección o supresión de una práctica o concentración, o bien que ordenan la desconcentración total o parcial de lo que se haya concentrado indebidamente:

Al igual que en el caso de las resoluciones que imponen multas, en el caso de resoluciones que ordenan la suspensión, corrección o supresión de una práctica o concentración, o bien que ordenan la desconcentración total o parcial de lo que se haya concentrado indebidamente, "podrá" interponerse recurso de reconsideración ante la propia Comisión. Si el recurso no es optativo, los agentes económicos afectados por una resolución de este tipo deberán interponer recurso de reconsideración, y en caso de que la resolución impugnada sea confirmada por parte de la Comisión, podrán promover juicio de amparo indirecto. Asimismo, si se considera que la interposición del recurso es optativa, y el particular decide no agotar el recurso, el mismo podrá promover juicio de amparo indirecto.

En contra de las resoluciones de la Comisión, aunque las mismas pongan fin al procedimiento sólo procede el juicio de amparo indirecto, pues las mismas se consideran como actos administrativos al no provenir de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

4.4.3.- Resoluciones mixtas:

A lo que aquí se denomina una resolución mixta es a aquella resolución en la que la Comisión impone una multa y también ordena la suspensión, corrección o supresión de una práctica o concentración, o bien ordena también la desconcentración total o parcial de lo que se haya concentrado indebidamente. Este es el caso más complejo.

Después de agotar el recurso de reconsideración, si la resolución que recae al mismo confirma tanto la multa como el resto de la resolución, puede promoverse amparo indirecto por lo que toca a la suspensión, corrección, etc., pero también puede promoverse juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación por lo que corresponde a la multa. Al analizar este tema surgen muchísimas dudas: el particular afectado por una resolución de este tipo ¿debe promover juicio de amparo o juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación? ¿Puede promover ambos? En caso de que se decida por promover juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación ¿puede el Tribunal Fiscal, al analizar la legalidad de la multa, estudiar el fondo del asunto?.

A pesar de que la Comisión es el único organismo que puede conocer de cuestiones de competencia económica ¿cómo resuelve el Tribunal Fiscal de la Federación sobre una multa sin analizar los hechos y consideraciones de derecho que la motivan y fundamentan? ¿Puede el Tribunal Fiscal de la Federación cambiar el fondo de una resolución de la Comisión?

Las respuestas a estas preguntas exceden del alcance de esta tesis. Sin embargo, por tratarse de cuestiones importantes, se plantean en este trabajo, en forma de cuestionamientos, algunos de los problemas que presentan este tipo de resoluciones, y se hace referencia a dos artículos del Código Fiscal de la Federación que están relacionados con las respuestas a estas preguntas.

El artículo 238 del Código Fiscal de la Federación establece: **“Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales: Fracción IV: Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas”¹⁷⁰.**

El contenido del artículo 239 del Código Fiscal de la Federación, enmarcado también en el capítulo que se refiere al procedimiento contencioso administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación reviste una gran importancia, por lo que a continuación se transcribe íntegramente:

Artículo 239: “La sentencia definitiva podrá:

- I. Reconocer la validez de la resolución impugnada;**
- II. Declarar la nulidad de la resolución impugnada;**

¹⁷⁰ Op. cit. CFF.

III. Declarar la nulidad de la resolución impugnada para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, salvo que se trate de facultades discrecionales.

Si la sentencia obliga a la autoridad a realizar un determinado acto, o iniciar un procedimiento, deberá cumplirse en un plazo de cuatro meses, aun cuando haya transcurrido el plazo que señala el artículo 67 de este Código.

En caso de que se interponga recurso, se suspenderá el efecto de la sentencia hasta que se dicte la resolución que ponga fin a la controversia.

El Tribunal Fiscal de la federación declarará la nulidad para el efecto de que se emita una nueva resolución cuando se esté en alguno de los supuestos previstos en las fracciones II y III, y en su caso V, del artículo 238 de este Código¹⁷¹.

4.5.- Características del recurso de reconsideración:

El artículo 39 de la LFCE señala que contra las resoluciones dictadas por la Comisión con fundamento en la LFCE se puede interponer, ante la propia Comisión, recurso de reconsideración, dentro del plazo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de la notificación de las resoluciones. Esto es, que se puede interponer el recurso de reconsideración contra toda resolución que ponga fin al procedimiento seguido ante la Comisión, o que resuelva un expediente.

¹⁷¹ Ibid.

La interposición del recurso tiene por objeto revocar, modificar o confirmar la resolución reclamada.

El escrito de interposición del recurso debe cumplir con lo siguiente:

- a) Señalar a la Comisión como órgano competente. En específico, el recurso debe dirigirse al Presidente de la Comisión.
- b) Indicar el nombre, denominación o razón social del recurrente.
- c) Señalar el domicilio para oír y recibir notificaciones.
- d) Señalar a las personas autorizadas para oír y recibir notificaciones.
- e) Expresar el acto impugnado y su fecha de notificación o de comisión.
- f) Expresar los hechos.
- g) Expresar el derecho.
- h) Expresar los agravios causados por la resolución.
- i) Formular petición, solicitando expresamente la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada.
- j) Señalar como objeto del recurso la revocación o modificación de la resolución impugnada.
- k) Firma del interesado o de su representante legal.

El promovente del recurso de reconsideración debe anexar a su escrito, los documentos que acrediten su personalidad y los elementos de prueba que se consideren necesarios.

La interposición del recurso suspende la ejecución de la resolución impugnada.

Cuando el recurso de reconsideración se interponga en contra de una resolución que sancione con la suspensión, corrección o supresión de una práctica monopólica o concentración, o cuando se interponga en contra de una resolución que ordene la

desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente, y se pueda ocasionar daño o perjuicio a terceros, únicamente procede la suspensión si el promovente otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios si no obtiene resolución favorable.

En todos los casos, la Comisión debe dictar resolución y notificarla al promovente del recurso en un término de 60 días, contados a partir de la fecha de interposición del recurso. El silencio de la Comisión significa la confirmación del acto.

Los fallos que dicte la Comisión deben contener la fijación del acto impugnado, los fundamentos legales en que se apoye y los puntos de resolución. Esto es, que las resoluciones que recaigan al recurso deben estar debidamente fundadas y motivadas, y deben examinar todos y cada uno de los agravios expuestos por el promovente.

La Comisión puede resolver en el sentido de desechar el recurso o de confirmar, modificar o revocar la resolución impugnada. La resolución que recae al recurso es inimpugnable ante la Comisión, por lo que puede considerarse como definitiva en tanto no se impugne por la vía del juicio de amparo.

4.6.- Notificación de concentraciones:

Cuando de acuerdo con lo que establece el artículo 20 de la LFCE, lo agentes económicos deben notificar una concentración a la Comisión, el escrito de notificación deberá sujetarse a lo dispuesto por el artículo 21 de la LFCE. La fracción I de este artículo establece:

Fracción I: “La notificación se hará por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los agentes económicos involucrados, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida”¹⁷².

4.6.1.- Requisitos del escrito de notificación de concentraciones:

Para dar cumplimiento a la fracción I del artículo 21 de la LFCE, la Comisión elaboró el documento denominado “Instructivo para la Notificación de Concentraciones” (el “Instructivo”), donde se hace énfasis en que la información que debe contener el escrito de notificación debe satisfacerse en su totalidad y que en caso de no poder contestar algún inciso, deben aducirse los motivos que justifiquen la omisión.

Asimismo, se señala que toda la información debe entregarse por duplicado y los documentos en idioma extranjero deben presentarse conjuntamente en idioma español.

¹⁷² Op. cit. LFCE.

Además, toda la información y los documentos que se proporcionen a la Comisión, deben proporcionarse bajo protesta de decir verdad, manifestando conocimiento de las penas en que incurrirán quienes declaran con falsedad ante autoridad distinta de la judicial, en cuyo caso la Comisión cuenta con la posibilidad de objetar la transacción.

Los escritos de notificación de concentraciones deben presentarse en la Oficialía de Partes de la Comisión. No obstante, si se trata de personas que residen fuera del Distrito Federal, las notificaciones pueden realizarse por correo certificado con acuse de recibo. Los documentos que se presentan ante la Comisión deben ser originales o copias certificadas. El promovente puede solicitar el cotejo de los documentos originales presentados si anexa copia simple de los mismos. Una vez presentados los originales y las copias, la Comisión debe realizar el cotejo y poner a disposición del promovente los originales.

De acuerdo con lo dispuesto por la fracción I del artículo 21 de la LFCE (que es muy vago) y por el Instructivo elaborado por la Comisión, conviene señalar lo que debe contener el escrito de notificación y señalar los documentos que se deben anexar al mismo.

El escrito de notificación de concentraciones debe especificar: datos generales de las personas que notifican la concentración, la transacción que se pretende realizar, las personas que participan en la misma y otros requisitos. A continuación se hace referencia a cada una de estas especificaciones:

4.6.1.1.-Datos Generales:

- a) Nombre, razón social o denominación social de la(s) persona(s) que notifica(n), dirección, números de teléfono y de fax en su caso.
- b) Nombre del representante legal o de quien promueve. Anexar testimonio o copia certificada de la escritura pública o acto jurídico que acredite su personalidad.
- c) Domicilio para oír y recibir notificaciones. Indicar asimismo, el nombre de las personas autorizadas para los mismos efectos. En caso de que la notificación la efectúen dos o más agentes económicos, nombre del representante común.
- d) Datos de las personas participantes. Indicar los nombres, razón social o denominación y nacionalidad de los agentes económicos que participan en la transacción, sean personas físicas o personas morales, y sus subsidiarias.

4.6.1.2.- Descripción de la transacción:

- a) Describir la concentración propuesta, especificando si se trata de una fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del(los) cual(es) se concentren sociedades, acciones, asociaciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general de las sociedades. De aprobarse la concentración señalar cuáles serían las posibles fechas en que ésta se llevaría a cabo.

b) Anexar el proyecto de acto o actos jurídicos correspondientes a la concentración propuesta y cualquier otro documento relacionado (por ejemplo convenio, contrato o cualquier otro documento, incluyendo anexos), que ayuden a entender la transacción propuesta.

En caso de que no exista el proyecto de acto jurídico, se debe señalar esta situación e indicar los términos y condiciones bajo los que se pretende llevar a cabo la concentración que se notifica.

c) Describir los objetivos por los cuales se desea llevar a cabo la concentración (por ejemplo hacer un mejor uso de la planta productiva, aprovechar cadenas de distribución, ahorro en costos fijos, cubrir zonas geográficamente estratégicas u otros) apoyándolos con documentos que permitan percibir su importancia y las repercusiones que, a su juicio, tendrá la concentración en el ámbito económico.

4.6.1.3.-Personas que participan en la transacción:

a) En caso de personas morales, anexar testimonio o copia certificada de las escrituras constitutivas y, en su caso, las últimas reformas a los estatutos sociales.

b) Indicar si alguno de los agentes económicos tiene participación en la administración o actividad de cualquier otra índole en empresas que produzcan o comercialicen productos y servicios iguales o similares a los de las sociedades participantes.

- c) Indicar si alguno de los agentes económicos forma parte de un grupo de empresas (conglomerado, consorcio, controladora o cualquier otra forma de agrupación) o forma parte de sus órganos de administración o de dirección. Describir el(los) objeto(s) y socios de cada empresa del grupo, y la relación que existe entre la empresa participante y el grupo.
- d) Describir la estructura del capital social de las sociedades participantes. Anexar certificación del Secretario del Consejo, del Administrador Único o de la persona legalmente facultada para ello, respecto de la actual estructura accionaria o de partes sociales, para cada una de las sociedades.
- e) Describir la estructura del capital social de las sociedades antes de la concentración y una vez realizada la concentración.
- f) Anexar los Estados Financieros auditados por contador público, del último ejercicio para cada una de las sociedades.
- En caso de que aún no estén auditados por contador público, debe manifestarse tal situación y anexar los del último ejercicio que se tengan auditados.
- g) Indicar, en su caso, las asociaciones o cámaras agropecuarias, comerciales, industriales o de servicios, a las cuales pertenecen las sociedades.

4.6.1.4.- Otros requisitos:

- a) Descripción de los objetivos de la transacción que se notifica, la participación en el mercado relevante de los agentes económicos involucrados en la misma, su poder sustancial

en dicho mercado y las repercusiones que, a su juicio, tendrá la concentración en el ámbito económico.

b) Firma del o de los interesados o de quien esté legalmente facultado para ello.

4.6.2.- Procedimiento de notificación de concentraciones:

Presentado el escrito de notificación, las fracciones II a VI de la LFCE señalan que la Comisión puede solicitar datos o documentos adicionales dentro de los 20 días naturales contados a partir de la recepción del escrito de notificación¹⁷³, mismos que los interesados deben proporcionar dentro de un plazo de 15 días naturales. Este plazo puede ampliarse en los casos en que así se justifique debidamente.

A partir de la recepción de la información o de la documentación adicional, la Comisión tiene un plazo de 45 días naturales para emitir resolución. Si la Comisión no emite resolución en ese plazo, se entiende que la misma no tiene objeción alguna para que la concentración se lleve a cabo. En casos complejos, el plazo de 45 días se puede ampliar hasta por 60 días adicionales.

La ley señala que las resoluciones que emita la Comisión deben estar fundadas y motivadas, y establece que las resoluciones favorables no prejuzgan respecto a la realización de otras prácticas monopólicas prohibidas por esta ley, por lo que no releva de otras responsabilidades a los agentes económicos involucrados.

¹⁷³ En casos complejos el Presidente de la Comisión puede ampliar el plazo hasta por 60 días adicionales.

El artículo 22 de la LFCE por su parte dispone, que las concentraciones que obtengan resolución favorable, no podrán ser impugnadas con base en la LFCE, excepto cuando la resolución favorable se haya obtenido con base en información falsa. Asimismo, no pueden ser impugnadas con base en la LFCE, transcurrido un año desde la fecha de su realización, las concentraciones que no requieran ser previamente notificadas.

Conclusiones:

1.- Las bases constitucionales de la LFCE son los artículos 28 y 5° Constitucionales.

Del análisis que se hace en esta tesis del artículo 28 Constitucional, se concluye que el mismo tiene por objeto, entre otras cosas, proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, lo cual a su vez constituye el objeto de la LFCE.

El artículo 5° Constitucional también es una de las bases constitucionales de la LFCE, ya que al garantizar la libertad de trabajo, protege la concurrencia de los agentes económicos en los mercados.

2.- El artículo 28 Constitucional, desde la Constitución de 1857 hasta la fecha ha sufrido pocas reformas en relación con otros artículos del texto Constitucional.

El texto vigente del artículo 28, claramente sienta las bases para la promulgación de una ley reglamentaria con las características de la LFCE.

3.- La "Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios" de 1934, es el antecedente más importante de la LFCE. Su contenido, sin embargo, es totalmente distinto al de la LFCE.

En esta tesis se demuestra que la legislación de 1934 era una ley proteccionista con un contenido totalmente contrario al de una legislación antimonopólica. La ley de 1934 no protege el proceso de competencia y libre concurrencia en beneficio de los consumidores. Se

trata de una ley que favorece la intervención del Estado y el entendimiento entre los concurrentes, limitando de esta forma la competencia entre los mismos.

4.- De los años veinte hasta la fecha, el país sufrió muchos cambios en lo que a política económica se refiere. A partir de 1982, después de una gran crisis económica, se da un cambio radical a la política económica que venía siguiendo el gobierno mexicano. Se abandona el modelo de sustitución de importaciones y se toman medidas tendientes a la apertura económica del país. Para dar consistencia a esta política de apertura, se inicia en 1989 un programa de desregulación y más tarde, el 24 de diciembre de 1992, se promulga la LFCE.

En esta tesis se demuestra cómo la evolución del país vuelve necesaria e impostergable la creación de una LFCE.

5.- El objeto de la LFCE es proteger el proceso de competencia y libre competencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios. Sin embargo, en la ley, no se define el concepto de competencia. Es por esto, que en este trabajo se explica qué se entiende por competencia y cómo se manifiesta la misma cuando no se restringe, daña, impide o limita. Para ello, se recurre a la teoría económica y se explican los factores que intervienen en un escenario competitivo.

Se concluye en esta tesis, en base a consideraciones económicas, que la competencia es deseable y que por lo mismo se requiere de una ley diseñada específicamente para protegerla

y promoverla. Un mercado competitivo genera incentivos para producir eficientemente y proporciona a los agentes económicos mayores y mejores alternativas de consumo.

6.- La LFCE prohíbe los monopolios y los estancos, así como las prácticas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y libre concurrencia de los agentes económicos en los mercados. Las prácticas monopólicas a que se refiere la ley, son las absolutas y las relativas. Las prácticas monopólicas absolutas se considera que tienen efectos netamente negativos sobre el proceso de competencia, mientras que las prácticas monopólicas relativas se piensa que pueden tener tanto efectos pro como anticompetitivos.

Al analizar ambas prácticas, se destaca que la LFCE adopta una regla estricta para la sanción e identificación de prácticas monopólicas absolutas. La ley considera a estas prácticas en sí mismas violatorias de la LFCE, independientemente del efecto que puedan tener sobre el mercado.

En E.U., la legislación antimonopolios no hace divisiones tajantes entre una y otra práctica. Antes de etiquetar a una conducta como ilegal "per se", se permite, con bastante frecuencia, un análisis de los efectos sobre el proceso de competencia y libre concurrencia. La LFCE, en cambio, no permite justificaciones procompetitivas para dejar de sancionar una práctica monopólica absoluta.

7.- En este trabajo se analizan cada una de las prácticas monopólicas absolutas y relativas, así como las concentraciones.

Cabe señalar que dado que en México existe poca bibliografía al respecto, en el análisis se utilizan textos extranjeros y la regulación que hace la LFCE de cada una de las prácticas, se compara con la regulación que hacen de las mismas las leyes en E.U.

Los agentes económicos no saben en muchas ocasiones como interpretar a la LFCE, debido a que su texto es muy breve y a que la Comisión Federal de Competencia no ha expedido lineamientos en torno a su aplicación.

8.- La determinación del mercado relevante reviste particular importancia en la legislación de competencia, ya que a partir de su especificación se puede analizar si una práctica monopólica relativa o una concentración, efectivamente tienen un impacto dañino sobre el proceso de competencia y libre concurrencia. Los criterios fundamentales para especificar el mercado relevante son los mismos en casi todo el mundo, y se refieren del lado de la demanda, a la posibilidad de sustituir bienes o servicios, y del lado de la oferta, al potencial de asegurar la oferta en los mercados de bienes y servicios.

La determinación del mercado relevante se define como la delimitación de líneas geográficas y de producto en relación a ciertos bienes específicos, respecto a los cuales, oferentes y demandantes interaccionan para fijar precio y cantidad.

9.- El poder sustancial sobre el mercado relevante es un requisito necesario para que los agentes económicos incurran en una práctica monopólica relativa o en una concentración prohibidas por la LFCE. Se define al poder sustancial sobre el mercado relevante, como la

capacidad de un agente económico de llevar a cabo actividades anticompetitivas, sin sufrir consecuencias económicas importantes.

Los agentes económicos no incurrir en una violación a la LFCE por el sólo hecho de tener poder sustancial en el mercado relevante. Para incurrir en una violación a la LFCE se requiere que dicho poder sustancial se utilice anticompetitivamente.

10.- Las concentraciones se dividen en horizontales y verticales, las primeras son aquellas que tienen un impacto directo sobre un mercado, mientras que las segundas son aquellas que se dan por el encadenamiento de eslabones en un proceso productivo. La LFCE se refiere principalmente a las concentraciones horizontales, puesto que son éstas las que más fácilmente pueden tener un efecto dañino sobre el proceso de competencia y libre concurrencia.

Para el análisis del efecto o impacto que tiene una concentración sobre el mercado, muchas veces se utiliza el índice Herfindahl Hirschman. Sin embargo, la utilización de este índice presenta problemas. Se concluye que el índice elaborado por el Dr. Pascual García de Alba, es el óptimo para medir el impacto de una concentración, sobre todo tomando en cuenta las características de los mercados mexicanos.

11.- Uno de los problemas más grandes que enfrenta la política de competencia en México, es el alto grado de concentración económica que prevalece en los mercados. Debido a esto, para evaluar las concentraciones, debe tomarse en cuenta: el grado de concentración del mercado, el efecto potencialmente nocivo que puede tener una concentración sobre el

proceso de competencia y libre concurrencia, la constitución de barreras a la entrada del mercado como efecto de la concentración, la obtención de ganancias en eficiencia que no puedan obtenerse por medios distintos a la concentración, y la posible desaparición individual de las partes y de sus activos al llevarse a cabo una concentración.

Esta evaluación es factible antes de que la concentración se realice, a través de la notificación de concentraciones que prevé la LFCE.

12.- La Comisión Federal de Competencia es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), que cuenta con autonomía técnica y operativa, y que tiene a su cargo la prevención, investigación y combate de monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones.

Para el ejercicio de atribuciones y el despacho de los asuntos que le competen, la Comisión cuenta con la siguiente estructura: Pleno, Presidencia, Secretaría Ejecutiva, Direcciones Generales y demás personal técnico y administrativo.

Entre las atribuciones más importantes de la Comisión están la de investigar la existencia de monopolios, estancos, prácticas o concentraciones prohibidas por la LFCE, y la de resolver los casos de su competencia, sancionar administrativamente la violación de la LFCE y denunciar ante el Ministerio Público las conductas delictivas en materia de competencia y libre concurrencia.

13.-Existen argumentos suficientes en torno a la anticonstitucionalidad de la Comisión Federal de Competencia, por tratarse de un órgano que dentro del Poder Ejecutivo tiene

atribuciones jurisdiccionales, sin ser un tribunal administrativo. Esto puede acarrear muchos problemas a las resoluciones de la Comisión, puesto que por provenir de un órgano anticonstitucional, las mismas también pueden tacharse de anticonstitucionales. Esta posibilidad le resta fuerza a las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia.

14.- La característica de la Comisión de actuar como un tribunal sin serlo, hace que la misma enfrente serios problemas para ejecutar sus resoluciones. Aunque, no existe expresamente ningún fundamento constitucional para la intervención de los tribunales en la ejecución de resoluciones de carácter administrativo, es posible interpretar los artículos 14 y 104 Constitucionales para justificar esta intervención. Se rechaza por completo la idea de que la Administración Pública puede ejecutar sus propias resoluciones. Si la Comisión Federal de Competencia ejecutara sus propias resoluciones incurriría en violaciones Constitucionales, que le restarían aún más fuerza a sus decisiones.

15.- La naturaleza jurídica de la Comisión provoca que sea necesario seguir un doble procedimiento para obtener una indemnización por daños y perjuicios causados por una práctica monopólica o concentración ilícita. Esto, a su vez, ocasiona que existan pocos incentivos económicos para denunciar prácticas o concentraciones ante la Comisión Federal de Competencia.

16.- La supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles en materia administrativa procede en base a que generalmente en derecho sustantivo el ordenamiento

supletorio es la legislación civil del lugar de que se trate, y en materia adjetiva el ordenamiento supletorio es el código de procedimientos civiles correspondiente. Los procedimientos que se siguen ante la Comisión son procedimientos administrativos, y aunque la ley no establece expresamente la supletoriedad de algún ordenamiento, se concluye, con base en criterios judiciales, que es procedente la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles a los procedimientos seguidos ante la Comisión.

17.- El procedimiento ante la Comisión se inicia de oficio o a petición de parte. Los procedimientos de oficio los inicia la Comisión al efectuar sus investigaciones, y los procedimientos a petición de parte son los que se inician con la interposición de una denuncia por parte de los agentes económicos. En ambos casos, debe emplazarse al presunto responsable para que el mismo pueda manifestar lo que a su derecho convenga y ofrecer pruebas.

El procedimiento concluye con una resolución de la Comisión, que declare o no violatoria de la LFCE a una práctica o concentración y que, en su caso, imponga una sanción.

18.- Las sanciones que establece la LFCE son especialmente fuertes, para que puedan disminuirse realmente los incentivos a infringir la LFCE. Aunque esta ley no prevé en su texto sanciones penales, existe la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal en virtud de lo dispuesto por el artículo 253 del Código Penal.

19.- Las multas que impone la Comisión, pueden considerarse como aprovechamientos en términos del Código Fiscal de la Federación y por lo tanto, como créditos fiscales. Esto genera que el pago de las multas pueda ser exigido coercitivamente a través del procedimiento administrativo de ejecución.

20.- En contra de las resoluciones de la Comisión que imponen una multa, puede interponerse recurso de reconsideración. Si la resolución que recae al recurso confirma la resolución impugnada, puede promoverse juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación. En contra de la resolución que emita la Sala Regional correspondiente de este tribunal, dependiendo del caso, procede el recurso de reclamación o el juicio de amparo.

21.- En contra de las resoluciones que ordenen la suspensión, corrección o supresión de una práctica o concentración, o bien que ordenen la desconcentración total o parcial de lo que se haya concentrado indebidamente, puede interponerse recurso de reconsideración. Si la resolución que recae al recurso confirma la resolución impugnada, procede el juicio de amparo indirecto.

22.- En contra de las resoluciones que imponen multa y que además ordenan la suspensión, corrección o supresión de una práctica o concentración, o la desconcentración total o parcial de lo que se haya concentrado indebidamente, se puede interponer recurso de reconsideración. Si la resolución que recae al recurso confirma en su totalidad la resolución

19.- Las multas que impone la Comisión, pueden considerarse como aprovechamientos en términos del Código Fiscal de la Federación y por lo tanto, como créditos fiscales. Esto genera que el pago de las multas pueda ser exigido coercitivamente a través del procedimiento administrativo de ejecución.

20.- En contra de las resoluciones de la Comisión que imponen una multa, puede interponerse recurso de reconsideración. Si la resolución que recae al recurso confirma la resolución impugnada, puede promoverse juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación. En contra de la resolución que emita la Sala Regional correspondiente de este tribunal, dependiendo del caso, procede el recurso de reclamación o el juicio de amparo.

21.- En contra de las resoluciones que ordenen la suspensión, corrección o supresión de una práctica o concentración, o bien que ordenen la desconcentración total o parcial de lo que se haya concentrado indebidamente, puede interponerse recurso de reconsideración. Si la resolución que recae al recurso confirma la resolución impugnada, procede el juicio de amparo indirecto.

22.- En contra de las resoluciones que imponen multa y que además ordenan la suspensión, corrección o supresión de una práctica o concentración, o la desconcentración total o parcial de lo que se haya concentrado indebidamente, se puede interponer recurso de reconsideración. Si la resolución que recae al recurso confirma en su totalidad la resolución

impugnada, los particulares afectados pueden acudir ante el Tribunal Fiscal de la Federación o promover juicio de amparo. Sin embargo, ambas posibilidades presentan problemas.

23.- El proceso de notificación de concentraciones se inicia con la presentación de un escrito ante la Comisión, que debe reunir una gran cantidad de requisitos. Estos requisitos se señalan en la tesis, juntando lo dispuesto por la LFCE y por un Instructivo elaborado por la Comisión.

Después de recibido el escrito, la Comisión debe resolver respecto a la procedencia o no de la concentración que se pretende realizar. El silencio de la Comisión, se entiende en el sentido de que la misma no tiene objeción alguna en que la concentración se lleve a cabo.

Bibliografía:**Legislación:**

1.-Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Ediciones Delma, México, 1994.

2.-Código Federal de Procedimientos Civiles, Editorial Porrúa, México, 1993.

3.-Código Fiscal de la Federación y su Reglamento, Ediciones Delma, 8a Edición, México, 1993.

4.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada, Colección Popular Ciudad de México, Serie Textos Jurídicos, IIJ, UNAM, 1990.

5.-Constitución Política Mexicana, Editorial Porrúa, México, 1993.

6.-Exposición de Motivos de la Ley Federal de Competencia Económica, Presidencia de la República, México, 1993.

7.-Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, Diario Oficial de la federación, 31 de agosto de 1934.

8.-Góngora P., G. y Acosta R., M. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México, 1992.

9.-Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación, 24 de diciembre de 1992.

10.-Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, Diario Oficial de la Federación, 31 de agosto de 1934.

11.-Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, Ediciones Andrade, México, 1994.

12.-Pérez Dayán, A. Ley de Amparo, Editorial Porrúa, México, 1993.

13.-Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia, Diario Oficial de la Federación, 12 de octubre de 1993.

Libros:

1.-Acosta Romero, Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, 8a Edición, México, 1988.

2.-Adams, W. y Brock, J.W. Antitrust Economics on Trial, Princeton University Press, Estados Unidos, 1991.

3.-Burgoa, I. Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México, 1993.

4.-Cabanelas, G. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1983.

5.-Call y Hollahan. Microeconomía, Grupo Editorial Iberoamérica, México, 1985.

6.-Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil, Editorial Herrero, México, 1986.

7.-Fraga, G. Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1994.

8.-Gutiérrez y González. Derecho Administrativo al Estilo Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1994.

9.-Martínez, G. Desregulación Económica, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

10.-Posner A., R. Antitrust Law, An Economic Perspective, The University of Chicago Press, E.U., 1976.

11.-Whish, R. Competition Law, Third Edition, Butterworths, London Edinburgh, 1993.

12.-Sullivan, E.T. y Harrison, J.L. Understanding Antitrust and its Economic Implications, Legal Text Series, Matthew Bender & Co., Editorial Offices, Estados Unidos, 1992.

13.-Tena R., F. Leyes Fundamentales de México, Editorial Porrúa, México, 1991.

14.-Varian, H. Microeconomía Intermedia. Antoni Bosch editor, Barcelona, España, 1988.

Artículos:

1.-Castañeda, Levy, Martínez y Merino. Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica, documento elaborado como material de apoyo para la iniciativa de ley, diciembre, 1992.

2.-Cohen, M. y Scheffman, D.T. The Antitrust Sentencing Guideline: Is the Punishment Worth the Costs?, 27 AM, Criminal Law Review 331, 1989.

3.-García de Alba I, P. Un Índice de Dominación para el Análisis de la Estructura de los Mercados, disponible en la Comisión Federal de Competencia.

4.-García Rodríguez, S. A Comparative Assessment of Mexico's New Economic Competition Law: The per se rule and the rule of reason, Ponencia leída en el Seminario de la Ley Federal de Competencia Económica, 18 de noviembre de 1993, México.

5.-Horizontal Merger Guidelines, issued by the U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission, abril, 1992.

6.-La Viabilidad del Modelo de Desarrollo Económico de México, Centro de Estudios Económicos del Sector Privado, A.C., México, abril de 1994.

7.-Levy, S. Mexican Regulators Humming the Deregulation Rag. Wall St. J., julio 30, 1993.

8.-Newberg, J. Mexico's New Economic Competition Law: Toward the Development of a Mexican Law of Antitrust. Columbia Journal of Transnational Law, 1993.

9.-Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Committee on Competition Law and Policy. The ABC's of Antitrust Analysis, noviembre, 1992.

10.-Patiño M, R. Breves Comentarios Acerca de la Ley Federal de Competencia Económica, Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica, III, UNAM, México, 1994.